

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
DOUTORADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

RAPHAEL BOLDT DE CARVALHO

**PROCESSO PENAL E CATÁSTROFE:
ENTRE AS ILUSÕES DA RAZÃO PUNITIVA E AS
IMAGENS UTÓPICAS ABOLICIONISTAS**

**VITÓRIA
2017**

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
DOUTORADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

RAPHAEL BOLDT DE CARVALHO

**PROCESSO PENAL E CATÁSTROFE:
ENTRE AS ILUSÕES DA RAZÃO PUNITIVA E AS
IMAGENS UTÓPICAS ABOLICIONISTAS**

Tese apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito – Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Professor Doutor João Maurício Adeodato.

**VITÓRIA
2017**

PROCESSO PENAL E CATÁSTROFE: ENTRE AS ILUSÕES DA RAZÃO PUNITIVA E AS IMAGENS UTÓPICAS ABOLICIONISTAS

Tese apresentada à banca examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito - Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Professor Doutor João Maurício Adeodato.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. João Maurício Adeodato
Orientador

Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Junior

Prof. Dr. Juarez Tavares (UERJ)

Prof. Dr. Pedro Parini (UFPE)

**Prof. Dr. Ricardo Genelhú (Faculdade
Castelo Branco)**

Vitória, _____ de _____ de _____.

Para Elisa, minha doce e suave brisa.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, “o meu refúgio, a minha fortaleza” (Salmos 91:2), por um amor que se renova diariamente na minha vida e pela oportunidade de realizar mais um sonho.

Ao meu orientador, Professor Doutor João Maurício Adeodato, sou grato principalmente por ser um dos meus maiores incentivadores e por ter acreditado e confiado no meu trabalho. Muito obrigado pelo auxílio inestimável ao longo da pesquisa e pela relação de amizade e parceria.

A todos os professores do PPGD da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), a minha sincera gratidão, especialmente aos Professores Doutores Alexandre de Castro Coura, André Filipe Pereira Reid dos Santos, Daury Cesar Fabriz, Nelson Camatta Moreira e Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. Ao Professor Doutor Aloísio Krohling, fonte de inspiração permanente, pela amizade preciosa de longa data e pela influência positiva desde os tempos da graduação.

Aos Professores Doutores Américo Bedê Junior e Thiago Fabres de Carvalho, o meu agradecimento especial pelo apoio constante e pelas relevantes contribuições por ocasião da banca de qualificação da tese.

Aos amigos e colegas do doutorado, agradeço pela amizade e pelo diálogo profícuo, especialmente a Alexandre Maia, Bruno Gomes Borges da Fonseca, Caleb Salomão Pereira da Silva, Israel Domingos Jorio, Marcelo Obregón, Wilton Bisi Leonel e Yumi Miyamoto.

À Faculdade de Direito de Vitória (FDV), nas pessoas de Antonio José Ferreira Abikair, Paula Castello Miguel, Elda Coelho Bussinguer e Ricardo Goretti Santos, por todo o apoio demonstrado desde o início da minha trajetória na instituição.

Da mesma forma, agradeço à Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES), pela concessão da bolsa de estudos para a realização desta pesquisa.

Na Alemanha, compreendi na prática o sentido da expressão *Heimat* e encontrei acolhimento e abertura ao diálogo em um ambiente intelectualmente desafiador e estimulante. Ao Prof. Dr. Dres.h.c. Ulfrid Neumann, meu orientador durante o estágio doutoral realizado na Universidade de Frankfurt (*Goethe-Universität*), sou extremamente grato pela receptividade e solicitude. O período vivenciado em Frankfurt me proporcionou muito mais do que uma experiência acadêmica, mas a realização de um sonho antigo. Da mesma instituição, agradeço a alguns professores pelos valiosos ensinamentos e conversas sempre agradáveis: Axel Honneth, Christoph Menke, Cornelius Prittwitz, Jürgen Ritsert e Klaus Günther.

Ainda em Frankfurt, conheci alguns colegas que tornaram a minha estada muito mais agradável e proveitosa. Assim, agradeço notadamente a André de Paula, Andrés Santacoloma e Antonio Martins, bem como à querida Anja See, pela gentileza e atenção durante o período no qual estive na universidade.

Também na Alemanha, sou profundamente grato ao querido Professor Doutor Sebastian Scheerer, da Universidade de Hamburgo (*Universität Hamburg*), interlocutor notável que foi imprescindível para o desenvolvimento da tese. Agradeço principalmente pela forma carinhosa com a qual me recebeu em Hamburgo.

Importante agradecer também aos colegas e amigos Anderson Burke Gomes, Clécio Lemos, Felipe Teixeira Schwan, Gustavo Senna Miranda e Humberto Ribeiro Junior, parceiros que muito me honram com suas amizades.

Aos meus pais, Charles e Irene, devo tudo o que sou. Agradeço por todo o esforço em minha formação e por muitas vezes terem abdicado dos seus próprios planos para que eu pudesse viver os meus sonhos. Muito obrigado pelo exemplo que são para mim!

Finalmente, agradeço às mulheres da minha vida, Daiane e Elisa. Algumas poucas palavras jamais serão capazes de externar o quanto sou grato a vocês, simplesmente por fazerem parte da minha vida. Obrigado pela compreensão, carinho, dedicação e por aquecerem o meu coração nos dias mais frios. À minha doce Elisa, agradeço especialmente por me encher de esperança em um mundo vazio de amor e compaixão.

“Onde estamos? O que é isto?
Para onde o sonho nos levou?”

“Wo sind wir? Was ist das?
Wohin verschlug uns der Traum?”

(MANN, Thomas. **Der Zauberberg**. Frankfurt am Main:
Fischer Taschenbuch Verlag, 1988, p. 754)

RESUMO

Em detrimento da reafirmação da dignidade da pessoa humana e da concretização dos direitos e garantias fundamentais, fontes de emancipação elaboradas na modernidade ocidental, o processo penal, condicionado pela ideologia do progresso subjacente à civilização capitalista-industrial, tende a contrariar suas promessas, atuando como instrumento (re)produtor de uma realidade que, do ponto de vista dos vencidos da história, pode ser configurada como catastrófica. Diante das funções elaboradas pelo discurso filosófico e jurídico e atribuídas ao processo penal, pretende-se expor, a partir da articulação entre a Teoria Crítica frankfurtiana e a perspectiva abolicionista, em que medida elas efetivamente atingiram algum grau de realização, verificando-se a possibilidade de efetivação do sistema acusatório constitucionalmente delineado por meio de uma análise dos fundamentos do processo penal. A despeito do relato hegemônico no plano jurídico-processual, a pesquisa assume a hipótese de que o modelo de inquérito, como epistemologia da verdade, configura a principal fonte imaginária dos sistemas processuais da modernidade, afigurando-se como um obstáculo, tanto no plano teórico quanto na experiência prática, à concretização do processo penal acusatório. Com isso, em virtude dessa impossibilidade lógica e epistemológica, surge o desafio de identificar as condições para a superação da violência e reificação subjacentes ao sistema de justiça criminal, bem como a possibilidade de consolidar estratégias capazes de democratizar a gestão de conflitos criminalizados a partir da tolerância e do diálogo. Sem desconsiderar os limites e as eventuais fragilidades teóricas do abolicionismo (ou dos diversos abolicionismos), busca-se a integração dialética deste movimento com a crítica romântica da modernidade para desenvolver uma espécie de “abolicionismo romântico-revolucionário”, uma “imagem utópica” em termos benjaminianos, capaz de conduzir não apenas à abolição do sistema penal, mas à transformação social a partir da descontinuidade histórica que irrompe com o discurso do progresso subjacente ao sistema penal.

Palavras-chave: Processo Penal. Modernidade. Catástrofe. Razão Punitiva. Abolicionismo.

ABSTRACT

Despite the reaffirmation of the human dignity and the realization of fundamental rights and guarantees, sources of emancipation elaborated in modern times, the criminal procedure, conditioned by the ideology of progress underlying capitalist civilization, tends to counteract its promises, acting as a (re)producing instrument of a reality that, from the point of view of the defeat in history, can be configured as catastrophic. In view of the functions elaborated by the philosophical and juridical discourse of modernity and attributed to the criminal process, it is intended to show, from the articulation between the Frankfortian Critical Theory and the abolitionist perspective, to what extent they have actually reached some degree of realization. With this, it is also desired to verify the possibility of effectiveness of the constitutionally delineated accusatory system through an analysis of the foundations of the criminal process. In spite of the hegemonic account in the juridical-procedural scope, the research assumes the hypothesis that the inquiry model, as epistemology of the truth, constitutes the main imaginary source of the procedural systems of modernity, appearing as an obstacle to the adversarial system, in the theoretical level as well as in practical experience. Thus, due to this logical and epistemological impossibility, the challenge of identifying the conditions for overcoming the violence and reification underlying the castration of the word by the criminal justice system arises, as well as the possibility of consolidating strategies capable of democratizing conflict management through tolerance and dialogue. Without neglecting the limits and theoretical weaknesses of abolitionism (or of various abolitionisms), the dialectical integration of this movement with the romantic critique of modernity is sought to develop a kind of “romantic-revolutionary abolitionism”, an “utopian image” in Benjaminian terms, capable of leading not only to the abolition of the penal system, but to social transformation from the historical discontinuity that erupts with the discourse of progress underlying the penal system.

Keywords: Criminal Procedure. Modernity. Catastrophe. Punitive Reason. Abolitionism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: SOBRE AS RUÍNAS DA MODERNIDADE.....	14
1 A RAZÃO PUNITIVA E OS FUNDAMENTOS POLÍTICOS E FILOSÓFICOS DA JUSTIÇA PENAL MODERNA	24
1.1 A INVENÇÃO DO CRIME E A FUNDAÇÃO INQUISITÓRIA DO DISCURSO LEGITIMADOR DO PODER PUNITIVO: AS FUNÇÕES DECLARADAS DO PROCESSO PENAL E A METAMORFOSE DO CONFLITO EM VIOLÊNCIA..	24
1.2 CIVILIZAÇÃO, BARBÁRIE E O IDEAL MODERNO DE RACIONALIZAÇÃO: RACIONALIDADE INSTRUMENTAL E RAZÃO PUNITIVA.....	36
1.3 O (DES)ENCANTAMENTO PELA SOLUÇÃO PENAL: AUMENTO DA COMPLEXIDADE SOCIAL E SOBRECARGA DA JUSTIÇA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA.....	50
2 A ILUSÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E A REAFIRMAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA INQUISITIVA NA MODERNIDADE.....	59
2.1 EPISTEMOLOGIA DA VERDADE E INTOLERÂNCIA: O INQUÉRITO COMO PRINCIPAL FONTE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS MODERNOS.....	59
2.2 RETÓRICA E UNIVERSALIZAÇÃO DO PROCESSO: A ELABORAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL PELO DISCURSO JURÍDICO-FILOSÓFICO DA MODERNIDADE COMO RELATO VENCEDOR.....	74
2.3 DESSACRALIZAÇÃO DO PROCESSO? A FÉ NA CIÊNCIA E A TENTATIVA DE RUPTURA COM O MEDIEVO PENAL.....	81
3 TEOLOGIA PROCESSUAL E CRISE SACRIFICIAL: O ENRAIZAMENTO DO PROCESSO NO SAGRADO E A CATÁSTROFE COMO ELEMENTO DO RITUAL JUDICIÁRIO.....	87
3.1 A SUBSTITUIÇÃO DO SACRIFÍCIO PELO PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA E PACIFICAÇÃO SOCIAL.....	87

3.2 A VÍTIMA EXPIATÓRIA ENTRE O SACRIFÍCIO E A CRISE SACRIFICIAL: O ACIRRAMENTO DA REPRESSÃO E A TRANSFORMAÇÃO DO SACRIFÍCIO EM CATÁSTROFE.....	97
3.3 EXPIAÇÃO OU CULPABILIZAÇÃO? O RITUAL PENAL E A IMPOSIÇÃO DO CASTIGO COMO MECANISMOS DE MANUTENÇÃO DA EXPERIÊNCIA DO DELITO NA MEMÓRIA.....	104
4 A NATURALIZAÇÃO DO BINÔMIO CRIME-CASTIGO E A “JAULA DE AÇO”: O SISTEMA PENAL E A GRANDE NARRATIVA DA CIVILIZAÇÃO CAPITALISTA MODERNA.....	112
4.1 “ORDEM E PROGRESSO”: OS VENCEDORES DA HISTÓRIA E A BANDEIRA BURGUESA DA CIVILIZAÇÃO.....	112
4.2 DO UNIVERSALISMO ILUMINISTA À IDENTIFICAÇÃO COM O BEM COMUM: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO ARTIFÍCIO RETÓRICO PARA A LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA.....	121
4.3 A IDEOLOGIA DO PROGRESSO LINEAR E A BARBÁRIE PUNITIVA NA MODERNIDADE PERIFÉRICA.....	129
5 A JUSTIÇA CRIMINAL E A DEGRADAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS “APÓS O FIM DO MUNDO”.....	137
5.1 POLÍTICA CRIMINAL DO TERROR E NORMALIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	137
5.2 A EFICIÊNCIA COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO SISTEMA PENAL NA TECNOCRACIA: VALORIZAÇÃO DO CAPITAL E PENALIZAÇÃO DA PRECARIIDADE.....	148
5.3 O “PURO INUMANO” NO CENTRO DA NOVA ESTÉTICA DO PODER PUNITIVO.....	157
6 (RE)PENSANDO A GESTÃO DOS CONFLITOS CRIMINALIZADOS PARA ALÉM DA <i>INQUISITIO</i>.....	166
6.1 BASES ANTROPOLÓGICAS PARA UMA NOVA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA PENAL.....	166

6.2 CETICISMO, HUMANISMO E FRAGMENTAÇÃO DO PODER: A RUPTURA COM A RAZÃO PUNITIVA E A VOCAÇÃO METAFÍSICA DA JUSTIÇA PENAL.....	172
6.3 A REDEFINIÇÃO DA JUSTIÇA A PARTIR DO DIÁLOGO: CONSENSO, CONFLITO E A SUPERAÇÃO DO DÉFICIT COMUNICATIVO DO PROCESSO PENAL.....	177
6.4 PERCURSO DO RECONHECIMENTO: A TOLERÂNCIA COMO EXIGÊNCIA ÉTICA PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DEMOCRÁTICO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS CRIMINAIS.....	185
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS: AS IMAGENS UTÓPICAS ABOLICIONISTAS E A INTERRUPTÃO DA HISTÓRIA.....	195
7.1 DIALÉTICA DA MODERNIDADE E CIÊNCIAS CRIMINAIS: DO ESGOTAMENTO À RECONSTRUÇÃO DO PROJETO MODERNO.....	195
7.2 O ETERNO RETORNO À RAZÃO PUNITIVA: AS IMAGENS UTÓPICAS ABOLICIONISTAS E A RECUSA ÀS ILUSÕES DO PROGRESSO.....	200
7.3 UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL “A CONTRAPELO”: FRAGMENTOS DE UMA CRÍTICA ROMÂNTICA DO PODER PUNITIVO....	207
REFERÊNCIAS.....	217

INTRODUÇÃO: SOBRE AS RUÍNAS DA MODERNIDADE

“O que é a verdade?” Segundo Gadamer¹, a pergunta formulada por Pilatos (João, 18: 38) segue atormentando a muitos ainda hoje. Inúmeros pensadores se debruçaram sobre a questão da verdade em busca de respostas capazes de satisfazer o eterno desejo humano por soluções e alternativas racionais para todas as suas angústias.

Nietzsche, por exemplo, extremou o ceticismo a respeito da verdade e o transformou em um ceticismo frente à própria ciência, considerada por ele não mais do que mera ilusão:

O que é a verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões [...]².

O “impulso pela verdade” que move o ser humano e serve de substrato para a existência social seria, portanto, apenas a necessidade de comunicar-se segundo uma convenção sólida. Todavia, mesmo diante da descrença de Nietzsche e de tantos outros importantes pensadores em relação à possibilidade de existência da verdade no plano do conhecimento, esta se tornou uma das principais supostas características do processo penal moderno, instrumento jurídico que se reafirma como mecanismo de obtenção e autenticação da mesma.

Seguindo uma linha menos afeita aos discursos de legitimação da intervenção punitiva estatal, a intolerância pode ser apontada como uma das marcas do processo penal moderno, forjado a partir da pretensão de revelar a “verdade real”, verdade absoluta que, apesar de todas as críticas, continua a ser

¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Metodo**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.

² NIETZSCHE, Friedrich. **Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne**. Disponível em: <<http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1>>. Acesso em: 10 set. 2013. “Was ist also Wahrheit? Ein bewegliches Heer von Metaphern, Metonymien, Anthropomorphismen, kurz eine Summe von menschlichen Relationen, die, poetisch und rhetorisch gesteigert, übertragen, geschmückt wurden, und die nach langem Gebrauch einem Volke fest, kanonisch und verbindlich dünken: die Wahrheiten sind Illusionen [...]”.

utilizada por juízes e tribunais brasileiros³ com o intuito de justificar autênticos absurdos jurídicos que, na maior parte dos casos, destinam-se a restringir direitos e garantias fundamentais.

As discussões em torno dos fundamentos do processo penal moderno, por si só, demonstram a relevância do tema, porém existem alguns aspectos extremamente importantes que têm sido negligenciados por processualistas e constitucionalistas e que nos propomos a analisar nesta pesquisa, tal como a (im)possibilidade de um processo acusatório a partir da epistemologia da verdade que funda o processo penal e permeia a atuação do intérprete e, a partir daí, a necessidade de se repensar o processo tradicional como única alternativa na administração de conflitos.

Se de fato “ninguém é tão intolerante quanto aquele que pretende demonstrar que o que diz há de ser a verdade”⁴, mais importante ainda se torna a pesquisa, na medida em que almeja discutir a possibilidade de aberturas transdisciplinares que promovam o reconhecimento a partir da construção de modelos alternativos. O que se busca, pois, é reduzir os danos provenientes do processo penal como instrumento primordial de resolução de conflitos, cujo ápice se encontra na sentença, ato de poder que reforça a dissimetria entre o “eu” e o “outro”.

Ainda que a verdade possa ser discutida e compreendida a partir de outros modelos teóricos, é inquestionável a sua relevância para o Direito, sobretudo na esfera criminal, na qual a “epistemologia da verdade”, que permeava o inquérito da Idade Média, instrumento de exercício de poder impregnado de categorias religiosas, constituiu-se em um dos elementos mais importantes do processo penal moderno⁵. Nesse mesmo sentido pensam Scheerer e

³ Apenas a título de exemplo, o princípio foi amplamente discutido no caso da morte de Mércia Nakashima. A defesa do réu pretendia que o processo corresse em Nazaré Paulista (SP), onde ela teria morrido por afogamento. Porém, o juiz de Guarulhos/SP afirmou que a regra deveria ser afastada no caso concreto, em vista da dificuldade que o deslocamento de competência traria para a apuração da verdade real. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) seguiu na mesma linha e a decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC 196.458.

⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Metodo**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994, p. 52.

⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

Hulsman⁶, ao sustentarem que a atual crença nas funções do direito penal deriva de ideias oriundas da teologia escolástica da Idade Média, sendo possível ainda afirmar que o direito penal é a continuação ou o substituto do pensamento eclesiástico na atualidade.

Assim, desde o inquérito, gênese do processo penal da modernidade, a busca pela verdade tem norteado o trabalho dos atores processuais, ampliando os horizontes de incidência das práticas persecutórias, como vamos tentar mostrar aqui. Ao magistrado, competiria, por conseguinte, o importante papel de “revelar” a verdade, identificada neste caso, com a reconstrução objetiva de um evento, ainda que sua “realidade objetiva” seja simplesmente incognoscível.

A inacessibilidade das coisas em si e a constituição do mundo real pela linguagem não têm sido capazes de reduzir a propensão do ser humano à verdade, para Nietzsche, a metáfora de todas as metáforas⁷. Apesar da natureza fictícia de uma suposta “verdade real” no processo penal, esta é invocada constantemente para justificar a violência punitiva, ainda que, no fundo, “diante dos conflitos entre relatos sobre o que ocorreu, o real, os seres humanos sempre considerem as consequências que podem advir de acolher uma hermenêutica diferente daquela que querem os poderosos”⁸.

Com as inúmeras modificações oriundas principalmente da degradação do Estado de Bem-Estar e da universalização do modo de produção capitalista, ampliou-se a necessidade de criação de instâncias morais que, nas palavras

⁶ SCHEERER, Sebastian. **Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben?** Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarates. Disponível em: <http://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/sowi/kriminologie/Publikationen/Scheerer_1983_Warum_sollte_das_Strafrecht_Funktionen_haben.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014, p. 68. “*Man kann doch wohl kaum sagen, dass das Strafrecht die Scholastik im 20. Jahrhundert weiterführt oder ersetzt*”. “*Der Dekalog, die ekklesiastischen Konzepte, die biblischen Bilder und das erfahrungsfremde, lediglich aus Begriffen ableitende Denken der Hoch- und Spätscholastik - all das läßt uns noch heute glauben, daß das Strafrecht Funktionen hat*”. (Tradução nossa)

⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne**. Disponível em: <<http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1>>. Acesso em: 10 set. 2013.

⁸ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 144.

de Garapon⁹, sejam capazes de substituir a tradição e “estipular o bem e o mal”. No contexto de esvaziamento do Estado em virtude das pressões do mercado e da despolitização do indivíduo, cada vez mais, mergulhado em uma autêntica crise existencial e ética, o poder judiciário tornou-se o derradeiro refúgio da sociedade democrática e o juiz transformou-se no “último guardião de promessas”¹⁰, tanto para o indivíduo quanto para a comunidade política.

Nesse sentido, afigura-se imprescindível a tarefa de repensar os fundamentos do processo penal e o problema da verdade na busca por alternativas epistemológicas ao paradigma contemporâneo, de modo a permitir não apenas a efetivação dos direitos e garantias constitucionais no âmbito da “resposta-percurso”¹¹, mas a construção de condições que perpassem o mero conhecimento e propiciem o “reconhecimento do outro”¹², subjugado pela intolerância que permeia o agir dos atores processuais.

Logo, mais do que apenas propor diagnósticos, o que se almeja com a pesquisa é responder às seguintes questões norteadoras: que tipo de modelo processual pode ser forjado a partir da assunção da epistemologia da verdade como um dos principais fundamentos do processo penal da modernidade? De que forma a articulação entre a Teoria Crítica de matriz frankfurtiana e a perspectiva abolicionista podem contribuir para o enfrentamento da intolerância e para a construção de um paradigma alternativo na resolução de conflitos, capaz de reduzir os danos decorrentes do processo penal? Diante da crise concernente à forma como os conflitos são administrados pelo sistema de justiça criminal tradicional, quais os horizontes simbólicos a serem articulados na construção de um modelo distinto de gerenciamento de conflitos?

⁹ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 21.

¹⁰ Idem, p. 24.

¹¹ PASSETI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31.

¹² HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

Inicialmente, o que se pode apresentar como hipótese é que o modelo de inquérito, como epistemologia da verdade, configura a principal fonte imaginária dos sistemas processuais da modernidade. Com efeito, tanto no plano teórico quanto na experiência prática, o processo penal acusatório consiste em uma impossibilidade lógica e epistemológica.

A partir desse diagnóstico, tornam-se inevitáveis os questionamentos acerca da viabilidade ou das condições de possibilidade concernentes à elaboração de alternativas no plano jurídico-penal que sejam aplicáveis à gestão dos conflitos. Resta saber se a alteração normativa seria, por si só, suficiente para reduzir os danos provenientes do atual modelo processual, bem como para cumprir as promessas que justificam a sua existência. Quanto a isso, nosso ceticismo não se restringe ao processo penal e à razão punitiva que o conforma, mas também se projeta sobre modelos que, a despeito de sua relevância e da pretensão emancipatória sobre a qual se assentam, dificilmente conseguirão engendrar uma autêntica transformação da justiça se forem preservados o tratamento penal dos conflitos e a hodierna conjuntura socioeconômica.

Diante dessa problematização e no caminho para exposição e defesa de nossa tese específica, no primeiro capítulo contextualizaremos a pesquisa, esboçando uma crítica genealógica aos fundamentos político-filosóficos do moderno sistema de justiça penal, forjados a partir de uma racionalidade¹³ que serve de substrato para políticas criminais que conformam o processo penal contemporâneo.

O segundo capítulo tem por objetivo destacar a importância de uma análise dos fundamentos epistemológicos do processo penal, para, com isso, diagnosticar até que ponto as funções declaradas atribuídas ao processo pelo discurso jurídico-filosófico da modernidade efetivamente atingiram algum grau de realização na contemporaneidade.

¹³ Há que se destacar as palavras de Timm de Souza, ao afirmar que “toda filosofia, e isso bem sabem os filósofos de todas as eras, constitui-se essencialmente em *crítica da razão*”. TIMM DE SOUZA, Ricardo. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. Vol. 2. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Vol. 2. Porto Alegre: Edipucrs, 2010, p. 107.

O terceiro capítulo tentará identificar em que medida, a despeito de suas funções declaradas, o processo penal tornou-se o *locus* privilegiado de produção da “crise sacrificial”¹⁴, do sacrifício permanente de vítimas expiatórias, da consolidação da catástrofe e do absurdo como elementos do ritual judiciário.

O quarto capítulo demonstra o potencial destrutivo da razão punitiva e do sistema de justiça criminal, alçado à condição de única grelha de inteligibilidade da realidade, tanto nos países centrais quanto nos periféricos, uma espécie de “jaula de aço”¹⁵ à qual se encontra presa a humanidade em decorrência do processo de apresentação da pena como algo eterno e imutável. A impossibilidade de compreender a gestão dos conflitos para além do sistema penal está intimamente relacionada com a ideologia do progresso linear e a concepção de que o direito e o processo penal apresentam-se como resultado do projeto civilizador, não obstante a sua utilização como instrumentos de dominação e dos danos que provocam aos direitos e garantias fundamentais.

No quinto capítulo serão analisadas algumas tendências da política criminal contemporânea e suas consequências para os direitos humanos. Neste ponto, optamos por uma abordagem que privilegiará os influxos, sobretudo, dos Estados Unidos e da Alemanha, países que tanto no plano político-criminal quanto dogmático influenciam profundamente o sistema-mundo, em particular, os países latino-americanos.

O sexto capítulo volta-se para a construção de alternativas aos fundamentos do processo penal. Assim, pretende-se averiguar a possibilidade de se concretizar um paradigma que limite, de forma mais profunda, os efeitos miméticos provenientes da violência subjacente ao ritual penal e se disponha, em detrimento das funções declaradas do paradigma processual, a um papel reconciliador a partir da tolerância e do diálogo, antítese da lógica destruidora que rege o processo penal da modernidade.

¹⁴ GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 55.

¹⁵ WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 165.

Esperamos que a partir das respostas oferecidas às perguntas que orientam a pesquisa torne-se viável a (re)construção – como operação teórica fundamental – de uma “dialética do reconhecimento” que reafirme o importante papel desempenhado pela tolerância¹⁶ no Estado democrático de direito e contemple o conflito intersubjetivo na condição de fundamento social da Teoria Crítica e pressuposto para a construção de modelos alternativos à justiça criminal tradicional, afinal, segundo Hulsman¹⁷, ao engendrar o encontro, a confrontação e o diálogo, o conflito estimula o acordo que é fruto do reconhecimento e da aceitação mútua de diferenças.

Não se está a defender a “melhor ética” como solução única e inexorável, tampouco a recomendar a construção de um paradigma com pretensão de universalidade, vinculado à ideia determinista de um mundo pré-organizado e a um preceito racional de dimensão temporalmente ilimitada¹⁸, mas pretende-se desenvolver elementos de uma “epistemologia moral do reconhecimento” no contexto da modernidade tardia, que se oponham à intolerância proveniente da consagração histórica do “relato vencedor” e que forneçam as bases para a elaboração de alternativas mais sofisticadas e menos degradantes ao processo penal como instrumento de resolução de conflitos.

Por fim, no sétimo e último capítulo, a discussão se voltará para o resgate das “imagens utópicas”¹⁹ que possam nos conduzir à interrupção da barbárie punitiva, considerada por muitos como resultado iniludível do progresso. Neste ponto, corrobora-se a relevância da Teoria Crítica para tal tarefa, tendo em vista que Adorno e Horkheimer estabeleceram como principal alvo de sua célebre obra *Dialética do Esclarecimento* toda a tradição iluminista e o

¹⁶ Sobre a tolerância, empregamos a palavra no sentido de efetivo reconhecimento, implicando, portanto, igualdade de tratamento; além de enfatizar a sua relevante função no enfrentamento das desigualdades, Adeodato ressalta o caráter normativo da tolerância, que, mesmo dirigindo-se a ações futuras, enseja o perdão para com ações passadas. ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 340.

¹⁷ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 104.

¹⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 87.

¹⁹ BENJAMIN, Walter. Das Leben der Studenten. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge**. 1. Aufl. Band II.1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, p. 75.

processo de desmistificação supostamente libertário que Max Weber chamou de “o desencantamento do mundo”²⁰, responsáveis por uma regressão dos Estados civilizados que os levou à barbárie organizada²¹ e que sempre esteve presente como potencial na estrutura fundamental da civilização humana²².

Apesar dos limites inerentes à perspectiva abolicionista, procuramos demonstrar que a mudança completa na administração de conflitos requer o abandono do poder punitivo, o que somente será possível com o desenvolvimento de um paradigma social que represente a antítese da civilização moderna. Para tanto, buscamos a integração dialética do abolicionismo com a crítica romântica da modernidade para desenvolver uma espécie de “abolicionismo romântico-revolucionário”, “imagem utópica” capaz de conduzir não apenas à abolição do sistema penal, mas à transformação social a partir da descontinuidade histórica que irrompe com o discurso do progresso subjacente ao sistema penal.

Para completar, a pesquisa será desenvolvida a partir do método dialético, escolha que nos parece adequada, sobretudo diante do marco teórico selecionado. A dialética assume, em conexão com o pensamento *frankfurtiano*²³, seu caráter incompleto e inacabado; uma “dialética aberta” que reconhece as persistentes tensões entre teoria e realidade e a necessidade de constantemente redefinir-se ao travar contato com o objeto de pesquisa. Nesse mesmo sentido, Martin Jay assinala que o desenvolvimento da teoria crítica se deu pelo diálogo, de forma que “a sua gênese foi tão dialética quanto o método

²⁰ JAY, Martin. **A imaginação dialética**: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 324.

²¹ Embora para Franz Neumann o nacional-socialismo fosse um não-Estado, um caos, um império de desordem e anarquia. JAY, Martin. **A imaginação dialética**: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 219.

²² BOGNER, Artur. **Zivilisation und Rationalisierung**: Die Zivilisationstheorien Max Webers, Norbert Elias' und der Frankfurter Schule im Vergleich. Opladen: Westdeutsche Verlag, 1989, p. 66.

²³ Pensamento oriundo da “Escola de Frankfurt”, termo utilizado para designar o *Institut für Sozial Forschung* após o seu retorno para Frankfurt, em 1950. O Instituto era composto por membros cujos trabalhos cobriam campos bem diversificados, mas com pressupostos mais ou menos compartilhados e comprometidos com a construção de uma teoria crítica da sociedade.

que propunha aplicar aos fenômenos sociais”²⁴. Fazemos referência, portanto, à “dialética moderna” na qual se inserem os autores da primeira geração da Escola de Frankfurt, a qual trabalha, implícita ou explicitamente, com as figuras lógicas elementares das *antinomias estritas*²⁵.

É importante notar que, no final das contas, apesar de todas as críticas ao processo penal moderno e à própria modernidade, não se trata de abandonar relevantes conquistas históricas ou de negar por completo a contribuição iluminista no contexto de um novo modelo de justiça. Desconstruir os consensos forjados desde a modernidade certamente não é tarefa das mais fáceis, pois exige o abandono da ideologia do progresso linear e a assunção de uma nova racionalidade. Racionalidade que rejeite a violência e leve em consideração os vencidos da história.

Esperamos, com isso, não apenas apontar as contradições inerentes ao projeto sociocultural da modernidade, mas oferecer uma contribuição que possa resgatar as promessas democráticas. Suspeitamos, antes de tudo, estarmos diante de um paradoxo, pois a razão que deveria levar o homem moderno ao progresso e à emancipação o aprisionou à inumanidade em uma terra que “resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal”²⁶. Assim como fez Ulisses, dominado pela própria razão que deveria libertá-lo, sacrificamos a liberdade e, seduzidos pelo canto das sereias²⁷, nos deixamos enlaçar pela unidimensionalidade inerente à racionalidade penal moderna.

²⁴ JAY, Martin. **A imaginação dialética**: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 83. Destacamos que serão utilizadas neste trabalho algumas obras de autores frankfurtianos em alemão, além de textos traduzidos para outros idiomas, como português, espanhol e inglês. Tal escolha não segue nenhum critério científico ou metodológico, mas está condicionada pelas circunstâncias e por uma questão de conveniência.

²⁵ RITSERT, Jürgen. **Themen und Thesen kritischer Gesellschaftstheorie**: Ein Kompendium. Weinheim und Basel: Beltz Juventa, 2014, p. 86.

²⁶ HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p.19.

²⁷ Idem. O episódio do canto das sereias compõe a narrativa homérica da *Odisseia* e é retomada por Adorno e Horkheimer na *Dialética do Esclarecimento*.

Entrelaçados pela razão punitiva, olhamos para o passado e, parafraseando Benjamin, contemplamos uma tempestade, a catástrofe que resulta da razão humana a qual muitos chamam de progresso. Perante um quadro de barbárie e pessimismo, nos lançamos em busca de alternativas viáveis e capazes de reduzir os danos provocados pela racionalidade destrutiva que delinea a justiça penal moderna. Se o anjo da história, numa referência ao quadro de Klee, volta-se para o passado e vê apenas “ruínas sobre ruínas”, interromper o curso dessa história será certamente o início de uma revolução²⁸.

²⁸ BENJAMIN, Walter. **Über den Begriff der Geschichte**. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 697-8.

1 A RAZÃO PUNITIVA E OS FUNDAMENTOS POLÍTICOS E FILOSÓFICOS DA JUSTIÇA PENAL MODERNA

1.1 A INVENÇÃO DO CRIME E A FUNDAÇÃO INQUISITÓRIA DO DISCURSO LEGITIMADOR DO PODER PUNITIVO: AS FUNÇÕES DECLARADAS DO PROCESSO PENAL E A METAMORFOSE DO CONFLITO EM VIOLÊNCIA

Vinculada às ideias de progresso e emancipação humana por intermédio da razão, a modernidade é certamente um dos temas mais problematizados filosoficamente. Desde Hegel – segundo Habermas o primeiro filósofo a desenvolver um conceito claro de modernidade²⁹ – até o presente, os debates se acirraram e inúmeras posições filosóficas surgiram com a finalidade de explicá-la e defini-la, sempre sob o risco de excessivas simplificações. Se para alguns a modernidade trata-se de um projeto inacabado³⁰, há aqueles que defendem o seu esgotamento e até mesmo a impossibilidade de realizá-lo, competindo historicamente pela imposição discursiva de uma determinada concepção de mundo, ora exaltando a modernidade, ora questionando e minando os seus alicerces.

Conceito extremamente problemático, para filósofos como Anthony Giddens, Jürgen Habermas e Charles Taylor, a modernidade consiste em um fenômeno europeu, “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”³¹. Em virtude da origem eurocêntrica do projeto moderno e de sua afirmação em detrimento da periferia, Dussel propõe o termo “transmodernidade” e questiona tanto as tentativas de crítica quanto a plena

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 08.

³⁰ A respeito, ver o discurso de Habermas: Modernidade - um projeto inacabado, publicado em: HABERMAS, Jürgen. **Kleine politische Schriften I-IV**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 444-64.

³¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 08.

realização da modernidade, um “mito irracional, de justificação da violência, que devemos negar, superar”³².

Desde a perspectiva weberiana, a modernidade é compreendida principalmente como o resultado dos processos de racionalização e diferenciação de várias esferas, das quais destacamos a jurídica. Alçado à categoria de ciência, o direito passou a ser controlado pela razão instrumental, uma racionalidade pragmática que alicerça a ação racional dirigida a fins, ou seja, que emprega meios técnicos para atingir finalidades específicas. Segundo Weber, foi essa mesma razão, um dos marcos da modernidade, que levou à dessacralização, uma vez que caberia à ciência substituir a religião em sua explicação do mundo³³.

Em certo sentido, a justiça penal contemporânea é resultado da cultura moderna, comprometida, portanto, com as promessas e esperanças de uma sociedade fundada na razão. Na realidade, estamos todos inseridos no “imaginário social moderno”³⁴, razão pela qual ele parece ser o único horizonte de sentido possível. Por isso, antes mesmo de configurar uma crítica ao sistema de justiça criminal e de modo especial à administração de conflitos criminalizados, este trabalho contém elementos de contestação do próprio universo moderno e de componentes dos processos cumulativos e de reforço mútuo que configuram a modernização³⁵.

³² DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro**. A origem do "mito da modernidade". Petrópolis: Editora Vozes, 1993, p. 07.

³³ WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Ao discorrer sobre a racionalização, Weber argumenta que “temos de lembrar-nos, antes de qualquer coisa, que ‘racionalismo’ pode significar coisas bem diferentes. Significa uma coisa se pensarmos no tipo de racionalização que o pensador sistemático realiza sobre a imagem do mundo: um domínio cada vez mais teórico da realidade por meio de conceitos cada vez mais precisos e abstratos. O racionalismo significa outra coisa se pensarmos na realização metódica de fim, precisamente dado e prático, por meio de um cálculo cada vez mais preciso dos meios adequados. Esses tipos de racionalismo são muitos diferentes, apesar do fato de que em última análise estão inseparavelmente juntos. WEBER, Max. A psicologia social das religiões mundiais: In: **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 337.

³⁴ TAYLOR, Charles. **A secular age**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007, p. 168.

³⁵ Processos como, por exemplo, a formação de capital e mobilização de recursos, o desenvolvimento das forças produtivas e o aumento da produtividade do trabalho, o estabelecimento do poder político centralizado e a formação de identidades nacionais, a expansão dos direitos de participação política, as formas urbanas de vida e a formação escolar

Se a persecução de fatos criminalizados não se restringe à modernidade, foi com o processo de constituição deste período e do Estado moderno que surgiram os princípios de organização e racionalização da administração pública que definiram o perfil do direito e do processo penal contemporâneos, direcionados ao progresso e ao avanço social e identificados com a configuração da civilização, em oposição à barbárie consubstanciada no crime e na violência que lhe conforma.

Apesar de todas as expectativas inerentes ao projeto civilizatório ocidental, as ciências criminais não foram capazes de erradicar a violência do bárbaro e afirmar os ideais civilizados, mas produziram exatamente o seu oposto por meio da técnica subjacente à racionalidade instrumental. Promessas não cumpridas de um modelo erigido à condição de mecanismo eficiente de destruição, afinal, “nunca houve um documento de cultura que não fosse ao mesmo tempo um documento de barbárie”³⁶.

A proposta de traçar uma genealogia do processo penal moderno e talvez mais do que isso, uma “genealogia do imaginário punitivo moderno”³⁷, pressupõe compreender o papel do controle penal em um dado contexto histórico, político e econômico, bem como as racionalidades que presidem a ordem social. Diante disso, não pretendemos questionar as origens do sistema de justiça criminal moderno, mas revisar a história das ideias penais para além da suposição de verdades eternas e imutáveis. Nesse sentido, Foucault³⁸ declara que “a genealogia não se opõe à história como a visão altiva e profunda do filósofo ao olhar de toupeira do cientista; ela se opõe, ao contrário, ao desdobramento meta-histórico das significações ideais e das indefinidas teleologias. Ela se opõe à pesquisa da ‘origem’”.

formal, a secularização de valores e normas. HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 05.

³⁶ “*Es ist niemals ein Dokument der Kultur, ohne zugleich ein solches der Barbarei zu sein*”. BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 696.

³⁷ CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**: controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014, p. 92

³⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2014, p. 12.

Embora o próprio Nietzsche tenha posto à prova o método genealógico³⁹, demonstrando que ele também não deveria ser absolutizado, a crítica genealógica evidencia o problema do conhecimento histórico e contraria a concepção de que este possa compreender os fatos a partir do ideal, do critério da objetividade, da conformidade ao dado, da evidência, obstruindo, dessa forma, aquilo que caracteriza o fato, ou seja, sua abertura constitutiva e infinitude.

No cenário específico do controle penal, em detrimento da origem do crime e do processo penal, é necessário perquirir o que está por trás das “significações ideais” e das “indefinidas teleologias” que permeiam o discurso legitimador do poder punitivo. A opção pela recusa à pesquisa da origem consiste na renúncia à tentativa de “recolher a essência exata da coisa”, assumindo, assim, uma perspectiva que “tem o cuidado de escutar a história em vez de acreditar na metafísica”⁴⁰.

Com isso, pode-se visualizar mais nitidamente que tanto a infração quanto o direito e o processo penal não passam de invenções das classes dominantes, técnicas específicas de dominação que envolvem a racionalização e a formalização, a despeito de se fundarem no pressuposto tipicamente moderno de que uma sociedade plenamente racional resultaria em ordem e paz sociais.

Uma breve análise das modificações intrínsecas ao pensamento penal moderno permite averiguar que todas as contribuições mais relevantes da filosofia penal estão ancoradas em um mesmo radical, ou seja, a obrigação de punir. Desde Beccaria e a filosofia utilitarista que exigia a punição como exigência política e prática, passando por Kant e o retributivismo que suscitou a obrigação moral de impor a pena, até chegar a Feuerbach, responsável por transformar esse imperativo prático ou moral em uma consequência jurídica

³⁹ A respeito, conferir: VATTIMO, Gianni. **Diálogos com Nietzsche**: ensaios 1961-2000. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 108-109.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2014, p. 13.

necessária, é possível identificar três “boas” razões para punir⁴¹. Foram essas teorias que permitiram a expansão da “racionalidade penal moderna”⁴² e consolidaram o monopólio da violência pelo Estado, justificado sobre bases contratuais e legitimado pela reafirmação da liberdade e pela contenção da violência e da vingança.

Nesse percurso, parte-se da pergunta formulada por Nietzsche sobre as condições nas quais o homem inventou os juízos de valor “bom” e “mau”⁴³ para investigar a “invenção do crime”⁴⁴ (em sentido genealógico) e a consequente apresentação do direito e do processo penal como fenômenos universais e eternos, sujeitos ao Estado moderno mediante o monopólio do uso da violência física legítima e justificados por discursos de conhecimento e de poder articulados a uma determinada racionalidade “que, no fundo, não é senão o monopólio da arbitrariedade verticalizante”⁴⁵.

É curioso notar que os valores contrapostos bom e mau encontram no sistema de justiça criminal um dos muitos campos nos quais travam uma batalha milenar. Ao declarar a prevalência histórica do segundo, Nietzsche sugere como ápice dessa luta os embates entre Roma e os judeus, tidos como a própria “antinatureza”⁴⁶, de modo que tal valoração continua a servir de

⁴¹ PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. **Sociologias**. Dossiê Conflitualidades. Porto Alegre, UFRGS – Instituto de Filosofia e ciências Humanas, ano 1, nº 1, p. 82.

⁴² PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, mar. 2004, p. 40-41. Pires divide o conceito de racionalidade penal em dois sentidos: “num sentido teórico e formal, indica simplesmente um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e assim se autodistingue dos outros sistemas, mas que para ser relativamente autônomo não precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum (fisiológicos, por exemplo). Num sentido empírico e descritivo, designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico. Assim, qualifico como *moderna* essa forma de racionalidade penal que se construiu no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII”.

⁴³ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 46.

⁴⁴ HESS, Henner; STEHR, Johannes. Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens. In: HESS, Henner. **Die Erfindung des Verbrechens**. Springer: Wiesbaden, 2015.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 501.

⁴⁶ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 40.

fundamento para a atual representação do criminoso, do ponto de vista ético e estético, um ser moralmente corrompido e fisicamente degenerado, antítese do homem moderno civilizado, tendo em vista que “há indivíduos moralmente inferiores, assim como os há e houve sempre superiores”⁴⁷.

Demonstrando toda a sua descrença na razão, Nietzsche utiliza a categoria “invenção” (*Erfindung*) para se referir ao conhecimento e se opor à ideia de “origem” (*Ursprung*). Para Nietzsche, o termo invenção presume ao mesmo tempo uma ruptura e um começo mesquinho, inconfessável.⁴⁸ Daí ser possível dizer que o conhecimento não existia anteriormente, mas foi fabricado:

Em algum remoto rincão do universo cintilante que se derrama em um sem número de sistemas solares, havia uma vez um astro, em que animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e mais mentiroso da ‘história universal’: mas também foi somente um minuto⁴⁹.

Fazemos referência à invenção da infração para demonstrar que ela não ocorre apenas no âmbito da teoria do conhecimento, mas também no contexto das práticas punitivas. Se o conhecimento foi inventado e, portanto, “não está em absoluto inscrito na natureza humana”⁵⁰, da mesma forma o direito penal não está ligado à natureza humana, mas foi produzido por obscuras relações de poder. Na mesma linha, Hess e Stehr⁵¹ propõem que o direito penal, o crime e a pena não são fenômenos universais, mas tão somente produtos de sociedades senhoriais e estatais, nas quais o conflito deixa de ser visto como o antagonismo entre indivíduos e se transforma em oposição à dominação.

Torna-se fundamental, portanto, compreender em que medida essa contestação ao soberano engendrou mecanismos de reafirmação do poder

⁴⁷ GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: estudo sobre o direito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal. Campinas: Ed. Petrias, 1997, p. 14.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 15.

⁴⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral**. São Paulo: Editora Hedra, 2007, p. 25.

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora: 1999, p. 16.

⁵¹ HESS, Henner; STEHR, Johannes. Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens. In: HESS, Henner. **Die Erfindung des Verbrechens**. Springer: Wiesbaden, 2015, p. 56.

político, justificados por uma determinada forma de saber que, desde a perspectiva foucaultiana⁵², ocorreu com o surgimento do inquérito.

A antinomia entre saber e poder produziu a crença na ideia de que a verdade não pertence ao poder político e que o verdadeiro saber só pode ser alcançado mediante o contato com os deuses ou quando nos recordamos das coisas. Assim, se existe o saber, é necessário renunciar ao poder. Inspirado em Nietzsche, Foucault destaca que esse mito precisa ser liquidado, pois todo conhecimento oculta uma luta de poder. Logo, “o poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber”⁵³.

A partir de Nietzsche, cuja explicação do mundo não se funda em valores, senão em relações de poder, Foucault demonstra que o poder (político, judiciário) e o saber constituem as relações de produção e atuam de modo determinante no processo histórico de formação social.

Com o abandono do velho direito germânico e a invenção da infração, surgiram também novas formas de justiça, novos métodos de conhecimento. Na Idade Média europeia, o método grego do inquérito ressurgiu e sucedeu a antiga regulamentação dos litígios entre os indivíduos. A luta ou *disputatio* foi então substituída pela *inquisitio*, a investigação por intermédio do soberano. No plano filosófico, a *disputatio* impunha que a obtenção da verdade se dava argumentativamente, por meio de uma luta meticulosamente regulada entre rivais. A *inquisitio*, por sua vez, modificou esse paradigma metodológico e o deslocou para a interrogação, método generalizado para todo o restante do conhecimento⁵⁴.

A superação do antigo sistema germânico de regulamentação de conflitos – regido pela luta e pela transação – e a ascensão da *inquisitio* fizeram muito mais do que apenas transformar as práticas e procedimentos judiciais da

⁵² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

⁵³ Idem, p. 50-51.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999. ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

época. O que se notou foi um processo de acumulação de poder a partir da invenção de uma determinada maneira de obter o conhecimento, “uma condição de possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental. Essa modalidade de saber é o inquérito [...]”,⁵⁵ forma de gestão e exercício de poder que analisaremos mais detidamente em capítulo posterior.

Por enquanto, cumpre salientar que no âmbito processual o estabelecimento da concepção de verdade pelo referido método propiciou o confisco do conflito pelo soberano, tendo em vista que a partir de então qualquer dano a uma vítima também caracterizava uma lesão ao poder político, à lei do Estado. Isso significava que a ofensa, neste caso, o crime, viabilizaria a apropriação dos procedimentos judiciais de resolução do conflito e o avanço do próprio poder.

A esse respeito, Nils Christie salienta a relevância dos conflitos para a dinâmica social e sugere que a própria criminologia ampliou um processo no qual os conflitos simplesmente desapareceram ou se tornaram propriedade de outras pessoas, tendo sido, portanto, tomados dos indivíduos diretamente envolvidos. Ao tratar os conflitos como propriedade de terceiros, em especial dos atores processuais, Christie demonstra as inúmeras vantagens obtidas pelo Estado e pelos advogados em detrimento da vítima, para ele, a maior perdedora nessa situação, uma vez que foi alijada de qualquer participação efetiva na resolução do caso, permanecendo órfã de eventuais compensações⁵⁶.

Como se pode perceber, a infração, “uma das grandes invenções do pensamento medieval”⁵⁷, dependia de outra importante descoberta da época: o Estado, ou, com a devida contextualização histórica, o soberano, conforme mencionamos, um dos maiores beneficiados com o monopólio da administração dos conflitos.

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 62-63.

⁵⁶ CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**. Vol. 17, n. 01, p. 01-15, London, 1977.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 66.

Assim como as demais “tradições inventadas”⁵⁸, a inovação histórica do Estado fundou-se em “exercícios de engenharia social muitas vezes deliberados e sempre inovadores”⁵⁹. Com o declínio da antiga ordem feudal e a modificação da estrutura social germânica – formada por clãs matrilineares que desconheciam a propriedade privada e renunciavam à existência de chefes em tempos de paz⁶⁰ – os procedimentos de resolução de conflitos já não se destinavam mais a restaurar um dano à vítima, tampouco a resgatar a paz abalada pelo agressor, mas visavam principalmente à reparação da ofensa ao soberano, ao Estado, à lei. Foi exatamente nesse turvo período que surgiram as multas como mecanismos de confisco dos bens e enriquecimento das monarquias nascentes. Desse modo, Foucault declara que “as monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça”⁶¹.

A narrativa ora apresentada sinaliza para a fragilidade de um discurso que justifica a existência do processo penal e o monopólio estatal da violência na “pacificação da sociedade” por meio da solução justa de conflitos⁶². O elemento de invenção é nítido neste caso e a história que se tornou conhecida corresponde àquilo que foi selecionado, popularizado e institucionalizado por quem detinha o poder de fazê-lo. Nesse processo ideológico de construção, demolição e reestruturação das imagens do passado descrito por Hobsbawm, o intento de estruturar de maneira imutável e invariável alguns aspectos da vida social como, por exemplo, o poder punitivo repressivo, tende a estabelecer ou legitimar instituições, *status* ou relações de autoridade e a inculcar ideias, sistemas de valores e padrões de comportamento.

⁵⁸ Segundo Hobsbawm, “a invenção de tradições é essencialmente um processo de formalização e ritualização, caracterizado por referir-se ao passado, mesmo que apenas por imposição da repetição”. HOBBSAWM, Eric. **A invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 12.

⁵⁹ HOBBSAWM, Eric. **A invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 22.

⁶⁰ ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 67.

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23-24.

Ao conceber o processo apenas como uma sucessão de atos com o objetivo de dirimir um conflito de interesses e justificar o exercício do *jus puniendi* estatal a partir da própria existência da infração penal que transtorna a ordem pública e vitimiza a sociedade, o saber técnico-científico não só encobre os graves problemas subjacentes às práticas vinculadas a essas ideias, como contribui para o processo de expansão do poder jurídico-penal, considerado pela dogmática e pela historiografia um sinal de progresso e civilização.

Além disso, o sistema de controle da justiça criminal moderna importa em um desserviço para a democratização da gestão de conflitos e a pretendida emancipação dos sujeitos diretamente envolvidos, pois “representa um dos muitos casos de oportunidades perdidas para envolver os cidadãos nas tarefas que são importantes para eles”⁶³. No final das contas, neutraliza-se a vítima e desconsidera-se o enorme potencial para a participação dos afetados em detrimento da ampliação do poder estatal.

O protagonismo do Estado e o antagonismo dos indivíduos na resolução dos conflitos encontra amparo na moderna teoria do processo. Para autores como Hellmann a reparação do dano também se trata de algo meramente secundário e ao processo atribui-se a função primordial de aplicar e impor o direito penal, indispensável em virtude de seu papel pacificador⁶⁴. Hassemer vai além ao afirmar que “o direito penal estatal surge com a neutralização da vítima”⁶⁵. Essa “neutralização” realizada pelo sistema penal não é casual, mas uma característica da intervenção estatal na resolução de conflitos e um pressuposto para que o direito penal possa cumprir as suas tarefas. Segundo o professor de Frankfurt, é improvável que a vítima renuncie à sua posição marginal no direito penal para tornar-se um participante legítimo, afinal, “isso significaria, pois, que o Estado se despediria da justiça penal”⁶⁶.

⁶³ CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**. Vol. 17, n. 01, p. 01-15, London, 1977, p. 07.

⁶⁴ HELLMANN, Uwe. **Strafprozessrecht**. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 1998, p. 01-02.

⁶⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 113.

⁶⁶ Idem, p. 123-124.

É curioso notar que historicamente essa construção tem sido justificada com base na necessidade de conferir maior proteção ao réu, evitando-se, além disso, o comprometimento da justiça por intermédio da vingança engendrada pela participação da vítima no procedimento. Daí os processualistas considerarem o réu como sujeito principal ou essencial do processo e a vítima como sujeito secundário ou acessório. Na realidade, se ao primeiro quase nenhum protagonismo pode ser atribuído, no campo da gestão dos conflitos esta última tem sido completamente obscurecida e acabou sendo reificada no percurso processual. Seguindo as pegadas de Scheerer, ainda que a punição seja algo inerente a todas as formações sociais, talvez seja este o momento para questionarmos a perenidade do direito penal e pensarmos em alternativas ao processo penal⁶⁷.

Uma das características mais notórias da justiça penal, o *déficit* democrático se justifica com base no monopólio da violência legítima exercida pelo Estado e em uma série de mitos que “possibilitam e agravam as divergências entre a normatividade e a práxis”⁶⁸. A invenção da infração e sua redefinição como caso penal não só determinaram as formas de reação ao delito, como produziram a ontologização do crime e do direito penal, o que significa compreender o delito como uma realidade pré-constituída à reação social, um mal em si.

Enquanto para a perspectiva clássica a ação criminosa configura a ruptura do consenso social em torno de valores supostamente homogêneos e universais, para o positivismo criminológico trata-se daquilo que Garofalo considerou o “delito natural”, isto é, o crime como expressão da violação a sentimentos naturais do ser humano, como probidade, decência etc.⁶⁹ A resposta penal a esses comportamentos seria uma consequência inevitável e natural, tendo em

⁶⁷ SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal? Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCrim/RT, vol. 117, p. 363-372, jan./mar., 2015.

⁶⁸ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130.

⁶⁹ GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: estudo sobre o direito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal. Campinas: Ed. Petrias, 1997.

vista que na opinião da ampla maioria dos juristas nem a sociedade nem o Estado poderiam existir sem a sanção penal.

Com a racionalidade penal moderna esse processo de naturalização da relação entre a ação criminalizada e o sofrimento imposto pela pena foi obscurecido pela civilização técnico-científica, responsável por definir o atual perfil do direito penal.

A invenção do Estado e das agências de controle social inseridas na burocracia implicou na criação de inúmeras expectativas provenientes do ideal de segurança, como, por exemplo, o da felicidade e o da autonomia individual. Expectativas cuja manutenção expressa a crença na bondade do poder punitivo e a confiança nos valores morais (metafísicos) que moldam as ciências jurídico-criminais e o sistema penal moderno: “a bondade (valor penal), a beleza (valor criminológico) a verdade (valor processual) e a justiça (valor jurídico)”⁷⁰.

Embora muitos encontrem nos mencionados valores morais um lugar de conforto e segurança, tão cobiçados em tempos de incerteza, parece paradoxal que o façam exatamente na seara penal. Entretanto, tal contradição se dissolve quando compreendemos que o Estado, ou, nas palavras de Nietzsche, a “imoralidade organizada”, foi capaz de monstruosas loucuras das quais o indivíduo jamais seria capaz. Amparado na razão punitiva, sua “pulsão para o poder”⁷¹ – o mais terrível e profundo desejo do homem – se torna moralmente justificada e a responsabilidade pelo sofrimento alheio é completamente dissipada.

⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 74.

⁷¹ NIETZSCHE, Friedrich. **A vontade de poder**. Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco José Dias de Moraes. Apresentação de Gilvan Fogel. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 363-4.

1.2 CIVILIZAÇÃO, BARBÁRIE E O IDEAL MODERNO DE RACIONALIZAÇÃO: RACIONALIDADE INSTRUMENTAL E RAZÃO PUNITIVA

Campo teórico-epistemológico extremamente amplo e comprometido com a emancipação humana por meio do esclarecimento, a Teoria Crítica, em sua versão frankfurtiana, deve ser considerada no contexto histórico de seu desenvolvimento, ou seja, um período marcado pela turbulência política dos anos entre a primeira e a segunda guerra mundiais e por mudanças vitais nas condições sociais, econômicas e políticas.

A multiplicidade de vozes dificulta sobremaneira, senão impede a busca por uma unidade sistemática entre os representantes da Escola de Frankfurt; ainda assim, podemos apontar como ponto em comum “um negativismo teórico-social” que os levou a perceber a situação sobre a qual pretendiam exercer alguma influência como um estado de negatividade social. Para frankfurtianos renomados, como Adorno, Horkheimer e Marcuse, a causa do estado negativo da sociedade estava no *déficit* de razão social, ideia ética que possui as suas raízes na filosofia de Hegel⁷².

Os membros do Instituto de Pesquisa Social, vinculado desde o início à Universidade de Frankfurt, reencontraram os interesses dos chamados hegelianos de esquerda da década de 1840 e integraram a filosofia à análise social. Interessaram-se principalmente pelas condições que permitiriam mudanças sociais e o estabelecimento de instituições racionais na sociedade. Assim, o objetivo primordial do Instituto era “explorar a possibilidade de a práxis humana transformar a ordem social”⁷³.

⁷² HONNETH, Axel. Eine soziale Pathologie der Vernunft: zur intellektuellen Erbschaft des Kritischen Theorie. In: **Pathologien der Vernunft: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007, p. 30-32.

⁷³ JAY, Martin. **A imaginação dialética: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950)**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 85.

Além da influência de Hegel, autores como Marx e Weber (no fundo, um kantiano) também inspiraram as formulações teóricas de Adorno e Horkheimer, o que levou Michael Löwy a classificar a perspectiva frankfurtiana como marxista-weberiana. Apesar dos antagonismos aparentes, Löwy estabelece uma aproximação entre os dois sociólogos e mostra, no mesmo sentido de Florestan Fernandes, que o método tipológico de Weber vai “na direção proposta por Marx”. Embora um mundo separe os dois autores, tanto do ponto de vista político, quanto metodológico e filosófico, “existem convergências, analogias possíveis e, sobretudo, uma larga esfera de complementaridade entre seus dois pensamentos”⁷⁴. São essas “afinidades” que uma parte da Teoria Crítica⁷⁵ experimentou em seus trabalhos e que, em alguma medida, também empregamos nesta pesquisa.

Martin Jay considera que as três grandes críticas reiteradas por Horkheimer sobre os *filósofos da vida* podem ser úteis na compreensão dos alicerces da Teoria Crítica: primeiro, apesar do acerto de pensadores como Nietzsche, Bergson e Dilthey em tentar resgatar o indivíduo das ameaças da sociedade moderna, se excederam ao enfatizar a subjetividade e a interioridade. Isso os levou a desvalorizar a ação no mundo histórico. Segundo, eles tendiam a desprezar a dimensão material da realidade. Terceiro, e talvez mais importante, a crítica à degeneração do racionalismo burguês em seus aspectos abstratos e formais em algumas ocasiões fez com que eles exagerassem na defesa de sua posição e se aproximassem do irracionalismo escancarado e irrefletido dos vulgarizadores do século XX, tais como Scheler, Spengler e Jünger⁷⁶.

⁷⁴ LÖWY, Michael. **A jaula de aço**: Max Weber e o marxismo weberiano. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 137.

⁷⁵ A referência apenas à parte da Teoria Crítica ocorre porque o próprio Löwy reconhece ser discutível utilizar o termo “marxismo weberiano” em relação a todos os pensadores da Escola de Frankfurt e menciona a dissociação dessa herança de autores como Habermas. LÖWY, Michael. **A jaula de aço**: Max Weber e o marxismo weberiano. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 128-136.

⁷⁶ JAY, Martin. **A imaginação dialética**: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 94.

Desde a perspectiva de Horkheimer, assinala Voirol⁷⁷, o projeto científico burguês possibilitou um novo tipo de conhecimento sobre o mundo exterior, um projeto que rompeu com visões tradicionais do mundo, concebido não mais como uma esfera moldada por forças mágicas, mas como produto de um processo que pode ser compreendido, explicado e reproduzido por sujeitos humanos que se tornaram conscientes de si mesmos como seres independentes diante de um mundo “objetivo”, que poderia ser racionalmente compreendido graças a métodos sistemáticos de observação.

Desse modo, possibilitou-se um crescente conhecimento sobre a natureza e o mundo objetivo, bem como sobre novas possibilidades de controle e dominação da natureza. Como meio de dominação do mundo exterior, a ciência se transformou então em força de produção que poderia ser facilmente integrada aos interesses das relações capitalistas de produção. Logo, a ciência sempre estaria vinculada a interesses sociais e o seu desenvolvimento deveria ser analisado em contextos históricos e sociais específicos.

A conformação científica a interesses econômicos contribuiu decisivamente para a crise profunda da ciência moderna e da razão, impossibilitando a autorreflexão racional da sociedade. Sobre a crise da razão, Horkheimer acreditava que esta deveria ser atribuída principalmente aos processos de subjetivação e formalização que impediram a razão de conceber a objetividade do pensamento, obstando, assim, que qualquer realidade viesse a ser compreendida como racional *per se*; com os conceitos básicos esvaziados de seu conteúdo, tornaram-se apenas invólucros formais⁷⁸. O fracasso do projeto científico sob a vigência do regime capitalista favoreceu a manutenção das injustiças sociais e acabou por obstar as progressivas transformações sociais.

Diante da crise diagnosticada pela Teoria Crítica, Horkheimer ofereceu como resposta um programa alternativo a partir de uma abordagem dialética e materialista que fosse capaz de resgatar a ciência e a filosofia. Tal abordagem

⁷⁷ VOIROL, Olivier. Teoria Crítica e pesquisa social: da dialética à reconstrução. Tradução de Bruno Simões. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 93, São Paulo: CEBRAP, p. 81-99, 2012.

⁷⁸ HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Centauro, 2002, p. 13.

não concebia seu “objeto de pesquisa” como algo separado do sujeito cognoscente, independente e neutro; com isso, o sujeito deveria tornar explícitos os seus próprios interesses de conhecimento, evitando assim que o objeto de investigação ficasse isolado de seus contextos sociais e históricos. A pesquisa deve ser orientada por pré-concepções teóricas que são esclarecidas à luz de seus interesses de conhecimento e objetivos emancipatórios.

Horkheimer defendia uma dialética “aberta”, que admite o seu caráter incompleto e inacabado e reconhece as persistentes tensões entre a teoria e a realidade. Eis aí, portanto, os fragmentos de uma teoria crítica que procura ser autocrítica e almeja solucionar as patologias da sociedade capitalista por meio do universal racional⁷⁹.

Percebe-se que a primeira fase da Teoria Crítica estava impregnada de otimismo quanto à possibilidade de emancipação racional dos indivíduos, diferentemente daquilo que se nota em sua segunda fase, centrada principalmente em dois trabalhos: *Dialética do Esclarecimento*⁸⁰ e *Minima Moralia*⁸¹. Nesta última obra, Honneth afirma, inclusive, que Adorno teria se afastado definitivamente de algumas das premissas formuladas pela Teoria Crítica, questionando, por exemplo, uma teoria moral geral, visto que os danos da vida social levaram a uma fragmentação da conduta individual que impede a orientação por princípios globais⁸².

Na *Dialética do Esclarecimento*, Horkheimer e Adorno apresentaram uma “filosofia negativa da história”⁸³ e uma crítica da razão ocidental que culminaria

⁷⁹ HONNETH, Axel. Eine soziale Pathologie der Vernunft: zur intellektuellen Erbschaft des Kritischen Theorie. In: **Pathologien der Vernunft**: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.

⁸⁰ HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

⁸¹ ADORNO, Theodor. **Minima Moralia**. Lisboa: Edições 70, 2001.

⁸² HONNETH, Axel. Eine soziale Pathologie der Vernunft: zur intellektuellen Erbschaft des Kritischen Theorie. In: **Pathologien der Vernunft**: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.

⁸³ DUBIEL, Helmut. Domination or Emancipation? The Debate over the Heritage of Critical Theory. In: HONNETH, Axel *et al.* **Cultural-Political Interventions in the Unfinished Project of Enlightenment**. Cambridge and London: The MIT Press, 1992, p. 07.

na “autodestruição do conhecimento”. Os autores acreditam que a razão, concebida inicialmente como o elemento central para a emancipação humana, acabou se convertendo em seu oposto, isto é, em elemento da própria dominação, motivo pelo qual tentaram alertar a sociedade ocidental da década de 1940 para a questão da destruição inerente aos desdobramentos do processo de esclarecimento. Segundo eles, “a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal”⁸⁴.

Se para muitos o irracionalismo da guerra se dissociava da razão, para os filósofos de Frankfurt tratava-se, na verdade, de uma ferramenta sutil do próprio racionalismo. Com o objetivo de explicar esse paradoxo, eles se voltaram para o estudo dos mitos desde a Antiguidade, principalmente aqueles contidos na *Ilíada* e na *Odisseia*, até os mitos modernos, em especial os difundidos pela objetividade da ciência, uma vez que conteriam traços do esclarecimento, pois pretendem explicar, fixar e contar a origem do mundo e dos fenômenos naturais. Adorno e Horkheimer fizeram então uma projeção do homem sobre a natureza, vista a partir de categorias humanas que desencadearam um processo de desencantamento do mundo cuja meta é “dissolver os mitos e substituir a imaginação pelo saber”⁸⁵. O saber, o conhecimento racionalmente articulado, tornou-se o método básico de controle e dominação da natureza.

De um ponto de vista sociológico, tanto os trabalhos de Horkheimer quanto os de Adorno possuem certa ambivalência em relação à fundação da dominação social, o que originou o “pessimismo” da nova Teoria Crítica a respeito da possibilidade de emancipação e liberdade humanas. Nesta segunda fase, Adorno e Horkheimer foram levados a um ceticismo quanto à capacidade de emancipação por meio da razão, principalmente em virtude do fascismo europeu e dos horrores de campos de concentração como Auschwitz⁸⁶, produto

⁸⁴ HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p.19.

⁸⁵ Idem, p.17.

⁸⁶ Zaffaroni se insurge contra a ideia de que os campos de concentração nazistas derivam diretamente do racionalismo, uma vez que para ele “nada surge do nada” e todo pensamento possui germens dos que lhe sucedem. No caso do discurso criminológico, o positivismo

da razão iluminista que, transformada em razão instrumental a serviço do poder, propiciou a destruição da natureza e a sua transformação em armas de guerra.

Na esteira do diagnóstico fornecido pela Teoria Crítica, Bauman refere-se ao Holocausto como um fenômeno racional forjado pela sociedade moderna. Para ele, “a civilização moderna não foi a condição *suficiente* do Holocausto; foi, no entanto, com toda a certeza, sua condição *necessária*. Sem ela, o Holocausto seria impensável. Foi o mundo racional da civilização moderna que tornou viável o Holocausto”⁸⁷.

A afinidade entre a racionalidade moderna e as técnicas nazistas de extermínio fez com que Walter Benjamin caracterizasse a história como catástrofe⁸⁸. Ao voltar-se para o passado, o anjo da história – numa alusão ao quadro de Paul Klee – não contempla um desencadeamento lógico dos eventos, ele vê apenas ruínas. A história é apresentada como o fracasso da razão humana.

Diante de um quadro de barbárie e pessimismo, surgira um novo desafio e a razão deveria responder àquelas questões que caracterizaram o “retrocesso da emancipação” do homem moderno, tão sonhada com o advento da modernidade. A nova realidade social exigiu uma resposta teórica inovadora, tarefa assumida por Jürgen Habermas, sucessor de Adorno em Frankfurt.

Apesar da relevância do arcabouço teórico habermasiano, dados os limites desta pesquisa, torna-se inviável aprofundar as ideias daquele que é considerado o mais importante representante da segunda geração da Escola de Frankfurt⁸⁹. Antecipamos também o alerta feito por Helmut Dubiel sobre a

biológico seria a contribuição teórica mais relevante na legitimação tanto de Auschwitz quanto dos genocídios neocolonialistas. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 63.

⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 32.

⁸⁸ BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p.697-8.

⁸⁹ Outros notórios representantes daquela nova geração de teóricos críticos são Oskar Negt, Claus Offe e Albrecht Wellmer.

necessidade de evitar interpretações que levem à inadmissível cristalização de duas posições simplificadoras da Teoria Crítica: de um lado, os que se alinham à crítica delineada na *Dialética do Esclarecimento* e não acreditam que a dinâmica do capitalismo possa ser domada, consideram a democracia uma ilusão ideológica e defendem a improbabilidade das formas emancipatórias de consciência na sociedade contemporânea; do outro, aqueles que discordam de tais respostas e inclinam-se para o tipo de teoria desenvolvida por Habermas em sua Teoria da Ação Comunicativa. Não se pode perder de vista que “a multiplicidade temática e a complexidade de ambas as vertentes excluem uma divisão tão clara da Teoria Crítica numa teoria da dominação pura e numa teoria da emancipação abstrata”⁹⁰.

Convém lembrar apenas que ao analisar o pessimismo da primeira geração, Habermas criticou a *Dialética do Esclarecimento* por se conformar com a tese das forças opostas ao esclarecimento de que a civilização seria impossível sem repressão⁹¹, acusou seus antecessores de sucumbirem ao irracionalismo e propôs que a crise que perpassou as ciências sociais, depois do sucesso da técnica, não deveria levar ao abandono da busca pela realização prática do ideal de liberdade e justiça por intermédio da razão.

Para além da razão instrumental que caracterizou o processo de modernização amplamente descrito por Weber e que se tornou sinônimo de destruição em massa e dominação para a primeira geração de pensadores da Teoria Crítica frankfurtiana, Habermas defende a existência de uma razão comunicativa que se expressa na busca do consenso por meio do diálogo intersubjetivo. Essa razão está presente na esfera cotidiana do “mundo da vida” que, no processo de modernização capitalista, foi colonizado pela razão instrumental, concernente às esferas da economia, da política e do direito. De maneira original, o complexo sistema filosófico habermasiano tenta resgatar o potencial emancipatório da razão, referindo-se à modernidade como um projeto

⁹⁰ DUBIEL, Helmut. Domination or Emancipation? The Debate over the Heritage of Critical Theory. In: HONNETH, Axel *et al.* **Cultural-Political Interventions in the Unfinished Project of Enlightenment**. Cambridge and London: The MIT Press, 1992, p. 04.

⁹¹ WIGGERSHAUS, Rolf. **A Escola de Frankfurt**: história, desenvolvimento teórico, significação política. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002, p. 614.

inacabado. Para Habermas, incumbe à razão responder às questões que configuraram o “retrocesso da emancipação” do homem moderno. Por isso, ele objetou a tese de que o esclarecimento mistifica e utilizou uma nova concepção de razão que tem como pressuposto a pragmática social-comunicativa de indivíduos em sociedade⁹².

Ponto de partida das construções epistemológicas habermasianas, o conceito de razão comunicativa aponta para a utilização de uma ideia limitada de razão por parte de Adorno e Horkheimer, restrita à racionalidade instrumental, o que inevitavelmente colocou a razão em um impasse: ao tentar esclarecer-se, libertar-se do mito, recaiu num estágio inferior ao esclarecimento, transformando-se em mito para si mesma. Habermas argumentou que a modernização ocidental constituiu um desenvolvimento unilateral e distorcido do potencial da cultura moderna e procurou suprir o que considerou o “déficit da tradição da Teoria Crítica” por meio de uma resposta mais moderada, porém não menos densa do que as oferecidas por seus precursores.

Todavia, ainda que se reconheça a possibilidade de as sociedades modernas gerarem formas de racionalidade comunicativa, não se pode desconsiderar o fato de que a razão instrumental moldou essas mesmas formações sociais⁹³ e delineou o direito e a razão punitiva⁹⁴ que, além de se apropriar do sentido e da justificação da pena visando à preservação da ordem social, serve de substrato para as políticas criminais⁹⁵. Paralelamente ao surgimento de certas práticas no âmbito do controle do crime, verificamos a ascensão de uma racionalidade que contribuiu para a instituição do sistema penal moderno e para justificar a forma específica que ele assume. Aqui nos referimos à ideia de que o Estado deve ser capaz de empregar racionalmente os meios necessários para atingir determinados objetivos, um processo óbvio no que diz respeito à lei penal.

⁹² Conferir, em especial: HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Tradução de Paulo Astor Soethe. V. 01 e 02. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

⁹³ SCHECTER, Darrow. **The Critique of Instrumental Reason from Weber to Habermas**. New York: Continuum, 2010, p.187.

⁹⁴ SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. **Ethik und Sozialwissenschaften**. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001, p. 70.

⁹⁵ STEINERT, Heinz. Mas Allá del delito y de la pena. In: HULSMAN, Louk et al. **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 35.

Essa formulação está presente, por exemplo, no “princípio da utilidade” formulado por Feuerbach, para quem nenhuma lei ou pena poderia exceder o estritamente necessário visando alcançar um objetivo. Segundo Steinert, “a lei se converte assim em um meio destinado a um fim”⁹⁶.

No que ele tem de mais fundamental, o direito representa uma instituição patológica, na medida em que remodela as condições de vida sociais com um esquema de meios e fins que serve aos interesses egoístas do indivíduo. No contexto do pensamento jusnaturalista isso levou a uma paradoxal naturalização da violência. Embora para a tradição moderna toda a política racional encontre o seu limite na violência e possua o seu ponto de partida legítimo no direito, para Benjamin a violência aparece como fonte e base do próprio direito⁹⁷, fundado, portanto, em um ato de violência carente de legitimidade. É nesse sentido que a promessa do direito de evitar conflitos, que pertence a sua fundação, envolve necessariamente o auxílio da força autoritária. O direito seria, pois, incapaz de romper com a violência que envolve tanto a sua criação quanto a sua conservação.

Enquanto sistema de pensamento da justiça criminal moderna, a razão punitiva “tende a produzir efeitos contraditórios e perversos nas relações entre as demandas de direitos humanos e o direito penal”⁹⁸. A proteção de bens jurídicos funcionaria, assim, como mera ilusão, “produto de pura ficção racionalista” apta a conferir ao direito penal alguma utilidade racional, quando, no fundo, tudo não passa de uma “questão de vontade de crença”⁹⁹.

Scheerer observa que essa forma de racionalidade coopera para conferir não apenas normalidade, senão naturalidade à pena, impossibilitando a apreensão

⁹⁶ STEINERT, Heinz. Mas allá del delito y de la pena. In: HULSMAN, Louk et al. **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 39-40.

⁹⁷ HONNETH, Axel. Eine geschichtsphilosophie Rettung des Sakralen: zu Benjamins “Kritik der Gewalt”. In: **Pathologien der Vernunft: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007, p. 127-135.

⁹⁸ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, São Paulo: CEBRAP, p. 39-60, 2004, p.39.

⁹⁹ TAVARES, Juarez. **Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência**. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/Textos>>. Acesso em 05 set. 2017, p. 05.

do mundo sem o direito penal¹⁰⁰. Por esse motivo, Pires considera que um dos efeitos da racionalidade penal moderna é “naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. É quando tentamos pensar o sistema penal *de outra forma* que tomamos consciência da colonização que ele exerce sobre a nossa maneira de ver as coisas”¹⁰¹. Assim, ao mesmo tempo em que a razão punitiva justifica o sistema de justiça criminal, ela obsta a busca por equivalentes funcionalmente atraentes no tratamento dos conflitos, preservando, com isso, as relações de poder entre o Estado e a sociedade civil.

Neste ponto, se faz necessária uma breve explicação. Tomando por base a distinção weberiana entre a racionalidade conforme a um fim, ou, em termos frankfurtianos, a razão instrumental (*Zweckrationalität*) e a atividade racional referente a valores (*Wertrationalität*), acreditamos que ambas são relevantes para a análise ora empreendida no que diz respeito à racionalidade penal. A análise da razão instrumental é uma condição para a adequada compreensão dos fins da pena e da generalidade do direito penal (adequação geral). Quanto ao segundo tipo de racionalidade acima descrito, a questão volta-se muito mais para a possibilidade do direito e do processo penal expressarem e concretizarem determinados valores, normalmente consagrados constitucionalmente. Ambos estão ancorados em elementos pré-constitucionais e são incapazes de manifestar os valores que distinguem um Estado democrático de direito de modelos estatais autoritários. Um Estado que se funda em valores como tolerância, liberdade e dignidade humana não deveria admitir um processo penal forjado sob o signo da intolerância e, muito menos, admitir o encarceramento de pessoas em condições totalmente inaceitáveis. Estados que se pretendem democráticos deveriam evitar o processo e a pena, criando outras formas de controle social.

Não obstante os méritos e a profundidade da análise empreendida por Habermas, não vislumbramos meios de impor limites à razão instrumental e a

¹⁰⁰ SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. **Ethik und Sozialwissenschaften**. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001.

¹⁰¹ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, São Paulo: CEBRAP, p. 39-60, 2004, p. 40-41.

seu produto, a razão punitiva. Assim, apesar de concordarmos com Habermas e nos distanciarmos de Weber e da primeira geração da Escola de Frankfurt quanto à existência de outras formas de racionalidade na sociedade moderna para além da razão instrumental, discordamos do pensamento habermasiano em virtude de conjecturarmos a absorção da atividade comunicacional pela esfera da racionalidade instrumental.

Se considerarmos o próprio poder punitivo como fruto da racionalidade instrumental, perceberemos exatamente o oposto à aspiração habermasiana. No campo penal, em detrimento do desaparecimento da razão instrumental ou de sua superação, esta tem se consolidado socialmente mediante a difusão da razão punitiva e a ampliação do poder punitivo. Temos, portanto, a impressão de estarmos cada vez mais distantes da pretensão de Scheerer de sujeitar a racionalidade penal à razão reflexiva inerente a um novo esclarecimento¹⁰². Partimos então da constatação de que a racionalidade penal moderna constitui um “obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra estrutura normativa”¹⁰³. Esse entrave¹⁰⁴ está ancorado em alguns pressupostos filosóficos, sociológicos e psicológicos que conformaram o pensamento penal moderno e precisam ser repensados, pois somente a partir de uma profunda revisão crítica dessas suposições será possível pensar em alternativas e na humanização e democratização dos mecanismos jurídicos de resolução dos conflitos em matéria penal.

A crítica à modernidade esboçada pela primeira geração da Escola de Frankfurt continua atual, especialmente no tocante à oposição do pessimismo weberiano à utopia de uma sociedade não regida pela razão instrumental¹⁰⁵.

¹⁰² SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. **Ethik und Sozialwissenschaften**. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001.

¹⁰³ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, São Paulo: CEBRAP, p. 39-60, 2004, p. 43.

¹⁰⁴ Em relação aos limites inerentes à humanização do direito penal, conferir: PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. **Sociologias**. Dossiê Conflitualidades. Porto Alegre, UFRGS – Instituto de Filosofia e ciências Humanas, ano 1, nº 1, p. 64-95.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 640.

Evidentemente, nossa adesão ao diagnóstico daquele grupo não impede que algumas críticas importantes sejam feitas. Nesse sentido, pondera Honneth, a argumentação empreendida por Adorno e Horkheimer na *Dialética do Esclarecimento* acaba promovendo a ideia de que estamos diante de sujeitos socialmente subjugados, vítimas passivas e colaterais de tecnologias de dominação incapazes de esboçar qualquer tentativa de resistência social e oposição cultural. A história seria, assim, tão somente um processo em espiral que, desde um excessivo reducionismo teórico-social, ignora a existência de uma esfera intermediária de ação social¹⁰⁶.

Ainda assim, a substituição do saber por um conteúdo de utilidade técnica como condição de possibilidade para a autoconservação e a destruição racional da humanidade são algumas das contradições da modernidade que se projetam no campo do controle social. Por isso, embora concordemos em boa parte com as hipóteses de Steinert e Lüderssen, nos distanciamos de ambos ao afirmarem que a pena e as políticas criminais atuais configuram, na realidade, manifestações da irracionalidade do poder punitivo.

Enquanto Lüderssen, em texto intitulado *Sobre o irracional no direito penal*, identifica a pena com a perda da razão¹⁰⁷, Steinert, por sua vez, sustenta que as políticas criminais sempre tiveram a sua cota de irracionalidade, proveniente da própria razão instrumental e das seguintes hipóteses:

a) A quantidade de 'delitos' pode ser reduzida fazendo algo com as pessoas que tenham cometido ou possam cometer atos considerados como tais. b) A lei penal é um instrumento adequado e efetivo para fazê-lo. Isso implica também que o Estado – ou em geral alguma autoridade central – é o responsável principal ou exclusivo pela política criminal. c) A pena, isto é, o fazer algo desfavorável às pessoas mencionadas anteriormente, é o meio apropriado e efetivo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ HONNETH, Axel. **Crítica del poder**: fases em la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad. Madrid: A. Machado Libros, 2009, p. 102-103.

¹⁰⁷ LÜDERSEN, Klaus. Über das Irrationale im Strafrecht. In: ZACZYK, Rainer; KÖHLER, Michael; KAHLO, Michael (Hrsg.). **Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998**. Springer Verlag: Berlin/Heidelberg, 1998, p. 326.

¹⁰⁸ STEINERT, Heinz. Mas allá del delito y de la pena. In: HULSMAN, Louk et al. **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 35. *La cantidad de 'delitos' puede reducirse haciendo algo con y a las personas que hayan cometido o puedan cometer actos considerados como tales. b) La ley penal es un instrumento adecuado y efectivo para hacerlo.*

Os pressupostos elencados por Steinert como alicerces das políticas criminais contemporâneas e os elementos irracionais da pena expostos por Lüderssen parecem vincular-se a uma determinada racionalidade ou, na visão de Adeodato, à racionalização por meio de relatos que cumprem o relevante papel de definir aquilo que são os “fatos” ou a “realidade”¹⁰⁹. É desta forma que, desde o imaginário punitivo moderno, as hipóteses que Steinert considera irracionais revestem-se de certas qualidades, como imutabilidade e perenidade. Mesmo diante da impossibilidade de efetivação dessas ideias, elas são eficazmente utilizadas como mecanismos de legitimação das funções do direito e do processo penal.

Um dos casos citados por Lüderssen é particularmente esclarecedor: no passado, o julgamento de bruxas possuiu como ponto de partida um pacto com o diabo, algo completamente irracional, segundo o criminólogo. Como consequência imediata deste pacto, prossegue, as acusadas se sujeitavam à responsabilização penal, “canonicamente refinada com muitas categorias analítico-rationais”¹¹⁰. Entendemos ser um equívoco desconsiderar o alto nível de racionalização teórica de trabalhos como o *Malleus Maleficarum* (Martelo das Feiticeiras), para Zaffaroni, “a obra fundacional do discurso legitimador do poder punitivo na etapa de sua consolidação definitiva”¹¹¹. Elaborado pelos inquisidores dominicanos Heinrich Kraemer e James Sprenger, o *Malleus Maleficarum* estabeleceu a perseguição das bruxas e se disseminou rapidamente por toda a Europa. Longe de revelar uma suposta irracionalidade, o exemplo exposto por Lüderssen acaba por confirmar a sofisticação racionalizante do poder punitivo e remete à fundação inquisitória do discurso penal.

Esto implica también que el estado - o en general alguna autoridad central - es principal o exclusivamente responsable de la política criminal. c) La pena, es decir, el hacer algo desfavorable a las personas antes mencionadas, es el medio apropiado y efectivo.

¹⁰⁹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 139.

¹¹⁰ LÜDERSSEN, Klaus. Über das Irrationale im Strafrecht. In: ZACZYK, Rainer; KÖHLER, Michael; KAHLO, Michael (Hrsg.). **Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998**. Springer Verlag: Berlin/Heidelberg, 1998, p. 326.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 511.

A crítica foucaultiana ao processo civilizador moderno e a análise feita por Adorno e Horkheimer em *Dialética do Esclarecimento* minaram as bases do projeto iluminista. Ao referir-se às patologias derivadas de uma sociedade racionalizada, Honneth destaca a insuficiência da Teoria Crítica de Adorno e de sua continuação sistêmica sob a Teoria do Poder de Foucault no que diz respeito à compreensão das formas de integração das sociedades no capitalismo tardio. Aponta, em contrapartida, para a teoria social desenvolvida por Habermas como ponto de partida para a transformação teórico-comunicativa da Teoria Crítica¹¹².

Embora extremamente relevantes, não pretendemos aprofundar tais questões neste trabalho, dadas as limitações inerentes ao tema e ao objeto de pesquisa. Não obstante a proposta habermasiana no sentido de preservar o caráter progressista da modernidade e superar os seus paradoxos por meio de uma teoria comunicativa, desde a sua invenção o discurso penal tem racionalizado eficientemente a exclusão e inviabilizado o diálogo intersubjetivo, sobretudo nos países periféricos.

Como se pode notar, os problemas oriundos do cenário inquisitorial transcendem o campo penal “para converter-se em uma questão central da cultura universal”¹¹³. Além de impulsionar a modernidade e permitir que a racionalidade técnica fosse “ancorada de um tal modo que a racionalização capitalista pudesse finalmente decolar”¹¹⁴, o processo de desencantamento do mundo traçado por Weber também condicionou e planetarizou o modo de saber inquisitorial que nasceu com o poder punitivo.

¹¹² HONNETH, Axel. **Crítica del poder**: fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad. Madrid: A. Machado Libros, 2009, p. 297-302.

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 42.

¹¹⁴ WHITE, Stephen K. **Razão, justiça e modernidade**: a obra recente de Jürgen Habermas. São Paulo: Ícone, 1995, p. 93.

1.3 O (DES)ENCANTAMENTO PELA SOLUÇÃO PENAL: AUMENTO DA COMPLEXIDADE SOCIAL E SOBRECARGA DA JUSTIÇA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Com o surgimento do poder punitivo e o confisco do conflito, novas estruturas de poder se estabeleceram no continente europeu e discursos legitimadores foram elaborados com o intuito de viabilizar a manutenção das relações intersubjetivas contidas em tais estruturas, geralmente precedidas por transformações econômicas, políticas, sociais e culturais chamadas de “revoluções”¹¹⁵. Com o incremento do potencial tecnológico de controle e destruição e a reordenação das sociedades a partir da consolidação do poder punitivo, teve início um processo expansivo do poder que desde o século XX tem se configurado como globalização, “poder planetário”¹¹⁶ exercido pelas potências dominantes sob a forma de um “neocolonialismo”¹¹⁷.

Com a globalização, ser local tornou-se “sinal de privação e degradação”¹¹⁸, de modo que a infelicidade proveniente da existência localizada precisa ser substituída pelo conforto da liberdade de movimento e da comunicação progressiva. Embora ser global tenha se tornado um valor, quase uma condição existencial em tempos de mobilidade, com a globalização o confinamento espacial se tornou a regra para amplos setores sociais. Seja em países desenvolvidos ou na periferia colonizada, as ideias de flexibilidade e mobilidade parecem fazer sentido apenas economicamente, tendo em vista o encarceramento em massa e as recentes propostas de vários políticos europeus de uma reapreciação do tratado de Schengen no que diz respeito à livre movimentação de pessoas. Para muitos, o paraíso da liberdade está cada vez mais distante.

¹¹⁵ WALLERSTEIN, Immanuel. **Utopística o las opciones históricas del siglo XXI**. Mexico: Siglo XXI Editores, 1998.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 30.

¹¹⁷ RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório**. Estudos de antropologia da civilização. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 129.

¹¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 08.

Num mundo globalizado, a justiça criminal precisa se reconfigurar para atender às transformações de um processo supostamente irreversível e irremediável de exercício de poder. Se a globalização tem sido apresentada como única opção, um caminho sem volta, algo semelhante acontece com o poder punitivo, historicamente legitimado por discursos geralmente vinculados a interesses dos países centrais. Aparentemente, ao processo de desmistificação supostamente libertário que Max Weber chamou de “desencantamento do mundo”¹¹⁹, seguiu-se, com a modernidade e a tradição iluminista, uma espécie de encantamento pela solução penal, atualmente consubstanciado naquilo que Zaffaroni descreveu como “o novo autoritarismo *cool* do século XXI”, “moda à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário”¹²⁰.

O fascínio pela solução penal se insere no contexto da crescente judicialização dos conflitos, tendência verificada no mundo contemporâneo, no qual as instâncias decisórias concretas ampliam a sua importância em virtude da complexidade crescente e da pulverização dos espaços significativos comuns que favorecem a exacerbação do individualismo ético¹²¹.

Como pano de fundo para a sobrecarga do judiciário e, mais especificamente, do sistema de justiça criminal, verifica-se uma propensão à expansão do direito penal causada por diversos fatores, como, por exemplo, o surgimento de novos riscos inerentes à chamada “sociedade do risco”¹²², o reconhecimento e a consequente constitucionalização de novos direitos fundamentais, normalmente elevados à condição de “relevantes” bens jurídicos merecedores

¹¹⁹ WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 69.

¹²¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

¹²² Conceito que Beck emprega para designar uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 23-28. BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

da tutela penal, a ampliação da insegurança subjetiva e a fragilização de outras instâncias sociais de proteção.

Em um ambiente altamente complexo, onde o direito se apresenta como o único meio realmente significativo de tratamento de toda e qualquer tensão social e o Estado assume a gestão dos conflitos por intermédio do controle social punitivo, a solução destes demonstra-se inviável, porém, conforme a análise realizada pela criminologia crítica¹²³, jamais disfuncional e irracional.

A ruptura de importantes pressupostos da modernidade e a propagação do dissenso que caracteriza a complexidade da sociedade contemporânea também se faz sentir nas discussões sociológicas, tanto no nível teórico quanto conceitual. O debate sobre a demarcação simbólica do fim da modernidade demonstra claramente a dificuldade de consenso. Se para autores como Giddens e Beck saímos da modernidade, porém não inauguramos a pós-modernidade, há aqueles que acreditam ser esta uma realidade. Seja a modernidade um projeto por realizar ou cujos cânones se desintegraram, o que nos parece inquestionável é a complexificação do mundo social. Independentemente da matriz teórica ou do tipo de relato (ou metarrelato) empregado para descrever a sociedade atual, um dos traços mais marcantes da complexidade é a descentralização¹²⁴, processo verificável nos campos jurídico e político.

Embora algumas teorias se lancem na árdua tarefa de reduzir a complexidade do real, o cenário de conflito plural indica que as grandes narrativas perderam o seu poder de explicação. Como resultado da pulverização das ordens éticas que tradicionalmente apoiavam o direito e da deterioração de alguns importantes mecanismos difusos de controle social, todo tipo de problema passou a sobrecarregar o direito. Segundo Adeodato, nesse contexto de fragmentação e aumento da conflitividade social, “o direito passa a ser o único

¹²³ Por todos, conferir: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ambiente ético comum, pois as demais ordens éticas como a religião e a moral perdem importância social, diluem-se e isolam-se numa progressiva diferenciação”. De relações de vizinhança a conflitos familiares e entre professores e alunos, tudo se distanciou dos âmbitos da autoridade moral e religiosa para sobrecarregar a coercitividade do direito¹²⁵.

Ademais, a proliferação de interesses identitários também promove a elevação dos conflitos sociais que, por sua vez, fomentam a demanda por decisões capazes de solucioná-los. Com a extenuação das ordens normativas que enfraqueciam os conflitos e a consequente sobrecarga do direito, o mesmo ocorre com o Estado, cujos órgãos decisórios se veem sobrecarregados em sua responsabilidade de oferecer respostas aos conflitos judicializados. Como resultado desse fenômeno, Adeodato alerta para a inoperância do direito, pois ao permanecer praticamente sozinho no controle da esfera pública nas sociedades modernas ele se vê incapaz de controlar e oferecer respostas para todas as demandas. Isso conduz à chamada “crise do Estado”, às vezes travestida em “crise do direito”¹²⁶.

A situação se torna ainda mais dramática na seara jurídico-penal, onde o acréscimo da intervenção punitiva estatal revela a debilidade do discurso clássico de tutela dos direitos e garantias individuais através do direito e do processo penal. Com a complexificação da sociedade e a fragmentação ética do mundo contemporâneo, nota-se a intensificação das pressões de grupos diversos pelo reconhecimento e tutela de novos direitos fundamentais, o que implica na inclusão de novos bens jurídicos passíveis de proteção penal.

Conforme Salo de Carvalho, o acréscimo de intervenção em matéria penal – concretizada nos níveis da criminalização primária e da alteração dos fundamentos do *jus puniendi* – opera no sentido de auferir nova legitimidade à

¹²⁵ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

¹²⁶ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 239-240.

ação das agências de punitividade¹²⁷. No final das contas, o que emerge desse fenômeno é a maximização de um recurso extremamente escasso na sociedade complexa marcada pela descentralização: poder, neste caso, poder punitivo.

Conforme aponta Maus, o crescimento do poder daquele que irá decidir os conflitos consolida um quadro pernicioso para a democracia, caracterizado pela ideia de regressão:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito 'superior', dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.¹²⁸

Em uma “sociedade órfã”, na qual os juízes e tribunais se apropriam de quase todos os conflitos e interesses sociais, dos processos de formação da vontade política e dos discursos morais, a Constituição acaba se transformando em um “texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”. Por isso, completa Maus, o Tribunal Federal Constitucional estaria praticando uma “teologia constitucional”¹²⁹. Ainda mais grave é a situação brasileira no que diz respeito ao discurso dos atores processuais. Uma breve leitura das decisões penais já seria suficiente para exibir a resistência do judiciário em efetivar as mudanças determinadas pela Constituição Federal. Aprisionados a uma mentalidade inquisitória, muitos magistrados compreendem a si próprios como a instância moral de toda a sociedade e revelam no plano das práticas jurídicas cotidianas a sacralidade não da Constituição, mas das leis penais.

¹²⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 101.

¹²⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, São Paulo: CEBRAP, p. 183-202, 2000, p. 187.

¹²⁹ Idem, p. 192.

Nos países ocidentais, o ideal liberal de contenção da violência por meio dos direitos e garantias fundamentais mostrou-se falacioso, mas altamente funcional à legitimação do poder punitivo, supostamente limitado e humanizado pelo direito penal clássico. Se o Estado liberal não foi capaz de limitar as violências privada e pública, tampouco o paradigma do Estado Social encontrou meios para isso.

Na realidade, o que se verificou foi tão somente a modificação dos fundamentos de justificação da punição – da teoria da prevenção geral negativa no liberalismo penal, para a primazia da prevenção especial positiva¹³⁰ – e a expansão do direito penal, responsável pela tutela dos novos direitos sociais. Com isso, “o direito penal se afasta ainda mais da insistência liberal na autonomia do indivíduo e se reveste de características inequivocamente paternalistas [...]”¹³¹.

Se com o advento do liberalismo político foi atribuída ao direito e ao processo penal a função de limitar a intervenção punitiva estatal, com o reconhecimento dos direitos sociais, projetou-se um novo cenário punitivo, onde novos bens jurídicos precisariam ser penalmente tutelados e “o direito penal também deveria contribuir para a concretização da justiça social”¹³², esperanças que também foram sepultadas pelo próprio sistema penal.

O que a história nos mostra e muitos penalistas parecem desconsiderar é aquilo que Salo de Carvalho aprecia como a alta capacidade de mutação do discurso e das práticas do poder punitivo¹³³. Os paradigmas liberal e social-intervencionista não cumpriram as suas promessas, mas sofisticaram os fundamentos do poder punitivo. Atualmente muito se realça a imperiosa

¹³⁰ Para uma análise mais detalhada, ver: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; SCHEERER, Sebastian. A função social do direito penal. Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 59, p. 09-23. São Paulo: Síntese/ITEC, out.-dez., 2015.

¹³¹ SCHEERER, Sebastian. A função social do direito penal. Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 59, p. 09-23. São Paulo: Síntese/ITEC, out.-dez., 2015, p. 15.

¹³² Idem, p. 15.

¹³³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 101, p. 104.

necessidade de democratização do direito e do processo penal, de forma a adequá-los ao Estado democrático de direito. O desafio certamente é enorme.

Apesar da insigne pretensão de democratizar o ordenamento jurídico e as instituições, talvez estejamos diante de mais uma armadilha, da mera repetição da história, não mais como tragédia, mas como autêntica farsa¹³⁴. O desejo de conferir ao direito penal fundamentos democráticos pode simplesmente indicar uma tentativa de instrumentalização da “democracia” em prol da densificação e sofisticação do controle social. O problema, portanto, não reside na democratização em si, mas em acreditar que o sistema de justiça criminal pode ser democratizado. Um direito e um processo penal “democráticos” talvez sinalizem apenas para mais uma ilusão, um mito constituído normativamente em meio às tramas sociais de dominação.

Neste ponto, é significativa a alusão à metáfora descrita por Weber referente ao desencantamento da realidade, por meio da qual o mundo deixaria de ser concebido como regido por forças ocultas magicamente manipuladas. Ainda mais importante para os objetivos deste trabalho são as críticas tecidas por Adorno e Horkheimer ao programa iluminista, pois na visão destes, em vez da substituição da magia pelas religiões de salvação ou pela técnica, existe uma íntima relação entre mito e esclarecimento.

A nosso ver, esse mesmo vínculo constitui o poder punitivo, cuja pretensão de eliminar os mitos terminou por criá-los. Assim, nas palavras de Adorno e Horkheimer, “do mesmo modo que os mitos já levam a cabo o esclarecimento, assim também o esclarecimento fica cada vez mais enredado, a cada passo que dá, na mitologia”¹³⁵. Eis aí as duas teses centrais da dialética do esclarecimento: o mito já é esclarecimento e o esclarecimento acaba por regressar à mitologia. O mesmo fenômeno pode ser percebido em relação ao poder punitivo que, sob a justificativa de “racionalizar o mundo”, regrediu ao mito.

¹³⁴ MARX, Karl. **O dezoito de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

¹³⁵ HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

Na *Dialética do esclarecimento* os dois filósofos apresentam uma versão distinta daquela fornecida pelos pensadores iluministas sobre a relação entre mito e esclarecimento. Adorno e Horkheimer não partem de um nexo de oposição e superação da consciência mítica pela razão, mas de uma relação dialética de aproximação, de modo que “o mito já comporta algo da racionalidade autoconservadora e o esclarecimento moderno possui resquícios do conhecimento mítico”¹³⁶.

A ideia de que o conhecimento moderno retornou à mitologia se justifica em virtude da proximidade entre as duas formas de saber, vinculadas a um processo orientado pelo desejo humano de conhecer-se e libertar-se da natureza. Aos poucos, a explicação mitológica foi substituída pelo conhecimento racional, mas este não foi capaz de se desprender da forma mítica de dominar o mundo, tampouco de cumprir as promessas de liberdade e emancipação humana.

O sonho iluminista de “dissolver os mitos e substituir a imaginação pelo saber” se transformou no pesadelo moderno da “escravização da criatura” e da devastação da natureza por meio da técnica, do conhecimento racional. Nas palavras de Adorno e Horkheimer, “o que os homens querem apreender da natureza é como empregá-la para dominar completamente a ela e aos homens.”¹³⁷.

Poder e conhecimento se entrelaçaram com o objetivo de investir o homem na posição de senhor. A dominação da natureza e dos seres humanos foi o resultado de uma racionalidade que perdeu o seu potencial reflexivo e se afastou do projeto kantiano de resistência ao mito e ao poder. Em vez de atuar em prol da crítica do presente e de suas estruturas e realizações históricas, a razão passou a normalizar e a justificar a dominação e o poder. O que o mito fez a partir de algo metafísico, atribuindo poderes ocultos a seres mágicos, o

¹³⁶ MASS, Olmaro. Racionalidade dialética entre mito e esclarecimento: um novo estado de submissão do homem moderno. **Visão Global**, Joaçaba, v. 11, n. 1, p. 97-112, jan./jun. 2008, p. 98.

¹³⁷ HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 20.

conhecimento racional realizou através da matemática, do cálculo e da técnica. Esse mesmo tipo de racionalidade criticado pelos frankfurtianos está na base do sistema penal moderno e definiu os mitos inerentes ao processo penal contemporâneo.

2 A ILUSÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E A REAFIRMAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA INQUISITIVA NA MODERNIDADE

2.1 EPISTEMOLOGIA DA VERDADE E INTOLERÂNCIA: O INQUÉRITO COMO PRINCIPAL FONTE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS MODERNOS

Milhares de páginas já foram escritas sobre os sistemas processuais penais, obras inteiras se dedicaram ao tema e, quase sempre, as análises se restringiram a estabelecer distinções a partir das principais características desses modelos históricos e a identificar o sistema adotado pelo ordenamento jurídico de cada país. Enquanto alguns processualistas sustentam a existência de um modelo neoinquisitório¹³⁸ em nosso país, outros preconizam o sistema acusatório, ora limitado meramente ao plano constitucional¹³⁹, ora estendido ao plano processual¹⁴⁰. Por fim, há também aqueles que propõem a existência de um sistema processual misto ou sincrético¹⁴¹, isto é, inquisitório na primeira fase da persecução penal (inquérito) e acusatório na fase processual.

Essa tradicional divisão do processo penal em sistemas modelares também comporta outras variações e a caracterização dos sistemas processuais é tarefa quase infundável¹⁴². Apesar dos esforços teóricos para diferenciar “os

¹³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

¹³⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 243. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

¹⁴⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016. PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2008.

¹⁴² Veja-se, por exemplo, a posição de Montero Aroca a respeito do tema, ao afirmar a inexistência de dois sistemas pelos quais se possa configurar o processo penal, um inquisitivo e outro acusatório. Para ele, melhor seria falar em dois sistemas de atuação do direito penal pelos tribunais, dos quais um pode ser considerado processual, o acusatório, enquanto o outro deve ser visto como não processual, ou seja, o inquisitório. MONTERO AROCA, Juan. **Princípios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 106-107. Apesar de ampliar a complexidade do problema, essa perspectiva pouco resolve, pois mais uma vez apenas desloca a questão para a discussão sobre o “núcleo fundante” do processo. Ao tratar o processo penal inquisitório como uma contração em termos, Aroca não desconsidera a sua existência e permanece vinculado ao otimismo inerente à construção de um sistema processual penal acusatório, pautado em ideias como rígida

estilos de performance e estética processual”¹⁴³, importantes autores no cenário nacional assinalam a infrutífera manutenção da dicotomia estabelecida pelos sistemas acusatório e inquisitório. Para Moraes da Rosa, em razão da historicidade desses modelos e da sua inexistência em forma pura, instaura-se a necessidade de superar o que ele considera um (falso) dilema, pela simples ausência de efeitos. Como todos os ordenamentos atuais apresentam características de ambos os sistemas, buscar a definição destes torna-se irrelevante, de modo que mais adequado seria defender o sistema constitucional¹⁴⁴. Da mesma forma, conforme lições de Rui Cunha Martins, Casara propõe a superação da mencionada dicotomia a partir da assunção da “democraticidade” como princípio unificador do sistema processual brasileiro, pois viabilizaria a persecução do mesmo fim do processo político que com ela se conecta, ou seja, “a restrição e controle de legitimidade no exercício do poder pelo Estado”¹⁴⁵.

Como se pode notar, embora inúmeras divergências conformem o debate sobre os sistemas, existe certo consenso doutrinário quanto à possibilidade de concretização de tais sistemas processuais, mesmo que sejam compreendidos tão somente como “tipos ideais”¹⁴⁶, construídos unicamente para fins didáticos. A dicotomia entre sistema acusatório e sistema inquisitório, com suas eventuais variações, está presente, portanto, nas formulações teóricas de quase todos os autores brasileiros, inclusive aqueles teoricamente mais sofisticados,

separação do juiz em relação às partes, às quais compete a gestão das provas, paridade de armas, exercício da defesa em juízo contraditório, oral e público, livre convencimento motivado das decisões judiciais etc.

¹⁴³ AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 156.

¹⁴⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 151.

¹⁴⁵ CASARA, Rubens R. R. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 101-3.

¹⁴⁶ Expressão chave na discussão metodológica de Weber, “tipo ideal” refere-se à construção de certos elementos da realidade numa concepção logicamente precisa. Como conceitos gerais, os tipos ideais são instrumentos com os quais Weber prepara o material descritivo da história mundial para análise comparada. WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979, p. 78-79.

alternando-se apenas os critérios ou “princípios fundantes”¹⁴⁷ capazes de diferenciá-los.

De modo geral, para além da simplória separação entre as atividades exercidas pelo Estado no processo penal, tem-se invocado a gestão da prova como elemento identificador do núcleo fundante do processo. Este se torna essencialmente acusatório na medida em que o juiz limita-se a julgar, deixando os requerimentos e o recolhimento do material probatório às partes¹⁴⁸. Ao abdicar das atividades incumbidas às partes, mais próximo estará o magistrado da verdade e de realizar a justiça¹⁴⁹.

Nessa linha, Aury Lopes Jr. destaca que “os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época”. Assim, argumenta que o mais importante é identificar o princípio informador ou unificador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, “pois esta classificação feita a partir de seu núcleo é de extrema relevância”¹⁵⁰.

Ressalvadas raríssimas exceções e apesar das intermináveis variações, parece clara a importância atribuída pela doutrina a estes modelos processuais e a busca por algum tipo de critério apto a diferenciá-los. Ainda que se reconheçam as imperfeições inerentes a cada sistema – supostamente comprometedoras da *ratio* processual –, persiste o anseio por um modelo mais “adequado à nossa realidade e nossas necessidades”, que cumpra plenamente as funções do processo penal¹⁵¹. O equívoco aqui parece originar-se do encobrimento daquelas que, segundo Baratta, são as reais funções do sistema penal, isto é, a reprodução das relações sociais e a manutenção da estrutura vertical da sociedade mediante os processos de criminalização primária e

¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

¹⁴⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 69.

¹⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173.

¹⁵⁰ Idem, p. 155-6.

¹⁵¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 448-449.

secundária. No que se refere ao processo, isso tem a ver não somente com os conteúdos da lei, mas principalmente com a ação dos órgãos envolvidos na persecução penal, cuja atuação, condicionada por estereótipos e preconceitos, tende a concretizar as chamadas “teorias de todos os dias”, aplicadas na reconstrução da verdade judicial¹⁵².

Quanto à relevância dos modelos processuais, Thums aponta, inclusive, que “a compreensão dos sistemas processuais é fundamental para o estudo do Direito Processual Penal, eis que traduzem a ideologia política na estrutura da ordem jurídica”¹⁵³. Se o sistema inquisitório é apresentado como a manifestação político jurídica de Estados autoritários, o acusatório vincula-se ao Estado democrático de Direito e à tutela dos direitos individuais.

Como se pode notar, a complexidade concernente às características dos sistemas processuais engendrou a busca por aquilo que seria o ponto nevrálgico de cada modelo, mas não obstaculizou a crença em sua concretização, muito menos na verificabilidade da verdade, mesmo que esta seja tão somente “provável e opinativa”, ou seja, uma “verdade formal ou processual”. Desde a perspectiva de Ferrajoli, “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”¹⁵⁴.

No mesmo sentido, a mais recente doutrina alemã tem assinalado a descoberta da verdade como o objetivo primordial do processo penal, condicionando-a a própria realização da justiça¹⁵⁵. Roxin e Schünemann não apenas reabilitam a verdade material no processo penal, mas depositam excessivo crédito na

¹⁵² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 175-177.

¹⁵³ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 175.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

¹⁵⁵ HARTMANN, Arthur; SCHMIDT, Rolf. **Strafprozessrecht**: Grundzüge des Strafverfahrens. Bremen: Verlag Rolf Schmidt, 2012, p. 01. Haller e Conzen, por exemplo, ainda insistem na busca da verdade material como requisito para um julgamento justo no processo penal. HALLER, Klaus; CONZEN, Klaus. **Das Strafverfahren**: Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen. 6. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2011, p. 07.

atuação judicial e nas práticas punitivas, anunciando, com base no § 244 do código de processo penal alemão, a completa liberdade do magistrado na busca por evidências capazes de levá-lo à verdade¹⁵⁶.

Não obstante a dogmática alemã seja reiteradamente colocada na posição de vanguarda teórica, especialmente no campo penal, o panorama processual revela certo conservadorismo e análises que se aproximam do senso comum teórico, com algumas insígnias exceções geralmente ancoradas na criminologia crítica¹⁵⁷.

Mas, a despeito das funções declaradas do processo penal e de tantas classificações, em que medida seria possível defender a existência de um modelo processual acusatório na modernidade? Com todos os riscos inerentes às simplificações, ao que parece, o sistema acusatório trata-se de uma ilusão, produto de um discurso que, sob a justificativa de limitar o poder punitivo e racionalizar a aplicação da lei penal, contribui para a permanência da teologia processual penal da modernidade, cujos pressupostos reafirmam as linhas gerais da epistemologia inquisitiva.

Nesse caso, uma pergunta é inevitável: se o sistema acusatório não passa de uma ilusão ou um mito, quais seriam então as alternativas ao processo penal contemporâneo, vocacionadas, evidentemente, a promover a democratização dos conflitos criminalizados e a maximizar os direitos fundamentais? Antes, porém, de enfrentarmos essa questão, é fundamental compreender o que consideramos obstáculos epistemológicos ao desenvolvimento do modelo que tem sido apresentado como “um imperativo do moderno processo penal”¹⁵⁸. O

¹⁵⁶ O § 244 do StPO ou *Strafprozeßordnung* consagra o princípio inquisitorial (*Inquisitionsprinzip*) mencionado por Roxin e Schünemann, utilizado para fundamentar a iniciativa probatória do juiz que, no processo penal, deve estar comprometido com a busca da verdade material. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**: Ein Studienbuch. München: Verlag C.H. Beck, 2012, p. 86.

¹⁵⁷ Apenas exemplificando tais exceções e sem a pretensão de estabelecer qualquer homogeneidade metodológica, destacamos: Fritz Sack, Heinz Steinert, Helga Cremer-Schäfer, Klaus Lüderssen, Peter-Alexis Albrecht, Sebastian Scheerer, Winfried Hassemer e Wolfgang Naucke.

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 160.

óbice elementar está em um instrumento de autenticar a verdade, “uma forma de saber-poder”¹⁵⁹, o inquérito, invenção medieval influente e principal fonte imaginária dos sistemas processuais modernos.

Está claro que a pretensão de alcançar a verdade encontra-se na base do processo penal moderno. Para que pudesse cumprir a função declarada de superar conflitos e restabelecer a paz jurídica, valores como verdade e justiça foram alçados à condição de objetivos do processo penal. Quase de modo irrestrito, os processualistas de hoje assumem a busca da verdade como um objetivo do processo e um pressuposto fundamental para solucionar o conflito penal. Apesar das correlações negativas evocadas pelo processo forjado durante a Inquisição, um modelo direcionado à apuração da verdade material, Kindhäuser salienta que ele forneceu a base da atual persecução penal¹⁶⁰. Dessa forma, dada a gênese do processo penal contemporâneo, acreditamos que este se constitui a partir da intolerância que fundou a *inquisitio*.

Seja ela verdade formal ou real, praticamente todas as obras – especialmente os manuais amplamente utilizados por alunos e atores processuais – a indicam como um dos princípios do processo e os tribunais pátrios a reconhecem como um dos objetivos primordiais da persecução criminal. Se é certo que os processualistas mais atuais costumam afastar-se da declaração de certeza da verdade real, outros continuam apegados a essa ideia e assinalam que “o processo penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença”¹⁶¹.

Apesar de considerarmos a vontade de verdade que permeia a dogmática processual penal como um dos principais obstáculos à concretização de um autêntico modelo democrático de resolução de conflitos no campo penal¹⁶², não

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Nau Editora: Rio de Janeiro, 1999, p. 78.

¹⁶⁰ KINDHÄUSER, Urs. **Strafprozessrecht**. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 383.

¹⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

¹⁶² Conferir, por exemplo: BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. O sistema de justiça penal entre a invisibilidade pública e o reconhecimento na modernidade periférica. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 209-223; BOLDT,

se deve desconsiderar a relevância que tal discurso possui na configuração da realidade. Como verificou Casara, a obtenção da verdade real se traduz em mais um dos diversos mitos que conformam o processo penal. Sempre dogmático e a-histórico, o “mito penal” atua diretamente sobre o poder punitivo, fundado em crenças funcionais ao sistema penal e, portanto, apto a produzir efeitos sobre a liberdade¹⁶³.

A adesão da dogmática a esses mitos favorece a preservação do *status quo*, uma vez que ela se desenrola visando à manutenção do poder. A racionalização do poder punitivo não gerou a destruição dos elementos do poder vinculados a certos grupos, mas produziu a apropriação destes por um discurso que procurou conferir legitimidade ao poder a partir da assunção das promessas da modernidade. O que se tem é um “esquema de apropriação, reativação e inversão da relação de poder”¹⁶⁴. As invenções às quais nos referimos anteriormente cumprem o importante papel de auxiliar na construção do “mito do poder”, funcionando como signos do poder legítimo. É importante notar que, se o mito não está na própria origem da dominação, ele funciona como expressão desta¹⁶⁵, justificando a apropriação por parte de determinados coletivos das formas, dos ritos do poder.

Obviamente, não almejamos marcar posição em meio aos infindáveis debates filosóficos sobre a verdade, cujos problemas excedem consideravelmente os objetivos deste trabalho. Questões como a existência e a definição da verdade são, por si só, objeto de tratados inteiros e de uma vida de estudos, o que demonstra a complexidade do tema e a necessidade de espaço e instrumental teórico próprios para a sua análise. A despeito das inúmeras teorias que se ocupam da natureza e do conceito da verdade, seja ela compreendida, por exemplo, como evidência, adequação, desvelamento ou consenso, o problema

Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015.

¹⁶³ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

¹⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 29.

¹⁶⁵ KRUSEKAMP, Harald. **Archäologen der Moderne**: Zum Verhältnis von Mythos und Rationalität in der Kritischen Theorie. Opladen: Westdt. Verl., 1992, p. 83.

epistemológico do conhecimento da verdade está na origem da persecução penal e se consolidou como um dos valores jurídicos mais importantes desde a invenção do processo criminal.

O “impulso à verdade”¹⁶⁶ que move o processo e os sujeitos processuais faz do Estado, na figura do juiz, o detentor deste valor supremo. Ao julgar, essa figura “quase mítica”¹⁶⁷ reafirma sua missão sacerdotal e um rudimentar sentimento humano, designando-se como o “animal avaliador”¹⁶⁸, o ser que mede valores, que valora e satisfaz o ideal de justiça, revelando na sentença os valores morais que sustentam as ciências criminais.

Independentemente do tipo ou mesmo do sentido que se confere à palavra verdade, historicamente esta tem sido extremamente funcional ao Estado na manutenção e na expansão do poder punitivo. Mais do que simplesmente se apropriar da ideia de verdade em prol da preservação do poder estatal, as práticas jurídicas ou, neste caso, práticas judiciais, representam para Foucault uma chave de compreensão para a constituição de novas formas de subjetividade e de saber que, por sua vez, definem as relações entre o homem e a verdade¹⁶⁹. Com o desbloqueio tecnológico da produtividade do poder ocorrido a partir dos séculos XVII e XVIII, percebe-se não apenas o desenvolvimento de grandes aparelhos estatais, mas a instauração de “uma nova economia do poder”, caracterizada por “procedimentos que permitem fazer circular os efeitos de poder de forma ao mesmo tempo contínua, ininterrupta, adaptada e ‘individualizada’ em todo o corpo social”¹⁷⁰.

¹⁶⁶ NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral**. São Paulo: Editora Hedra, 2007.

¹⁶⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como *bricolage* de significantes**. Tese de doutoramento em direito. Orientação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, dez., 2004, p. 03.

¹⁶⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo)**. São Paulo: Cia. das Letras, 1992, p. 59.

¹⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 11.

¹⁷⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2014, p. 08.

Essas novas técnicas, muito mais eficazes e menos dispendiosas, sinalizam para a consolidação da razão instrumental a que nos referimos anteriormente, tipicamente moderna, tecida a partir da lógica da eficiência. Como produto cultural, o direito moderno, mais especificamente, o direito penal, se desenvolveu e, por conseguinte, é resultado desse mesmo processo.

As formas jurídicas, especialmente aquelas subjacentes ao campo penal, produziram também formas de verdade, como, por exemplo, o inquérito, invenção medieval ocidental cujas técnicas se destinam a pesquisar a verdade no interior da ordem jurídica e que, desde a perspectiva nietzschiana, compreende-se como mecanismo de produção do conhecimento assentado em relações de poder.

Se o direito somente se desenvolveu com o surgimento das cidades na segunda metade da Idade Média, para Kindhäuser coube à Inquisição oficializar o processo. Conservado e difundido pelo direito canônico medieval, o processo inquisitório acarretou a desaparecimento do antigo direito germânico, caracterizado por um modelo de resolução de conflitos que permitia um acordo de desagravo entre a vítima e o autor da contenda. Reunidos ao ar livre, em lugares como colinas ou sob a copa de grandes árvores, juntamente com o clã e perante uma câmara popular chamada *Thing* ou *Ding*, eles definiam por meio de uma negociação pública e verbal a espécie e a quantidade da reparação¹⁷¹.

Aparentemente rudimentar, quase primitivo, o antigo arquétipo germânico de regulamentação de litígios não se pautava no inquérito, mas no jogo da prova, no duelo. Longe de expropriar o conflito e entregá-lo ao soberano, tratava-se de um procedimento que abdicava da pesquisa da verdade e regia-se pela luta e pela transação¹⁷². Em vez de uma autoridade responsável por investigar e determinar a verdade, impondo, ao final do processo uma pena, vítima e autor poderiam recorrer a um árbitro e interromper a vingança e as hostilidades com um pacto, normalmente uma contraprestação econômica, como armas, cavalos

¹⁷¹ KINDHÄUSER, Urs. **Strafprozessrecht**. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 382-383.

¹⁷² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

e gado. As regras desse modelo não eram impostas “de cima”, acentua Anitua, mas produto de um consenso comunitário sempre aberto¹⁷³, centrado no diálogo e na composição. Apesar da estrutura dialógica do antigo sistema germânico, no fundo, trata-se sempre de uma batalha, na qual “o processo é apenas a continuação regulamentada, ritualizada da guerra”¹⁷⁴.

Além de obscurecer o pensamento dialógico, a *inquisitio* e o posterior surgimento do Estado moderno impuseram a “racionalização” de um sistema visto como “irracional”. Com a ascensão da jurisdição eclesiástica em plena Alta Idade Média, a velha forma judiciária do direito germânico foi paulatinamente eliminada e substituída por um sistema de práticas que se tornou condição de possibilidade para a criação do processo penal moderno¹⁷⁵.

É evidente que as modificações no plano judicial só foram possíveis devido às transformações políticas e, sobretudo, econômicas, da época. A supressão do procedimento “acusatório privado”¹⁷⁶ teutônico e o ressurgimento do inquérito nos séculos XII e XIII – encoberto durante séculos, desde a queda do Império Romano – foi precedido por alterações substanciais no cenário germânico. A multiplicidade de povos que habitavam o território que Tácito denominou de Germânia desconhecia a propriedade privada e se organizava em tribos que determinavam a parte do solo comum que deveria ser cultivada e distribuída aos respectivos clãs, muitos destes matrilineares. Embora os rebanhos fossem privados, os grupos evitavam grandes disparidades de riqueza entre as famílias e não existiam chefes em tempos de paz que tivessem autoridade sobre todo um povo. Os chefes militares excepcionais eram eleitos em tempo de guerra.

¹⁷³ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 44.

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 60.

¹⁷⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014; FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

¹⁷⁶ AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 66.

Essa estrutura social começou a ser modificada com a incursão dos romanos nos territórios próximos ao Reno e a ulterior ocupação das terras habitadas pelas tribos germânicas. Uma das principais mudanças ocorreu em virtude do comércio de produtos de luxo através da fronteira. Para adquirir esses produtos, os líderes tribais passaram a vender gado para os romanos e iniciaram incursões sobre outras tribos, capturando escravos para exportar aos mercados romanos. O sistema agrário pastoril foi profundamente transformado e houve uma crescente estratificação interna nas tribos, desestabilizadas pelo aparecimento de uma aristocracia hereditária com fortuna acumulada e concentração de poder no conselho tribal permanente. Some-se a isso a pressão externa exercida pela diplomacia romana – responsável por inflamar as disputas mortais entre os líderes das tribos e cristalizar um estrato de dirigentes aristocráticos desejosos de cooperar com Roma – e verificaremos a aceleração do processo de diferenciação e desintegração dos modos de produção comunitários nas terras germânicas¹⁷⁷.

O relato acima descreve parcialmente a longa simbiose das formações sociais germânicas e romana nas regiões fronteiriças e indica alguns aspectos relevantes do surgimento do feudalismo. Trata-se de um recorte excessivamente restrito, mas necessário para situar o ressurgimento do inquérito no medievo. Gradativamente, outras mudanças foram sentidas. Com a influência do processo romano e o ideário da inquisição em suas futuras e múltiplas formas, houve o esgotamento do litígio pela palavra e a consolidação de uma matriz que ainda se faz presente na atualidade, oriunda das pulsões inquisitoriais, identificada, pois, com a lógica totalitária repressiva de toda e qualquer diferença. Nas palavras de Amaral, este é um sistema que “se reproduz de modo sacrificialista”, no qual inexistente lugar “senão para o discurso totalitário e intolerante, do contrário, a verdade não é absoluta”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Essa descrição segue o estudo de Perry Anderson em: ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 103-107.

¹⁷⁸ AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 72.

De acordo com Foucault, com o desaparecimento do sistema da prova judiciária, uma espécie de jogo de estrutura binária, surgiu na Europa uma determinada maneira de saber que serviria de fundamento para o processo penal moderno. O inquérito, modelo que gozou de grande prestígio na Igreja Merovíngia e Carolíngia, foi retomado no procedimento judiciário e adquiriu, ao mesmo tempo, funções administrativas e eclesiásticas. Durante a Alta Idade Média, os bispos utilizaram de maneira recorrente o método da *visitatio*, no qual visitavam a sua diocese e instituíaam inicialmente a *inquisitio generalis* – inquisição geral – para averiguar eventuais práticas pecaminosas; caso obtivessem resposta positiva, passavam então para o segundo estágio, a *inquisitio specialis* – inquisição especial – consistente na apuração e determinação da verdade acerca do autor e da natureza do ato praticado. Um aspecto importante desse procedimento era a interrupção da inquisição em qualquer etapa na hipótese de confissão do culpado¹⁷⁹. Essa manifestação da verdade que fazia do culpado “o arauto da sua própria condenação” estimulou e legitimou a ampla utilização da tortura no interrogatório, um meio cruel, mas não selvagem de obtenção da verdade, tendo em vista a sua regulamentação por meio de procedimentos bem definidos¹⁸⁰.

Esse modelo de inquérito, administrativo e religioso, subsistiu até o século XII, quando o Estado finalmente confiscou os procedimentos judiciários e avocou para si a gestão dos conflitos. Com isso, o procurador do Rei passou a fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos, procurando estabelecer se houve crime, qual foi e quem o cometeu. Determinada maneira do poder se exercer, o inquérito foi introduzido no direito e na prática judiciária a partir da Igreja, impregnado, portanto, de categorias religiosas. É importante perceber que as complexas transformações nas estruturas políticas e nas relações de poder ocorridas na Europa durante o século XII não apenas permitiram o surgimento do inquérito, como o inseriram nas práticas judiciárias da Idade Média, do período clássico e até mesmo da modernidade. Para além do âmbito judicial, as técnicas de inquérito, mecanismos efetivos de exercício do poder,

¹⁷⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

¹⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 36-38.

difundiram-se em muitos domínios do saber e se tornaram uma maneira de autenticar a verdade¹⁸¹.

Desde então, a busca pela verdade tem norteado o trabalho dos atores processuais, ampliando os horizontes de incidência das práticas persecutórias, afinal, em matéria criminal “o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo [...]. Diante da justiça do soberano, todas as vozes devem calar-se”¹⁸².

Para o momento, nossa preocupação é demonstrar apenas que a “teologia processual penal da modernidade”, com seus pressupostos inquebrantáveis, sua fé inabalável na busca de alguma verdade (real ou processual, pouco importa), reafirma apenas e tão somente as linhas gerais da epistemologia inquisitiva, com seu arsenal de pré-compreensões e mecanismos de produção de sentido.

Assim, conforme expusemos em outra oportunidade¹⁸³, impõe-se perceber que o sistema inquisitório não se revela pela reunião das funções de persecução e julgamento num único órgão estatal¹⁸⁴ ou pelo estabelecimento da “gestão da prova” nas mãos do julgador, como quer a mais criativa e importante parcela da dogmática processual penal¹⁸⁵, mas antes disso se traduz em uma epistemologia ou, em linguagem hermenêutica, uma “ontologia fundamental”, ao estruturar um conjunto de pré-compreensões, preconceitos que operam como condições de possibilidade dos sentidos do ritual processual punitivo.

¹⁸¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

¹⁸² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 32-33.

¹⁸³ BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015.

¹⁸⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal – Fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1999, p. 446.

¹⁸⁵ Entre outros, discordamos de importantes autores brasileiros como: COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: **Revista de Estudos Criminais**, ITEC, Porto Alegre: Nota Dez, n. 1/2001; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016. AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014. CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Esses horizontes de sentido situam-se, pois, no surgimento da *inquisitio* como “uma técnica de administração, uma modalidade de gestão”, consubstanciada em “uma determinada maneira do poder se exercer”. Emergem, portanto, de uma “epistemologia da verdade” cuja origem remonta ao direito canônico¹⁸⁶, a partir do qual a própria noção de infração traz consigo a ideia de falta moral (lesão à lei e falta religiosa se misturam).

Esta é a tese que queremos defender: o modelo de inquérito, como epistemologia da verdade, configura a principal fonte imaginária dos sistemas processuais da modernidade. Com efeito, tanto no plano teórico quanto na experiência prática, o processo penal acusatório consiste em uma impossibilidade lógica e epistemológica.

O que fez a dogmática processual moderna foi adotar a função de racionalizar e justificar o processo penal e o poder punitivo a partir do sistema acusatório e da garantia dos direitos humanos. Na atualidade, autores como Ferrajoli, autêntico herdeiro da filosofia iluminista europeia, assumiram os postulados da filosofia política liberal clássica e as teorias sobre o crime e o criminoso desenvolvidas pela “Escola Clássica”¹⁸⁷ no século XVIII com o objetivo de justificar o direito e o processo penal a partir de sua resignificação.

Neste ponto, quanto aos mencionados poderes instrutórios do magistrado e à gestão da prova em suas mãos como princípio unificador do sistema, é fundamental observar que parte considerável dos processualistas vinculados à perspectiva garantista em nosso país se aproxima de Ferrajoli. Este considera

¹⁸⁶ Ao tratar dessa relação, Vormbaum relata que a recepção do direito romano e a influência do direito canônico foram determinantes para que o processo penal assumisse o princípio inquisitório da busca pela verdade típico da inquisição. VORMBAUM, Thomas. **Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte**. Heidelberg: Springer Verlag, 2009, p. 90. Semelhantemente, analisando a história do processo alemão: SCHMIDT, Eberhard. **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege**. Göttingen: Bandenhoed & Ruprecht, 1951, p. 86.

¹⁸⁷ Ao utilizarmos a expressão “Escola Clássica”, o fazemos apenas por motivos didáticos, de modo a situar historicamente a análise da questão criminal desde o liberalismo, produto do ideário iluminista. Estamos de acordo com Zaffaroni em sua crítica referente à impossibilidade de conformar a uma “escola” as diversas correntes que surgiram naquele período, muitas vezes incompatíveis entre si. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminología cautelara. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 67.

inquisitório todo sistema processual no qual o juiz procede de ofício à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual estão excluídos o contraditório e os direitos da defesa¹⁸⁸. Discordamos desses autores porque consideramos o processo penal acusatório e o pretense caráter democrático do sistema uma ilusão, um dos inúmeros mitos funcionais à justificação do exercício de poder do sistema penal.

Antes de prosseguirmos, gostaríamos mais uma vez de pontuar que o aparecimento do inquérito deriva de um fenômeno complexo e requer a análise das transformações políticas e econômicas da sociedade medieval. Não obstante Foucault se oponha à perspectiva que o considera somente o resultado de uma espécie de progresso da racionalidade, parece claro o importante papel desempenhado pelo processo de “racionalização” na disseminação do que consideramos a gênese do processo penal moderno.

Não pretendemos aderir aqui a uma visão romantizada do sistema germânico, tampouco supor que a racionalidade subjacente ao sistema medieval tenha fomentado a humanização do poder punitivo. Da mesma forma, ainda que sejamos avessos a posturas deterministas, seria infrutífero desconsiderar que as determinações político-econômicas atuaram diretamente na “descoberta” e universalização do inquérito. Seguindo as pegadas de Rusche e Kichheimer ao evidenciarem as relações históricas entre mercado de trabalho e sistema punitivo, para traçarmos esta breve genealogia do sistema penal e, mais especificamente, do processo penal, partimos de sistemas concretos e assumimos como premissa uma abordagem que seja capaz de conjugar os jogos políticos e as formas de produção.

Nessa constelação de poder, o sistema penal e suas plurais metamorfoses se tornaram um modelo unívoco de utilização do poder, aplicação de castigos e averiguação da verdade. Impulsionado por seus referenciais religiosos, o sistema ganhou contornos quase planetários e preservou a sua eficiência na

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

condição de mecanismo subordinado pela racionalidade econômica à remodelagem da economia por meio do tratamento do crime e dos criminosos. Ainda que para muitos a aparência tenha ficado tão espessa a ponto de considerar uma alucinação a mera possibilidade de devassá-la¹⁸⁹, cabe agora compreender algumas das estratégias empregadas pelo discurso hegemônico com a finalidade de ocultar a origem sórdida do processo penal e apresentá-lo como obra da civilização e resultado natural do progresso.

2.2 RETÓRICA E UNIVERSALIZAÇÃO DO PROCESSO: A ELABORAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL PELO DISCURSO JURÍDICO-FILOSÓFICO DA MODERNIDADE COMO RELATO VENCEDOR

Embora inexista consenso no tocante à origem do Estado, de maneira geral os processualistas assumem a sua existência como uma “realidade irreversível”¹⁹⁰ e lhe atribuem responsabilidades como garantir a vida em sociedade, tutelar as liberdades individuais, conservar a harmonia e o bem-estar social.

Diante dos conflitos que permeiam a sociedade e com o intuito de evitar as consequências oriundas da “guerra de todos contra todos”, o Estado, este ente mitológico a quem compete “traçar os destinos da sociedade”¹⁹¹, avoca para si a solução do litígio e, por meio do processo, restabelece a ordem jurídica e a paz social. Ao assumir o monopólio da administração da justiça por intermédio do Poder Judiciário, o Estado consagrou o direito de ação e criou o processo, forma civilizada de gestão dos conflitos caracterizada por inaugurar uma nova temporalidade. Essa dimensão temporal, assinala Fenech, “é a nota essencial do processo, de todo e qualquer processo”¹⁹².

¹⁸⁹ HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 191.

¹⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

¹⁹¹ Idem, p. 23.

¹⁹² FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. Vol. 1. Barcelona: Editorial Labor, 1952, p. 54.

O processo apresenta-se, tradicionalmente, como resultado da evolução da gestão dos conflitos, antítese da autotutela, da vingança privada. No campo penal, o processo nasce como “caminho necessário para que o Estado legitimamente imponha uma pena”. Em outras palavras, o exercício do poder punitivo está condicionado e é condicionante da atuação estatal, de modo que “o processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena”¹⁹³.

Nesse contexto, os conflitos intersubjetivos são percebidos negativamente, compreendidos como um risco à manutenção da vida em sociedade em virtude da colisão de interesses entre os membros da coletividade. O surgimento do direito penal e neste caso, do processo correspondente, pressupõe a configuração do direito como instrumento capaz de eliminar o caos implícito ao conflito e restaurar a paz social. Com a transformação dos conflitos em litígios, a estrutura jurídica desconsidera a insatisfação dos sujeitos concretos para impor soluções que produzem mais descontentamento. Basta pensar na resposta oferecida judicialmente para os conflitos criminalizados. Com o encerramento do processo, inexistente reparação satisfatória para a vítima – alijada do procedimento resolutório – e o acusado geralmente é apenado com um castigo completamente desprovido de sentido e incapaz de restabelecer os laços que foram destruídos com a prática da infração penal.

A incapacidade de enxergar no conflito “o modo primário da nossa relação com o outro”¹⁹⁴ e “a base da interação social”¹⁹⁵, desencadeia a produção de técnicas violentas de solução desses antagonismos em um sistema no qual impera a negação da palavra e a humilhação social. Ao processo penal, cuja evolução está intimamente relacionada com a própria evolução da pena, compete solucionar o conflito e sancionar o autor do evento criminalizado. Dirá mais Goldschmidt, ao afirmar que “a pena se impõe mediante um processo porque é uma manifestação da justiça e porque o processo é o caminho

¹⁹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 56-59.

¹⁹⁴ MÜLLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência: percurso filosófico**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 19.

¹⁹⁵ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 17.

necessário [...]”¹⁹⁶. Em outras palavras, a justificação do processo penal está posta na essência mesma da justiça¹⁹⁷. Uma concepção que tem prevalecido no ocidente, embora excessivamente ornamental e artificial.

Nada mais quimérico do que o emprego do processo penal como instrumento de pacificação social e realização da justiça. O efeito pernicioso desse relato está exatamente em sua capacidade de ocultar no plano discursivo e das práticas cotidianas a paradoxal reprodução das violências com o intento de atender ao ideal da pacificação. Sempre presente em regimes autoritários que se apresentam como Estados de Direito¹⁹⁸, este mito tem sido racionalizado e conforma a operatividade das agências persecutórias. Ao orientar-se por valores como “verdade”, “paz social” e “justiça”, o processo penal justifica-se *a priori* e os atores processuais “escondem o caráter retórico de sua profissão para fortalecer os próprios argumentos”¹⁹⁹.

Além de otimizar as técnicas de controle e expansão do poder punitivo, essa estratégia densifica os danos aos direitos fundamentais e obscurece o diagnóstico de que “a regra do poder penal é o inquisitorialismo”²⁰⁰. Contudo, essa premissa não impede que os processualistas identifiquem a recepção do sistema inquisitivo como o resultado do progresso e do processo civilizador. A busca “racional” da verdade e o fim dos duelos procedente do direito canônico sinalizariam para a humanização do processo²⁰¹, antítese da “barbárie” inerente aos procedimentos de resolução dos conflitos nas sociedades arcaicas. Quanto à “racionalidade” do direito, ainda que aceitemos a premissa weberiana de racionalização das sociedades capitalistas, está claro que o discurso da “ciência do direito” assume formas axiológicas de natureza

¹⁹⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 07.

¹⁹⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁹⁸ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

¹⁹⁹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

²⁰⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78.

²⁰¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 269.

aporética e que essa racionalidade “também estaria centrada em processos retóricos de controle das soluções decisórias de problemas conflitivos”²⁰².

Como se pode notar, o processo penal consiste num instrumento que, segundo parte considerável da doutrina processualista, visa basicamente à satisfação da pretensão acusatória. Apesar de algumas críticas relevantes ao reducionismo que permeia essa concepção de instrumentalidade processual, é inegável a íntima relação entre direito e processo penal, afinal, este é o único instrumento a viabilizar o exercício do poder-dever de punir do Estado. Essa conexão entre o direito e o processo também é importante para modelar a finalidade do direito processual penal, tendo em vista que a dogmática jurídica²⁰³ aproxima as duas disciplinas, conferindo-lhes como fim mediato a consecução da paz social.

Tomando como ponto de partida uma espécie de simbiose entre formulações hegelianas e teorias contratualistas, a moderna dogmática jurídico-penal produziu uma teoria normativa que normaliza o poder punitivo – cujo exercício se justificaria a partir de uma base ontológica – e se concretiza por meio de concepções etiológicas e escatológicas da história, “que a veem, respectivamente, como causal, isto é, previsível, e progressiva, ou seja, o presente é melhor do que o passado e o futuro tende a ser melhor ainda”²⁰⁴.

Se aquilo que se chama de realidade consiste em um “relato vencedor”, isto é, “um fenômeno linguístico cuja apreensão é retórica”²⁰⁵, a realidade do direito e do processo também pode ser compreendida como o relato vencedor entre as narrativas que compõem a história. Em outras palavras, ao enxergarmos a realidade como algo irremediavelmente contingente, construído a cada momento pela comunicação, verificamos a produção de discursos com o

²⁰² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática da comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 172-174.

²⁰³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

²⁰⁴ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 109.

²⁰⁵ Idem, p. 21.

objetivo de contornar a mutabilidade dos eventos. Esses discursos são racionalizados por meio de narrativas que concorrem entre si pela definição daquilo que será chamado de “fatos” ou “realidade”. Embora a narrativa (temporariamente vencedora) não seja permanente e se veja constantemente ameaçada pelos relatos derrotados, é de suma importância, pois a história dos relatos vencedores constitui o mundo²⁰⁶.

Da perspectiva retórica, uma vez que o mundo é constituído a partir desse conjunto de relatos, “o maior ou menor grau de ‘realidade’ de um relato vai exatamente depender dos outros seres humanos, da possibilidade de controle público da linguagem”²⁰⁷. Daí que a realidade não é ontológica, incluindo o crime, que também é uma construção discursiva. Nesse sentido, é possível afirmar que aquilo que consideramos como a realidade do saber jurídico-penal, desenvolvida em torno do exercício do poder punitivo no seio da cultura europeia e posteriormente planetarizada, consiste em um relato que se impôs mediante estratégias, como ocorre, por exemplo, com os ensinamentos dogmáticos.

Cabe ressaltar, neste ponto, a importância do pensamento jurídico europeu e, mais especificamente, português, enquanto matriz ou substrato do pensamento jurídico brasileiro. Ao tratar dessa complexa relação, Neder destaca a excessiva obediência e submissão da intelectualidade brasileira, sempre disposta a citar os mesmos livros “consagrados” e a repetir e reproduzir ideias e interpretações afiançadas por “cânones” professados por eminências que a autora descreve como “os verdadeiros donos do poder/saber”²⁰⁸.

Por isso tudo, Dussel afirma a necessidade de superar não apenas a razão instrumental (como o fez Habermas) ou a razão terror dos pós-modernos, mas o horizonte eurocêntrico e o próprio sistema-mundo tal como foi desenvolvido

²⁰⁶ Idem, p. 139 e 338.

²⁰⁷ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 18.

²⁰⁸ NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 205.

até o presente²⁰⁹. Para os retóricos, a ruptura com essa realidade a partir da periferia e a pretensão de projetar um contradiscurso e uma nova racionalidade, ético-crítica²¹⁰, pressupõe a construção de um novo acordo linguístico, temporário e circunstancial, uma conclusão à qual seria atribuída a concepção de verdade. Nesse caso, a verdade seria o resultado de um consenso, produzida a partir de uma “fundamentação persuasiva”, proveniente de um diálogo partidariamente orientado. Nas palavras de Ferraz Junior, “o consenso é aí condição da ‘verdade’”²¹¹. Apesar da precariedade desse acordo, no campo ético ele conduziria ao que se compreende como correto, justo, racional²¹².

O relato moderno sobre o sistema penal e, mais especificamente, o processo penal – seus fundamentos, suas funções etc. – viabilizou a construção discursiva do que se difundiu como a verdade concernente à gestão de eventos criminalizados, afigurando-se, assim, como a única realidade passível de aceitação. Por mais artificial que seja a construção discursiva sobre a inevitabilidade do sistema processual e apesar das promessas não cumpridas por esse paradigma – cujo esgotamento está vinculado à crise do atual sistema civilizatório – ele tem sido altamente funcional na construção de um modelo propenso à violação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, tem-se que a necessidade de ampliação das respostas aos eventos criminalizados para além do binômio processo-pena implica primordialmente na construção de narrativas que demandam a desconstrução do conceito de crime como realidade ontológica, pautadas em perspectivas negativas e céticas em relação ao sistema de justiça criminal e às suas promessas²¹³.

²⁰⁹ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 64-65.

²¹⁰ Idem, p. 73.

²¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática da comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 40.

²¹² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

²¹³ SCHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 21-22.

A formulação do sistema acusatório e a percepção moderna de que a intervenção penal estaria orientada para a tutela dos direitos individuais contra a irracionalidade dos poderes ganharam contornos de universalidade, mas foram incapazes de romper definitivamente com as categorias religiosas do medievo penal. Apesar de alguns importantes avanços concernentes à teoria dos direitos humanos, as críticas do movimento humanista e o movimento liberal não conseguiram erradicar os elementos inquisitivos que fundam e gravitam na dinâmica sistêmica. No entanto, é imprescindível perceber que o humanismo e o racionalismo forneceram as bases para as representações simbólicas do poder punitivo no imaginário moderno, simbolizando a suposta ruptura secular entre delito e pecado e representando uma “mudança nuclear no que tange à legitimidade dos sistemas jurídicos”²¹⁴.

Imparcialidade, verdade, pacificação social, felicidade, constituem *topoi* argumentativos que foram transformados em fundamentos ontológicos do processo penal pelo discurso jurídico-filosófico da modernidade. Além de constituírem uma das formas do discurso normativo, eles auxiliam na configuração da teoria do processo que faz a realidade do direito, não obstante a teoria do direito não possa sugerir, “com base nesse ou naquele fundamento ontológico, diretrizes de conduta mais verdadeiras ou corretas”²¹⁵. Assumidos como verdades evidentes e daí irrecusáveis, esses fundamentos “compõem o horizonte englobante da maioria das nossas convicções e atitudes”²¹⁶, algo facilmente verificável no plano da dogmática processual penal. Uma breve análise dos manuais e das decisões judiciais é suficiente para atestar a crença, tanto dos acadêmicos quanto dos atores processuais, no “ser enquanto tal”, mais precisamente, nas essências do processo penal, “utilizadas para tranquilizar o espírito humano”²¹⁷.

²¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70.

²¹⁵ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência** (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232-3.

²¹⁶ REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 26.

²¹⁷ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência** (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 325.

2.3 DESSACRALIZAÇÃO DO PROCESSO? A FÉ NA CIÊNCIA E A TENTATIVA DE RUPTURA COM O MEDIEVO PENAL

Descrevemos no decorrer deste capítulo algumas concepções que, “evidentes” aos olhos dos juristas, ostentam a qualidade de verdades científicas. Em meio à tirania da verdade, abordagens supostamente científicas proclamam a dessacralização do processo penal, fenômeno que possui como cenário o mencionado processo, mais amplo e complexo, de desencantamento do mundo.

A civilização contemporânea consagrou o mundo da razão científica, um lugar desencantado, onde não é mais necessário recorrer à magia e à fé, substituídas pela razão e pelos meios técnicos. Para Weber, com a racionalização progressiva e a eliminação dos elementos mágicos do mundo, as sociedades humanas evoluem para uma organização muito mais racional e sempre burocrática²¹⁸.

Ao pulverizar as verdades objetivas e universais, oferecendo tão somente instrumentos para objetivos estabelecidos, a razão tornou-se ferramenta a serviço do poder. Conforme explicitamos no primeiro capítulo, na sociedade tecnológica avançada a razão foi subjugada ao seu valor instrumental e com ela, a razão científica, um pressuposto da ciência.

Admitido o desencantamento do mundo e o abandono da metafísica ilusória e irracional, a linguagem científica assumiu o papel principal na constituição do mundo real e do próprio ser humano, suprindo os vazios de um mundo desprovido de encantos. Com a modernidade, o discurso científico racional se transformou no relato (temporariamente) vencedor, expressão da “realidade” e da “verdade”.

²¹⁸ WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

A relação entre modernidade e racionalidade desenvolvida por Hegel e evidenciada por Weber indica a criação de uma cultura profana que destruiu as imagens religiosas do mundo e permitiu o desenvolvimento das sociedades modernas, novas estruturas sociais cristalizadas em torno dos núcleos organizadores da empresa capitalista e do aparelho burocrático estatal, processo que Weber concebeu como “a institucionalização de uma ação econômica e administrativa racional com respeito a fins”. Conforme mencionamos no capítulo anterior, a postura que se insurge contra a modernidade a partir da crítica a alguns dos seus conceitos fundamentais – como, por exemplo, a racionalidade, entendida como vontade de dominação instrumental – também pode ser compreendida como elemento de uma narrativa que, sob a justificativa de desmascarar os limites referentes ao horizonte da razão conduz a uma espécie de “anarquismo ‘imemorial’, sob cujo signo se anuncia a pós-modernidade”²¹⁹.

Apesar da pertinência da crítica habermasiana relativa à assunção de uma posição transcendental por parte dos pensadores pós-modernos e seu paradoxal atrelamento aos pressupostos da autocompreensão da modernidade, ela não se aplica à postura assumida neste trabalho. Isso ocorre principalmente em virtude de não nos dirigirmos à modernidade “como um todo”, o que será devidamente elucidado mais adiante. Embora em muitos aspectos nos aproximemos teoricamente de autores que proclamaram a despedida da modernidade, nossa proposta de uma (auto)crítica do mundo moderno não significa excluir de antemão todas as conquistas modernas, muitas indiscutivelmente irreversíveis.

Ainda assim, com o advento da modernidade assistimos ao surgimento de uma época orientada para o futuro. Mais do que isso, o conceito profano de tempos modernos anuncia uma perspectiva à qual corresponde a experiência do progresso e da aceleração dos acontecimentos históricos. São tempos definidos a partir de categorias diversas, como capitalismo e industrialização, mas principalmente pelo procedimento de racionalização ao qual se refere

²¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 04 e 08.

Weber e que no campo da ciência se expressa no desenvolvimento do método científico experimental, racional, com a pretensão de fornecer explicações objetivas sobre o mundo²²⁰.

A predisposição da ciência moderna ao desenvolvimento de uma teoria que reafirma a imparcialidade do sujeito em relação ao objeto, transpondo o modelo das ciências naturais para as ciências sociais foi duramente criticada por Horkheimer em um célebre trabalho que denunciou a resignação da Teoria Tradicional à dominação exercida pelo modo de produção capitalista. À mera descrição da realidade e à reprodução da mesma lógica destrutiva pela Teoria Tradicional, Horkheimer opôs a Teoria Crítica, cujo pressuposto é um comportamento crítico que compreende “o caráter discrepante cindido do todo social”, transformado em “contradição consciente” para o sujeito comprometido com uma crítica orientada para a emancipação²²¹. Ao paradigma dogmático da Teoria Tradicional, contrapôs um sistema que se reconhece incoerente e incompleto, de cujas bases conceituais nos apropriamos para o desenvolvimento desta pesquisa.

Apesar dos méritos atinentes à perspectiva crítica, não compartilhamos do otimismo daqueles que acreditam no potencial emancipatório do direito penal e do processo penal²²². Apesar da convergência quanto a alguns dos pressupostos que norteiam a Teoria Crítica – como ocorre, por exemplo, em relação à inexistência de neutralidade e objetividade científicas e à produção de um diagnóstico preciso – parece pouco provável que o processo penal concretize as promessas modernas de limitação da violência punitiva institucionalizada e efetivação dos direitos fundamentais.

²²⁰ SCHMIDT, Thomas M.; PITSCHMANN, Annette. **Religion und Säkularisierung: ein interdisziplinäres Handbuch**. Stuttgart/Weimar: Verlag J. B. Metzler, 2014, p. 218.

²²¹ HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135.

²²² Favorável ao resgate e concretização das promessas da modernidade, das quais a emancipação por meio do processo penal: MELCHIOR, Antonio Pedro. A teoria crítica do processo penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 128, p. 27-64. São Paulo: RT, fevereiro 2017.

A ambiguidade intrínseca ao conhecimento científico e à tecnologia nunca ficou tão evidenciada quanto no último século. As ciências criminais e a dogmática processual também se abriram aos influxos decorrentes da crítica ao conhecimento científico, detentor de verdades únicas, incontestáveis e universais. Em seu afã de universalizar interesses supostamente gerais – mas que não passam de interesses particulares representados pelo próprio sistema penal – e sob o pretexto de humanizar a justiça criminal, a ciência jurídico-penal moderna elaborou e disseminou autênticos mecanismos de destruição da vida humana, legitimados discursivamente em virtude de sua aparência racional e civilizada.

Com a ciência moderna e a expectativa de superação do paradigma inquisitório, não verificamos a modificação da relação de conhecimento como poder, senão apenas a alteração dos pressupostos. A esperança de uma eventual transposição da epistemologia inquisitória para uma epistemologia acusatória não passou de sonho pueril e, da verdade revelada pelo inquisidor, surgiu uma nova verdade controlada a partir de uma postura tida como científica²²³.

A busca da ciência por verdades irrefutáveis e sua rejeição a todo e qualquer pressuposto que não seja cientificamente comprovado foram postas em questão por pensadores como Nietzsche que, ao criticar o racionalismo científico, assemelhou o pensamento científico à religião e à metafísica por acreditarem numa verdade absoluta. Com o ceticismo de Nietzsche e mais tarde a crítica frankfurtiana do pós-guerra e o pensamento pós-estruturalista, chegamos ao esgotamento do que Timm de Souza denominou “o mito da ‘boa razão’”²²⁴.

O ideal de verdade da metafísica e da religião que permeia o espírito científico moderno estruturou o processo penal contemporâneo. Sendo assim, a vontade

²²³ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 233-4.

²²⁴ TIMM DE SOUZA, Ricardo. **Em torno à diferença**: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 86.

de verdade vinculada a relações de poder que funda o direito e o processo penal modernos pode ser caracterizada como a gênese da destruição da justiça penal. Esse desejo oculto de morte²²⁵ manifesta nas ciências criminais a vontade de erradicação da diferença e eliminação da alteridade, tão comuns ao conhecimento que almeja a universalização.

É importante fazer aqui uma crítica ao projeto de universalização do modelo garantista, cuja pretensão de projetar universalmente particularismos, inerente às matrizes científicas modernas, compromete “a abertura à diversidade e ao reconhecimento das diferenças e das identidades”²²⁶. Embora o garantismo projete um modelo minimalista de tipos incriminadores e estratégias político-criminais de redução de danos aos direitos humanos, exclui os projetos abolicionistas e as alternativas que abdicam da legitimação da resposta punitiva.

Assim como ocorre com o sistema penal, a totalização dos métodos científicos não pode ser considerada como uma realidade autônoma, mas como parte do sistema social concreto no qual se insere. Essa premissa descrita por Rusche e Kichheimer nos leva a divergir do posicionamento mais recente de Habermas, para quem “técnica e ciência perderam, como programa ideológico, muito de sua eficácia na esfera pública”²²⁷. Ainda que em sua opinião a análise empreendida na obra *Técnica e ciência como ideologia* não possa simplesmente ser prosseguida atualmente, entendemos que o filósofo alemão estava correto em sua avaliação inicial de que a “técnica e a ciência estabeleceram-se como princípios acríticos e como actividades legitimadoras dos sistemas económicos e políticos vigentes, numa relação directa com a crescente despolitização dos indivíduos”²²⁸.

²²⁵ NIETZSCHE, Friedrich. **A vontade de poder**. Tradução Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

²²⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 118.

²²⁷ HABERMAS, Jürgen. **A nova obscuridade**: pequenos escritos políticos V. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 350.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 1968, p. 82.

Para ser mais preciso e sem antecipar uma discussão ainda a ser desenvolvida adiante, neste ponto compartilhamos das reflexões de Marcuse, ao insinuar que não apenas a aplicação, mas o próprio conceito de razão técnica é ideologia e que a técnica configura-se como dominação metódica, científica, calculada e calculante²²⁹.

Embora a crítica habermasiana não se dirija à razão técnica em si, mas à sua universalização e discordemos de alguns pressupostos de sua teoria concernente à racionalidade, não podemos deixar de admitir a necessidade de reinventarmos a razão, de formularmos “uma racionalidade que se anuncia ousadamente plural”²³⁰, tecida a partir da ideia de tolerância, que se opõe à lógica da razão totalizante, subjacente à ciência moderna, e ao discurso jurídico-penal. Mais adiante iremos expor os contornos dessa racionalidade ética e plural, condição de possibilidade para a construção de alternativas à certeza e à univocidade do processo penal e do próprio direito penal, sua matriz genética.

²²⁹ MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada. São Paulo: EDIPRO, 2015.

²³⁰ TIMM DE SOUZA, Ricardo. **Em torno à diferença**: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

3 TEOLOGIA PROCESSUAL: O ENRAIZAMENTO DO PROCESSO NO SAGRADO E A CATÁSTROFE COMO ELEMENTO DO RITUAL JUDICIÁRIO

3.1 A SUBSTITUIÇÃO DO SACRIFÍCIO PELO PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA E PACIFICAÇÃO SOCIAL

A metamorfose do direito racional do Estado ocidental moderno e, conseqüentemente, do processo penal, não deve ser reduzida às linhas deste capítulo. Obviamente, não pretendemos exaurir em poucas páginas a complexa relação entre o sagrado e o sistema judiciário ou esgotar a análise pertinente aos teologismos políticos que se tornaram verdadeiras obsessões para muitos. Os riscos inerentes a estudos demasiadamente ambiciosos e abrangentes na história das ideias são evidentes e contemplam, por exemplo, a perda de controle sobre tópicos, materiais e fatos, a imprecisão de linguagem e argumentação, as generalizações não substanciadas e a falta de tensão resultante de repetições enfadonhas. Ainda assim, assumimos alguns desses riscos com o propósito de investigar e expor determinados dogmas jurídicos que desafiam a razão humana e compreender certos axiomas de uma “teologia processual”²³¹ que continua em vigor nos dias de hoje.

Apesar do alardeado processo ocorrido na Europa a partir do século XV de ruptura da cultura eclesiástica com as culturas filosóficas e as instituições jurídicas e políticas, não é demasiado descrever o processo penal como um instrumento de exercício de poder impregnado de categorias religiosas. Daí a nossa opção – numa clara alusão a Carl Schmitt, um dos importantes representantes do realismo político – pela expressão teologia processual, para nos referirmos ao paradigma processual da modernidade.

²³¹ A ideia foi apresentada originalmente e embrionariamente em: BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015.

A tese de que “todos os conceitos significativos da doutrina moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados”²³² sugere que, assim como o direito, a política não é articulada a partir de si mesma. Logo, diante da ausência de autonomia do jurídico, que sempre remete à decisão de um poder político para justificar a ordem jurídica, pode-se dizer que o político também carece de autonomia, remetendo sempre ao teológico, fonte do seu poder.²³³

Schmitt não pretende, com o axioma da teologia política restrita, apresentar a teoria política como uma espécie de anexo da teologia, mas inscrever a gênese do Estado moderno na religião. E o faz por dois motivos: primeiramente, porque o Estado é pensado e descrito graças à secularização de conceitos teológicos e, depois, porque conserva, ainda que negativamente, a marca do conflito (teológico e político) que fez advir a necessidade disso²³⁴.

É a partir do plano da justificação teológica que o poder soberano ilimitado adquire fundamento “racional”. Para Carl Schmitt, o discurso político e a teoria jurídica positiva estão enraizados numa metafísica da história entendida como teologia política. Sendo assim, as categorias do processo penal moderno expressam a mesma matriz genética, reproduzindo o fundamento teológico inscrito nos demais conceitos da teoria política. As bases epistemológicas do processo penal constituem uma “mitologia processual”, pois jamais se desvencilharam de seus fundamentos sagrados, sempre aptos a justificar de forma absoluta a verdade do poder jurídico-político estabelecido, vocacionado a afirmar-se constantemente pelo “milagre” do “Estado de exceção”.

Menos promissora ainda é a ideia de que a secularização tenha propiciado a completa eliminação dos elementos teológicos das instituições jurídico políticas modernas. Não pretendemos aqui reafirmar qualquer tipo de antinomia entre religião e ciência, mas indicar a estrutura religiosa da justiça penal. Assim como

²³² SCHMITT, Carl. **Politische Theologie**. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 43.

²³³ SÁ, Alexandre Franco de. **Do decisionismo à teologia política**: Carl Schmitt e o conceito de soberania. Covilhã: LusoSofia, 2009, p. 26 e ss.

²³⁴ KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt**: o político entre a especulação e a positividade. Tradução Carolina Huang. Barueri/SP: Manole, 2006, p. 87-88.

Benjamin se referiu ao capitalismo “como uma religião”²³⁵, acreditamos que o processo penal – a despeito do processo de laicização das ciências iniciado na Europa – também está ancorado no sagrado.

Dito de outra forma, a partir de suas finalidades declaradas, o processo penal anulou a vítima, substancializou o crime e o criminoso e reativou os “regimes de verdade” próprios da Inquisição. A racionalidade técnica apenas substituiu a fé religiosa e o racionalismo acabou por envernizar a inquisição medieval²³⁶. Dirá mais Amaral, ao lembrar que com o renascimento do direito romano na Idade Média, foram recuperadas práticas da antiguidade do império romano, o que levou a uma reconfiguração do processo, esta “magistral invenção da escola do medievo”²³⁷.

Na esteira do pensamento de Ost, parece possível sustentar que “a laicização do mundo e a secularização do direito, iniciadas desde a modernidade, não enfraqueceram verdadeiramente este laço estrutural da memória com o sagrado fundador”²³⁸. Da mesma forma pensam Scheerer e Hulsman, ao sustentarem que a atual crença nas funções do direito penal deriva de ideias oriundas da teologia escolástica da Idade Média, sendo possível ainda afirmar que o direito penal é a continuação ou o substituto do pensamento eclesiástico na atualidade²³⁹.

²³⁵ BENJAMIN, Walter. **O capitalismo como religião**. [Organização Michael Löwy]. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 21.

²³⁶ BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015.

²³⁷ AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 120-121.

²³⁸ OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005, p. 59.

²³⁹ SCHEERER, Sebastian. **Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben?** Gespräch MIT Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarates. Disponível em: <http://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/sowi/kriminologie/Publikationen/Scheerer_1983_Warum_sollte_das_Strafrecht_Funktionen_haben.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014, p. 68. “*Man kann doch wohl kaum sagen, dass das Strafrecht die Scholastik im 20. Jahrhundert weiter führt oder ersetzt*”. “*Der Dekalog, die ekklesiastischen Konzepte, die biblischen Bilder und das erfahrungsfremde, lediglich aus Begriffen ableitende Denken der Hoch- und Spätscholastik - all das läßt uns noch heute glauben, daß das Strafrecht Funktionen hat*”. (Tradução nossa)

Ainda que não seja possível falar em *uma* filosofia jurídica moderna ou em *um* sistema jurídico moderno na Europa em virtude dos diferentes climas intelectuais que constituíram a modernidade naquele continente, existe certo consenso no sentido de que a laicidade seria um dos traços do direito moderno, em franca oposição ao direito clerical da alta Idade Média. Contudo, destaca Villey, “seria um grave erro imaginar que esse laicismo jurídico vem acompanhado de uma atitude anti-religiosa. Muito pelo contrário, por algum tempo ele caminha passo a passo com a mais autêntica filosofia cristã (e às vezes até católica)”²⁴⁰.

Acreditamos, portanto, que a ruptura com a ortodoxia religiosa não foi suficiente para expurgar os elementos teológicos do direito. É importante registrar que essa fonte primitiva do pensamento moderno não nos impele, necessariamente, a um juízo de valor negativo em relação a esse modo de pensar o direito, tampouco a uma suposta superioridade da modernidade no tocante ao Medieval ou à filosofia clássica.

Historicamente, percebe-se que a afirmação e a disseminação do cristianismo aconteceram paralelamente ao surgimento de novas questões sobre o direito e a política na filosofia medieval, especialmente sobre o *status* da comunidade política mundana e a extensão e o limite de suas tarefas. Com isso, a ordem política passou a ser vista a partir de outra perspectiva, pressuposta desde a pretensão teológica. Böckenförde constata, assim, a consolidação de uma “teologia política” que acaba assumindo o lugar da “religião política”. Para ele, a relação entre a igreja e a comunidade política terrena apontaria para a consolidação da fé cristã como um dos fundamentos mais relevantes na constituição da ordem política. Do mesmo modo, quanto ao universo jurídico essa relação cristalizou-se tanto na filosofia do direito quanto nas práticas da época, uma vez que os principais autores daquele período não eram propriamente juristas, mas teólogos. Seja no contexto do pensamento jurídico ou político, seus trabalhos foram concebidos teologicamente, o que levou o

²⁴⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 172-175.

direito a ser compreendido desde o ponto de vista da ordem moral e ética prevalente²⁴¹.

Embora discordemos da narrativa vencedora no âmbito das ciências criminais que propõe o declínio do sistema inquisitorial confessional e a ruptura com o sistema penal do Medieval, também não compartilhamos do reducionismo que procura demonstrar o condicionamento do poder punitivo pela religião, mas acreditamos, conforme a crítica romântica da civilização capitalista desenvolvida por Benjamin²⁴², que a vida está colonizada pelo culto permanente ao direito penal e ao processo penal, uma religião que se alimenta da culpa e possui a pena como “rito sagrado de solução de conflitos”²⁴³.

A prevalência do relato científico, da desconstrução do sistema processual inquisitorial realizada com o advento do Iluminismo a partir da ideia de secularização, configuram somente um “jogo de cena laico para a manutenção dos princípios fundamentais do inquisitorialismo”²⁴⁴. Não por outra razão, Legendre avalia que “o mito escolástico foi retrabalhado, reformado, retranscrito, mas não demolido”²⁴⁵.

Assim como o desencantamento moderno teve o seu germe no mito, o processo penal se definiu a partir de uma nova roupagem, porém, sem abandonar a forma mítica. Desde uma perspectiva frankfurtiana, pode-se argumentar que, da mesma forma que “o mito já é esclarecimento e o esclarecimento acaba por reverter à mitologia”²⁴⁶, o processo penal moderno possui resquícios do conhecimento mítico. Embora as reformas oitocentistas no

²⁴¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie: Antike und Mittelalter**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 181-183.

²⁴² BENJAMIN, Walter. **O capitalismo como religião**. [Organização Michael Löwy]. São Paulo: Boitempo, 2013.

²⁴³ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCrim/RT, n. 42, p. 242-263, jan./mar., 2003.

²⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. p. 73.

²⁴⁵ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Rio de Janeiro: Colégio Freudiano/Forense Universitária, 1983, p. 181.

²⁴⁶ HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 15.

discurso penal tenham estabelecido como variável fundamental a secularização, foram incapazes de exorcizar a lógica inquisitorial da cultura penal. Não apenas o processo, mas o sistema de justiça criminal é instrumentalizado como mecanismo de dominação que combina elementos metafísicos e conhecimento racional caracterizado pela calculabilidade.

Essa relação entre teologia e política, para muitos um vínculo ineliminável, existe principalmente em virtude da necessidade de conservação do poder. Compreende-se então porque uma das principais estratégias das autoridades sempre foi conectar o poder ao “bem”. Embora não houvesse qualquer correlação entre ambos, evocá-lo tem sido uma estratégia eficaz a fim de assegurar a dominação e preservar os próprios interesses, mesmo que para tanto e paradoxalmente seja necessário colocar-se ao lado do “mal”, aliar-se ao anticristo, como fez o grande inquisidor de Dostoiévski. A verdade está do lado do poder e sem o sagrado esvazia-se o político e o jurídico.

Para Girard, a humanidade é a filha do religioso e não existiria sem ele, razão pela qual só é possível compreender os diversos fenômenos sociais por meio da articulação entre o sagrado e a violência. A tese girardiana sugere que a violência, componente intrínseco às sociedades humanas, pode se generalizar em virtude da “rivalidade mimética”, ameaçando, assim, a existência de toda a comunidade. A partir da ideia aristotélica de que o homem é o mais mimético de todos os animais e, portanto, os homens imitam os desejos uns dos outros, o mimetismo poderia conduzir ao acirramento das rivalidades e à vingança. Diante do risco de uma destruição total inerente à “crise mimética”, quando todas as pessoas desejam a mesma coisa e procuram obtê-la pela força, surge então a necessidade de contenção da violência. Em sociedades arcaicas, desprovidas de organização na forma estatal tipicamente moderna, a solução para a crise do desejo mimético, para a contenção da violência infinita, encontrava-se naquilo que Girard chama de “mecanismo da vítima unitária, ou mecanismo do bode expiatório”²⁴⁷.

²⁴⁷ GIRARD, René. **O bode expiatório e Deus**. Tradução de Marcio Meruje. Covilhã: Lusosofia Press, 2009, p. 04-07. Nesta trajetória, Marcuse sugere que “a civilização ocidental sempre glorificou o herói, o sacrifício da vida pela cidade, o Estado, a nação; raramente indagou se a

Se o desejo humano se movimenta em virtude do desejo de um *outro* e isso pode nutrir rivalidades entre indivíduos e grupos sociais, o sacrifício de um membro do grupo em conflito seria capaz de apaziguar a violência e impedir a eclosão de novas rivalidades. O sagrado afigura-se, dessa maneira, como instrumento regulador diante da ameaça de violência generalizada. Ao tentar apaziguar a violência e evitar que ela seja desencadeada, a prevenção religiosa pode assumir um caráter violento. A hipótese levantada por Girard de que o sacrifício configura um instrumento de prevenção da violência reforça a ideia de que “a violência e o sagrado são inseparáveis”²⁴⁸.

Sobre a vítima transfere-se toda a violência da comunidade, numa espécie de linchamento que cumpre um papel extraordinário, seja no universo dos mitos gregos ou mesmo nas Sagradas Escrituras. Em outras palavras,

o assassinio colectivo desempenha em todos os textos religiosos um papel de tal importância que suscita uma explicação, e tal explicação é o mimetismo e não a culpabilidade real da vítima. O linchamento, pela sua unanimidade, reconcilia a comunidade, e a personagem que foi linchada passa por ser muito má, pois causou a violência na comunidade²⁴⁹.

Sucedâneo do fenômeno do bode expiatório nas sociedades arcaicas, o sacrifício é apresentado como a primeira instituição humana, assentada na repetição da morte da vítima que catalisa todo o mal e propicia a reconciliação da comunidade. Para apaziguar a violência e desviá-la de certos seres que se tenta proteger, é necessário oferecer-lhe uma válvula de escape.

Se aos poucos o sacrifício perdeu a sua força, não deixou de existir, tendo sido substituído nas sociedades modernas pelo judiciário, responsável por afastar a

cidade estabelecida, o Estado ou a nação eram dignos do sacrifício. O tabu sobre a indiscutível prerrogativa do todo sempre foi mantido e imposto, e tem sido mantido e imposto tanto mais brutalmente quanto mais se supõe que o todo é composto de indivíduos livres. A questão está sendo agora formulada de fora e entendida por aqueles que se recusam a fazer o jogo dos afluentes; é a questão de saber se a abolição desse todo não será uma condição para a emergência de uma cidade, Estado, nação, verdadeiramente humanos”. MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização: Uma Interpretação Filosófica do Pensamento de Freud**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 18.

²⁴⁸ GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 32.

²⁴⁹ GIRARD, René. **O bode expiatório e Deus**. Tradução de Marcio Meruje. Covilhã: Lusosofia Press, 2009, p. 07.

ameaça da vingança. Esse processo de transcendentalização da violência vitimizadora que é a gênese do sagrado também institui o sistema judiciário e, por conseguinte, a justiça penal. Ao assumir o monopólio absoluto da vingança, o judiciário racionaliza a violência e cumpre a mesma função do sacrifício. O elemento religioso encontra-se presente tanto nos rituais subjacentes aos modos de prevenção da violência mais rudimentares quanto no ritual judicial moderno, oriundo de um sistema que também refere-se a uma teologia, garantidora da verdade de sua justiça. Mesmo que essa teologia desapareça, complementa Girard, “a transcendência do sistema mantém-se intacta”²⁵⁰.

Com a intensificação da fragmentação social e a densificação dos conflitos, fenômenos dos quais tratamos mais detidamente no primeiro capítulo deste trabalho, a justiça assume o papel de “instância moral por defeito” e o direito apresenta-se como “a última moral comum”. Em virtude do desencantamento do mundo e da dissolução da comunidade e da tradição, o lugar que antes pertencia à religião passou a ser ocupado pela justiça, metamorfoseada no local de “reafirmação do ideal e de consolidação do laço social”²⁵¹.

A orientação das pessoas, a proclamação da salvação, o aconselhamento, a fixação de limites morais e a conseqüente imposição de sanções para aqueles que rompem a aliança com Deus, o perdão, a graça, o estabelecimento dos laços entre o passado e o presente, enfim, é notável a analogia entre as atribuições da justiça e da religião. O problema é que a afirmação desta “nova religião” desconsidera o fato de que o domínio do religioso pertence à ordem do privado e que inúmeras religiões podem ser abrigadas pelo espaço público. Enfim, inexistente pluralidade porque com a sobrecarga da justiça somente a ela confere-se a importante tarefa de sintetizar a heterogeneidade social por intermédio do juiz, “investido como sacerdote-mor de uma nova divindade”²⁵².

²⁵⁰ GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 37.

²⁵¹ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 193-195.

²⁵² MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, São Paulo: CEBRAP, p. 183-202, 2000, p. 196.

As reminiscências teológicas no processo penal derivam não apenas da linguagem ou dos rituais, mas do próprio espaço judiciário, um “espaço que confina o sagrado”²⁵³. O processo como ritual sempre pressupõe a delimitação de um lugar propício à sua realização, um local considerado sagrado desde as sociedades arcaicas²⁵⁴. Para as tribos germânicas, as florestas e as árvores eram seres sagrados – daí o *Waldkult* e o *Baumkult*, os cultos à floresta e à árvore –, mas também o local de realização da justiça. Semelhantemente, a Bíblia menciona em Isaías (61: 3) as “árvores da justiça” e no livro de Juízes refere-se às palmeiras sob as quais Débora, profetisa e juíza em Israel, julgava e aconselhava o povo.

Garapon registra ainda que o simbolismo religioso é uma das fontes de inspiração da justiça, responsável por recordar à humanidade uma função essencialmente divina. O simbolismo, que não se restringe ao cristianismo, conduz à ideia de sacralização da virtude da justiça e que

os juízes são homens aos quais incumbe uma tarefa sobre-humana para a qual se devem tornar dignos. Este simbolismo funciona, ao mesmo tempo, como unção e sanção. É certo que autorizava, mas também ameaçava. Relembrava junto dos juízes os riscos que estes corriam ao exercer na terra uma função divina, até aí unicamente reservada a Deus²⁵⁵.

Ao nomearmos a figura do juiz, um lembrete torna-se importante sobre a metáfora dos “dois corpos do rei”: assim como o imperador era ao mesmo tempo um ser mortal e, no entanto, imortal com relação à sua dignidade e seu corpo político, o magistrado representa a lei viva, o guardião da Constituição, uma deidade entre os homens. O conceito dicotômico do governo, investigado por Kantorowicz, foi amplamente utilizado por juristas medievais e possui certas similaridades com o pensamento jurídico moderno, pois a encarnação, não do corpo político, senão jurídico, na figura do julgador, “desfaz as

²⁵³ GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 26.

²⁵⁴ CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit**: Pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

²⁵⁵ GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 30.

imperfeições humanas do corpo natural²⁵⁶ e Ihe transmite a “imortalidade” como autoridade judiciária.

Uma vez que ao religioso “cumpre o papel de apaziguar a violência e evitar que ela seja desencadeada”²⁵⁷, a justiça seria “um equivalente moderno da religião”²⁵⁸, responsável, neste caso, pela domesticação da violência por meio do processo penal. Os ritos sacrificais das sociedades primitivas foram substituídos pelo ritual judiciário, razão pela qual um dos principais fundamentos do processo penal moderno é exatamente pacificar os conflitos e impedir o desencadeamento da violência.

Ao abordar a relação entre o direito canônico e o direito moderno, Weber destaca o processo de “dupla racionalização do processo”, secular e eclesiástica. Estendida a toda a Europa e, posteriormente, a todo o mundo ocidental por meio da colonização das nações periféricas, essa dupla racionalização indica, na realidade, uma tentativa de conformação racional do processo canônico, tendo em vista que os procedimentos do direito germânico foram rechaçados tanto pela burguesia quanto pela Igreja. Se por um lado esta não poderia tolerar meios processuais pagãos, por outro, a classe ascendente burguesa não poderia admitir que a disputa de direitos mercantis fosse decidida por um duelo²⁵⁹. Embora os procedimentos do direito primitivo germânico fossem também estritamente formais, o aspecto decisivo no desenvolvimento do direito foi a racionalização do processo. Contudo, a substituição do formalismo mágico do processo germânico pelo direito romano e depois, especialmente, pelo direito canônico, não suprimiu o enraizamento do processo penal no religioso.

²⁵⁶ KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. Tradução Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 25.

²⁵⁷ GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 33.

²⁵⁸ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 193.

²⁵⁹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 02. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 518-9.

A despeito das formulações teóricas atinentes à supressão da vingança pelo Estado, para Girard o judiciário foi incapaz de eliminá-la, limitando-se tão somente a uma represália única, exercida por uma autoridade soberana e especializada: “as decisões da autoridade judiciária afirmam-se sempre como a *última palavra* da vingança”²⁶⁰.

Assim, inexistente no sistema penal um princípio de justiça diferente do princípio de vingança. Há reciprocidade violenta, retribuição. Contudo, ainda que não exista diferença de princípio entre vingança pública e vingança pessoal, no plano social a diferença é considerável, pois no mundo moderno interrompe-se o ciclo interminável da vingança mediante a condenação do acusado, encerrando-se, com isso, o perigo da escalada da violência em um ciclo destrutivo e infinito de vinganças. A questão a se perceber é que, apesar das “pulsões vindicativas do sistema penal”²⁶¹, um instrumento de canalização da vingança, o relato hegemônico tende a apresentá-lo como um instrumento de realização da justiça.

3.2 A VÍTIMA EXPIATÓRIA ENTRE O SACRIFÍCIO E A CRISE SACRIFICIAL: O ACIRRAMENTO DA REPRESSÃO E A TRANSFORMAÇÃO DO SACRIFÍCIO EM CATÁSTROFE

Embora no universo das representações simbólicas punitivas da modernidade o processo se estabeleça a partir da racionalização e da dessacralização, simbolicamente ele “demarca um tempo e um espaço sagrados, supostamente capazes de domesticar a violência e impedir o seu desencadeamento irrefreável”²⁶².

²⁶⁰ GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 28.

²⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminología cautelares. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 501.

²⁶² BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015, p. 143.

Conforme frisamos, o discurso jurídico moderno atribui ao processo penal a função de interromper a vingança, eliminando, por meio do Estado de Direito, o caos e a guerra de todos contra todos. Com o confisco do conflito e a racionalização da justiça, caberia ao ritual punitivo judiciário reconstruir historicamente o evento criminoso, revelar a verdade e realizar a justiça, impedindo, dessa maneira, a vingança recíproca infinita e pacificando o grupo social abalado pelo crime. Eis uma narrativa (quase) unânime, o relato vencedor.

Nesse sentido, assinala Ferrajoli: “o processo, como a pena, se justifica precisamente como técnica de minimização da reação social frente ao delito: de minimização da violência, mas também do arbítrio que de outro modo se produziria com formas ainda mais selvagens e desenfreadas”²⁶³. Figueiredo Dias, na mesma linha, sustenta que “o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça”, aspiração que viabilizaria, como fim ideal, a segurança e a paz jurídica, criando-se, por meio do processo, “um estado em que a comunidade jurídica volta-se à tranquilidade depois de uma violação do direito”²⁶⁴.

Verdade, justiça, pacificação, missões atribuídas ao processo penal pelo discurso filosófico e jurídico da modernidade²⁶⁵. Mas em que medida tais funções se realizaram? Seria o processo penal um autêntico instrumento a serviço da eficácia de um sistema de garantias, ou uma vingança ainda mais brutal, capaz de degenerar-se permanentemente em catástrofe, em monstruosidades e iniquidades incontáveis ao longo da história?

Apesar de alguns etnólogos e antropólogos apresentarem a violência como um componente básico da vida social, constitutiva das sociedades primitivas, um

²⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 604.

²⁶⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 43-45.

²⁶⁵ Insignes penalistas alemães como Wessels, Beulke e Sager vão além e salientam que a própria existência do direito penal justifica-se exatamente na necessidade de uma convivência social pacífica. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SAGER, Helmut. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Die Straftat und ihr Aufbau. 44. Aufl. Heidelberg: C.F Müller, 2014, p. 02.

elemento ao mesmo tempo profano e sagrado, René Girard destaca a necessidade dos grupos sociais de ludibriá-la, fornecendo-lhe uma válvula de escape a fim de evitar a explosão de conflitos e restaurar a harmonia social:

A violência não saciada procura e sempre acaba por encontrar uma vítima alternativa. A criatura que excitava sua fúria é repentinamente substituída por outra, que não possui característica alguma que atraia sobre si a ira do violento, a não ser o fato de ser vulnerável e de estar passando a seu alcance.²⁶⁶

Em diversas sociedades primitivas acreditava-se que a ameaça imposta aos homens pela violência, proveniente de seus efeitos miméticos, somente poderia ser contida mediante o “sacrifício” que, de acordo com Girard, protegeria a comunidade inteira, direcionando a violência para vítimas exteriores.

Essa “substituição” destaca a relevância do papel desempenhado por aquela que se tornaria a “vítima sacrificial”, responsável por desviar a violência do objeto inicialmente visado e restabelecer a ordem, a coesão social. Se no passado o sacrifício foi a primeira forma que se encontrou para dominar a violência, graças, sobretudo ao espetáculo de uma outra violência desviada para um ser indefeso e vulnerável, fosse este um cordeiro imaculado, como no caso dos sistemas rituais judaicos ou um ser humano sob a forma do *pharmakós*, sustentado pela cidade para ser sacrificado nos períodos de calamidade, com a modernidade inaugurou-se a substituição dos rituais religiosos por outros, fundados nos ritos processuais²⁶⁷.

O espaço do sacrifício e a busca pela pacificação social por meio da mediação entre um sacrificador e uma “divindade” foram ocupados paulatinamente pelo sistema judiciário que arrogou para si a função de canalizar a violência impura através da violência pura²⁶⁸. Entretanto, o abandono do sacrifício arcaico não impediu que a “vítima expiatória” continuasse a cumprir o seu papel no

²⁶⁶ GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 13.

²⁶⁷ BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015, p. 148.

²⁶⁸ GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 256.

cerimonial degradante do processo, pois além de evidenciar a permanência da função sacrificial – para Garapon, uma ameaça consubstancial à própria forma do processo – ela revela as fontes imaginárias dos discursos punitivos contemporâneos, sustentados em uma racionalidade que longe de aplacar a violência, acumula ruína sobre ruína.

Desse ponto de vista, é possível afirmar a continuidade da violência no processo penal moderno. Ao contrário do que defendem os processualistas, Ost avalia que “o processo conserva algo da violência da qual tende a sair”, mobilizando de um lado o *phobos*, o temor sagrado e, de outro, “todos os recursos do rito a fim de reavivar a autoridade necessária para manter a violência à distância”²⁶⁹. Essa dialética do processo moderno torna visível a incorporação do antigo no moderno e a pulsão do mito na instauração da razão. Por isso, não se deve compreender o processo como a rejeição da tradição e do seu imaginário fundador, mas como a sua incorporação²⁷⁰.

Embora o Estado não tenha eliminado a violência ao sequestrar o conflito e se apossar dos procedimentos judiciais, a “revolução” oriunda do processo penal não passou de uma *Aufhebung* (superação que integra) que permitiu legitimar discursivamente a sua supremacia, promovendo

a ideia de que apenas ele pode conter o turbilhão das violências recíprocas, da guerra de todos contra todos, que o ódio da vítima real tenderiam a impulsionar. Discurso nitidamente desmascarado pela forma caricatural, seletiva, abusiva e também caótica, pela qual o Estado realiza a vingança pública no meio do espetáculo dos suplícios, obediente a uma determinada economia política do castigo forjada pelo poder soberano²⁷¹.

Sob a justificativa de ludibriar a violência gerada pelos crimes, o Estado precisa responder com “algo para devorar”, uma reparação a lhe propor; entra em cena o acusado, bode expiatório humano do processo penal moderno, sobre quem

²⁶⁹ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 150.

²⁷⁰ GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 206.

²⁷¹ CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, n. 8, p. 311-337, 2010, p. 319.

irão recair todos os males provenientes das agressões ao soberano. A eficácia desse mecanismo de expiação da culpa e recuperação da inocência por meio da expulsão da vítima expiatória pressupõe certo desconhecimento, embora não se possa esquecer completamente o objeto inicial e o deslizamento realizado deste para a vítima realmente imolada²⁷².

Na tragédia de Sófocles, apesar de Édipo não ser o culpado pela peste que se abateu sobre a cidade de Tebas, a ele, um assassino, foi atribuída toda a responsabilidade pela doença. Não obstante sua inocência em relação à epidemia, Édipo deveria sofrer sozinho as consequências da violência recíproca que tomou conta da cidade, libertando, assim, a todos os cidadãos de sua responsabilidade.

Ainda que a acusação tivesse oscilado inicialmente entre os três protagonistas, Creonte e Tirésias conseguiram fixá-la somente em Édipo e com isso reafirmaram a sua inocência, confirmando a veracidade da imputação apenas pelo simples fato de que nenhuma voz se levantaria para contradizê-los. Para Girard, a fixação mítica deve ser compreendida como um “fenômeno de unanimidade”: “ali onde duas, três, mil acusações simétricas e inversas se entrecruzavam, uma única irá triunfar, e tudo se cala em torno dela. O antagonismo de todos contra todos dá lugar à união de todos contra um único”²⁷³.

Encontrar um culpado é indispensável para que a inocência possa existir, pois é exatamente “quando vemos outras pessoas cometerem faltas chocantes aos nossos olhos e passíveis de suscitar a nossa indignação que nos sentimos realmente inocentes”²⁷⁴. Com a acusação, um ato de classificar os indivíduos, torna-se possível estabelecer a separação entre puros e impuros, culpados e inocentes. O culpado, vítima expiatória cuja execução se encontra na origem de todos os mitos, leva sobre si a culpa daqueles que, com a sua condenação,

²⁷² GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 16.

²⁷³ Idem, p. 104.

²⁷⁴ GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 258.

serão inocentados, purificados. É na sentença condenatória que se concretiza a exorcização dos fantasmas que assombram a sociedade e se reafirma a capacidade que o ritual judiciário possui de construir a imagem do crime e do criminoso como objetos sociais de repulsa²⁷⁵.

A destruição ritual da pessoa e a sedimentação dos valores sociais que lhe são antagônicos pressupõem que o culpado não se identifique com o grupo social, razão pela qual o *homo criminalis* tende a ser percebido como o “outro”, responsável pela instauração do caos, um selvagem que, desde as perspectivas ética, cultural e estética, se apresenta como a antítese do homem civilizado.

Se de um lado o fenômeno do bode expiatório ajuda a construir a unanimidade e a restaurar a paz, não é menos verdadeira a ideia de que ele também revela a obsessão da sociedade contemporânea pela penalização e a crença, refutada por Scheerer, de que a pena se trata de uma herança cultural da humanidade, um instituto universal e insubstituível na solução de conflitos²⁷⁶.

Como destacamos em outra ocasião²⁷⁷, um dos grandes problemas oriundos da opção pela lógica penal e da utilização da justiça penal como “nova grelha de inteligibilidade das relações sociais”²⁷⁸ está na perda do sacrifício, da diferença entre a violência purificadora e a violência impura, ou seja, na ameaça de uma “crise sacrificial”²⁷⁹ que põe em risco não só o moderno

²⁷⁵ BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015, p. 150.

²⁷⁶ SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. **Ethik und Sozialwissenschaften**. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001. A crítica de Scheerer à “razão punitiva” (*strafenden Vernunft*) se dá a partir de quatro teses fundamentais: 1) A pena não é uma herança cultural da humanidade (*Strafe ist kein kultur erbe der Menschheit*); 2) Como instrumento de controle a pena não é indispensável (*Als Steuerungsinstrument ist die Strafe nicht erforderlich*); 3) A pena balizou o espaço da liberdade (*Die Strafe markierteden Raum der Freiheit*); 4) Algo melhor do que a pena não é uma utopia (*Besseres als die Strafe ist keine Utopie*). (Tradução nossa)

²⁷⁷ BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015, p. 151.

²⁷⁸ GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 247.

²⁷⁹ GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 55.

sistema judicial, mas a própria sociedade. O acirramento da repressão e o agigantamento da justiça penal podem fomentar o processo de indiferenciação violenta que está na gênese da crise sacrificial, contribuindo para a propagação da violência que deveria ser contida pela justiça criminal. Com isso, deterioram-se os fundamentos do controle social formal que, na visão de Hassemer, visa a limitar as faculdades de ingerência penal²⁸⁰.

Os desníveis decorrentes dos excessos punitivos que permeiam o processo penal da modernidade podem desencadear essa crise e acarretar a multiplicação dos conflitos em detrimento da eliminação da violência. A questão que se coloca neste momento é a possibilidade de se evitar a deflagração desse desequilíbrio e a função do processo na transformação do sacrifício em catástrofe.

Cada vez menos tolerante e supostamente mais democrática, a sociedade contemporânea convive com o paradoxo de transferir para a justiça penal as suas necessidades de sentido não satisfeitas. Se o direito penal sempre se oferece como o sentido disponível quando os outros modos de regulação são postos em causa, “o sacrificial é o sentido sempre reactivável da justiça”²⁸¹. O “excesso de justiça”²⁸² e a lógica sacrificial que configura o sistema penal não resultam na erradicação da violência, mas acentuam novas formas de violência em uma democracia inquieta e desencantada. No final das contas, o crescimento da penalização leva ao desaparecimento dos lugares consignados aos sujeitos envolvidos nos conflitos e a violência acirra o sentimento de que todos são vítimas do sistema.

Ao nos voltarmos reiteradamente para a justiça penal declaramos o nosso desespero por obter os referenciais que desapareceram. No afã de que a justiça desempenhe um papel moral que ela jamais será capaz de exercer, a sociedade se curva à atuação jurídico-penal, reduz os mecanismos de controle

²⁸⁰ HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el derecho penal**. México, D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 34.

²⁸¹ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 111.

²⁸² Idem, p. 146.

do poder estatal e fomenta a penalização antagônica ao projeto de universalização do modelo garantista.

3.3 EXPIAÇÃO OU CULPABILIZAÇÃO? O RITUAL PENAL E A IMPOSIÇÃO DO CASTIGO COMO MECANISMOS DE MANUTENÇÃO DA EXPERIÊNCIA DO DELITO NA MEMÓRIA

“No começo era o crime”²⁸³. Tal adágio pressupõe a anterioridade do crime, à qual corresponde a memória punitiva. Se punir é recordar, no imaginário moderno o processo penal e a pena proporcionam a “revitalização do crime”²⁸⁴ e, portanto, a memorização de um mal que não deve ser esquecido.

Para Thiago Fabres de Carvalho, essa construção indica uma clara relação entre vingar e recordar, fontes remotas do imaginário punitivo²⁸⁵. Por isso, é essencial restabelecer o sentido perdido da vingança, não com a finalidade de transformá-la em algo como um direito subjetivo da vítima, mas com o propósito de conferir-lhe alguma substância ética, afinal, “não há [...] nenhum princípio de justiça realmente diferente do princípio de vingança”²⁸⁶.

De acordo com o discurso jurídico moderno, a vingança representa a antítese da pena. Manifestação da barbárie vinculada ao homem selvagem, ela contraria a imagem do homem moderno civilizado, segundo Nietzsche, “o último homem”²⁸⁷, indivíduo atormentado pelo desejo de controlar o futuro e

²⁸³ OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 120-1.

²⁸⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 161.

²⁸⁵ CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, n. 8, p. 311-337, 2010, p. 316.

²⁸⁶ GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 28.

²⁸⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 21.

que, para Maffesoli²⁸⁸, orienta a sua existência pela persecução da felicidade individual e pelo domínio da vida.

O processo seria também uma expressão dessa vontade de controlar as diferentes dimensões temporais, uma vez que pretende enlaçar simultaneamente o passado e o futuro. Ao recordar o evento a que se denominou delito, o processo ancora-se no passado e procura revestir-se de credibilidade ao prometer, por meio da pena a ser concretizada ao final do procedimento, uma resposta capaz de reparar os danos do passado e impedir o ciclo infinito da violência, tornando, com isso, o futuro menos imprevisível²⁸⁹.

Por meio de seus rituais degradantes, autênticos recursos mnemotécnicos, o processo penal atualiza a dor do crime, embora seja incapaz de oferecer à vítima uma efetiva compensação pelo dano sofrido. Com o confisco do conflito e a imposição de castigos institucionalizados, o processo “preserva os vínculos obrigacionais fundados no conceito moral de culpa e permite que o detentor do direito ou, no caso do sistema penal, do poder-dever de punir, experimente a sensação exaltada de superioridade em relação ao infrator”²⁹⁰.

“Como fazer no bicho homem uma memória? Como gravar algo indelével nessa inteligência voltada para o instante, meio obtusa, meio leviana, nessa encarnação do esquecimento?”²⁹¹. Os problemas expostos por Nietzsche não foram resolvidos por meio de respostas brandas, mas mediante a imposição do sofrimento: “grava-se algo a fogo, para que fique na memória: apenas o que não cessa de causar dor fica na memória”. A punição é uma forma de “recordar

²⁸⁸ MAFFESOLI, Michel. **O eterno instante**: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. Lisboa: Piaget, s/d, p. 58-9.

²⁸⁹ BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. Memória, perdão e esquecimento: reconstruindo os horizontes da justiça penal contemporânea a partir das representações simbólicas dos sistemas vindicativos. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 57, p. 125-144. São Paulo: Síntese/ITEC, abr.-jun. 2015.

²⁹⁰ BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. Memória, perdão e esquecimento: reconstruindo os horizontes da justiça penal contemporânea a partir das representações simbólicas dos sistemas vindicativos. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 57, p. 125-144. São Paulo: Síntese/ITEC, abr.-jun. 2015.

²⁹¹ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**: uma polêmica. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 46.

a lei”²⁹², por isso Nietzsche aponta as próprias leis penais como exemplos do esforço humano para superar o esquecimento e criar a memória.

As técnicas de memorização verificadas no processo penal e na pena desconsideram os sujeitos envolvidos no conflito e estabelecem um desequilíbrio entre eles, inviabilizando uma autêntica reparação, uma vez que esta pressupõe o equilíbrio, isto é, a ofensa somente poderá ser compensada entre iguais²⁹³.

A crença no potencial resolutivo do processo penal que surge durante o Medievo e preserva a sua lógica inquisitória, apesar do discurso iluminista, esconde aquilo que consideramos o eixo central da estrutura do processo, ou seja, a centralização do procedimento na busca pela verdade em suas múltiplas e variadas dimensões. Conforme aponta Salo de Carvalho, essa ilusão ou o “sonho narcísico” dos sujeitos processuais de extrair, mediante provas, os dados que permitam reconstruir o fato pretérito em precisa correspondência com aquela realidade distante, fomenta a concretização do procedimento ritualizado de imposição do castigo como mecanismo de manutenção na memória da experiência do delito²⁹⁴, alijando as partes e legitimando práticas punitivas arbitrárias.

A aspiração incessante pela verdade, que marca não apenas o processo penal, mas, de um modo geral, as ciências, permeia o pensamento moderno e revela a soberba de juristas que desconsideram os danos decorrentes do sistema penal e os limites inerentes às técnicas punitivas, bem como a incapacidade de diálogo entre as partes envolvidas no conflito²⁹⁵.

²⁹² GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia**: e a justiça será. Instituto Piaget, 2001, p. 15.

²⁹³ OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 125.

²⁹⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177.

²⁹⁵ BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. Memória, perdão e esquecimento: reconstruindo os horizontes da justiça penal contemporânea a partir das representações simbólicas dos sistemas vindicativos. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 57, p. 125-144. São Paulo: Síntese/ITEC, abr.-jun. 2015.

Os problemas concernentes à fixação do crime no criminoso e à implementação de técnicas capazes de eternizar o conflito por intermédio do processo não requerem abdicar da memória histórica ou coletiva ou mesmo rejeitar o passado, a tradição, mas, nas palavras de Rauter, demandam a imperiosa necessidade de “fazer um outro uso do passado”²⁹⁶, reconhecendo-se os limites de todo e qualquer método.

Admitir as limitações do próprio conhecimento é assumir a *falta* diante do discurso da plenitude que define o universo filosófico e jurídico, especialmente no campo penal. Rejeitar o pensamento com fundamento definitivo e absoluto significa necessariamente lidar com o mal-estar proveniente das “feridas narcísicas”²⁹⁷ que atingiram o homem moderno. Foi justamente isso que perceberam Marx, Nietzsche e Freud, os “mestres da suspeita”: “esses pensadores falam de nossos limites, mas com isso estão falando dos limites da modernidade. Eles falam da finitude”²⁹⁸. A finitude do conhecimento e da condição humana aflora como resultado daquilo que se compreende como a crise da modernidade, a crise da razão.

O discurso criminológico evidencia que as críticas ao projeto moderno também produziram resultados no âmbito do controle do crime. No entanto, apesar dos efeitos significativos no processo de deslegitimação da intervenção penal subjacentes à “ferida narcísica do direito penal”²⁹⁹, constatamos nos primeiros capítulos desta pesquisa que a racionalidade penal continua a gozar de enorme prestígio. Com a nova dinâmica social e a configuração de uma sociedade do risco fundada sob a égide da insegurança, a expansão do direito penal e a crise do sistema de garantias individuais revelam a “potencialização do narcisismo penal”³⁰⁰.

²⁹⁶ RAUTER, Cristina. Clínica do esquecimento: estudo de um ‘caso’. In: RAUTER, Cristina et. al. (Org.). **Clínica e política**: subjetividade e violação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Tec Corá/Instituto Franco Basaglia, 2002, p. 236.

²⁹⁷ FREUD, Sigmund. **Civilization and its discontents**. New York: W. W. Norton & Company, 2010.

²⁹⁸ STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. Ijuí: Editoria Unijuí, 2001, p. 58.

²⁹⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 79.

³⁰⁰ Idem, p. 90.

Desde a perspectiva punitiva, a proliferação dos modelos expansivistas promove a relegitimação da intervenção penal e, conseqüentemente, a sofisticação dos rituais punitivos. Como instrumento moderno de canalização da violência, ao processo penal atribui-se o papel de regular os conflitos e evitar a propagação desenfreada da vingança. Os sacerdotes foram substituídos pelos juizes e a justiça assumiu as fórmulas dos rituais de sacrifício. No mito, na religião primitiva ou mesmo no judiciário, os rituais cumprem o papel de purificar aqueles que foram contaminados com a violência impura ou maléfica, como ocorre, por exemplo, com o anátema e o criminoso.

Mas, admitida a mencionada estrutura religiosa do processo penal, pergunta-se: seria ele realmente um mecanismo de expiação da culpa ou tão somente um procedimento de eternizações dos vínculos obrigacionais?

Em um fragmento de 1921 intitulado *O capitalismo como religião*, Walter Benjamin declara que a humanidade está sendo conduzida à “casa do desespero” pela religião capitalista. A principal referência teórica do texto não é Marx, mas Weber. Em um texto denso e paradoxal, aparentemente inspirado no socialismo romântico de Gustav Landauer, Benjamin refuta a tese weberiana de que a ética protestante teria atuado como a força propulsora do capitalismo incipiente e sustenta que este é “um fenômeno essencialmente religioso”³⁰¹.

Quanto à expressão aparentemente anacrônica usada por Benjamin para relacionar categorias da filosofia política com ordens teológicas, uma observação se faz necessária. Apesar de Schmitt não fazer referência ao texto de Walter Benjamin e a despeito de suas diferenças com Weber, eles parecem convergir neste ponto. A perspectiva schmittiana sobre o Estado moderno assemelha-se consideravelmente às ideias de Max Weber sobre a economia moderna, expostas quase duas décadas antes e fonte de inspiração para a

³⁰¹ BENJAMIN, Walter. **O capitalismo como religião**. [Organização Michael Löwy]. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 21-22.

crítica de Benjamin. Em suma, da mesma forma que Schmitt ancorou o político no teológico, Weber e Benjamin procederam em relação à economia³⁰².

Na obra benjaminiana o capitalismo ganha a dimensão de um culto não expiatório, mas culpabilizador. Trata-se, no final das contas, de um sistema religioso que universaliza a culpa – assim como fez Nietzsche, Benjamin recorre à ambiguidade da palavra alemã *Schuld*, empregada tanto para referir-se à culpa quanto à dívida – em detrimento de expiá-la. A culpabilização total do indivíduo é uma condição sem saída, para a qual não há salvação.

Em termos nietzschianos, Salo de Carvalho assinala que a pena é um “fenômeno de revitalização do crime” e o processo penal, por meio de seus procedimentos de matriz inquisitória, caracteriza-se como um instrumento de presentificação do delito e de manutenção dos vínculos obrigacionais através da culpa moral e do sentimento de dever³⁰³.

Quando se opera com o poder punitivo, é notória a capacidade de mutação do discurso e das práticas. A concepção de que a justiça moderna consiste em um mecanismo substitutivo do sacrifício, apto a dissipar a violência mediante o ritual penal, parece ilusória se partimos da concepção nietzschiana de que a justiça penal representa, na realidade, um procedimento mnemotécnico altamente eficaz. A aproximação com o pensamento de Nietzsche é sugestiva neste aspecto, uma vez que para o filósofo alemão “não poderia haver nenhuma legitimação da pena”. É importante ter a consciência de que o discurso legitimador do poder punitivo jamais pôde sentir-se mais órfão de proteção do que no pensamento nietzschiano³⁰⁴. A ideia moderna de melhorar

³⁰² Sobre a relação do sagrado em Schmitt e Weber, conferir: RASCH, William. *Messias oder Katechon? Carl Schmitts Stellung zur politischen Theologie*. In: BROKOFF, Jürgen; FOHRMANN, Jürgen (HG.). **Politische Theologie: Formen und Funktionen im 20. Jahrhundert**. Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 2003.

³⁰³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 161.

³⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 560. Para um estudo profícuo sobre o diálogo entre Nietzsche e o direito penal, conferir: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; MERLE, Jean-Christophe. **German idealism and the concept of punishment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

a humanidade por meio da sanção penal produziu a moralização dos castigos e efeitos terríveis na esfera penal. O desvelamento dessa ilusão foi realizado pelas inúmeras vertentes da crítica criminológica, mas também por Nietzsche. Segundo Merle, ele “oferece um relato plausível da gênese da pena, em que o motivo da instituição de tais punições não decorre do respeito pela dignidade humana, mas antes de uma crueldade humana universal em relação ao criminoso”³⁰⁵.

Contudo, não acreditamos existir qualquer contradição entre essas concepções do sistema penal. Mais do que antagônicas, elas são complementares. Isso ocorre exatamente em virtude das fantasias do discurso moderno concernente às funções do processo e do sistema penal. A crença da teoria tradicional nas virtudes dos poderes constituídos pelo Estado moderno e na suficiência da normatização dos direitos e garantias fundamentais como mecanismos de contenção do poder punitivo oculta a incapacidade do processo penal de adaptar-se às novas condições e canalizar a “violência impura”³⁰⁶.

Os excessos das agências punitivas, invariavelmente confundidos com benefícios ou pressupostos do controle do crime, não representam a exceção, mas a regra no que se refere às práticas punitivas. As “táticas punitivas”³⁰⁷ não eliminam a violência, senão, conforme destacamos, multiplicam os conflitos e transformam o sacrifício em catástrofe. O desnível oriundo do “excesso” redundando na crise sacrificial que em vez de absorver a violência, a espalha sobre aqueles que deveriam ser protegidos. A violência que deveria “purificar” se transforma em um detonador da violência. Como resultado, aumenta-se a torrente de violência e não há expiação ou compensação possível, senão a desintegração do ritual e a mera manutenção da dor como forma de vencer o esquecimento. A princípio inventada para expiar a culpa e conter a vingança, a justiça provoca o progresso da violência e a culpabilização.

³⁰⁵ MERLE, Jean-Christophe. **German idealism and the concept of punishment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 188.

³⁰⁶ GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 57.

³⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 07.

Se a “laicização do mundo e a secularização do direito, iniciadas desde a modernidade, não enfraqueceram verdadeiramente este laço estrutural da memória com o sagrado fundador”³⁰⁸, talvez seja necessário, conforme fizemos em trabalho anterior³⁰⁹ e tem sido proposto desde o início desta pesquisa, recusar a epistemologia que norteia o processo penal contemporâneo e pensar em alternativas centralizadas no indivíduo, capazes de reduzir os danos provocados no campo penal pela violência de um modelo pautado na manutenção da dor e do sofrimento.

Antes, porém, de refletir sobre as possíveis alternativas aos instrumentos punitivos, é necessário analisar as consequências concernentes à universalização da crença punitiva e à concepção linear do tempo e do progresso que parece tornar irremediável a conexão entre crime e castigo. Por mais arbitrário e irracional que seja o enorme potencial simbólico do poder punitivo, foi na ideia de linearidade do tempo – rejeitada por Nietzsche, mas tão comum ao pensamento iluminista – que a punição e o Estado detentor do monopólio legítimo da violência, sob a justificativa de eliminar a vingança, encontraram o seu substrato³¹⁰.

³⁰⁸ OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 59.

³⁰⁹ BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. Memória, perdão e esquecimento: reconstruindo os horizontes da justiça penal contemporânea a partir das representações simbólicas dos sistemas vindicativos. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 57, p. 125-144. São Paulo: Síntese/ITEC, abr.-jun. 2015.

³¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 566.

4 A NATURALIZAÇÃO DO BINÔMIO CRIME-CASTIGO E A “JAULA DE AÇO”: O SISTEMA PENAL E A GRANDE NARRATIVA DA CIVILIZAÇÃO CAPITALISTA MODERNA

4.1 “ORDEM E PROGRESSO”: OS VENCEDORES DA HISTÓRIA E A BANDEIRA BURGUESA DA CIVILIZAÇÃO

Conforme exposto anteriormente, a existência do processo penal está condicionada pela pena e pelo delito, uma vez que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”³¹¹. A ideia de que o direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal é o que os processualistas denominam “princípio da necessidade do processo penal”³¹², expressão moderna do monopólio estatal da jurisdição penal e da instrumentalidade do processo penal, cuja legitimidade, no âmbito do Estado democrático de direito, repousa na limitação do poder punitivo e na tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse mesmo sentido, aponta Aury Lopes Jr. que “o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é a sua instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas”³¹³. Como se pode perceber, um dos pressupostos da legitimidade e da democraticidade do processo penal encontra-se na sua capacidade de impor limites ao poder de punir do Estado, papel a ser desempenhado pelas garantias constitucionais, inerentes à forma processual, admitida a premissa de que “no processo penal, forma é garantia”³¹⁴.

³¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 14.

³¹² GÓMEZ ORBANEJA, Emílio. **Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 com la legislación orgánica y procesal complementaria**. Vol. 1. Barcelona: Bosch, 1951, p. 27.

³¹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57.

³¹⁴ Idem, p. 950.

A tensão decorrente da necessária e simultânea coexistência entre o exercício do poder de punir e a eficácia do sistema de garantias constitucionais surge como uma marca inafastável da própria existência do processo penal, daí alguns autores pensarem o processo a partir de uma lógica de redução de danos. Independentemente da perspectiva empreendida pelos teóricos ou de como se compreenda a natureza do processo – seja relação jurídica (Bülow), situação jurídica (Goldschmidt) ou procedimento em contraditório (Fazzalari) – no final das contas, importa observar que a doutrina tem sido incapaz de pensar a administração de conflitos para além do processo penal. Em meio às infindáveis discussões sobre a fenomenologia processual, oculta-se o aspecto ideológico atinente ao monopólio da violência legítima pelo Estado e naturaliza-se o delito, o processo e a pena, que nada mais são do que meras invenções, conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho.

Diante desse cenário de redução da complexidade operada pelo sistema penal ao lidar com as situações problemáticas denominadas crimes ou delitos, no qual o processo penal é apresentado como resultado do processo civilizador e caminho necessário para a pena, tudo indica inexistirem alternativas satisfatórias ao atual modelo de gestão de conflitos criminalizados.

Não obstante todas as críticas deslegitimadoras da justiça criminal, paradoxalmente, o sistema penal nunca gozou de tanto prestígio quanto atualmente. A expansão punitiva justifica-se, principalmente, em virtude de uma crença sólida nas funções atribuídas à pena e de uma perspectiva que, mais do que a sua “normalidade”, suscita a sua “naturalidade”, nas palavras de Scheerer, “os mais poderosos pilares de sustentação dessa instituição social”³¹⁵. Tal crítica também é realizada por Hulsman, ao indicar que “o delito como realidade ontológica”³¹⁶ seria a pedra fundamental da justiça criminal, o que praticamente inviabiliza a ampliação do leque de possíveis respostas para esses eventos.

³¹⁵ SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. **Ethik und Sozialwissenschaften**. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001, p. 69.

³¹⁶ HULSMAN, Louk. Critical Criminology and the concept of crime. In: **Contemporary Crises**, v. 10, n. 01. Amsterdam: Elsevier, 1986.

A suposição de que o direito penal, o processo e a pena formam um complexo atemporal e universal, podem seduzir os incautos e levá-los a acreditar na eternidade do controle social formal em seu contorno punitivo. Mas, diante disso, pergunta-se: o direito penal é eterno?³¹⁷ Numa clara alusão à metáfora weberiana para se referir ao capitalismo, estaríamos aprisionados ao sistema penal, uma espécie de “jaula de aço”³¹⁸ da qual não se pode escapar, um destino trágico para o qual inexistem alternativas?

As teorias que comungam pela impossibilidade de pensar a resolução de conflitos para além da justiça criminal estão alicerçadas na ilusão do bom poder punitivo e na concepção moderna de que o principal objetivo do sistema penal está na “busca da felicidade através da negação da barbárie e da afirmação da civilização”³¹⁹. Premissas que delineiam o discurso das ciências criminais e configuram uma narrativa quase universal, diluída e simplificada para o senso comum popular e utilizada como fundamento filosófico das concepções teóricas dos penalistas e dos atores processuais.

A justificação político filosófica do Estado moderno a partir do contrato social favoreceu a busca por instrumentos capazes de concretizar o ideal civilizatório e eliminar os resquícios do selvagem. O controle social burocratizado do Estado moderno forneceu ao sistema de justiça criminal a tecnologia necessária para estimular o progresso de modo eficiente. Com o tempo, a racionalidade penal desenvolveu mecanismos supostamente capazes de extirpar o crime e a violência que obstaculizavam a civilização. Como se pode notar, ao construir a “realidade” do fenômeno criminal a partir de relatos que se pretendem científicos, a ciência jurídico-penal projetou diversas expectativas que empiricamente carecem de qualquer possibilidade de realização.

³¹⁷ Questão levantada e aprofundada por Sebastian Scheerer em dois excelentes trabalhos: SCHEERER, Sebastian. A função social do direito penal. Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 59, p. 09-23. São Paulo: Síntese/ITEC, out.-dez., 2015. SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal? Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCrim/RT, vol. 117, p. 363-372, jan./mar., 2015.

³¹⁸ WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 165.

³¹⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 02.

Sob a justificativa de afirmar os ideais civilizados da modernidade, o projeto civilizatório ocidental e as ciências criminais produziram o que Benjamin chamou de “uma nova barbárie”. A expressão foi utilizada no ensaio *Experiência e pobreza* para referir-se não apenas à pobreza de experiência proveniente das mudanças provocadas pela primeira guerra mundial, mas numa alusão ao cenário de “barbárie negativa” proveniente da continuidade da cultura burguesa, situação que na visão do ensaísta só poderia ser transformada por meio da afirmação de uma “barbárie positiva”. Benjamin acreditava numa reação bárbara contra a decadência da arte de narrar, vinculada em sua interpretação à ascensão da burguesia. Ao afirmar que os soldados haviam retornado dos campos de batalha em silêncio e que aquela geração estava mais pobre em experiências comunicáveis³²⁰, o autor fez um alerta sobre o imperativo de uma ação que fosse capaz de romper com aquela cultura, responsável pela miséria material e cultural da sociedade, por conduzi-los a uma guerra de proporções até então inimagináveis. Aquela geração estava mais pobre, mas a sua pobreza não deveria ser um óbice à ação transformadora.

A expectativa de erradicação da barbárie e constituição da civilização pelo poder punitivo não passa de mais um dos inúmeros relatos que concorrem entre si pelo estabelecimento da realidade. A configuração do mundo real também é um processo que se inscreve como autêntico exercício de poder, afinal, “ter poder consiste exatamente na capacidade de impor determinadas visões em detrimento de outras”³²¹.

O veredito filosófico e credo político “ordem e progresso”, conhecida fórmula da filosofia política de Auguste Comte, não se restringiu à inscrição estampada na bandeira brasileira, mas também moldou o universo jurídico-penal. Esse reconhecimento expresso e profissão pública da fé do Estado no cientificismo moderno, “cujas verdades indicam um caminho seguro para o aperfeiçoamento

³²⁰ BENJAMIN, Walter. *Experiência e pobreza*. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. Obras escolhidas, vol. 01. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987P. 114-115.

³²¹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 144.

civilizatório da sociedade”, resultou na reprodução de violências. Na tentativa de representar “as condições necessárias para uma harmonia política e moral da sociedade”³²², a ordem e o progresso acabaram expressando o “espírito do positivismo” como parte integrante da filosofia política oficial do Estado brasileiro e também se inseriram no campo das ciências criminais. O saber criminológico derivado do positivismo etiológico não apenas foi recepcionado pelo direito e pelo processo penal brasileiro, mas persiste tanto no plano teórico quanto na atividade dos sujeitos processuais, fornecendo elementos de sustentação e legitimação do exercício do poder punitivo.

Sob a influência da criminologia positivista que sucedeu a escola clássica – ambas “matrizes fundacionais da dogmática penal moderna”³²³ – verificamos a superação do crime como ente jurídico e a imposição da fórmula do delito como fato natural e social, expressão da personalidade perigosa do delinquente. Ao livre arbítrio, à autonomia individual, o positivismo opôs o determinismo, identificando o criminoso nato como selvagem. Em vez do crime, o criminoso assumiu o protagonismo nas investigações de criminólogos como Ferri, Lombroso e Garofalo, cujas teorias, inspiradas na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, diferenciavam os “criminosos” dos indivíduos “normais”. Nessas condições, a pena foi transformada em meio de defesa social, uma vez que o homem está fatalmente destinado a cometer crimes e a sociedade igualmente determinada, por meio do Estado, a reagir em defesa de sua própria conservação.

Se é no movimento reformista e na obra de Beccaria que encontramos as bases do direito e do processo penal modernos, foi com a ascensão do positivismo criminológico que eles receberam uma justificação social. A partir daí verifica-se o declínio do discurso de garantia do indivíduo frente ao poder punitivo estatal em detrimento da consolidação do discurso da intervenção

³²² PAUL, Wolf. Ordem e progresso: origem e significado dos símbolos da bandeira nacional brasileira. São Paulo: **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67468/70078>>. Acesso em 08 mai. 2017, p. 258-9.

³²³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 39 e ss.

penal em nome da sociedade. Na realidade, aparentemente excludentes, esses discursos passaram a conviver e a delinear a teoria e a prática do controle penal na Europa e foram disseminados posteriormente pelos países periféricos, constituindo aquilo se pode considerar a realidade do sistema penal, o imaginário punitivo da modernidade.

Nesse percurso, o monopólio estatal do poder de exercício do controle penal, limitado pelo princípio da estrita legalidade, transformou o judiciário no único órgão juridicamente legitimado a restaurar o elo social mediante a persecução penal e a aplicação incondicional das penas. Como técnica de controle social que centraliza e impõe limites à violência do Estado, o processo penal se tornou o único meio capaz de lidar com as tensões entre emancipação e regulação que, para Fabres de Carvalho, estão na gênese do moderno sistema de justiça penal³²⁴.

Por isso, atualmente no plano processual é recorrente a tentativa de autores aos quais se atribui o título de “garantistas” no sentido de retomar as reivindicações do projeto liberal enraizado na filosofia iluminista, em prol de uma justiça penal humanitária, contratualmente modelada e civilizada. Não surpreende, pois, que os representantes do garantismo penal elaborado por Ferrajoli tenham desenvolvido suas ideias inspirados basicamente pelos pressupostos da filosofia liberal clássica europeia do século XVIII e do início do século XIX. Aparentemente, o sistema de justiça criminal brasileiro ainda não foi iluminado pelo projeto emancipatório esclarecido e os princípios que inspiravam a política criminal liberal (como, por exemplo, humanidade e legalidade) continuam obscurecidos pela concepção patológica do crime oriunda da escola positiva.

Desde esse ponto de vista, o Estado é visto como um mal necessário e a liberdade como a possibilidade de expansão dos interesses particulares e violação ao bem comum. Ancorada em uma racionalidade específica, o processo penal se consolidou a partir da naturalização do delito e da

³²⁴ CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**: controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014, p. 95.

intervenção penal, justificado em termos liberais como instrumento destinado a promover a contenção do poder punitivo e situado no interior do discurso positivista como mecanismo de defesa social. A aparente dissolução do antagonismo entre as Escolas Clássica e Positiva pode ser constatada na legislação penal brasileira da década de 40, período no qual foram criados o código penal e o código de processo penal. O que muitos consideram como o resultado do progresso e a arma para a preservação dos direitos e garantias fundamentais, não é mais do que uma das marcas que expressam a crise entre regulação e emancipação.

Articulada normativa e burocraticamente com o fim de promover a segurança, a certeza e a previsibilidade das decisões, a justiça penal não conseguiu cumprir o projeto ambicioso da modernidade, mas cristalizou-se como a manifestação de uma dada noção de progresso que, desde a perspectiva da crítica frankfurtiana, é constituída pela violência.

Em suas teses sobre o conceito de história, Walter Benjamin faz uma importante crítica à noção de progresso e afirma que “nunca existiu um documento da cultura que não fosse ao mesmo tempo um [documento] da barbárie”. Na visão de Benjamin, a cultura se transformou em um documento que deve ser lido como testemunho da barbárie, de modo que a teoria benjaminiana da história e da cultura revela o passado e suas ruínas, sobre as quais construímos o presente. Nessa tese, Benjamin situa a barbárie no interior da civilização e, opondo-se à dicotomia que associa a barbárie ao outro, a apresenta como pressuposto da própria civilização e, ao mesmo tempo, como produto da cultura. Como resultado do processo civilizador, a história expõe a procissão nefasta dos vencedores pisoteando os corpos dos vencidos que, sob os umbrais da civilização e, em nome da ordem e do progresso, descobrem que o “estado de exceção” no qual vivemos é a regra geral³²⁵.

³²⁵ BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt amMain: Suhrkamp, 1991, p. 696-8.

Não obstante a distinção entre os pressupostos do paradigma positivista em relação à escola liberal clássica e a presumida superioridade desta última do ponto de vista da tutela dos direitos individuais, foi justamente a partir da fundamentação filosófica da ciência penal, racionalista e jusnaturalista, que se teorizou e colocou em prática a concepção do criminoso como inimigo social e uma nova tática punitiva: a reclusão.

Apesar de correlatos, esses processos são heterogêneos, ou seja, entre eles inexistem qualquer consequência lógica ou histórica. O que se tem é o seguinte: “por um lado, no fim do século XVIII assiste-se à total reorganização do sistema das penas em torno do encarceramento e, por outro, essa reorganização é contemporânea da emergência do criminoso como inimigo social”³²⁶.

Ferida pelo delito – um comportamento proveniente da livre vontade do indivíduo e não de causas patológicas como irá propor a Escola Positiva – a sociedade necessitava de uma “contramotivação em face do crime”³²⁷, um mecanismo dissuasivo eficiente que pudesse ser imposto ao inimigo social, ao delinquente que se voltava contra o pacto social, situado na base do Estado e do direito. Assim, o direito penal, e o processo penal, necessário para materializar a pena, foram utilizados não com o intuito de intervir sobre o indivíduo, mas como instrumentos legais de defesa da sociedade contra o crime.

Para Beccaria, alguns crimes se destinavam a destruir a sociedade e a verdadeira medida do delito deveria ser o dano à sociedade, não ao indivíduo lesado. Como ações contrárias ao bem geral e que comprometiam as ideias sociais de justiça e de dever, tais condutas deveriam sofrer sanções mais severas, sobretudo se praticadas pelos mais poderosos. Mais do que a violação a um bem jurídico merecedor da tutela penal, os crimes transgridem o

³²⁶ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 60.

³²⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 31.

que o filósofo italiano considerava um “dogma sagrado”, isto é, as leis, sem as quais não haveria sociedade legítima³²⁸.

Ao quebrar o pacto social e se voltar contra a existência da sociedade, o indivíduo criminoso acaba por desafiar a lei, a ordem jurídica, introduzindo a anarquia. Podemos dizer, com Benjamin, que essa situação é justamente aquilo que o Estado quer evitar, ou seja, o crime desnuda a violência da própria ordem jurídica e a sua naturalização pelo poder punitivo.

Na esteira do pensamento benjaminiano, acreditamos que o monopólio da violência enquanto autoridade não tende a proteger fins justos e legais específicos, mas a conservar o próprio direito. Por isso, o direito tende a interditar a violência individual e a condená-la na medida em que ela ameaça a ordem jurídica e não uma lei concreta apenas. É nesse sentido que Benjamin fala sobre as duas violências do direito: a “fundadora”, mítica, que institui a ordem jurídica e a “conservadora”, que assegura a permanência e a aplicabilidade do direito³²⁹. A violência é o fundamento originário do direito e também o meio que ele utiliza para se preservar.

A implementação da violência por intermédio da racionalidade penal contribui para apresentar o direito (penal) como produto natural. Isso revela a estrutura violenta do direito e sinaliza as razões pelas quais o Estado considera fora-da-lei tudo quanto não o reconhece³³⁰.

Com o racionalismo da Escola Clássica estavam lançadas as bases teóricas da moderna ciência penal, formuladas como uma instância crítica em face da prática penal do *ancien regime*, expressão de civilidade e racionalidade. Além de constituírem neste sistema os elementos fundamentais da teoria do delito e

³²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999, p. 41-44.

³²⁹ BENJAMIN, Walter. Para a crítica da violência. In: **Escritos sobre mito e linguagem**. Trad. Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34/Duas Cidades, 2013, p.121-156.

³³⁰ Nesse sentido, ver: DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o “fundamento metafísico da autoridade”**. Tradução de Fernanda Bernardo. Porto: Campo das Letras, 2003.

da pena³³¹, o dano e a defesa social atuaram como a gênese do princípio penal do criminoso como inimigo social. Nessas condições, se por um lado não é possível falar em um modelo universal das penas, por outro, a punição deve possuir como objetivo desarmar o inimigo e isso só pode assumir duas formas: deixá-lo sem condições de prejudicar ou reintroduzi-lo no pacto social.

4.2 DO UNIVERSALISMO ILUMINISTA À IDENTIFICAÇÃO COM O BEM COMUM: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO ARTIFÍCIO RETÓRICO PARA A LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA

Semelhantemente ao processo de naturalização do binômio crime-castigo, com a formação do Estado nação assistimos a invenção da inevitabilidade da tradição do Estado como elemento da organização social. A concepção do Estado como elemento central da vida humana assenta-se, principalmente, nas premissas antropológicas contratualistas³³², marcadas por uma imagem negativa do homem, que resultaram na conhecida formulação hobbesiana de que “o homem é o lobo do homem”³³³ e que da natureza humana deveria resultar uma guerra ininterrupta de todos contra todos.

A definição da vida social a partir de uma relação de “luta por autoconservação” norteia os escritos políticos de Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes, tornando-se, na obra deste último, “a base de uma teoria do contrato que fundamenta a soberania do Estado”³³⁴. Certamente há diferenças marcantes entre contratualistas como Hobbes e Locke. Enquanto o primeiro justificava o contrato social e, portanto, a existência do Estado, em virtude de uma visão

³³¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 34.

³³² Não se deve desconsiderar a diversidade de pensadores e versões vinculadas ao contratualismo. As análises desses autores produziram políticas distintas, a partir de concepções antropológicas diferentes, como se pode verificar em Hobbes, Locke e Rousseau.

³³³ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2000.

³³⁴ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 31.

pessimista do ser humano e da necessidade de eliminação da guerra permanente, para o segundo o contrato assumia outra forma e resultava da necessidade de garantir plenamente os direitos que, no estado de natureza, restariam fragilizados.

Para Hobbes, tendo em vista a previsibilidade de um conflito violento generalizado decorrente do uso descontrolado da liberdade, tornou-se necessário incrementar mecanismos que impedissem tal situação. Deste modo, o Estado e o direito foram criados como respostas ao dilema oriundo da doutrina do estado de natureza, desempenhando o direito penal um papel relevante na limitação e no controle de uma ameaçadora liberdade humana desenfreada³³⁵.

Com a invenção do contrato social, núcleo do ideário filosófico iluminista³³⁶, os indivíduos renunciaram à violência e a transferiram para um terceiro supostamente neutro que, diante do confisco do conflito, tornou-se responsável por pacificá-la por meio do monopólio da violência legítima.

Embora seja objeto de interpretações diversas, outro relato poderoso e que contribuiu definitivamente para a eternização do Estado no ocidente foi desenvolvido por Hegel, para quem o ente estatal não resulta de um contrato, mas consubstancia-se em um plano superior ao da moralidade e da individualidade, consistindo em uma unidade substancial na qual a liberdade encontra o seu valor supremo. No movimento da dialética idealista hegeliana, o Estado racional, instância apta a mediar os conflitos intersubjetivos e os interesses individuais, é o único a subtrair do castigo o seu componente de vingança.

³³⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156.

³³⁶ As críticas ora apresentadas em relação ao iluminismo e ao liberalismo penal não nos impedem de reconhecê-los como um marco humanista na história, tampouco obscurecem a riqueza de ideias que afloraram desse período.

A concepção hegeliana de Estado se contrapõe à tradição jusnaturalista típica dos filósofos contratualistas e nega a anterioridade dos indivíduos, uma vez que é o próprio Estado que fundamenta a sociedade. O indivíduo não escolhe o Estado, mas é constituído por ele. Na visão de Hegel, o Estado está, portanto, acima do indivíduo e o delito, apartado da ideia de bem jurídico, configura uma lesão à eticidade consubstanciada no Estado³³⁷.

Tanto a filosofia hegeliana quanto as teorias contratualistas exerceram uma influência poderosa no desenvolvimento do pensamento jurídico e político posterior. No campo do controle social, os penalistas do contratualismo ora tentaram legitimar o poder punitivo, ora esboçaram mecanismos de limitação do mesmo. Apesar de Rusche e Kichheimer sugerirem a superioridade das teorias de Kant e Hegel por terem proporcionado um fundamento filosófico que vinculou de maneira sofisticada a concepção do Estado de direito a um sistema penal severo³³⁸, foram pensadores como Beccaria, Carmignani e Carrara que lançaram as bases do direito penal liberal e difundiram a necessidade de legalidade na intervenção punitiva.

Era necessário ordenar o caos. E para isso existem as penas, o direito e o processo penal, o Estado. Assim como Deus estabeleceu ordem ao caos e opôs à irracionalidade da escuridão a sua Palavra, lâmpada para os pés e luz para o caminho dos homens (Salmos 119: 105), também se fizeram necessários “motivos sensíveis” de dissuadir o espírito despótico de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos, disse Beccaria³³⁹. Para tanto, foram criadas as penas, impostas pelo juiz que, como um deus terreno, deve não apenas revelar a verdade, mas trazer a lume a bondade e, claro, a maldade. Refrear as paixões humanas é uma condição para evitar o estado de guerra e gozar da liberdade.

³³⁷ HEGEL, Georg W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 216 e ss.

³³⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 143.

³³⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999, p. 27.

Se Hegel apresentou o Estado como condição da história e universo da liberdade individual, o contratualismo institucionalizou e legitimou o poder punitivo por meio do contrato social. Para Locke³⁴⁰, por exemplo, o homem não apenas tem o poder de preservar a sua propriedade – isto é, sua vida, sua liberdade e seus bens – contra a afronta de outros indivíduos, como também pode julgar e punir violações dessa lei por outros, até mesmo com a morte, se necessário. A difusão das ideias desse movimento extremamente plural naturalizou alguns direitos e produziu a normalização do poder punitivo, cujo exercício se justificaria a partir de uma base ontológica.

A filosofia política contratualista se propôs a fornecer respostas adequadas à crítica do conhecimento da filosofia idealista, sobretudo às formulações teóricas desenvolvidas por Kant e Hegel. As numerosas teorias sobre o contrato social formuladas na Europa promoveram a elaboração de diretrizes importantes para o direito penal da época e continuam a influenciar a dogmática penal contemporânea. A concepção contratual da sociedade civil e o pensamento dos filósofos racionalistas forjaram os alicerces da “humanização” do sistema penal e promoveram, no plano discursivo, a recusa às arbitrariedades do Estado absoluto. Com a ascensão da burguesia e o surgimento do moderno sistema de justiça penal, emerge também um direito penal supostamente humanitário que se apoia sobre a negação estrutural do poder e da dominação.

Na Alemanha, país até hoje considerado uma referência no campo da dogmática jurídico-penal, Feuerbach foi o mais destacado representante desta concepção e influenciou diretamente na elaboração do Código Penal Bávaro, o mais importante do século XIX. Com o surgimento de teorias penais que reformularam a filosofia clássica do direito penal ocorreu a “formalização do controle social jurídico-penal”, o que pressupõe “que todas as sociedades se caracterizam pelo fenômeno do ‘controle social’, isto é, pela existência de normas sociais, pela sanção da conduta desviada e por um processo para aplicar a sanção”. Ao admitir a imprescindibilidade do controle social para os processos de socialização dos indivíduos essas teorias perceberam que ele se

³⁴⁰ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

trata não somente de um elemento estabilizador da sociedade, mas também um instrumento de produção de danos.

Desde a perspectiva de Hassemer, o direito penal se legitima precisamente na medida em que se formaliza o controle social (composto por três elementos: norma, sanção e processo) e consegue proteger os direitos humanos de todos os envolvidos. Além de conferir legitimidade ao controle social, a formalização do direito penal seria uma expressão da civilização, tendo em vista que o controle social surge como “um símbolo do nível cultural de uma sociedade”³⁴¹.

Apesar dos inúmeros méritos da obra de Hassemer, sua visão permanece circunscrita a uma perspectiva demasiadamente otimista em relação aos poderes exercidos pelo Estado e à capacidade de legitimação do direito penal a partir de critérios que, embora funcionais à preservação do poder punitivo, carecem de concretização e, mais do que isso, são antagônicos às reais funções do sistema de justiça criminal apresentadas pela criminologia crítica.

O desejo de separar definitivamente o público do privado, reduzir a intervenção estatal na vida dos indivíduos, evitar o arbítrio e garantir os direitos individuais constituía parte do conjunto de ideias éticas, políticas e econômicas defendidas pela burguesia. Com o objetivo de tutelar a propriedade privada dos meios de produção e a economia de mercado baseada na livre iniciativa, tais ideias subverteram as concepções políticas nos séculos XVII e XVIII. A superação do absolutismo e da visão de mundo da nobreza feudal criou as condições para a abolição das punições corporais e a aceitação do encarceramento como uma pena aplicável a todos os delinquentes. É no mercantilismo, portanto, que se encontram os fundamentos do sistema carcerário³⁴².

Coube então ao iluminismo promover e elaborar as funções da prisão como forma de punição. Ao mesmo tempo em que a burguesia procurava obter

³⁴¹ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 5-10.

³⁴² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 109.

garantias legais para a sua própria segurança, procurou aperfeiçoar os métodos do processo penal e sofisticar as penas, adequando-as às suas necessidades e às transformações sociais, econômicas e políticas da época, marcada pela consolidação da sociedade capitalista.

Designado por Albrecht³⁴³ como uma “invenção da liberdade”, o contrato social propiciou a superação do estado de natureza e viabilizou a criação do direito e do processo penal moderno. Dessa ficção iluminista deriva o monopólio da violência legítima atribuído ao Estado, sociologicamente definível por “um *meio* específico que lhe é próprio, como também a toda associação política: o da coação física”³⁴⁴.

Desde Beccaria já se propunha que a justiça das penas estava exatamente na sacralidade e na inviolabilidade da segurança. Para os reformadores, o que fundava o direito do soberano de punir os delitos era não somente a garantia da segurança, mas da liberdade dos súditos, o bem-estar comum³⁴⁵. Justificava-se a existência da autoridade e do Estado a partir da ideia de “necessidade” mencionada por Montesquieu e da resistência ao estado de guerra que levaria os indivíduos à deterioração da liberdade e à autodestruição.

A obrigação de punir o crime imposta ao Estado condiciona as mais diversas teorias da pena que, por sua vez, fundam a razão punitiva e apresentam a imposição da sanção penal como um imperativo de realização da justiça. A concepção de que esta depende do exercício concreto do poder punitivo está presente tanto no senso comum teórico quanto nas decisões dos tribunais superiores brasileiros. No caso do processo penal, isso conduz à ideia equivocada de que a eficiência processual depende basicamente da condenação célere dos acusados, independentemente da reparação dos danos provocados pelo crime e dos meios utilizados para tanto. Com isso, “a punição,

³⁴³ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156.

³⁴⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 526.

³⁴⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999, p. 28.

num sentido forte, torna-se a regra geral e a exemplaridade uma necessidade social de justiça”³⁴⁶.

Na tentativa de superar a acepção liberal, Baumann e Weber vão além e assinalam que as consequências jurídicas do direito penal devem perseguir e promover fins sociais, produzindo, com isso, mais benefícios do que prejuízos³⁴⁷. Essa pretensa função social do direito penal está inserida naquilo que Albrecht considera a fase do direito penal social-integrador do Estado de Bem-Estar Social, perceptível, sobretudo, na década de 1970.

Embora segundo o discurso hegemônico a liberdade legitime o Estado moderno e o direito penal tenha sido inventado para limitar e controlar “uma ameaçadora liberdade humana desenfreada”³⁴⁸, a história mostra que a invenção tem se voltado contra os seus inventores, levando, com isso, à perda de legitimidade do próprio Estado. Recentemente, outra “figura jurídica artificial”³⁴⁹ foi criada e substituiu o fundamento do Estado moderno: o “direito fundamental à segurança pública”. Com a finalidade de proteger o cidadão da violência de outros cidadãos, ele rejeita a liberdade como pedra de toque do Estado e confere à segurança papel central, inaugurando, desse modo, uma nova fase no desenvolvimento do direito e do processo penal contemporâneos, inseridos desde então no contexto de uma sociedade de segurança. Como principal resultado dessas mudanças históricas verifica-se a erosão contínua dos direitos humanos³⁵⁰.

Na esfera dos metarrelatos legitimadores do aparato punitivo e, mais especificamente da equação crime-processo-pena, encontra-se o “garantismo

³⁴⁶ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 143-144.

³⁴⁷ BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 9. Aufl. Bielefeld: Giesecking Verlag, 1985, p. 34.

³⁴⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156.

³⁴⁹ Idem, p. 164.

³⁵⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft**: auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2010, p. 01-03.

penal integral”, conceito empregado com o propósito de contrapor o que seria a versão integral do pensamento de Ferrajoli – o “verdadeiro” sentido do garantismo penal – ao chamado “garantismo hiperbólico monocular”³⁵¹, uma espécie de desvirtuamento do pensamento do professor italiano, pautada na valorização exclusiva dos direitos individuais fundamentais. Essa alardeada distorção dos postulados garantistas seria responsável por comprometer a tutela de interesses sociais e coletivos e por favorecer a criação de um cenário marcado pela impunidade e insegurança. Na visão de Fischer, “o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a *eficiência e segurança*”³⁵². Rejeitamos essa perspectiva especialmente por entender que o discurso do garantismo penal integral se apropria de elementos da teoria desenvolvida por Ferrajoli e deteriora exatamente aquilo que ela pretende combater: a intervenção estatal arbitrária.

Apesar das limitações do garantismo de Ferrajoli no que diz respeito à contenção da violência punitiva, uma vez que se trata precisamente de uma vigorosa racionalização do poder punitivo, o garantismo penal integral parece realçar alguns pressupostos que contrariam a Escola Clássica, matriz fundacional que melhor espelha o garantismo, aproximando-se da ideologia da defesa social que está na base do positivismo criminológico. Relativamente ao processo penal, concepções como esta acabam por salientar suas características de caráter inquisitivo, desequilibrando ainda mais as relações de poder subjacentes à justiça penal. Em vez de domesticação, temos a

³⁵¹ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 17 mai. 2017. Cumpre destacar que esse processo de deterioração dos direitos humanos está alicerçado em algo completamente ilusório, mas conveniente à legitimação do aparato punitivo e à maximização do poder estatal. Nas palavras de Bedê, “devemos destacar que vivemos uma utopia de segurança. Nenhuma medida será apta para, com cem por cento de certeza, garantir um padrão de qualidade total no quesito segurança”. BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 99.

³⁵² FISCHER, Douglas. **O que é garantismo penal (integral)?** Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html>. Acesso em: 17 mai. 2017, p. 16.

maximização do poder, legitimado, sobretudo, pelo direito fundamental à segurança.

Nesta ótica, estamos diante de uma ilusão altamente funcional para o exercício arbitrário do poder punitivo estatal, uma vez que a segurança seria um pressuposto que condiciona a própria existência do Estado a partir da fábula contratualista. Ora, qual seria então o sentido de atribuir à segurança o *status* de direito fundamental, se a essência do Estado está exatamente em assegurar a paz e a defesa dos seus súditos? A segurança, a garantia da liberdade dos indivíduos, é o que justifica a criação deste “deus mortal”, levando os homens a cederem os seus direitos ao soberano.

Com a invenção do direito fundamental à segurança pública, mitos são conservados e impedem a emancipação pretendida pela filosofia iluminista. Entregue à sedução do canto das sereias, prolongamos o nosso aprisionamento às origens míticas do Estado em nome da autoconservação e presenciamos a promessa da felicidade se dissolver ao preço da repressão e da razão.

4.3 A IDEOLOGIA DO PROGRESSO LINEAR E A BARBÁRIE PUNITIVA NA MODERNIDADE PERIFÉRICA

A compreensão da historiografia depende consideravelmente da filosofia da história hegeliana, caracterizada por se tratar de uma síntese do pensamento histórico que o antecedeu. Influenciada pela Teologia e pelo Iluminismo, a concepção da história de Hegel reúne duas tradições distintas, fundamentando o desenvolvimento histórico em dois planos: o divino e o progressista.

Logo, se por um lado Hegel compreende a história como o resultado da vontade de Deus, por outro, aproxima-se do Iluminismo, apresentando-se como um filósofo do progresso e da razão. Em sua abordagem filosófica da história, Hegel evidencia a pretensão moderna de ordenação racional do mundo e

revela a noção de progresso subjacente ao espírito racional que dirige a história: “há muito que as mudanças que ocorrem na história são caracterizadas igualmente como um progresso para o melhor, o mais perfeito”.

Dessa forma, a história avança progressivamente rumo a um fim, a um objetivo absoluto, demonstrando, com isso, “uma capacidade real de transformação, e para melhor – um impulso de perfectibilidade”³⁵³.

Hegel apresenta a história do conhecimento como um caminho em direção ao esclarecimento que acaba por revelar o Ser universal, a verdade última. Não é simples compreender aquilo que o filósofo propõe como sendo as etapas percorridas pela humanidade rumo ao esclarecimento, ao espírito universal capaz de revelar a essência do Todo, mas parece claro que, para Hegel, esse processo implica a noção de progresso, observável no percurso linear trilhado pela humanidade conforme o seu desenvolvimento, bem como nas ações que envolvem a instituição do Estado.

No complexo sistema hegeliano, “a história universal é, de maneira geral, a exteriorização do espírito no tempo”³⁵⁴, de forma que o movimento do espírito impele a civilização ao desenvolvimento, à busca por emancipação. Convém notar, todavia, que esse impulso civilizador não se detém diante de obstáculos éticos ou morais, razão pela qual, inúmeras catástrofes ocorreram durante esse processo histórico imprescindível para que o homem pudesse tomar consciência de sua liberdade. Paradoxalmente, no progresso rumo ao esclarecimento, a racionalidade, o espírito que move a humanidade, produziu guerras e violência. É a barbárie como produto da civilização.

Essa ideia aparece com bastante clareza na filosofia da história de Benjamin³⁵⁵, um crítico da filosofia do progresso cujo trabalho resulta de três

³⁵³ HEGEL, Georg W. F. **Filosofia da história**. Trad. Maria Rodrigues & Hans Harden. Brasília: UNB, 1995, p. 53.

³⁵⁴ Idem, p. 67.

³⁵⁵ Apesar de utilizarmos aqui a expressão filosofia da história, cumpre esclarecer que inexistente um sistema filosófico em Benjamin. Seus textos geralmente assumem a forma de fragmentos ou ensaios, o que torna problemática qualquer tentativa de sistematização. Nesse mesmo

fontes distintas: o romantismo alemão, o messianismo judeu e o marxismo. Quanto a esses referenciais, é possível observar que não existe uma “síntese” dessas três perspectivas (aparentemente) incompatíveis, mas a *invenção*, a partir delas, de uma *nova concepção* profundamente original, que torna qualquer tentativa de sistematização problemática e incerta³⁵⁶.

À tendência progressista que considera o avanço da destruição, Benjamin opõe as “imagens utópicas” do reino messiânico e da revolução francesa. Desde seus primeiros trabalhos, é possível notar a presença de uma crítica romântica do progresso, desenvolvida de um ponto de vista revolucionário e, portanto, a partir de uma perspectiva escatológica. Não obstante a sua afinidade teórica e metodológica com o materialismo histórico, Benjamin rompeu com a ideologia do progresso linear e elaborou a sua crítica da civilização capitalista-industrial moderna a partir da integração de elementos do movimento romântico.

Fortemente influenciada por fontes românticas, a utopia libertária de Benjamin se alimentou, por exemplo, de obras como as escritas pelo jurista e antropólogo Johann Bachofen, conforme demonstra uma resenha de 1925 sobre um livro de Carl Albrecht Bernoulli. Em sua releitura de Bachofen, autor que investigou as sociedades primitivas e que também fascinou Engels, Benjamin encontrou os resquícios de uma sociedade matriarcal democrática e igualitária capaz de subverter o conceito de autoridade³⁵⁷. O ideal libertário benjaminiano indicava para a sua preferência pelo passado, pelos tempos arcaicos, que remetiam a uma vida anterior, a sociedades da harmonia entre os seres humanos e a natureza, devastada pelo progresso capitalista moderno, modo de produção cujas práticas e processos materiais de reprodução social se encontram em permanente mudança.

sentido: LÖWY, Michael. Walter Benjamin. **Aviso de incêndio**: uma leitura das teses *Sobre o conceito de história*. São Paulo: Boitempo, 2005.

³⁵⁶ LÖWY, Michael. A filosofia da história de Walter Benjamin. **Estudos Avançados**, vol. 16, n. 45, São Paulo, mai-ago, 2002, p. 199.

³⁵⁷ BENJAMIN, Walter. **O capitalismo como religião**. [Organização Michael Löwy]. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 10-11.

Obviamente o pensamento benjaminiano e suas reflexões sobre a história são produtos do seu tempo e sofrem, com isso, as limitações inerentes a qualquer teoria. Sua crítica (moderna) da modernidade não escapa de alguns constrangimentos inerentes às condições de um período marcado por duas grandes guerras e destruição em massa.

Benjamin se insurge contra “uma concepção de história que, confiando na eternidade do tempo, só distingue o ritmo dos homens e das épocas que rápida ou lentamente correm na esteira do progresso”. Contra essa concepção de história ele evoca as “imagens utópicas dos pensadores”³⁵⁸, categoria que iremos retomar mais adiante e articular com a perspectiva abolicionista numa tentativa de identificar eventuais alternativas ao poder destrutivo do sistema penal.

Ao pensar a história como um palco de catástrofes e violência, Benjamin apresenta também uma nova concepção do tempo histórico. Para ele, a história é objeto de uma construção e a narrativa tradicional, épica e linear, oferece somente o triunfo dos vencedores, um relato que oculta ou desconsidera os vencidos da história. Na tentativa de evidenciar o outro lado do progresso, matriz da razão instrumental e da burocracia estatal, ele menciona a temporalidade que permeia a civilização moderna, um tempo vazio e homogêneo: “a ideia de um progresso da humanidade na história é inseparável da ideia de sua marcha no interior de um tempo vazio e homogêneo. A crítica da ideia do progresso tem como pressuposto a crítica da ideia dessa marcha”³⁵⁹.

Interromper a continuidade da história e o ciclo angustiante do eterno retorno é um imperativo revolucionário. Somente assim seria possível criar as condições para um outro futuro, que rejeita a perfectibilidade humana e a fantasia de que

³⁵⁸ BENJAMIN, Walter. Das Leben der Studenten. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band II.1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, p. 75.

³⁵⁹ BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt amMain: Suhrkamp, 1991.

a história é uma jornada rumo a um futuro melhor e à emancipação da humanidade.

Esse passado inventado é analisado e compreendido desde a perspectiva dos vencedores, pois foram eles que constituíram a realidade por meio de um relato que não só explica o tempo que passou, mas que se projeta no presente. O passado aparece então como algo definitivamente fechado e a história como a sequência de acontecimentos que formam um contínuo rumo à emancipação, meta iniludível do progresso. No campo das práticas punitivas, desaparecem as referências a experiências e práticas de resolução dos conflitos que não estejam inseridas na lógica do poder punitivo repressivo e verticalizante, concebido pela historiografia tradicional como uma transição para a racionalidade e manifestação do progresso que encontramos na filosofia burguesa da história.

As divergências quanto à civilização técnico-científica e sua concepção linear, progressista e infinita do tempo promoveram posições filosóficas e jurídicas distintas. No campo do controle social, estabeleceu-se a posição dos entusiastas que, supondo a superação de quaisquer limites humanos pela técnica, viabilizaram a expansão do poder punitivo.

Nietzsche foi um dos primeiros filósofos a perceberem a vinculação do tempo linear e da pena com o ressentimento e, especialmente, com a vingança. Essa temporalidade, conformadora da técnica e da ciência, é um dos alicerces do sistema de justiça criminal moderno, uma vez que o discurso penal hegemônico justifica a existência do processo penal na superação das pulsões vindicativas do ser humano. Sob o pretexto de atuar como um aparato de ruptura com a vingança, o poder punitivo opera como um instrumento de satisfação dessas pulsões, exercido quase sempre sobre os estratos sociais mais vulneráveis³⁶⁰.

³⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 502-3. Sobre a teoria penal desenvolvida por Nietzsche, conferir: MERLE, Jean-Christophe. **Nietzsches Straftheorie (II 8-15)**. In: HÖFFE, Otfried. Friedrich Nietzsche. Zur Genealogie der Moral. Berlin: Akademie Verlag, 2004.

Também nesse sentido acreditamos que o tempo possui uma estrutura catastrófica. Como bem adverte Zamora, o catastrófico do progresso consiste precisamente em sua marcha ininterrupta, apesar do sofrimento resultante dos acontecimentos que lhe derivam. Pouco importa quais sejam as variantes do progresso moderno, se burguesas ou socialistas, se revolucionárias ou conservadoras, no final das contas, por meio de uma lógica sacrificial, “tudo é funcionalizado para a construção de um futuro supostamente melhor”³⁶¹.

A concepção generalizada de que o tempo promoveu a evolução da sociedade e dos processos de aprendizagem contribui para a construção de um cenário no qual se propugna por um distanciamento do passado e pela glorificação do presente e do futuro. O tempo vindouro, por sua vez, se transforma no mundo da esperança e da superação de um universo arcaico e violento. Obviamente não estamos convencidos de que a justiça penal de 100 ou 200 anos atrás tenha sido melhor ordenada ou mais humana do que a atual, mas somos contrários à rejeição de qualquer possibilidade de descontinuidade histórica e abertura para o passado. E é justamente isso que o discurso jurídico-penal parece propor, ou seja, que as mudanças oriundas das transformações técnicas e científicas representam uma expressão da evolução histórica. O êxito dessa estratégia depende, em boa medida, do cancelamento da memória e do abandono da perspectiva histórica.

Na atual conjuntura, o saber jurídico-penal se degenerou em uma técnica prática, feita na medida para burocracias penais que demandam a racionalização de uma realidade perversa para amplos contingentes populacionais. Embora as atrocidades decorrentes da consolidação dessa estrutura de poder não se limitem aos países periféricos, o incremento do potencial tecnológico de controle e destruição subjacente ao sistema penal produziu características e resultados diferenciados nas sociedades periféricas.

³⁶¹ ZAMORA, José Antonio. Walter Benjamin: crítica del capitalismo y justicia mesiánica. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). **Justiça e memória**: para uma crítica ética da violência. Porto Alegre: Editora UNISINOS, 2009, p. 59.

Em rigor, no interior dessas formações sociais, onde a igualdade nunca existiu e prevalecem as hierarquias, as relações personalistas e de parentesco, bem como a apropriação privada do público, não passando a lei de mera expressão de privilégios, o campo penal atua como instrumento histórico de naturalização da desigualdade social e de gestão da subcidadania, consolidando, por meio de suas instituições e práticas, a (re)produção dos fenômenos políticos da invisibilidade e da humilhação social³⁶².

As perversas especificidades da barbárie punitiva em países como o Brasil decorrem de fatores como a própria singularidade do processo modernizador periférico. Ao explicar as mazelas sociais das sociedades periféricas, Jessé Souza assinala que as contradições sociais brasileiras não procedem de uma “modernização insuficiente”,

mas precisamente do fato contrário, ou seja, como resultante de um efetivo processo de modernização de grandes proporções que toma o país paulatinamente a partir de inícios do século XIX. Nesse sentido, meu argumento implica que nossa desigualdade e sua naturalização na vida cotidiana é moderna, posto que vincula a eficácia de valores e instituições modernas com base em sua bem-sucedida importação ‘de fora para dentro’. Assim, ao contrário de ser personalista, ela retira sua eficácia da ‘impessoalidade’ típica dos valores e instituições modernas.³⁶³

Neste contexto, a compreensão da “modernidade periférica” e da justiça criminal que corresponde a essa realidade depende de uma concepção alternativa demarcada pela crítica da própria modernidade ocidental. Diante disso, é necessário construir uma nova ética e estética da memória e da historiografia. Novas formas de representação do passado, novos relatos que sejam capazes de romper com a narrativa tradicional, épica e linear, que apresenta apenas o triunfo dos vencedores e encobre a falsa ordem das coisas. Ao compreendermos a própria história do sistema de justiça criminal como um acúmulo de catástrofes, procuramos desfazer algumas certezas

³⁶² CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**: controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014, p. 165-168.

³⁶³ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2003, p. 17.

relativas à existência de categorias universais no campo do controle social, provocando, ademais, a ruptura com tal concepção linear do decorrer histórico.

Essa discussão remete, pois, a uma questão fundamental: quais seriam neste caso as consequências concretas da atuação da justiça criminal a partir dessa interpretação do tempo e da ideologia do progresso? Para responder a esta pergunta nos debruçaremos a seguir sobre o entrelaçamento entre essa temporalidade vazia e homogênea que marca a justiça penal moderna e a dinâmica irrefreável do sistema capitalista.

Contrariamente ao pensamento marxista e na esteira de Benjamin, acreditamos que a revolução não é um resultado inevitável do progresso, seja ele econômico ou técnico. Somos ainda menos otimistas em relação ao sistema penal e à sua capacidade de cumprir as promessas da modernidade, meras ilusões da razão punitiva. A realidade concernente à justiça criminal atual indica que a confiança ilimitada no direito penal e em sua lógica instrumental nos tem conduzido à mimetização da violência e à degradação dos direitos humanos, sacrifícios considerados por muitos como meras fatalidades históricas decorrentes da necessária manutenção da ordem e da busca pelo bem-estar comum.

5 A JUSTIÇA CRIMINAL E A DEGRADAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS “APÓS O FIM DO MUNDO”

5.1 POLÍTICA CRIMINAL DO TERROR E NORMALIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Ao expressar a situação trágica das artes após a barbárie fascista, Adorno declarou: “escrever um poema após Auschwitz é um ato de barbárie, e isso corrói até mesmo o conhecimento de porque hoje se tornou impossível escrever poemas”³⁶⁴. Essa famosa passagem salienta a centralidade de Auschwitz para o pensamento estético de Adorno e para a estética e a ciência de um modo geral. De acordo com Seeligmann-Silva, embora existam outros genocídios na história da humanidade, o que confere destaque àquele campo de concentração no pensamento adorniano é que ele ocorreu “no coração” de uma Europa que se pretendia “iluminada”, “esclarecida”³⁶⁵.

Conforme mencionamos no capítulo precedente, Benjamin já havia detectado que a barbárie está inserida no próprio conceito de cultura e a história se perfaz em um contínuo de catástrofes. A todos aqueles que sobreviveram à tragédia dos campos de concentração, a história se apresenta como um palco de violência e o estado de exceção onipresente se impõe como a regra. O que se passa nos dias de hoje, assinala Adorno, deveria intitular-se “após o fim do mundo”³⁶⁶. É nesse espaço-tempo de traumas petrificados que devemos refletir sobre as tendências da política criminal contemporânea e suas consequências para os direitos humanos.

Do ponto de vista do outro, uma enorme maioria de oprimidos e alienados pelo sistema a quem Adorno se referiu como o “puro inumano”, a vida se transformou em uma sucessão intertemporal de choques e à morte se

³⁶⁴ ADORNO, Theodor. Crítica cultural e sociedade. In: **Prismas**. Trad. Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida. São Paulo: Ática, 1998, p. 7-26.

³⁶⁵ SELIGMANN-SILVA, Márcio. **A atualidade de Walter Benjamin e Theodor W. Adorno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

³⁶⁶ ADORNO, Theodor. **Minima Moralia**. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 45.

convencionou chamar de normalidade. No passado, muitos foram condenados à destruição em câmaras de gás, hoje as vítimas do genocídio provocado pelo poder punitivo desaparecem em meio a bombas de gás lacrimogêneo, armas químicas socialmente toleradas contra aqueles cuja humanidade foi relegada ao esquecimento.

Em sua análise da narrativa e da historiografia em ruínas expostas por Benjamin, Seeligmann-Silva está convencido de que seria um equívoco circunscrever a decadência oriunda da devastação inerente ao progresso a um determinado período histórico³⁶⁷, o que possivelmente também o levaria a rejeitar a ideia de que vivemos algo como uma suposta era das catástrofes ou da destruição.

Embora Hobsbawm, por exemplo, se refira às décadas que vão da eclosão da Primeira Guerra Mundial aos resultados da Segunda como uma “era de catástrofe” e sinalize para a existência de uma “era de ouro”³⁶⁸ no início da década de 1970, discordamos dessa classificação e a evitamos para reafirmar que o tempo não é linear e que as catástrofes de outrora também são sentidas em pleno século XXI. Se a história é um palco de catástrofes, não faria sentido falar em eras ou tempos de decadência. Escrever a história significa interpretar os eventos que a constituem, de modo que narrar os eventos históricos é realizar um trabalho de leitura, de leitura crítica. Para Benjamin, a tarefa de reconstruir o passado a partir das ruínas do presente somente pode ser feita sob o signo da desconfiança diante das categorias universais e eternas.

A genealogia do pensamento penal demonstra que no caso do sistema de justiça criminal a situação é a mesma, afinal, este só pode ser compreendido a partir de relações sociais concretas. Se somente existem “sistemas de punição concretos e práticas penais específicas”, deveríamos despir o sistema penal de seu viés ideológico, levando em consideração, por exemplo, as relações de

³⁶⁷ SELIGMANN-SILVA, Márcio. **A atualidade de Walter Benjamin e Theodor W. Adorno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

³⁶⁸ HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 14-16.

produção que correspondem a determinadas formas punitivas. Mesmo que se considere o processo e a pena como fenômenos independentes, seja de sua concepção jurídica ou de seus fins sociais, a tese de Rusche e Kirchheimer parece correta, no sentido de que seria inadequado entender tais institutos apenas a partir de seus fins, uma vez que as práticas penais “são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais”³⁶⁹.

Tanto é que o hodierno programa de gestão da criminalidade atuarial, dominante nos Estados Unidos e disseminado mundialmente, confirma a mencionada tese sobre a relação entre sistemas econômicos e formas de punição. Nas palavras de Dieter, o fenômeno da “*política criminal atuarial* não é outra coisa que a *racionalização* das estratégias de controle social pela *lógica atuarial* para fins de *incapacitação seletiva* dos membros das *classes perigosas* contemporâneas, descobertos mediante cálculo multifatorial”³⁷⁰.

A introdução de uma categoria estratégica dessa ordem penetra profundamente a realidade política e favorece a compreensão da violência perpetrada pelo aparato punitivo estatal como parte integrante do que consideramos uma política criminal do terror. Neste viés, assume Juarez Cirino dos Santos, “o programa de gestão da criminalidade da política criminal atuarial, [...] ocorre sob a égide do terror”³⁷¹.

Na franja deste nexos entre violência, política e direito, Scheerer argumenta que a *differentia specifica* do terror relativamente a outras variantes políticas ou religiosas de emprego da violência consiste na

³⁶⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 19-20.

³⁷⁰ Segundo Dieter, uma política criminal que se desenvolve a partir de uma lógica atuarial “remete à adoção sistemática do cálculo atuarial como critério de racionalidade de uma ação, definindo-se como tal a ponderação material de dados – normalmente definidos a partir de amostragens – para determinar a probabilidade de fatos futuros concretos”. DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 24 e 30.

³⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Posfácio do livro: DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 269.

instrumentalização da destruição psíquica, da qual alguém se vale para obter efeitos psicológicos nos outros [...]. Como forma extrema de violência que explora o abalo dos sentimentos para fins políticos, o terror é o meio do estado de exceção por excelência. Ele também é relativamente fácil de justificar como *ultima ratio* para salvar os mais altos ideais em perigo³⁷².

A resignificação do poder punitivo a partir do terror afigura-se como uma oportunidade para a ampliação e a legitimação do poder político, confirmando, com isso, a hipótese benjaminiana da violência fundacional subjacente ao direito, nomeadamente o direito e o processo penal. Premente observar que as investidas punitivas canalizadas nos eventos cotidianos que cristalizam a atuação dos sujeitos processuais imersos na burocracia estatal acabam se instalando em meio à ausência de qualquer dimensão pessoal, semelhantemente ao que ocorreu durante o terror nazista, como bem observou Hannah Arendt³⁷³. Convém afirmar que o terror propicia a caracterização e a normalização do estado de exceção que permanece vinculado ao campo do teológico, definido pela impossibilidade de distinguir entre a exceção e a regra.

Apesar da obviedade de que formas específicas de punição correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico, ao considerarmos a estrutura atual da sociedade moderna e, neste caso, as tendências do poder punitivo, não nos preocupamos em firmar a primazia do fator econômico (“material”) sobre os demais fatores de transformação social, senão demonstrar a existência de uma conexão profunda entre diversas estruturas culturais. Nesse aspecto, nos afastamos parcialmente do materialismo histórico e nos inspiramos no marxismo weberiano aludido por Michael Löwy, perspectiva à qual já nos referimos no primeiro capítulo deste trabalho e que, a despeito das inúmeras diferenças, estabelece algumas importantes afinidades entre a obra de Marx e o legado de Weber.

Alguns dos mais notórios expoentes a utilizarem os conceitos marxistas weberianos estão exatamente na Escola de Frankfurt. Apesar da

³⁷² SCHEERER, Sebastian. Terror. Trad. Raphael Boldt. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 298.

³⁷³ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

heterogeneidade de ambos os campos intelectuais, entre outras convergências compartilhamos aqui de certo paradoxo que constitui o webero-marxismo, isto é, que um pensador tão pessimista e resignado como Weber possa inspirar teorias críticas e, em certo sentido, utópicas³⁷⁴.

Essa recepção é marcada pela tentativa de assumir o rico legado marxista, desvinculando-se, porém, do dogmatismo do materialismo histórico. Com isso, evitamos o culto a autores e temas que, em virtude da atual complexidade social, demandam um olhar que permita compreender a potencialidade e as limitações de qualquer teoria.

Nesse sentido, ao analisar a necessidade de reconstrução de uma teoria da emancipação e a possibilidade de a Teoria Crítica produzir diagnósticos suficientemente complexos para compreender a atualidade, Melo aponta que “assim como não há teoria crítica sem a renovação de seus modelos críticos, não há como oferecer novos diagnósticos sem entendermos os processos efetivos a partir dos quais a orientação emancipatória ancora seus sentidos”³⁷⁵.

Ademais, o que se pretende neste capítulo é primordialmente descrever as atuais consequências provenientes da assunção do paradigma retributivo no campo do controle social. Apesar de todas as críticas, na condição de relato (temporariamente) vencedor, a equação crime-processo-castigo tem se mostrado um enorme sucesso. Para chegarmos a tal conclusão, basta observar o processo de expansão do poder punitivo sem precedentes ao qual nos referimos anteriormente.

As supostas crises do sistema de justiça criminal representam, na realidade, o inverso, ou seja, são sintomas da vitória de um modelo aceito como se fosse decorrente da ordem natural das coisas. A naturalização do poder punitivo e a universalização do direito e do processo penal são o resultado de abstrações

³⁷⁴ LÖWY, Michael. **A jaula de aço**: Max Weber e o marxismo weberiano. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 127.

³⁷⁵ MELO, Rúion. **Marx e Habermas**: teoria crítica e os sentidos da emancipação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 344.

que não se referem ao concreto e que ocultam a maneira pela qual foram produzidas.

As ilusões punitivas decorrem precisamente do processo de encobrimento da construção daquilo que se considera como a realidade social. Apesar de tais devaneios, é inegável que a difusão da razão punitiva impede qualquer possibilidade de emancipação, muito menos por meio de uma racionalidade comunicativa, pautada na comunicação livre de dominação, como tenciona Habermas. Não se trata propriamente de negar por completo o potencial emancipatório do ideal deliberativo de democracia desenvolvido por Habermas e tão criticado por outros autores, senão de rejeitar a ideia de que o sistema de justiça criminal possa assegurar as condições necessárias para tanto, conforme pretende a maioria dos penalistas.

As transformações sociais oriundas da complexidade crescente e do surgimento de novos riscos concernentes a danos supostamente não delimitáveis, globais e irreparáveis, contribuem para a hiperinflação de normas penais e a conseqüente sobrecarga da justiça criminal, aumentando a pressão sobre o processo penal como instrumento de gestão de conflitos dos mais diversos matizes.

Com o desenvolvimento da técnica e a configuração social a partir das rápidas mudanças na dinâmica de funcionamento do capitalismo contemporâneo, o direito e o processo penal foram forçados a adotar novas formas e funções, assumindo contornos de instrumentos políticos de limitação de riscos. No contexto da modernidade tardia, na qual se verifica a passagem da distribuição de riqueza para a distribuição de riscos, este conceito é instrumentalizado a fim de fundamentar o “direito penal do risco”, cuja teoria possui como ponto de referência a estabilidade do sistema social.

Juntamente com o direito penal do inimigo, o modelo jurídico-penal do risco é uma das tendências atuais mais significativas em termos político criminais e descreve, principalmente, uma mudança no modo de entender o direito penal

que, na visão de Prittwitz, é estrutural e irreversível³⁷⁶. Por mais que sejamos contrários a tal paradigma, as modificações recentes no cenário sócio econômico nos levam a partilhar da análise do professor de Frankfurt quanto à sua irreversibilidade. Para além da funcionalização do direito penal com a finalidade de minimizar riscos, o que se nota é a utilização da ideia de prevenção com o objetivo de legitimar o exercício do poder punitivo.

À intervenção penal incumbiria, neste caso, a tarefa fantasiosa de limitar preventivamente os riscos individuais e coletivos inerentes à convivência na sociedade pós-industrial, ainda que isso provoque a ampliação do poder estatal e a restrição paulatina das liberdades civis. Como manifestação direta do discurso punitivo subjacente à expansão penal, esse modelo de reação frente aos riscos sociais está vinculado ao processo de transição jurídico-penal do Estado liberal para o Estado social ao qual nos referimos no início deste trabalho.

Todavia, no caso dos países periféricos, o que se nota é o emprego do aparato punitivo estatal sob a justificativa de tutelar determinados direitos que, a despeito da intervenção penal, existem apenas no plano formal, carecendo de total efetividade para a maior parte da sociedade. Se nos países desenvolvidos – dos quais importamos parte considerável das nossas teorias e táticas penais – direitos como saúde, trabalho, educação e habitação são acessíveis à maioria das pessoas, no Brasil não passam de ficção para todos aqueles que diariamente experimentam o fenômeno da invisibilidade pública. Sujeitos socialmente invisíveis, porém, penalmente selecionáveis.

Concomitantemente à reestruturação tecnológica do capitalismo neoliberal, a justiça criminal passou a atuar a partir do princípio da eficiência, instituindo, com isso, uma nova racionalidade operativa comprometida com o controle e a incapacitação de determinados grupos. Essa “gestão eficiente da criminalidade” promoveu a racionalização da seletividade de um sistema que

³⁷⁶ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, mar/abr. 2004, p. 32.

somente poderia persistir e se reproduzir em ambientes de sacralização da racionalidade do mercado, incompatível, portanto, com a efetivação dos direitos humanos fundamentais e um Estado democrático de direito³⁷⁷.

Cabe constatar que esse mesmo fenômeno expansivo também gerou o que Díez Repollés chamou de “direito penal securitário”, para o qual a segurança não é vista como objetivo a ser perseguido em razão de riscos difusos, mas em virtude de ameaças aos bens jurídicos individuais tradicionais³⁷⁸. Apesar da relevância teórica de tal distinção para alguns, o que nos interessa neste momento são as consequências desse movimento de incremento quantitativo e qualitativo da criminalização como único critério político criminal. Embora a segurança apareça como um conceito simbólico importante para legitimar esse direito penal pós-moderno, o resultado dessas modificações no plano normativo não poderia ser outro, senão a fragilização das garantias materiais e formais do direito penal³⁷⁹.

As exigências impostas ao sistema penal agravam o déficit de legitimidade do direito penal e fulminam qualquer pretensão de um debate racional por meio do processo. A ausência do componente comunicativo relacional no paradigma jurídico vigente é reforçada no campo penal, onde o diálogo é bloqueado pela supressão da vítima e pela opressão do ofensor³⁸⁰.

A reorientação do direito penal do autor individual para o controle de situações problemáticas estruturais, como ocorre, por exemplo, com o terrorismo e a

³⁷⁷ DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 267-268.

³⁷⁸ Díez Ripollés, José Luís. **La política criminal en la encrucijada**. Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2007.

³⁷⁹ Para uma análise do direito penal do risco, entre outros, ver: ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 03-05. SEELMANN, Kurt. Risikostrafrecht: die “Risikogesellschaft” und ihre “symbolische Gesetzgebung” im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht. **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)**, Vol. 75, n.º. 04. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, p. 452-471. PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

³⁸⁰ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61-62.

criminalidade organizada, a imigração ilegal, a destruição ambiental, as crises políticas e econômicas, dificilmente produz resultados positivos no terreno da proteção social preventiva, mas contribui para a erosão dos alicerces do Estado democrático de direito e dos pilares do direito penal liberal, sacrificando a liberdade e enfraquecendo os limites da pretensão punitiva estatal em face do indivíduo.

Livre de qualquer verificação empírica, esse direito penal se metamorfoseia em um mecanismo de política estatal extremamente funcional à elegibilidade de atores políticos. Com o apoio da comunicação de massa, as promessas de segurança tornam secundária a garantia de interesses individuais em relação à aplicação da sanção penal.

Quanto ao processo penal, autores como Albrecht e Hassemer alertam ainda para a deterioração dos seus princípios fundamentais e para a consolidação de um nocivo projeto jurídico de desregulamentação e privatização, no qual os particulares ganham cada vez mais independência na dinâmica processual, quase sempre sob a justificativa de que o Estado deve reduzir os seus custos e ampliar a sua eficiência no controle da criminalidade. Ao se desenvolverem e estruturarem a partir de uma política criminal fundada na gestão eficiente de riscos, o direito e o processo penal passaram a se orientar por uma “racionalidade econômica”³⁸¹ que opera basicamente mediante o cálculo de riscos e a elaboração de medidas preventivas.

Esse processo de incursão da “lógica atuarial”³⁸² no sistema de justiça criminal colonizou as políticas de segurança pública e as práticas dos sujeitos processuais, comprometidos pragmaticamente com o gerenciamento de grupos sociais indesejáveis a partir da retórica ornamental do risco. Não estranha, portanto, que essa mesma lógica tenha se transformado no “critério reitor na definição de estratégias preventivas para controle da criminalidade”³⁸³.

³⁸¹ KUNZ, Karl-Ludwig. **Kriminologie**. Bern-Stuttgart-Wien: HauptVerlag, 1994, p. 342.

³⁸² DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 30.

³⁸³ Idem, p. 19.

Hassemer aponta para os prejuízos provenientes de algumas tendências, verificáveis tanto no plano do direito material quanto processual. Para ele, a privatização e a desformalização do controle social penal são capazes de oferecer técnicas de proteção mais eficazes e intensificar a sensação de segurança, mas também produzem consequências como a opacidade e a imprevisibilidade do poder punitivo³⁸⁴.

Apesar de sermos contrários à expansão punitiva e à mercantilização da justiça penal, acreditamos que a institucionalização de modelos alternativos de resolução de conflitos pode contribuir para a democratização da gestão de conflitos e favorecer o acesso à justiça e a redução de danos aos direitos humanos. Essa nova orientação se destaca não pela informalidade, mas pela descentralização da justiça, caracterizada por uma desconfiança da justiça formal e não somente das regras do procedimento. Nas palavras de Garapon, estes novos lugares descentralizados da justiça “tem como objetivo não tratar do indivíduo, ou intervir diretamente no social, mas favorecer uma auto-reflexão crítica de todas as partes envolvidas, oferecendo uma instância de discussão”³⁸⁵.

Não obstante a aparente legitimidade da violência punitiva em certos casos, uma vez que, desde a perspectiva contratualista, ela seria o meio adequado para atingir certos fins considerados justos, no final das contas Benjamin sugere que o monopólio da violência pelo Estado almeja tão somente perpetuar a si mesmo. Para o filósofo, todo e qualquer acesso à violência por terceiros representa uma ameaça ao poder estatal. Por isso, ao sentirem-se ameaçados, os detentores do poder empregam toda a violência necessária para preservar o *status quo*. Não se trata, pois, de uma reação que visa restabelecer a harmonia ou a paz social, mas de uma tentativa de repelir eventuais ameaças ao poder. Neste ponto, cabe uma reflexão sobre a existência concreta de alternativas para uma ação política transformadora, apta a romper com a dialética violenta do direito. Ao estado de exceção como norma, aduz Seligmann-Silva,

³⁸⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 218-220.

³⁸⁵ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 245.

“Benjamin opõe uma sociedade inteiramente outra, assim como no ensaio de 1921 ele tinha em vista uma sociedade livre do poder mítico da esfera jurídica”³⁸⁶.

Em sua oitava tese sobre o conceito de história, Benjamin assinala que o “estado de exceção no qual vivemos é a regra”, razão pela qual Agamben declara que o real estado de exceção é a guerra civil e a violência revolucionária, isto é, uma ação humana que renunciou a qualquer relação com o direito. É preciso lembrar que Benjamin escreve as suas “teses” um pouco antes de morrer, durante a ascensão do terceiro Reich, um Estado que jamais revogou o estado de exceção proclamado em 1933, quando Hitler chegou ao poder. Se para Schmitt a ordem jurídica baseava o seu funcionamento precisamente no estado de exceção, a impossibilidade de dissociar a norma da exceção, enunciada por Benjamin em sua oitava tese, colide com a teoria schmittiana. Entretanto, foi exatamente essa confusão entre a exceção e a regra que o “Reich de mil anos” realizou concretamente³⁸⁷.

Na esteira da tese benjaminiana, pensamos ser necessário provocar o verdadeiro estado de exceção, que se insurja contra a naturalização da violência subjacente ao direito e à estrutura de pensamento que lhe conforma, neste caso, a razão punitiva. Tudo indica que o paradigma do estado de exceção não se esgotou com o fim da segunda guerra mundial, mas permanece na atualidade, onde a lei extingue direitos fundamentais e qualquer ensaio de ruptura é interpretado e punido como a tentativa de desestabilizar a própria ordem jurídica. Aqui, mais uma vez, se revela o aspecto mítico da lei, dirá Benjamin, pois é na punição, no poder decisório que atua sobre a vida ou a morte – ainda que morte social, decorrente da imposição de uma pena privativa de liberdade – que convergem violência e destino.

Ao soberano, constituído por meio de um contrato com o objetivo de proteger a vida de seus súditos, cabe o direito de vida e de morte, nas palavras de

³⁸⁶ SELIGMANN-SILVA, Márcio. Walter Benjamin: o estado de exceção entre o político e o estético. **Revista Outra Travessia** (UFSC), n. 05. Florianópolis, 1º semestre de 2005, p. 36.

³⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 91-92.

Foucault, de “fazer viver e deixar morrer”³⁸⁸. Paradoxalmente, diante dos perigos que ameaçam suas vidas, estes sujeitos irão arriscar a própria vida, sujeitando-a ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento de técnicas de poder.

Como toda a ordem jurídica moderna, o direito e o processo penal deveriam reconhecer e defender a humanidade como fim em cada pessoa, mas sob a proteção do seu poder desdenham de suas promessas e numa espécie de repetição auto conservadora, reproduzem a violência que está na sua fundação³⁸⁹.

5.2 A EFICIÊNCIA COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO SISTEMA PENAL NA TECNOCRACIA: VALORIZAÇÃO DO CAPITAL E PENALIZAÇÃO DA PRECARIIDADE

Ao esboçar sua teoria sobre a sociedade industrial avançada, Marcuse descreve o que ele chama de “sociedade unidimensional”. Para alguns, a clássica obra *O homem unidimensional* seria uma teoria geral das sociedades industriais ou tecnológicas contemporâneas, para outros, uma análise mais específica da sociedade norte-americana. Independentemente de como se leia o livro, seu autor apresenta uma teoria crítica social do tempo presente e “percebe as tendências destrutivas na maioria das conquistas do capitalismo avançado e vê irracionalidade em sua autoproclamada racionalidade”³⁹⁰.

No capitalismo em sua fase neoliberal ou globalizada, o aparato produtivo tende a se tornar totalitário, determinando não somente as ocupações, habilidades e atitudes socialmente necessárias, mas as necessidades e as aspirações individuais. Embora existam alguns grupos que se opõem ao modelo vigente, as forças sociais dissidentes têm sido conquistadas mais pela

³⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 202.

³⁸⁹ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o “fundamento metafísico da autoridade”. Tradução de Fernanda Bernardo. Porto: Campo das Letras, 2003, p. 70.

³⁹⁰ KELLNER, Douglas. Introdução da obra: MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 23.

tecnologia do que pelo terror, sobre a dupla base de uma eficiência esmagadora e de um crescente padrão de vida. Segundo Marcuse, a sociedade industrial contemporânea converge para o totalitarismo porque “totalitária não é apenas uma coordenação política terrorista da sociedade, mas também uma coordenação técnico-econômica não terrorista que opera através da manipulação das necessidades por interesses escusos”³⁹¹.

Responsável por ajustar o controle social às premissas expostas por Marcuse no que tange à atividade produtiva, a lógica atuarial à qual nos referimos no capítulo precedente tem definido a política criminal contemporânea nos Estados Unidos. Esse novo paradigma de gestão da criminalidade pode ser visto como a versão norte-americana do direito penal do inimigo e se projeta sobre os ordenamentos de outros países, mostrando-se incompatível com a cidadania e a dignidade humana.

Como se pode perceber, cremos que a atualização das investigações marcuseanas pode nos auxiliar na tarefa de compreender os mecanismos de controle contemporâneos, especialmente mediante a conexão entre ideologia e realidade econômica. Assumindo como ponto de partida os Estados Unidos, nota-se um processo de integração peculiar à sociedade norte-americana que vem se disseminando por intermédio da globalização hegemônica, isto é, a democracia consolida a dominação e o controle de modo muito mais eficiente do que o absolutismo. Em favor da produtividade econômica e tecnológica destrutiva, o que se verifica é a ampliação da liberdade administrada e da repressão dos instintos. Diante do diagnóstico pessimista fornecido por Marcuse, surgem então algumas questões que irão nortear a nossa análise sobre o sistema penal em tempos de tecnocracia: seria possível domesticar o capitalismo em sua fase atual? Existiria algum tipo de incompatibilidade de princípio entre democracia e capitalismo?

Para autores como Wolfgang Streeck, a divergência entre capitalismo e democracia parece evidente. Em sua análise sobre a crise adiada do

³⁹¹ MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 42.

capitalismo democrático, ele expõe que com a crise do Estado Social na Europa, erguido no período pós-guerra, estavam criadas as condições para as reformas neoliberais que, pressionadas pelas grandes corporações, valorizaram o capital e desregulamentaram os mercados de trabalho e de bens e serviços. Essa guinada propiciou a libertação do capital e de seus executivos em relação a um Estado democrático que reduzia as margens de lucro das empresas em favor da justiça social, mas que, do ponto de vista dos investidores, impedia o crescimento econômico e prejudicava o interesse geral. Com o acirramento da desigualdade social, houve também a transformação do Estado democrático em um “Estado das dívidas”, alimentado pelos impostos dos cidadãos. Para Streeck, foi a política do Estado dos impostos e das dívidas que conduziu a União Europeia, regida pelo governo alemão, ao padrão político pró-capital que, por sua vez, engendrou a atual crise fiscal europeia. A submissão dos governos ao mercado, desregulamentado e tecnocraticamente autonomizado, provocou uma “nova constituição da democracia capitalista na Europa”, rescindindo o vínculo histórico entre democracia e capitalismo³⁹².

Essa tendência à “desdemocratização” decorrente do desequilíbrio da relação entre política e mercado levou Streeck a propor uma alternativa à crise que Habermas considerou nostálgica – elaborada com base no cenário dos Estados nacionais que marcou os anos 1960 e 1970 – e inadequada, tendo em vista que tais medidas iriam ampliar o déficit fiscal dos países endividados, inseridos em um contexto de integração econômica e fragmentação política³⁹³.

O debate entre Streeck e Habermas se dá em um contexto político e econômico diverso, mas no mundo globalizado os efeitos das crises que se abatem sobre os países centrais também atingem a periferia. E neste ponto compartilhamos do pessimismo exposto por Streeck, pois tudo indica ser pouco provável a domesticação do capitalismo e sua coexistência com a democracia, se entendemos que esta pressupõe a realização de justiça social.

³⁹² STREECK, Wolfgang. **Gekaufte Zeit**: Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus. Frankfurter Adorno-Vorlesungen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 119 e ss.

³⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Na esteira da tecnocracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 187-189.

Em posição mais moderada, Barber sustenta que o problema não está no capitalismo em si, mas na representação de que apenas o modo de produção capitalista pode oferecer respostas para cada necessidade humana e soluções para todos os problemas sociais. Para ele, prevalece atualmente uma confusão catastrófica decorrente de uma visão que acredita ser a completa desregulamentação dos mercados o único meio para a produção e distribuição de bens duráveis a valores espirituais, de ativos financeiros à justiça social, de riqueza privada a bem estar coletivo³⁹⁴.

Não se trata aqui de assumir como alternativa irremediável o (improvável) fim do capitalismo ou abdicar da democracia, mas de reconhecer os limites dessa relação, sobretudo após a destruição do sujeito político. No capitalismo tardio, o mercado tem se mostrado incapaz de cumprir as funções de integração social e o Estado, sobretudo nos países mais pobres, intervém no processo de produção basicamente e primordialmente para criar as condições de valorização do capital.

Seria possível então pensar em uma “terceira via”, que se posicione entre os mercados privados e a coerção estatal, entre a anarquia individualista e o comunitarismo dogmático? O programa reformista socialdemocrata, uma alternativa relevante no programa de domesticação do capitalismo pautada na intervenção estatal, parece naufragar em sua tentativa de manter o processo de acumulação juntamente com a realização de uma ampla política social. O caráter anárquico do processo econômico e o ciclo das crises que lhe são inerentes afiguram-se inalteráveis. Neste caso, quais seriam as consequências dessa conjuntura para o sistema penal e de que forma esse cenário repleto de obstáculos à emancipação conduz à consolidação de um modelo jurídico-penal que reforça o seu déficit democrático e consolida a deterioração dos direitos humanos?

³⁹⁴ BARBER, Benjamin R. Kann die Demokratie McWorld überleben? Der Mythos von der regulative Kraft des Marktes. In: WEIDENFELD, Werner (Hrsg.). **Demokratie am Wendepunkt: Die demokratische Frage als Projekt des 21. Jahrhunderts**. Berlin: Siedler Verlag, 1996, p. 88.

Tendo em conta a flexibilização das instituições reguladoras do mercado e as reformas profundas dos sistemas laborais e de segurança social empreendida principalmente na Europa e, mais recentemente, em vias de concretização no Brasil, cada vez mais assistimos à perda de poder político dos cidadãos na democracia e à concentração de poder nas mãos dos principais detentores e gestores do capital.

Os riscos à democracia se disseminaram por todo o Ocidente e há quem proclame vivermos atualmente sob as ameaças derivadas da tensão entre duas tendências: jihad e McWorld³⁹⁵. Enquanto a primeira nos empurra para uma “guerra santa” contra qualquer tipo de dependência, a outra nos conclama rumo à globalização dos mercados, à cultura de massa, à expansão comercial. Ambas defendem a liberdade, mas são pouco afeitas ao império da lei e menos ainda à democracia.

As políticas neoliberais e sua tentativa de oferecer uma resposta à crise do Estado de bem-estar não só produziram a desregulamentação do mercado, mas formaram indivíduos adaptados à lógica mercantil. Elas atestam a subordinação a certa racionalidade política e social que Dardot e Laval consideram uma “grande virada” proveniente da adoção geral de uma lógica normativa capaz de integrar e reorientar a política e o comportamento rumo à economia livre e ao Estado forte. Esse redirecionamento no contexto de modificação das medidas reguladoras do capitalismo também indica uma mudança radical no modo de exercício do poder e nas doutrinas que lhe referenciam³⁹⁶.

Essa nova racionalidade, subjacente ao discurso e às práticas neoliberais destinadas a criar as condições políticas aptas a alterar as regras de funcionamento da economia e a transformar as relações sociais, alterou também as práticas de controle social, multiplicando e generalizando essas

³⁹⁵ BARBER, Benjamin R. Kann die Demokratie McWorld überleben? Der Mythos von der regulative Kraft des Marktes. In: WEIDENFELD, Werner (Hrsg.). **Demokratie am Wendepunkt: Die demokratische Frage als Projekt des 21. Jahrhunderts**. Berlin: Siedler Verlag, 1996, p. 81.

³⁹⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **The new way of the world: on neoliberal society**. Brooklyn: Verso, 2013, p. 167-168.

inovações estratégicas como se elas fossem o resultado de uma escolha racional e consensual. Mais do que isso, talvez seja possível falar aqui em um processo de conversão intelectual. Embora não se possa definir um “estrategista” que ordene tais modificações, elas se disseminaram socialmente a partir de uma racionalidade que as impôs como uma espécie de verdade evidente e incontestável.

De todo o exposto e contra o relato hegemônico, o sucesso do neoliberalismo engendrou o aumento da desigualdade de rendimentos e patrimônio nos países do capitalismo democrático. Combinada à profusão desse modelo, verificamos a apatia política que impera em tais democracias, extremamente funcional à consolidação do discurso tecnocrático presente na maioria dos países industrializados, forjado a partir de alguns pressupostos altamente questionáveis, porém, naturalizados por seus defensores.

Da visão tecnocrática, pautada no saber especializado dos *experts*, provém a ideia de que a política deve necessariamente obedecer à lógica dos mercados e adotar medidas racionais, não obstante o sofrimento social (evitável) que estas venham a causar. Nesse contexto, a economia é naturalizada – os eventos obedecem a leis imutáveis e independentes da vontade dos sujeitos – o político se transforma em um simples técnico e os imperativos éticos se desacoplam da política. Diante do fatalismo inerente a essa concepção, a exclusão social e as vítimas do progresso às quais se refere Benjamin, são compreendidas como o resultado iniludível de leis naturais e eticamente neutras e não como o produto de decisões políticas. Na tecnocracia, as opções éticas e políticas são ocultadas e um conhecimento que em certo sentido se assemelha ao darwinismo social sugere que a realidade pode ser modificada com base no cálculo estatístico³⁹⁷. Desconsidera-se, assim, que esse discurso é responsável por construir a própria realidade sobre a qual pretende interferir e eventuais relatos contrários ao discurso hegemônico são apresentados como irracionais ou desprovidos de objetividade.

³⁹⁷ PINZANI, Alessandro. Democracia versus tecnocracia: apatia e participação em sociedades complexas. *Revista Lua Nova*, nº. 89, São Paulo, 2013, p. 160-162.

Sem adentrar, pelo menos por enquanto, nas alternativas para o complexo quadro ora esboçado, é importante notar que a democratização pressupõe a criação de instituições capazes de submeter os mercados a algum tipo de controle social, uma vez que a justiça social jamais será absorvida pela justiça do mercado. Se as promessas não cumpridas do capitalismo democrático não podem ser atribuídas à democracia e eventuais mudanças no modo de produção parecem irrealis e incertas, é necessário refletir então sobre o déficit epistemológico de um discurso que não permite qualquer tipo de autocrítica sobre a cientificidade da sua visão social, econômica e política.

A experiência latino-americana é elucidativa nesse sentido. A adoção do instrumental neoliberal propiciou não somente a valorização do capital e uma desvalorização interna, com degradação dos direitos sociais e precarização do mercado de trabalho, mas promoveu a penalização da precariedade. A estrutura religiosa do capitalismo e a crença no sistema de justiça criminal como único mecanismo de resolução dos conflitos em sociedades marcadamente desiguais atuaram como forças motrizes do encarceramento em massa que, desde a criminologia marxista, apresenta-se como uma das manifestações da relação estrutural entre economia e sistema repressivo, atuando como um recurso que desempenha a função de regulação do excesso de força de trabalho³⁹⁸.

Se por um lado a expansão universal dos mercados é considerada por muitos como uma das conquistas do capitalismo, um cânone do economicamente racional, por outro, a justiça criminal é vista como expressão do processo civilizatório. O paradoxal é que essas conquistas levaram os povos desses países à submissão tácita ao destino determinado pelo mercado e à experiência frívola de destruição por meio da expansão e concentração do poder, antítese do que se espera das democracias contemporâneas, ou seja, inclusão, fragmentação do poder e reconhecimento do outro.

³⁹⁸ DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 48-49.

Para os problemas da ingovernabilidade produzidos pelas crises que assolam os Estados nacionais, quase sempre se apresentam soluções que passam por mais do mesmo: aleatoriedade política e submissão às demandas do mercado. No caso da violência e dos conflitos que, em certa medida, resultam do próprio modelo econômico atual, as respostas também costumam seguir a linhas das reformas econômicas. Em vez de contenção e regulação do poder, verificamos modificações legislativas amparadas pela ideia de eficiência, substrato da “razão tecnocrática moderna”³⁹⁹ e expressão da racionalidade instrumental que norteia o poder punitivo e, sobretudo, o processo penal. Aqui a história também se repete, restrição de direitos fundamentais e expansão do poder punitivo. Eis a ilusão: garantir a paz social apesar da desigualdade crescente e pacificar os conflitos sociais por intermédio da violência institucionalizada e do recrudescimento das leis penais.

Ao adotar a eficiência como elemento constitutivo do sistema penal no controle do crime, a política criminal contemporânea torna altamente funcionais categorias como “crime organizado” e “terrorismo”, incapazes de descrever determinada realidade, mas aptas a projetar mecanismos específicos de controle e a justificar opções teóricas que, no plano processual, propõem medidas como sumarização e aceleração de procedimentos, discussão sobre o custo do processo e da pena e restrição recursal⁴⁰⁰.

Uma vez que o Estado sempre se utilizou de formas simbólicas para legitimar-se e por mais que a teoria política moderna tenha tentado contraditar o ideário religioso medieval e impor novos instrumentos de legitimação derivados do anseio racionalista, não conseguiu abstrair-se de sua ontologia simbólica e dos mitos que sustentam as diversas razões de Estado⁴⁰¹. Assim, o que se nota na

³⁹⁹ RITSERT, Jürgen. **Dimensionen des Vernunftbegriffs in der “Dialektik der Aufklärung”**. Disponível em: <www.ritsert-online.de/download/ratio.pdf>. Acesso em 27 de jun. 2017, p. 07.

⁴⁰⁰ Sobre os efeitos da lógica da eficiência no processo, ver: MORAIS DA ROSA, Alexandre. Processo penal eficiente? Não, obrigado. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴⁰¹ A respeito da eficiência como instrumento de legitimação do poder político, consultar: GABARDO, Ermerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. São Paulo: Manole, 2003.

atualidade é quase a deificação da eficiência, considerada um dos atributos do soberano no trato da *res publica*.

É a ideia de eficiência, consubstanciada em um juízo técnico, que cumpre atualmente o papel de critério primordial de legitimação do poder punitivo e, principalmente, do processo penal. Seja no que diz respeito à atuação dos atores processuais e na pressão imposta pelo cumprimento de metas que valorizam a quantidade em detrimento da qualidade do trabalho realizado, ou no plano da atividade legiferante, marcada por reformas legislativas que, sob a justificativa de reduzir custos, ocasionam a violação de inúmeros direitos e garantias fundamentais que, distante da suposta excepcionalidade, reafirma a permanência da violência institucional.

Não se deve perder de vista que um processo penal eficiente pressupõe redução de custos e de tempo. Mais do que o ingresso dos princípios que regem a economia no sistema de justiça criminal, o que ocorreu na modernidade foi a introdução do tempo no sistema de poder capitalista e no sistema penal. Segundo Foucault, “o tempo é permutado com o poder” e assim como a pena se expressa pela relação do tempo de vida com o poder político, uma repressão do tempo e pelo tempo, a gestão eficiente dos conflitos criminalizados depende atualmente de uma forma específica de exercício do poder que se apropria e se exerce sobre o tempo dos homens⁴⁰².

A inserção de um modelo econômico e social único em todos os países tem levado a resultados diversos no campo do controle social. Embora os danos oriundos da universalização da sociedade de mercado não se restrinjam aos países periféricos, as reformas prescritas pelos tecnocratas neoliberais produzem efeitos devastadores em países praticamente incapazes de proteger os seus povos da imprevisibilidade dos mercados e onde o Estado Social de bem-estar não passa de um simulacro para a maior parte da sociedade.

⁴⁰² FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 66-67.

5.3 O “PURO INUMANO” NO CENTRO DA NOVA ESTÉTICA DO PODER PUNITIVO

O século XX e suas catástrofes propiciaram uma aproximação ainda maior entre arte e história, memória e esquecimento. Adorno articulou em sua filosofia, claramente influenciada pelas tragédias históricas do seu tempo, críticas sociais, estéticas e do conhecimento. Ao apresentar suas ideias, afastou-se da forma sistemática – como também o fizeram autores como Friedrich Schlegel e Walter Benjamin – e optou por ensaios e fragmentos, mais adequados, na visão do autor, à abertura e à transitoriedade necessárias para se pensar a verdade.

Em *Minima Moralia*, uma de suas principais obras, escrita durante o exílio nos Estados Unidos, Adorno expôs esse procedimento antissistemático e exibiu aspectos do humano esquecidos pela tradição humanista. Para Schiller, por exemplo, a arte deveria deleitar o espírito e agradar à liberdade, abstendo-se da apresentação da dor extrema e do sofrimento⁴⁰³. Adorno censura essa perspectiva e insere elementos políticos na arte, cuja liberdade deve servir à (auto)crítica. Se com o advento do fascismo e da barbárie que tomou conta da Europa a liberdade deixou de existir, com a indústria cultural as pessoas foram reduzidas à massa.

É exatamente em virtude de tais modificações históricas que o pensador frankfurtiano assinala em um de seus fragmentos que “o único objecto hoje digno da arte, o puro inumano, subtrai-se a ela no seu excesso e na sua inumanidade”⁴⁰⁴. A arte está condicionada por uma dialética entre o “espiritual” e o “elementar”, antes recalcado; uma dialética negativa, adverte Krohling, despida da síntese positiva e redentora hegeliana, excessivamente idealista e propensa à manutenção do *status* dominante⁴⁰⁵.

⁴⁰³ ADORNO, Theodor. **Minima Moralia**. Lisboa: Edições 70, 2001.

⁴⁰⁴ Idem, p. 137.

⁴⁰⁵ KROHLING, Aloísio. **Dialética e direitos humanos**: múltiplo dialético da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 82.

Na teoria estética de Adorno, o "puro inumano", recalcado pelo campo estético,

passa ao centro de uma nova estética que agora nasce não da tradição retórica da arte como *prodesse et delectare*, ensino e deleite, nem de seus substitutos, como a definição kantiana da arte como uma 'finalidade sem fim', ou ainda, como simples deleite, segundo pretendia a doutrina da 'arte pela arte'⁴⁰⁶.

Agora, após as catástrofes que marcaram o século XX, a arte deve repudiar a pretensão de ser alegre, um mero deleite, em claro antagonismo a Schiller, para assumir um papel ético e político em favor dos "restos" da civilização, daqueles indivíduos que foram abandonados ao sofrimento. Entre as lições da teoria estética de Adorno, destaca-se a imperiosa necessidade de pensar historicamente e rememorar as barbáries que estão na origem das artes. Daí a afirmação de que "toda reificação é um esquecimento"⁴⁰⁷. Retratar e narrar o inumano e não mais o arquétipo do homem burguês, livre e confiante, "a aporia fundamental das artes contemporâneas"⁴⁰⁸.

Na linha de Benjamin, Adorno almeja o despertar para a morte do outro, das vítimas cujo sofrimento tem sido relegado ao esquecimento e que aos poucos foram reinsertadas no centro da cena estética contemporânea⁴⁰⁹. Em virtude de um imperativo ético e político, a teoria estética adorniana retoma o inumano como elemento recalcado na modernidade, cuja expressão máxima e verdadeiro tema estão representados na figura do herói. Para viver a modernidade, aduz Benjamin, é preciso uma formação heroica⁴¹⁰. Sublimam-se, com isso, as paixões e a força da decisão de heróis cuja representação,

⁴⁰⁶ SELIGMANN-SILVA, Márcio. **A atualidade de Walter Benjamin e Theodor W. Adorno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 103.

⁴⁰⁷ HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 108.

⁴⁰⁸ SELIGMANN-SILVA, Márcio. **A atualidade de Walter Benjamin e Theodor W. Adorno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 103.

⁴⁰⁹ Na tentativa de construir um modelo que reafirme a importância dessas vítimas, Delmas-Marty desenvolve o "direito penal do inumano", paradigma que reconhece a humanidade como valor comum a preservar e promover e se propõe a fortalecer a justiça em escala universal. DELMAS-MARTY, Mireille. **Direito penal do inumano**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 84. O problema, a nosso ver, não estaria apenas na pretensão de universalização desse modelo como expressão de uma ética comum, mas na crença de que a institucionalização da violência seria o meio adequado para tanto, bem como na capacidade do direito penal do inumano resistir à tentação do direito penal do inimigo.

⁴¹⁰ BENJAMIN, Walter. **A modernidade e os modernos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000, p.12.

complexa e rica, pode se dar por meio das mais variadas versões, de atletas notáveis e cientistas renomados a ditadores cruéis e participantes de *reality shows* vulgares e decadentes.

O embate por tais representações e a construção imaginária do herói está presente no espetáculo da vida mundana, em temas estereotipados que procuram retratar não apenas as virtudes daqueles que abrem os nossos olhos para o heroísmo, mas também ilustrar a degradação associada à exposição de indivíduos que remetem à inevitável caducidade da vida humana, incapazes de sublimação. Buscamos os nossos heróis a partir de uma opção estética específica e geralmente os encontramos naqueles que dão feição à modernidade.

Essa experiência estética está relacionada com a própria atividade racional e com a construção da realidade a partir de relatos pautados em um modo ético de nos relacionarmos com a condição humana. O espetáculo punitivo também contribui para a criação de uma experiência estética, onde relações de poder combinam discursos, rituais, encenações, representações do crime, para construir um mundo que possui suas próprias narrativas sobre o crime e o castigo.

A narrativa que reconstrói o crime o faz em conexão com a elaboração e reafirmação de identidades, especialmente por meio de oposições binárias como o bom e o mau, o racional e o irracional, o pacífico e o violento. É a partir dessas construções, inseridas em uma conjuntura filosófica, que se desenvolve a “estética do crime”, forjada por aqueles que exercem o poder de articular a narrativa da criminalidade⁴¹¹.

Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo e o funcionamento do sistema penal, verificamos que este sempre produziu e articulou esteticamente o crime e o criminoso. Nas palavras de Zaffaroni, “o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia

⁴¹¹ ALMEIDA, Bruno Rotta. A estética do crime. **Razão e Fé: revista inter e transdisciplinar de teologia, filosofia e bioética**, v. 15, n.º 01, p. 67-83, 2013, p. 81-82.

à condição de pessoas”⁴¹². Esse tratamento, autorizado por lei, tende a tornar-se a regra atualmente e não a exceção. Essa zona de indiferença entre o caos e a situação normal é o que irá caracterizar o estado de exceção ao qual nos referimos anteriormente. A fabricação de inimigos pelo poder punitivo e os consequentes estados de exceção se fazem visíveis em praticamente todo o ocidente.

Na realidade, a diferenciação entre cidadãos e inimigos não é algo recente e nem uma exclusividade do sistema de justiça criminal. Este apenas se apoderou de uma estratégia comum às instâncias políticas de dominação. Dos senhores feudais aos governos democráticos, a proteção de vassalos ou cidadãos contra inimigos internos e externos sempre foi tarefa primordial daquele que detém o monopólio da violência.

Embora louvável, a objeção de muitos penalistas à ideia proposta por Günther Jakobs de tratar determinados indivíduos como “não-pessoas” soa como um discurso vazio, tendo em vista que o direito penal do inimigo já está inserido em praticamente todos os ordenamentos jurídicos e sempre fez parte do processo de racionalização e justificação do próprio sistema penal. Surpreendentemente, o que se nota é que talvez o maior problema não esteja efetivamente na reação frente ao inimigo e nos critérios estipulados para tanto, mas no conceito empregado por Jakobs para essa tarefa. Por isso, adverte Prittwitz, “tivesse ele escolhido outro nome e teria recebido o aplauso de muitos colegas”⁴¹³.

Jakobs trata o direito penal do inimigo como um tipo ideal que sinaliza para uma pacificação deficiente e que, juntamente com o direito penal do cidadão, descreve duas tendências legítimas de um só contexto jurídico-penal. Enquanto para o cidadão a pena é apresentada como contradição, para o inimigo ela representa a eliminação de um perigo. Nota-se, dessa forma, que a proposta do professor alemão está embasada em uma explicação funcional da

⁴¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

⁴¹³ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, mar/abr. 2004, p. 44.

sociedade, que compreende o crime como uma exceção ao convívio social, uma disfunção a ser erradicada por meio do aparato punitivo. Pode-se afirmar, assim, que o arquétipo jurídico do direito penal do inimigo está vinculado à ideologia da defesa social que prevalece no campo penal, herança da escola clássica para o positivismo jurídico-penal. Um dos princípios mais destacados dessa ideologia é exatamente o “princípio do bem e do mal”, responsável por identificar a conduta desviante como um elemento negativo e disfuncional do sistema social, um mal a ser combatido pela sociedade que consubstancia o bem⁴¹⁴. Tal tendência está presente não somente no âmbito do direito material, mas também no direito processual, instrumentalizado com o objetivo de viabilizar a exclusão social do transgressor⁴¹⁵.

Com isso, é evidente que o direito penal do inimigo possui o seu correlato processual, um paradigma que se caracteriza pela adesão à lógica da eficiência e da celeridade. Para Gloeckner, trata-se de um modelo de *crime control* que se assemelha a um esquema totalizante de poder penal que trafega no campo da exceção, legitimada pela perspectiva de combate à criminalidade⁴¹⁶.

Ao analisarmos o modelo proposto por Jakobs, percebemos que ele realmente já está inserido em diversos ordenamentos. No Brasil, por exemplo, são perceptíveis os reflexos do direito penal do inimigo com o intuito de legitimar medidas excepcionais que, na realidade, se tornaram a regra, como ocorre no caso do processo penal em relação ao desmantelamento de garantias processuais, à inversão do ônus da prova, à banalização das prisões cautelares, à restrição do sistema recursal e ao uso do *habeas corpus* sob a justificativa de conferir duração razoável ao processo e maior eficiência à tutela penal, à ausência de fundamentação em inúmeras decisões judiciais, à relativização das nulidades absolutas etc. Como consequência, afirma

⁴¹⁴ Conforme se pode verificar em: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 59 e ss.

⁴¹⁵ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. **HRR-Strafrecht**. Hamburg, Ausgabe 3, März 2004. Disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/hrrs-3-04.pdf>>. Acesso em 04 de jul. 2017, p. 93 e 106.

⁴¹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 284-291.

Neumann, constrói-se um modelo voltado para o combate de perigos e contenção de inimigos no qual (quase) tudo é permitido⁴¹⁷.

Apesar da inegável relevância das diversas críticas feitas ao direito penal do inimigo, aparentemente a despersonalização a qual se refere Jakobs não se trata de algo circunstancial, tampouco mera disfunção na utilização de um modelo jurídico-penal pervertido. Neste ponto, nos afastamos dos autores garantistas e dos penalistas frankfurtianos, uma vez que parecem atribuir a ascensão desse paradigma a um desvio de rota no “grande projeto de esclarecimento da humanidade” e o concebem como um “tropeço” do Estado de Direito⁴¹⁸ que pode e deve ser corrigido.

Ao reconstruirmos a genealogia do sistema de justiça criminal moderno, encontramos a contradição permanente entre a doutrina jurídico-penal que admite e legitima o conceito de inimigo e os princípios que fundam o Estado de direito. Uma vez que a dicotomia amigo/inimigo caracteriza o político e a exceção configura um estado de permanência, a intenção de expurgar esses elementos do direito e do processo penal com o objetivo de retornar à normalidade soa, no mínimo, bastante duvidosa. Discordamos daqueles que defendem o “retorno à normalidade”⁴¹⁹, afinal, quando se trata do poder punitivo, o normal é o panorama da exceção, do insaciável desejo de purificar a ordem social dos inimigos, da operacionalização da ordem jurídica contra os direitos daqueles que foram erradicados das grandes narrativas modernas, o puro inumano adorniano que, ao ser esquecido, vivencia a invisibilidade pública, a morte social.

Como se procurou mostrar até o momento, os elementos antiliberais já estavam presentes nas teorias penais da modernidade, razão pela qual o

⁴¹⁷ NEUMANN, Ulfried. Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, nov./dez. 2007, p. 176.

⁴¹⁸ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, mar/abr. 2004, p. 45.

⁴¹⁹ Entre outros, favoravelmente à possibilidade de impor limites ao processo penal do inimigo: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Juspodivm, 2009.

discurso humanitário racionalista acabou transformando-se em mero mecanismo dissimulador da programação autoritária. Apesar da pretensão de universalização dos direitos humanos avinda da revolução burguesa e da suposta vinculação do direito e do processo penal aos princípios da legalidade e da igualdade, no contexto de um estado de exceção permanente globalmente disseminado, observamos a radical e declarada ruptura com o sistema de garantias constitucionais a partir da ressignificação do inimigo, signo oficial de interpretação e aplicação do direito penal. Nesse sentido, lembra Salo de Carvalho, o Estado de exceção seria a forma estatal correspondente do direito penal do inimigo⁴²⁰.

Embora a inumanidade que está na base da formulação teórica do direito penal do inimigo não seja uma exclusividade do modelo desenvolvido por Jakobs, a perspectiva político-criminal que o projeta tende a redimensionar o sistema penal contemporâneo, fornecendo condições legítimas de expansão do aparato punitivo por meio de uma construção que se sustenta na ficção do pacto social. Ao negar-se a participar do contrato social, o sujeito estaria abdicando de sua personalidade política, perdendo não apenas seus direitos, mas o *status* de pessoa. O abandono permanente das regras impediria o exercício de direitos e autorizaria a supressão das garantias processuais. O problema é que, ao avaliarmos as tendências normativas contemporâneas, Jakobs parece apenas descrever o quadro de normalização da exceção que se espraia por diversos países, sofisticando o arcabouço teórico que permite justificar projetos jurídicos e políticos totalitários.

A busca por civilidade e humanidade implícitas na pacificação dos conflitos por meio do processo e no aprisionamento como condição de transformação psicológica e moral do delinquente cederam lugar a um paradigma que sequer tenta escamotear a noção de hostilidade social típica do século XVIII em relação ao criminoso. Conforme mencionamos anteriormente, mesmo os reformadores daquele período concebiam o desviante como um inimigo social

⁴²⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144-157.

a quem se deveria punir não com o objetivo de reparar o prejuízo causado a outrem, senão para impor uma medida de proteção, de contraguerra.

Não se trata aqui da guerra de todos contra todos como pretendia Hobbes, mas de uma guerra civil contra aquele que, por meio do crime, rompeu com o pacto social. Embora no imaginário social moderno o crime corresponda à reativação provisória da guerra generalizada – daí a necessidade quase intuitiva do processo penal visando restituir a ordem causada pela desordem que é o delito – o aparecimento do poder soberano e o monopólio da violência exercido pelo Estado não foram capazes de expulsar a guerra do seu espaço, mas tão somente a prolongaram por meio da guerra de um contra todos. Em nome da ordem e da paz, o soberano apresenta-se como o detentor legítimo da violência e declara guerra contra o criminoso que passou a ser definido na prática como inimigo social. Uma vez que a punição instalou-se a partir da definição deste como alguém que rompeu com a sociedade e se insurgiu contra o contrato social, a tarefa de rejeitá-lo ou eliminá-lo cabe justamente às instituições que confiscaram o conflito⁴²¹.

Jakobs está ciente disso e assenta a sua teoria na argumentação contratual que trata o delinquente como um inimigo. Contra o desviante que não oferece garantias de um comportamento pessoal sucede a guerra, amparada precisamente pelo direito legítimo dos cidadãos à segurança. Para ele, essa reação aos perigos inerentes ao inimigo social é legítima e empregada, inclusive, em situações de violação aos direitos humanos após revoluções políticas⁴²².

Sua teoria é atraente principalmente porque, assim como o direito penal, ousa demonstrar a fragilização do compromisso social com determinados valores e resgatar e identificar “o bem e o mal”, referências que a crítica iluminista e a racionalidade moderna minaram, desembocando na recusa de qualquer

⁴²¹ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 31-34.

⁴²² JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. **HRR-Strafrecht**. Hamburg, Ausgabe 3, März 2004. Disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/hrrs-3-04.pdf>>. Acesso em 04 de jul. 2017, p. 95.

autoridade ou tradição. Não se trata de solucionar conflitos, mas de retomar valores que foram perdidos, promessas descumpridas pela modernidade.

Nesse sentido, Scheerer assinala que a pena “demarca o mal” e que, contrariamente ao que muitos críticos consideram, sua expressividade, moralidade e autoridade absoluta não são uma prova de sua irracionalidade, mas de uma racionalidade específica. O que supostamente torna a pena legítima não é sua racionalidade instrumental direcionada ao controle de comportamentos, senão, em termos weberianos, a expressividade de uma ação racional referente a valores⁴²³. Em detrimento da preocupação com as consequências advindas dos seus atos, os indivíduos se inspiram na convicção para agir conforme o direito penal. Movido por sistemas de valores universais, o sujeito age segundo o dever, a dignidade, a honra ou mandamentos religiosos. De acordo com o exposto no decorrer deste trabalho, esse comportamento racional-axiológico corresponde justamente às representações simbólicas que contornam a teologia processual à qual nos referimos anteriormente e à vocação metafísica da justiça criminal que abordaremos mais adiante.

Em vários aspectos, o professor de Bonn está correto em seu diagnóstico e até mesmo teorias supostamente contrárias ao arbítrio punitivo e favoráveis à humanização do sistema penal estão agrupadas em torno da emergência do criminoso como o indivíduo que rompeu com a sociedade. Aparentemente, a inumanidade sempre esteve na gênese do sistema penal, no centro da civilização moderna e em seu desejo de dominar o Outro a todo custo. O “puro inumano” recalcado ao qual se referiu Adorno, que sempre esteve ausente das grandes narrativas, dificilmente será esquecido, afinal a barbárie continuamente volta à luz.

⁴²³ SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. **Ethik und Sozialwissenschaften**. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001, p. 75.

6 (RE)PENSANDO A GESTÃO DOS CONFLITOS CRIMINALIZADOS PARA ALÉM DA *INQUISITIO*

6.1 BASES ANTROPOLÓGICAS PARA UMA NOVA PERSPECTIVA DA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Qualquer proposta de transformação do atual modelo de gestão de conflitos no Brasil requer muito mais do que projetos que contemplem meras reformas do processo penal ou implementem práticas alternativas de controle desvinculadas da realidade social brasileira. Embora este seja atualmente um dos temas mais relevantes das ciências criminais, ainda são poucos os trabalhos que realmente se debruçam sobre o problema com a profundidade necessária.

Em nosso país, é muito comum que alguns autores desconsiderem o cenário político-filosófico e se limitem a oferecer respostas “alternativas” eivadas de superficialidade e lastreadas em experiências estrangeiras que, quase sempre, tendem a “colonizar a utilização do novo mecanismo e reduzir significativamente a sua potencialidade”⁴²⁴. Outros, por sua vez, sob o argumento de “humanizar” a justiça criminal, simplesmente permanecem vinculados ao mesmo sistema, à razão punitiva moderna, e se lançam em busca de novos procedimentos e medidas que se limitam a simples reformas, quase sempre adstritas ao plano normativo ou à consciência dos atores processuais. Trata-se de um posicionamento que expressa uma “nítida contradição entre o radicalismo da crítica e a timidez das soluções preconizadas”⁴²⁵.

Em importante trabalho sobre a racionalidade processual, Minor Salas ressalta o caráter mitológico do pensamento processual penal que, em sua visão, é o resultado de um paradoxo imemorial e indissolúvel: a tentativa de satisfazer

⁴²⁴ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267.

⁴²⁵ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 100.

contraditoriamente, por meio da justiça penal, expectativas e esperanças sociais. Não obstante estarmos de acordo com o diagnóstico concernente à contradição apontada pelo autor, seu trabalho segue dois caminhos a nosso ver irreconciliáveis: uma crítica radical de determinado modelo processual e a proposta de uma concepção básica do que ele considera uma teoria realista do processo penal, elaborada a partir da crítica inicial. Diante disso, declara Salas que essa dimensão dissimulada da justiça penal provavelmente jamais será superada. Aos juristas, restaria a tarefa moral de moldar o processo penal em tempos de paz, para que ele não se torne um instrumento de dominação inescrupulosa de alguns grupos privilegiados da sociedade, mas o fundamento para uma coexistência tolerável. Para cumprir essa tarefa social, aduz, seria necessária mais do que uma técnica processual, mas uma filosofia do processo⁴²⁶. A despeito da crítica pertinente à racionalidade processual penal, desconsidera que principalmente (mas não exclusivamente) no caso dos países periféricos, marcados por crises estruturais e pela formação de um Estado parasita e uma sociedade extremamente desigual e violenta, o processo penal dificilmente deixará de ser uma ferramenta a serviço do poder e um mecanismo eficiente de gestão diferenciada da criminalidade.

Mas, afinal, seria realmente possível pensar a administração de conflitos para além da razão punitiva? E quais seriam os fundamentos epistemológicos e antropológicos desse novo modelo de controle social? Se “a prisão, a pena e o direito penal não formam um complexo atemporal”⁴²⁷, quais seriam as estratégias de superação dos conflitos no contexto de dissolução do monopólio punitivo estatal? Apesar de não almejarmos apontar um caminho único para o colapso de um modelo que deriva da própria crise da racionalidade penal moderna, a superação da lógica inquisitiva pressupõe novas respostas a essas questões.

⁴²⁶ SALAS, Minor E. **Kritik des Strafprozessuales Denkens**. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens. München: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 07-10.

⁴²⁷ SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal?. Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCrim/RT, vol. 117, p. 363-372, jan./mar., 2015.

Como pensar a justiça e o homem no atual estágio de desenvolvimento da civilização capitalista industrial? Mais do que isso, quais seriam as bases antropológicas para a implementação de alternativas à justiça criminal nas sociedades periféricas contemporâneas, marcadas pela existência de um “sistema penal subterrâneo”⁴²⁸, forma cruel e complexa de exercício do poder punitivo que se manifesta como desdobramento do sistema penal? Questões que pertencem ao plano da antropologia filosófica e que talvez sejam insolúveis dados os limites desta pesquisa.

Eis o desafio. Pensar a condição humana nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas e condicionadas pelas exigências impostas pelas leis de reprodução do capital que moldam a vida social e, por conseguinte, as relações intersubjetivas. Se nessas sociedades “as instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudadas a partir da perspectiva da luta de classes”⁴²⁹, seria concebível uma definição *a priori* do homem, essência típica de uma antropologia positiva que se lança em busca de um ideal alheio aos constrangimentos da vida social contemporânea?

Para alguns, a infactibilidade dessa proposta levaria necessariamente a caminhos distintos, como, por exemplo, à antropologia negativa desenvolvida por Adorno, caracterizada por abdicar da pura especulação e considerar os atributos que o modo de produção vigente confere ao sujeito. A oposição adorniana a qualquer teoria total do homem revela parte da ambiguidade que marcou a relação da antropologia filosófica com a Escola de Frankfurt, cujos membros estavam comprometidos com a ideia da autorrealização permanente do ser humano na história, o que os levou a rejeitar toda doutrina de características invariantes do homem.

Desde o ponto de vista criminológico, não podemos ignorar que a consolidação do direito e do processo penal modernos possui como pressuposto uma ideia

⁴²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 51.

⁴²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 06.

específica a respeito do ser humano, da sociedade, do crime e da pena. São representações que variam conforme as inúmeras teorias que pretendem explicar a realidade social e, neste caso, a questão criminal. Hobbes, por exemplo, precedeu toda a sua construção política no *Leviatã* de uma investigação sobre o homem, na qual externou concepções éticas e antropológicas caracterizadas por um considerável pessimismo. Para ele, as pessoas são determinadas por seu interesse pessoal, de modo que existiriam na natureza humana três causas principais de discórdia: a competição, a desconfiança e a glória. Isso levaria ao conhecido estado de guerra de todos contra todos, a uma vontade de travar batalha que somente pode ser eliminada pelo soberano onipotente, um deus mortal⁴³⁰.

Outra vertente de pensadores contratualistas que vai de Locke a Rousseau, compartilha uma visão bem mais otimista do ser humano. Partindo de uma concepção individualista, Locke expõe que os homens se uniram no estado de natureza para constituir a sociedade civil e, diferentemente de Hobbes, não vê ali uma situação de guerra e egoísmo. Porém, tendo em vista os riscos que as paixões humanas apresentam para as relações intersubjetivas, Locke defende o contrato social visando à segurança e à tranquilidade necessárias ao gozo da propriedade. Para ele, o soberano existe justamente para garantir os direitos naturais dos homens.

De acordo com Zaffaroni, apesar da multiplicidade de ideias que marca o contratualismo, seus representantes não compreendiam o criminoso como um ser “anormal”, mas alguém que livremente escolheu violar o contrato social e que deveria sofrer as sanções decorrentes dessa transgressão. Em contrapartida, para o “disciplinarismo”, outra grande corrente de pensadores iluministas, o indivíduo delinquente retratava uma situação de anormalidade, fruto da desordem que, mediante a disciplina do corpo, poderia ser novamente ordenado. Com essa vertente, o modelo prisional ganhou prestígio, bem como

⁴³⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2000.

a pretensão de melhorar as pessoas, tão presente na tese da prevenção especial positiva⁴³¹.

Mais uma vez retornando à dimensão do controle social, enquanto a perspectiva favorável à manutenção do sistema jurídico-penal mostra-se consideravelmente pessimista em relação à imagem do homem, aparentemente tanto os abolicionistas quanto aqueles que, de modo geral, pretendem substituir as práticas punitivas estatais por outras formas de censura que prescindem do processo e da pena, demonstram uma visão excessivamente otimista do ser humano.

Não obstante nosso ceticismo em relação ao exercício do poder punitivo, conferir às pessoas o papel principal na criação de espaços democráticos pautados no diálogo e na compreensão mútua requer perceber que essas experiências também podem produzir disfunções graves, com consequências hierarquizantes temerárias e deficientes do ponto de vista do seu resultado. Trata-se de um risco constante, potencializado pelas desigualdades que conformam as sociedades capitalistas contemporâneas. Ainda assim, desde logo preferimos assumir os riscos atinentes às lesões derivadas de experiências caracterizadas pela participação direta dos envolvidos na resolução dos conflitos, a permanecermos arraigados à racionalidade e à “violência inútil”⁴³² do moderno sistema de justiça criminal, um paradigma que desumaniza o homem e transforma a morte em um dos seus postulados.

Apesar das infundáveis concepções sobre a natureza humana, preferimos nos afastar da pergunta sobre a essência do ser humano, aproximando-nos da antropologia negativa traçada por Adorno que se abstinha de um julgamento definitivo sobre a pergunta: o que é o homem? Nosso ceticismo alinha-se aos argumentos de Horkheimer no sentido de evitar estabelecer princípios

⁴³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 69-70.

⁴³² LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

absolutos que propiciem o racional para a ação⁴³³. A crítica do autor frankfurtiano destina-se à relação entre os pressupostos antropológicos e os princípios absolutos que atuam como mecanismos legitimadores da soberania. Ele ressalta que a força e o perigo da antropologia filosófica residem no absoluto de suas respostas e que os pressupostos sobre o homem são instrumentos poderosos para a constituição da substância moral da sociedade.

Nesse sentido, acreditamos que um modelo realmente inovador de gestão dos conflitos criminalizados deveria abdicar do conceito de essência, uma vez que a universalidade das coisas nunca pode ser perfeitamente representada por sua existência particular. Essa ideia de uma determinação histórica geral do homem, implícita no conceito de essência humana, é precisamente o que Horkheimer rejeita. Na esteira do pensamento frankfurtiano, a Teoria Crítica

não fornece as bases para o sentido e um propósito eterno. [...] Uma teoria livre de ilusões só pode conceber o propósito humano negativamente e revela as contradições inerentes entre as condições de existência e tudo o que as grandes filosofias postularam como um propósito⁴³⁴.

Falar negativamente sobre o ser humano significa não prescrever o que pode ou deve ser, mas expor o que falta sob as condições sociais prevalentes. Apesar de algumas referências importantes, porém não exclusivas para esse trabalho filosófico, incluírem a privação de direitos, a desigualdade econômica e outras dificuldades similares, assim como a história não se consubstancia num *continuum* de progresso e evolução, também não se restringe à miséria e à destruição.

Por fim, é necessário reconhecer que nosso ceticismo quanto à definição do ser humano a partir de um determinado perfil filosófico ainda nos permite certa dose de antropologia positiva em termos benjaminianos, isto é, a fim de mobilizar os esforços de revoluções fracassadas para o presente e canalizá-las em prol da transformação social. Ainda assim, trata-se de uma perspectiva que

⁴³³ HORKHEIMER, Max. Remarks on Philosophical Anthropology. In: **Between Philosophy and Social Science**. Selected Early Writings. Cambridge: MIT Press, 1995, p. 153-154.

⁴³⁴ Idem, p. 156-157.

não se baseia numa visão otimista ou pessimista da natureza inata do homem, mas, na linha do pensamento de Franz Neumann, numa “visão agnóstica”⁴³⁵, que acredita na sociedade civil e nos direitos humanos. Se o otimismo excessivo no tocante à natureza humana pode conduzir ao anarquismo e o pessimismo irremediável pode desembocar no absolutismo, melhor seria aderir a uma visão que nos leve a um Estado democrático e à consequente democratização da justiça.

6.2 CETICISMO, HUMANISMO E FRAGMENTAÇÃO DO PODER: A RUPTURA COM A RAZÃO PUNITIVA E A VOCAÇÃO METAFÍSICA DA JUSTIÇA PENAL

Segundo Agnes Heller, a modernidade não possui fundamento, pois ela nasce da destruição de todos os fundamentos. Constituída a partir da ideia de liberdade, a modernidade está firmada no paradoxo de um fundamento que não se presta para tanto, o que favorece a busca por bases mais sólidas e seguras. Em meio a essa busca, o fundamentalismo se abre como um caminho estável e repleto de certezas, seguro para alguns, mas inseguro para as nossas liberdades. Assim, na opinião de Heller, “a dinâmica da modernidade pode ter livre trânsito como um discurso radicalmente niilista, como também pode terminar como um fundamentalismo”⁴³⁶.

Todos os documentos fundacionais modernos, como as Constituições, apresentam a liberdade como seu principal alicerce, um fundamento que, na visão da autora, não existe. Para expressar esse paradoxo, ela utiliza a palavra alemã *Grund* (em algumas traduções possíveis, fundamento, chão) e destaca que desta se constrói o termo *Abgrund* (abismo). Se por um lado a modernidade libertou o ser humano de certas amarras, de fundamentos antigos

⁴³⁵ JAY, Martin. **A imaginação dialética**: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 199.

⁴³⁶ HELLER, Agnes. The Three Logics of Modernity and the Double Bind of the Modern Imagination. In: RUNDELL, John. **Aesthetics and modernity**. Essays by Agnes Heller. New York, Toronto, Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 141-157.

e sólidos – as estruturas pré-modernas destruídas pela modernidade –, por outro, ela estabeleceu um novo princípio fundante, equivalente ao abismo, ou seja, à falta de fundamento⁴³⁷. E é exatamente sobre o abismo que o processo penal moderno está alicerçado. Constituídos a partir do arranjo social moderno, isto é, em oportunidades livres e iguais, tanto o processo quanto a justiça criminal estão alicerçados em meras ilusões.

Conquanto não seja percebido como tal ou mesmo que o paradoxo moderno seja negado, o mundo no qual a liberdade não consegue ser fundante “permanece um mundo sem fundações, um mundo que precisa continuamente reinventar a si mesmo”. Do mesmo modo, a justiça encontra-se diante da premente necessidade de se reinventar ininterruptamente. Mas para onde ir? Insistiremos na dinâmica moderna e revitalizaremos a justiça criminal por meio do renovado processo de negação com o qual se mantém a própria modernidade ou formularemos um contraponto à civilização moderna e construiremos a “utopia do futuro”⁴³⁸?

O desafio para a teoria que, conforme pretendia Bloch, se ancora na utopia como consciência emancipatória, reside principalmente na possibilidade de desvendar a origem e superar aquilo que a Teoria Crítica compartilha e considera o caráter patológico da sociedade contemporânea. Isso inclui a imperiosa necessidade de definir um parâmetro normativo do que seria o não patológico e, implicitamente, estabelecer as condições de possibilidade da autorrealização individual. Apoiada principalmente em Habermas, a crítica frankfurtiana mais recente tende a associar essas patologias a um déficit de racionalidade vinculado à organização social característica do capitalismo, de modo que somente seria possível ultrapassá-las por meio da mesma

⁴³⁷ HELLER, Agnes. The Three Logics of Modernity and the Double Bind of the Modern Imagination. In: RUNDELL, John. **Aesthetics and modernity**. Essays by Agnes Heller. New York, Toronto, Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 141-157.

⁴³⁸ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 11.

racionalidade cujo desenvolvimento foi obstaculizado e se expressa no sofrimento humano⁴³⁹.

Embora não tenhamos a pretensão de fornecer neste trabalho respostas ao complexo problema atinente às patologias ou à irracionalidade da sociedade capitalista, assumimos como ponto de partida a mencionada crítica da realidade social para apresentar uma reflexão teórica apta a produzir alternativas ao binômio processo-pena, modelo que também expressa o caráter patológico dessa sociedade.

Somos, todavia, pouco otimistas quanto à possibilidade de que essa transformação venha a acontecer em um futuro próximo ou de que uma nova racionalidade venha a se sobrepor à racionalidade penal moderna, muito menos que sejamos capazes de construir uma “teoria da justiça” inovadora que, para autores como Naucke, significa assumir uma visão científica do direito, não metafísica, não política, e embasada no conhecimento de especialistas. A quebra do consenso⁴⁴⁰ em torno da legitimidade do sistema de justiça criminal requer, além de um elevado grau de sensibilidade moral que permita compreender a injustiça causada aos sujeitos oprimidos por esse modelo, a ruptura com os históricos modelos metafísicos de limitação do poder, tendo em vista que a complexa tarefa de legitimar o direito penal implica em uma “metafísica do direito”⁴⁴¹. O discurso jurídico-penal alcançou em nossa

⁴³⁹ HONNETH, Axel. Eine soziale Pathologie der Vernunft: zur intellektuellen Erbschaft des Kritischen Theorie. In: **Pathologien der Vernunft: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.

⁴⁴⁰ A este respeito, Lüderssen contrapõe à legitimação por meio do consenso algumas afirmações provenientes de interpretações diversas daquela que sustenta o discurso hegemônico e declara que: a) a proteção de bens jurídicos não consiste na verdadeira função do direito penal (conforme já apontara Fritz Sack); b) a questão da legitimação está apenas no campo da metafísica (nesse sentido, Naucke); c) processo penal é teatro; d) precisamos de instituições completamente distintas para lidar com os comportamentos desviantes. LÜDERSEN, Klaus. **Kriminologie: Einführung in die Probleme**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984, p. 60.

⁴⁴¹ De acordo com Naucke, a história da metafísica do direito produziu quatro modelos de limitação do poder, dos interesses e desejos: a) Idealismo jurídico (ideias eternas como critérios de justiça); b) Teologia jurídica (a vontade de Deus como critério de justiça); c) Filosofia jurídica cientificamente comprovada (a pura razão humana como critério de justiça); d) Filosofia jurídica como filosofia da história (desenvolvimentos históricos necessários como critérios de justiça). NAUCKE, Wolfgang. **Rechtsphilosophische Grundbegriffe**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1986, p. 167-174.

sociedade tamanha primazia institucionalmente assegurada, que outros relatos acabam ficando excluídos permanentemente da articulação social. Neste ponto, esclarece Honneth, para salvar esse desacordo “mudo” do perigo do esquecimento, é necessária uma atitude político-ética que ajude a articulação da parte divergente e socialmente suprimida⁴⁴².

A abertura a discursos excluídos surge então como a meta normativa de uma ética filosófica que não se conforma com a dominação social de um relato que se impõe como “a verdade”. Não obstante nossa perspectiva esteja estruturada sobre uma “crítica negativa”⁴⁴³ do poder punitivo, cética quanto ao marco de referência da justiça penal – o que impõe severos limites à formulação de alternativas futuras – nos orientamos no sentido de evitar os perigos de uma indiferença ética, afinal, todo intento de expor a exclusão e a violência provenientes da consagração de um sistema de pensamento particular leva inevitavelmente à apresentação de conclusões éticas⁴⁴⁴.

Assim sendo, em meio à atual conjuntura histórica e social, destacamos a premente necessidade de elaborar perspectivas éticas dissociadas da pretensão de universalidade e perenidade, condicionadas, portanto, por sua temporalidade e arbitrariedade. Como escreve Scheerer, “as críticas abolicionistas, apesar de sua negatividade, não carecem de força mobilizadora. [...] Com suas análises radicais, o pensamento abolicionista não oferece ‘soluções’, senão uma variedade de opções para enfoques alternativos”⁴⁴⁵.

A nosso ver, portanto, a ruptura com a razão punitiva desde uma perspectiva negativa do poder não implica em encontrar soluções para certos problemas, mas ter em mira alternativas ao estado de coisas que, neste caso, não sejam a

⁴⁴² HONNETH, Axel. Das Andere der Gerechtigkeit. Habermas und die Herausforderung der poststrukturalistischen Ethik. In: **Das andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 139.

⁴⁴³ SCHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 21-22.

⁴⁴⁴ HONNETH, Axel. Das Andere der Gerechtigkeit. Habermas und die Herausforderung der poststrukturalistischen Ethik. **Das andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 134.

⁴⁴⁵ SCHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 25-26.

negação abstrata da modernidade e da justiça, senão a sua negação determinada, o que ocasionaria concomitantemente a preservação de suas conquistas mais relevantes e a sua superação por uma forma superior de cultura e de controle social⁴⁴⁶. Ao falarmos em alternativas, o fazemos com o intuito de evitar uma postura dogmática em relação à verdade, uma vez que, no contexto epistemológico, a consideramos finita e transitória.

Assim, entendemos que eventuais alternativas ao processo penal demandam alguns pontos de partida, como o mencionado ceticismo em relação à justiça criminal. Esse elemento é diretamente proporcional ao grau de tolerância e sugere “a convicção de que há sempre pontos de vista diferentes para todas as questões humanas e que a verdade não está ao alcance da comunicação”. Essa atitude de relativização das verdades alheias e das próprias visões de mundo é um pressuposto correlato ao humanismo, tendo em vista que este sempre apareceu associado à ideia de tolerância⁴⁴⁷.

A criação de novas estratégias de controle social, mais democráticas e humanas, passa pela redução do poder estatal e pela consolidação de uma ética de inclusão e tolerância, reconhecendo que todos os eventos percebidos admitem interpretações diversas. Embora não sejamos completamente céticos quanto à ideia de verdade, pelo menos não do ponto de vista ético, é necessário estabelecer como premissa de qualquer projeto de justiça a “dúvida saudável” a qual se refere Adeodato⁴⁴⁸. Mesmo em relação às opções éticas esboçadas no percurso deste trabalho, nossa proposta procura evitar a adoção de verdades pré-estabelecidas, isoladas temporalmente e espacialmente de seu contexto.

O projeto de reconfiguração da gestão de conflitos em todos os seus níveis reflete também o problema da vocação metafísica da justiça penal, fomentada

⁴⁴⁶ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 268.

⁴⁴⁷ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120-121.

⁴⁴⁸ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 70-71.

pela lógica inquisitiva que forjou o processo penal moderno. A abdicação da secularização no campo das punibilidades contribuiu para a rejeição da historicidade do fato criminalizado e para a consecução da essência criminal a ser anulada ou neutralizada em nome da tetralogia dos valores morais (metafísicos) que moldam o sistema penal da modernidade: o bom (valor penal), o belo (valor criminológico), o verdadeiro (valor processual) e o justo (valor jurídico)⁴⁴⁹. Esses valores morais favorecem a elaboração de argumentos que restringem a noção de humanidade e justificam atualmente a manutenção de subsistemas pautados em categorias como as desenvolvidas por Jakobs em seu direito penal do inimigo.

Assim, o abandono do paradigma crime-processo-pena passa, necessariamente, pela superação da concepção metafísica que configura a justiça criminal. Impõe a recusa da verdade como valor processual e a adoção de uma perspectiva que evoca a tolerância como postura ética para lidar com os conflitos. Se o direito deve garantir ao máximo a pluralidade de opiniões e combater a intolerância como condição de possibilidade para concretizar a democracia, só podemos admitir a construção de alternativas democráticas no campo da administração de conflitos para além do processo penal.

6.3 A REDEFINIÇÃO DA JUSTIÇA A PARTIR DO DIÁLOGO: CONSENSO, CONFLITO E A SUPERAÇÃO DO DÉFICIT COMUNICATIVO DO PROCESSO PENAL

A pretensão de humanizar a justiça criminal parece uma ideia pouco promissora. Contudo, foi justamente essa demanda que motivou a criação de inúmeros programas voltados para a elaboração de modelos alternativos de gestão dos conflitos em diversos países, como ocorre, por exemplo, com a justiça restaurativa e a mediação entre vítimas e ofensores. Embora relevantes, esses paradigmas ainda enfrentam considerável resistência no interior do

⁴⁴⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 109.

sistema de justiça criminal tradicional, sobretudo por parte dos agentes estatais que, aprisionados à “jaula de aço” do modelo retributivo, permanecem favoráveis a abordagens mais focadas na punição do que em processos restaurativos. Incapazes de romper com a racionalidade penal moderna, formados a partir da epistemologia inquisitiva que alicerça o processo penal contemporâneo, os operadores do direito tendem a demonstrar um forte preconceito em relação a práticas alternativas à justiça retributiva e quando muito, mostram-se favoráveis a tais práticas como uma estratégia ou uma abordagem da justiça criminal centrada na vítima e com um propósito punitivo. Essa postura revela um dos maiores riscos para projetos inovadores de gestão dos conflitos criminalizados, ou seja, a sua colonização pelo sistema de justiça criminal. Conforme destacou Christie, na solução de conflitos a especialização é o principal inimigo⁴⁵⁰.

O tratamento diferenciado de conflitos sociais não depende da mera alteração do ordenamento jurídico-penal, de reformas legislativas, mas acima de tudo de uma nova forma de enxergar e compreender os eventos criminalizados. Contrariamente a algumas propostas ditas “alternativas”, não se trata de criar penas diferenciadas ou medidas substitutivas das prisões cautelares que, no final das contas, apenas contribuem para ampliar e sofisticar o aparato punitivo.

Se o sistema de justiça criminal reafirma diariamente a sua insaciável obsessão pela verdade e negligencia o conhecimento sobre as partes, os modelos alternativos são desenvolvidos com o objetivo de produzir tal conhecimento e coletar o máximo de informação possível sobre os atores envolvidos no conflito. Em vez de preocupar-se com a solução dos conflitos por meio de uma resposta punitiva que anula a vítima e coisifica o ofensor, as práticas restaurativas administram o conflito a partir da valorização de interações sociais concretas.

⁴⁵⁰ CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**. Vol. 17, n. 01, p. 01-15, London, 1977, p.11.

Em relação ao processo penal e às expectativas de justiça da vítima⁴⁵¹, a ausência de uma participação ativa dos sujeitos envolvidos no conflito, com a consequente castração do diálogo, praticamente impede a reparação do dano causado pelo evento criminalizado para além da imposição de uma pena ao infrator ou de eventuais compensações de natureza pecuniária. Para que seja possível a “reparação simbólica”, torna-se necessário revisar postulados que estão na base do moderno sistema de justiça criminal. Nessa perspectiva, mais do que técnicas inovadoras ou alternativas de resolução dos conflitos, é fundamental buscar um “novo paradigma de justiça”, não mais alicerçado no resultado, mas na participação da vítima e do ofensor⁴⁵².

Uma nova maneira de ver as condutas desviantes e os meios de lidar com elas requer uma percepção distinta dos conflitos, não mais vistos como algo necessariamente e exclusivamente negativo, mas potencialmente positivo, capaz de produzir transformações sociais importantes. Obviamente, a vida em sociedade é marcada por diversas espécies de conflitos e o excesso deles pode causar danos indesejáveis. Ainda assim, sublinha Christie, em nossas sociedades, conflitos são mais escassos do que a propriedade e imensamente mais valiosos⁴⁵³. Seu valor consiste principalmente no potencial para a atividade e a participação, algo que o moderno sistema de controle social desconsidera, responsável por oferecer soluções verticais e paternalistas por meio de métodos que segregam os envolvidos e impedem o diálogo. Desde essa perspectiva, sugere Ruggiero, os sistemas alternativos deveriam ser

⁴⁵¹ Um possível ponto de partida a respeito dos interesses e necessidades típicos das vítimas, bem como dos limites intrínsecos ao processo penal e à pena quanto à satisfação de cada um deles, pode ser encontrado em pesquisas desenvolvidas no campo da vitimologia. De acordo com Meier, as demandas das vítimas podem variar conforme o caso, mas geralmente gravitam em torno da necessidade comum de conversar sobre o evento, da proteção contra uma nova vitimização, do seu reconhecimento como “vítima” no contexto da relação conflituosa, da reparação material pelo prejuízo quando possível, da punição do autor do fato (sobretudo em crimes mais graves, normalmente vinculados à produção de danos físicos ou psíquicos) e, finalmente, da possibilidade de esquecer o evento e retornar à normalidade. MEIER, Bernd-Dieter. **Kriminologie**. München: Verlag C.H. Beck, 2007, p. 217-218.

⁴⁵² GIAMBERARDINO, André. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 154-155.

⁴⁵³ CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**. Vol. 17, n. 01, p. 01-15, London, 1977, p. 07.

organizados de modo que os crimes sejam facilmente vistos como expressões de um conflito de interesses⁴⁵⁴.

Uma das principais estratégias, talvez a mais importante, com o objetivo de produzir conhecimento sobre situações problemáticas é o diálogo, passível de oferecer maior percepção de efetiva resolução dos conflitos e saciedade moral para os atores envolvidos. Quanto mais nos aproximarmos das condições daquilo que Habermas considera uma comunicação livre de constrangimentos, mais perto estaremos de um “diálogo respeitoso”⁴⁵⁵ que irá convergir para o consenso sobre a nocividade da violência. No entanto, ante as gritantes assimetrias sociais de países periféricos como o Brasil, devemos supor as enormes dificuldades para a criação das condições que permitam aos indivíduos estabelecer uma ação comunicativa orientada para a compreensão.

No plano processual isso se torna ainda menos factível, uma vez que no processo penal moderno, cujo lugar de origem está no inquérito como forma de pesquisa da verdade no interior da ordem jurídica, “a comunicação é dirigida e dominada unilateralmente”, de modo que a forma ideal à qual se refere Habermas dificilmente poderia ser concretizada dentro de um instituto jurídico pouco afeito à qualidade da comunicação das partes. Neste caso, a imagem projetada pela teoria habermasiana quanto à situação ideal para o diálogo e à produção do consenso acaba cedendo lugar ao que Hassemer chamou de “utilização ordenada da dissensão”⁴⁵⁶, mais adequada a um paradigma que se funda em relações de poder e gira em torno de interesses contrapostos que, por sua vez, estimulam o engodo e a manipulação.

As condições básicas a serem consideradas para uma comunicação livre de constrangimentos revelam o abismo profundo entre esse discurso e aquele institucionalizado pelo processo penal, o que nos conduz à seguinte conclusão:

⁴⁵⁴ RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative justice. **International Journal of Law, Crime and Justice**. Vol. 39. London, 2011, p. 107.

⁴⁵⁵ BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. Oxford: University Press, 2002, p. 11.

⁴⁵⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 184.

aceitar o déficit comunicativo do processo penal (o que não implica em anuir à ideia de que o institucional seja sempre um modo deficiente, embora lhe falte a idealidade e a radicalidade da teoria do discurso livre de dominação) ou abolir o processo penal.

Apesar das dificuldades quanto à materialização dessas condições, o estabelecimento de uma ética dialógica que promova o exercício do diálogo poderia acarretar profundas mudanças no processo social de negociação e na resolução de conflitos criminalizados. A perseguição dessa estratégia não deve obscurecer uma outra constatação importante: uma justiça dialogal e relacional assenta-se não apenas no compromisso com o entendimento, mas na assunção da pluralidade e do potencial desentendimento inerente a toda e qualquer situação conflituosa.

Acreditamos que o valor do conflito reside na recuperação de um papel ativo dos cidadãos no sistema de justiça e não necessariamente na busca pelo consenso racional ao qual se refere Habermas. Semelhantemente, discordamos daqueles que sustentam ser essa atividade comunicativa no plano da resolução de conflitos um caminho necessário para a interpretação do conflito que produza uma solução capaz de levar ao consenso⁴⁵⁷. Nesse caso, “o objetivo da justiça não seria gerar consenso, mas assumir pacificamente a existência do indecível”⁴⁵⁸.

Embora o excesso de tensões eventualmente possa conduzir a um quadro de fragmentação social e a orientação para o conflito reforce a ideia de que cada reivindicação contém uma faculdade de ordem e harmonia⁴⁵⁹, no final das contas o mais importante no que diz respeito à administração de conflitos penais é o empoderamento dos indivíduos e não do Estado, no sentido de

⁴⁵⁷ Contrariamente a nossa posição: SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 65.

⁴⁵⁸ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 190.

⁴⁵⁹ ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47-48.

construir alternativas capazes de reduzir os danos provenientes do incremento do paradigma punitivo.

Redefinir a gestão de conflitos e o papel da justiça criminal a partir do diálogo implica em superar um duplo déficit comunicativo: “entre os cidadãos trazidos para a cena como vítima e ofensor e entre o sistema de justiça e eles, cada vez mais alienados ao processo de resolução dos seus conflitos”⁴⁶⁰. Os rituais, as cerimônias degradantes do processo penal, fomentam a coisificação tanto dos ofensores quanto das vítimas. Se por um lado o réu experimenta o influxo do combate ao inimigo, muitas vezes justificado por um garantismo integral, positivo ou social, inconsistente do ponto de vista epistemológico, a vítima também sente as mazelas de um sistema que provoca a invisibilidade social, evidenciada, paradoxalmente, pela supressão de formas de expressão enfáticas⁴⁶¹.

Adicionamos aqui outro elemento indispensável relacionado à superação do déficit comunicativo da justiça penal por meio do diálogo. O restabelecimento da comunicação entre os sujeitos pode ser um mecanismo fundamental para eliminar a invisibilidade pública e retomar as relações de reciprocidade e reconhecimento mútuo, possibilidade que iremos analisar mais à frente.

Modelos forjados a partir do diálogo livre e mediado propiciam a aproximação entre as pessoas e distanciam-se das arbitrariedades decorrentes da preocupação com a definição da verdade (intolerante) no processo penal. O confronto entre vítima e ofensor distingue-se do binômio crime-castigo e visa reestabelecer a comunicação entre os indivíduos, instaurando o debate que recupera a centralidade da comunidade e reduz a significação do Estado.

Estamos diante de uma perspectiva que requer uma releitura do crime e do comportamento desviante. O conflito deixa de ser visto como uma patologia

⁴⁶⁰ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

⁴⁶¹ HONNETH, Axel. Invisibilidad. Sobre la epistemología moral del reconocimiento. In: **La sociedad del desprecio**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 169.

social de um direito percebido como sistema de ordem, para ser percebido como um fator de criação e renovação da sociedade⁴⁶². Da mesma forma, o crime, já não é mais percebido como um mal a ser combatido, um dano à sociedade, mas como “um conflito que provoca a ruptura de expectativas sociais compartilhadas”⁴⁶³. Essa perspectiva permite resgatar a dimensão histórica do fenômeno criminal e abdicar da tese da universalidade do delito e da reação punitiva.

Nesse contexto, o conflito que foi confiscado pelo Estado e seria elidido pelo processo penal deve ser devolvido aos indivíduos, afinal, “é através do conflito que eles poderão ser reconhecidos pelos outros”⁴⁶⁴. Não obstante ele possa vir a ser destruidor, também possui a capacidade de ser construtivo, funcionando como base da interação social e possibilidade do reconhecimento intersubjetivo mediante o exercício do discurso e da ação em um espaço comum compartilhado⁴⁶⁵.

Esse debate, que para autores como Dahrendorf e Habermas pressupõe a ideia de racionalidade, requisito questionável, restaura a dimensão relacional da justiça, opondo-se ao ato burocrático da qual a sentença penal é a mais pura expressão. Hulsman e de Celis sublinham que o papel atribuído ao juiz pelo sistema penal o impermeabiliza contra qualquer aproximação humana⁴⁶⁶, o que remete ao alerta feito por Hannah Arendt ao declarar que faz parte da natureza de toda burocracia transformar homens em meras engrenagens, desumanizando-os⁴⁶⁷. Como se pode perceber, contrariamente à perspectiva

⁴⁶² ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47-48.

⁴⁶³ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 64.

⁴⁶⁴ CARVALHO, Thiago Fabres de. A criminologia da não violência: o imaginário punitivo de um abril despedaçado. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106-107.

⁴⁶⁵ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

⁴⁶⁶ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 77.

⁴⁶⁷ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 312-313.

comunicativa relacional, o processo penal jamais criará as condições para um ambiente livre e plural⁴⁶⁸, produzindo a despersonalização não somente dos ofensores, mas também dos agentes que, concebidos como engrenagens, também acabam sendo coisificados.

Contudo, ao afirmar que compete à grandeza dos procedimentos da justiça humanizar o “dente de engrenagem”, de maneira a torná-lo uma pessoa novamente⁴⁶⁹, Arendt esboça uma narrativa excessivamente otimista e distante da realidade atinente ao funcionamento do sistema penal. A esperança de humanização conjunta no placo da justiça criminal indica uma expectativa que vai de encontro às funções reais desempenhadas pelo processo penal e um sonho quase pueril. Reconhecimento, tutela dos direitos humanos, restauração dos laços rompidos pelo crime, tomada de consciência, pacificação social, entrave da vingança, certezas estilhaçadas pelas críticas filosófica e criminológica. Conforme procuramos mostrar neste trabalho, longe da reconstrução das pessoas e das relações, o sistema penal aniquila inimigos por intermédio da punição. A justiça penal moderna não admite o reconhecimento e a reumanização porque opera a partir de uma lógica distinta, que suprime o diálogo e o encontro, o confronto.

Desde a célebre obra de Beccaria, que associava a pena e a punição ao bem-estar comum, a racionalidade penal não permite fomentar a “solidariedade discursiva”⁴⁷⁰ a partir da expressão de desacordos que são praticamente inevitáveis. Seus rituais e cerimônias não celebram a vida ou a dignidade humana, mas exaltam a morte por meio da violência inerente à castração da palavra. Conforme assevera Müller, “violentar é sempre fazer calar, e privar o

⁴⁶⁸ Apesar de falamos em liberdade e pluralidade, não acreditamos na hipótese habermasiana defendida por Sica e outros autores que propugnam pelo modelo restaurativo, da existência de uma “situação ideal de fala”, um ambiente livre de coerções e ameaças quanto à gestão de conflitos criminalizados. Embora reprováveis moralmente, coerções e ameaças são estratégias muitas vezes funcionais à resolução dos conflitos, além de inerentes a qualquer sistema resolutivo que se insere no contexto de sociedades fragmentadas e excludentes.

⁴⁶⁹ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 312-313.

⁴⁷⁰ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**: para uma justiça internacional. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 189-191.

homem de sua palavra é já privá-lo de sua vida”⁴⁷¹. Por isso, torna-se imprescindível resgatar o “trunfo do diálogo”⁴⁷² mediante modelos distintos e compreender que a argumentação é a forma de comunicação da sociedade democrática⁴⁷³.

Nesse aspecto, qual seria então a contribuição da justiça? O que se espera dela é a troca regulada de argumentos que possam conduzir a uma gestão democratizada dos conflitos, um palco para representar o acontecimento. A confrontação entre os indivíduos em desacordo não requer a severidade límpida da máquina judicial para organizar o caos. É propor uma catarse mediante formas que ofereçam a oportunidade para a emancipação do ofensor e da vítima em relação ao conflito. Para além das garantias ilusórias do garantismo penal num quadro punitivo exacerbado⁴⁷⁴, o que se espera da justiça é reativar o conflito pela última vez e permitir o diálogo que leva ao reconhecimento intersubjetivo. E isso, a despeito das teorias da pena e do processo, a justiça retributiva não pode oferecer⁴⁷⁵.

6.4 PERCURSO DO RECONHECIMENTO: A TOLERÂNCIA COMO EXIGÊNCIA ÉTICA PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DEMOCRÁTICO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS CRIMINAIS

A crescente complexidade social da modernidade aponta para o desaparecimento das bases morais comuns e para a dissociação entre as

⁴⁷¹ MÜLLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência**: percurso filosófico. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 30.

⁴⁷² GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 195.

⁴⁷³ NEUMANN, Ulfrid. **Wahrheit statt Autorität**: Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht. Disponível em: <http://edoc.bbaw.de/volltexte/2011/2114/pdf/14_369_384_Neumann.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013, p. 384.

⁴⁷⁴ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 135.

⁴⁷⁵ Opondo-se parcialmente a esta análise, Garapon acredita que o processo penal fornece condições para essa catarse judiciária e pode ser um instrumento de reconhecimento em virtude do caráter eminentemente simbólico da justiça criminal.

ideias de direito e justiça. Com a supressão do “evidente ético” decorrente da emancipação do direito em relação à moral, à religião e a outras ordens normativas, a resolução dos conflitos sociais depende, cada vez mais, do direito positivo. A sobrecarga de demandas do direito surge, portanto, como resultado desse processo de acirramento da complexidade social que caracteriza a modernidade. Ante a constatação da impossibilidade de encontrar perspectivas universais que sejam capazes de solucionar os inúmeros dilemas da sociedade contemporânea, Adeodato registra que “é ilusório e disfuncional um conceito de fundamento ético, direitos subjetivos, direitos humanos ou dignidade da pessoa humana, que esteja fora do direito positivo e a ele superior”⁴⁷⁶.

Apesar do abandono da ideia de uma justiça em si, das transformações sociais provenientes do mencionado esvaziamento do conteúdo axiológico, o que se propõe é refletir sobre a dimensão relacional da justiça a partir de determinadas concepções éticas. Nesse sentido, pretende-se delinear os pressupostos do direito como estrutura relacional que, além de “se preocupar com a vítima, preocupa-se com o agressor, definindo uma justa distância entre ambos: o direito não é o que se pode exercer contra os outros, mas o que todos tem o direito de exercer”⁴⁷⁷. Embora adotemos em nossa análise uma concepção específica sobre a justiça e o direito, ela não se pauta em um fundamento ético, “um direito justo e verdadeiro por trás das aparências”⁴⁷⁸, senão numa perspectiva tolerante para com outras visões de mundo.

A questão que se coloca neste momento refere-se à superação da violência e reificação subjacentes à castração da palavra pelo sistema de justiça criminal e à possibilidade de consolidar estratégias capazes de democratizar a gestão de conflitos criminalizados a partir da tolerância e do diálogo. Nossa preocupação

⁴⁷⁶ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-35.

⁴⁷⁷ CARVALHO, Thiago Fabres de. A criminologia da não violência: o imaginário punitivo de um abril despedaçado. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 152.

⁴⁷⁸ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

é viabilizar a efetiva participação daqueles que se contrapõem em meio a essa relação conflituosa e dissociá-los do paternalismo e da verticalidade do sistema penal. Diante disso, algumas questões precisam ser respondidas: no contexto brasileiro, quais seriam as estratégias viáveis para a democratização da gestão de conflitos criminalizados? De que forma a ética da tolerância poderia contribuir para a construção de modelos alternativos de justiça aptos a efetivar os direitos fundamentais e a propiciar o reconhecimento dos indivíduos envolvidos no conflito?

Não estamos aqui a defender a existência de modelos prontos e acabados, mas acreditamos que uma melhor administração de conflitos requer, em primeiro lugar, certa dose de ceticismo em relação às funções do direito e do processo penal e ao paternalismo das instituições. Desconfiar da bondade do poder punitivo e dos discursos que concentram a solução dos conflitos intersubjetivos no paradigma processual sancionatório é uma premissa indispensável para que alternativas viáveis ao sistema penal sejam pensadas e concretizadas. Em detrimento de paradigmas tecnocráticos baseados em práticas penais moralizadoras, buscamos alternativas no âmbito da resolução de conflitos criminalizados que se pautem no respeito à diversidade e autonomia das partes. O que se quer, no final das contas, é promover uma reflexão sobre os fundamentos de um modelo que demarque as fronteiras do reconhecimento por intermédio da tolerância, seu substrato ético.

A necessidade de tolerância estabelece-se sob o imperativo do reconhecimento recíproco, o principal impulso para a ação humana, firmado em uma noção de experiência cujo centro não é a ação comunicativa, como pretendia Habermas pelo médium da linguagem, mas uma luta que repousa em noções intuitivas de justiça. Para Honneth, as três dimensões do processo de construção da identidade criariam as condições sociais sob as quais os sujeitos humanos poderiam chegar a uma atitude positiva para com eles mesmos, estabelecendo-se, ademais, três formas básicas de integração social: as ligações afetivas (amor), a adjudicação de direitos (direito) e a orientação

comum por valores (solidariedade)⁴⁷⁹. Com efeito, a implementação satisfatória dessas etapas de reconhecimento intersubjetivo permitiria a integração duradoura da comunidade política.

Na esteira do pensamento de Marcuse, na sociedade contemporânea a tolerância surge como uma noção libertadora e uma prática subversiva, embora muitas vezes seja utilizada paradoxalmente em favor da opressão e da repressão⁴⁸⁰. A questão que se impõe ao final é saber sob quais condições e em que medida esta categoria política e filosófica fundamental pode realmente contribuir para a emancipação e a materialização da justiça. Nesse novo contexto, mais importante do que o passo em direção à tolerância é viabilizar experiências que permitam “o reconhecer-se-no-outro”⁴⁸¹. Nas palavras de Goethe, “a tolerância deve conduzir ao reconhecimento. O mero suportar significa ultrajar”⁴⁸².

Negar as ilusões da razão punitiva e abdicar das imagens fornecidas pelos modelos punitivos em relação ao ser humano, à sociedade e às formas de controle da violência, são condições para nos aproximarmos da construção de formas de justiça que não produzam a destruição dos laços sociais, mas otimizem a integração social por meio do confronto mediado pela palavra entre a vítima e o agressor.

Conforme salientou Hulsman, “esperar que o sistema penal acabe com ‘a criminalidade’ é esperar em vão”⁴⁸³. Semelhantemente, esperar que a justiça criminal seja capaz de resguardar direitos e garantias fundamentais, regular conflitos e pacificar a sociedade por meio do processo e da coerção punitiva só

⁴⁷⁹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 266.

⁴⁸⁰ MARCUSE, Herbert. *Repressive Tolerance*. In: WOLFF Robert Paul; MOORE JR, Barrington; MARCUSE, Herbert. **A critique of pure tolerance**. Boston: Beacon Press, 1965, p. 81.

⁴⁸¹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 63.

⁴⁸² GOETHE, Johann Wolfgang. **Maximen and Reflexionen**. Frankfurt am Main: Insel, 1981, p. 507.

⁴⁸³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 108.

pode ser visto como um ato de fé, um dogma. Essa crença na capacidade resolutive do sistema penal não se trata de algo puramente irracional, mas, como foi demonstrado ao longo desta pesquisa, é fruto da racionalidade burocrática do sistema penal moderno.

Superar a intolerância inerente ao sistema punitivo estatal e a essa racionalidade não é tarefa simples, uma vez que os riscos de colonização do novo mecanismo são consideráveis, o que levaria à redução significativa da sua potencialidade⁴⁸⁴. Ainda mais tenebrosa é a possibilidade de utilizar práticas distintas do modelo processual na gestão de conflitos com o objetivo de incorporar à justiça tradicional técnicas e estratégias que acabariam ampliando e sofisticando o aparato punitivo estatal, como aconteceu, por exemplo, com as “penas alternativas” e as medidas cautelares diversas da prisão. Daí a relevância das diversas perspectivas abolicionistas para a criação de um novo padrão de controle social, proposta que será analisada mais adiante.

Ainda assim, o sistema de justiça restaurativa, com a devida adequação à realidade sociocultural brasileira, pode ser visto como um modelo que tende a fragmentar o poder e a produzir espaços democráticos de resolução dos conflitos. Ao analisar a mediação, Garapon conclui que ela é muito mais do que uma alternativa à justiça ou uma nova técnica de resolução dos conflitos, considerando-a um novo modo de regulação social⁴⁸⁵. Embora não discordemos do potencial emancipador desse projeto, somos cautelosos quanto à pretensão de transpor o modelo restaurativo para a gestão de todo e qualquer conflito, como se ele pudesse solucionar, por si só, a totalidade dos problemas que afloram do sistema penal ou produzir uma mudança tão profunda e radical quanto gostariam, por exemplo, alguns abolicionistas.

⁴⁸⁴ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267.

⁴⁸⁵ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 244.

Nesse mesmo sentido, ainda que uma mudança sistêmica para a justiça restaurativa provoque uma modificação na nossa maneira de ver e responder ao crime, Johnstone acredita que a incorporação mais fragmentada de ideias e técnicas restauradoras poderia, na melhor das hipóteses, suavizar a dureza do sistema de justiça criminal, conferindo ao movimento da justiça restaurativa um espaço no sistema que ele poderia ampliar lentamente⁴⁸⁶. A questão que se coloca é se esta postura reformadora não poderia acabar subvertendo o projeto original, servindo a propósitos completamente distintos daqueles estabelecidos originalmente. Com isso, teríamos estratégias aparentemente inovadoras para lidar com o crime, porém sem uma real transformação na estrutura do sistema penal.

Não pretendemos conferir a experiências como a mediação penal e a justiça restaurativa a condição de projetos fechados e isentos de críticas. Se por um lado o processo deve ser restaurativo, podendo ser empregado em diversas situações, por outro, não pode deixar de fora outras práticas similares que também conduzam a resultados reparativos.

Modernamente, a vertente retributiva resume-se a concepções vindicativas do crime, para as quais este é um mal que se paga com o mal. Punir é impor um sofrimento a quem fez sofrer. Não obstante o sofrimento normalmente seja visto como algo negativo, o que revolta não é propriamente a sua existência, mas a sua falta de sentido⁴⁸⁷. De acordo com Nietzsche, foi para lidar com a dor e justificar a vida e o seu “mal” que o ser humano inventou seus deuses.

Apesar de discordarmos da concepção nietzschiana sobre Deus, nos apoiamos em Nietzsche para afirmar que o sistema penal e os discursos legitimadores do poder punitivo foram obrigados a inventar mecanismos capazes de explicar o sofrimento sem sentido imposto por meio da pena aos causadores do mal que se expressa no delito. Dentro das inúmeras concepções evolutivas da história,

⁴⁸⁶ JOHNSTONE, Gerry. **Restorative justice**: ideas, values, debates. Portland: Willan, 2002, p. 169.

⁴⁸⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**: uma polêmica. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

esses discursos buscaram fundamentar ideologicamente e filosoficamente o espetáculo de dor subjacente à punição. Foi com essas invenções que o sistema de justiça criminal conseguiu justificar a si mesmo.

A racionalização de um mal menor consubstanciado na punição do infrator se estendeu à teoria processual que, sob o pretexto de limitar a vingança da vítima ou de suprir a sua debilidade, serve para descartar a condição de pessoa, para tirar-lhe a humanidade. Em suma, segundo Zaffaroni “a invocação à dor da vítima não é senão uma oportunidade para o exercício de um poder que a respectiva seletividade estrutural torna bitolado e arbitrário”. Ainda que a seletividade não se restrinja ao processo penal e também possa existir em paradigmas restaurativos, principalmente em virtude de limitações arbitrárias para acessá-lo, “tais obstáculos seriam elimináveis com a democratização do acesso ao modelo, ao passo que a seletividade do modelo punitivo é imutável, por ser estrutural”⁴⁸⁸.

A imoralidade intrínseca da justiça penal que coisifica as partes do conflito só pode ser superada mediante a devolução do conflito aos indivíduos, permitindo, com isso, a construção de um modelo de solução do conflito entre as partes.

Essa concepção horizontal de conflitos, pautada pelo diálogo e voltada ao reconhecimento das partes, ainda configura uma realidade excessivamente distante no Brasil, onde a cultura jurídica não está preparada para um modelo consensual de justiça e o ranço técnico-burocrático contamina a representação dos operadores jurídicos sobre as situações levadas ao conhecimento do judiciário⁴⁸⁹.

Além disso, conforme apontamos em outra ocasião, cumpre observar que a vontade de verdade que permeia a dogmática processual penal e norteia a atuação dos atores processuais apresenta-se como uma das principais razões

⁴⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 384.

⁴⁸⁹ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266.

da impossibilidade de se concretizar um modelo democrático de resolução de conflitos no campo penal⁴⁹⁰. Oriunda do direito canônico e historicamente defendida pelos processualistas, a ideia de que a verdade pode ser revelada por meio do processo implica a possibilidade de legitimar o poder e as estruturas sociais desiguais que fornecem as bases para o seu exercício. Alternativas democráticas demandam a pluralidade de relatos que são apresentados por todos os participantes e estão continuamente sujeitos à deliberação. Isso não implica na ausência de uma decisão final ou na anulação da autoridade, mas sinaliza para o fato de que ambas são construídas discursivamente e não mais coercitivamente.

Com efeito, o “percurso filosófico do reconhecimento”⁴⁹¹ pressupõe aceitar e apoiar pessoas, opiniões e atitudes provenientes de visões de mundo potencialmente conflituosas, abdicando de paradigmas forjados na intolerância, cuja convicção de que existe uma verdade e uma justiça únicas tem ensejado a sonegação de direitos subjetivos, forma de desrespeito correlata àquela apontada por Honneth ao se referir à privação de direitos⁴⁹². O importante é ter em mente que pensar em novos paradigmas de justiça para as sociedades contemporâneas pressupõe estabelecer horizontes alternativos que passam pela transformação das relações intersubjetivas e pelo reconhecimento mútuo das partes. Dentro dessa visão, ganha relevância a assunção da “tolerância como postura ética para lidar com os conflitos” e como meio para o respeito ao

⁴⁹⁰ BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. O sistema de justiça penal entre a invisibilidade pública e o reconhecimento na modernidade periférica. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 217.

⁴⁹¹ RICOEUR, Paul. **Percurso do reconhecimento**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

⁴⁹² BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. O sistema de justiça penal entre a invisibilidade pública e o reconhecimento na modernidade periférica. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 217-220. Privação de direitos que não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor. Para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral. Nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 216.

outro, principalmente no campo jurídico, no qual “tolerância significa o reconhecimento recíproco de direitos subjetivos”⁴⁹³.

O que se propõe aqui é o desenvolvimento de modelos que se afastem da tirania da “verdade dos fatos” e assumam que a realidade e, conseqüentemente, a reconstrução do evento criminalizado, são retóricas, abdicando de um relato comum dominante no processo. Diante da incompatibilidade ontológica da razão humana com o mundo empírico e, portanto, a irracionalidade do evento real, inexoravelmente contingente, somos levados a renunciar à exatidão⁴⁹⁴. No final das contas, o que existem são apenas histórias fragmentadas, percepções subjetivas, diferentes narrativas a respeito de um mesmo episódio que, diante da necessidade de um pronunciamento de justiça e dos limites inerentes à linguagem, deve contentar-se com o “relato vencedor”.

Desde uma construção feita a partir do diálogo entre a perspectiva abolicionista e, sob o viés metodológico, a retórica, mais legítimas seriam as respostas aos conflitos se estabelecidas por meio do diálogo. Imperativo este que pressupõe abandonar a solução ontológica do conflito que normaliza o poder punitivo e despertar para uma resolução retoricamente arquitetada.

Destaque-se que a nossa tendência ao ceticismo quanto à plenitude do conhecimento não se dirige necessariamente ao campo axiológico. Resta claro, pois, que a construção de sistemas alternativos de justiça coerentes com as aspirações democráticas de contenção da intolerância e garantia das expectativas de reconhecimento exige a adoção de novos valores e a ruptura com o poder punitivo e a justiça retributiva, afinal, como bem observou Adeodato, “as democracias vivem a partir da domesticação da intolerância,

⁴⁹³ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118, 133-4.

⁴⁹⁴ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

pois democracia significa inclusão, regras comuns, reconhecimento do outro, fragmentação de poder”⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS: AS IMAGENS UTÓPICAS ABOLICIONISTAS E A INTERRUPTÃO DA HISTÓRIA

7.1 DIALÉTICA DA MODERNIDADE E CIÊNCIAS CRIMINAIS: DO ESGOTAMENTO À TENTATIVA DE RECONSTRUÇÃO DO PROJETO MODERNO

Em um de seus ensaios sobre a modernidade, Benjamin menciona Baudelaire para expressar a dialética da modernidade:

Seja qual for o partido a que se pertença, escreveu Baudelaire em 1851, é impossível não ficar emocionado com o espetáculo desta população doente, que engole a poeira das fábricas, que inala partículas de algodão, que deixa penetrar seus tecidos pelo alvaide, pelo mercúrio e por todos os venenos necessários à realização das obras-primas.⁴⁹⁶

A ambivalência da modernidade, discutida por inúmeros autores, foi explicitada ao longo do nosso percurso investigativo e também está inserida no projeto das ciências criminais modernas. Erradicar a barbárie mediante a reafirmação da civilização que supostamente emerge da cultura jurídica sempre foi uma das expectativas em relação à ciência jurídico-penal. A frustração decorrente das promessas não cumpridas pelo discurso moderno vai muito além da mera incapacidade de implementação daquele programa, mas assenta-se no aspecto sombrio da modernidade, revelado, entre outros, pelo totalitarismo político, pela destruição em massa por meio do emprego da técnica e da ciência, pela destruição do meio-ambiente e aniquilação da vida humana.

A dualidade é a expressão da modernidade. Essa ambiguidade também definiu o perfil do direito penal e do processo penal. Caracterizado por muitos como um instrumento destinado a resguardar os valores e interesses sociais mais relevantes, o direito penal possuiria como missão atuar como mecanismo de estabilização dos ajustes derivados do contrato social, configurando-se como “o direito da violação da liberdade e de suas consequências”. Nesse sentido,

⁴⁹⁶ BENJAMIN, Walter. **A modernidade e os modernos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000, p. 10.

Hassemer atribuiu ao direito penal clássico, liberal, a importante e nada promissora função de tutelar as liberdades individuais a partir de uma resposta equitativa e proporcional⁴⁹⁷.

Para a concepção clássica, apesar de violentos, o direito penal e o processo penal seriam irrenunciáveis para a vida em sociedade em virtude da relevante missão de resguardar os direitos individuais. O que Hassemer compreende como “direito penal moderno” difere da concepção que esboçamos nesta pesquisa, pois em sua visão a versão moderna corresponderia a uma espécie de desvirtuamento ou a meras disfunções do direito penal liberal. Desse modo, assinala, “o direito penal moderno rompe com essa tradição, na medida em que a ‘esgota’”. Desde a sua perspectiva, no que se refere ao campo do controle social, a “dialética da modernidade” representa um fenômeno semelhante à “dialética do esclarecimento” descrita por Adorno e Horkheimer, responsável por enfatizar que o direito penal moderno desenvolveu-se a ponto de tornar-se contraprodutivo e anacrônico⁴⁹⁸.

O desenvolvimento do direito penal no sentido de sua “modernização” teria esgotado as potencialidades de um modelo que se insere na tradição da filosofia política do iluminismo. Ainda que se atribua a esse paradigma a configuração de um ideal, um objetivo a ser almejado, trata-se de idealização contraproducente, visto que a análise do sistema penal não deveria abdicar da relação entre sistemas econômicos e formas de punição⁴⁹⁹.

Além disso, ao traçar as características e tendências do pensamento moderno no contexto jurídico-penal, Hassemer aponta para o distanciamento de conceitos metafísicos e a submissão a uma metodologia empírica⁵⁰⁰, algo que, conforme expusemos, jamais ocorreu. Com a expressão “teologia processual”,

⁴⁹⁷ HASSEMER, Winfried. Características e crises do direito penal moderno. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 247-255.

⁴⁹⁸ Idem, p. 244-249.

⁴⁹⁹ Com mais detalhes: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

⁵⁰⁰ HASSEMER, Winfried. Características e crises do direito penal moderno. In: **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 244.

procuramos demonstrar que o processo penal e, mais do que isso, a justiça criminal moderna, continua presa aos pressupostos teológico-metafísicos ocidentais. Na esteira de Stirner, caracterizamos a modernidade e, portanto, o direito penal moderno, como o resultado de uma contradição mal resolvida. Assim, a gênese dialética da modernidade se traduz num processo que, longe de separar a esfera religiosa daquilo que estava sob o seu domínio, acabou ampliando o império do teológico a partir da submissão do indivíduo aos ditames de uma razão absolutizada⁵⁰¹.

Os efeitos devastadores do poder punitivo sinalizam para a ambiguidade de um sistema que, de acordo com a narrativa hegemônica, deveria tutelar direitos e garantir a liberdade humana, mas engendrou a sua destruição. A questão que surge é se de fato seria possível esperar algo diferente do sistema penal ou se essa aparente ambivalência não caracteriza um falseamento de suas características estruturais, potencializadas por um projeto capitalista excludente que, principalmente na periferia latino-americana, sinaliza para o fracasso de qualquer projeto de democracia.

A acentuada incapacidade distributivista do capitalismo nos países subdesenvolvidos (ou, eufemisticamente, “países em desenvolvimento”) expõe a inexistência de uma racionalidade capaz de superar a “lógica” do capital que, em sua fase globalizada, acirra os desafios para a democracia. No caso brasileiro, a tragédia ganha contornos ainda maiores em virtude da histórica ausência de um projeto nacional⁵⁰². De igual relevância e preocupação é a recepção de teorias e práticas punitivas alienígenas sem a devida contextualização e historicização, responsável por exacerbar as terríveis consequências provenientes da universalização da defenestrada racionalidade penal moderna. Pode-se supor que, paralelamente à globalização econômica,

⁵⁰¹ STIRNER, Max. **El único y su propiedad**. México: Pablos Editor, 1976.

⁵⁰² HOUAISS, Antônio; AMARAL, Roberto. **A modernidade no Brasil**: conciliação ou ruptura? Petrópolis: Vozes, 1995, p. 119 e ss.

exige-se cada vez mais uma globalização jurídica que partirá dos padrões da dogmática estabelecida nos países dominantes política e economicamente⁵⁰³.

Esse fenômeno vem acompanhado de uma filosofia e de uma concepção de mundo relativamente generalizadas de que a institucionalização da resolução de conflitos resultou da frustração geral desencadeada pela vingança, com o perigo de uma maior escalada do conflito, o que levou à afirmação de que apenas comunidades superordenadas, poderiam prover o controle social e a libertação por meio da imposição de sanções. Convicções que requererem certa cautela⁵⁰⁴.

Da mesma forma e sem grandes pretensões científicas, na esteira das críticas que fizemos à modernidade, é importante evitar juízos de valor no sentido de supor que sistemas pré-modernos sejam necessariamente mais disfuncionais ou em si mesmos menos complexos e sofisticados do que o direito característico da modernidade. Outra ressalva necessária diz respeito ao fato de que “os parâmetros de organização do direito não constituem necessariamente um caminho pelo qual evoluirão todos os povos e a sociedade globalizada dos neoliberais mais otimistas”⁵⁰⁵.

Dirigidas principalmente à possibilidade de articular distintas perspectivas teóricas não dogmáticas e de cunho essencialmente crítico, com o objetivo de superar a visão dominante no contexto da gestão de conflitos criminalizados, as reflexões deste capítulo e a aceitação de inúmeros pressupostos expostos por autores vinculados à Escola de Frankfurt não significam necessariamente aderir à tentação pós-moderna (e, supostamente, frankfurtiana) de reduzir a modernidade à técnica⁵⁰⁶. Pois bem. Conforme referido antes, ainda que se

⁵⁰³ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238.

⁵⁰⁴ SESSAR, Klaus. Wiedergutmachung vor, im oder statt dem Strafrecht. In: HAMMERSCHIK, Walter; PELIKAN, Christa; PILGRAM, Arno (Hrsg.). *Ausweg aus dem Strafrecht - Der "außergerichtliche Tausgleich"*. **Jahrbuch für Rechts-und Kriminalsoziologie**. Baden-Baden: Nomos, 1994, p. 34.

⁵⁰⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 203-204.

⁵⁰⁶ TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 157.

admita a censura formulada por Touraine aos representantes da Teoria Crítica de restringir a modernidade à racionalidade instrumental, o próprio autor a reconhece como sua “plataforma giratória”. Mesmo que não seja possível reduzir a modernidade à racionalização, esta permanece, juntamente com a secularização, como um componente indispensável da sociedade moderna.

A dificuldade em estabelecer um conceito de modernidade e a impossibilidade de detectar um caminho histórico em direção a ela não nos impedem de reconhecer tanto os aspectos positivos quanto os efeitos deletérios da modernização, sobretudo no âmbito dos países periféricos. A supremacia das fontes estatais do direito e a pretensão de monopólio por parte do Estado como estratégias de legitimação não correspondem à realidade desses países e os conflitos, na maior parte dos casos, acabam não sendo solucionados efetivamente pelas normas jurídicas estatais. O que se percebe, é tão somente a canalização e a diluição desses conflitos pelo Estado, cuja incapacidade para desempenhar as diversas funções que se arvorou produz mais frustração quanto às expectativas individuais e multiplica a violência social⁵⁰⁷.

Apesar de importantes expoentes do pensamento jurídico-penal considerarem utópicas as propostas abolicionistas mais radicais⁵⁰⁸, nada soa mais ilusório do que as funções declaradas do direito e do processo penal. Para isso, basta confrontar as premissas teóricas das quais partem o direito e o processo penal modernos com os dados empíricos de sociedades concretas. Ao partir de premissas que não se ajustam à realidade, as modernas teorias da reação social tornam-se absolutamente ideológicas e conservadoras, partindo de pressupostos que não questionam o *status quo*.

Ressalte-se, contudo, que se por um lado o movimento abolicionista pretende manter a solução dos conflitos à margem das instituições estatais e abdicar dos paradoxos que envolvem o sistema de justiça criminal, Scheerer parece estar

⁵⁰⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101-103.

⁵⁰⁸ Nesse sentido: CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 282.

correto no sentido de apontar para a impossibilidade de convivência em sociedades desprovidas de punições⁵⁰⁹. Opor-se à racionalidade característica da modernidade penal e pensar em outras formas de reação social aos conflitos sociais, de caráter não punitivo, é não somente recomendável, mas uma condição para a contenção progressiva da violência inerente ao sistema punitivo e para a resolução de conflitos pautada na democratização e redução dos danos aos direitos e garantias fundamentais. Em síntese, acreditar na perenidade do castigo não implica defender que o direito ou o processo penal sejam irrenunciáveis para a vida em comum, como supõe Hassemer⁵¹⁰.

Se projetar uma sociedade sem punições afigura-se excessivamente utópico e talvez até contraproducente para a coexistência social, consentir com a eternização do controle social punitivo pressupõe permanecer aprisionado às (des)ilusões de um sistema cujo progresso está condicionado por um processo de desumanização⁵¹¹.

7.2 O ETERNO RETORNO À RAZÃO PUNITIVA: AS IMAGENS UTÓPICAS ABOLICIONISTAS E A RECUSA ÀS ILUSÕES DO PROGRESSO

O diagnóstico está posto. Há décadas a criminologia crítica apresenta e discute aquilo que, na esteira da Teoria Crítica e parafraseando Jessé Souza, podemos considerar como um dos sintomas das “patologias da

⁵⁰⁹ SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal?. Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCrim/RT, vol. 117, p. 363-372, jan./mar., 2015.

⁵¹⁰ HASSEMER, Winfried. Características e crises do direito penal moderno. In: **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 248.

⁵¹¹ Análise semelhante, em importante crítica sobre a racionalidade instrumental: HORKHEIMER, Max. **Zur Kritik der instrumentellen Vernunft**. In: SCHMIDT, Alfred (Hrsg.). Max Horkheimer. *Gesammelte Schriften: “Zur Kritik der instrumentellen Vernunft” und “Notizen”* (1949-1969). Band 6. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 1991, p. 25. Para Horkheimer, “o progresso dos meios técnicos é acompanhado por um processo de desumanização”.

modernidade”⁵¹². Nosso percurso até aqui foi conformado por algumas questões e angústias que possivelmente permanecerão insolúveis. Mas, em meio às alternativas propostas e aos enigmas aparentemente indecifráveis, o que fazer? Trabalhos desta natureza demandam, senão soluções, respostas inovadoras, para além das críticas corrosivas oferecidas. O caráter fabulosamente contraditório das ideias e autores utilizados nesta pesquisa inviabiliza a fixação em algum tipo de orientação precisa e nos conduziu algumas vezes a irritantes paradoxos que não devem ser descartados.

Ainda assim, o único remédio radical para as patologias diagnosticadas, ou seja, que simplesmente deixemos de lado os problemas atinentes à justiça criminal, que resignadamente optemos por manter tudo como está, descartando as alternativas sob o pretexto de serem incoerentes ou estarem divorciadas da realidade, parece-nos estéril. Embora não compartilhem uma visão otimista da história, acreditamos que “a utopia faz parte da estrutura histórica do homem”⁵¹³.

Se a história configura-se como a marcha em direção ao progresso, representado por Benjamin como a expressão de uma temporalidade mecânica e vazia⁵¹⁴, talvez seja o momento de semear as alternativas no campo fecundo da utopia. Como elemento da Teoria Crítica, a utopia apresenta conceitos construtivos que visam superar a realidade atual e substituí-la por uma nova forma de realidade. A negação definitiva do que é só pode acontecer por intermédio de uma imaginação apta a antecipar uma ordem social melhor, atravessando os limites do existente. Essa autorreflexão crítica é essencial para o novo espírito da utopia, pois poderia prevenir a sua possível recaída no mito.

⁵¹² SOUZA, Jessé. **Patologias da modernidade**: um diálogo entre Habermas e Weber. São Paulo: Annablume, 1997. Ver ainda: HONNETH, Axel. **Pathologien der Vernunft**: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie. Frankfurt amMain: Suhrkamp, 2007.

⁵¹³ VIEIRA, Antonio Rufino. **Princípio esperança e a “herança intacta do marxismo” em Ernst Bloch**. Anais do V Colóquio Internacional Marx-Engels. Campinas: UNICAMP, 2007. <http://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt1/sessao_6/Antonio_Rufino.pdf>. Acesso em 20 mar. 2017, p. 01.

⁵¹⁴ BENJAMIN, Walter. **O capitalismo como religião**. [Organização Michael Löwy]. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 09.

A mudança, neste caso, implica a ruptura revolucionária com a racionalidade penal e a visão linear e quantitativa do tempo, em termos benjaminianos, manifestações da ideologia do progresso, a grande narrativa dos tempos modernos. Contra as catástrofes produzidas pelo otimismo subjacente à justiça criminal e perante o abismo aparentemente intransponível da razão punitiva, eleva-se uma “ponte dialética” rumo à revolução abolicionista. Na tentativa de oferecer contribuições para o desenvolvimento da administração de conflitos no Brasil, esboçamos aqui uma espécie de “imagem utópica”⁵¹⁵ inspirada na concepção romântica do tempo e da história, capaz de “cultivar novamente o passado e deliberar de maneira nova sobre o futuro”⁵¹⁶.

As imagens utópicas compõem um dos temas essenciais da literatura benjaminiana e fazem parte da dimensão messiânica do seu pensamento, como se pode notar na conferência *A vida dos estudantes*:

Há uma concepção da história que, confiando na eternidade do tempo, apenas distingue o ritmo dos homens e das épocas, que se movem rapidamente ou lentamente na esteira do progresso. A isso corresponde a ausência de nexos, a falta de precisão e de rigor que ela coloca em relação ao presente. As considerações a seguir visam, porém, a uma determinada situação na qual a história repousa concentrada em um foco, tal como desde sempre nas imagens utópicas dos pensadores. Os elementos da situação final não estão presentes como tendência amorfa do progresso, mas encontram-se profundamente engastados em todo presente, como as criações e os pensamentos mais ameaçados, difamados e desprezados. [...] Mas essa condição não pode ser descrita por meio da retratação pragmática de pormenores (instituições, costumes etc.), da qual ele se furta, mas só pode ser compreendida em sua estrutura metafísica, como o reino messiânico ou a ideia da Revolução Francesa.⁵¹⁷

São essas imagens utópicas – messiânicas e revolucionárias, no caso de Benjamin – contrárias ao progresso da civilização capitalista que retomamos com o objetivo de elaborar um pensamento que procura aclarar de maneira singular a justiça penal. Resgatamos a conexão aparente entre o messianismo e a utopia de Benjamin para transformar o abolicionismo em uma imagem

⁵¹⁵ LÖWY, Michael. **Walter Benjamin**: aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 21.

⁵¹⁶ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 239.

⁵¹⁷ BENJAMIN, Walter. Das Leben der Studenten. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band II.1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, p. 75.

dialética, cuja tarefa não é outra senão nos resgatar da catástrofe inerente à atuação do poder punitivo.

No contexto da questão criminal, não se trata de incorrer no reducionismo que simplesmente afirma o caráter utópico das perspectivas abolicionistas, o que seria um equívoco, se considerarmos o fato de que não estamos falando de algo completamente novo na história da humanidade, conforme expôs Arno Plack ao refutar, a partir de uma análise histórica e antropológica, a naturalização da pena em comunidades arcaicas, em especial na cultura germânica⁵¹⁸. O que se pretende, primeiramente, é reconhecer que “os abolicionistas ainda têm um longo caminho a percorrer”⁵¹⁹. Mais do que isso, ao recorrer às imagens utópicas de Benjamin, procuramos demonstrar o nosso pessimismo quanto à abolição do sistema penal sem uma autêntica transformação social.

Esse é o contexto do trabalho de Smaus, responsável por uma análise aguda sobre os modelos de sociedade subjacentes ao movimento abolicionista, visto que para ela a questão referente à abolição do direito penal está atrelada à discussão relativa à sociedade “depois do direito penal”⁵²⁰. Em direção similar, Juarez Cirino dos Santos sugere ser impossível abolir o sistema penal no capitalismo, uma vez que a sobrevivência deste depende do poder punitivo. Em suma, para ele é necessário reduzir o direito penal a um mínimo indispensável, tendo em vista que a abolição do sistema de justiça criminal passa necessariamente pela eliminação do sistema capitalista⁵²¹.

Considerando o cenário atual, concordamos com Cirino dos Santos em relação à impossibilidade de abolir o sistema penal no contexto da civilização

⁵¹⁸ PLACK, Arno. **Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts**. München: List Verlag, 1982, p. 197 e ss.

⁵¹⁹ SCHEERER, Sebastian. Um desafio para o abolicionismo. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 234.

⁵²⁰ SMAUS, Gerlinda. Gesellschaftstheoretische Modelle in der abolitionistischen Bewegung. **Kriminologisches Journal**, Heft 1, 1986, p. 01.

⁵²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Entrevista na Gazeta do Povo**. Disponível em: <<http://icpc.org.br/2012/10/entrevista-na-gazeta-do-povo-out11/>>. Acesso em 07 set. 2017.

capitalista, mas também renunciamos às esperanças do marxismo vulgar que “concebe a revolução como o resultado ‘natural’ ou ‘inevitável’ do progresso econômico e técnico”⁵²². Ao mesmo tempo, tanto em relação às representações sociais quanto ao controle social, recusamos o fatalismo resignado e nos apropriamos de referências culturais e históricas pré-modernas para articular teoricamente duas imagens utópicas (o abolicionismo e o romantismo) com o objetivo de interromper a “evolução histórica” que conduz à catástrofe.

Descartamos, assim, “o otimismo da fé automática no progresso”⁵²³ para formular um conceito a partir de posturas distintas que nos parecem complementares. O ponto fundamental a ressaltar é que a abolição do sistema de justiça criminal requer uma verdadeira ruptura com a civilização capitalista. Para isso, assumimos os elementos utópicos e subversivos da cultura romântica anticapitalista descrita por Löwy e Sayre, substituindo o materialismo vulgar por “uma dialética que esteja apta a integrar o romantismo na perspectiva revolucionária”⁵²⁴.

A articulação teórica entre abolicionismo e romantismo pode ensejar alguns mal-entendidos. Inicialmente, cumpre salientar a diversidade de vertentes abolicionistas. Falamos, pois, de uma bandeira sob a qual navegam diferentes barcos⁵²⁵. Considerando os limites desta investigação, não percorremos os inúmeros diagnósticos e propostas abolicionistas, mas assumimos algumas ideias presentes principalmente nos trabalhos de Scheerer, o qual se refere ao abolicionismo como uma “teoria sensibilizadora”, cujo objetivo é “transcender modelos, classificações e presunções tradicionais, mas sem apresentar provas

⁵²² LÖWY, Michael. **Walter Benjamin**: aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 23.

⁵²³ BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. V. 3. Rio de Janeiro: EdUERJ/Contraponto, 2005-2006, p. 441-451.

⁵²⁴ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 243.

⁵²⁵ DE FOLTER, Rolf. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 59.

acabadas dessas novas ideias nem o inventário de suas próprias ferramentas conceituais e metodológicas”⁵²⁶.

No tocante ao romantismo, este também pressupõe a sensibilização frente às crueldades e desumanidades ligadas à civilização moderna e pode ser visto como “uma época áurea do espírito alemão, com grande irradiação para outras culturas nacionais”. Apesar de ter se esgotado como período histórico, permaneceu como postura que almeja mudanças e possibilidades de transcendência diante da realidade⁵²⁷. Importante destacar que, como visão de mundo, “o romantismo representa uma crítica da modernidade, isto é, da civilização capitalista, em nome de ideais e de valores do passado (pré-capitalista, pré-moderno)”⁵²⁸.

Antes de compreender mais a fundo essa ideia, é necessário esclarecer um problema atinente à temporalidade como categoria existencial. A proposta benjaminiana de interrupção do contínuo da história inspirada em referências históricas e culturais pré-capitalistas, no caso deste trabalho, uma descontinuidade histórica que irrompe com o discurso do progresso subjacente ao sistema penal que se traduz em barbárie, certamente evoca esperanças e busca a criação de novos valores, mas não está firmada em certezas estabelecidas.

A importância da questão é dada pela categoria nietzschiana do eterno retorno, cuja ambiguidade fundamental relaciona-se ao seu duplo significado, cosmológico e moral⁵²⁹. Para alguns intérpretes um dos mais importantes pensamentos desenvolvidos por Nietzsche, o eterno retorno refere-se aos sentidos das vivências que se alternam em uma eterna repetição. Em um dos aforismos da *Gaia Ciência*, encontra-se a seguinte afirmação: “a eterna

⁵²⁶ SCHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 21.

⁵²⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. **Romantismo**: uma questão alemã. São Paulo: Estação Liberdade 2010, p. 355.

⁵²⁸ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 38-39.

⁵²⁹ VATTIMO, Gianni. **Diálogos com Nietzsche**: ensaios 1961-2000. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 08.

ampulheta da existência será sempre virada outra vez – e tu com ela, poeirinha da poeira!”⁵³⁰. Segundo Marton, o conceito assinala dois aspectos que se tornarão recorrentes nos textos de Nietzsche: a repetição dos acontecimentos e o movimento circular em que a mesma série de eventos ocorre⁵³¹. Desde essa perspectiva,

o eterno retorno do mesmo se resume na ideia de que o futuro do universo não tem uma ordem racional, não tem fins nem etapas sucessivas, em suma, não tem sentido algum; [...] esse processo sem fim nem sentido não cria nada de novo, é um movimento circular em que cada situação se repete ciclicamente no infinito⁵³².

Para o filósofo, tudo retorna sem cessar, alegria e tristeza, saúde e doença, criação e destruição. Com isso, Nietzsche aceita o sofrimento, as atribulações, a dor, como parte da existência humana, como eventos que se repetem na infinitude do tempo. Em um fragmento póstumo de *Assim falou Zaratustra*, o protagonista adverte: “Tudo vai e passa – tudo volta – e volta até mesmo o ir e passar. Este agora já foi – já foi inúmeras vezes. Esta doutrina nunca foi ensinada. Como? Inúmeras vezes ela já foi ensinada – inúmeras vezes Zaratustra a ensinou”⁵³³.

Assim, o pensamento abissal nietzschiano propõe que aquilo que vivemos atualmente “já se deu e voltará a dar-se um número infinito de vezes *exatamente* da mesma maneira como se dá agora”⁵³⁴. Nesse sentido, é possível afirmar o caráter supra-histórico do eterno retorno do mesmo, categoria que não comporta uma demarcação temporal exata, mas reafirma a vida ao certificar a alternância de episódios que se repetem como faces de uma mesma realidade.

⁵³⁰ NIETZSCHE, Friedrich. **Gaia Ciência**. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

⁵³¹ MARTON, Scarlett. O eterno retorno do mesmo, “a concepção básica de *Zaratustra*”. **Cad. Nietzsche**, Guarulhos/Porto Seguro, v.37, n.2, p. 11-46, julho/setembro, 2016.

⁵³² VATTIMO, Gianni. **Diálogos com Nietzsche**: ensaios 1961-2000. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 09.

⁵³³ NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

⁵³⁴ MARTON, Scarlett. O eterno retorno do mesmo, “a concepção básica de *Zaratustra*”. **Cad. Nietzsche**, Guarulhos/Porto Seguro, v.37, n.2, p. 11-46, julho/setembro, 2016.

Desde a perspectiva nietzschiana, recusar as ilusões do progresso e romper com a temporalidade e a racionalidade penal modernas pressupõe assumir que tudo vai e tudo retorna, inclusive o sofrimento e a destruição decorrentes da visão de mundo que contestamos. Convém, portanto, reconhecer que embora se trate de uma condição necessária, infelizmente nosso contraponto negativo a essa *Weltanschauung* e à razão punitiva é insuficiente. Para Nietzsche, são exatamente essas vivências complementares que realçam as cores da vida.

7.3 UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL “A CONTRAPELO”: FRAGMENTOS DE UMA CRÍTICA ROMÂNTICA DO PODER PUNITIVO

No decorrer deste trabalho procuramos desenvolver uma crítica ao processo penal como instrumento de gestão dos conflitos criminalizados. A questão sobre a viabilidade de um modelo de resolução de conflitos realmente democrático no campo penal exige a renúncia ou, nos termos de Löwy e Sayre, a “superação dialética”⁵³⁵ da lógica binária que nos força a optar, por exemplo, entre direito e anomia, tradição e modernidade, racionalidade tecnoburocrática e irracionalismo, reação obscurantista e progresso devastador.

Apesar da perspectiva abolicionista que norteia este trabalho – um “abolicionismo romântico-revolucionário” que, conforme explicamos anteriormente, se relaciona com um movimento de protesto contra o mundo das ilusões perdidas⁵³⁶ proveniente do avanço da civilização capitalista e industrial – não propomos a rejeição dos aspectos positivos da modernidade e um retorno ilusório ao passado perdido. Também não desconsideramos as fragilidades teóricas do abolicionismo (ou dos diversos abolicionismos, para ser mais preciso) e os inúmeros riscos que o discurso abolicionista poderia ocultar.

⁵³⁵ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 267.

⁵³⁶ FISCHER, Ernst. **A necessidade da arte**: uma interpretação marxista. Tradução Leandro Konder. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967, p. 63-6.

Ainda assim, a democratização efetiva da justiça penal dependerá da superação da razão punitiva, o que pressupõe apontar alternativas duradouras para o impasse no qual se encontra não apenas o poder punitivo, mas a própria civilização moderna. Se por um lado o potencial destrutivo do sistema penal como extensão da “barbárie” vinculada à modernidade industrial ameaça a democracia e os direitos e garantias fundamentais, por outro, a ideologia do progresso pode levar à destruição da própria espécie.

A busca por alternativas ao processo e a pretensão de traçar mecanismos aptos a controlar a racionalidade penal requer a delimitação do horizonte de projeção do direito penal, centrada em uma forma específica de coação estatal, o poder punitivo. Como estratégia para um projeto futuro, a contenção do poder punitivo resulta de um diagnóstico que expõe a sua incapacidade para a resolução dos mais complexos conflitos sociais e a produção de violência e destruição por meio de “táticas punitivas”⁵³⁷ justificadas pelos discursos jurídico-penais dominantes, responsáveis por racionalizar o poder das agências de criminalização. Logo, é precisamente como diagnóstico⁵³⁸ que tanto o abolicionismo quanto o romantismo revelam sua força e lucidez. A simbiose bastante heterodoxa entre ambas as perspectivas e as fontes frankfurtianas potencializa a crítica da modernização ocidental que serve de pano de fundo para a racionalização da violência que está no cerne do poder punitivo.

Além disso, tendo em vista as afinidades entre os enfoques que projetam o modelo aqui proposto, acreditamos que este pode contribuir para a transformação radical da justiça criminal. A hipótese que orientou a construção deste trabalho indica que a mudança completa na administração de conflitos requer o abandono do poder punitivo, o que somente será possível com o desenvolvimento de um paradigma social que represente a antítese da civilização moderna.

⁵³⁷ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 07.

⁵³⁸ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 265.

Evidentemente, não se almeja solucionar todos os problemas provenientes da “enorme complexidade das contradições de qualquer sistema penal e das relações que pretende organizar”⁵³⁹, sobretudo porque eventuais alternativas destinadas a controlar e reduzir o poder punitivo planejadas pelo próprio direito penal ou pelo processo penal parecem pouco promissoras.

Embora tal contenção seja percebida por ilustres penalistas como um componente dialético indispensável à subsistência e ao progresso do Estado de Direito⁵⁴⁰, ela implica no reconhecimento de um projeto tão utópico quanto o abolicionismo, tendo em vista a matriz bélica do sistema penal descrita por Foucault. A noção de guerra civil que está na base do sistema penal e de todas as lutas que se desenrolam em torno do poder⁵⁴¹ permite o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais e promove a degradação da imagem ética do Estado, resultando, conseqüentemente, numa completa perda de legitimidade.

Não obstante estes sejam obstáculos significantes, a formulação de projetos politico-criminais que assimilem institucionalmente os direitos humanos e a tolerância encontra uma barreira quase intransponível: os paradoxos da modernidade capitalista. O exercício do poder punitivo no contexto da civilização industrial, em uma sociedade baseada na padronização e na mercantilização das relações intersubjetivas, mostra-se pouco afeito à autorrealização da humanidade. Ao contrário, o que se projeta é um futuro sombrio. E é exatamente neste ponto que gostaríamos de propor uma alternativa ao poder punitivo (e à civilização moderna) desde uma perspectiva romântica, não sob a forma de um “romantismo reacionário” que defende um retorno ao passado, mas a partir de uma postura que olha para o passado com vistas a um novo futuro⁵⁴².

⁵³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 63.

⁵⁴⁰ *Idem*, p. 41.

⁵⁴¹ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 13 e ss.

⁵⁴² LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 268.

A (re)configuração da justiça brasileira por meio da ruptura com a lógica inquisitória não parece suficiente para a eliminação da violência punitiva, uma vez que pouco ou nenhum sentido faria propor alternativas à administração dos conflitos criminalizados e preservar a estrutura penal repressiva. Em suma, qual seria o sentido de abolir o processo penal e conservar o direito penal? Da mesma forma, conforme expusemos ao longo desta pesquisa, afigura-se ilusória a proposta de redução dos danos provenientes do modelo retributivo por intermédio da humanização do sistema penal. A constância inquisitorial dos discursos e das práticas cotidianas dificilmente será anulada pela mera reforma da legislação penal ou pela reestruturação da justiça criminal a partir de leis que instituem eventuais práticas restaurativas, cujo risco de serem colonizadas pela racionalidade penal é altíssimo. Ilustrando tal situação, Achutti menciona as leis 9.099/95 e 11.340/06, incapazes, por si só, de superar o ranço técnico-burocrático que orienta a atuação dos operadores jurídicos, vinculados ao mesmo sistema, porém equipados com um novo procedimento⁵⁴³.

Para além da mera oposição entre modelos democráticos e totalitários de gestão dos conflitos, a questão nodal está nos limites inerentes às propostas orientadas para a contenção da violência punitiva e a contração do sistema penal no contexto da civilização capitalista ocidental. A integração dialética do romantismo na perspectiva abolicionista distancia-se da proposta garantista e minimalista por abdicar da relegitimação do sistema penal a partir de uma concepção que afirma a crise estrutural e não apenas circunstancial do modelo atual.

Não há, pois, a busca por um modelo único, uma alternativa primeira, que imponha a direção aos sistemas normativos estabelecidos, tampouco uma espécie de frenesi por um passado perdido, pelas culturas arcaicas, senão a procura por novas narrativas que, neste caso, remontam às formações sociais

⁵⁴³ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266.

pré-capitalistas e pré-modernas, que serve de ponto de referência para realçar “um modo de vida alternativo” e “os contornos sombrios do presente”⁵⁴⁴.

Apesar de necessários, os parâmetros concretos para a configuração de um modelo de justiça informal no Brasil dificilmente terão a força suficiente para efetivar “o propósito emancipador da justiça restaurativa”⁵⁴⁵. É preciso ir além. Antes, porém, relembremos as críticas de Ferrajoli ao abolicionismo, visto por ele como um modelo de autorregulação social idealizado para uma sociedade perfeita e utópica, inspirado por um moralismo mitológico e nostálgico em relação a modelos arcaicos e tradicionais de “comunidades sem direito”, não apresentando nada de original que já não tenha sido projetado pela ideologia anarquista⁵⁴⁶. Menos surpreendente ainda são as acusações dos pensadores “realistas” contra a postura romântica, muitas vezes denominada de narcisista e sonhadora. Essa referência ao passado e à utopia em nada desmerece a nossa proposta, ao contrário. O que ela faz é justamente reforçar os nossos argumentos, pois “é aqui que o romantismo revelou toda a sua força crítica e lucidez, diante das cegueiras do progresso”⁵⁴⁷. Nesse aspecto, nada mais utópico do que as pretensões garantistas de relegitimar o sistema penal a partir de sua humanização e da redução das violências sociais por meio da razão punitiva no contexto da civilização capitalista. Como “doutrina axiológica de justificação dos sistemas penais”, o garantismo confirma que um sistema penal somente se justifica se minimiza a violência arbitrária na sociedade⁵⁴⁸. Dessa forma, iluminados pela dogmática penal esclarecida, caminhamos a passos largos em direção à catástrofe.

⁵⁴⁴ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 261.

⁵⁴⁵ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 274.

⁵⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 265.

⁵⁴⁷ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 265.

⁵⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 278.

Ainda assim, não sugerimos simplesmente o retorno a um passado irrealizável, muito menos nos aventuramos a fornecer soluções para todos os problemas apontados neste trabalho, mas propomos uma análise da justiça criminal “a contrapelo”⁵⁴⁹, a partir dos vencidos da história, daqueles que, vítimas ou réus, foram esquecidos pelo paradigma jurídico hegemônico e por um modelo civilizatório que obscurece as esperanças quanto ao futuro. “Toda geração quer vivenciar em algum momento o irromper de uma nova época”, declarou Safranski. Talvez seja este o momento para uma ruptura com a barbárie que muitos chamam de progresso e com a racionalidade penal violenta que usualmente se considera expressão da evolução cultural. A solidariedade para os condenados desta terra e a busca por mudanças pressupõem um mal-estar diante do real que aprisiona a muitos simplesmente porque não ousam imaginar nada que vá além daquilo que acreditam poder vivenciar⁵⁵⁰.

Analisar a história e o sistema de justiça criminal a contrapelo significa acima de tudo “examinar os ‘tesouros culturais’ com um ‘olhar distanciado’”⁵⁵¹, situando-se do lado daqueles cujas perspectivas foram ignoradas pela cultura oficial e pelo relato vencedor.

Contrariamente aos expoentes do garantismo jurídico-penal, nosso completo ceticismo quanto à “finalidade justificante do direito penal enquanto sistema racional de minimização da violência e do arbítrio punitivo, bem como da exponenciação da liberdade e da segurança dos cidadãos”⁵⁵², nos impele a procurar por alternativas que se sobreponham ao mal-estar diante de um mundo tecnicizado que se fecha num sistema totalitário e de um paradigma de controle social que exprime a lógica perversa dessa mutação social.

⁵⁴⁹ BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPEHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 697.

⁵⁵⁰ SAFRANSKI, Rüdiger. **Romantismo**: uma questão alemã. São Paulo: Estação Liberdade 2010, p. 352-356.

⁵⁵¹ LÖWY, Michael. “A contrapelo”. A concepção dialética da cultura nas teses de Walter Benjamin (1940). A filosofia da história de Walter Benjamin. **Lutas Sociais**, São Paulo, n. 25/26, p. 20-28, 2º sem. de 2010 e 1º sem. de 2011, p. 25.

⁵⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 248-249.

Ao olharmos para a realidade do sistema penal, as alternativas à sua democratização parecem pouco atraentes, mesmo aquelas teoricamente mais sofisticadas e comprometidas com os direitos humanos fundamentais. A crise da justiça criminal, que não é circunstancial, mas estrutural, dificilmente será solucionada por meio do próprio subsistema jurídico, mas depende, conforme mencionamos anteriormente, de uma tentativa de *Aufhebung* da civilização industrial moderna, isto é, tanto a sua abolição quanto a manutenção de suas conquistas mais importantes.

Resumidamente e com base num “tipo ideal” – em sentido weberiano – que se pode chamar de “romantismo revolucionário-utópico”⁵⁵³, o que aventamos é a necessidade de uma nova visão de mundo que integre os avanços técnicos da sociedade moderna a algumas qualidades das comunidades pré-capitalistas como condição de possibilidade para a concretização das propostas abolicionistas, visto que, na esteira de Mathiesen, em certas condições, todo um sistema penal, supostamente sólido e duradouro, pode se desintegrar e desaparecer rapidamente.⁵⁵⁴

A crítica romântica da modernidade pode fornecer algumas pistas para a consolidação das condições às quais se refere Mathiesen, além de oferecer um contraponto às críticas de Ferrajoli, por intermédio da exposição de alternativas ao que ele considera como modelos de sociedade escassamente atrativos perseguidos pelo abolicionismo penal⁵⁵⁵.

Apesar dos méritos da teoria garantista, diferentemente de Ferrajoli, talvez seja possível pensar o direito penal mínimo não como um caminho apto a relegitimar o sistema penal, mas tão somente como parte de uma estratégia

⁵⁵³ O romantismo revolucionário-utópico contém uma série de tendências que recusam a ilusão do mero retorno às comunidades orgânicas do passado e a aceitação do presente ou seu aprimoramento por meio de reformas, aspirando, em contrapartida, a abolição do capitalismo ou o advento de uma utopia igualitária na qual seriam recuperados certos valores ou traços das sociedades anteriores. LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 102.

⁵⁵⁴ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? **Verve**. Revista do NU-SOL – Núcleo de Sociabilidade Libertária, n. 4, 2003, p. 82-83.

⁵⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 251-252.

que visa o fim das práticas punitivas. Em sua crítica à prisão, Mathiesen apresentou algumas estratégias importantes visando à abolição do sistema penal atual: 1) a abolição do cárcere deve ser a meta de uma política criminal radical; 2) as penas alternativas ao cárcere são perigosas, pois podem se transformar, facilmente, em novas estruturas carcerárias com funções semelhantes ao cárcere, servindo, na verdade, a somar em vez de substituir e; 3) para chegar à abolição, é necessário traçar uma estratégia que combine reformas em curto prazo e a abolição em longo prazo⁵⁵⁶. Em muitos aspectos nossa posição se aproxima do pensamento de Mathiesen, pois este deseja abolir não apenas o sistema penal, mas todo o sistema repressivo social próprio do capitalismo⁵⁵⁷.

Desse ponto de vista, posteriormente à abolição do sistema penal talvez seja possível chegarmos a um modelo participativo de resolução dos conflitos sociais. Ainda que a vida em sociedade seja impensável sem normas e sanções, como dispõe Scheerer, é possível imaginar, a partir de outros exemplos históricos, a convivência social desprovida de crimes e penas⁵⁵⁸.

Diante da alienação de certos valores humanos essenciais, tanto o romantismo quanto o abolicionismo inspiram-se em sociedades tradicionais (ignoradas pelo discurso punitivo oficial)⁵⁵⁹ com o objetivo de procurar o que foi perdido, um conjunto de valores qualitativos que, dialeticamente, representam a exaltação da subjetividade como forma de resistência à reificação e a unidade do eu com duas totalidades abrangentes: “por um lado com o universo inteiro, ou Natureza, e, por outro, com o universo humano, com a coletividade humana”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ MATHIESEN, Thomas. La política del abolicionismo. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 109-110.

⁵⁵⁷ DE FOLTER, Rolf. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 70.

⁵⁵⁸ SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal?. Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCrim/RT, vol. 117, p. 363-372, jan./mar., 2015.

⁵⁵⁹ CELIS, Jacqueline Bernat de Celis; HULSMAN, Louk. Conversas com um abolicionista do sistema penal. In: HULSMAN, Louk. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993, p. 38.

⁵⁶⁰ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia: o romantismo na contracorrente da modernidade**. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 48.

A gênese dessa busca reside em uma experiência de perda. O repúdio ao que denominamos realidade provém de uma nostalgia melancólica, da procura por algo que foi perdido. Por um lado, a racionalidade penal nos levou a um processo de desumanização sem fim. Suas ilusões se assemelham às promessas que a modernidade jamais foi capaz de cumprir. Perdemos a nossa humanidade e fragmentamos a coletividade. O direito e o processo penal não conseguiram restaurar a harmonia e a paz social, os laços fragilizados pelo crime. Mais do que o conflito, o soberano confiscou as esperanças de realização do ser. Sob a justificativa do progresso, impôs a barbárie. Na justiça, não há diálogo, apenas um monólogo que aprofunda a alienação das relações humanas e emerge como expressão da intolerância.

Não se trata apenas de abolir o sistema penal e negar a modernidade, mas de assumir uma nova atitude, uma nova lógica social que possa restaurar o passado pré-moderno com vistas a um novo futuro. A abolição do sistema penal e a criação de novas formas de controle social e gestão dos conflitos, contrárias à degradação humana e capazes de levar ao reconhecimento intersubjetivo, exigem muito mais do que reformas, mas a transformação do conjunto das estruturas socioeconômicas e políticas atuais. Para Löwy e Sayre, sem nostalgia do passado, não pode existir sonho de futuro autêntico. Nesse sentido, concluem, “a utopia será romântica ou não será”⁵⁶¹.

Se esse encantamento gerado pelas imagens utópicas românticas e abolicionistas um dia irá nos libertar da “jaula de aço”⁵⁶² da modernidade penal, é difícil dizer. Talvez continuemos a “trotar sobre os mesmos trilhos”⁵⁶³ ou quem sabe um dia finalmente poderemos dizer: “mundo horrível, que

⁵⁶¹ LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 268-269.

⁵⁶² WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 165.

⁵⁶³ SAFRANSKI, Rüdiger. **Romantismo**: uma questão alemã. São Paulo: Estação Liberdade 2010, p. 182.

finalmente não é mais – ou que não mais será quando o grande temporal tiver passado!”⁵⁶⁴

⁵⁶⁴ “Gräßliche Welt, die nun nicht mehr ist - oder doch nicht mehr sein wird, wenn das große Wetter vorüberzog!” MANN, Thomas. Gedanken im Kriege. in: KURZKE; STACHORSKY (Hrsg.). **Essays**. Bd. 1: Frühlingssturm. Frankfurt am Main: Fischer, 1993, p. 192.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

_____. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013.

ADORNO, Theodor. **Minima Moralia**. Lisboa: Edições 70, 2001.

_____. Crítica cultural e sociedade. In: **Prismas**. Trad.: Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida. São Paulo: Ática, 1998.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft**: auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2010.

AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBER, Benjamin R. Kann die Demokratie McWorld überleben? Der Mythos von der regulative Kraft des Marktes. In: WEIDENFELD, Werner (Hrsg.). **Demokratie am Wendepunkt: Die demokratische Frage als Projekt des 21. Jahrhunderts**. Berlin: Siedler Verlag, 1996.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo: IBCCrim/RT, n. 42, p. 242-263, jan./mar., 2003.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 9. Aufl. Bielefeld: Gieseking Verlag, 1985.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

_____; GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade**: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BENJAMIN, Walter. **O capitalismo como religião**. [Organização Michael Löwy]. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. Über den Begriff der Geschichte. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. Experiência e pobreza. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. Obras escolhidas, vol. 01. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

_____. Para a crítica da violência. In: **Escritos sobre mito e linguagem**. Tradução de Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34/Duas Cidades, 2013.

_____. **A modernidade e os modernos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.

_____. **Das Leben der Studenten**. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band II.1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977.

_____. **Frühe Arbeiten zur Bildungs-und Kulturkritik**. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. **Gesammelte Schriften**: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band II.1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, p. 7-88.

_____. **Metaphysisch-geschichtsphilosophische Studien**. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter

Benjamin. *Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge*. 1. Aufl. Band II.1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, p. 89-234.

BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. V. 3. Rio de Janeiro: Eduerj/Contraponto, 2005-2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie**: Antike und Mittelalter. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

BOGNER, Artur. **Zivilisation und Rationalisierung**: Die Zivilisationstheorien Max Webers, Norbert Elias' und der Frankfurter Schule im Vergleich. Opladen: Westdeutsche Verlag, 1989.

BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. Memória, perdão e esquecimento: reconstruindo os horizontes da justiça penal contemporânea a partir das representações simbólicas dos sistemas vindicativos. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 57, p. 125-144. São Paulo: Síntese/ITEC, abr.-jun. 2015.

_____. O sistema de justiça penal entre a invisibilidade pública e o reconhecimento na modernidade periférica. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 2, p. 209-223, maio/ago. 2015.

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015.

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. Oxford: University Press, 2002.

CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit**: pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, n. 8, p. 311-337, 2010.

_____. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**: controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

_____. A criminologia da não violência: o imaginário punitivo de um abril despedaçado. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CELIS, Jacqueline Bernat de Celis; HULSMAN, Louk. Conversas com um abolicionista do sistema penal. In: HULSMAN, Louk. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**. Vol. 17, n. 01, p. 01-15, London, 1977.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: **Revista de Estudos Criminais**, ITEC, Porto Alegre: Nota Dez, n. 1/2001.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **The new way of the world**: on neoliberal society. Brooklyn: Verso, 2013.

DE FOLTER, Rolf. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Direito penal do inumano**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o “fundamento metafísico da autoridade”. Tradução de Fernanda Bernardo. Porto: Campo das Letras, 2003.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **La política criminal em la encrucijada**. Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2007.

DUBIEL, Helmut. Domination or Emancipation? The Debate over the Heritage of Critical Theory. In: HONNETH, Axel *et al.* **Cultural-Political Interventions in the Unfinished Project of Enlightenment**. Cambridge and London: The MIT Press, 1992.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro. A origem do “mito da modernidade”. Petrópolis: Editora Vozes, 1993.

_____. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2007.

FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. Vol. 1. Barcelona: Editorial Labor, 1952.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática da comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997.

FISCHER, Ernst. **A necessidade da arte**: uma interpretação marxista. Tradução Leandro Konder. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

_____. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FREUD, Sigmund. **Civilization and its discontents**. New York: W. W. Norton & Company, 2010.

GABARDO, Ermerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. São Paulo: Manole, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Metodo**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

_____. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**: para uma justiça internacional. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia**: e a justiça será. Instituto Piaget, 2001.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: estudo sobre o direito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal. Campinas: Ed. Petrias, 1997.

GIAMBERARDINO, André. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora UNESP, 1990.

_____. **O bode expiatório e Deus**. Tradução de Marcio Meruje. Covilhã: Lusosofia Press, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Juspodivm, 2009.

GOETHE, Johann Wolfgang. **Maximen and Reflexionen**. Frankfurt am Main: Insel, 1981.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GÓMEZ ORBANEJA, Emílio. **Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 com la legislación orgánica y procesal complementaria**. Vol. 1. Barcelona: Bosch, 1951.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 1968.

_____. **Kleine politische Schriften I-IV**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A nova obscuridade**: pequenos escritos políticos V. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo**. Tradução de Paulo Astor Soethe. V. 01 e 02. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Na esteira da tecnocracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HALLER, Klaus; CONZEN, Klaus. **Das Strafverfahren**: eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen. 6. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.

HARTMANN, Arthur; SCHMIDT, Rolf. **Strafprozessrecht**: Grundzüge des Strafverfahrens. Bremen: Verlag Rolf Schmidt, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Maríadel Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

_____. **Por qué no debe suprimirse el derecho penal**. México, D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Características e crises do direito penal moderno. In: **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HEGEL, Georg W. F. **Filosofia da história**. Trad. Maria Rodrigues & Hans Harden. Brasília: UNB, 1995.

HELLER, Agnes. The Three Logics of Modernity and the Double Bind of the Modern Imagination. In: RUNDELL, John. **Aesthetics and modernity**. Essays by Agnes Heller. New York, Toronto, Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 141-157.

HELLMANN, Uwe. **Strafprozessrecht**. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 1998.

HESS, Henner; STEHR, Johannes. Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens. In: HESS, Henner. **Die Erfindung des Verbrechens**. Springer: Wiesbaden, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2000.

HOBBSAWM, Eric. **A invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **Era dos extremos**: o breve século XXI. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

_____. Eine soziale Pathologie der Vernunft: zur intellektuellen Erbschaft des Kritischen Theorie. In: **Pathologien der Vernunft**: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.

_____. **Crítica del poder**: fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad. Madrid: A. Machado Libros, 2009.

_____. Invisibilidad. Sobre la epistemología moral del reconocimiento. In: **La sociedad del desprecio**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

_____. Das Andere der Gerechtigkeit. Habermas und die Herausforderung der poststrukturalistischen Ethik. In: **Das andere der Gerechtigkeit**: Aufsätze zur praktischen Philosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012.

HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Centauro, 2002.

_____. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. Remarks on Philosophical Anthropology. In: **Between Philosophy and Social Science**. Selected Early Writings. Cambridge: MIT Press, 1995.

_____. **Kritische Theorie gestern und heute**. In: NOERR, Gunzelin Schmid (Hrsg.). Max Horkheimer. Gesammelte Schriften: Vorträge und Aufzeichnungen 1949-1973. Band 8. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 1985, p. 336-353.

_____. **Zum Begriff der Vernunft**. In: NOERR, Gunzelin Schmid (Hrsg.). Max Horkheimer. Gesammelte Schriften: Vorträge und Aufzeichnungen 1949-1973. Band 7. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 1985, p. 22-34.

_____. **Philosophie als Kulturkritik**. In: NOERR, Gunzelin Schmid (Hrsg.). Max Horkheimer. Gesammelte Schriften: Vorträge und Aufzeichnungen 1949-1973. Band 7. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 1985, p. 81-103.

_____. **Zum Problem der Wahrheit.** In: SCHMIDT, Alfred (Hrsg.). Max Horkheimer. Gesammelte Schriften: Schriften 1931-1936. Band 3. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 1988, p. 277-325.

_____. **Zur Kritik der instrumentellen Vernunft.** In: SCHMIDT, Alfred (Hrsg.). Max Horkheimer. Gesammelte Schriften: "Zur Kritik der instrumentellen Vernunft" und "Notizen" (1949-1969). Band 6. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 1991, p. 21-186.

HOUAISS, Antônio; AMARAL, Roberto. **A modernidade no Brasil:** conciliação ou ruptura? Petrópolis: Vozes, 1995.

HULSMAN, Louk. Critical Criminology and the concept of crime. In: **Contemporary Crises**, v. 10, n. 01. Amsterdam: Elsevier, 1986.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. **HRR-Strafrecht.** Hamburg, Ausgabe 3, März 2004. Disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/hrrs-3-04.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2017.

JAY, Martin. **A imaginação dialética:** história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei:** um estudo sobre teologia política medieval. Tradução Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt:** o político entre a especulação e a positividade. Tradução Carolina Huang. Barueri/SP: Manole, 2006.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KINDHÄUSER, Urs. **Strafprozessrecht.** Baden-Baden: Nomos, 2006.

KROHLING, Aloísio. **Dialética e direitos humanos**: múltiplo dialético da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2014.

KRUSEKAMP, Harald. **Archäologen der Moderne**: Zum Verhältnis von Mythos und Rationalität in der Kritischen Theorie. Opladen: Westdt. Verl., 1992.

KUNZ, Karl-Ludwig. **Kriminologie**. Bern-Stuttgart-Wien: Haupt Verlag, 1994.

LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Colégio Freudiano; Forense Universitária, 1983.

LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin**: aviso de incêndio. Uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. A filosofia da história de Walter Benjamin. **Estudos Avançados**, vol. 16, n. 45, São Paulo, mai-ago, 2002, p. 199-206.

_____. **A jaula de aço**: Max Weber e o marxismo weberiano. São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. "A contrapelo". A concepção dialética da cultura nas teses de Walter Benjamin (1940). A filosofia da história de Walter Benjamin. **Lutas Sociais**, São Paulo, n. 25/26, p. 20-28, 2º sem. de 2010 e 1º sem. de 2011.

LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**: o romantismo na contracorrente da modernidade. São Paulo: Boitempo, 2015.

LÜDERSSEN, Klaus. **Kriminologie**: Einführung in die Probleme. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984.

_____. Über das Irrationale im Strafrecht. In: ZACZYK, Rainer; KÖHLER, Michael; KAHLO, Michael (Hrsg.). **Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998**. Springer Verlag: Berlin/Heidelberg, 1998.

MAFFESOLI, Michel. **O eterno instante**: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. Lisboa: Piaget, s/d.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal** – Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1999.

MANN, Thomas. **Der Zauberberg**. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1988.

_____. Gedanken im Kriege. In: KURZKE; STACHORSKY (Hrsg.). **Essays**. Bd. 1: Frühlingssturm. Frankfurt Am Main: Fischer, 1993.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada. São Paulo: EDIPRO, 2015.

_____. Repressive Tolerance. In: WOLFF Robert Paul; MOORE JR, Barrington; MARCUSE, Herbert. **A critique of pure tolerance**. Boston: Beacon Press, 1965.

_____. **Zur Geschichte der Dialektik**. In: MARCUSE, Herbert. Schriften. Aufsätze und Vorlesungen (1948-1969). Versuch über die Befreiung. 1. Aufl., Band 8. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984, p. 200-226.

_____. **Philosophie und kritische Theorie**. In: MARCUSE, Herbert. Schriften. Aufsätze aus der “Zeitschrift für Sozialforschung” (1934 bis 1941). 1. Aufl., Band 3. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979, p. 227-250.

_____. **Eros e civilização**: Uma Interpretação Filosófica do Pensamento de Freud. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

MARTON, Scarlett. O eterno retorno do mesmo, “a concepção básica de *Zaratustra*”. **Cad. Nietzsche**, Guarulhos/Porto Seguro, v.37, n.2, p. 11-46, julho/setembro, 2016.

MARX, Karl. **O dezoito de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MASS, Olmaro. Racionalidade dialética entre mito e esclarecimento: um novo estado de submissão do homem moderno. **Visão Global**, Joaçaba, v. 11, n. 1, p. 97-112, jan./jun. 2008.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? **Verve**. Revista do NU-SOL – Núcleo de Sociabilidade Libertária, n. 4, 2003.

_____. La política del abolicionismo. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, São Paulo: CEBRAP, p. 183-202, 2000.

MEIER, Bernd-Dieter. **Kriminologie**. München: Verlag C.H. Beck, 2007.

MELCHIOR, Antonio Pedro. A teoria crítica do processo penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 128, p. 27-64. São Paulo: RT, fevereiro 2017.

MELO, Rúrion. **Marx e Habermas: teoria crítica e os sentidos da emancipação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERLE, Jean-Christophe. **German idealism and the concept of punishment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____. **Nietzsches Straftheorie (II 8-15)**. In: HÖFFE, Otfried. Friedrich Nietzsche. Zur Genealogie der Moral. Berlin: Akademie Verlag, 2004.

MONTERO AROCA, Juan. **Princípios del proceso penal: uma explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como *bricolage* de significantes**. Tese de doutoramento em direito. Orientação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, dez., 2004.

_____. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. Processo penal eficiente? Não, obrigado. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MÜLLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência**: percurso filosófico. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

NAUCKE, Wolfgang. **Rechtsphilosophische Grundbegriffe**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1986.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro**: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, nov./dez. 2007.

_____. **Wahrheit statt Autorität**: Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht. Disponível em: <http://edoc.bbaw.de/volltexte/2011/2114/pdf/14_369_384_Neumann.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

_____. **Gaia Ciência**. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. **A vontade de poder**. Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco José Dias de Moraes. Apresentação de Gilvan Fogel. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

_____. **Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral**. São Paulo: Editora Hedra, 2007.

_____. **Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne**. Disponível em: <<http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1>>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. **O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo)**. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2008.

OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

PASSETI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PAUL, Wolf. Ordem e progresso: origem e significado dos símbolos da bandeira nacional brasileira. São Paulo: **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67468/70078>>. Acesso em 08 mai. 2017.

PINZANI, Alessandro. Democracia versus tecnocracia: apatia e participação em sociedades complexas. **Revista Lua Nova**, nº. 89, São Paulo, 2013.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, mar. 2004.

_____. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. **Sociologias**. Dossiê Conflitualidades. Porto Alegre, UFRGS – Instituto de Filosofia e ciências Humanas, ano 1, nº 1, p. 64-95.

PLACK, Arno. **Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts**. München: List Verlag, 1982.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko**: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

_____. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, mar/abr. 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

RASCH, William. Messias oder Katechon? Carl Schmitts Stellung zur politischen Theologie. In: BROKOFF, Jürgen; FOHRMANN, Jürgen (HG.). **Politische Theologie: Formen und Funktionen im 20. Jahrhundert.** Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 2003.

RAUTER, Cristina. Clínica do esquecimento: estudo de um 'caso'. In: RAUTER, Cristina et al. (Org.). **Clínica e política: subjetividade e violação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Te Corá/Instituto Franco Basaglia, 2002.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório.** Estudos de antropologia da civilização. Petrópolis, 1989.

RICOEUR, Paul. **Percorso do reconhecimento.** São Paulo: Edições Loyola, 2006.

RITSERT, Jürgen. **Dimensionen des Vernunftbegriffs in der "Dialektik der Aufklärung"**. Disponível em: <www.ritsert-online.de/download/ratio.pdf>. Acesso em 27 de jun. 2017.

_____. **Themen und Thesen kritischer Gesellschaftstheorie: Ein Kompendium.** Weinheim und Basel: Beltz Juventa, 2014.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch.** München: Verlag C.H. Beck, 2012.

RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative justice. **International Journal of Law, Crime and Justice.** Vol. 39. London, 2011.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alexandre Franco de. **Do decisionismo à teologia política: Carl Schmitt e o conceito de soberania.** Covilhã: LusoSofia, 2009.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Romantismo: uma questão alemã.** São Paulo: Estação Liberdade 2010.

SALAS, Minor E. **Kritik des Strafprozessuales Denkens**. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens. München: Verlag C. H. Beck, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Entrevista na Gazeta do Povo**. Disponível em: <<http://icpc.org.br/2012/10/entrevista-na-gazeta-do-povo-out11/>>. Acesso em 07 set. 2017.

_____. Posfácio do livro: DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

SCHECTER, Darrow. **The Critique of Instrumental Reason from Weber to Habermas**. New York: Continuum, 2010.

SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal?. Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCrim/RT, vol. 117, p. 363-372, jan./mar., 2015.

_____. A função social do direito penal. Tradução de Raphael Boldt. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 59, p. 09-23. São Paulo: Síntese/ITEC, out.-dez., 2015.

_____. Kritik der strafenden Vernunft. **Ethik und Sozialwissenschaften**. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001.

_____. Um desafio para o abolicionismo. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997.

_____. Terror. Trad. Raphael Boldt. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016.

_____. Hacia el abolicionismo. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____. **Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben?** Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarates. Disponível em: <<http://www.wiso.unihamburg.de/fileadmin/sowi/kriminologie/Publikationen>> Acesso em: 10 jan. 2014.

SCHMIDT, Eberhard. **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege**. Göttingen: Bandenhoed & Ruprecht, 1951.

SCHMIDT, Thomas M.; PITSCHMANN, Annette. **Religion und Säkularisierung**: ein interdisziplinäres Handbuch. Stuttgart/Weimar: Verlag J. B. Metzler, 2014.

SCHMITT, Carl. **Politische Theologie**. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

SEELMANN, Kurt. Risikostrafrecht: die "Risikogesellschaft" und ihre "symbolische Gesetzgebung" im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht. **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)**. Vol. 75, nº. 04. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. **A atualidade de Walter Benjamin e Theodor W. Adorno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. Walter Benjamin: o estado de exceção entre o político e o estético. **Revista Outra Travessia (UFSC)**, n. 05. Florianópolis, 1º semestre de 2005.

SESSAR, Klaus. Wiedergutmachung vor, im oder statt dem Strafrecht. In: HAMMERSCHIK, Walter; PELIKAN, Christa; PILGRAM, Arno (Hrsg.). *Ausweg aus dem Strafrecht - Der "außergerichtliche Tatausgleich"*. **Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie**. Baden-Baden: Nomos, 1994.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SMAUS, Gerlinda. Gesellschaftstheoretische Modelle in der abolitionistischen Bewegung. **Kriminologisches Journal**, Heft 1, 1986.

SOUZA, Jessé. **Patologias da modernidade**: um diálogo entre Habermas e Weber. São Paulo: Annablume, 1997.

_____. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2003.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. Ijuí: Editoria Unijuí, 2001.

STEINERT, Heinz. Mas allá del delito y de la pena. In: HULSMAN, Louk et al. **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989.

STREECK, Wolfgang. **Gekaufte Zeit**: Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus. Frankfurter Adorno-Vorlesungen. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 2012.

STIRNER, Max. **El único y su propiedad**. México: Pablos Editor, 1976.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Os objetos simbólicos da proibição**: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/Textos>>. Acesso em 05 set. 2017.

TAYLOR, Charles. **A secular age**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TIMM DE SOUZA, Ricardo. **Em torno à diferença**: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. Vol. 2. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Vol. 2. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2012.

VATTIMO, Gianni. **Diálogos com Nietzsche**: ensaios 1961-2000. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

VIEIRA, Antonio Rufino. **Princípio esperança e a “herança intacta do marxismo” em Ernst Bloch**. Anais do V Colóquio Internacional Marx-Engels. Campinas: UNICAMP, 2007. Disponível em: <http://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt1/sessao6/Antonio_Rufino.pdf>. Acesso em 20 mar. 2017.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VOIROL, Olivier. Teoria Crítica e pesquisa social: da dialética à reconstrução. Tradução de Bruno Simões. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 93, São Paulo: CEBRAP, p. 81-99, 2012.

VORMBAUM, Thomas. **Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte**. Heidelberg: Springer Verlag, 2009.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Utopística o las opciones históricas del siglo XXI**. Mexico: Siglo XXI Editores, 1998.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

_____. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 02. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

_____. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. A psicologia social das religiões mundiais: In: **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SAGER, Helmut. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Die Straftat und ihr Aufbau. 44. Aufl. Heidelberg: C.F Müller, 2014.

WHITE, Stephen K. **Razão, justiça e modernidade**: a obra recente de Jürgen Habermas. São Paulo: Ícone, 1995.

WIGGERSHAUS, Rolf. **A Escola de Frankfurt**: história, desenvolvimento teórico, significação política. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAMORA, José Antonio. Walter Benjamin: crítica del capitalismo y justicia mesiánica. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). **Justiça e memória**: para uma crítica ética da violência. Porto Alegre: Editora UNISINOS, 2009.