

REFERÊNCIA PUBLICAÇÃO:

DUARTE, Evandro Charles Piza. Dançando no Escuro: Apontamentos sobre a Obra de Alessandro Baratta, o Sistema Penal e a Justiça. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva.. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. . p.93-122. I.S.B.N. 85-87995-17-0

DANÇANDO NO ESCURO: APONTAMENTOS SOBRE A OBRA DE ALESSANDRO BARATTA, O SISTEMA PENAL E A JUSTIÇA.

Evandro C. Piza Duarte¹

“Estrangeiro: raiva estrangulada no fundo de minha garganta, anjo negro turvando a transparência, traço opaco, insondável. Símbolo do ódio e do outro, o estrangeiro não é nem a vítima romântica de nossa preguiça habitual, nem o intruso responsável por todos os males da cidade. Nem a revelação a caminho, nem o adversário imediato a ser eliminado para pacificar o grupo. Estranhamente o estrangeiro habita em nós: ele é a face oculta da nossa identidade, o espaço que arruína a nossa morada, o tempo em que se afundam o entendimento e a simpatia. Por reconhecê-lo em nós, poupa-nos de ter que detestá-lo em si mesmo. Sintoma que torna o “nós” precisamente problemático, talvez impossível, o estrangeiro começa quando surge a consciência da minha diferença e termina quando nos reconhecemos todos estrangeiros, rebeldes aos vínculos e às comunidades.”²

¹ Evandro c. Piza Duarte - Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina . Autor de *Criminologia e Racismo*. Curitiba: Juruá, 2002. Contato:evandropiza@gmail.com.

² KRISTEVA, Julia. *Estrangeiros para nós mesmos*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p.15.

Resumo: O texto intenta demonstrar a partir da análise do filme "Dançando no Escuro" a falta de legitimidade do Sistema Penal. Ele denuncia o caráter seletivo e burocrático do funcionamento do sistema, a incongruência do conceito de culpabilidade, a desumanidade da pena etc. Trata-se de análise feita sob a ótica da Criminologia Crítica. Busca-se aproximar a análise jurídica da sociologia jurídico penal, tendo como ponto de partida a obra cinematográfica.

Palavras Chaves: Cinema, Dançando no Escuro, Criminologia Crítica, Sistema Penal, Igualdade, Seletividade, Culpabilidade, Alessandro Baratta.

1 Considerações sobre a proposta do texto

O título do texto refere-se ao filme "Dancer in the Dark" de Lars Von Trier (2000/140 min) A exposição é ensaio sobre um caso determinado, apresentado pelo cinema. Prende-se, portanto, à compreensão de um contexto que, como todo o real, também é imaginário. Discute-se o valor do Sistema Penal para lidar com situações complexas, nas quais o poliformismo da condição humana se revela. O olhar proposto parte do amplo conjunto de críticas ao sistema penal que se apresenta a partir da década de 1960, da qual a obra de Alessandro Baratta é grande exemplo.³ O ponto de partida é sempre, como demonstra a obra do querido professor, a dignidade humana e sua prevalência sobre os sistemas, ou ainda, a prevalência da comunidade humana sobre as formas disfarçadas de tutela da propriedade.⁴ A referência, um pouco literária do texto, não é despropositada. Sua

³ Para uma crítica sistemática das teorias criminológicas veja-se: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Tradução de Alvaro Bunster. México, Siglo veintiuno, 1991. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá, Colômbia: Temis, 1993. PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Epílogo de Roberto Bergalli. Bogotá, Colombia: Siglo XXI, 1988.

⁴ As referências à obra podem ser encontradas em: BARATTA, Alessandro. *Criminologia y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*. In: MIR PUIG, Santiago et al. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá, Temis. 1982, p. 28-63. ————. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones de desigualdad*. In: *Nuevo Foro Penal*, Bogota: Temis, p. 737- 749, 1982. ————. *Problemas sociales y percepción de la criminalidad*. *Revista del Colegio de abogados penalistas del Valle*, Cali, Colômbia, n. 5, p. 17-33, 1983. ————. *Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA 9, Lisboa, Portugal, 1983. *Anais* . . . Lisboa, Portugal: Procuradoria Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, n.13, p. 145-166, 1983. ————. *Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social*. *Estudios penales y criminológicos*, Espanha: Universidade de Santiago de Compostela, 1989. Separata. ————. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal : lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Tradução de Ana Lúcia Sabadell. Saarland, Alemanha: Universidade de Saarland, 1990. 34 p. Original em italiano. Mimeo. ————. *Che cosa è la criminologia crítica?* Entrevista a Sancha Mata Victor . *Dei delitti e delle pene*, Torino., n. 1., P.51-81, 1991. Separata.

personagem principal, Selma, desenvolve, no decorrer do filme, um duplo movimento: de um lado, manifesta-se-lhe uma cegueira congênita; de outro, seu gosto pelos musicais americanos, permite que ela retire da escuridão, a magia dos sons do cotidiano. Como mostrava Sacks, em seu curioso livro sobre doenças neurológicas, “Um Antropólogo em Marte”, a doença pode permitir a construção de novos mundos e criar outras potencialidades.⁵ Todavia, no caso de Selma, entre realidade e fantasia, um sentido de destino rompe a potencialidade transformadora. cremos que nossa época tem sido pródiga em impedir que a percepção transformadora dos estados patológicos de nossa convivência e existência individual seja capaz de dar asas ao novo e recriar. Dá-se à patologia de um mundo triturador do humano, o sentido de algo estável e imutável, calando-se a fantasia do sofrimento em sua pulsão criativa. Somos uma sociedade patológica, na medida em que nos negamos a liberdade de recriar a vida. A escolha da abordagem de aspectos do Sistema Penal e suas desventuras com o sentido de Justiça é uma singela homenagem ao poder de fantasia e de transformação do ideal humanista, do qual Alessandro Baratta, professor e amigo, será sempre representante.

2 O Filme e a Estrutura do Texto

O filme “Dançando no Escuro” tem Selma, interpretada por Björk, como personagem principal. Ela é uma imigrante da Tchecoslováquia, operária numa indústria de utilitários metálicos para cozinha, no norte dos Estados Unidos. Mora de forma simples em um trailer com seu filho Gene de 12 anos. Por causa de uma doença congênita, também transmitida ao filho, está perdendo a visão. Todavia, sua paixão por musicais hollywoodianos permite que ela fuja dessa dura realidade da cegueira. Nessa luta e encantamento com a escuridão e sua musicalidade, Selma dribla a todos para conseguir juntar dinheiro para a operação do filho, do qual esconde esse terrível segredo. Os sons da realidade e do sonho dos musicais se cruzam tragicamente, quando ela é acusada de matar um vizinho e roubar-lhe o dinheiro. O delírio e a Justiça americana tomam a cena. Selma, condenada à morte, não se defende para garantir a operação do filho.

⁵ SACKS, Oliver W. *Uma Antropólogo em Marte*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

A estrutura do filme é visivelmente demarcada pelo momento do assassinato que representa um inflexão na vida da personagem. É a partir desse ponto que propomos um debate itinerante sobre o “sentido” de Justiça no Sistema Penal.⁶

Dividimos nossa exposição da seguinte forma:

PRIMEIRO ATO – O homicídio do policial. Debateremos a impossibilidade de se considerar responsabilidades por um ato de violência, quando o Sistema Penal torna-se um ambiente de decisão que limita as opções de um agir conforme um “sentido” de Justiça.

INTERMEZZO – O apoio dos amigos. Propomos que é falso argumentar sobre um “sentido” de Justiça “popular”, quando as percepções da sociedade são alimentadas pela violência do Sistema Penal.

SEGUNDO ATO – A acusação perante o tribunal. Discutimos o problema de um espaço institucional para tomada de uma decisão conforme um “sentido” de Justiça, abordando o problema da prova, da defesa e da objetividade e distanciamento diante dos fatos e dos sujeitos envolvidos.

TERCEIRO ATO: - A condenação à pena de morte. Reforçamos a idéia de que uma punição segundo um “sentido” de Justiça deve reforçar a mudança do “sentido” da punição. A pergunta sobre qual é a pena justa, não é uma pergunta, mas uma ideologia, pois pressupõe a naturalização de fenômenos históricos como o Sistema Penal.

ÚLTIMO ATO: - Um ensaio sobre a cegueira e outra Justiça para Selma. Reforçamos a idéia de que a pena não é uma consequência do crime (um imperativo), uma demanda social ingênua, o resultado lógico de um processo decisório, mas uma opção política que pressupõe considerarmos o modelo de sociedade e de valores que desejamos reforçar ou transformar, ou seja, é uma ação dotada de um “sentido”.

3 O PRIMEIRO ATO: O Homicídio do Policial

3.1 Quais os personagens que representamos para a Justiça ?

⁶ Trata-se, portanto, de debate velado com o texto de Heller sobre a Justiça Punitiva. Veja-se HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. Como se trata de um primeira reflexão, preferimos a expressão “sentido” de Justiça para a indicar que a Justiça é antes de tudo uma atitude diante das limitações humanas e de convivência.

Um pouco antes do homicídio, Selma havia sido despedida. É preciso retornar a esse ponto para compreender o fio da narrativa. desse ato de violência. A simpatia e a gentileza do contratador, no momento da demissão, escondiam, como revela a fala desesperada da amiga, a violência da exclusão da personagem do mundo do trabalho.⁷ Desempregada, Selma não poderá vencer as “cegueiras”: a deficiência visual, já instaurada; a cegueira como destino, pois não poderá mais juntar dinheiro para o filho; a cegueira social que impedirá sua subsistência. A fatalidade se transforma em missão, tal como esteve presente nos mártires da cultura ocidental. Ela não pode buscar ajuda, aceitando o apoio do namorado. O sentido de fatalidade e a fatalidade de sua condição se confundem e impedem sua superação. A única ponte para o futuro é seu filho. O amor e o sentimento de culpa por ter gerado um filho cego impõem um compromisso moral e uma cegueira de percepção. Todavia, a ação do vizinho policial rompe este único caminho. Único porque imposto pelas circunstâncias; pela solidão de imigrante; pela pobreza operária; pelas limitações físicas; pelo peso da cultura da culpa; pela condição possivelmente cultural, biológica e até, quem sabe, atávica de mãe, na proteção da espécie.

O vizinho/vítima será também algoz. Ele aproxima-se como amigo e confia seus problemas financeiros, principalmente os relacionados com a esposa consumista. Furta o dinheiro de Selma e, depois, a acusa de tê-lo roubado.

Ele constrói e é prisioneiro de um amor calcado no valor do consumo. Interpreta o personagem do “homem-provedor”, do “homem-sucesso”, daquele que garante a fartura no acesso ao mercado de consumo, tragicamente sem liquidez. Duvida da garantia do amor que recebe, porque sua perenidade é semelhante ao gosto e a vontade de consumir da mulher. A mulher com sua mania de modificar a casa, apresenta um amor sempre traduzido no ato de consumir. O vizinho encontra-se entre extremos: o do mercado de consumo que funda uma relação afetiva, e o do mercado financeiro que garante que seu papel de homem seja cumprido. Esses extremos constituem um conjunto de valores tradicionais, presentes em sua posição de honrado policial na comunidade. Valores de aparência, valores de mercado, valores que só têm sentido quando apresentados ao público-consumidor. Mais do que determinação ética individual, tradução da liberdade, significam prisão aos mecanismos

⁷ Ela gritava, perguntando que outro trabalho poderia Selma executar já que estava cega.

do mercado. O homem que não paga não é homem. O homem que não tem não é homem. O homem que não possui não deve ser amado.⁸

Por sua vez, Selma é seu oposto, contradição. Ela não consome, pois tendo um ideal impossível, guarda o dinheiro. Transcende a sua condição de operária, vai além da personagem de peça na fábrica. Encanta seu mundo na música. Refaz sua fragilidade no amor ao filho. Seu amor não é uma incerteza.

Ela: operária, mulher e solteira. Ele: representante do Estado, classe média, homem, marido e provedor. Não consumidora *versus* consumidor. Estrangeira *versus* nacional. Entretanto, é nela que ele encontra apoio. Um fio de solidariedade se estabelece entre os dois. Ele revela seu segredo de marido desesperado. Ela conta-lhe sua missão de mãe. Porém, o fio é rompido, pois, na sociedade de consumo, o valor das aparências dos valores americanos é maior que a opção ética que eles dizem professar. O amor deve ser consumo periódico. A estrutura infantil da personalidade do vizinho, forjada nesse contexto, não pode aceitar a incerteza de um amor fundado na solidariedade.

A outra face da relação entre os dois se revela como perversão. Se era a entrega e a fragilidade que o aproximava de um diálogo com Selma, agora, será a fragilidade e o preconceito de ser operária, mãe e solteira que serão utilizados para que ele possa se inserir, novamente, no mercado de consumo do amor. Quando furta o dinheiro de Selma, ele faz sua opção. (Roubo ou furto ? Como traduzir a violência implícita nessa relação ? O modelo elaborado para punir o pobres – artigos 155 e 157 – que atentam contra a propriedade dos ricos, não pode traduzir aqui a palavra violência.). Opta por refazer o vazio de sua existência. Incapacitado pelo mercado para amar, ele é um adaptado ao mercado. Dessa forma, expressará, num ato de violência, toda a violência que o mercado já impõe a essa mulher, possuída a exaustão como operária, dessexualizada, refugiada num dos icebergs da fantasia.

A cena do assassinato refaz essa ambivalência. Selma prestes de ser excluída de seu último sonho. Lembre-se de que ela já não poderia cantar na peça teatral em virtude da cegueira. Ela reage no escuro. Entre o sonho e uma realidade irreal. O fio de solidariedade que havia construído com o vizinho se rompe e se transforma numa arma contra toda a sua existência já reduzida. O furto do dinheiro é o furto de sua vida já negada. O furto de

⁸ Algumas dessas percepções foram tomadas de FROMM, Erich. *A arte de Amar*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1995.

dinheiro é a marca do fim de uma relação de apoio. O furto do dinheiro é um auto-aborto, pois o filho deixará de viver por culpa “sua”, por “sua” fragilidade. Nada importa, nada faz sentido.

Durante o assassinato, Selma delira, imaginando um musical da reconciliação. Ela dança com o vizinho assassinado e sua mulher que a havia acusado de seduzir o marido. Nada importa, só o filho. Todos saberão, no sonho, que não há maldade. Só há destino, como se diria numa tragédia grega. Nova tragédia do mercado, em que personagens interpretam papéis invencíveis. O assassino, a assassina, as vítimas e os algozes. O que define esse trecho da condição humana ? Serão culpados os personagens forçados a representar papéis, ou será o Poder de construir roteiros ? Como traduzir em Justiça tais relações ?

3.2 A máscara da culpabilidade pode vestir todos os “responsáveis” ?

O primeiro dado a ser considerado é que, na sociedade de mercado, Justiça é sinônimo de um órgão especializado em proferir uma decisão sobre uma parcela da cena presenciada, cuja complexidade já foi reduzida no filme. A decisão refere-se aos envolvidos (personagens) e consistirá num juízo de atribuição de responsabilidade a um deles (você é responsável pelo desenrolar dos acontecimentos). Seu conteúdo é a atribuição de “UMA” pena a “UM” culpado.

O caráter abstrato e fantasioso de tal proposta é evidente.⁹ “UMA” pena qualquer que seja, dificilmente poderia ser única. A pena é sempre plural porque, ao se estender no tempo, a privação da liberdade não aceita as mudanças do contexto e pode mudar a sua intensidade. Embora, nem sempre seja evidente para o juízo jurídico, é fato que estar preso aos 20 anos, aos 30 ou aos 60, tem sentido diverso, ou, ainda que estar preso, tendo refletido um ano ou dez anos sobre um fato qualquer, apresenta diferenças. A pena é plural, pois ela é moldada para um indivíduo abstrato, mas atinge um indivíduo concreto. Não é

⁹ As críticas sobre os efeitos da pena são moeda corrente na literatura. Todavia, em Zaffaroni as conseqüências jurídico-políticas de uma constatação estão mais evidentes. A esse respeito veja-se: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. ————. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro : Revan, 1991.

qualquer indivíduo que recebe a pena, mas um indivíduo de carne e osso. Indivíduo que se transforma no tempo.

De outro ângulo, estar preso, por exemplo, significa não apenas perder a liberdade, mas sonhos, projetos existenciais que não poderão mais ser realizados. Dir-se-á que tais situações são conseqüências imprevisíveis da pena que não podem ser valoradas por um juiz, salvo pelo juízo divino. Voltemos a Selma. Selma é mãe e ficará separada de seu filho. Tal conseqüência pode ser apreendida por um juízo de previsibilidade e de valor por um mortal ? Evidente que sim.¹⁰ Desdobramentos concretos (reais) de uma decisão podem ser abstratamente considerados e antecipados por um julgamento modesto. Todavia, essa não tem sido a perspectiva da “Justiça”.

Portanto nosso argumento é: *A pena é plural, pois provoca sofrimentos diversos, sendo que tais sofrimentos variam segundo as distinções entre indivíduos e conforme o transcorrer do tempo. Por esse prisma, o sentido de Justiça só pode ser buscado quando, descortinando-se as relações concretas que existem num caso, se traz à tona o sofrimento humano do qual a pena é parte integrante. Dessa forma, a pena reencontra no sofrimento o seu limite e na superação do sofrimento seu objetivo.*

“UM” culpado é o que a Justiça pretende. Não é um debate novo o problema de se saber se um indivíduo é livre para escolher e se pode ser responsável moralmente pelo que faz.¹¹ A superação desse debate não é um problema teórico. Ele tem sido inventado e esquecido na medida dos interesses do poder que administra a nossa Justiça. Não pode ser superado porque ele não é meramente um problema abstrato ao gosto dos juristas. Cada vez que uma Selma se encontra diante das portas da Justiça, ele deve renascer. Ainda que uma formulação normativa seja difícil, o caso de Selma revela tal necessidade.

Não se trata, porém, de falar de atavismo biológico ou de condicionamentos sociais, mas sim do conteúdo de uma escolha racional, diante de chances cada vez mais reduzidas de escolha. Se alguém é livre para escolher é porque sua liberdade se traduz na possibilidade de inventar seu destino, com base numa decisão ética, leia-se, orientada a

¹⁰ Outro exemplo: Se um estupro for condenado a conseqüência da pena de perda de liberdade será mais do que a perda de liberdade, mas a perda da vida. Nos presídios brasileiros, basta um boletim de ocorrência de estupro, para ocorrer a “sentença de morte”. Veja-se VARELLA, Drauzio. *Estação Carandirú*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹¹ Veja-se a referência à disputa entre as Escolas Penais que podem ser encontradas nos autores já citados. Para uma visão tradicional do problema veja-se, também, SODRÉ, Muniz. *As escolas penais: clássica, antropológica e crítica*. São Paulo: Freitas Bastos, 1963. Numa leitura da época do debate veja-se a posição de BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos: fundamentos do direito de punir*. Sergipe: Ed. do estado de Sergipe, 1926. Para uma crítica a essa posição veja-se

valores. As possibilidades de invenção sempre foram condicionadas, ainda que não se aceite a tese de que a mente humana seja predeterminada. Condições econômicas ou educacionais condicionam porque limitam opções. O que não significa dizer que, onde há influência econômica, o sujeito é anulado de maneira mecânica pela mão invisível do poder que manipula as individualidades.

A Justiça deve estar fundada na liberdade, ou seja, na dignidade da liberdade que é sonhada no cotidiano de pessoas como Selma. A Justiça dá status de prevalência à liberdade, quando reconhece que só uma decisão de um “supra homem” poderia vencer as adversidades. Não há reconhecimento da liberdade, quando se supõe que o homem é um Deus para torná-lo culpado.

De outra parte, quanto mais complexa é uma situação, mais ponderado deve ser o juízo sobre a escolha. O caso Selma revela como são múltiplos os valores em jogo e como o peso desses valores para os envolvidos estão, em grande parte das vezes, distantes de nossa percepção. De forma semelhante, não apenas a complexidade da decisão aumenta, mas também a sua intensidade. Possivelmente, quanto mais difícil uma escolha, menor serão as chances para refletir.

Respeitar o valor da liberdade individual também significa considerar os limites temporais e circunstanciais de uma decisão. O que num minuto era tido como certo, pode não sê-lo segundos depois. A fantasia de Selma, no momento do assassinato, é uma janela para essa compreensão. A liberdade não significa eternidade da escolha. Tampouco está a se falar de leviandade nas escolhas. Reconhecer a liberdade é reconhecer a humana capacidade de reconsideração.

3.3 Somos todos responsáveis ?

“UM” culpado pressupõe não apenas que o ato seja atribuído a um indivíduo responsável, mas também que sua ação seja a única causa ou a causa determinante. Obviamente que também se está considerando a possibilidade de que este ato seja também cometido em co-autoria. Aliás, essa é uma situação curiosa, pois para três assassinos de um indivíduo, a culpa não é única. Ela se desdobra, se multiplica. Cada parte da culpa é um

todo porque é um juízo individual. Para o raciocínio jurídico, o indivíduo é sempre a causa da ação. Ainda que múltiplos os indivíduos, o raciocínio se repete.

Salvo em situações extremas, a Justiça reconhece que há outras causas determinantes da ação, e, quando o faz, é para aceitar como justificável “uma” ação de “um” indivíduo. Assim, por exemplo, na legítima defesa, aceita-se que a vontade de uma terceira pessoa foi decisiva na escolha, pois ela reage contra agressão injusta e iminente. Também, no estado de necessidade, considera-se aceitável a hipótese de uma sobredeterminação, dadas as circunstâncias, como uma enchente ou um desastre. Na legítima defesa, outros indivíduos diretamente, e, no estado de necessidade, o próprio ambiente, condicionam a opção do agente.¹²

Interessa destacar que tais formas de considerar o problema criminal colocam, no centro do debate, o indivíduo, afirmando-se que esta é única e possível forma de compreender as ações criminosas, sobretudo, as violentas. Questiona-se se tal indivíduo poderia ter agido de forma diferente, diante das circunstâncias ou se ele, ao agir, fez um juízo de “razoabilidade” na defesa da agressão, não atuando com excesso. Mas qual é o efeito dessa abordagem sempre individual dos problemas para o Sistema Penal? Qual é o verdadeiro efeito ideológico que ela provoca?

Como se sabe, o sistema jurídico reduz complexidade, fragmenta problemas, pressupõe papéis etc.¹³ Mas o que significa reduzir complexidades? Retirar do sistema a sua própria responsabilidade nos atos humanos, a sua contribuição causal para desenrolar da ação e a sua condição de ambiente subjetivo e real na determinação das escolhas.

Na cena de Selma, isso aparece como caricatura. Diz o policial, no momento em que está sendo assassinado, à esposa: “Corra, vá chamar a polícia!” E mais importante, ainda, é que ele faz uma proposta a Selma, dizendo-lhe que deixasse o dinheiro dela com ele e saísse, pois, desse modo, nada lhe aconteceria. Ela deveria curvar-se ao poder arbitrário de um dos integrantes do sistema penal. A ameaça implícita, na proposta, só é possível pois há uma forma de atuação marginalizadora do sistema: ela será punida pela Justiça, ainda que seja inocente, porque está inscrito na consciência social dos excluídos.

¹² Nos parece que ambos poderiam ser considerados no caso de Selma, porém tais hipóteses não nos interessam para o argumento.

¹³ Uma descrição agradável desse fenômeno pode ser encontrada em HULSMAN, Louck. *Penas Perdidas O Sistema Penal em Questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

Portanto, nosso argumento é : *Em situações de crise, em que o peso moral da decisão aumenta, o sistema não pode ser visto como um apoio a uma decisão ética. Antes, fundamenta uma descrença no Justo e propõe soluções calcadas no desespero. A violência do sistema não pode ser entendida como um problema de bandidos e mocinhos. Ambos, em sua maioria, comungam a descrença na Justiça real da qual são personagens.*

Ao se ampliar o campo de visão do Sistema da Justiça Criminal para o conjunto do Sistema Social, no caso de Selma, fica claro o embate invencível da Justiça contra o Sistema. A redução de complexidade tem sempre um sentido de mão única que é a de determinar a responsabilidade do indivíduo. Porém, após a consideração dessa interação, num ponto a análise, não se pode voltar e dar respostas às interações do Sistema, na ação individual.

Como responder à violência cínica da exclusão de Selma do mundo do trabalho em função de sua deficiência visual? Como responder a essa tentativa de morte proposta por um Sistema fundado nos interesses exclusivos de proprietários? O Sistema da Justiça Criminal não serve para isso, é a resposta. Se houver lesão de direitos trabalhistas, dirija-se Selma à outra Justiça. Se houver falta de assistência social, dirija-se Selma ao departamento adequado. O Sistema não reduz apenas complexidades, fragmenta problemas, pressupõe papéis etc. O Sistema molda estratégias que sejam adequadas a determinados interesses.¹⁴

Devemos, sem tentar simplificar sobremaneira as múltiplas facetas da realidade, dar um peso explicativo efetivo ao fato constatado, no cotidiano, de que os pobres são a clientela preferencial do sistema.¹⁵ Note-se, todavia, que tal frase não é nova. Tem sido abstratamente repetida em todos os sentidos nos debates atuais. O problema central disso para o Sistema de Justiça Criminal não é afirmar que os pobres (coitados !) vão para as cadeias, enquanto os ricos não são condenados. O que importa saber é: Como essa consciência social deve influenciar no funcionamento do Sistema ? Quais são as teses jurídicas aceitáveis para restabelecer o sentido de Justiça que pressupõe o valor da igualdade ?

¹⁴ Em sua obra, o professor Alessandro Baratta, ao retratar a mudança de paradigmas em Criminologia, demonstra que o caráter descritivo do labelling, embora fundamental para a compreensão do movimento desses atores não explica todo o fenômeno. Diríamos, na linguagem aqui usada, que é necessário não apenas considerar os papéis da peça encenada, mas também as razões da existência do teatro.

¹⁵ Incisivo na afirmação é THOMPSON, Augusto *Quem são os criminosos ?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

A Justiça pressupõe o debate sobre a igualdade. A Igualdade não existe porque as potencialidades humanas serão reduzidas a um mínimo, onde todos são iguais. ¹⁶Todos podem respirar, logo todos são tratados com igualdade. A Justiça pressupõe igualdade como tratamento mínimo para a gestão autônoma e livre das potencialidades individuais e coletivas.

Portanto, igualdade no Sistema Penal não é tratar a todos de forma sanguinária, com torturas, desrespeitando a condição mínima de ser vivente. É tratar a todos a partir da sua dignidade humana e considerar o quanto dessa dignidade tem sido sonogada, no desenvolvimento individual de cada um que chega às portas do Sistema da Justiça Criminal.

A objeção comum é a de que considerações como essa fundamentariam tudo, menos um julgamento justo, pois a Justiça, sobretudo, aquela que segura a espada, deve ter os olhos vendados.

Voltamos ao círculo vicioso da constatação. Se aceitamos que o Sistema discrimina pobres, negros, mulheres solteiras, desempregados etc, é certo que temos critérios de distinção razoáveis para estabelecer seleções. ¹⁷(Elas ocorrem todos os dias !) A questão é reverter o sentido dessa seleção. É necessário selecionar tais qualidades, não para excluir mais ainda, mas para considerar o peso da exclusão que tais pessoas carregam. Nesse caso, o perigo de uma Injustiça não poderá jamais ser maior do que a Injustiça que já se tem. A opção real pela mudança é ela o único critério razoável de julgamento.

4 INTERMEZZO: O Apoios dos Amigos

¹⁶ Os “movimentos de lei e ordem” e a “esquerda punitiva” são pródigos nesse argumento de igualdade: “Se o inferno for para todos, seremos todos iguais ...”

¹⁷ Para uma crítica sobre o problema racial na Justiça Criminal veja-se a obra pioneira de BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Dissertação de mestrado em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 1989. (no prelo –Porto Alegre: Editora do Advogado, 2002.). Referências a uma crítica do discurso da Criminologia e seu vínculo racista encontram-se na obra do Prof. Eugênio Raul Zaffaroni. Uma tentativa de comprovar a construção desse discurso racista no Brasil está em nosso trabalho de mestrado. Encontra-se estudo quantitativo no Tribunal do Juri em: RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. *Cor e criminalidade: estudo e análise da Justiça no Rio de Janeiro (1900-1930)*. Rio de Janeiro : Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995. Para um argumento sobre o problema contemporâneo vejam-se os seguintes textos: BAUMAN, Zygmunt . *Globalização – As conseqüências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999 MINHOTO, L aurindo Dias. *Privatização de presídios e Criminalidade*. São Paulo: Max Limonad, 2000. WACQUANT, Loïc . *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estado Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. WACQUANT, Loïc. *Os Condenados da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2001 VENTURA, Zuenir. *Cidade Partida*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1994.

4.1 As pessoas podem representar um “sentido” de Justiça sem a máscara do Sistema Penal ?

As críticas constantes ao Sistema Penal têm provocado transformações em direção a uma informalização do processo. A solução é advogada por HULSMAN, representante do abolicionismo penal, para quem o desaparecimento do Sistema Penal poderia provocar uma “revitalização do tecido social”. Em outras palavras, os personagens poderiam, com o “desaparecimento” do palco, retirar as máscaras. Da mesma forma, a mistificação do povo é a estratégia típica dos movimentos totalitários, como os de “lei e ordem”.

O caso de Selma e as discussões no interior da própria Criminologia Crítica são ilustrativos dos limites desses argumentos. O problema de uma Justiça, na sociedade atual, como veremos, é que ela deve lidar com projeções utópicas e projeções realizáveis.

No plano de uma mudança realizável, deve-se considerar que os papéis jurídicos predeterminados (acusado, vítima, acusador) são submetidos à sobredeterminação dos papéis no sistema social. A construção desses papéis não é um efeito exclusivo das agências oficiais do sistema. Ela se estende para fora dos sistema em interações nas quais os limites do sistema tende a se ampliar.

A cena que antecede ao julgamento de Selma ilustra essa percepção social do criminoso e a disposição para colaborar com a “Justiça” voltada para a exclusão.

Selma é presa quando numa atitude de “entrega”, de autopunição evidente, dirige-se ao local do ensaio da peça teatral que estava por estrear. Um dos diretores, tendo sido avisado pela polícia, convence Selma de maneira patética a permanecer no local para que, em segredo, ela pudesse ser capturada. Ou seja, a fim de que ensaiasse os trechos do papel principal da peça da qual ela havia sido excluída. Ela delira no papel que não mais lhe pertencia, pois, após o desenvolvimento da cegueira, ela fora “transportada” para o papel de uma “velha”, papel secundário, representação mais que evidente de um valor social que estava sendo imposto.

Todos os presentes ao ensaio colaboram na prisão de Selma. Antes, a imigrante era a estrela do musical, transformando-se, depois, em criatura monstruosa, uma estranha, para

a qual todos dirigiam olhares de medo, apreensão, distanciamento. A marca de ser criminoso, o estigma, a atribuição da culpa e a condenação antecedem ao ato de julgar.^{18 19}

Entretanto, esse mecanismo informal de atribuição da culpa não pode ser separado do Sistema Penal. Ao se afirmar que o Sistema Penal reproduz apenas os valores da sociedade, não se pode negar o papel determinante que ele tem na seleção de valores e na sua reprodução. Se o Sistema Penal não é criador único de valores, ele tende a produzir uma *domesticação da percepção*. Ele mostra como é evidente aquilo que poderia ser contestável.

A definição de alguém como criminoso é um juízo de atribuição, como mostra o caso de Selma, porém não se pode admitir que essa atribuição seja algo natural ou uma precipitação de processos sociais que desembocam no Sistema Penal. Na mesma cena e no desenrolar do filme, o personagem do namorado de Selma, assim como sua amiga na Fábrica, demonstram que os juízos informais também podem ser favoráveis ao suposto criminoso. O Sistema Penal produz seleções e, ao selecionar, reforça juízos de atribuição existentes na sociedade da qual ele é parte integrante.

O que distancia o Juízo negativo e o favorável ? No caso do namorado e da amiga, os personagens estão movidos por um sentimento de Justiça que não exclui o sentimento de paixão, de identidade, de proximidade para com a acusada. Esse sentimento, representado pelo discurso tradicional como sinônimo de parcialidade, servirá em momentos posteriores para reconstruir na informalidade e, apesar do sistema, o sentido de Justiça.

A solidariedade do namorado, na descoberta da prova da razão do silêncio de Selma. A solidariedade da amiga para com o filho deixado. A solidariedade da policial, já na prisão, que se diz mãe e reconhece Selma como humano. Todos são exemplos de que o sentido de Justiça não é algo impalpável ou uma quimera. Também propõe repensar a idéia de que o sangue e o desejo de anulação sejam os fundamentos de uma Justiça “calcada” no “sentimento do povo” que estaria presente na tradição.²⁰

¹⁸ Estudo clássico sobre o comportamento social que culmina na institucionalização está em GOFFMAN, Erving. *Manicômios Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

¹⁹ Trata-se da formação da comunidade num sentido negativo, ou seja, identidade criada na negação do outro e na sua exclusão contínua. Veja-se a propósito SENNETT, Richard. *O declínio do Homem Público – As tiranias da Intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

²⁰ As opiniões sobre cultura foram influenciadas pelos textos de Bosí, entre eles: BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo : Companhia das Letras, 1992. ————. *Plural, mas não caótico*. In: Literatura Brasileira – temas e situações. BOSI, Alfredo (org.). São Paulo : Ática, p. 07-15, 1987. ————. *Cultura como tradição*. In: Literatura Brasileira: tradição/contradição. BOSI, Alfredo (org.). São Paulo : Ática, p. 33-58, 1987.

A cultura também é plural e a palavra “tradição” não pode ser usada de forma vã para compreender o presente. Se uma tradição é um peso que se projeta sobre os indivíduos nas suas escolhas, também é fato que ela é carregada para o futuro conforme relações de poder determinadas.

Quando se afirma que há uma tradição de linchamento que explicaria um fato atual, exclui-se dois julgamentos importantes: Por que razão tal tradição foi inventada no passado? Quais são os mecanismos que a fazem encontrar respaldo no presente ?

Dizia-se entre os romanos que o “Povo precisa de pão e circo”.²¹ Lembre-se de que o circo era o espaço no qual também se faziam os assassinatos em massa de cristãos pelos leões e o jogo de força entre gladiadores. O caráter ideológico nessa frase é evidenciado pelo fato de que ela aproxima dois substantivos, pão e sangue, para fazer com que o segundo tenha a propriedade de também ser visto como uma necessidade tão natural como o sustento. O povo é fera, diz a frase. Repetida assim ela esconde que o circo foi um instrumento político-ideológico dos imperadores romanos para o massacre dos cristãos, para o domínio do povo e para impedir que um discurso novo como o cristianismo pudesse afrontar o poder. Que o sangue faça parte da tradição é crível, porém difícil é aceitar que a realidade seja fato morto ou de que a tradição seja um cadáver que se arrasta por força da inércia.

A legitimação do poder de punitivo e os processos de legitimação social com a colonização da esfera pública pelo espetáculo punitivo estão diretamente relacionados aos modelos de Justiça.²²

Qual opção entre uma Justiça formal ou uma Justiça informal ? Talvez seja preciso recompor os elementos dessa proposta. Será possível que o senso comum de Justiça não seja direcionado pelas seleções propostas no Sistema Penal ? Se isso for evidente em grande parte de situações, a noção de externo e interno perde parte do sentido. Justiça dos homens ou uma Justiça dos funcionários do Estado? Até que ponto os Homens numa sociedade de massas não tendem a se comportar como Funcionários do Estado ?

²¹ A idéia da punição como espetáculo foi extensamente debatida por FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau ed.,1999. ----- *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1992. ----- *Resumo dos Cursos do Collège de France (1970-1982)*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

²² Sobre as transformações da esfera pública burguesa e o problema da mídia veja-se: HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.

A sociedade de massas amplia a função do circo romano. O circo romano tecnológico transforma a degradação humana da sociedade em matéria prima para garantia da ordem e ocupa novos espaços sociais.

Portanto, a primeira questão que deveria ser enfrentada é: “Quais são os valores que fundamentam a Justiça quer seja formal ou informal ?” E a seguir: “Quais são as condições para permanência e ampliação desses valores ?”

A Justiça informal não pode ser uma solução para não se discutir os problemas da “Justiça dos funcionários”. No caso de Selma, o colaboracionismo com a injustiça revela que não há um senso comum ingênuo e popular inato que não possa ser transformado e capturado pelos discursos oficiais. Transformar o processo decisório, por exemplo, com a participação supostamente popular sem que se abram espaços concretos de interação humana ou sem a vinculação das pessoas às suas decisões é reproduzir preconceitos sociais e padrões seletivos já existentes na Justiça dos funcionários, como demonstra boa parte da trajetória do Tribunal do Júri.

Se a Justiça Informal parece apontar para momentos de solidarismo de conciliação, isso não significa que ela não possa se transformar em jogo de apoio para a Justiça formal já falida. A contenção dos mecanismos de exclusão não pode prescindir de uma estratégia global que diminua o seu impacto social, mas é preciso que ela esteja também sempre atenta a novas dinâmicas, a tendências dentro do sistema que, assumindo discursos críticos, conduzem a renascimentos desses mecanismos de exclusão.

Pode-se evidenciar que um novo sentido de Justiça depende não apenas de um percepção dos valores defendidos, mas também de um senso prático que impeça a mistificação das alternativas adotadas. Numa sociedade em que as demandas sociais estão sempre presentes, os sistemas de poder tendem a assumir novas propostas, porém fazem-no com uma cisão concreta entre conteúdo e forma, entre prática política e prática técnico-jurídica, estratégia global de mudança e rituais de legitimação social. ²³

5 SEGUNDO ATO: A Acusação perante o Tribunal

²³ Como insistimos a seguir, o valor da obra de Alessandro Baratta está nessa percepção teórica presente em seu livro *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, mas também em sua vida de intelectual que é registro contínuo de sua capacidade de autocrítica e vinculação de ações a estratégias gerais de transformação. Assim, por exemplo, com

5.1 As representações

Durante o julgamento, Selma está fora de si. Após a prisão, a fantasia passa a tomar conta da realidade. A realidade torna-se fantástica. Ela está sendo condenada por ter assassinado um homem para roubar-lhe um dinheiro que, de fato, era dela. Ainda assim, sente-se mais presa à promessa que fez a este homem de não revelar a todos que ele era um falido. Prefere manter um valor privado do que acreditar num valor, supostamente, público e universal. Portanto, não se defende.

Diante dela, está o promotor que enfatiza a condição de sofrimento da viúva, o caráter invejoso da ré, sua ambição por dinheiro etc. O duro esforço de economizar para operação do filho, negando-lhe, inclusive presentes no dia do aniversário, torna-se, para essa acusação, em sinais do caráter egoísta das ações de Selma. Desenha-se o caráter.

O promotor tem a favor de si as provas, a vestimenta suja de sangue que Selma, já cega, não conseguiu esconder, a arma do crime, o testemunho da esposa que ouviu parte do diálogo do assassinato. Desenha-se o fato.

Em nenhum momento, a defesa se manifesta durante o julgamento. Somente após a condenação é que outro advogado, não dativo, indicado pela amiga, irá falar com Selma. Nesse diálogo, o Advogado afirma para Selma, condenada à morte, que agora seria diferente, pois ele não era advogado indicado pelo Juiz, possuindo muita experiência nesses casos. A personagem responde, ironicamente, que o primeiro advogado havia dito o mesmo.

No julgamento de Selma, a estrutura processual acusatória é subvertida. A garantia do Direito de Defesa e as articulações do tema probatório exemplificam a desintoxicação contínua do Sistema Penal de ideais libertários e o ritualismo das práticas supostamente emancipadoras. Julgar é vestir a toga.

5.2 Em qual palco representamos ?

O processo penal representa parte do palco como limite físico e de sentido da ação dos personagens que, como Selma, estão envolvidos na operacionalidade do Sistema Penal.

HULSMAM, comunga uma utopia, mas dele discorda por perceber as determinações estruturais na sociedade capitalista.

O problema central do processo, colocado nos termos do discurso jurídico, está na busca da verdade e na garantia do cidadão. O processo se materializaria nessa tensão contínua entre esses dois pontos.

O direito e, mais especificamente, o processo penal, tem-se dito, espelha os valores de uma sociedade, a forma de Estado, e, até mesmo, a maneira de construir cidadania.²⁴

²⁵Embora tenha recebido configurações peculiares em vários países, a formação da atual estrutura é o resultado histórico de duas estruturas anteriores, a acusatória e a inquisitória, e a sua transformação advinda das mudanças das formas de vida social. A estrutura processual, portanto, seria conduzida e condutora de valores, ou mediadora desses valores.²⁶

Importa reconsiderar a construção de tais palcos de ação.

A *estrutura acusatória pura*, típica na tradição inglesa, era marcada pela paridade das partes que se enfrentavam numa disputa semelhante ao modelo burguês de direito civil. O juiz mantinha-se como fiscal do jogo, mas não era ele que possuía a verdade e o poder de decidir. A verdade brotava do jogo que expressava o que Michel Foucault denominou de Medida, forma dominante na Europa durante toda a Alta Idade Média. O que se provava não era um fato, mas o peso social de uma das partes, a habilidade no jogo, ou até mesmo a sorte. A decisão era, sobretudo, o reconhecimento público da comunidade de que as partes haviam procedido de forma adequada, no decorrer da disputa.

Essa sociedade fragmentada, marcada por pequenas comunidades, onde o poder armado se distribuía entre quase todos os indivíduos, produzia uma forma peculiar de igualdade e de bem comum. A igualdade era o reconhecimento na vida local, estava marcada pela confusão entre identidade pessoal e social. O bem comum, como mais tarde revela o pensamento ali nascido do liberalismo, era alcançado com a tutela dos interesses individuais perante a comunidade. Nesse modelo, em regra, a defesa era autodefesa. Mulheres e crianças por não “poderem” falar as fórmulas jurídicas adequadas eram

²⁴ Conforme RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²⁵ Sobre a relação entre estruturas processuais e cidadania veja-se o estudo comparativo de LIMA, Roberto Kant de. *Cultura jurídica e práticas políticas: A tradição inquisitorial*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [S.L.], v. 4, n. 10, p. 65-83, jun. 1989.

²⁶ Para uma narrativa das estruturas processuais o trabalho de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, vl I. Coimbra: Editora de coimbra, 1974.; RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau ed.,1999

representadas. O direito de defesa, embora elementar para a estrutura, não tinha o caráter público que hoje se lhe atribui formalmente.

Embora já estivesse presente na Idade Antiga, a *estrutura inquisitória* sucedeu a anterior, no início da Idade Moderna. A produção da verdade assume a forma do Inquérito, ou seja, há a reconstituição do passado pela busca de indícios, de vestígios deixados pela ação criminosa. Como estrutura, ela está marcada pela posição rebaixada do investigado diante de um juiz que assume também a função de acusador. O acusado é objeto, destinatário da ação desse poder absoluto de investigar. A tortura é prática usual.

O valor subjacente é de que o poder deve ser onipresente e onipotente, não por acaso ela se confunde com a própria Inquisição. Pressupõe uma sociedade em processo contínuo de centralização, onde as formas de vida local, passam a ser abarcadas por uma única ideologia religiosa que unifica a todos na submissão. A mensagem das comissões itinerantes da Inquisição era explícita: É preciso submeter as consciências e os corpos ao poder, voluntariamente ou pela força, delatando os recalcitrantes, perseguindo os insubordinados em potencial, eliminando os desviantes.

Toda a lesão passa a ter interesse público, deixando de ser uma mera infração para ser um crime uma ofensa ao próprio Estado. Porém, o interesse público aqui se confunde com o interesse do chefe, do rei, do poder encarnado que se materializa nas decisões de seus nomeados. O direito de defesa não existe, pois ele se confunde com a função de um curador encarregado de colaborar na obtenção da verdade, convencendo o réu a confessar.

A *estrutura atual* é, no mínimo, formalmente acusatória. Ela se confunde com o discurso jurídico burguês do Estado de Direito.

A tripartição dos poderes, como forma de limitação, se expressa na divisão interna do processo entre a função de julgar e a acusar. O juiz, no desenho célebre da relação processual, está colocado entre e acima das partes e representa a mediação, ou melhor, a tensão entre interesses privados e públicos. Já a justificação da figura do acusador caminha no sentido de construir um discurso que, subtraindo a vítima do processo, faz do parquet, o defensor dos interesses sociais inscritos nas normas proibitivas e da vítima um incapaz de autotutelar-se. Emerge, desse modelo, o direito de defesa moderno, como um desdobramento do discurso individualista que trata da esfera legítima da liberdade.

O direito de defesa garante que nenhum cidadão-burguês seja impedido de exercer sua liberdade. Tal liberdade é definida de forma negativa, ou seja, liberdade de praticar tudo, menos o proibido. O proibido, já mistificado, representaria a vontade geral. Quem usa mal sua liberdade deve perdê-la, diz esse discurso. A defesa deve ser, sobretudo, a prova de que a ação não foi cometida, que não havia intenção de violar o pacto social legítimo.²⁷

Nessa estrutura, o indivíduo, tomado de forma abstrata, é um sujeito de direitos. Direitos que se confundem com a garantia das necessidades da burguesia em relação ao domínio da propriedade, produção e circulação de bens. Iguais porque o discurso jurídico trata a todos formalmente como iguais e trata de esquecer as diferenças. Iguais não porque iguais, mas porque a norma retira de seu espaço de consideração as diferenças que poderiam ser perturbadoras. O direito burguês, porque desigualmente formado para atender as necessidades burguesas, pressupõe tratar a todos como cidadãos-burgueses, embora não o sejam.²⁸

De forma inversa, na aplicação do direito as desigualdades são retomadas como algo imprevisto, como se fosse estranho a própria constituição desse direito. Os juízes decidem, conforme seus valores que estão calcados na sua visão de classe, raça, gênero etc.

A comprovação do caráter desigual do direito dispensa, porém, análises específicas sobre as decisões. O primeiro momento de desigualdade encontra-se na diversa valoração de bens jurídicos segundo seus titulares e, portanto, nas diferentes formas de prevenção e repressão de interesses. Estabelece-se uma continuidade de discriminações também na configuração institucional.

Assim, por exemplo, não é apenas a propriedade que recebe um peso maior na descrição dos tipos penais, mas também é em função dela que todo o aparelho policial é montado. A maior proteção de um tipo de propriedade privada e a repressão mais acentuada de seus violadores é também um desenho institucional predefinido. Não se pode apenas falar de um conjunto de valores dos agentes do sistema que condicionam algumas práticas.

Há valores que são constitutivos da organização do Sistema Penal, são institucionais, embora não sejam jurídicos. Os valores de uma estrutura processual real são expressos em níveis distintos dos valores da estrutura processual jurídica. O desafio

²⁷ Veja-se uma síntese das idéias liberais em BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torriere Guimarães. São Paulo: : Hemus, 1995.

²⁸ Veja-se HABERMAS op. cit.

para a Justiça é refazer o ambiente de decisão, fazendo com que a estrutura processual jurídica tenha eficácia na estrutura real. Todavia, como veremos, isso não significa fidelidade a positivismos já superados e que provocaram o desencanto atual dos observadores do Sistema Penal. ²⁹

5.2 Quem nos defenderá das máscaras ? ³⁰

A retórica do Direito de Defesa, sobretudo no caso brasileiro, é ilustrativo desse problema.

Em primeiro lugar, malgrado seja garantia individual enunciada no art. 5º e tenha a defensoria pública sido elencada entre as funções essenciais da Justiça, a “clientela não pagante” do Sistema Penal Brasileiro recebe tratamento similar ao de Selma. Evidentemente que essa defesa meramente formal não é fruto apenas de filtros pessoais dos defensores. A Defesa, como instituição, é organizada de forma inconstitucional. Efetivamente, se dermos ao princípio da igualdade um conteúdo real, não podemos aceitar que acusador e defensor tenham remunerações diversas pagas pelo mesmo Estado (em alguns casos até a metade) e condições de trabalho diversas garantidas pelo mesmo Estado.

A interpretação dominante do valor da Defesa a reduz a quase nada, pois parte-se da idéia de que ela é um direito, mas a Defesa técnica só será assegurada a partir do interrogatório do acusado na fase judicial. Portanto, os réus possuidores de recursos podem, por meio de advogados contratados, evitar a violência presente na fase policial. Já os pobres, de forma geral, estarão submetidos ao poder configurador da polícia, às torturas e às humilhações. Será no inquérito que as provas ilícitas serão produzidas e trazidas para o processo como válidas. Trata-se, bem se vê, de um espaço de ilegalidade consentida. Tal concessão se baseia em argumentos de ordem prática, como necessidades operacionais, as quais se não fossem atendidas levariam a paralisia da Justiça Criminal.

²⁹ Fala-se em sistema penal subterrâneo. Conforme ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: primer informe*. Buenos Aires: De Palma, 1984.

³⁰ Referências ao tema da prova e outras questões processuais podem ser encontradas em: FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. COUTINHO, Nelson Miranda.(org) *O papel do novo juiz no processo penal*. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. São Paulo: Renovar, 2001.

Em segundo lugar, a violação do Direito de Defesa se manifesta na violência para a obtenção da prova. Segundo o argumento cotidiano, não haveria outros recursos que garantissem a descoberta da materialidade e da autoria, além da violência. O excesso de garantias provocaria uma crise de eficiência. Traduzindo: para que a repressão contra os excluídos continue, qualquer argumento teórico será verdadeiro. Em conclusão: A norma constitucional não possui eficácia, pois ela não pode vencer o poder de fato das agências operadoras.

Essa tensão entre o preceito constitucional do Direito à Defesa, o poder das agências e a prisão do discurso dos operadores brasileiros é mais evidente quando se discute o tema da confissão obtida mediante tortura e sua prova.

Segundo nosso sistema formal, a confissão obtida sob tortura é prova ilícita, não podendo ser considerada pelo Juiz. Sua obtenção passou a configurar recentemente crime. Já a confissão espontânea não pode ser considerada como prova única para fundamentar um decreto condenatório. Porém, se a confissão espontânea for acompanhada por indícios que formem um conjunto probatório “sólido”, poderá haver a condenação. Algumas questões ficam em aberto: Quais são os mecanismos institucionais efetivos para coibir e prevenir a prática da tortura nas delegacias brasileiras ? Como comprovar que houve efetivamente a tortura para invalidar a prova ? Inexistindo a defesa na fase supostamente “pré-judicial”, o réu confessa coagido, porém, na fase judicial, nega a confissão. Como se “comporta” o discurso jurídico diante desse fatos ?

Curiosamente a prova indiciária é suficiente para condenar um indivíduo, porém não é capaz de responsabilizar o Sistema Penal por sua violência e recolocá-lo no suposto trilho da legalidade. Obviamente que se o sistema não dispõe de polícia técnica para comprovar a acusação contra os pobres, argumento típico do cotidiano, não terá para comprovar a violência do próprio sistema. O discurso jurídico aqui nega-se a buscar a verdade material, embora seja essa verdade, o fundamento de tantas atrocidades.

Como afirma, ZAFFARONI, na América Latina, os fatos são, por si só, deslegitimadores do sistema, o que faz com que os nossos operadores tenham que quase conspirar para relegitimá-lo.³¹ De fato, no cotidiano, avultam as cenas de violência

³¹ Veja-se ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: primer informe*. Buenos Aires: De Palma, 1984. ————. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema*

policiais gravadas pela mídia, a própria consciência popular é evidente no reconhecimento dessa violência, os operadores do sistema não conseguem negar em suas conversas informais a existência dessa violência como uma prática institucional etc. Responde o discurso jurídico: “O que não está nos autos não está no mundo”, logo as alegações de tortura devem ser infundadas.³²

5.3 A ciência pode retirar as máscaras e provar ?

A Justiça não está onde residem a mentira e o delírio hipócrita, como revela de forma evidente o caso de Selma. Entretanto, tais argumentos sobre a ilicitude da prova não podem servir para mistificar o problema da prova e da suposta objetividade da Justiça.

A prova técnica é um momento de racionalização das decisões, representando uma conquista no processo, mas também é fato que tal argumento pode conduzir a idéia de que decisões técnicas são mais justas. Ou seja, fazer Justiça seria condenar melhor.

O desenvolvimento da criminalística e da medicina legal associado a uma lei que tivesse comandos cada vez mais precisos poderiam associar uma visão definitiva do fato passado e a previsibilidade da resposta, tornando a atividade de julgar numa atividade tão precisa quanto às ações pré-programadas de uma máquina. Substituídas as falhas na percepção humana, todos estariam submetidos a uma espada eletrônica racional. Dessa forma, finalmente, o discurso científico subsistiria vitorioso em sua luta com o discurso do mundo e da vida, nos espaços jurídicos.

Se o argumento estivesse certo, ele deveria valer também para Selma... O que ocorre no seu julgamento ? O promotor tem a prova, a evidência, a certeza da materialidade e da autoria, mas será possível dizer que a certeza trouxe a Justiça?

RADBRUCH elucida parte do problema ao se referir às mudanças nas estruturas processuais. O autor pretende uma história da estrutura processual a partir da história de seus dispositivos internos. A passagem da estrutura acusatória para a inquisitória, e, desta

penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, Penas e Fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

³² Não há indícios da existência de violência ? Jornais relatam que determinada delegacia pratica violência, fotografam presos feridos. Alguns policiais nessa delegacia estão sendo processados por fato semelhante. O réu ficou preso ilegalmente sem assistência durante largo período de tempo, o que impediria o registro das agressões em momento posterior. A literatura sociológica científica retrata as práticas nas delegacias brasileiras. Esses e outros fatos não são suficientes ? ... Melhor seria dizer que o jurista está naquela torre de sonhos de Aphonso Guimarães onde Ismália enloqueceu e não quer se defrontar com a realidade ...

para a estrutura acusatória atual, reflete uma mudança interna no tema da prova e na sua apreciação por parte do Juiz.³³

Na *estrutura acusatória*, a concepção civil do processo penal fazia vigorar concepções formais de consideração da prova, como, por exemplo, a confissão. Todavia, nesse modelo, não era o acusador que deveria provar a culpabilidade, mas o acusado que deveria provar sua inocência. Isso só era possível na medida em que os meios de prova eram variados, bastando, por exemplo o simples juramento de inocência.

O *processo inquisitório* trouxe os meios probatórios atuais baseados na razão, sobretudo a prova testemunhal, substituindo-se o ônus do acusado, quanto à prova da inocência, pelo ônus do juiz, quanto à prova da culpabilidade. Instituiu uma teoria probatória legal, ou seja, um sistema que vinculava o juiz na apreciação da prova. Assim, só haveria condenação se ocorresse a confissão ou se existissem duas testemunhas oculares. A tortura, teoricamente, deveria ser utilizada, apenas, quando houvesse fortes indícios contra o acusado. O juiz distante, pois não vigoravam princípios da imediação (contato direto com a prova) e da oralidade (concepção do processo como um diálogo), decidia conforme os “autos mortos de protocolos de tortura e de testemunhas (quod nom in actis, nom in mundo)”.

O *processo penal atual*, tido como acusatório, ao desvincular-se da teoria legal da prova, libera-se da obrigatoriedade da tortura. Vigora o princípio da livre apreciação probatória, não sendo, em geral, ditadas regras quanto à relação entre determinada prova e a culpabilidade. Ele pode negar o valor da confissão, pode condenar um não confesso, pode valorar os diversos testemunhos etc.

Conclui o autor que o juiz, como historiador, recompõe o passado na fase instrutória e de forma semelhante deve se valer também do método científico para a apreciação judicial das provas. Portanto, “no lugar da teoria legal da prova” colocou-se uma teoria “científica da prova”. Haveria uma nova tendência na teoria probatória, pois seria determinante o abalo do valor da prova dos meios probatórios pessoais, causados pelo conhecimento psicológico, aprofundado das múltiplas possibilidades de engano, e, por consequência, a elevação do valor dos meios objetivos, sobretudo, dos objetos aparentes

³³ Conforme RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

como impressões digitais e rastros de sangue, provocada pelas maiores possibilidades técnicas de sua valoração.

De fato, percebemos hoje quão verdadeira é essa tendência cientificista na medida em que testes genéticos, perícias das mais variadas espécies e formas diferentes de vigilância invadem o processo decisório. A ciência “incapaz” de dar respostas ao sofrimento humano, que se afirma incapaz de permitir uma compreensão da realidade social, que tem sua precisão banida de terrenos até então intocáveis como a Física, agora é o templo da precisão e da Justiça. Se a ciência não pode servir para organizar um mundo para os homens, pode, sem dúvida, organizar o mundo para o domínio desses mesmos homens. Curiosa ciência ...

Esta visão atinge o cerne de nossa noção atual de processo, pois a busca por objetividade, ou melhor dizendo, a manipulação dessa crítica levou os EUA, por exemplo a um modelo decisionista em que o Juiz, constrangido pelas provas objetivas, deve dar sua sentença conforme um tabela predefinida de soluções, estando impedido de fazer qualquer consideração “subjetiva” sobre dados “subjetivos”, como por exemplo, a “história” do acusado.³⁴

No mundo contemporâneo, a estrutura científica da prova pode ser aliada de uma teoria retribucionista da pena, o que faz com que o Sistema penal ostente ares de precisão. A ciência parece ser o mais novo reduto da ilusão da Justiça Burguesa, pressupondo a igualdade para os desiguais. Anteriormente, de forma semelhante, essa ciência falava da desigualdade para rebaixar e excluir ainda mais os submetidos, como no discurso de que o acusado possuía uma história “sempre” reveladora de sua patologia criminosa. A Justiça Burguesa tende a transformar-se numa espada eletrônica, na qual os sistemas de decisão não podem ser questionados em sua estruturação valorativa.

Como fugir de tais mistificações ? cremos que é preciso não invalidar o tema da Justiça como um componente irracional ou com uma relativização absoluta do valor das decisões. É preciso propor questões urgentes: Qual Justiça pode fazer uma Sistema Penal baseado na desigualdade? Qual é a verdade que fundamenta a decisão nessa Justiça ? (Qual é a verdade de Selma ?) Como o processo penal pode apreendê-la ?

³⁴ Tais afirmações, mostrando as desventuras do retribucionismo encontram-se em : COEHN, Stanley. *Visiones del control social*. Tradução por Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988. CHRISTIE, Nils. *A indústria do Controle do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

Entre os diversos aspectos dessa questão destacamos, ainda, o problema da verdade e da prova. Enunciado está um primeiro ponto de vista que pode parecer contraditório: A prova científica é um momento importante para a racionalização do processo, mas não é sinônimo de Justiça.

De fato, no atual sistema, ainda em provável mutação, o Juiz deverá, como regra, fornecer uma fundamentação racional sobre a decisão, ou seja, capaz de ser convincente publicamente, valendo-se inclusive de dados científicos. Porém, não está vinculado à perícia científica. Curiosamente, podemos perceber que a garantia da validade da prova está no sistema de defesa e na possibilidade de recursos que permitirão um debate “público” sobre a validade dos argumentos expendidos. Portanto, a condenação, contrária à prova manifesta nos autos, é passível de recurso.

A decisão resulta dessa interlocução entre a realidade e o razoável, refletindo os valores dos integrantes do corpo de funcionários, mas também dos participantes do processo. Esse sistema “falho” é, sem dúvida, mais apto a captar as múltiplas dimensões da realidade, ao invés de enclausurar um aspecto dela que será tratado como fundamento da decisão: o fato. Temos que o fato não é uma coisa, mas uma relação que, para ser desvendada, pressupõe reconsideramos os sujeitos envolvidos.

5.4 Quem descobrirá os rostos da platéia ?

Essa percepção do fato provado pode ser colocado nos seguintes termos: Por que percebemos, “sentimos”, que uma injustiça está sendo cometida no caso de Selma ? As provas demonstram o fato: Selma matou o policial. Ele já estava imóvel, mas Selma atirou. Talvez seja a disparidade entre fato e a sentença de morte recebida? Talvez, por que o fato nos pareça uma mistura de estado de necessidade provocado pela cegueira e uma legítima defesa diante da agressão do policial ?

Quando fazemos uma leitura dessas questões, não podemos descartar um aspecto, a forma como obtivemos nossa percepção dos acontecimentos. Não acompanhamos uma cena do assassinato, mas a trajetória de Selma para a obtenção do dinheiro, seu amor pelo filho, sua vida etc. No tribunal, a “tesoura” do diretor do filme não permitiu que a acusação e os julgadores assistissem a todo filme. O processo tende a congelar parte da realidade e tomá-la como uma totalidade.

Da mesma forma, se poderia dizer que: a prova objetiva foi mal apreciada; a cegueira de Selma não foi submetida à perícia; os colegas do trabalho não foram interrogados para comprovarem a origem lícita do dinheiro de Selma; a hipótese da insolvência do morto poderia ser facilmente comprovada com os empréstimos já feitos etc. É impossível descartar o valor de tais argumentos. Portanto, não teria sido a objetividade da prova que a teria condenado, mas a falta da prova objetiva.

Entretanto, por que nos dispusemos a ampliar o olhar sobre as cenas e buscamos novas provas ? Possivelmente porque estamos seduzidos pelo personagem de Selma, pelo seu drama. Mais do que uma identificação com o “real”, com sua busca, estamos à busca de Selma. Voltemos, por exemplo, à prova escondida por Selma no matão. Para o promotor, ela representou o caráter criminoso da autora, provando a consciência absoluta na hora da prática da ação. Selma, a assassina, matou e escondeu as provas. Porém, a mesma situação não provaria também, largada como foi em lugar tão visível, o desespero e a incapacidade criminosa de uma “cega” ?

Estamos dispostos a fazer justiça, porque nos consideramos integrados a história de Selma. Sabemos demais porque o filme nos conta, mas o filme não é um encadeamento de fatos, ele apresenta percepções. O delírio musical de Selma é imprescindível para entendermos que o que se passou não foi desejado; o quanto tudo era absurdo; como Selma se sentia culpada; de que forma ela se viu arrastada a uma situação para a qual não encontrava saídas, embora possamos perceber que elas poderiam ser criadas.

Não julgamos um fato, percebemos uma narrativa, refizemos esse percurso de possibilidades, substituímos Selma em sua história. A imagem de que ser julgador é ser um historiador recebe, nesse sentido, um novo impulso. Atualmente, as correntes críticas da história trouxeram, à tona, a multiplicidade de narrativas, a relatividade de nossas noções como tempo e a historicidade de nossas percepções sobre o passado. De alguma forma, não podemos fugir do fato de que parte de nossa realidade é sempre um invenção. Sem optarmos por extremos relativistas, somos forçados a perceber que vivemos num mundo imaginário. Ser historiador é também captar esse sentido que cada época, grupo, indivíduo constrói em suas ações e perceber que essa é uma tarefa de aproximações.

Enfim, uma Justiça para Selma pressupõe não separar a ação do seu sentido individual e social, compreendendo-a no curso de uma narrativa que não se confunde com

um corte que chamamos de fato. Pressupõe também aproximação, a sedução pelo lugar, pelos dilemas vividos pelo outro. Pressupostos que são irrealizáveis pelo modelo retribucionista da espada eletrônica.

Em outros termos, não rejeitamos o modelo do processo como um palco ou da necessidade de representações no espaço público, como retrata SENETT, mas questionamos a falta de sedução pelo lugar do outro, que deveria ser o resultado de uma interação de representações e do jogo com a platéia.³⁵

5.5 A “verdade” é cega ou deve arrancar seus olhos ?

Voltamos, portanto, ao problema da verdade e da imagem do palco.

Retomemos um exemplo trazido por Foucault. Ele considera a peça de Édipo Rei como um marco no surgimento da forma de produção da verdade chamada Inquérito. Édipo condena-se à desgraça, quando jura que perseguiria ele mesmo o criminoso que assassinara o Rei que lhe antecedeu. Descobre que ele mesmo fora assassino do rei, seu pai, e que desposara sua própria mãe, recompondo o passado pelos indícios que foram deixados. Termina a peça arrancando seus próprios olhos e banindo a si mesmo de sua cidade.

Poderíamos nos perguntar: Qual é a verdade para Édipo ? É ter assassinado um homem em legítima defesa ? É ter assassinado seu pai ? É ter amado um mulher ? É ser um incestuoso ? A verdade transita no tempo. No fim, diante da “verdade” revelada, Édipo incorpora em si a cegueira de seu destino. Devemos ver nessa objetividade um sentido de Justiça ? Quais são os olhares da cidade de Tebas para Édipo ? O que se deve lhe dizer ? Não deixa de ser curioso o fato de que Jocasta, a mãe, enlouqueça diante da verdade. Ela que a todo momento pedia para que Édipo não buscasse mais provas. Ela que já se reconhecia na narrativa e se identificava com a verdade. A verdade enlouquece, a verdade cega, a verdade objetiva pode estar bem longe da Justiça, talvez essa fosse outra forma de ler a lição de Édipo.

Na última fala da peça, SÓFOCLES incita a reflexão sobre tal perplexidade, reapresentando-nos Édipo, após o desfecho de seu “destino”: “Vede Édipo, esse decifrador

³⁵ SENNETT, Richard. *O declínio do Homem Público – As tiranias da Intimidade*. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

de enigmas famosos, que se tornou o primeiro dos humanos.”³⁶ Decifrar enigmas fez de um rei, um homem, e de uma cidade, uma multidão de tiranos.

No caso de Selma, percebemos que erro ou acerto valem menos do que solidariedade diante do destino, ou melhor, de um real que nos arrasta e de uma percepção que pode nos fazer ainda mais cegos.

Portanto é nosso argumento, em conclusão que: *A Justiça só poder ser alcançada quando nos afastamos dos extremos já propostos pela ideologia burguesa:*

- *o extremo dos preconceitos (classistas, raciais, de gênero, estéticos etc) não declarados que nos impedem de reconhecer no outro um semelhante;*
- *o extremo dos preconceitos racionalizados pela ciência que nos obriga a ver no outro o ser diferente patologizado, anormal, que é por natureza diferente;*
- *o extremo da objetividade, última fronteira dessa Justiça para as massas urbanas excluídas, que não reconhece no indivíduo uma narrativa de semelhanças.*

É indispensável reconhecer no indivíduo um semelhante que, nas particularidades de excluído, discriminado, incapacitado de realizar todas as suas potencialidades, vive o drama humano e suas limitações. É a partir desse ponto que reconstituímos “uma verdade”.

6 TERCEIRO ATO: A condenação à pena de morte

6.1 Fecham-se as cortinas

A sentença abstrata dada a Selma vai se individualizando à medida em que Selma passa da ala comum para a dos condenados à morte e dali para a preparação da execução. A trama consiste em saber se ela será ou não executada, pois a sua verdade foi desvendada por sua amiga e seu namorado. Ela insiste em negar sua narrativa para preservar o dinheiro para a cirurgia dos filhos. A pena se converte em auto sacrifício, ela passa a ser encarada como destino e redenção pela personagem. Acompanhando a morte e os diálogos na prisão surge uma policial que passa a se identificar com os problemas de Selma. Próximo do fim, Selma, já cega, lhe confessa que o mais terrível era suportar o silêncio.

³⁶ SÓFOCLES. Édipo Rei. Porto Alegre: L&PM, 2001.

O silêncio representava a morte para quem numa fábrica transformava o barulho das máquinas, a atividade dos operários, o som dos objetos em um musical. Selma teme perder o encantamento e defrontar-se com a realidade. Já, quando da execução, seu corpo está inerte, o pavor transforma-se em silêncio do corpo. A policial busca o barulho no ambiente, nas botas dos soldados acompanhantes, serve de esteio e arrasta Selma para a execução.

A posição da policial é contraditória. Ela é a executora, representante do Sistema Penal, mas subsiste sua condição de mulher e mãe. A morte digna, valor possivelmente estranho ao repertório dos direitos clássicos do cidadão, é um valor tradicional que invade a cena e quebra o protocolo da execução. Selma não deve ser morta amarrada, gritando, com medo, deve enfrentar a morte com honra. É o que demonstra as ações da policial. Colocam-lhe um capuz ela recusa. Vencedora, canta seu último ato.

Diante dela um vidro, uma platéia devidamente escolhida, a cortina formando um pequeno teatro. A Amiga grita que o filho está recuperado e que sabe de sua luta. A decisão abstrata encontra seus destinatários, os convidados voluntários e involuntários. A pena mais do que ser individualizada se multiplica na sorte do filho, no desespero da amiga e do namorado.

6.2 Quem encontrará uma dor “justa” para Selma ?

A trajetória da personagem na prisão é breve. Todavia, o problema da pena tem sido o centro das discussões sobre a atividade do Sistema Penal. Punir de forma justa é uma fórmula tradicional nesse debate. Fórmula que comprime o discurso ao pressupor a punição, ou melhor, os sistemas punitivos como naturais. Entretanto, os sistemas punitivos somente podem ser entendidos a partir da sua historicidade, o que significa compreendê-los na sua articulação com as estruturas sociais. De igual forma, a teoria jurídica da pena deve ser denunciada em seu caráter ideológico e reflexivo das relações de poder presentes naquelas estruturas.³⁷

³⁷ Veja-se os trabalhos já citados de Alessandro Baratta. E também o clássico RUSCHE, Georg / KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. As teses sobre o controle social estão resumidas em: CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Tradução e acréscimos de Ester Kososvski. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

Todavia, no discurso crítico, a necessidade de formular não apenas um diagnóstico ou referências a mudanças macroestruturais, para um futuro incerto, projetou construções teóricas na teoria jurídica que permitissem uma reformulação do Sistema Penal. Portanto, mudanças discursivas foram encaradas como uma estratégia específica para transformação do Sistema Penal e das estruturas sociais.

Esse quadro de um discurso, que só pode ser plenamente realizado, na medida em que haja uma transformação global e que, ao mesmo tempo, seja uma maneira de modificar o sistema nessa direção, é o limite de qualquer alternativa contemporânea realista.

Sua aparente fraqueza está no fato de que as situações, para as quais ele é recriado, estão em contínua mudança e que sua realização, como estratégia, envolve acordos políticos instáveis no aparelho de Estado e na sociedade civil. Tais fatores podem provocar a ilusão de que não há uma consistência discursiva interna, posto que se combinam perspectivas teóricas variadas. De forma semelhante, pode-se questionar o fato de que uma frente político-científica ampla contra problemas específicos do Sistema Penal possa fazer com que a visão global de diagnóstico de transformação perca-se nesse pluralidade de forças.

Tanto a primeira objeção quanto a segunda são pertinentes, porém não são verdadeiras, pois a coerência teórica em termos absolutos e o isolacionismo poderiam significar a paralisia de qualquer estratégia de mudança. São pertinentes, porém, porque servem como parâmetros para a reavaliação contínua das opções feitas.

De outra parte, é de se notar que perspectivas críticas contemporâneas tendem a formar um espectro cada vez mais amplo que ultrapassam o problema do binômio pena-prisão. O Sistema Penal e o controle social sofreram profundas alterações nas últimas décadas. Ainda que não se demarque um valor sobre o seu sentido, são evidentes alguns aspectos, como por exemplo: o envolvimento social na questão criminal; o papel acentuado da mídia, na captura e definição do problema; o peso dessa questão, no processo político; o aumento de medidas alternativas de não encarceramento e dos níveis de encarceramento; a privatização da segurança, com o aumento do papel das empresas privadas, na prevenção e mesmo na gestão do sistema carcerário e de medidas alternativas; o aumento da autotutela, com o uso de tecnologias preventivas; a formação de grandes redes de seguro sobre sinistros provocados pela atividade criminosa; a pressão internacional para a

descriminalização de atividades típicas das empresas transnacionais e do capital financeiro; a criminalização progressiva de novos bens jurídicos; o movimento ambivalente de internacionalização e localização das estratégias repressivas e preventivas; o impacto da tecnologia com o surgimento de novas formas de controle e novos espaços, onde se discute o tema da segurança etc.

A imensidão dessa lista demonstra que o discurso crítico tende hoje há uma especialização contínua não apenas porque percebeu a globalidade do controle social, mas também porque esse controle tende a uma diversificação inédita. Não sendo demais afirmar que ambos os movimentos, de descoberta teórica da amplitude do controle social e da ampliação desse controle, foram interferentes.

Todavia, como bem ressaltou BARATTA, a prisão e a pena possuem um papel marginalizador significativo que garante a reprodução material das relações de dominação e, sobretudo, um papel central na reprodução ideológica de todo o Sistema Penal. Malgrado as atuais transformações, a pena-prisão ainda é o ponto para onde a dominação na sociedade capitalista converge, pelo menos ideologicamente, e no qual as conseqüências dessa dominação sobre os excluídos são mais explícitas.³⁸

De forma breve, a busca do sentido de Justiça no Sistema Penal expressa-se, em geral, na busca de um justificativa para a pena. Desde logo reforçamos a idéia que a pena, não sendo um dado que possa ser isolado do contexto de sua aplicação (o sistema penal e a estrutura social), não pode expressar Justiça pois fundamenta-se, na prática, na desigualdade e na produção da dor sem sentido. Porém, uma teoria da pena, na sociedade capitalista, pode ser menos injusta se conseguir reduzir o seu grau de sofrimento humano e provocar a solidariedade para com os excluídos, preparando sua própria superação.

6.3 Reencontrando personagens: de Beccaria à Baratta; do texto `a experiência coletiva

A obra de Alessandro Baratta é símbolo de tal perspectiva. O autor demonstrava que o cerne de um política criminal alternativa e de uma teoria jurídica alternativa, obviamente não uma dogmática, estava no núcleo dos Direitos Humanos e na noção de emancipação.

³⁸ Trabalhos referidos.

O que permite o poder disciplinar nas prisões é a condição de sujeição ou a posição de “coisa” na qual encontra-se o preso e, em geral, o institucionalizado, vistos como objetos manipuláveis diante do poder. Numa estrutura inquisitória pura, de forma semelhante, é esse rebaixamento que justifica a violência na busca da verdade. Ao contrário, uma nova política criminal pressupõe considerar o institucionalizado e o processado como sujeito de direitos.

Em tradução pessoal diríamos que tal visão é herdeira da tradição iluminista de Beccaria, mas a ultrapassa. Lembre-se de que, para o libertário do século XVIII e para os contratualistas em geral, o crime representava uma violação do contrato social e este, por sua vez, baseava-se numa vontade geral. O contrato social pressupunha uma decisão racional dos homens de vencerem uma liberdade irrestrita e sanguinária típica do estado de natureza para, contendo essa liberdade, encontrarem uma outra liberdade social, baseada na certeza e segurança jurídica. O código penal representaria esse consenso de valores sobre o que não fazer e, ao delimitar o proibido, abriria espaço para a utilização da liberdade das outras esferas da vida social. A pena seria a resposta a quem fez mal uso da liberdade; seria a perda do bem que justificaria a própria existência do contrato social. A partir desse raciocínio, embora talvez não tivesse sido esse o teor preciso do discurso de Beccaria, se concluiu que o criminoso estaria excluído do pacto social. Vale dizer que se abriu o caminho, sobretudo com a idéia de correccionalismo para se indicar a perda de amplos direitos, além da liberdade.

O neo iluminismo de Alessandro Baratta parte de alguns pressupostos centrais: o de que o código penal não pode ser entendido, sem considerar as divisões de poder e propriedade na sociedade contemporânea; e que não é apenas o discurso isolado que deve ser analisado, mas o funcionamento real de um sistema em que ele é utilizado. As legislações penais não representam mais um espaço de proibição onde, por exclusão, a esfera da liberdade é ilimitada. Ao contrário, o espaço de liberdade, hoje é residual, pois os problemas sociais são cada vez mais convertidos por uma legislação absurda em problemas penais ou as condutas humanas estão cada vez mais controladas por aparatos administrativos, de vigilância etc. De igual forma, tais limitações e sua aplicação representam a vontade de grupos sociais dominantes e não uma vontade geral criada no consenso e no pressuposto da igualdade.

As políticas criminais do terror dos últimos anos tem sido, sobretudo, uma estratégia para dominar o espaço público com o discurso do medo e da violência, e, ao mesmo tempo impedir a solidariedade e a comunicação de base entre os excluídos. Logo, mais do que garantir um contrato é preciso reconstruí-lo, ou seja, reconstruir o contrato é garantir a inclusão e impedir que a pena reforce a desigualdade.

Da mesma forma, a política criminal assume a forma de uma denúncia contínua que propõe debelar os mecanismos sociais e psíquicos de uma sociedade que reforça as diferenças. Qualquer estratégia de contenção de comportamentos se fundamenta no princípio da tolerância máxima e na violência mínima.

O neocontratualismo de um marxista na análise, de um humanista na essência e com uma personalidade agregadora e carismática é a proposta de uma nova emancipação do reino da natureza. Tal emancipação é atitude racional, ao mesmo tempo afetiva, e, sobretudo, coletiva. Todavia, o reino da natureza, da violência, da barbárie estrutural está representado pela sociedade capitalista.

O contrato social está para ser construído e inclui a superação da violência institucional ideologicamente justificada. É preciso dar ao discurso penal algo que ele mesmo parece não suportar: coerência lógica. Dizer que o direito penal deve fazer o que ele, em tese, deveria fazer, é reencontrar a necessidade de superação do cotidiano operacional desse discurso.

Enfim, percebemos que a exclusão do pacto (expressão tomada como metáfora do social), inclusão de maneira subordinada e inclusão emancipada estão presentes no discurso jurídico que, como os discursos em geral, tende a uma apropriação contínua dos argumentos opostos e a mudanças estratégicas pontuais sem que haja uma mudança de sentido da ação social. As práticas sociais, institucionais e populares também estão marcadas por um sentido de contradição e de inércia.

Em ambos os casos, uma teoria crítica do direito penal deve aprofundar os mecanismos de ruptura e não simplesmente rechaçar iniciativas rotulando-as de indiferentes. O rótulo militante de que tal “prática era burguesa” não pode ser simplesmente substituído pelo rótulo de que “tal prática é indiferente, pois o sistema sempre se recompõe”.

A teoria crítica do direito penal (e do processo) é antes de tudo “práxis” transformadora na qual abstração, prática, comprovação, reavaliação, entendimento, auto-entendimento, transformação social, autotransformação, estratégias pontuais e macrossociais coexistem.

Nesse sentido, em nossa opinião, o “solidarismo”, enquanto prática cotidiana, não é um mal em si. Portanto, não faltará espaço para práticas humanitárias, pois o cerne de uma prática alternativa é o cotidiano no qual os humanos se encontram e buscam a liberdade com superação das determinações estruturais, psicológicas, afetivas, morais etc, que permita a realização de suas potencialidades.

Uma teoria crítica da pena (se essas expressões puderem conviver) deve abrir espaço para a possibilidade de encontros inusitados de superação. Tal qual ocorreu entre Selma e a policial, operários colocados na esfera pública em lados opostos, mas que se reencontram em suas narrativas num mundo concreto. Se convêm chamar a isso de “ressocialização” é uma questão a ser debatida, porém é impossível não perceber que sob tal rótulo também têm se agrupado práticas sociais e populares que não são meramente disciplinadoras. No encontro humano, acompanhado da auto-reflexão da sociedade como estruturadora e responsável pelos problemas rotulados de “criminais”, é que a pena deixa de ser pena e se inicia a inclusão social.

Em tais estratégias pode-se romper os limites ideológicos entre platéia e atores e ensaiar a vida não como um espetáculo punitivo, mas como esfera pública de sujeitos solidários. O texto que prende os personagens na sociedade capitalista a seus esteriótipos sociais, desloca-se dessa forma para o discurso como experiência coletiva.

7. ÚLTIMO ATO: Um ensaio sobre a cegueira e outra Justiça para Selma

Dizíamos, no início, que a patologia da sociedade atual consiste em reconduzir-nos a novos estados patológicos, fazendo com que a percepção entre doença e não doença desapareça. Não se trata, porém, nesse modelo, de admitir que o sofrimento integra a condição humana, mas de banalizar o sofrimento a tal ponto que passamos a acreditar que a morte diária de milhares de pessoas, que a degradação ambiental, que a guerra contra os diferentes, que o fim dos sonhos, que a miséria da maioria é a normalidade possível. Nunca o circo da barbárie foi tão global como nos nossos dias. Nunca tivemos tantas imagens de

sangue. O circo de imagens e a produção da impotência social recriada pelas estratégias do capitalismo no Império nos fazem lembrar algumas palavras de Saramago em seu oportuno ensaio sobre a cegueira³⁹:

“As imagens não vêem, Engano teu, as imagens vêem com os olhos que as vêem, só agora a cegueira é para todos” [...] Porque foi que cegamos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão. Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos que, vendo, não vêem.”⁴⁰

Vemos e estamos mais cegos do que Selma. Enquanto ela naufraga em sua tragédia, sentimo-nos comovidos, porque sua vida busca um sentido. A nossa tragédia social, não. A cegueira da Justiça para Selma é de uma Justiça que vê a injustiça no dia a dia, mas que se nega a perceber. Não pode ser injusta e deixar de ser injusta porque não vê, não reconhece o sofrimento que produz. É uma Justiça dos homens contra a humanidade ou pelo menos distante do humano.

Uma Justiça para Selma demonstraria que as racionalizações do processo decisório devem complementar e não sobrepor-se a humana capacidade de entendimento. Entendimento que só é possível quando se estabelece um encontro entre sujeitos. Sujeitos que se identificam em posições distintas (acusados, vítimas, julgadores, acusadores), mas se reconhecem como sujeitos concretos, que em suas narrativas são participantes de um universo mais amplo que é a fragilidade da condição humana. ⁴¹

8 A penúltima canção para Alessandro Baratta; Notas e (in) conclusões

³⁹ Embora, com ressalvas ao pensamento do autor, o sentido do termo está presente em HARDT, Michael / NEGRI, Antonio. *Império* Rio de Janeiro, Record, 2001.

⁴⁰ SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a Cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁴¹ Pode-se objetar que as definições de Justiça propõem novas inconclusões, afirmando-se inclusive que não há Justiça, mas apenas decisões. Se esses argumentos forem verdadeiros (não concordamos com isso) deve-se aceitar que a Justiça que Selma recebeu passe a ser o padrão universalmente utilizado. Acreditamos que tal argumento levado ao extremo é típico de um modelo intelectual desvinculado de problemas reais. Nesse sentido, não podemos dar resposta plausível a quem não acredita na possibilidade de entendimento. A rigor, nesse caso, a única atitude coerente seria não proferir opinião alguma sobre nada. Disso concluímos que aqueles que não acreditam no entendimento ou acreditam que não podem ser entendidos, julgam-se superiores a maioria do vulgo, ou propõe que não possamos nos entender, o que é prejudicial à maioria. Em ambas as situações, percebe-se o perfil elitista da proposta intelectual que só pôde ter origem em sociedades nas quais o patrocínio do Estado permitiu o surgimento de novos sacerdotes medievais que tendem a ser desnecessários à sociedade, à classe dominante e ao próprio Estado, mas encontram na inércia da burocracia universitária

Selma, amante dos musicais, dizia que não suportava a última canção. No espaço da fantasia, do espetáculo lúdico, assim como na convivência humana, um ponto não pode resumir a expressão da vida.

As idéias aqui expendidas sobre a obra do professor Baratta não tiveram a intenção de propor um resumo ou uma conclusão. Aliás, a idéia de uma totalidade fechada e que rejeita argumentos “estrangeiros” é absolutamente incompatível com a percepção teórica e política do mestre.

De fato, uma obra inconclusa, esse lugar comum é a primeira idéia ao se refletir sobre os trabalhos do Professor Alessandro Baratta.

Mas o que é ter uma obra inconclusa? O que é conclusivo que possa ultrapassar toda a temporalidade e abarcar a toda a universalidade? Tal empreendimento (ou tal definição) não poderia ser humano. Como obra, trabalho, arte, circunstância, matéria ela está impregnada de tempo, geografia, afeto, vida, perenidade ... Sua grandiosidade (aqui não me refiro a dimensões físicas) está na capacidade de expressar esse feixe de contradições que representa um problema, uma época. Baratta dissecou, apresenta, questiona, propõe a superação das contradições do sistema penal na sociedade capitalista. Enquanto a sociedade capitalista produz o criminoso, a pena, a separação entre os excluídos, o gosto do sangue em nossas vozes públicas, o descaso com os problemas humanos (subjacentes aos rótulos oficiais e aos estereótipos do sistema penal) a obra do mestre será atual.

A perenidade de sua obra acompanha a historicidade de seu problema. Todavia, também o ultrapassa, pois para além da couraça que veste o humano no presente (de preso, operário, excluído, domesticado etc) Baratta redescobre a tolerância, o respeito humano, o reconhecimento da fragilidade de nossa condição como princípios estruturadores de novas formas de convivência e para as estratégias de se lidar com os dissidentes.

Inconcluso, sempre. Inconcluso, pois a tarefa de educar a cada um e a cada geração que está por vir, de refazer os caminhos de superação da condição humana, nunca termina. A tarefa que se nos apresenta é da leitura atenta, mais do que da sistematização simplista. O “balanço” expressão tirada da linguagem contábil não se coaduna com o caráter itinerante, vital das percepções de um cientista que foi político e de um político que foi arguto observador.

Baratta vivia aquilo que se aproxima do que Giddens chama de reflexividade da teoria. ⁴²Uma estratégia de superação de um problema, de intervenção no social, um discurso de compreensão teórica nunca termina. O problema se transforma, assume novos discursos, incorpora críticas, enfim o poder se reconstitui a partir da própria crítica. Portanto, o trabalho crítico permanece como indispensável.

Talvez fosse necessário agora se falar em diálogo com o mestre. Expressão também um pouco cansada. Recordo um diálogo em que o professor Baratta comentava a beleza da palavra ausência. Interrogo-me, dizia, sobre a importância para a definição de um sistema (ou de um evento, ou de uma situação) da ausência.

Assim como os contadores de história que negaram a percepção estúpida de que o humano e a história não existem, Baratta é um desses contadores que nos propõe pensar o que nossa tradição tem a dizer sobre o presente ainda que ela já seja passado, ainda que eles estejam no passado.

Baratta integra essa tradição ao refletir sobre ela mesma. Como vazio/ausência e como obra/plenitude, como dito e não-dito, ele certamente está a nos convidar para uma conversa acadêmica, para um bate-papo ou para uma conversa rápida sobre a condição e a emancipação humanas.

De minha parte, penso, com saudades, que estou a escutar o penúltimo poema.

⁴² GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.