V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

FLORENCIO MACEDO MAGGI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Florencio Macedo Maggi, Gabriel Antinolfi Divan – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-219-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

I. Nas datas de 08, 09 e 10 de Setembro de 2016, o V Encontro Internacional do Conpedi foi realizado em Montevidéu, Uruguai. Em meio às dependências da Faculdade de Direito da Universidad de la Republica Oriental del Uruguay ocorreram os debates relativos aos Grupos de Trabalho onde os autores dos artigos e pesquisas aceitos para a apresentação e publicação tiveram oportunidade de realizar uma introdução e um breve resumo dos mesmos, seguido de debates relativos aos temas, métodos e abordagens tratadas.

As exposições foram coordenadas pelos dois coordenadores que aqui subscrevem, relativamente ao Grupo de Trabalho (GT) n. 26, intitulado Criminologias e Política Criminal (II) – em virtude de ser o segundo conjunto de trabalhos agrupado em um GT envolvendo as mesmas temáticas, o que dá ideia, e alegria, em relação à dimensão e à quantidade de trabalhos e pesquisadores envolvidos com a matéria, em ambos países.

Os coordenadores propuseram a divisão das apresentações da sala em três blocos temáticos – dadas afinidades de objetos e perspectivas – nos quais os autores e autoras expuseram seus trabalhos seguidos de intervenções dos presentes, incluindo os demais autores e uma satisfatória presença de público ouvinte. Alguns trabalhos não se encaixavam propriamente nas temáticas majoritárias dos blocos, mas os próprios autores em rápido arranjo e discussão sob o crivo dos coordenadores associaram as temáticas se não similares, mais afins em relação aos temas trabalhados e assim se compuseram os referidos blocos.

II. No primeiro bloco de trabalhos, voltado para questões acerca do debate da violência sexual e as rupturas de paradigma, sistêmicas e culturais que a envolvem, foram apresentados dois trabalhos. O primeiro, nomeado “O PERMANENTE DESAFIO DO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR”, de Mirza Maria Porto de Mendonça, abordava entre outros casos, a figura do “homem abusador”, o envolvendo em um debate sobre eventual inimputabilidade, senão que, mais acertadamente, em uma questão em torno da impunidade como fragmento de uma questão cultural, de gênero. Ademais, fora discutido o fato de que através do Direito Penal, muitas vezes, o problema de gênero é ocultado com um arcabouço teórico que não brinda com uma solução efetiva do problema e do conflito ali depurado. A segunda exposição esteve a cargo de Jaime Meira do Nascimento Junior, intitulada “A DEFESA DA LIBERDADE SEXUAL COMO MUDANÇA DE PARADIGMA NO ESTUPRO DE

VULNERÁVEL EM CASO DE DROGADIÇÃO" (artigo escrito com coautoria de Milena Zampieri Sellmann). O trabalho abordou um rumoroso caso recente de violência sexual ocorrido no Brasil e levou a um interessante debate sobre as formas de abordagem social e cultural desse tipo de questão, assim como os desafios jurisprudenciais para imputações e resoluções de casos envolvendo essa temática, levando em conta justamente formas de trato, ou de amenizar os efeitos das considerações morais e de gênero em relação a esses eventos;

III. No segundo bloco temático de apresentações, foram apresentados e discutidos trabalhos que envolviam discussões epistemológicas a respeito da criminologia, seus objetos, vias paradigmáticas e alcances teóricos e políticos de suas considerações. O bloco (mais extenso) foi aberto com Isabella Miranda da Silva com o trabalho intitulado "PERMANÊNCIAS HISTÓRICAS DO CONTROLE PENAL E DOS DISCURSOS CRIMINOLÓGICOS GENOCIDAS: APROPRIAÇÃO DAS IDEIAS E RESISTÊNCIA NA AMERICA LATINA", seguindo com Brunna Laporte Cazabonnet com "O POPULISMO PUNITIVO: A MANUTENÇÃO DA ORDEM SOCIAL PELA VIA PENAL". Após, expôs Rômulo Fonseca Morais sobre O' PAPEL DA CRÍTICA CRIMINOLÓGICA E DA TEORIA DO DIREITO NA (DES)LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO EXERCÍCIO DO PODER DE PUNITIVO". A dupla de autores Debora Simões Pereira e Diego Fonseca Mascarenhas dissertaram em sequência sobre "DIREITO PENAL E CONTROLE SOCIAL: MANUTENÇÃO DE UM DISCURSO QUE LEGITIMA A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO". Finalmente, expuseram sobre seu trabalho Janaina Perez Reis e Moneza Ferreira de Souza, intitulado "PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO CONJUNTO PENAL TEIXEIRA DE FREITAS: UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA CARCERÁRIA BRASILEIRA".

Nesse bloco temático, os debates foram permeados pela discussão em torno da expansão do Direito Penal e sobre como essa expansão é legitimada por uma série de discursos paralelos ao curso programático da legislação penal. De sobremaneira, se discutiram: a) a massiva criminalização de pessoas e setores vulneráveis em relação a clivagens de classe social e etnia, propriamente, atualizando e trazendo questões relativas às estigmatizações criminais e, b) o papel dos discursos criminológicos (e acadêmicos) em relação aos rumos que esses próprios discursos críticos merecem tomar, questionando-se as efetivas sendas teóricas e epistêmicas que se deve ter a partir dessas constatações (mormente a da seletividade – ou das varias seletividades – que o sistema penal engendra).

IV. No último bloco, alguns temas afins deram o tom da reunião temática, muito embora se pode também diversificar os objetos de análise dos trabalhos: se iniciou com a exposição de Felipe Machado Veloso, intitulada "A MÍDIA E O DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DOS

LINCHAMENTOS: A TRANSFORMAÇAO DO SUSPEITO EM UM SER MATÁVEL NA NARRATIVA DE UM CASO OCORRIDO EM VARGEM ALTA/ES" (trabalho realizado em conjunto com Humberto Ribeiro Júnior). Posteriormente Alvaro Filipe Oxley da Rocha expôs sobre "CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA: CONCORRÊNCIA E LEGITIMIDADE SOBRE O SISTEMA PENAL". E em seguida, Felipe Da Veiga Dias tratou do tema "PUNITIVISMO MIDIÁTICO NOS PROGRAMAS POLICIALESCOS E REGULAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NO BRASIL COM BASE NOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ENSINAMENTOS URUGUAIOS COM A ESTRATEGIA POR LA VIDA Y LA CONVIVENCIA". Esses trabalhos – focados na relação das agências do sistema penal e sua relação com a política criminal permeada, muitas vezes, pela obra e discurso midiáticos conduziram a reflexões sobre o papel dos meios de comunicação de massa em ligação com o Estado, seus atores e a própria aplicação da lei e do influxo punitivo. Tratou-se de um Direito Penal que se transmuta cada vez mais, galopantemente, em simbólico, com fins de alimentar uma proposta e um discurso que podem ser monitorados e impugnados criminologicamente.

O trabalho seguinte foi "ALGUNS ASPECTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS DE CRIMINOLOGIA CULTURAL" a cargo de Theuan Carvalho Gomes da Silva. Posteriormente, expôs Carmen Hein De Campos como "REVISTANDO AS CRÍTICAS FEMINISTAS ÁS CRIMINOLOGIAS". Encerraram o bloco, e a sessão, Marcia Fátima da Silva Giacomelli e Jossiani Augusta Honório Dias com o trabalho "ENTREVISTA COM CRIANÇAS O DESAFIO DO DEPOIMENTO COM REDUÇÃO DE DANOS. A DESTREZA DE ATENUAR A REVITIMIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLENCIA". Essa parte do bloco, mais heterogênea, mas igualmente rica e interessante, perpassou elementos fulcrais, como o intercâmbio evidente entre a sociedade e a cultura e o lastro das mesmas e dos estudos sociais na própria matriz criminológica e sua base de crítica política. Igualmente evidenciada a falta (ou as ausências – muitas vezes literais) de uma 'criminologia feminista', bem como as causas possíveis e efeitos dessa falência que se retroalimenta: déficit até mesmo de uso de autoras feministas e o descuido da visualização da criminologia crítica, feminista e marginal por autores homens e eurocêntricos. Igualmente, a questão do processo e seus mecanismos (sobretudo aqueles relativos aos depoimentos e seus métodos) como revitimizadores e o impacto ainda mais negativo que técnicas inadequadas causam nessa seara, como objeto rico de análise pelo viés criminológico.

V. Ao final dos trabalhos e discussões, as opiniões e exposições conjuntas revelaram uma intensa convergência de fatores ligados ao estudo e a discussão da criminologia, tanto na Academia brasileira, como na uruguaia: muito da base crítica é proposta

contemporaneamente a partir dos arcabouços e matrizes críticas que gravitam em torno de teses de pensadores como M. Foucault, A. Baratta, C. Roxin, E. R. Zaffaroni, os quais foram largamente citados ao longo dos trabalhos. Isso, inegavelmente demonstra uma espécie de vértice político de mesma direção e visão de uma ciência ou saber penal integrado (envolvendo Direito Penal, Criminologia e Política Criminal), em ambos países, sendo que em razão inclusive da comunhão de entraves e desafios nesse campo, entre as duas realidades não muito distintas. A necessidade e a propriedade da discussão conjunta (bem como em relação à América Latina, como um todo) é proeminente.

Porém, a manutenção do status quo, mesmo criminológico-crítico, é perturbadora e dessa forma, é esperançoso ver que várias brechas e caminhos de abertura são feitos em busca de uma implementação maior de igualdades, garantias e liberdades, através de questionamentos mesmo em relação aos padrões, standards e cânones críticos.

Se a própria crítica criminológica não estiver em movimento, sua estagnação pode ser tão perigosa politicamente (político-criminalmente) quanto o são os seus objetos típicos de análise. Esperamos que a leitura dos presentes trabalhos discutidos em Montevidéu sirva também para esse propósito.

Prof. Dr. Florencio Macedo Maggi

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Docente Aspirante em la Universidad de La Republica – UY. Abogado miembro de lo Colegio de Abogados de Uruguay.

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan.

Doutor em Ciências Criminais. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Brasil. Advogado.

O PAPEL DA CRÍTICA CRIMINOLÓGICA E DA TEORIA DO DIREITO NA (DES) LEGITIMIÇÃO DO DIREITO PENAL E DO EXERCICIO DO PODER DE PUNITIVO

THE ROLE OF CRIMINOLOGY CRITICISM AND THE LAW'S THEORY IN THE (DES)LEGITIMATION OF THE CRIMINAL LAW AND THE EXERCISE OF THE PUNITIVE POWER

Rômulo Fonseca Morais [1]

Resumo

Esse trabalho tenta problematizar e politizar as questões e as (ir)racionalidades jurídicas do direito penal a partir de uma visão criminológica e de uma teoria do direito comprometidas com o saber crítico, fazendo uma espécie de "articulação de saberes" (MORIN, 2002), contribuindo para que os operadores do sistema penal se afastem de uma visão ingênua de algumas (ir)racionalidades do direito penal, principalmente os fins declarados pela pena, e aproximem suas práticas da realidade social, uma realidade, aliás, que tem demonstrado que o exercício do poder punitivo através do incremento da criminalização em nada tem reduzido a violência no Brasil.

Palavras-chave: Direito penal, Criminologia, Poder punitivo, Dogmática penal

Abstract/Resumen/Résumé

This work tries to problematize and politicize the issues and the legal (ir) rationality of the criminal law from a criminological vision and a theory of law committed to the critical knowledge, making a sort of "joint of knowledges" (MORIN, 2002), contributing to the operators of the penal system move away from a naive view of some (ir) rationality of criminal law, mainly the purposes declared by imprisonment, and approach their practices of the social reality, a reality, moreover, which has shown that the exercise of punitive power through the increased criminalization does not have reduced the violence in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Criminology, Punitive power, Criminal dogmatic

[1] Mestrando em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA), coordenador e Membro-Fundador do Grupo Cabano de Criminologia, pesquisador do CESIP/UFPA.

1 – INTRODUÇÃO

Tomando a premissa de Luiz Alberto Warat (2002, p. 57) - no sentido de que o direito, mais especificamente o direito penal, é um discurso que determina um espaço de poder constituído de múltiplos efeitos, segredos, silêncios e mecanismos de ritualização que ocultam técnicas de manipulação social, contribuindo para a formação de um "sentido comum teórico"[1], que seria a subjetividade modelada pelas instituições sociais, ocultando as formas na qual se exerce e se distribui o poder – pretende-se demonstrar como a naturalização do crime (e consequentemente da criminalidade), tomado geralmente como dado ontológico[2] pela dogmática e fruto de discursos despolitizados do direito penal, têm contribuído para a legitimação da pena de prisão e a reprodução de ideologias ou "ilusões re" (ressocialização, reintegração, recuperação etc.,) que, consequentemente, ocultam o verdadeiro papel exercido pelo cárcere na contemporaneidade, como depósito de seres humanos ou campo de concentração, em que a prisão na América Latina exerce sua função assassina.

Desvelando os silenciamentos e ocultações dos discursos em torno do direito penal, almejamos politizar a questão criminal - tomando o crime como um "constructo social" (BATISTA, 2011, p. 11) e a resposta a ele desproporcional, seletiva e violenta – abrindo caminho para a deslegitimação da pena e dos discursos ideológicos em torno de sua função de correção de anormalidade. A partir dessas premissas, pretendemos abrir espaço para estratégias políticas - de redução de danos e contra a violência da punição institucionalizada ou não - que buscam romper com algumas (ir)racionalidades jurídicas da dogmática penal e com a cultura punitiva e o Estado penal[3] que, através da pena de prisão, têm produzido maciças violações dos direitos humanos no Brasil.

Pretende-se, assim, seguindo os ensinamentos de Arthur Kaufmann (2002, p. 42), afastar o direito, mais especificamente o direito penal, de uma concepção puramente "ontológica" e "objectivista". Nessa pegada, o direito penal e o crime se afastam da ideia de

[1] Luiz Alberto Warat identifica esse "sentido comum teórico" no direito como "a racionalidade jurídica ocidental que se manifesta subjacentemente como gramática de produção, circulação e reconhecimento dos discursos do direito (especialmente no discurso das ciências jurídicas)", ver: WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito II : a epistemologia jurídica da modernidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995/ reimpressão, 2002, p. 75-77.

[2] A perspectiva ontológica toma os dados como crime e criminalidade como dados naturais, como se fossem elementos da natureza, colocando-os fora de discussão e problematizarão do pensamento crítico, nesse sentido ver: BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2. ed. julho de 2012, p. 21.

[3] Um Estado, onde se observa uma diminuição dos serviços das já precárias estruturas previdenciárias e assistenciais e, como contrapartida, um aumento gigantesco de políticas punitivas, como o encarceramento. Ver: WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva].** Tradução Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

"objetos" semelhante às arvores e aos rios, fazendo com que, ao contrário, ambos sejam tratados como estrutura das relações nas quais os homens estão uns perante os outros e perante as coisas. Assim, em vez de considerar o crime e o direito penal como "ontologias da substancia", deve-se considerá-los como construções sociais, fruto de uma "ontologia das relações".

É "pelas mãos da criminologia"(ANDRADE, 2013) de base crítica que iremos mergulhar nessa empreitada, problematizando, também, práticas e saberes do sistema penal (com fundamento no Direito Penal) atravessados por discursos do correcionalismo[4], tendo em vista a necessidade de não se cair na ingenuidade desses discursos que continuam legitimando a pena e o poder punitivo, principalmente a prisão, o que afasta a luta por direitos humanos de uma pegada crítica que esteja consciente do perverso papel desempenhado pelas instituições carcerárias e pelos órgãos do sistema penal na contemporaneidade.

Como podemos, diante de um Estado "democrático", que propaga a defesa e a realização dos direitos humanos, compreender a legitimação de um poder punitivo pelo direito penal que promove um encarceramento em massa[5] e a exposição de milhares de indivíduos criminalizados à morte?

Para tentarmos nos aproximar dessa questão, será preciso colocar os discursos do direito penal e da sua dogmática em cheque, tomando-os como ferramentas que, longe dos objetivos de defesa de bens jurídicos essenciais e recuperação do desviante, contribuem para legitimar uma violência seletiva contra alguns segmentos dentre todos aqueles que violam as leis penais, trazendo a necessidade de se falar em "criminalização" (os que são selecionados pelos órgãos de controle social) e não "criminalidade".

Ademais, analisando a situação da questão criminal e da legitimidade da pena no Brasil contemporâneo, o objetivo é também provocar sedição e despertar senso crítico com as seguintes indagações: qual o papel e a função histórica do direito penal e da prisão? Como acreditar no papel ressocializador da pena em uma era em que o capitalismo necessita cada vez mais do sistema penal e da prisão para controlar e excluir os segmentos marginalizados?

---

[4] Ideologia que ainda hoje perpetua a visão da anormalidade biológica ou social do individuo desviante e concebe a pena com a função de corrigir os defeitos e anormalidades desse sujeito. Nesse sentido ver: BATISTA, Vera Malaguti. Adeus às ilusões "re". In: COIMBRA, Cecília M. B.; AYRES, Lygia S. M.; NASCIMENTO, Maria Livia do (orgs.). **Pivetes: encontro entre a psicologia e o judiciário**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 198.

[5] O Brasil segundo levantamento recente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já possui a 3º maior população carcerária do mundo. Ver: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/transparenciacnj/acordos-termos-e-convenios/termos-de-doacao/96-noticias/9874-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo.>. Acesso em: 25/12/2014.

É possível que os operadores do direito assumam uma pauta que se afaste das armadilhas ideológicas do poder punitivo e das técnicas ilusórias da dogmática penal, da legitimação da punição e do crescente processo de criminalização em curso?

Esse trabalho tentará problematizar as questões e as racionalidades jurídicas do direito penal (mais especificamente da dogmática penal) a partir de uma visão criminológica crítica, fazendo uma espécie de "articulação de saberes", como bem ensina Edgar Morin (2002, pp. 27-74), contribuindo para que os operadores do sistema penal se afastem de uma visão ingênua de algumas (ir)racionalidades do direito penal, principalmente os fins declarados pela pena, aproximando suas práticas da realidade social, uma realidade, aliás, que tem demonstrado que o incremento da criminalização (criação de mais leis penais criminalizadoras e mais endurecimento da punição, como no caso da Lei dos crimes hediondos[6]) em nada tem reduzido a violência no Brasil.

2 – A CRIMINOLOGIA E A QUESTÃO CRIMINAL: A ARTICULAÇÃO DOS SABERES E A AUTOCRÍTICA DO DIREITO PENAL

Nessa empreitada, Nilo Batista (2011, p. 23) nos ensina que conhecer as finalidades do direito penal é, para um jurista que lança mão do saber crítico, nada mais que conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas e o objetivo das respectivas penas aplicadas. Se debruçar sobre esses objetivos não é tarefa que ultrapasse o papel do jurista ou do operador do direito penal, como muitos pensam, mas sim uma necessidade de sair do isolamento e se desprender das grades que o saber compartimentado provoca, buscando a articulação e a transdisciplinaridade (MORIN, 2002). Se o objeto de estudo do direito penal e da criminologia em muito se assemelham, as perguntas sobre os fins da pena ou da proteção de bens jurídicos, por exemplo, devem necessariamente levar o jurista a se perguntar sobre os próprios fins do direito penal, e aqui a (auto)crítica também exerce uma função fundamental.

Seguindo as reflexões de Edgar Morin (2002), com os fins de evitar a compartimentação de saberes com os mesmos objetos de estudo, é imperioso que os juristas assumam uma pauta crítica para que não fiquem presos a técnicas e a um saber desarticulado que nada diz sobre a realidade de como o direito penal e a dogmática atuam na prática. Para fugir disso e fazer um desvelamento da realidade, como nos ensinou Alberto Warat, é importantíssimo essa articulação com o saber criminológico crítico.

[6] Estamos falando da Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990, fruto do anseio da mídia por punição e do "populismo penal" que toma conta do discurso do senso comum no Brasil.

Corroborando com a perspectiva de articulação dos saberes, mais especificamente entre criminologia e direito penal, Vera Regina Pereira de Andrade (2008), ao analisar a mirada crítica da criminologia "das causas da criminalidade às condições de criminalização", observa que a criminologia sai da posição de saber auxiliar do direito penal para uma posição externa que o problematiza e politiza, abrindo espaço, inclusive, para a própria autocrítica do direito penal e do dogmatismo técnico que o sustenta. A articulação desses dois saberes é importantíssimo:

> [...] para a formação de uma consciência crítica e, responsável, capaz de transgredir as fronteiras, sempre generosas, do sono dogmático, da zona de conforto do penalismo adormecido na labuta técnico-jurídica; capaz de inventar novos caminhos para o enfrentamento das violências (individual, institucional e estrutural) e este talvez seja o maior tributo que possam prestar ao Ensino e à formação profissional cidadã. (ANDRADE, 2008)

Nas sendas de Edgar Morin (2002) deve-se buscar o "paradigma da complexidade" entre criminologia e direito penal, aceitando a distinção entre os campos de estudo de cada disciplina, mas fazendo com que elas se conjuguem e se impliquem mutualmente, sem que qualquer delas se converta em mera disciplina auxiliar da outra, tampouco que a distinção entre elas caia na armadilha do "paradigma da disjunção e redução", em que as disciplinas, mesmo atuando sobre objetos semelhantes, separam-se sem qualquer diálogo. Aprender a religar e problematizar essas duas disciplinas pode representar uma missão fundamental para a luta contra a violação de direitos humanos perpetrado pela violência do controle social dos órgãos do sistema penal no Brasil.

A partir das abordagens de Edgar Morin (2002), defendemos que o direito penal não pode se afastar da pegada crítica da criminologia, ocultando e virando as costas para uma realidade mais global de violências perpetradas pelo poder punitivo e legitimadas pela dogmática penal. É imprescindível perceber que a questão criminal e a violência do controle social englobam aspectos múltiplos de uma realidade complexa, que só adquirem sentido se direito penal e criminologia forem religados a esta realidade em vez de ignorá-la.

As reflexões de Arthur Kaufmann (2002) sobre as relações entre filosofia do direito e ciência do direito, bem assim entre filosofia e dogmática jurídica, são importantes para pensarmos também de forma paralela a relação estabelecida entre direito penal e criminologia. Nessa perspectiva, segundo Kaufmann (2002), uma das principais características da filosófica do direito é refletir filosoficamente sobre "questões jurídicas essenciais", em que o filosofo do direito deve tramitar e saber manusear tanto a ciência do direito quanto a filosofia para não cair nas armadilhas dos "puros filósofos" ou na dos "puros juristas". Guardada as devidas proporções, é importante ter em mente que não será apenas o jurista ou o operador do direito

penal que vai ter de enfrentar seus problemas num plano mais global e completo, o criminólogo crítico que esteja interessado em refletir sobre os fins da pena, por exemplo, deve saber como a técnica jurídica a concebe e como ela está sendo manuseada pelos operadores do direito e aqueles incumbidos de aplicá-la. Caso contrário, como nos ensinou Kaufmann (2002), poderemos cair nas armadilhas de ser "puros criminólogos" ou "puros juristas".

Por sua vez, assim como a filosofia do direito não se confunde com a ciência do direito, tampouco deve ser confundida com a dogmática jurídica, por isso Kaufmann (2002) faz questão de conceituar a dogmática, a partir do pensamento de Kant, como "[...] o procedimento dogmático da razão pura, sem uma crítica prévia da sua própria capacidade", destacando que a dogmática se assenta em pressupostos que assume como verdadeiros.

Essa reflexão de Kaufmann (2002) é profícua para entendermos diversas irracionalidades e falácias, desmoronadas pelo pensamento crítico, que ainda persistem na dogmática jurídico-penal. Algumas dessas irracionalidades são destiladas diariamente e fundamentadas em livros pelos juristas. Entre essas irracionalidades encontra-se a crença no papel "ressocializador" da pena, no seu efeito de combater e inibir crimes, bem assim na crença de que o direito penal tem o fim de proteger bens jurídicos essenciais. Porém, o problema maior da dogmática penal não é apenas agir acriticamente diante dessas falácias, mas sim tomá-las como verdadeiras e difundi-las através no senso comum e nos meios institucionais. Isso sempre desembocou em uma série de problemas como o inchaço da legislação penal e o aumento desproporcional da criminalização e da punição baseado nas premissas de que o aumento de penas e a proteção de novos bens jurídicos resolverão a intensa conflitividade social geradas pelas relações capitalistas, como a violência e a discriminação, por exemplo.

É certo que a dogmática jurídica não vai se preocupar com questões do tipo "o que é o direito penal?". Todavia, apesar de não se colocar diante dessas perguntas, ela não pode atuar de forma acrítica, tem que no mínimo se colocar de forma crítica dentro do seu próprio âmbito de atuação. Nessa perspectiva, Kaufmann (2002, pp. 25-27) reconhece que esse modo de proceder da dogmática jurídica é inteiramente legítimo, mas faz um alerta para os perigos desse quadro da dogmática quando há uma recusa em pensar de modo não-dogmático.

A dogmática jurídica, mais especificamente a dogmática jurídico-penal, poderia agir, pelo menos, de forma crítica dentro de seu próprio campo de atuação. Assim, podemos seguir os ensinamentos de Norberto Bobbio (1997) que, em sua teoria do ordenamento jurídico, defende a necessidade de resolver os problemas jurídicos além do plano das regras, ou seja, com base em todo ordenamento jurídico. Essa premissa poderia minimizar algumas

incongruências e contradições dentro do próprio campo do direito penal brasileiro, um bom exemplo nesse sentido é que se uma determinada conduta já é tipificada como ilícito civil ou administrativo e tais medidas já são suficientes para a proteção do bem jurídico, qual a necessidade dessa conduta também fazer parte do rol de ilícitos penais? A partir das reflexões de Bobbio (1997), o que a dogmática penal precisa fazer é nada mais nada menos do que sua autocrítica.

Indo mais além nessa discussão, poderemos recorrer às reflexões de Robert Alexy (1997, pp. 159-177) sobre o conceito e a validade do direito para resolver algumas contradições do direito penal. Alexy (1997) defende um modelo constitucionalista de sistema jurídico, tal modelo se afasta de uma concepção do direito estritamente baseado em regras e, por sua vez, lança mão de princípios e valores por razões de "racionalidade prática". Tais valores e princípios, segundo ele, devem exercer um efeito de irradiação em todo o direito ordinário. Desse modo, valores ou princípios como democracia, Estado de Direito e dignidade devem, além de proporcionar um conteúdo substancial a um determinado sistema jurídico, guiar a aplicação do direito.

O enfoque crítico do direito penal pode assim ser movimentado dentro do próprio ordenamento jurídico (Bobbio) ou sistema jurídico (Alexy), respeitando os princípios constitucionais garantidores, por exemplo, como o devido processo legal, a legalidade ou reserva legal, a ampla defesa, a presunção de inocência, o respeito à vida, à integridade moral, psicológica e física dos réus e presos e etc. Tais garantias, caso fossem respeitadas, poderiam minimizar drasticamente os problemas e as contradições enfrentadas pelo direito penal brasileiro.

Por mais que a criminologia e a própria (auto)crítica tenham colocado em cheque algumas alicerces tomados como verdadeiros pela racionalidade jurídico-penal, tais críticas devem ser absorvidas pelo direito penal e não deixadas de lado em razão de não se encaixarem em uma fórmula perfeita. O direito penal deve assumir o "platonismo"[7] que existe em si, deve se desprender da caverna que as falácias da técnica jurídica lhe prenderam, deve pelo menos chegar a superfície da questão criminal que desnaturaliza o crime e o direito penal.

3 – A CRIMINOLOGIA POLITIZANDO A QUESTÃO CRIMINAL

[7] A mesma análise foi utilizada por Nassim Nicholas Taleb, refletindo sobre o conhecimento científico em geral, abordando que muitos ramos do conhecimento por não aceitarem desordens, críticas e contradições, ficam presos na caverna platônica. Ver: TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do cisne negro – o impacto do altamente improvável**. Rio de Janeiro. Bestseller. 2008, p. 24-25.

A partir dessa (auto)crítica, o primeiro passo para nos introduzirmos além da superfície da questão criminal e desse objetivo de politização é tomar o crime como uma construção social. Nesse sentido, devemos seguir os passos da criminologia crítica que colocou o direito penal e os órgãos do sistema penal como objetos de estudo.

A compreensão do objeto da criminologia requer o entendimento da demanda por ordem de nossa formação econômica e social, nesse sentido a criminologia se relaciona com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem, onde o poder punitivo age para assegurar uma densa necessidade de ordem (BATISTA, 2011, p. 19). Por isso, é salutar a compreensão de que o objeto da criminologia não é ontológico, o crime e a criminalidade não são objetos que teriam aparecido na natureza, como a fauna, a flora etc., nessa perspectiva, ressaltamos a necessidade de politização da questão criminal com o entendimento do crime e da criminalidade como construções sociais.

Nessa esteira, o direito ou, mais especificamente, o direito penal e seus saberes/práticas, tornam-se, assim, de pontos de partida para a definição do objeto da investigação criminológica, no objeto mesmo da investigação (BARATTA, 2002, p. 149).

A criminologia crítica, nessa seara, torna-se insubstituível para sustentar as conclusões deste trabalho. Tendo as instituições de controle social e a ação de seus agentes como objeto de estudo, a pena de prisão e suas ações, com seus processos enraizados em bases positivistas, tornam-se o alvo inevitável da análise macrossociológica[8] desse referencial teórico.

Devemos compreender que o crescente processo de criminalização vivenciado hoje na sociedade brasileira contribui demasiadamente para a despolitização e naturalização dos efeitos perversos desse capitalismo de barbárie que recai principalmente sobre as massas empobrecidas, fazendo com que toda a conflitividade social que atravessa a sociedade seja traduzida em crime e punição.

> Para conter as massas empobrecidas, sem trabalho e jogada a própria sorte, o neoliberalismo precisa de estratégias globais de criminalização e de políticas cada vez mais duras de controle social: mais tortura, menos garantias, penas mais longas, emparedamento em vida...A mídia, no seu processo de inculcação e utilização do medo, produz cada vez mais subjetividades punitivas. A pena torna-se o eixo discursivo da direita e de grande parte da esquerda, para dar conta da conflitividade social que o modelo gera. (BATISTA, 2011, p. 101)

É importantíssimo, então, que se atente para a relação funcional que existe entre os processos de acumulação de capital e o poder punitivo. Se hoje se assiste a uma fase do

[8] Análises feitas, por exemplo, pela criminologia crítica por meio de uma abordagem histórico-social e crítica dos processos políticos, sociais e econômicos, tendo como escopo uma visão global da sociedade.

capitalismo em que há uma "adesão subjetiva à barbárie" - onde não existe lugar no mercado de trabalho para todo mundo e como consequência uma crescente necessidade de controlar esse contingente de desocupados - o papel do Estado, longe da exigência liberal da não intervenção, será primordialmente o de gerir e controlar esse contingente com os braços do sistema penal. É o que Wacquant (2003, pp. 20-21) chamou de Estado- Centauro (cabeça liberal e corpo autoritário), que prega a liberdade para o mercado, com a não intervenção do Estado, mas promove seu agigantamento sobre os problemas sociais decorrentes dessa liberdade, administrando autoritariamente suas consequências.

Devemos ficar atentos para as tentativas de escamoteamento dos vínculos existentes entre vida material e fundamentação do poder com as razões da punição (MENEGAT, 2010, p. 221), principalmente sua legitimidade através do direito penal, uma vez que as violências do controle punitivo no Brasil se legitimam em nome da lei (os números alarmantes de assassinatos cometidos pelas polícias estão escancarados) e da manutenção de uma ordem social hierarquizada. Por isso, Marildo Menegat (2010) vem nos alertar sobre as consequências nefastas desse escamoteamento, pois corremos o risco de sermos covardemente coniventes com os novos genocídios que a preservação da sociedade burguesa tardia exige.

As nossas prisões assassinas e o elevado número de assassinatos em nome da lei e da ordem contra determinados segmentos (preto/pobre) da sociedade brasileira estão aí para nos mostrar esses novos genocídios e extermínios. Os que insistem em negar essa realidade ou tentar amenizá-la, não observando o vinculo entre punição e estrutura social, podem estar seduzidos pelo escamoteamento ou, o que é pior, podem estar exercendo a função de carrascos (como simples cientistas ou cumpridores de ordens) nesses campos de morte (as prisões e as periferias), ambos contribuem na perpetuação de um horror de massacres e extermínios que nos acompanham ao longo da história do Brasil.

É essa ocultação de realidade e os que trabalham seduzidos ou aderindo a ela que faz com que temas como a (des)legitimação da pena de prisão escorra pelas mãos de juristas e operadores do direito e escape da realidade e da consciência da maioria dos que sofrem e ao mesmo tempo aplaudem seus extermínios. A associação perversa entre pobreza, violência, periculosidade e criminalidade que muitos "especialistas" e operadores (re)produzem contribui decisivamente para a escalada alarmante de criminalizações, encarceramentos e extermínios que vitimizam, principalmente, nossos jovens negros.

Desse modo, o que mais nos interessa para esse debate, principalmente para análise da pena, é alertar para o fato de que os problemas gerados pelo capital serão logo abraçados pelo sistema penal, "a opção pela criminalização da pobreza e da conflitividade social desloca

tudo o que é público para o penal" (BATISTA, 2008), fazendo com que uma ordem social excludente e opressora como a brasileira se perpetue sem que haja grandes indignações. Infelizmente grande parte dos movimentos de luta pelos direitos humanos e a tal "esquerda punitiva" (KARAM, 1996) não conseguiram enxergar esse encobrimento da realidade.

Nilo Batista (2014) dirá que no capitalismo "a questão criminal presta-se eficientemente a esconder o debate político sobre os conflitos sociais". Um grande exemplo é a nossa política criminal de drogas, que é regida por discurso moral e por uma crescente dicotomia entre bem e mal, onde o traficante representa a figura do inimigo número um da sociedade.

Esse panorama é que nos tem impulsionado e nos levado a desconfiar e assumir uma postura de estranhamento, uma espécie de "hermenêutica da suspeita"[9] em relação a grande demanda por pena e ao papel encantador do discurso do direito penal, bem como em relação às práticas e saberes onde seus discursos tem atuado, como é o caso do sistema carcerário.

Desse modo, seguindo as análises de Marildo Menegat (2010), devemos perceber que o mais interessante é fazer com o que o temas das prisões não fique apenas restrito ao âmbito dos especialistas, mas sim fazer com que esse tema seja público, o que significa politizá-lo, pois é o único caminho para pôr termo, quem sabe, aos martírios e sacrifícios desde sempre praticados por essa espécie.

4 - IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL E NO PODER DE PUNIR

Sabemos que a despolitização da questão criminal é muitas das vezes resultado de um discurso encantador do direito penal e sua dogmática, em que todos fazem de conta que o direito e suas racionalidades em suas práticas concretas funcionam à imagem e semelhança do discurso que dele fala (WARAT, 2002, p. 58.).

Luiz Alberto Warat (2002, p. 57) observou que as práticas em torno do direito (as questões do direito penal não ficam isentas dessa despolitização e encobrimento da realidade) "[...] nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os, assim, menos visíveis". Por isso o "crime" e a pena (objeto do direito penal) acabam escondendo toda uma conflitividade social que existe por traz do discurso declarado.

[9] Segundo Boaventura Santos a hermenêutica da suspeita seria uma espécie de posição de estranhamento frente às concepções hegemônicas sobre os direitos humanos e seus valores enraizados no mundo capitalista ocidental, recorrendo a ela na busca de realizar uma luta contra-hegemônica que atenda outras linguagens de dignidade existentes no mundo. Ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

Podemos dizer que a lei penal e o "crime", tomados como dados ontológicos, conseguem cair na armadilha do "juridicismo" (WARAT, 2002, p. 84), que provoca nas abordagens sobre a questão criminal uma espécie de "cegueira histérica" (WARAT, 2002, p. 84) nos atores sociais que lidam com ela, ou seja, "[...] surge uma cegueira como fuga de uma realidade que não se quer ver, que nos faz evitar ver o que não queremos" (WARAT, 2002). Essa é a função principal, por exemplo, da seletividade do sistema penal.

No sentido desse "juridicismo" apontado por Luiz Alberto Warat, Salo de Carvalho (2013) analisa o caráter narcísico do direito penal que, desde o seu nascimento, se propôs, através das agencias do sistema penal, dar conta do controle social, através da repressão e combate eficiente ao crime; bem como proteger e tutelar os bens jurídicos. Todavia, as ciências sociais e a criminologia têm demonstrado as suas "feridas narcísicas" (CARVALHO, 2013, pp. 173-198), pois o direito penal não conseguiu sequer fazer o controle do crime, como revelam as cifras ocultas da criminalidade; tampouco se mostrou apropriado para a defesa dos bens jurídicos, pois o que ainda se observa é a crescente violação desses bens, inclusive, pela própria atuação do sistema penal, que atualmente promove uma violação maciça dos direitos humanos dos indivíduos criminalizados no Brasil.

Em uma crítica criminológica à dogmática jurídico-penal, Salo de Carvalho (2013) observa como, apesar da criminologia ter desconstruído teórica e empiricamente os discursos do direito penal, ainda persiste a "transversalidade ideológica" e a força do positivismo jurídico através dos fantasiosos conceitos da dogmática penal.

Essa transversalidade e essa força do positivismo contribuem para que a dogmática (ciência) siga (re)produzindo um discurso que - desconsiderando a seletividade, as violências, a disfunção do controle penal e a sua incapacidade para cumprir as promessas que declara (ressocialização através da pena e defesa de bens jurídicos) – "[...] atribui fins e funções positivas à intervenção, potencializando e relegitimando a intervenção do sistema criminal"(CARVALHO, p. 90).

Veja que essa "transversalidade ideológica" e a força do positivismo coadunam-se com o "juridicismo", pois o discurso sedutor do direito penal encontra-se carregado de silêncios e ocultações que provocam uma manipulação em nossas demandas, fazendo com os operadores do sistema sejam constantemente levados a se desligarem da realidade.

Assim, o crime e a pena conseguem naturalizar e despolitizar, por exemplo, uma realidade social excludente, rígida e hierarquizada que no Brasil adquire proporções alarmantes. Enquanto isso, o poder punitivo vai abraçando quase por completo os problemas gerados por uma ordem econômica perversa, fazendo com que a pobreza, os pobres e seus

modos de sobrevivência fiquem expostos à criminalização em massa, engrossando as fileiras das prisões e dos extermínios.

> [...] esse olhar criminalizante sobre os pobres, seus bairros e suas estratégias de sobrevivência é muito funcional para o processo de acumulação do capital neoliberal: o "criminal" é um fetiche que encobre a compreensão da conflitividade social. (BATISTA, 2002, p. 310).

É esse panorama que tem nos levado a aderir subjetivamente à barbárie, aos fascismos e à truculência, em que se observa a crescente demanda por controle e punição. Ela também é fruto de uma cultura punitiva ou "cultura totalitária" (WARAT, 2002, p. 81) que tem feito com que se aceitem punições e condenações arbitrárias, sem respeito às garantias processuais; o inchaço das leis criminalizadoras que não tem dado resultado no plano prático, funcionando ao gosto do populismo punitivo; o aumento e endurecimento de penas; o maior controle social sobre a vida dos pobres e dos que clamam por segurança; e até mesmo que se aceite o assassinato de determinados indivíduos considerados perigosos em nome da lei.

Esse cenário tem organizado um lugar especial para a pena (punição) "[...] com efeito tranquilizador de uma coerção beatificada, que mantém os protagonistas sociais em um permanente estado de crença sacra" (WARAT, 2002, p. 86), sem atentar para o encobrimento de uma realidade de exclusão social e desigualdade.

> [...] Na cultura totalitária, os lugares da lei, a verdade, o desejo e o poder estão cheios de negatividade e carregados de silêncios sobre as desigualdades sociais, a exploração, as minorias reprimidas e a manipulação institucional de nossas demandas, de nossas necessidades e impulsos. Lugares cheios de rituais que dissimulam os antagonismos da história. (WARAT, 2002, p. 91)

Wacquant (2013, p. 21) vai observar esse fenômeno na ordem econômica neoliberal, através da formação do referido Estado penal, onde a penalização é utilizada como técnica para a inviabilização dos problemas sociais que o Estado, enquanto alavanca burocrática da vontade coletiva, não pode ou não se preocupa mais em tratar, e a prisão serve de lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado.

A ênfase nesse Estado penal tem feito com que se exclua o fator político da esfera do controle social e do processo de criminalização levado a cabo no neoliberalismo, em que o campo jurídico-penal se transforma em uma área técnica totalmente despolitizada, mas legitimada pelo "saber científico" e sustentada ideologicamente. Os discursos do combate ao crime e aos criminosos são colocados de forma ilusória como os grandes desafios que a nossa sociedade deve enfrentar.

Uma das grandes problemáticas que contribui para essa despolitzação é o chamado "encarceramento de legitimação" (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 50), que tenta simular e

forjar a ilusão de igualdade dos indivíduos perante a lei penal. Esse fenômeno poder ser percebido nas prisões de alguns colarinhos branco que são espetacularizadas pela mídia, servindo para ocultar ideologicamente a seletividade do sistema penal e fazendo com que se acredite na igualdade do direito penal.

Nesse sentido, concordamos com a posição do filósofo Arthur Kaufmann (2004), quando faz um alerta para que a prática judicial e a aplicação do direito, aqui no caso o direito penal, não pode prescindir da valoração ou dos juízos de valor, pois não é possível subsumir uma realidade de total violação dos direitos humanos (tanto dos que são criminalizados quanto das vítimas) e distorção dos fins do direito penal em qualquer tipo de conceito normativo. Nas sendas de Kaufmann (2004), entendemos que é certo que o aplicador do direito penal está vinculado à lei, porém ele não pode se esconder por trás da lei e das técnicas da dogmática penal, desprezando uma realidade de violências e violação de direitos escancarada principalmente pela atuação dos órgãos do sistema penal.

O aplicador do direito deve, nesse sentido, ser demasiadamente prudente em determinar, por exemplo, a prisão ou a manutenção da prisão de alguém preventivamente, não só pelo respeito ao principio da presunção de inocência, mas principalmente pela situação dos estabelecimentos carcerários no Brasil, que, longe do fim ressocializador, representam verdadeiros depósitos de seres humanos, onde a dignidade humana é totalmente desprezada.

Toda essa problemática sobre a concepção e aplicação do direito e a possibilidade de sua valoração continua até os dias atuais sendo objeto de discussão. A reflexão sobre essa problemática é imprescindível para a ciência do direito penal, pois, como demonstramos nos argumentos acima, tal ramo do direito parece refletir como nenhum outro a grande contradição entre os fins declarados (pelos dispositivos dogmáticos e pela legislação) e os fins que a realidade tem nos mostrado.

Diante deste cenário, não hesitamos em resgatar mais uma vez as reflexões de Robert Alexy (1997), que observa a necessidade urgente da racionalidade jurídica se revestir de uma "razão prática" e levar em consideração não só as regras, mas os valores intrínsecos de um determinado sistema jurídico. No exemplo dado acima, não pode o aplicador do direito penal determinar uma medida privativa de liberdade de forma desproporcional, com o fim de garantir "ordem pública", em detrimento de valores fundamentais como a vida e a dignidade da pessoa humana.

Não podemos aderir a uma concepção do direito e de dogmática kelseniana (KELSEN, 1998), que, apesar de reconhecer que o direito é implicado pelos juízos de valor, busca desconsiderar todo o conteúdo valorativo das normas na busca da concepção e

aplicação do direito, com isso incorreremos em verdadeiras injustiças e descompassos entre os fins do direito penal e suas respectivas normas e o que observamos em termos práticos.

Apesar disso, Salo de Carvalho (2013, p. 201) - mesmo com a demonstração do discurso irreal da ineficiência, pois a regra é a impunidade; e a inapropriação para tutelar bens jurídicos - sustenta a possibilidade do direito penal buscar legitimidade através de perspectivas garantistas que venham se opor à realidade de violências do exercício do poder punitivo, projetando uma "[...] dogmática penal de redução de danos centrada na finalidade única e exclusiva de minimizar violências".

5 – AS ESTRATÉGIAS DE FUGA A PARTIR DA ARTICULAÇÃO DOS SABERES E DA POLITIZAÇÃO DA QUESTÃO PENAL.

Como podemos falar em direitos humanos dos presos no Brasil se, por outro lado, observamos uma crescente demanda por punição? Não é a toa que o nosso país é conhecido pelas piores condições de cárcere e já se encontra com a terceira maior população carcerária do mundo.

A criminologia crítica, principalmente a partir da sua virada metodológica[10], há muito vem denunciando a prisão no mundo ocidental como verdadeiro instrumento de controle social e depósito de seres humanos cinicamente selecionados pelas malhas dos órgãos do sistema penal.

Alessandro Baratta (2002) observa como o cárcere hoje abandonou e não possui mais qualquer "função real" de reeducação e de disciplina, que possuía em sua origem, acrescentando que essas funções que propagam a ressocialização e reeducação são ilusórias e estão hoje exercendo um papel ideológico.

Nas sendas de Michel Foucault (2009), verificamos, ao contrário das denuncias sobre o fracasso da prisão para a justiça penal, a real funcionalidade da prisão para regular e selecionar comportamentos, produzir delinqüência, gerir as ilegalidades, induzir reincidência, enfim, promover um controle social extremamente necessário para o desenvolvimento das relações sociais capitalistas. Foucault faz uma provocação, indagando se o pretenso fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão?

> A penalidade seria então, uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar inútil outra**,** de neutralizar estes, de tirar proveito daquele. Em resumo, a penalidade não reprimiria pura e simplesmente as ilegalidades; ela as diferenciaria, faria

[10] Quando o objeto da criminologia é deslocado do sujeito criminoso e das causas do crime para os processos de criminalização e construção social do crime e da criminalidade. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 85-86.

> sua economia geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferenciais das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismo de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O "fracasso" da prisão pode sem dúvida ser compreendida a partir daí. (FOUCAULT, 2009, p. 258)

Sem dúvida se a detenção penal nunca foi seriamente questionada e resiste até hoje como principal resposta ao desvio é porque o sistema carcerário exerce um papel importantíssimo e com funções precisas no controle de determinados segmentos sociais.

E qual o papel da e onde deve se posicionar a criminologia e o pensamento crítico dentro desse contexto? Como se desprender de respostas que escape das concepções naturalizadas sobre crime e criminalidade, nortes do direito penal, e do Estado penal, propiciando [...] a expansão da educação livre do castigo? (PASSETTI, 2006)

É importante perceber como a deslegitimação do sistema penal é extremamente importante para que a luta pelos direitos humanos não caia na armadilha da inversão ideológica desses direitos. Nessa perspectiva, Salo de Carvalho (2013) percebeu a importância da articulação entre os saberes da criminologia crítica e a teoria dos direitos humanos na deslegitimação da pena de prisão, ao observar que não se pode justificar a defesa de direitos humanos violando os próprios direitos, assim como não se pode legitimar a pena de prisão se na prática ela viola os direitos humanos básicos dos indivíduos encarcerados.

No horizonte das estratégias de fuga se coloca atualmente a chamada teoria agnóstica da pena, proposta por Zaffaroni (2003). Essa teoria, - enquadrada como "teoria negativa" da pena, em contraposição às teorias que sempre tentaram justificar a pena (teorias positivas), através do discurso da prevenção do crime e recuperação do criminoso - assume uma posição agnóstica que - diante da deslegitimação da pena e de sua constante produção de dor, violência e sofrimento para todos aqueles envolvidos com o sistema penal (criminalizados, vítimas e operadores) – propõe uma política de redução de danos, em que a maior preocupação é reduzir ao máximo a violação dos direitos humanos e, consequentemente, a dor e o sofrimento. Essa teoria:

> Permite, finalmente, ao operador preocupado em minimizar os danos do sistema punitivo, atuar ciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando sua atuação a neutralizar ao máximo o efeito da prisionalização e a vulnerabilidade do individuo submetido ao sistema executivo. Tais premissas, como pondera Zaffaroni, seriam orientadas de práticas sem pretensões impossíveis e/ou utópicas. (CARVALHO, 2013, p. 259)

Pensando na politização da questão penal como o primeiro passo e modo de resistência e contra-poder perante uma lógica capitalista neoliberal de barbárie – a teoria agnóstica é uma forma de resistência que deve ensaiar uma construção que surja do fracasso

das teorias anteriores. Nessa construção, leva-se em consideração que "[...] a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes" (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 99).

Nesse sentido, a luta pelos direitos humanos como programa transformador não pode encarar a pena de prisão com ingenuidade no sentido de querer melhorá-la ou torná-la digna, tem sim é que tomar essa perspectiva da teoria agnóstica e procurar reduzir seus danos, o que é diferente de justificar a pena para recuperar o "criminoso", instrumentalizando os direitos humanos e ao mesmo tempo legitimando a punição.

Essa alternativa é extremamente importante e deve estar atenta, principalmente, para a situação de violência extrema vivenciada pela maioria dos países latino americanos, onde o Estado brasileiro, por exemplo, utilizando do sistema penal, é responsável por conduzir projetos genocidas contra a população negra, baseado no racismo (FLAUZINA, 2006).

Juarez Cirino dos Santos (2013), seguindo os passos da criminologia crítica, entende que os operadores do sistema penal não podem assumir nem um papel neo- realista, que admite a retribuição e neutralização da pena, nem um papel idealista de esquerda, que propõe a ressocialização. Ele considera, a partir dessa deslegitimação da pena, indispensável que se tome como horizonte a abolição do sistema carcerário, com objetivo de "menos melhor cárcere" e "mais menos cárcere".

Nessa perspectiva, outro horizonte de luta é o chamado abolicionismo penal, que pode ser fundamental para que se possa exercer uma metodologia minimalista-garantista, onde a intervenção deve ser mínima, tendo em vista o caráter violento da intervenção penal, e possa garantir os direitos humanos dos indivíduos criminalizados, sem legitimar a pena.

A articulação dos saberes criminológicos e penal, e uma autocrítica deste, é imprescindível não só politizar a questão penal, reconhecendo o fracasso da prisão, como também reconhecer que o cárcere e o direito penal, ao contrário do abolicionismo penal, é que é uma utopia, uma vez que nunca cumpriu as promessas que sempre propagou.

Portanto, entendemos que só a partir de um olhar crítico, com base na "articulação dos saberes" (MORIN, 2002) e de uma concepção valorativa do direito (ALEXY, 1997), sobre o papel do sistema penal e da pena de prisão, das diversas ideologias em torno da legitimação do poder punitivo, bem como da consciência de que a prisão exerce estratégias de biopoder (sua função assassina), é que se torna possível buscar realização e evitar a violação dos direitos humanos no âmbito do sistema penal. Essa postura coaduna-se perfeitamente com uma teoria agnóstica da pena, em que a principal preocupação é com a redução da violência e

dos danos gerados pelo poder punitivo. Todavia, essa luta deve ser realizada com o fim de reduzir sofrimento e não ser usada como justificativa para, por exemplo, "ressocializar" o criminalizado ou "tirá-lo" do crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico?** Disponível **em:<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/>.** Acesso em 25/01/2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Sobre el filo de la navaja.** Revista EPOS. Disponível em: <http://revistaepos.org/?p=338>. Acesso em: 04 abr. 2014.

BATISTA, Vera Malaguti. Adeus às ilusões "re". In: COIMBRA, Cecília M. B.; AYRES, Lygia S. M.; NASCIMENTO, Maria Livia do (orgs.). **Pivetes: encontro entre a psicologia e o judiciário**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

_____. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2. ed., julho de 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf. Acesso em: 12 set. 2013.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão: O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro.** Dissertação apresentada à Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36ª. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad: Marcos Keel. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENEGAT, Marildo. **Prisões a céu aberto**. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

MORIN, Edgar. **Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 2002.

PASSETI, Edson. **Ensaio sobre um abolicionismo penal**. In Revista Verve, São Paulo: Nu-Sol, 2006.

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do cisne negro – o impacto do altamente improvável**. Rio de Janeiro. Bestseller. 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva].** Tradução Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II : a epistemologia jurídica da modernidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995/ reimpressão, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA. Nilo. **Direito Penal Brasileiro I: Teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª Ed., 2003.