



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Coordenação de Pós-Graduação em Direito

Relações entre a Psicologia e o Direito Penal: o uso dos saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena no Tribunal do Júri

Valdirene Daufemback

Brasília - DF
2014

Relações entre a Psicologia e o Direito Penal: o uso dos saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena no Tribunal do Júri

Valdirene Daufemback

Tese apresentada ao Departamento de Direito da Universidade de Brasília como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutora.

Orientadora: Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Brasília - DF
2014

VALDIRENE DAUFEMBACK

Relações entre a Psicologia e o Direito Penal: o uso dos saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena no Tribunal do Júri

Esta tese foi julgada adequada para obtenção do título de Doutora em Direito, Estado e Constituição e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília

Brasília, 16 de julho de 2014

Banca examinadora:

Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho (UnB)

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (UnB)

Professor Doutor Evandro Charles Piza Duarte (UnB)

Professor Doutor Pedro Paulo Gastalho de Bicalho (UFRJ)

Professor Doutor Rodrigo Duque Estrada Roig (UERJ)

DEDICATÓRIA

A todas e todos que sonham e se implicam, com
sensibilidade, por uma sociedade não coercitiva,
onde a equidade seja o “sul”.

AGRADECIMENTOS (OU CONFIDÊNCIAS)

Entre as muitas possibilidades de agradecer, opto por falar das pessoas que me marcaram no percurso da construção deste trabalho por terem sido admiravelmente parceiras:

– Como falar d’Ela? Ela é simplesmente Ela. Determinada, equilibrada, corajosa, rigorosa, humilde e acolhedora. Sem Ela, não haveria estas páginas. Que oportunidade primorosa estar com Ela durante os últimos anos!

– A banca de seleção da pós-graduação em Direito de 2010. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Cristiano Paixão (Paixão até no nome!), Menelick de Carvalho Netto (Que professor, que pessoa!)... Admitiram a primeira doutoranda em Direito que não era bacharel, nem mestre em Direito. Nem eu sabia que era coisa rara. Tiro-lhes o chapéu. Espero que eu tenha feito bonito.

– Nessa trajetória, uma professora envolvente, contadora de histórias, interessada e crítica, apareceu. Era Beatriz Vargas Rezende. Um encontro que se prolongou no espaço e no tempo.

– Também conheci um professor carioca/candango. Atende pela sigla ABC (Alexandre Bernardino Costa) e tem o dom de reunir “os diferentes”. Apresentou-me às figuras do Grupo Direito em Movimento: A Dinâmica das Ruas. Por seu intermédio, conheci Roberto Armando Aguiar, que privilégio!

– Outros professores conheci nas disciplinas que cursei, nos corredores, nos cafés... foram muitas pessoas interessantes, assim como os servidores da secretaria, em especial, a cuidadora de todas e todos, a querida Helena.

– Houve ainda as companheiras e os companheiros de delírios acadêmicos (e de samba)... Luciana Ramos, Luísa de Pinho Valle, Joelma Melo de Sousa, Judith Karine Cavalcanti, José de Jesus Filho, Eduardo Gonçalves da Rocha, Marcelo Berdet, Patrick Mariano Gomes, Fabiana Costa de Oliveira Barreto, Cleuton César Ripol de Freitas, Polliana Galvão Soares, Gladstone Leonel Silva Junior, Diego Augusto Diehl, Humberto Góes, Welliton Caixeta Maciel, Daniela Marques de Moraes, Renata Portella Dornelles, Fernando Antunes, Carlos Divino, Andreia Marreiro Barbosa, as preciosidades do PET do Direito... E, nas horas mais improváveis, para

compartilhar as vivências, as dúvidas e as fugas mais comuns no doutorado (as incomuns também), eles estavam lá: Luiz Guilherme Paiva e Luís Carlos Valois!

– A solidariedade dos amigos de trabalho foi imprescindível, em especial da equipe da Ouvidoria do Sistema Penitenciário, praticamente uma torcida organizada para ver a tese concluída.

– Fábio Francisco Esteves e Clarice Calixto, que fantástico ter vocês perto. Não posso imaginar esta tese terminada sem vocês.

– Ao meu reduto joinvilense, às companheiras e aos companheiros de uma vida, meus sentimentos de pertencimento e coexistência eternos.

– Por fim, como posso agradecer o privilégio de receber o amor, a energia e a identidade dos Della Giustina e dos Daufemback? Só mesmo levando a “criança” e a emotividade de todos os Della Giustina comigo e a racionalidade e a serenidade dos Daufemback. Assim vou indo...

RESUMO

Os enlaces do Direito e da Psicologia são marcados por suas trajetórias e pela composição de seus conhecimentos. A crença na ciência moderna e em seus pressupostos como único discurso válido baliza a forma de compreender o fenômeno jurídico e psicológico ainda no século XXI. Porém, há teorias críticas no Direito e na Psicologia, baseadas em construções epistemológicas distintas, que apresentam as fragilidades desse modelo, em especial, denunciando a redução do que é considerado humano em fenômenos científicos. É possível identificar que diferentes teorias do Direito, Criminologias e Psicologias coexistem no século XXI. A Criminologia pode ser considerada o campo conceitual que permitiu o projeto de controle disciplinar da sociedade, pois abriu o espaço lógico para as construções de outras ciências, permitindo a sua tradução de forma justificável na dogmática penal. Ao analisar o uso de saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena de crimes de homicídio, por meio de sentenças e discursos de juízes, foi possível identificar relações entre a Psicologia e o Direito Penal. A fim de desvelar essa realidade, buscou-se conhecer ‘como’ os conceitos psicológicos, ou aspectos que exigem seus aportes, apareciam nas narrativas criminológicas e ‘no que’ resultava o seu uso. Foi verificado que o emprego dos conceitos psicológicos no ambiente criminal é mediado pelo senso comum, sem uma filiação teórica com as Criminologias e Psicologias. Contudo, como no senso comum em matéria criminal predomina os estereótipos ligados à noção de criminoso nato, ‘irrecuperável’ e sujeito distinto das pessoas ‘de bem’, de forma indireta, o uso das noções psicológicas se aproxima das Criminologias positivistas e do paradigma de ciências naturais da Psicologia. E, embora não tenha ocorrido filiação a uma ou outra Criminologia e Psicologia, a repelência a abordagens autoreflexivas demonstra o distanciamento do Direito dessas teorias. Nesse sentido, a ausência de menção a conceitos da Criminologia Crítica e da Psicologia Institucional pode sugerir que o Direito Penal não incorpora um processo autoreflexivo sobre sua participação no fenômeno da criminalidade, nem por meio da legislação, nem no dia-a-dia dos julgamentos. De toda forma, na rotina do processo penal, a Psicologia é chamada como forma de incrementar a punibilidade, tanto pela ‘voz’ dos psicólogos, quanto pela ‘voz’ dos juízes, o que é compatível com os sistemas cognitivos que compõem a racionalidade penal moderna. Os juízes não recebem formação sobre aspectos psicológicos e nem para lidar com seus próprios processos psicológicos na atividade de julgar. Eles fundamentam a análise das questões psicológicas no senso comum e no seu sentimento, sendo que a experiência forja teorias e parâmetros pessoais que passam a ser referência para o uso no decorrer do exercício da magistratura. No entanto, considerando os vícios cognitivos em várias questões no Direito Penal que o esquiva do enfrentamento consigo mesmo, parece que ofertar – de forma sistemática e obrigatória – o conhecimento psicológico aos profissionais do Direito, em especial, aos juízes, poderia cair no campo das boas intenções. Antes, é necessário promover uma ampla revisão do funcionamento do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal – Psicologia Jurídica – Criminologia

ABSTRACT

The bonds between Law and Psychology are marked by their trajectories and the composition of their knowledge. The belief in modern science and its premises as the only valid speech delimits how to understand the juridical and psychological phenomenon in the XXI century. However, there are critical theories in Law and Psychology, based on different epistemological constructions, presenting the weaknesses of this model, specially denouncing the reduction of what is considered human in scientific phenomena. It is possible to identify different theories of Law, Criminologies, and Psychologies coexisting in the XXI century. The Criminology can be considered the conceptual field which allowed the project of disciplinary control of society, because it opened the logical space for the construction of other sciences, allowing its translation justifiably in criminal dogmatic. Analyzing the use of psychological knowledge within the context of guilt and sentencing in crimes of murder, through judge's decisions and judgments, it was possible to identify relations between Psychology and Criminal Law. In order to reveal this reality, we sought to know how psychological concepts or aspects requiring their inputs appeared in the criminological narratives, with what results. It was found that the use of psychological concepts in the criminal environment is mediated by common sense, without a theoretical affiliation with Criminologies and Psychologies. However, as common sense prevails in criminal matters linked to the stereotypes of an irrecoverable natural born criminal, the use of psychological notions approaches the positivist Criminologies and the paradigm of natural sciences of Psychology. And although there was no affiliation to either Criminologies or Psychologies, the repellency to self-reflexives approaches shows the distance of the Law from these theories. The failure to mention the concepts of Critical Criminology and Institutional Psychology may suggest that the criminal law does not incorporate a self-reflexive process on its participation in the criminality phenomenon, not through legislation, nor on day-to-day trials. Anyway, in the routine of the criminal process, psychology is considered a way to increase the punishment, both by the voice of psychologists, as the voice of judges, which is compatible with the cognitive systems that make up the modern criminal rationality. Judges do not receive training to deal with their own psychological processes in the activity of judging. They base the analysis of psychological issues on common sense and on their feelings, and this kind of experience forge theories and personal parameters which become reference for use during the exercise of the Magistracy. However, considering the cognitive defects on various issues in criminal law that avoid confrontation with itself, it seems that offering – in a systematic and mandatory way - psychological knowledge to legal professionals, in particular, judges, could be interpreted as good intentions. Rather, it is necessary to promote a comprehensive review of the functioning of the Criminal Law.

KEYWORDS: Criminal Law – Legal Psychology – Criminology

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 – Demonstração gráfica da história interessada do Direito, Psicologia e Criminologia..	75
Figura 2 – Demonstração gráfica da história interessada do Direito, Psicologia e Criminologia, por modelo de sociedade	76
Figura 3 – Demonstração gráfica dos conceitos psicológicos com ocorrência na legislação e nas sentenças válidas analisadas	138
Figura 4 – Demonstração gráfica da distribuição do uso de conceitos psicológicos por juiz, considerando o tempo de magistratura	139
Figura 5 – Demonstração gráfica da distribuição dos conceitos psicológicos por Criminologia	140
Figura 6 – Demonstração gráfica da distribuição dos conceitos psicológicos por Psicologia	142

ÍNDICE DE TABELAS

Tabela 1 – Distribuição de noções de conceitos psicológicos por Criminologia.....	62
Tabela 2 – Distribuição de noções de conceitos psicológicos por concepção de culpabilidade	67
Tabela 3 – Distribuição de conceitos psicológicos por Psicologias	90
Tabela 4 – Distribuição dos processos de competência do Tribunal do Júri por região, posição de 14/11/2013.....	95
Tabela 5 – Distribuição de processos e sentenças por região	112
Tabela 6 – Distribuição de juízes e sentenças válidas analisadas por tempo de magistratura	113
Tabela 7 – Relação de complementos ao uso dos conceitos desejo, intenção, intento, motivação, motivado, motivo, querendo e vontade nas sentenças	118
Tabela 8 – Relação de complementos ao uso do conceito personalidade nas sentenças onde houve valoração	120
Tabela 9 – Relação de complementos ao uso do conceito conduta social nas sentenças onde houve valoração.....	125
Tabela 10 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos nas sentenças válidas analisadas por juiz.....	133
Tabela 11 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos mais incidentes nas sentenças válidas analisadas	135
Tabela 12 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos mais incidentes no Código Penal e Código de Processo Penal	135
Tabela 13 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos presentes no Código Penal e Código de Processo Penal	136
Tabela 14 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos, conforme a origem, por tipo de sentença	145
Tabela 15 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos, conforme a origem, por tipo de sentença	146

SUMÁRIO

Apresentação.....	13
1. UMA HISTÓRIA DO CONHECIMENTO DA PSICOLOGIA E DO DIREITO.....	17
1.1 – Bases da redução do humano: a modernidade, a ciência e as dicotomias.....	19
1.2 – A redução do humano no Direito: seu sujeito e sua racionalidade	26
1.2.1 – O sujeito do Direito	27
1.2.2 – A racionalidade do Direito: racionalização e sublimação	30
1.3 – As Teorias do Direito e as Psicologias.....	32
2. UMA HISTÓRIA DAS IDEIAS QUE ENLAÇAM A PSICOLOGIA COM O DIREITO PENAL	37
2.1 – Relações antropofágicas – Criminologia, Direito Penal, Medicina e Psicologia.....	39
2.1.1 – Medicina e Psicologia: detalhes incômodos	52
2.1.2 – Criminologias e noções de conceitos psicológicos	61
2.2 – A discussão da culpabilidade como ambiente de exame dos conceitos psicológicos do Direito Penal	64
2.2.1 – Culpabilidade e noções de conceitos psicológicos	67
2.3 – Verdade e certeza: a desculpa perfeita.....	68
2.4 – Uma imagem da história interessada.....	73
3. IDENTIFICANDO OS CONCEITOS PSICOLÓGICOS NA LEGISLAÇÃO, SENTENÇAS E DISCURSOS NO ÂMBITO PENAL	77
3.1 – Um mapeamento dos conceitos psicológicos que colocam questões para o Direito Penal... 78	
3.1.1 – A subjetividade.....	79
3.1.2 – Psicologias por abordagem teórica.....	81
3.1.3 – Psicologias por áreas de conhecimento.....	86
3.1.4 – Psicologias e conceitos psicológicos	90
3.2 – Reconhecendo os conceitos psicológicos por meio do discurso.....	92
3.3 – Apresentando as escolhas quanto ao campo de pesquisa.....	94
3.3.1 Perguntas orientadoras.....	96
3.3.2 Pré-concepções	97
3.3.3 Sujeitos	98
3.3.4 Situação da realização da pesquisa de campo	98
3.3.5 Coleta e registro de dados.....	98

4. O CAMPO DO TRIBUNAL DO JÚRI	99
4.1 – Dos limites e das possibilidades.....	99
4.1.1 – As etapas, os integrantes e os papéis no Tribunal do Júri	100
4.1.2 – A arte de escrever sentenças.....	103
4.1.3 – A experiência dos autos e a experiência do júri	107
4.2 – O campo do Tribunal do Júri do Distrito Federal e dos Territórios	110
5. OS SABERES PSICOLÓGICOS NO PROCESSO DE JULGAR	114
5.1 – “Sei que nada sei, mas preciso dizer algo”	114
5.2 – “Alguma coisa eu sei”	117
5.3 – “De onde vem o que eu sei”	131
5.4 – O que sei e suas relações com as Criminologias e as Psicologia.....	132
5.4.1 – Reconhecendo o discurso	142
5.5 – “Para que tem servido o uso do que eu sei”	143
5.6 – De que forma eu vejo a relação do Direito com a Psicologia: subordinação, auxiliaridade ou interdisciplinaridade?	148
5.7 – “Se eu souber mais, para que isso vai servir”	150
6. O JUIZ E SUAS CIRCUNTÂNCIAS NO PROCESSO DE JULGAR	154
6.1 – “Quais aspectos psicológicos, os meus?”	154
6.2 – As percepções do que mudou no processo de julgar e escrever as sentenças no decorrer do exercício da magistratura	159
7. ACHADOS DA PESQUISA E CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
REFERÊNCIAS	172
APENDICE I – Roteiro de coleta – sentenças	180
APENDICE II – Roteiro de coleta – legislação.....	182
APENDICE III – Roteiro de coleta – entrevistas	183
APENDICE IV – Autorização para uso do conteúdo dos depoimentos e não identificação do/a entrevistado/a	185

APRESENTAÇÃO

Tese não nasce, estreia. O ditado popular, adaptado ao contexto da ciência, pareceu-me válido para apresentar algumas referências importantes que contextualizam este texto. Vamos a elas. A primeira conotação que gostaria de associar à estreia tem a ver com exposição e avaliação, ou seja, apesar das etapas preparatórias, dos ensaios e da incorporação das críticas, a apresentação de uma tese significa colocar-se a prova diante de uma expectativa levantada. Para aquele que nasce, a vida apenas começou. Para aquele que estreia, é o momento de dar a conhecer no que se tornou. Na pré-estreia do exame de qualificação, pude apresentar o problema de pesquisa, os caminhos teóricos escolhidos e o método para conhecer melhor a realidade pertinente ao problema de pesquisa. Com as recomendações da banca, segui e aqui estamos.

Quanto à expectativa implicada, este trabalho é uma elaboração que pretende descobrir, no sentido desenvolvido por Dussel¹, relações entre os Direitos (Teorias do Direito) e as Psicologias que possam ampliar a compreensão sobre o fenômeno jurídico. Nesse contexto deparei-me com um dilema que gostaria de explicitar e alertar sobre minha escolha. Tratando-se de uma pesquisa interdisciplinar sobre as conexões de duas áreas do conhecimento, em sede no Direito, o quanto se faz necessário detalhar as teorias psicológicas largamente descritas para fundamentar as conclusões? Optei por dar mais ênfase aos aspectos inovadores da pesquisa, ou seja, a discussão da intersecção entre Direitos e Psicologias, descrevendo, para isso, as teorias psicológicas de forma restrita, apenas para garantir a compreensão do direcionamento conceitual. A mesma escolha foi feita com relação às teorias do Direito. Assim, neste texto não serão apresentadas recuperações teóricas detalhadas do que outros pesquisadores já esquematizaram.

Talvez também paire uma dúvida sobre o que se pretende: psicologizar o Direito, trazer a Psicologia de forma mais definitiva para o processo penal, misturar o Direito com a Psicologia? Nenhuma dessas pretensões faz parte desta pesquisa. A intenção é identificar as origens

¹ DUSSEL, Enrique. **O encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.
Tradução: Jaime A. Clasen.

epistemológicas e as intencionalidades das conexões já existentes de forma explícita ou não, trazendo luz sobre aquilo que é tido como natural e uno.

Nessa trajetória, sou parte, como toda pesquisadora é parte de sua pesquisa. Estou envolvida com este tema, olho de fora, mas também de dentro; levo em conta a pré-concepção, com o compromisso de procurar não excluir e nem esconder nenhuma possibilidade interpretativa, e exercito o diálogo. As premissas são pontos de partida, as particularidades do objeto de pesquisa e do campo é que determinam as melhores estratégias de aproximação e de compreensão teórica. E, esse posicionamento e movimento que tem a ver com o processo de pesquisar, serão explicitados no texto, nada será neutralizado.

A segunda ideia ligada à metáfora da estreia é a de construção. Preparar um espetáculo requer escolher uma trama (problema de pesquisa), escrever um texto (projeto), fazer laboratórios (aproximar-se do ambiente de pesquisa), testar o elenco (instrumento de pesquisa), aprofundar o conhecimento sobre o assunto (conhecimento já produzido), ter habilidade para improvisar (orientar-se pelo campo), cuidar dos detalhes ambientais (prazos, autorizações). Nada disso se faz só. Uma pesquisa avança com base em conhecimentos de outros e em conjunto com outros, merece ser reconhecida como coletiva, sempre. Nesse sentido, reconheço a importância dos diálogos com os programas de pós-graduação em Direito da UnB e em Psicologia da UFSC; com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o Departamento Penitenciário Nacional, ambos do Ministério da Justiça; com a militância do Conselho Carcerário de Joinville e do Centro de Direitos Humanos Maria da Graça Braz. E reconheço a importância da vivência no cotidiano das prisões.

Convém explicar as motivações deste estudo. Desde os meus primeiros contatos com o Direito Penal de forma institucional, o que ocorreu como estagiária de Psicologia em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, me perguntava: com que fundamentos e com quais intencionalidades a sociedade mantém uma instituição para destruir pessoas sistematicamente? Depois, como psicóloga de um presídio, minha principal inquietação foi o que realmente cada pessoa leva do encarceramento e o que a sociedade tem como resultado das prisões? Como conselheira do Conselho da Comunidade, outra pergunta surgiu como envolver a sociedade na busca de diferentes formas de lidar com a violência e a criminalidade? Como professora dos cursos de Direito e Psicologia, já mais interessada no mecanismo que produz e legitima o Direito Penal, questionei-me: como devolver o “humano” ao debate jurídico? Como conselheira do

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, tornaram-se insistentes as perguntas: por que insistir no mesmo modelo? Como sair dessa armadilha da criminalização? Por que os conhecimentos mais recentes das ciências humanas relacionados a esse tema não são reconhecidos no Direito?

Depois de todas as descobertas do século XIX e XX da Psicologia do Desenvolvimento, da Personalidade, Social, Institucional e da Aprendizagem, porque são ignoradas as conclusões sobre como a subjetividade humana se constitui e sobre as decorrências psicológicas e sociais provocadas pelas instituições totais de controle jurídico? Diante disso, concluí que produzir conhecimento no campo da Psicologia sobre o contato do “humano” com o sistema penal, como fiz no mestrado, poderia gerar menos impacto do que buscar compreender como os conceitos psicológicos estão presentes no sistema penal, quais seus pressupostos e para que são usados. Pareceu-me que essa poderia ser uma crítica mais corrosiva que possibilitaria, ao menos, deslegitimar o caráter supostamente fundamentado na Psicologia de algumas medidas jurídicas.

Em certa medida, este texto se vale da história, mas não para contá-la em detalhes ou com a pretensão de encontrar uma verdade no passado, muito mais para reconstruir o passado das verdades do presente. Em outros momentos, serão planejados mapas dos arranjos teóricos, não com a expectativa de cobrir todo o território argumentativo, mais para localizar as ideias e suas filiações.

No primeiro capítulo, é desenvolvida uma discussão epistemológica do cenário do processo do conhecimento da Psicologia e do Direito. No capítulo dois, é feita a apresentação da estrutura dos conhecimentos que atuam no sistema penal, em especial quanto à Criminologia e à discussão sobre a culpabilidade, ambiente privilegiado para visualizar o problema de pesquisa aqui identificado. No capítulo três, com interesse de sustentar um exercício genealógico, são identificados os conceitos psicológicos por área de conhecimento e abordagem teórica, bem como apresentadas as escolhas quanto ao campo da pesquisa. O capítulo quatro inicia o relato do diálogo mais específico com o ambiente de pesquisa escolhido. É abordado o Tribunal do Júri cujas peculiaridades marcam as sentenças e os discursos em torno delas e, especificamente, o contexto do Tribunal do Júri do Distrito Federal e dos Territórios. No capítulo cinco é aprofundada a análise dos dados encontrados no campo no que tange aos conceitos psicológicos e seu uso, tratando da avaliação que os juízes têm sobre seus conhecimentos psicológicos; a forma como resolvem a necessidade de ter que dizer algo; a (não) relação dos conceitos psicológicos

usados com as teorias criminológicas e psicológicas; os usos ou desusos nas sentenças do que está previsto na legislação; os resultados do uso dos (não) saberes psicológicos para o processo penal, a (não) expectativa de relacionamento com os outros saberes e a conveniência dos juízes saberem mais sobre o “humano”. O capítulo 6 aborda as intercorrências da dimensão psicológica dos juízes no processo de julgar. Por último, o capítulo 7 retoma os objetivos deste estudo e as respostas encontradas por meio da pesquisa, assim como indica possibilidades de aprofundar o tema e tece considerações finais.

UMA HISTÓRIA DO CONHECIMENTO DA PSICOLOGIA E DO DIREITO

Para compreender os enlaces do Direito e da Psicologia é necessário reconhecer suas trajetórias e a composição de seus conhecimentos, para o que serão eleitos alguns ângulos preferenciais de exame. Portanto, trata-se de uma das histórias possíveis e não da única história existente. Um dos ângulos que será tomado é o da ciência. No contexto desses enlaces, a ciência moderna exerceu especial impulso nos dois campos: a Psicologia encontrou elementos para delimitação e construção de um corpo teórico próprio com base nas ciências naturais e o Direito reelaborou seu campo por meio do positivismo jurídico, subsidiado pelo positivismo científico, em contraposição ao jusnaturalismo. Assim, a ciência será usada como ponto de partida histórico para compreensão do fenômeno que aqui se pretende mapear, as bases psicológicas do Direito Penal.

A Psicologia tem origens remotas que datam da busca ancestral humana pelo conhecimento de si, embora a descrição desse caminho não seja vasta, ou seja, uma história curta para um longo passado. Sem desprezar os saberes e experiências que condicionaram a fundação da Psicologia e seguindo a proposta de aprofundamento a partir da instalação do paradigma científico, optei por desenvolver o diálogo desde a inauguração oficial da Psicologia, que ocorreu na segunda metade do século XIX, na Alemanha. Dois autores estão ligados a esse momento, Fechner e Wundt. Fechner em função da publicação da obra Elementos de Psicofísica, em 1860, e Wundt por seu livro Elementos de Psicologia Fisiológica, em 1864, e pela criação do primeiro laboratório psicológico, em 1879 (FREIRE, 2007). Outras obras (FERREIRA, 2007) também mencionam Johanne Müller que desenvolveu a teoria das energias nervosas específicas, presente no Manual de Fisiologia, de 1826, e Hermann von Helmholtz, que elaborou uma teoria sobre o surgimento das representações psicológicas, em 1860.

Esses autores conduzem respostas às críticas sofridas pela Psicologia até então, cujo mais notável expoente era Immanuel Kant, considerado o inaugurador da filosofia contemporânea, que

pretendia estabelecer novos parâmetros a partir da razão para o conhecimento, a ética e a estética. Assim, passa-se a distinguir a ciência da metafísica, o que ameaça a validade dos saberes psicológicos que são identificados, naquele momento, como simples metafísica (FERREIRA, 2007). Kant, em 1786, recomendou que “a psicologia empírica para se provar como ciência propriamente dita deveria: 1. Descobrir o seu elemento de modo similar à química, para com isto efetuar análises e sínteses; 2. Facultar a esse elemento um estudo objetivo, em que sujeito e objeto não se misturem como na introspecção; 3. Produzir uma matematização mais avançada que a geometria da linha reta, apta a dar conta das sucessões temporais da nossa consciência (o sentido interno)” (1989, p. 32-33).

Por sua vez, no Direito também ocorreu de forma marcante a tentativa de contemplar a razão prática de Kant, embora décadas depois da Psicologia. Em contraposição ao direito natural, Kelsen (1998) pretendeu alçar o conhecimento jurídico ao *status* de ciência separando o Direito de outras teorias, visando purificar a teoria de elementos estranhos ao seu objeto, eliminar o saber metafísico do Direito e alcançar a objetividade e precisão. Assim, a ciência jurídica no sentido estrito seria exclusivamente o conjunto de normas positivas de um Estado. O positivismo kelseniano serviu para a formação de um discurso pretensamente científico do Direito, “A reprodução da ideia de Kelsen no imaginário dos operadores jurídicos ocorre de tal forma marcante que, mesmo sem ter lido uma linha sequer de sua obra, é possível a um estudante de Direito, ou bacharel, reproduzir o pensamento positivista sem grandes dificuldades” (COSTA, 2013, p.16).

Ao tratar das pressuposições kantianas e neokantianas da teoria pura do Direito, Warat (1995) explica que, conforme Kant, ela apresenta a necessidade de definir um critério metodológico que determine a possibilidade universal e formal do conhecimento, a fim de permitir a autonomia do conhecimento jurídico. Da mesma forma, Kelsen em sua teoria pura do Direito fixa as condições cogentes para o “conhecimento puro da realidade jurídica, isolada racionalmente em sua dimensão deôntica, que separa cuidadosamente de toda contaminação fática e axiológica, cuja investigação e estudo, a seu critério, não integra a ciência jurídica” (WARAT, 1995, p. 135). Warat demonstra que Kelsen valeu-se dos princípios e dos métodos da lógica do conhecimento de Kant, assim como Cohen o fez no campo teórico da ética, no qual introduz o princípio da vontade pura; inclusive, o conceito puro do dever de Kelsen seria inspirado nas concepções da relação dinâmica de Cohen. Para Warat (1995), o propósito do

método purificador de Kelsen é o de examinar possibilidades e limites do conhecimento jurídico e de estabelecer as condições pelas quais é possível formular proposições válidas para uma ciência do Direito em sentido estrito.

A crença na ciência moderna e em seus pressupostos como único discurso válido marca a forma de compreender o fenômeno jurídico e psicológico ainda no século XXI. Porém, há teorias críticas no Direito e na Psicologia, baseadas em construções epistemológicas, que apresentam as fragilidades desse modelo, em especial, denunciando a redução do que é considerado humano em fenômenos científicos. Neste capítulo, serão aprofundadas essas críticas e posteriormente apresentadas as possibilidades presentes no século XXI de Direitos e Psicologias, decorrentes da diversidade em cada uma dessas áreas do conhecimento.

1.1 Bases da redução do humano: a modernidade, a ciência e as dicotomias

O conhecimento é produção do humano, tanto quanto o humano é produzido pelo conhecimento. Essa afirmação pode ser elucidada pelo pensamento de Nietzsche, discutido por Foucault (2005) em uma obra que reúne cinco conferências pronunciadas na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em 1973. Para Nietzsche, o conhecimento, em um determinado ponto do tempo e em um determinado lugar do universo, foi “inventado” por animais inteligentes. Assim como a religião e a poesia, o conhecimento não tem “origem”, não existia previamente em estado implícito, ocorreu que em algum momento alguém nomeou um conjunto de coisas e deu sentidos a elas, criando a religião, assim como em algum momento alguém usou de propriedades rítmicas ou musicais da linguagem, criando a poesia e, por fim, alguém em algum momento se desprende de um objeto ou tema e passou a versar sobre ele, criando o conhecimento.

Nietzsche defende a ideia de que o conhecimento não está inscrito na natureza humana, não é um refinamento dos instintos, é antes um resultado do confronto dos instintos, de uma relação de luta, de dominação, de subserviência, de compensação, etc. Foucault, com base nas ideias de Nietzsche, concluiu que “atrás do conhecimento há uma vontade, sem dúvida obscura, não de trazer o objeto para si, de se assemelhar a ele, mas ao contrário, uma vontade obscura de se afastar dele e de destruí-lo, maldade radical do conhecimento” (2005, p. 21). Nesse sentido é possível conceber uma história política do conhecimento, dos fatos do conhecimento e do sujeito do conhecimento.

Avançando na reflexão sobre uma história política do conhecimento, na sua aula inaugural no Collège de France, em 2 de dezembro de 1970, Foucault (2000) dissertou sobre a “vontade de verdade”, explicando como a sociedade no decorrer dos anos se apoiou nos discursos institucionais para decretar o que se tornaria verdadeiro a todos, como se tudo se desse de forma isenta, sincera e natural. Ou seja, não se questiona de que forma os discursos institucionais (sejam das universidades, das editoras, do governo, dos meios de comunicação, ou de qualquer outra origem) se produzem e aparecem, quais foram as escolhas que permitiram o emergir daquele entendimento, quais foram os olhares que possibilitaram o ver de determinados ângulos. Para Foucault, “o discurso verdadeiro não é mais, com efeito, desde os gregos, aquele que responde ao desejo ou aquele que exerce o poder, na vontade de verdade, na vontade de dizer esse discurso verdadeiro, o que está em jogo, senão o desejo e o poder?” (2000, p. 20). Entretanto, aos olhos da população, a verdade aparece como algo sem “vontade”, algo sem origem, algo sem interesse, algo completo.

Outro aspecto relevante sobre a produção do conhecimento diz respeito ao modelo de racionalidade científica que preside a ciência moderna. Boaventura de Sousa Santos (2002), em uma obra que sintetiza ideias sobre o paradigma dominante e o paradigma emergente, caracteriza o ideário da revolução científica ocorrida desde o século XVI pelas descobertas de Copérnico, Galileu, Newton e Kepler, destacando o predomínio evidente das ciências naturais: a) o predomínio do estudo das ciências da natureza em detrimento das ciências sociais, subordinando aos seus domínios as categorias de análise, observação e predição dos fenômenos sociais, a exemplo dos fenômenos da natureza; b) a necessidade de quantificar, a partir dos avanços da matemática, o que confere rigor e relevância ao conhecimento científico; c) a fragmentação dos fenômenos a unidades simples de análise e categorização de modo a poder estabelecer, *a posteriori*, as relações sistemáticas implicadas entre o que foi separado. O pensamento científico moderno assenta-se, assim, no empirismo, que pressupõe a observação, medida e predição dos fenômenos, no determinismo (das relações entre causa e efeito), na universalidade (das leis da natureza, validade para todos) e no mecanicismo (que transforma a natureza, o mundo e as coisas em unidades simples para possibilitar o entendimento do seu funcionamento e, posteriormente, o domínio e a transformação).

Nessa mesma obra, Boaventura (2002) apresenta os aspectos incertos dos princípios das ciências naturais que são expostos a partir de descobertas científicas de Einstein (física),

Heisenberg e Bohr (microfísica), Godel (matemática), Prigogine (química e biologia), entre outros. São eles: a) o rigor do conhecimento só leva a resultados aproximados, probabilísticos, com um considerável grau de incerteza nele embutido; b) a distinção sujeito/objeto é mais complexa do que parecia, uma vez que a interferência do processo de observação e a própria definição do sujeito interferem no objeto a ser estudado, bem como redefinem ambos; c) a totalidade do real não se reduz à soma das partes em que o dividimos para observar e medir. Esses, entre outros fatores, instalam a crise do paradigma vigente de ciência, pelo que Boaventura demonstra que outro paradigma se anuncia, “um paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente”, portanto, um paradigma científico e um paradigma social.

No que se refere ao conhecimento na modernidade, outra importante crítica é concebida por Edgar Morin. Esse autor (2007), em uma obra que introduz a problemática da complexidade, argumenta sobre a importância de adquirir consciência da patologia contemporânea do pensamento, marcada pela “hipersimplificação” que não deixa ver a complexidade do real. Na medida em que o idealismo, o doutrinário, o dogmatismo e a racionalização dominam a forma de pensar, esses reduzem, distorcem e negam a realidade, promovendo um sistema de ideias coerentes, mas parcial e unilateral. Pensar de forma complexa é reconhecer a ampla quantidade de interações e interferências entre um número grande de unidades.

No mesmo sentido, Roberto Aguiar (2000), numa obra que explora questões da humanidade, discorre sobre os recortes, intenções e efeitos da ciência. A ciência, ao desenvolver um olhar analítico sobre recortes, os objetos, “possibilitou grande repercussão operatória, que se traduziu pelo avanço da tecnologia e pelo aumento evidente do rigor no tratamento teórico dos objetos construídos. O problema que esse olhar trouxe foi o de não mais perceber a totalidade do dado... O efeito dessa visão foi devastador para o pensar humano e para a própria ação humana no mundo” (2000, p. 26).

Considerando os aspectos apresentados sobre a invenção do conhecimento, seu contexto histórico e político, o apego da sociedade aos discursos institucionais que apresentam a verdade de forma isenta, desinteressada e completa, bem como as incongruências do paradigma científico vigente, é possível colocar sob exame algumas das produções centrais da ciência que tiveram e têm forte influência sobre o Direito e a Psicologia. Se a fala autorizada da modernidade é a ciência, mas seus pressupostos estão estabelecidos em bases precárias (metodológicas e políticas)

e com derivações destrutivas e manipuladoras, isso alerta para a necessidade de se produzir teorias críticas e controle social sobre o exercício do seu poder.

Quanto às teorias críticas, destaca-se a obra de Enrique Dussel, filósofo mexicano que, questionando o fenômeno do eurocentrismo, desconstrói o mito da modernidade e reapresenta a história e a política a partir de referências mais completas. A crítica de Dussel (1993) sobre a razão moderna é por encobrir um mito irracional que está ligado à justificação da violência. Apresenta a ideia de que a “a modernidade é realmente um fato europeu, mas em relação dialética com o não-europeu como conteúdo único de tal fenômeno. A modernidade aparece quando a Europa se afirma como “centro” de uma História Mundial que inaugura, e por isso a “periferia” é parte de sua própria definição” (DUSSEL, 1993, p. 7). Considera que o ano de 1492 é a data do nascimento da modernidade, embora tenha sido gestada anteriormente: “A modernidade originou-se nas cidades européias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas “nasceu” quando a Europa pode se confrontar com o seu “Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo: quando pode se definir como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da própria Modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi “descoberto” como Outro, mas foi “en-coberto” como o “si-mesmo” (DUSSEL, 1993, p. 8).

O mito da modernidade está ligado ao conceito de desenvolvimento, pelo qual uma civilização superior com uma cultura mais refinada domina outra, com intuito pedagógico e de salvação. Eventuais sofrimentos são considerados necessários para o processo civilizador e um “pagamento pela imaturidade culpável” (DUSSEL, 1993, p. 78). Dussel descreve a lógica do mito da modernidade da seguinte forma: “por um lado, se auto define a própria cultura como superior, mais desenvolvida,... por outro lado, a outra cultura é determinada como inferior, rude, bárbara, sempre sujeito de uma imaturidade culpável. De maneira que a dominação que é exercida sobre o Outro é na realidade, emancipação, “utilidade”, “bem” do bárbaro que se civiliza, que se desenvolve ou “moderniza” (1993, p. 75). Assim, se tornar natural o processo de submissão dos bárbaros aos homens, da mulher ao marido, do imperfeito ao perfeito, do corpo à alma, do pior ao melhor.

Dussel, por meio da reflexão dos fatos históricos e da desmistificação da modernidade, intenciona desenvolver uma “teoria” ou “filosofia do diálogo” que liberte o oprimido, dê voz ao incomunicável, reconheça o Outro como tal. Para tanto, demonstra a necessidade de “superação” da modernidade e apresenta a “trans-modernidade” como um projeto de futuro. A teoria de

Dussel promove importantes reflexões sobre o contexto das supostas verdades da humanidade e possibilita repensar o lugar e a função da ciência.

A teoria feminista também produziu uma importante crítica que revelou aspectos frágeis das bases científicas modernas. Lourdes Bandeira (2008) demonstra como pressupostos fundadores da produção científica moderna são questionáveis se os seus argumentos naturalistas e supostamente neutros são analisados a partir da perspectiva masculinista e da linguagem androcêntrica. “A centralidade da crítica (feminista) está posta na forma de organização do mundo social e natural materializado nas relações sociais, cognitivas, éticas e políticas entre homens e mulheres, assim como nas suas expressões e significados no mundo simbólico” (BANDEIRA, 2008, p.209). As mulheres e o feminino estiveram subestimados e inferiorizados no conhecimento científico e ausentes durante a sua produção, pois por séculos não participaram das comunidades científicas. Essa ausência, de certa forma, permitiu um prolongamento histórico do enfoque androcêntrico nas estruturas das ciências humanas, sociais, exatas e naturais, influenciando, por exemplo, as concepções de sexo e gênero, as teorias de desenvolvimento moral, a imagem das mulheres nas produções médico-ginecológicas, a invisibilidade das mulheres nas teorias sociológicas, políticas e históricas, e a grande preocupação entre os limites do masculino e feminino nos hormônios, cérebros e em outras características. Mais uma vez, são apresentadas evidências de que, como refere Nucci (2010), a ciência é um artefato cultural, não é uma mera representação da natureza ou dos fatos resultantes de uma investigação neutra e desinteressada, é estabelecida a partir de relações e negociações entre diferentes grupos de pessoas com interesses específicos.

Com relação às produções centrais da ciência moderna que influenciam largamente o Direito e a Psicologia, serão examinadas as seguintes: a) clivagem entre a ciência e a ética; b) apartação do ser humano da natureza; c) dicotomia subjetividade x objetividade; d) dicotomia sociedade x indivíduo; e) dualidade razão e emoção.

a) A clivagem entre a ciência e a ética foi possível a partir da crença da suposta neutralidade dos cientistas, sendo que caberia aos governantes a melhor aplicação das descobertas científicas. Para os cientistas a ocupação cotidiana é a descoberta e validade, sem ater-se a valores ou ao singular dos acontecimentos. O sentido da técnica aproximou-se do consumo, um ambiente veloz, com novidades e estímulos constantes, ávido por transformar o mundo. “A técnica, em si, é considerada sem ética. Portanto, os juízos de valor só podem se cingir a sua

aplicação. A ordem do ser não pode sofrer a interferência da ordem do dever-ser” (AGUIAR, 2000, p. 199).

b) A apartação do ser humano da natureza é outro resultado do pensamento moderno. O ser humano foi isolado do universo, considerado ente autônomo e insignificante na imensidão, o que lhe conferiu sensação de onipotência e, ao mesmo tempo, a construção de valores ligados a disputa, força, conquista e competição. Os efeitos dessa relação são autofágicos, em duas dimensões: a primeira relaciona-se à ampla destruição do ambiente da vida e da própria vida e a segunda decorre da falta de sentido da existência, mesmo como suposto ser onipotente. Roberto Aguiar (2000) demonstra que a recuperação da pertinência do ser humano em relação ao outro, à Terra e ao universo é condição para a realização do novo paradigma.

c) Compreender os sujeitos é uma preocupação que se fortalece na modernidade e impulsiona a formação de ciências sociais e humanas. Deparando-se com a dinâmica complexa, abstrata, aberta e multideterminada da psique humana, repetem as estratégias do paradigma dominante para construção de conhecimento, baseadas nas ciências naturais. Nesse contexto é útil delimitar os campos subjetivo e objetivo, aproximando o subjetivo da interioridade e especificidade e o objetivo da externalidade e generalidade. São aprofundados os métodos objetivos (análise, fragmentação, observação, quantificação e categorização) como forma de produzir verdade, sendo que os dados subjetivos são considerados de forma isolada e com menor relevância. Dessa forma, formulou-se a percepção de uma dicotomia entre a subjetividade e objetividade, tanto no que tange ao método de investigação, quanto no que se refere a fatores de determinação de um fenômeno. Cindindo-se o fenômeno nessas duas faces, foi reduzida e precarizada a possibilidade de compreendê-lo.

Porém, isso não aconteceu por acaso, como já foi demonstrado por meio das ideias de Foucault e Nietzsche, o conhecimento científico expressa uma vontade em um tempo e em um espaço. A ciência, na sua pretensão de porta voz da verdade na modernidade, se edifica ao dominar e se sobrepor ao universo. Marilena Chauí (1982) apresenta as intenções da objetividade: “a racionalidade científica, ao construir a objetividade, realiza a operação chamada determinação completa, pela qual uma realidade é convertida em objeto do conhecimento.” Dessa forma, “algo é conhecido objetivamente quando é possível dominá-lo inteiramente pelas operações do entendimento... a idéia de que é possível esgotar teoricamente um objeto é a idéia de que é possível dominá-lo teoricamente e, portanto, dominá-lo praticamente” (1982, p. 33).

d) As noções de indivíduo e de sociedade são outro aspecto influenciado por esse paradigma científico. A relação entre indivíduo e sociedade é mediada por tensão e contradição, o que configura uma íntima inter-relação entre ambos. Quando a sociedade é entendida como uma unidade indissolúvel, resultado da soma de particularidades, ou um universal no qual o particular se dissolve e não se expressa, e quando o indivíduo é percebido na sua exclusiva singularidade, na qual a universalidade não sobrevive, está se anunciando uma tendência de considerar a natureza humana predeterminada e sem história.

Essa forma dicotômica de compreender o indivíduo e a sociedade está impregnada nas ciências humanas e promove um entendimento incompleto das relações sociais. Um dos aspectos que não se torna visível são os modos de subjetivação produzidos por variáveis sociais, políticas, culturais e econômicas, pois se identifica apenas o sujeito, um ser estanque e dado por dramas individuais. Os modos de subjetivação ou processos de subjetivação remetem a uma pergunta anterior, como se deu a produção desse sujeito, ou seja, quais dispositivos e agenciamentos (DELEUZE, 2000) conformaram a existência dessa ou dessas pessoas.

A concepção de um indivíduo separado do mundo, a-histórico, predeterminado tem consequências que abrangem a sua capacidade de se realizar na sociedade e de interferir no seu funcionamento. Concebido assim, o indivíduo, livre para decidir e dono do seu destino, estaria solto à própria sorte, como se as determinantes dessa sorte estivessem dadas não pelo mundo social, mas por sua vontade plena e soberana. Essa posição permite eximir o mundo objetivo de qualquer impedimento à plena realização do indivíduo ao colocar essa possibilidade exclusivamente nele. Dessa forma, ao separar o indivíduo da sociedade atribuindo-lhe uma singularidade intensa e auto-referida, o que se faz é colocá-lo no único lugar onde ele não pode se realizar: fora da sociedade e da história. Ainda mais, se retira da sociedade e da história qualquer responsabilidade pelos impedimentos à realização humana.

e) A razão e a emoção foram separadas em prol de uma sociedade mais organizada, controlada e previsível. Edificou-se uma percepção de que a produção é dada pela razão, o conhecimento é racional, neutro e rigoroso e a inteligência algo frio, complexo e articulado. A afetividade não estaria presente em nenhum desses processos e é considerada um aspecto de menos valor na existência humana. Concomitante a esse processo, ocorre a “descorporificação do ser humano” (AGUIAR, 2000) ou “almificação dos viventes” (BUGARELLI, 2008). O corpo torna-se espaço de exercício de poder, desconectado da individualidade do sujeito, é explorado

pelo trabalho, hierarquizado pela sociedade a partir de sua condição e transformado em objeto de consumo. Os corpos estão mais ligados a uma externalidade para estabelecer relacionamentos do que a expressão da individualidade, tornam-se instâncias de mediação entre as necessidades criadas e as condutas a serem seguidas. A dualidade razão e emoção e a descorporificação do ser humano constituem um processo sofisticado e violento de produção de alienação e angústia.

A separação corpo e mente (ou alma) se acentua nos homens. Isso ocorre devido ao processo de constituição da sexualidade masculina que está baseada no medo da castração, condicionando um corte dos homens entre o corpo e a mente como forma de projeção do corte mais arcaico pênis/corpo. Esse aspecto, entre outros sobre a fabricação do feminino e masculino, será abordado com mais profundidade a seguir.

Por fim, embora diversas teorias psicológicas (Jean Piaget, Sigmund Freud, Erik Erikson, Lev Vygotsky, etc) demonstrem a unicidade das dimensões no desenvolvimento, personalidade e comportamento humano, a sociedade e o Direito ainda acreditam poder separar emoção e razão em alguns momentos e seguem reproduzindo esse ensinamento da modernidade. Aguiar (2000) revela que essas dualidades, entre outras, exercem papéis fundamentais para a perda do sentido da totalidade, para o enfraquecimento do novo pensar, para solidificação de concepções preconceituosas e pouco transformadoras do cotidiano da sociedade e do conhecimento.

As críticas relacionadas ao paradigma da modernidade até aqui apresentadas foram sistematicamente expostas no século XX e assimiladas pelo Direito e pela Psicologia, esta última seguramente com maior impacto. Nesse sentido, pode-se afirmar que embora o Direito entenda-se como tal muito antes da Psicologia, as transformações no campo teórico e prático da Psicologia evoluem de forma mais intensa e veloz. Com intuito de avançar no exame do funcionamento dessas dicotomias no campo do Direito, convém localizar a questão do sujeito que lhe é estruturante.

1.2 A redução do humano no Direito: seu sujeito e sua racionalidade

Desde a forma de constituição do conhecimento até as dicotomias produzidas por ele, há muito que ser revisto sobre a sociedade e a ciência gestada pelo paradigma dominante da modernidade. Especificamente no Direito é possível observar essas influências de diversas formas; nesta sessão serão examinadas duas delas: seu sujeito e sua racionalidade.

1.2.1 – O sujeito do Direito

O sujeito “do” Direito, aquele que se sujeita e aquele que faz sujeitar, ou seja, aquela noção de ser humano para qual o Direito se destina, é concebido predominantemente pela teoria jurídica moderna como homem, racional, moral e consciente. Movidos pela crença na racionalidade humana e nos preceitos modernos que separaram a razão da emoção e a objetividade da subjetividade, os legisladores e juristas iluministas adotaram como sujeito “do” Direito um ser consciente, determinado pelas motivações racionais, que prefere o bem ao mal, conhece as leis e deve obedecê-las. Porém, essas premissas são fracas, pois agir conforme o bem nem sempre é satisfatório e a razão não é a força motriz que define o agir humano (essas críticas são demonstradas pela psicóloga Fernanda Otoni (2008), num vídeo que trata do Fim Possível das Prisões). Ao apoiar-se nessas ideias, o Direito afasta-se da realidade e acelera o processo de racionalização (que será descrito com mais profundidade a seguir), porque simplesmente subtraiu a condição humana do debate jurídico (assim como a ciência o fez pelo positivismo, extraiu o sujeito da história da produção do conhecimento).

Agir conforme o bem nem sempre é satisfatório porque as pessoas não são naturalmente boas. Freud (1980) demonstra que o mal está na civilização, ele não se caracteriza apenas nas condutas criminosas, se aninha nas boas intenções, nas relações humanas, nas estruturas sociais. A existência humana convive a todo o momento com a busca de satisfação, que quando constrói uma solução civilizada, reparte o seu gozo com os outros, ou seja, busca sua satisfação, considerando o lado social. Porém, quando, por diversas contingências, não encontra satisfação nos caminhos normatizados, na ordem social, o gozo é uma procura que vai encontrar-se no eu-sozinho, ou seja, na realização de suas próprias necessidades, sem considerar o social. O sujeito irá agir conforme seus próprios recursos (internos e externos) disponíveis e construir as soluções de vida possíveis àquele momento.

A razão não é a essência que define o agir humano, inclusive porque nem sempre agir conforme a lei garante a todos as condições de realizar seu projeto de vida. Existe a dimensão do desejo, da afetividade e da emoção que é inalienável do humano, não pode ser ignorada, assim, caso a situação imponha um dever que inviabiliza o projeto de vida, o humano irá se contrapor em algum momento. Muitas vezes esses processos não ocorrem no âmbito do consciente, não é raro o indivíduo programar-se racionalmente para um trajeto, mas daqui a pouco se vê andando

pelos desvios. E sem saber o porquê é justamente ali que se encontra satisfeito. Para exemplificar, é possível citar situações cotidianas como alguém que necessita emagrecer, mas segue comendo mais calorias que gasta, racionalmente organiza-se para cumprir uma dieta hipocalórica, porém, come sem controle porque de fato é isso que o satisfaz.

A previsão normativa do Direito para todos não é um oráculo que soluciona o problema de cada um. Em contrariedade ao que prevê o Direito, agir conforme a lei não é natural e incondicionalmente a melhor solução a todos, em qualquer lugar, em qualquer tempo. Para alguns, em determinadas condições, agir conforme a lei não é uma escolha racional, considerando que por esse meio o seu problema não se resolve. Fernanda Otoni (2008) destaca que só é válido para um cidadão seu esforço de agir conforme a lei caso ele encontre alguma satisfação. Porém, nem sempre a ordem social é boa, as instituições são justas e a sociedade faz o bem a todos. O modo como a sociedade tem se organizado na modernidade, principalmente pela configuração de governabilidade neoliberal adotada, tem produzido larga escala de privações, vazios, crueldades, burocratismos, entre outros efeitos que em muitos momentos provocam desinteresse pelas saídas civilizadas e a descrença nas soluções apresentadas pelos representantes desse sistema.

Outro aspecto que merece ser examinado diz respeito à questão de gênero. A noção de ser humano do Direito adota o gênero masculino como referência para elaboração das leis, definição dos procedimentos jurídicos, da estrutura das instituições jurídicas, dos parâmetros de avaliação e decisão, entre outros aspectos. Essa afirmação pode ser demonstrada de diversas formas. Warat (1996), numa obra que trata de eco-cidadania, gênero e direito, revela que os atributos associados à justiça são masculinos e que as mulheres que atuam no campo jurídico precisam se submeter a eles, sendo que estes aparentam naturais, por isso nem são questionados:

“La justicia es un valor adherido al ideal normativo de la masculinidad. El hombre se ve a si mismo como naturalmente portador de un sentido de justicia. En el modelo de la condición masculina ni siquiera se coloca la justicia como cuestión. Cuando, por ejemplo, se le pregunta a las mujeres por que quieren ser juezas, muchas de ellas responden porque se sienten equilibradas, con posibilidades de decidir la vida de los otros. Al hombre eso ni siquiera le pasa por la cabeza. Asume como natural su posibilidad de decidir la vida de los otros... Por el contrario, a la mujer que tiene acceso al espacio jurídico le es exigida la subordinación a **los hombres de la ley**. Tiene que adecuarse al modelo de la masculinidad para ser aceptadas. Precisan permanentemente probar **que se adecuan al modelo masculino...** (WARAT, 1996, p. 108-109).

Warat (1996) demonstra que os homens sentem que naturalmente tem a capacidade de decidir sobre a vida dos demais, por isso não põe em questão quanto a sua condição para prática da magistratura, como se estivesse contido no conceito de masculinidade o domínio da lei. Esse imaginário é aceito de forma tão determinante que a maioria das mulheres que ingressa no mundo jurídico também acredita que o Direito é assexuado, configurando uma introjeção plena da masculinidade como matriz de interpretação e aplicação do Direito. Esse mesmo autor ainda conclui que as juristas só podem ser mulheres fora de sua profissão e que a maioria delas, inclusive, nem coloca isso como uma questão.

Essas relações fazem parte da visão androcêntrica que se reflete em todas as dimensões sociais. Bourdieu (2010), numa obra que discute a dominação masculina, caracteriza a visão androcêntrica como uma lógica que provoca sua própria verificação e faz acontecer o que ela prognostica, estando presente no cotidiano, em diversas trocas entre os sexos: “as mesmas disposições que levam os homens a deixar às mulheres as tarefas inferiores e as providências ingratas e mesquinhas (tais como, em nosso universo, pedir preços, verificar faturas e solicitar um desconto), desembaraçando-se de todas as condutas pouco compatíveis com a ideia que eles tem de sua dignidade levam-nos igualmente a reprovar a “estreiteza de espírito” delas, ou sua “mesquinharia terra-a-terra” ou até a culpá-las se elas fracassam nos empreendimentos que deixaram a seu cargo – sem no entanto chegar a lhes dar crédito no caso de um sucesso eventual”(BOURDIEU, 2010, p. 44).

Especificamente no trabalho, é possível observar uma divisão sexual que mais uma vez marca a dominação masculina. Quando as mulheres participam do mundo público ficam tradicionalmente ligadas a funções que representam extensão das suas habilidades do ambiente privado (enfermeira, professora, trabalhadora doméstica, secretária, etc), ou outras atividades consideradas de menor valor. E se os homens passam a fazer tal tarefa, são diferentemente valorados, como no caso da cozinheira e do gourmet e da costureira e do alfaiate, as mesmas atividades são enobrecidas, passam a ser qualificadas e complexas. Na hipótese de participarem de um debate público, elas precisam fazer muito esforço para ter acesso à palavra, sofrem diminuições morais, cortam-lhes a palavra, suas opiniões passam por validações masculinas (BOURDIEU, 2010). Por esses aspectos, esse mesmo autor concluiu que não é exagero comparar a masculinidade a uma nobreza. As relações de gênero no Direito correspondem a construções

culturais e se referem a um “imaginário magnetizador” (WARAT, 1996) que encobre as práticas cotidianas do Direito e esconde o exercício jurídico do poder.

Pouco se conhece sobre a produção desses processos no Direito, principalmente por ocorrer na dimensão subjetiva, a qual o Direito supõe, em regra, não dever tratar. No entanto, a subjetividade é bem mais social, objetiva e presente do que costumeiramente se imagina. E, se não falamos dela, ela se fará falar por nós.

1.2.2 – A racionalidade do Direito: racionalização e sublimação

A racionalidade do Direito tem a ver com sua compreensão de mundo e seus mecanismos de intervenção. O aspecto mais preponderante da racionalidade do Direito é a racionalização. A racionalização, conceito desenvolvido por Freud, é um dos mecanismos de defesa utilizado para proteger o ego de sensações de culpa, angústia ou outro sentimento ou ideia desconcertantes. É um processo pelo qual o sujeito procura apresentar uma explicação coerente do ponto de vista lógico, ou aceitável do ponto de vista moral, para uma atitude, uma ação, uma ideia ou um sentimento, cujos motivos verdadeiros não percebe. Por vezes, a racionalização atua no delírio, resultando numa sistematização mais ou menos acentuada.

A dogmática jurídica com sua tentativa de conhecer a realidade em abstrato e ser aplicável no caso concreto, pode ser compreendida como um processo de racionalização. Para não lidar com a realidade “misturada e suja” e manter seu espaço de poder e autoridade, o Direito utiliza de saberes reducionistas pré-estabelecidos de forma coerente, porém insuficientes sob o ponto de vista da vida. Assim, cria uma saída alternativa que é controlável e subserviente. Interessante notar que além dos profissionais do Direito fazerem uso desse mecanismo, toda sociedade o reconhece e, de certa forma, o reforça. A manutenção desse Direito parece ser um mecanismo de defesa coletivo para o temor do descontrole, mesmo que funcione de forma precária.

Bourdieu (2009), no livro que trata sobre o poder simbólico, analisa o campo jurídico como espaço de exercício desse poder. O poder simbólico é um poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força, graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário. No Direito a questão linguística tem função importante a serviço do poder simbólico, obtido por meio da neutralização (características sintáticas como construções passivas e frases impessoais para marcar

impersonalidade, constituir um sujeito universal, imparcial e objetivo) e da universalização (uso do indicativo para enunciar normas, da retórica da atestação oficial, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado – aceita, confessa –, de indefinidos – todo o condenado –, do presente atemporal, de referência a valores morais que pressupõem a existência de consensos – bom pai de família).

A neutralização e universalidade são a própria expressão do funcionamento do campo jurídico, principalmente da racionalização. Esta pretensão estatutária a uma forma específica de juízo é um dos fundamentos da cumplicidade que une os agentes que vivem da produção e da venda de bem e serviços jurídicos. “Por seu lado, os juristas, pelo trabalho de racionalização e de formulação a que submetem o corpo de regras, representam a função da assimilação, própria para assegurar a coerência e a constância ao longo do tempo de um conjunto sistemático de princípios e de regras... ao mesmo tempo, oferecem aos juízes... o meio de subtraírem os seus veredictos ao arbitrário demasiado visível de uma *kadijustiz*” (BOURDIEU, 2008, pg 216).

Warat (2010), descrevendo o mesmo fenômeno, apresenta a ideia de racionalismo jurídico, que seria o sistema de conceitos e redes de sentidos que expandem uma força ideológica altamente eficaz, também nominado “senso comum teórico dos juristas”. O autor afirma que há um fantasma que percorre a concepção moderna do Direito baseado no normativismo: o medo, a insegurança jurídica, a origem de um grande sistema de ilusões. Na busca da segurança (psicanaliticamente: na busca de recuperar o efeito simbólico do momento mítico da simbiose materna), o senso comum jurídico é muito útil, faz crer aos juristas que podem controlar racionalmente os processos decisórios da magistratura. O racionalismo não seria uma epidemia apenas da razão jurídica, para Warat. Ele está presente em todo o corpo social, sendo seu principal sintoma a falta de sensibilidade para o vínculo com os outros e no modo de perceber o mundo.

Outro aspecto da racionalidade do Direito que merece ser examinado é a sublimação que está diretamente ligado a prevalência do masculino na sua concepção e prática. A sublimação é um mecanismo de defesa que modifica o impulso original, carregado das influências do “id” que visa satisfazer o prazer, para ser expresso conforme as exigências sociais. Ela ocorre de forma mais desintegradora na visão androcêntrica e de dominação masculina, ambiente em que o Direito está imerso. Predomina a construção do mundo do poder, da história e da cultura, em

detrimento da satisfação autêntica e integrada do desejo; uma desconexão que opera com a separação do corpo e mente, corpo e ego, corpo e alma, exigindo grande volume de sublimações.

A sublimação como mecanismo psíquico é uma atividade comum e contributiva. Porém, da forma que acontece no sistema patriarcal, tem efeitos danosos para homens e mulheres. Leonardo Boff e Rose Muraro (2010) evidenciaram que o uso da sublimação no sistema patriarcal o reforça, hipertrofiando-a no homem, para que ele se torne apto a exercer o poder, e diminuindo essa potencialidade na mulher, para adaptá-la à submissão. Possibilitando a cisão entre corpo e mente, a sublimação deposita na mente/alma a supremacia da capacidade de ser, resolver problemas e definir prioridades. Grande parte das mudanças importantes para redimensionar o sistema de poder e o funcionamento da própria sociedade está em devolver as nossas mentes/almas aos nossos corpos, “nos fazer retomar a nós próprios” (BOFF; MURARO, 2010, p. 146).

A partir dessas considerações sobre o sujeito “do” Direito, a subjetividade e a racionalidade do Direito é possível avançar para o exame das intersecções possíveis e relevantes no campo jurídico. O Direito, considerando o que foi anteriormente exposto, basea-se numa noção de ser humano comprometida com o ‘esquartejamento’ moderno do humano e com a história da dominação masculina. Ele não é e não poderá ser predominantemente um sistema racional de pensamentos. Isso porque é pensado e praticado por pessoas e consiste em decisões sobre distintas possibilidades de ordenação político-social para as condutas humanas. Porém, construiu uma racionalidade, ancorada na racionalização e sublimação, que ao mesmo tempo em que fortalece a noção de ser humano e as dicotomias adotadas, permite sua funcionalidade na sociedade. Examinar esses aspectos pode contribuir para uma revisão do Direito, aproximando-o da realidade e ampliando sua compreensão e sua capacidade de atuação democrática.

1.3 As Teorias do Direito e as Psicologias

No início do século XX, várias áreas do conhecimento vivenciaram a formulação de novos pressupostos em contraposição ao positivismo, empirismo e racionalismo que davam ênfase a proposição de leis universais como substanciais à construção do conhecimento (MORAWSKI, 2005; PARKER, 2009). Isso pode ser verificado tanto no Direito, quanto na Psicologia.

Embora a Psicologia científica tenha se apropriado dos métodos naturais para ter o status requerido à ciência moderna, existia explicitamente uma inadequação dos métodos naturais para a compreensão do seu objeto de estudo (SMEDSLUND, 2009). A Psicologia é um campo inadequado para o tipo tradicional de pesquisa empírica e sua teorização, devido ao fato de que os resultados são normalmente apresentados como intrinsecamente estáveis quando, na realidade, eles refletem fases de um processo histórico em curso. Assim, tanto a perspectiva filosófica (anterior à tentativa científica), como a naturalista deram sinais de fragilidade para construir respostas consoantes a uma Psicologia científica na compreensão de seu objeto de estudo, abrindo espaço para um realinhamento paradigmático e para o surgimento de outras bases epistemológicas.

Essas insuficiências que surgiram ao longo da constituição da Psicologia como ciência, bem como as transformações históricas da sociedade, subsidiaram a formação de novos paradigmas no campo psicológico. A fundamentação metodológica gerada na modernidade concebia a centralidade da razão, a ênfase no método, o recurso à lógica e a preocupação com a crítica, esses aspectos limitaram por bastante tempo a compreensão da totalidade da experiência humana (MARCONDES, 2006). Passar a considerar e compreender as dimensões histórica, social e política tem profundo impacto na análise da trajetória do conhecimento psicológico, nas possibilidades metodológicas de construção desse conhecimento e nas estratégias de intervenção profissional.

Nesse sentido, Smedslund (2009) sinaliza quatro obstáculos para o projeto científico da Psicologia em priorizar regularidades empíricas. Primeiramente, o elevando número de fatores relevantes à compreensão do fenômeno humano, o que impossibilita conceber, com precisão, o comportamento como função variante de um número limitado de determinantes. Segundo, o caráter dinâmico dos pressupostos psicológicos, pois se deve considerar a sensibilidade das pessoas em relação aos resultados produzidos pelas pesquisas. O conhecimento científico sobre o comportamento humano influencia na formação das percepções do homem sobre si e o mundo o que, por sua vez, traz implicações ao campo da ciência. O terceiro obstáculo seria a inserção dos pesquisadores em um sistema de significados compartilhados acerca dos objetos de estudo. Esse compartilhamento na construção do conhecimento científico é desenvolvido por meio da língua e cultura e, por isso mesmo, são fatores dialeticamente constituintes de uma intersubjetividade no processo de legitimação desse corpo teórico. Dessa forma, as regularidades reveladas pela

pesquisa reforçam o que já se sabia sobre o comportamento. Por último, Smedslund (2009) destaca o obstáculo da singularidade pessoal, demonstrando que as regularidades no comportamento humano são temporárias e inseridas em determinado espaço, o que restringe a previsibilidade ou construção de leis gerais.

Também Gergen (2010), em contraposição às teorias psicológicas fundamentadas no organicismo, evidencia que todas as tentativas de vincular os estados do cérebro aos processos psicológicos foram sustentadas pelas concepções construídas e compartilhadas culturalmente. O mesmo autor demonstra que a forma como se concebe o funcionamento humano, juntamente com a importância que se atribui ao cérebro, é subproduto do processo cultural. Os estados do cérebro não podem nem causar nem serem correlacionados com os estados psicológicos, mas, sim, estarem a serviço do processo cultural.

A crítica apresentada por Smedslund (2009) pertence a um amplo movimento da psicologia pós-moderna, representado, especialmente, pela psicologia hermenêutica (Dilthey – 1894/1927/1977, Heidegger – 1927/1962, Gadamer – 1960/1989; citados por SMEDSLUNDM, 2009), pela psicologia contemporânea, com os sociais construcionistas (GERGEN, 2009) e pela psicologia cultural (BRUNER, 1990).

Apesar dessas novas bases teóricas calcadas na crítica ao positivismo, racionalismo e empirismo, muitos estudiosos da Psicologia se mantiveram fiéis às proposições epistemológicas da ciência moderna, embora alternativas epistemológicas de supressão da padronização e a universalidade de ciência estivessem em voga (GONZÁLEZ REY, 2003, 2005). Exemplo disso, é que mesmo com o surgimento de novas proposições interacionistas da Psicologia no final do século XIX, as explicações sobre comportamento humano, a partir de nexos causais entre cérebro e funcionamento psicológico, ainda se mantiveram filiadas às bases racionalistas. Essa resistência é associada à relação entre poder e conhecimento constituída nas comunidades científicas (KUHN, 2006) e é mais um motivo para falarmos em Psicologias (BOCK, FURTADO & TEIXEIRA, 2001), e não em Psicologia.

No que tange ao Direito, principalmente após a primeira metade do século XX, o movimento conhecido como teoria crítica do Direito apresentou contribuições para construção de novas bases epistemológicas do conhecimento jurídico, destacando-se na França uma teoria de base marxista, nos Estados Unidos a crítica a partir da concepção da lei como política e na Alemanha o questionamento da separação entre ciência e ética, trazido pela Escola de Frankfurt

(BARROSO, 2004). Explicitamente as novas críticas revelam que o sistema jurídico não é fechado em si, feito de princípios e dogmas universalmente válidos, mas construído a partir de vários outros sistemas, tais como o social, o político e o econômico, não neutro e com forte potencial ideológico. Esse movimento (COELHO, 2003) questiona as premissas do dogmatismo convencional, fundado no positivismo, a cientificidade, a neutralidade, a estabilidade e a completude. Demonstra que o Direito é influenciado por interesses e preconceitos e não se adequaria ao modelo científico baseado em princípios universais. Tão pouco, a atividade do operador jurídico consiste em apenas submeter o fato à norma, onde dedutivamente seria alcançada a aplicação da norma.

Esquemáticamente, é possível relacionar importantes teses da teoria crítica do Direito (COELHO, 2003): a) o direito é mais que a lei, ele não é apenas originário do Estado, deve ser compreendido a partir da sociedade; b) o direito é comprometido com seu contexto, pois o Estado faz parte do sistema econômico, social e político e, portanto, seleciona suas verdades a partir de um lugar. Logo, o jurista também não é isento, não somente por suas questões pessoais, mas também pelas decorrências sociais; c) o direito é plural, visto que a sociedade não é una. Ela é formada por diversas comunidades com suas próprias tradições, nem sempre representadas pelas leis positivadas pelo Estado, o que deixa evidente a necessidade do intérprete reconhecer as diversas formas de direito; d) o direito não é racional: ao tentar legitimar as decisões jurídicas com uma assepsia racional, o direito ignora os mecanismos que geram suas operações, que como produtos humanos são compostas por elementos emocionais, afetivos, identitários, intuitivos, de crenças, entre outros aspectos do campo da irracionalidade da psique; e) o direito não se autolegitima, ele é agente e resultado de um processo ideológico adotado pela sociedade do seu tempo, por isso, é preciso apreciá-lo também sobre a perspectiva da crítica para que seja possível projetar uma nova existência preocupada em desempenhar a tarefa de transformação social com vistas à emancipação; f) o direito não controla a positividade axiológica do direito: o direito não é essencialmente bom, a história registra que a experiência jurídica nem sempre é positiva, como a legitimação da escravidão, do despotismo, da diferença de direitos entre homens e mulheres e da desigualdade entre povos. A associação do valor positivo ao direito tem mais a ver com a tentativa de impor-se e de ser instrumento de controle social do que com sua essência.

Ainda, a teoria crítica coloca em discussão a ideia de completude do ordenamento jurídico, apresentando a importância das demais áreas de conhecimento na compreensão do

fenômeno jurídico. A abertura para outros saberes permite a ampliação da percepção sobre a realidade, possibilitando a interpretação e intervenção mais adequada.

Diante da multiplicidade de possibilidades teóricas, é possível verificar que nem a Psicologia e nem o Direito são uníssonos no entendimento sobre a realidade. Inclusive é possível falar em “Psicologias”, se forem considerados os vários objetos de estudo que constituem as diferentes linhas teóricas (comportamentalismo, gestalt, psicanálise, psicodrama, etc) ou, ainda, bifurcá-las em diferentes filiações epistemológicas, em especial as de base positivista, em menor número, e de base crítica, a maioria. Da mesma forma, é possível observar várias “teorias do Direito”. Nesse sentido, Coelho (2003) demonstra que se considerado a partir do seu objeto é possível derivar a teoria dogmática, a teoria zetética e a teoria crítica do Direito. Por sua vez, Warat (1994) identifica vários métodos interpretativos definidos pelo imaginário jurídico que permitem alcançar o conhecimento científico do direito positivo: método gramatical, método exegético, método histórico, método comparativo, método científico, método sociológico, Escola do direito livre, métodos teleológicos, Escola do positivismo fático, Escola egológica e método tópico-retórico.

As teorias do Direito e as Psicologias coexistem no século XXI, apesar da apresentação de novos pressupostos, em especial no século XX, que provocaram um diferente alinhamento paradigmático. No entanto, não foi suficientemente descrito quais conceitos psicológicos, de que linhas teóricas e filiações epistemológicas, se relacionam (e como) com os diferentes Direitos (teorias do Direito). E, ainda, quais intencionalidades essas alianças podem revelar. Este trabalho pretende realizar esta investigação no âmbito do Direito Penal.

UMA HISTÓRIA DAS IDEIAS QUE ENLAÇAM A PSICOLOGIA COM O DIREITO PENAL

Assim como a ciência, a sociedade é um eixo importante de análise para este estudo. Embora uma não esteja apartada da outra, alguns aspectos merecem ser examinados didaticamente em separado. O principal deles tem a ver com as formas de exercício do poder nas sociedades em diferentes épocas. Foucault (2012) demonstra que após o aparecimento do que ele chama de biopoder e anatomopolítica, a sociedade foi deixando de ser uma sociedade jurídica, como aquelas que ocorreram na Europa entre o século XII ao século XVIII, nas quais o problema do direito era central e este estava à disposição do poder monárquico. A partir do século XIX, com o desenvolvimento da burguesia, nas sociedades que se apresentam como sociedades de direito – com os parlamentos, legislações, códigos e tribunais –, outro mecanismo de poder se imprime, que não obedece às formas jurídicas e que não tem por princípio fundamental a lei, mas, antes, o princípio da norma. Nesse caso, os instrumentos passam a ser a medicina, a psiquiatria, a psicologia e os controles sociais; o aparelho jurídico perde importância e ainda que se acredite estar em um mundo de leis, um novo sistema de poder baseado em tecnologias disciplinares como o exército, a educação, o ambiente corporativo do trabalho, a família, entre outras estratégias de poder, exercem o controle da população e do indivíduo, simultaneamente.

Se reportando ao sistema penal, Foucault, durante uma conferência proferida na Universidade da Bahia, em 1976, exemplifica essa nova forma de poder: “Veja o que acontece no sistema penal. Não sei como é no Brasil, mas, nos países da Europa, como na Alemanha, a França e na Grã-Bretanha, não há praticamente nenhum criminoso um pouco importante – e logo não haverá nenhuma pessoa – que, ao passar pelos tribunais penais, não passe também pelas mãos de um especialista em medicina, em psiquiatria ou em psicologia. Isso porque vivemos em uma sociedade na qual o crime não é mais simples e essencialmente a transgressão da lei, mas,

antes o desvio em relação à norma. No que concerne à penalidade, atualmente, só se fala em termos de neurose, desvio, agressividade, pulsão... Portanto, quando falo de disciplina, de normalização, não torno a cair em um plano jurídico. Ao contrário, são os homens do direito, os homens da lei, os juristas que são obrigados a empregar o vocabulário da disciplina e normalização” (FOUCAULT, 2012, p. 186). A análise produzida por Foucault demonstra com precisão o deslocamento das estratégias de controle no campo penal, agora com base em tecnologias e conhecimentos disciplinares, e a necessidade do Direito de usar esses saberes para manter seu espaço de poder social.

A partir do século XIX, é possível considerar que toda a sociedade estava sendo disciplinada, até mesmo o saber, através da segmentação do conhecimento, da submissão à metodologia e à validação. A formação do saber passa a reforçar a majoração do poder, e vice-versa, já que os mecanismos de objetivação das disciplinas, como as instituições escolares e hospitalares, são também instrumentos de sujeição. “Duplo processo, portanto: arrancada epistemológica a partir de um afinamento das relações de poder; multiplicação dos efeitos de poder graças à formação e à acumulação de novos conhecimentos” (FOUCAULT, 1987, p. 185). A disciplina pode ser entendida como uma prática ou técnica de poder que incide sobre os corpos dos sujeitos, reproduzindo e produzindo comportamentos, para assegurar a ordenação das multiplicidades humanas (FOUCAULT, 1984). Para tanto, as disciplinas tentam definir uma tática de poder que responde a três critérios: tornar o exercício de poder o menos custoso possível, política e economicamente; maximizar os efeitos desse poder social em intensidade e extensão; e fortalecer os aparelhos institucionais através dos benefícios econômicos e políticos do poder exercido, fazendo crescer ao mesmo tempo a docilidade e a utilidade de todos os elementos do sistema.

O contexto disciplinar precisa ser levado em conta quando se examina as relações entre Criminologia, Direito Penal, Medicina e Psicologia a partir do final do século XVIII, cenário que interessa neste estudo, pois dele espera-se fazer emergir as variáveis que permitirão compreender, no século XXI, as relações entre os conceitos psicológicos e o Direito Penal. No entanto, sendo o Direito Penal um campo extenso, interessa localizar de forma mais precisa este exame na discussão sobre culpabilidade, uma mostra privilegiada do fenômeno. Nesse sentido, é necessário reconhecer que um forte argumento para a introdução do saber psicológico no processo penal tem a ver com a vontade de verdade e certeza, é uma importante justificativa para o Direito adentrar a

alma e mente dos indivíduos. Porém, ao identificar as contribuições contemporâneas das diversas áreas da Psicologia, algumas questões podem ser colocadas no sentido de fazer refletir sobre para que servem e em que estão sendo embasados os conceitos psicológicos no Direito Penal. Essas ponderações podem contribuir para a tentativa de repensar o Direito Penal, em especial em tempos de racionalidade penal moderna (conceito cunhado por Álvaro Pires) onde parece, por mais esforços inovadores que se façam, que o resultado é mais do mesmo (DAUFEMBACK, 2012). A seguir serão desenvolvidas essas ideias.

2.1 Relações antropofágicas – Criminologia, Direito Penal, Medicina e Psicologia

A Criminologia possui grande importância na discussão dos conceitos psicológicos no Direito Penal. Ela pode ser considerada um campo conceitual que permitiu o projeto de controle disciplinar da sociedade, pois abriu o espaço lógico para as construções de outras ciências, permitindo a sua tradução de forma justificável na dogmática penal. No entanto, a criminologia, desde as primeiras manifestações dos pensamentos criminológicos até o século XXI partiu de premissas distintas e apresentou focos de intervenção também diferentes, o que possibilita também denominá-la como Criminologias e, assim como as teorias do Direito e as Psicologias, coexistem neste século.

Com a Criminologia, o Direito Penal adentra no seu período científico, tratando a lei a partir de uma avaliação científica da sociedade e da mente humana. O surgimento da Criminologia foi caracterizado pela busca de um conhecimento racional e fundamentado e originou-se entre outras circunstâncias, da necessidade crescente de comprovação que se alinhava com o paradigma positivista da ciência do século XIX.

Uma abordagem possível sobre a Criminologia é conceituá-la como um conhecimento que compõe as ciências criminais juntamente com a política criminal e a dogmática penal, mas que diferente de uma relativa estabilidade desta última, a Criminologia alterou significativamente seu objeto e método no decorrer do tempo e conforme as vertentes adotadas das ciências com as quais se relaciona (sociologia, psicologia, antropologia, entre outras). Shecaira (2008) comenta essa concepção lembrando que Franz von Lizst² tem o mérito da criação do modelo tripartido da

² Franz von Lizst, um jurista alemão que viveu no final do século XIX e início do século XX, foi importante defensor da ligação psicológica da culpabilidade, entendida como ligação subjetiva entre o agente e o injusto, assim como da ideia de punição como prevenção especial e da reabilitação.

ciência conjunta do direito penal e refere que a Criminologia sofreu críticas, em especial dos autores ligados ao positivismo jurídico, pela ampliação do fenômeno que não estaria mais exclusivamente relacionado à pontualidade da lei. Shecaira, nesta obra que examina as teorias criminológicas e suas intersecções com o direito penal, demonstra que “Diferentemente do direito penal, a criminologia pretende conhecer a realidade para explicá-la, enquanto aquela ciência valora, ordena e orienta a realidade, com o apoio de uma série de critérios axiológicos. A criminologia aproxima-se do fenômeno delitivo sem prejuízos, sem mediações... Já o direito limita interessadamente a realidade criminal, mediante princípios da fragmentariedade e da seletividade, observando a realidade sempre sob o prisma do modelo típico.... ao contrário da criminologia, que é uma ciência empírica, o direito tem um método jurídico-dogmático e seu proceder é dedutivo sistemático... A política criminal, por seu turno, incumbe-se de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos... É uma disciplina que não tem método próprio e que está disseminada pelos diversos poderes da União...” (SHECAIRA, 2008, p. 43-46).

A história da Criminologia e suas classificações são objeto de estudo de muitos autores, contendo pontos de desacordo, portanto é assunto complexo e com muitas possibilidades de abordagem. Reconhecendo isso, mas também que neste estudo se quer avançar no exame da intersecção dos conhecimentos que compõe o direito penal, será feita referência, a seguir, à trajetória e à organização da Criminologia aqui adotadas, com base em Shecaira (2008), Anitua (2008) e Olmo (2004). Para esses autores, a Criminologia possui um período pré-científico onde estudiosos elaboraram teses sobre a criminalidade, embora alguns não se intulassem criminólogos e outros se nomeassem, mas não adotavam um método que permitisse essa caracterização.

No século XVIII, na Europa, diante dos movimentos de massas e da revolução industrial, emergiu a demanda por modelos explicativos que pudessem dar conta das inquietações da época, o que foi trabalhado pelas promessas do pensamento racional. Compreender os sujeitos e o funcionamento da sociedade passou a ser uma preocupação, o que impulsionou a formação de ciências sociais e humanas, porém repetindo as estratégias das ciências naturais para construção do conhecimento. No contexto do Iluminismo, onde a burguesia empreendeu sua luta contra os poderes tradicionais da nobreza e do clero e se apoiou fortemente nas noções (frágeis) de cidadão e contrato, surgem duas escolas criminológicas: clássica e a positivista. Shecaira (2008) explica

que a escola clássica enraizou suas ideias exclusivamente na razão iluminista e dedicou-se a olhar o fenômeno (achou o crime) e a escola positivista enfocou a razão por meio da experimentação, voltou-se aos autores do fenômeno (achou o criminoso). O mesmo autor descreve que alguns autores que contribuíram para formação dessas correntes de pensamento foram Montesquieu (caráter reeducador da pena), Voltaire (imposição do trabalho ao condenado) e Rousseau (quanto mais organizado o estado, menor o número de delinquentes). Outros autores preocuparam-se com os fatores que poderiam influenciar a conduta criminosa, como Kropotkin que apresentou uma fórmula com variações considerando a temperatura média, por outro lado, surgem as explicações com base em aspectos físicos, a oftalmoscopia (estudo do caráter por meio dos olhos), metoposcopia (o mesmo, mas por meio das rugas da fronte) e a quiromancia (previsão do futuro por meio das linhas da mão).

Ainda é possível mencionar a fisionomia que se voltou a estudar a relação entre o corpo e a psiquê, por meio da observação da aparência externa. Entre os autores fisionomistas estão Giovanni Battista Della Porta Vico Equense (1535 – 1615), Johan Caspar Lavater (1741 – 1801), Petrus Camper (1722 – 1789), entre outros. A cranioscopia avançou a partir da fisionomia com Joseph Gall (1758 – 1828) que pretendia avaliar a personalidade e as faculdades mentais e morais pela medição externa da cabeça; “Em sua obra, o crime é visto como resultado de um desenvolvimento parcial e não compensado do cérebro, que ocasiona uma hiperfunção de determinado sentimento (SHECAIRA, 2008, p. 88).

O saber médico foi especialmente útil para tentar compatibilizar o discurso liberal do contrato social com as necessidades do capitalismo industrial. De certa forma, a medicina oferecia uma saída para o paradoxo entre a premissa do contrato social, no qual os pactuantes eram indivíduos livres e iguais, e o fato que o Estado poderia excluir e usar de violência contra alguns deles, aqueles que não seriam tão iguais (ANITUA, 2008). A Medicina apresenta a proposta de modificação dos sujeitos a partir das suas imperfeições, o que foi bastante oportuno para fundamentar as políticas de profilaxia e de correção, neste caso os hospitais psiquiátricos, asilos e prisões.

Nesse sentido, na psiquiatria, atores como Bénédict-Augustin Morel (1809-1873), Philippe Pinel (1745-1826), Jean Etienne Dominique Esquirol (1772-1840), entre outros, são importantes referências para entender as tentativas de médicos e juristas darem conta da compreensão, classificação e controle dos indivíduos. Naquela época, a loucura é um fenômeno

mais permeável às conexões explicativas criminológicas, isso é verificável pela história das teorias europeias da monomania, da degeneração e do criminoso nato. No começo do século XIX, os médicos alienistas franceses iniciam sua aproximação com as instituições judiciárias, por requerimento dos juristas que lidavam com crimes cujos motivos não podiam compreender, por falta de acesso às causas ou por não apreender as razões aparentemente inconcebíveis, uma vez que transgrediam os princípios morais da época. A partir dessa demanda, os médicos passam a construir teorias que ligam o crime à loucura.

A monomania é exemplo dessa relação. Tratava-se de uma condição cujo criminoso era considerado um sujeito normal, porém sua loucura se revelava em um objeto específico, portanto escondia sua doença e impossibilitava, por vezes, aos alienistas reconhecer o motivo do crime. A monomania era dividida em “raciocinantes” e “instintivas” (CARRARA, 1998), a primeira ligada à ação a partir da inteligência e a segunda relacionada à vontade e ao sentimento. Com essa descoberta, a loucura deixou de ser considerada apenas delírio, poderia ser a supressão da consciência para exercício dos mecanismos humanos. E como ela se interiorizava, ou seja, podendo ser visível em apenas alguns momentos ou mesmo nunca aparecer, a análise dos alienistas deixa de ser somente das ideias e passa a incluir os atos dos loucos. O surgimento da monomania influencia também o tratamento asilar, no qual se deve tratar um doente cujo mal é mais uma natureza do que um estado, com isso aumenta o poder de intervenção dos médicos na sociedade, pois somente ele tem a capacidade de desvelar algo que está oculto no doente.

Benedict-Augustin Morel desenvolveu a teoria da degeneração relacionando-a a patologia mental, um conjunto de desvios doentios, hereditários, com evolução progressiva (CARRARA, 2008). Morel dá grande importância ao sistema nervoso, considerando-o como responsável pelas perturbações mentais. Para alguns psiquiatras do século XIX, o indivíduo degenerado não pode ser classificado como uma pessoa primitiva, mas sim alguém civilizado e evoluído que regrediu. Seria ele pior que o primitivo, pois este tem possibilidade de progredir. Seriam semiloucos, ficavam entre a loucura e a sanidade, demandavam tratamento e não punição, portanto não mereciam prisão, mas também os asilos não lhe eram adequados.

Nesse contexto, surge a antropologia criminal que, se somando aos conhecimentos da medicina pretendia provar, pela antropometria e pela cranioscopia, a existência de homens que fossem “uma variação singular do gênero humano, uma classe antropológicamente distinta... um criminoso nato” (CARRARA, 1998, p. 101). São exemplos de antropólogos dessa fase Lucas

(1805 – 1885) que apresenta o conceito de atavismo com algo pertencente aos antecessores remotos e Gaspar Virgílio (1836 – 1907) que se referia a características anormais dos delinquentes. Fica estabelecida a relação entre maldade e o corpo do indivíduo. Lombroso, na década de 1870, aprofundará esse conhecimento, firmando a mesma crença que Morel consolida quanto ao crime: loucura e crime: “...passam a ser percebidos como comportamentos característicos de seres humanos que representavam uma variação antropológica da espécie, sendo tal variação explicada pelos mecanismos da hereditariedade” (CARRARA, 1998, p. 104).

Distingue-se assim o criminoso dos degenerados e monomaníacos: o primeiro era uma questão de natureza, os outros de manifestação mórbida. Por um lado se justificavam os atos criminosos pela hereditariedade, o que poderia passar a impressão de uma proposição de abrandamento das penas; mas, era o contrário, embora não fossem moral e individualmente responsáveis pelos crimes, os criminosos eram socialmente responsáveis, por isso representavam um perigo para sociedade. Nesse caso, a pena deveria ser por tempo indeterminado, para que não se perdesse o controle sobre eles.

A entrada dos alienistas no campo jurídico colocou questões aos profissionais da área da saúde e da área jurídica, que se perpetuam. Essas questões são inicialmente de natureza conflitiva, porém pautadas muito mais pela complementaridade do que pela concorrência direta. A nova concepção de loucura que contempla o invisível faz os médicos se tornar imprescindíveis ao processo, pois os psiquiatras criminalizam o louco ligando-o à indisciplina, crueldade, amoralidade, periculosidade, contribuindo assim para o bom funcionamento do sistema penal.

Por outro lado, colaboradores de ideias para a Criminologia clássica foram Howard (1726 – 1790), Haviland (1792 – 1852) e Bentham (1748 a 1832) com propostas disciplinadoras de método, economia e arquitetura às prisões. Por sua vez, na sociologia, um importante autor foi Adolphe Quetelet (1796 – 1874) com análises estatísticas que derivaram na ideia de homem médio e na noção de uma regularidade constante do crime na sociedade que permitiu uma hipótese de que nem sempre os crimes cometidos eram conhecidos e julgados, logo um princípio do conceito das denominadas cifras negras.

Beccaria estrutura a formação da escola clássica com a obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), defendendo a existência de lei simples, conhecidas e obedecidas. Considera que tanto a arbitrária interpretação é um mal, quanto a obscuridade e que apenas as leis poderiam fixar a pena. Criticou o sistema de provas que não permitia o testemunho da mulher e não considerava a

palavra do acusado, assim como repreendeu a tortura. “Para os clássicos, a pena é uma retribuição jurídica que tem como objetivo o restabelecimento da ordem externa violada” (SHECAIRA, 2008, p. 100). Alvaro Pires (2004) considera que a obra de Beccaria caracteriza o nascimento da racionalidade penal moderna, apresentando um sistema de pensamento distinto e autônomo (ao direito civil) e elementos para as teorias da pena. A racionalidade penal moderna pode ser vista como uma determinada imagem do Direito Penal que se petrificou até os dias atuais (TANGERINO, 2011), cujo um dos elementos centrais é a indissociabilidade entre crime e pena aflictiva.

No final do século XIX, respaldada pela justificativa do poder burocrático e dos especialistas da época, a Criminologia surge com pretensões de ciência, marcada pelo cientificismo e organicismo, influenciada pelo racismo (Zaffaroni (2012) apresenta duas abordagens racistas nesse contexto: a noção da existência de uma raça superior que estava se degenerando, os pessimistas; e a existência de pessoas que faziam parte de um grupo de não-evoluídos, os otimistas). A Criminologia inicia sua fase científica pelas mãos do positivismo bioantropológico de Lombroso, o positivismo penal-sociológico de Ferri e o positivismo idealista de Garófalo. Cesare Lombroso (1835 – 1909) partindo da fisionomia, constrói a teoria com aspectos que envolviam a capacidade craniana, capacidade cerebral, circunferência, formato, diâmetro, feição, índices nasais, detalhes da mandíbula e fossa occipital. Defensor do método indutivo experimental, Lombroso reúne informações que o levam a concluir pela inferioridade da inteligência feminina, a relação da epilepsia com o comportamento criminoso e que o criminoso seria alguém em estado de regressão civilizatória. Por meio de investigações anatômicas, antropológicas em prisões e, inclusive, necropsias em condenados mortos, Lombroso classificou os criminosos, entre eles: o criminoso atávico ou nato – aquele que transporta consigo um patrimônio genético que o marca para o crime, podendo ser reconhecido pelas características físicas que apresenta (particularidades da forma da calota craniana, furtas sobrelhas, molares muito salientes, orelhas grandes e deformadas, dessimetria corporal, grandes envergaduras dos braços, mãos e pés); Criminoso louco – quando o comportamento criminoso está associado a uma perturbação; Criminoso de ocasião – pode cometer um ou outro ato criminoso por força de um determinado conjunto de fatores do meio, mas não de forma permanente.

Por sua vez, Enrico Ferri (1856 – 1929) ampliou a compreensão do fenômeno criminal, afirmando ser ele decorrente de fatores antropológicos, físicos e sociais. Preocupava-se com a

ideia de defesa social, considerando que o delito seria o sintoma e a repressão necessária para defender os interesses da sociedade, porém a prevenção seria mais eficaz. Suas principais contribuições para o positivismo criminológico foram: “as demonstrações de que o conceito de livre-arbítrio não tem lugar no direito penal, de que a defesa social é o propósito da justiça criminal, de que são três as modalidades de fatores que influem na causalidade do crime; a classificação em cinco classes; os substitutos penais como meios de defesa social indireta; a motivação mais do que a natureza objetiva do crime como base para a medida da pena; a demanda de que as colônias agrícolas substituíssem o isolamento celular dos prisioneiros durante o dia; a ênfase no uso da indenização pecuniária como sanção a favor da vítima; o princípio de que o crime devia ser estudado na figura do delinquente” (ANITUA, 2008, p. 311).

Enquanto Lombroso se identificava com o anarquismo, Ferri com o socialismo tendo migrado para o conservadorismo e, por fim, ao fascismo, Rafael Garófalo (1851 – 1934) era um aristocrata destacadamente autoritário, tendo perseguido, como procurador do reino da Itália, os anarquistas, sindicalistas e socialistas. Considera que o crime sempre está no indivíduo, que seria a revelação de uma natureza degenerada. Introduce o conceito de temibilidade, ligado à perversidade constante do delinquente e o perigo por ele representado, e o conceito de delito natural, aquele que em todos os tempos foram considerados puníveis.

Ficam desses três autores, os princípios do positivismo criminológico, as ideias de que o crime passa a ser um fenômeno natural e social, requerendo o estudo da criminalidade e a adoção do método experimental; a responsabilidade penal é responsabilidade social; a pena visar a defesa social e a recuperação do criminoso; tempo indeterminado da pena; e o delinquente é um anormal.

Na América Latina, o positivismo criminológico se apresentou primeiro na Argentina, Brasil e México. Olmo (2004) destaca a obra *Criminologia e Direito* (1896), do brasileiro Clovis Bevilacqua e a publicação *Los hombres de presa* (1888), do argentino Luis María Drago, assim como a criação da Sociedade de Antropologia Jurídica para o Estudo da Criminalidade (Buenos Aires) e a Associação Antropológica e de Assistência Criminal (Brasil), ambas de 1889. Anitua (2008) relata que o contexto de epidemia de febre amarela em 1871, criou um campo fértil para o estabelecimento do grupo de especialistas médicos positivistas, entre eles Eduardo Wilde (1844 – 1913) que esteve presente nos governos do final do século XIX, inclusive como ministro da justiça se envolvendo no projeto do Presídio de Ushuaia e na Penitenciária Nacional. No Brasil,

como representante da teoria lombrosiana e conhecido como o pai da Criminologia brasileira destacou-se Raimundo Nina Rodrigues (1862 – 1906) com uma obra profundamente racista.

A fase seguinte da Criminologia, Shecaira (2008) considera, didaticamente, a existência de duas visões macrosociológicas do pensamento criminológico, segundo um viés funcionalista, sendo elas: as teorias de consenso (escola de Chicago, teoria da associação diferencial, teoria da anomia e teoria da subcultura delinquente) e as teorias do conflito (teoria interacionista e teoria crítica). “Para a perspectiva das teorias consensuais a finalidade da sociedade é atingida quando há um perfeito funcionamento das suas instituições de forma que os indivíduos compartilham os objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes e compartilhando as regras sociais dominantes. Para a teoria do conflito, no entanto, a coesão e a ordem na sociedade são fundadas na força e na coerção na dominação por alguns e sujeição de outros...” (SHECAIRA, 2008, p. 138).

Apresentando de forma ilustrativa as teorias de consenso, verifica-se que na escola de Chicago ou teoria da ecologia criminal predominou o estudo em investigações empíricas e a proposta de dar maior ênfase à prevenção, por meio do controle social informal, do que a repressão. Já a teoria da associação diferencial inovou o campo de observação ao voltar-se para a criminalidade dos poderosos e o tratamento privilegiado dado pelo sistema justiça penal, apresentando a ideia do comportamento delituoso aprendido, o que desmistifica a essência natural do crime. Ainda revelou as características específicas do crime de colarinho branco. Por sua vez, a teoria da subcultura delinquente reconhece a existência de padrões normativos divergentes da cultura dominante, lançando meios de compreensão para os grupos minoritários e para a delinquência juvenil. Como forma de combate a essa criminalidade defende a necessidade de um processo em que esses grupos adiram à sociedade produtiva, por meio do acesso ao mercado de trabalho, por exemplo. Na teoria da subcultura, a repressão é estratégia secundária. Por fim, entre as teorias de consenso, a teoria da anomia entende o crime como parte da sociedade, não o julga como anomalia. O que seria anormal é o incremento do crime pelo enfraquecimento das normas vigentes na sociedade por falta de uma consciência coletiva. Apresenta a proposta da pena funcional com três finalidades: meio de advertência para o delinquente ocasional, estratégia de reinserção social para o delinquente corrigível e forma de neutralização do delinquente incorrigível.

Quanto às teorias do conflito, a teoria interacionista, também conhecida por labelling approach ou da rotulação social, inverte o foco de análise e passa a se atentar para o processo de estigmatização, demonstrando que a distinção entre o dito delinquente e a pessoa normal é a estigmatização que o primeiro sofre a partir da intervenção do direito penal, em especial, pela passagem pela prisão. Entende o delito como uma reação social, não como uma condição ontológica da ação. “As pessoas tornam-se sociais no processo de interação com outras pessoas, entrelaçando-se na ação projetada de outros, incorporadas as perspectivas dos outros nas suas próprias... Parte-se, pois, de um modelo que eleva à categoria de fatores criminógenos as instâncias formais de controle... desloca o problema criminológico do plano da ação para o da reação... fazendo com que a verdadeira característica comum dos delinquentes seja a resposta das audiências de controle” (SHECAIRA, 2008, p. 287). A partir disso, a teoria interacionista defende a prudência da não-intervenção, ultima ratio, e fundamenta um movimento de descriminalização de condutas criminosas.

A segunda, e última, teoria do conflito é a teoria crítica ou radical, que aqui merece um pouco mais de atenção, pois é com base na sua perspectiva de análise que este trabalho pretende evoluir no estudo da presença dos conceitos psicológicos no direito penal. Um aspecto comum entre as três correntes dessa teoria (neo-realismo de esquerda, a teoria do direito penal mínimo e o pensamento abolicionista) é a necessidade da transformação da sociedade e do próprio direito penal, além da “criação de uma abordagem própria da sociologia jurídico-penal, a prática de uma história da política criminal, a crítica a determinadas formas de castigo como a pena de morte e a prisão, a importância de reconhecer as vítimas e se for possível conseguir uma reparação, e a influência, em seus pensamentos, dos movimentos sociais, em particular o pacifismo, o feminismo e o ecologismo”(ANITUA, 2008, p. 743).

Inclusive, o próprio termo Criminologia na teoria crítica foi questionado (ANITUA, 2008), pois segundo autores como Hulsman, enquadrar-se nessa denominação faria remissão aos próprios conceitos do sistema penal que se pretende transformar ou abolir. Bergalli, como outros, abandonou o termo criminólogo por defender que este estava reservado àqueles que atuavam com a Criminologia etiológica ou clínica. No entanto, Baratta, Aniyar e Zaffaroni preferem aproveitar o estabelecimento da disciplina e investi-la de uma nova perspectiva, por acreditar que não seria estratégico entregar o campo aos teóricos conservadores.

A teoria crítica reconhece, assim como a teoria interacionista, que “no processo de conflito, grupos sociais procuram cooperação no Estado, através de leis incriminadoras, para proteger os valores ameaçados por outros grupos, cujas sanções seriam uma espécie de ampliação e continuação do conflito” (BARATTA, 2002, p. 13). O crime estaria nesse contexto social, político e histórico, onde os grupos majoritários teriam mais acesso ao Estado para criminalizar comportamentos prejudicam os seus interesses, atribuindo àqueles que praticam a conduta criminalizada o status de criminoso, de modo que novas estratégias de controle nesse litígio seriam estabelecidas a partir daí. A Criminologia crítica avança em comparação às demais teorias porque além de compreender este fenômeno, passa a interpretar a desigualdade, mostrando os mecanismos seletivos do processo de criminalização, marcados pela condição social e econômica. Ainda, porque reforça a proposta de uma política criminal alternativa baseada na redução do sistema punitivo mediante a despenalização da criminalidade comum e substituição de sanções para esses casos, e ampliação do sistema punitivo para proteger interesses coletivos em especial nos casos de criminalidade econômica, do abuso do poder político e do crime organizado. Além disso, alguns autores como Hermann Bianchi, defendem a ideia de internalização dos conceitos de tolerância, respeito, justiça, culpa, vergonha, que são morais e orientados para o autocontrole, como forma de uma alternativo de controle do delito que não se baseie no modelo punitivo, de forma que a prisão ou outro tipo de repressão física seja desnecessária. Husman também reafirmava os valores morais como limite mais adequado para as violências, sua proposta de resolver problemas sociais, desconstruir o conceito de delito e abolir o sistema penal era um meio de aproximação da realidade social sem utopias negadores. “Os problemas são reais, o delito é um mito” (ANITUA, p. 698).

Os autores da Criminologia crítica reconhecem e incorporam conhecimentos da abordagem sociológica, histórica, psicanalítica, psicológica, política e tantas outras, defendendo uma interdisciplinaridade interna que se realiza quando o próprio discurso jurídico é permeado por esses saberes, embora mantenha sua especificidade. Baratta (ANITUA, 2008) avalia que isso seria parte desse modelo integrado, que permitiria maior controle interno da justiça penal e um discurso mais aberto ao controle externo, para tanto seria necessário atender ao desenvolvimento epistemológico de uma sociologia do controle penal. No entanto, Baratta (2002) constata limites para implantação desse projeto considerando a construção jurídica que se apresenta, o autor demonstra que é necessário complexificar a técnica do direito com a teoria social, porém integrar

esses dois conhecimentos em um modelo, atualmente, parece inviável, pois a técnica jurídica estaria muito defasada.

Conclusa a aproximação com as abordagens criminológicas sedimentadas, serão descritos agora pensamentos criminológicos contemporâneos. No final do século XX, algumas ideias criminológicas se apresentam (ou se reapresentam com novas vestimentas). Por volta de 1960, difunde-se certa decepção do ideal ressocializador, em consonância com as dificuldades de manutenção do estado de bem-estar social, o que possibilita que esquemas de pensamento neoconservadores e neoliberais surjam, oportunamente sustentando a iniciativa dos Estados Unidos (e depois do mundo) de adotar a guerra às drogas. Criou-se o novo motivo para movimentar a política repressiva interna e externa, possibilitando inclusive as intromissões imperialistas antes produzidas pelo mito da guerra total e permanente frente ao comunismo. Com novos inimigos nomeados (os traficantes e os consumidores), uso da prisão para quase todas as condutas delitivas (inclusive passar cheque sem fundo), longas sentenças, entre outros fatores, os Estados Unidos ampliaram a média de presos do cinquentenário passado a 1975 que era de 110 presos por 100 mil habitantes, para 755 presos por 100 mil habitantes, em 2008, conforme informa o International Centre for Prison Studies (2014), atualmente ligado à Universidade de Essex.

Nessa fase, com a ascensão do estado liberal, um pensamento criminológico importante emerge, a valorização dos bem sucedidos, dos não-delinquentes, pessoas que fazem parte de famílias bem estruturadas e filiadas a diversas instituições, de forma que o descontrole e a responsabilidade pelos desviantes passam a ser imputados ao fracasso dessa rede, em especial da família. Para a situação de desvio, prontifica-se o Estado com as instituições de repressão, como as prisões. Na verdade, não só o Estado, mas o mercado também se faz presente, pois detectou na segurança pública de um Estado reduzido uma oportunidade de negócios, com a possibilidade de muitos produtos. Fazem parte desse negócio as armas, os alarmes, o serviço de segurança privada, de blindagem de carros, de administração das prisões e tantos outros. Especificamente quanto às prisões, a primeira experiência de privatização aconteceu no Texas e se ampliou rapidamente, chegando ao ano 2000 com 1 milhão e 800 mil empregados diretos, só nos Estados Unidos (ANITUA, 2008).

Para o *bussines* de segurança privada é conveniente a insegurança social, a política do medo e do risco, o que já vinha sendo difundido com eficiência pela mídia nas Américas, porém,

com o acontecimento de 11 de setembro de 2001, se fortaleceu uma perspectiva de perigo iminente que ampliou o impacto do discurso da prevenção e nomeou o novo inimigo, o terrorista. A exceção e a emergência passam a ser o cotidiano da política penal que novamente se inicia nos Estados Unidos, mas se irradia para vários lugares do mundo. Em nome da prevenção ao terrorismo, não há limites para ação de repressão e se no século XIX as teorias criminológicas foram influenciadas pelo racismo, agora também há componentes de xenofobia. Alguns dos autores que expressam esse chamado realismo de direita são (ANITUA, 2008): James Q. Wilson, com a obra *Pensando Sobre o Delito* (1975) que difunde a necessidade de penas mais duras; George Kelling e Catherine Coles, autores da mais famosa obra que trata da teoria das janelas quebradas, *Não Mais Janelas Quebradas* (1994), nesse caso defendendo a necessidade de ver no outro sempre um potencial risco e que uma ação antecipada poderia evitar danos maiores.

Assim, nesse ambiente oportunista de mercado e diante do fracasso do ideal ressocializador, ocorre em muitos lugares do mundo o abandono das tentativas de legitimar a pena e o estabelecimento da chamada criminologia administrativa que se justifica pelo que ela é, uma penologia sem uma ideologia articulada, mas com um sistema de aplicação de castigos preocupado com a gerência das populações classificadas e identificadas previamente como perigosas e de risco, assim como com a manutenção do funcionamento do sistema e de seus privilégios com um custo mínimo. Ou seja, não importa a culpabilidade, o delito, a sensibilidade moral, a intervenção ou o tratamento, mas sim identificar, classificar, ordenar e gerenciar determinados grupos. Enfraquecida de uma defesa teórica mais consistente, essa criminologia administrativa ou atuarial coloca-se a partir de quem a aplica e se apóia nos dados das políticas de governo e da mídia, conservando as condições para o fortalecimento da sociedade de risco, conceito desenvolvido por Ulrich Beck e Anthony Giddens.

Por último, dos pensamentos contemporâneos criminológicos, embora alguns outros pudessem ser citados, gostaria de tratar de uma reedição da ideia de periculosidade e, em paralelo, certo retorno ao biologicismo criminológico, agora com base no funcionamento cerebral. A proposta de penalizar a partir do perigo, trazida pela atuarialismo, dá margem a uma atualização da periculosidade positivista com base na identificação de sujeitos portadores de um perfil de alto risco. A novidade é que não é mais suficiente as noções médicas e psicológicas, há agora um fetichismo pelas estatísticas que não hesita em fazer especulações a partir de variáveis eleitas que geram cenários fictícios, mas que são tidos como reais. As escalas, testes e toda sorte

de medições podem conferir uma combinação que ateste o grau de risco do sujeito, que já é suficiente para receitar uma determinada abordagem, sustentada pela teoria da incapacitação seletiva. “Essa teoria, junto com o cálculo probabilístico e a distribuição estatística, propõe que a extensão da sentença não dependa da natureza da ofensa ou avaliação de caráter..., mas sim de perfis de risco especiais, com os quais não é de se estranhar que se utilizem de técnicas idênticas às usadas por companhias de seguros e suas maximizações da eficácia” (ANITUA, 2008, p. 820).

Nesse contexto, um erro judicial, pode ser entendido como um falso positivo, que alguns autores inclusive já estimam em percentuais (ANITUA, 2008): seria o caso de Greenwood que avalia ser uma proporção muito baixa de falsos positivos, algo em torno de 4%, por isso a incapacitação seletiva seria uma boa alternativa social para a redução da criminalidade. Mas isso não é unânime, outro autor, o matemático Jan Chaiken, atribui um percentual maior de erro, 30%. Vale mencionar que a prisão, com todas as suas variações, faz parte da intervenção defendida pela teoria da incapacitação seletiva, inclusive a prisão perpétua e as do tipo de segurança máxima, que declaradamente não tem outra missão que não seja inutilizar o sujeito. Outra medida seriam as ações de publicidade, como o caso de infratores sexuais, que passariam a ter seus nomes divulgados e casas identificadas com etiquetas, a exemplo da previsão das leis Megan, aprovadas nos Estados Unidos.

Por outro lado, ainda com pouca repercussão na política criminal, mas acenando como uma possibilidade nos pensamentos criminológicos atuais, ocorre na Psicologia tentativas de revigorar paradigmas biologizantes para compreensão de questões sociais e criminais. No final do século XX, com o surgimento de recursos tecnológicos cada vez mais sofisticados para entender o funcionamento do cérebro, como a ressonância magnética, o olhar e interesse dos pesquisadores sobre o córtex cerebral e as relações com o comportamento foram acentuados (GERGEN, 2010). Pacheco (2011), em uma pesquisa sobre os discursos científicos que potencializam o criminoso, verificou, por meio de documentos que se diziam científicos, únicos, verdadeiros e superiores, efeitos de naturalização das concepções de criminoso e produção do conceito de psicopatia que definia o indivíduo criminoso como altamente perigoso, temível e irreversível. O autor analisou, entre outros materiais: o documentário canadense intitulado *As Origens da Agressão*, difundido amplamente para profissionais de educação e saúde no Brasil, que demonstra a origem do comportamento violento na primeira infância e defendendo o controle para que na fase adulta não seja inevitável, para tanto utiliza a explicação da evolução de áreas e funções neurológicas,

distinguindo crianças com conexões sinápticas normais e anormais; materiais com discursos de Osmar Terra (médico, político, foi presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde), que pautado na prevenção da violência, fala da origem do comportamento na primeira infância, bem como na transmissão consanguínea, citando pesquisas que utilizam o mapeamento cerebral para diagnosticar possíveis alterações neurológicas em pessoas e famílias que apresentam comportamento violento e necessitam de intervenção, menciona também uma pesquisa com 50 adolescentes homicidas que se encontram internados numa instituição no Rio Grande do Sul; discursos de Ana Beatriz Barbosa Silva (psiquiatra) que se dedicou ao estudo do funcionamento do cérebro, transtornos e vários outros temas ligados ao comportamento humano.

Há em comum entre esses discursos a defesa de “um governo dos genes e do ambiente que produz cérebros que governam os seres humanos, colocando nos estudos neurocientíficos todo o saber/poder possível acerca da condição humana, especialmente a relacionada ao comportamento transgressor”(PACHECO, 2011, p. 122). Essa é uma tese muito oportuna para a criminologia atuarial, pois traz a noção de indivíduos de risco para defender a identificação e intervenção precoce a fim de prevenir a violência futura.

Cada momento da Criminologia oferece aportes específicos para o Direito Penal, inclusive quanto à concepção de crime e criminoso, sendo que os empréstimos conceituais feitos durante o processo penal no século XXI são escolhas que merecem ser examinadas a partir das suas preferências e intenções. A seguir serão destacados alguns aspectos relevantes na compreensão do papel da Medicina e da Psicologia na Criminologia e no Direito Penal.

2.1.1 – Medicina e Psicologia: detalhes incômodos

Os enlacs da Psicologia com as ciências penais avançaram a partir da Medicina, inclusive porque a Medicina teve participação na própria história da Psicologia como ciência e profissão. Porém, especificamente no contexto penal, a intenção higienista, classificatória e, por vezes, de tratamento foram diretamente assimiladas pela Psicologia por meio dos precedentes da Medicina.

A Medicina insere-se no grande sistema política moderno pela proposta da higiene pública, incorporando dois importantes esquemas de vigilância e controle disponíveis nos séculos XVIII e XIX (PACHECO, 2011), que seriam o modelo religioso da abordagem com lepra (baseado na exclusão e purificação da cidade) e o modelo militar da peste (fundado na divisão da

cidade por territórios, manutenção de policiamento e vigilância constantes e controle invasivo do estado de saúde das pessoas). No segundo modelo, houve um ganho significativo para Medicina, pois ela passa a distribuir os indivíduos, isolá-los, vigiá-los, enfim, estabelecer um controle mais preciso dos corpos e das almas. Trata-se da invenção de uma tecnologia de poder que inclui para controlar, localizar, observar e direcionar uma população, em substituição àquele poder que excluía, abandonava e separava definitivamente. Ou seja, trata-se do poder disciplinar. Esse contexto também coincide com o esforço da Medicina de livrar-se do discurso não oficial dos curandeiros, parteiras, homeopatas e outros, e assumir a racionalidade científica válida.

Genelhu (2012) demonstra que Direito e Medicina, uniram-se utilitariamente e de forma inviolável (na alegria e na tristeza, na saúde e na doença... sendo que nesse caso, nem a morte os separa), “se apropriaram do corpo, da mente, da alma, da vida das pessoas, do seu presente – medicalizando-as, encarcerando-as, torturando-as –, passado – observando seus cadáveres –, e futuro – determinando o que lhes seria melhor, higiênico e saudavelmente, e prescrevendo-lhes o que era proibido” (GENELHÚ, 2012, p. 30). O Direito passou a ter a possibilidade pela Medicina (e, mais ainda, pela Psicologia) de invadir a esfera corporal e por meio dela validar a decisão sobre o direito de condenar ou inocentar, de encarcerar ou deixar livre, de fazer morrer ou deixar viver. Por sua vez, a medicina inventou o patológico, o anormal, depois se apresentou como técnica (reservada a iniciados) para intervir. O Estado, com o poder punitivo organizado pelo Direito, valendo-se da Medicina, que também se vale do Direito, concebeu um discurso onde a Medicina poderia melhorar as pessoas e o mundo onde elas viviam, quando na verdade, estavam apenas afirmando-se e afirmando uma estratégia de poder-saber.

Sedimentando e enriquecendo um pouco mais o enlace da Medicina e Psicologia com o Direito Penal no Brasil, a legislação penal, acompanhando a tendência ocidental, atribui maior importância, a partir do Código Penal de 1940, aos procedimentos destinados a diagnosticar, analisar ou estudar a personalidade e a história da vida dos condenados, com vistas a prescrever adequadas técnicas de tratamento penal, assim como prever futuros comportamentos delinquentes. Essa tendência, calcada no positivismo, previa estabelecer um nexo causal explicativo para o aparecimento dos fenômenos criminológicos. Para tanto, inicialmente estabeleceu-se um profundo interesse pelo corpo como objeto de estudo para explicar as condutas desviantes, com base nos já citados Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo. Nessa época, sob influência da tese lombrosiana, a anormalidade do criminoso expressava-se em

características físicas como a resistência a dor, assimetria do crânio, maior desenvolvimento da região occipital em relação à frontal, má formação da orelha, falta de barba, entre outros aspectos. Porém, os juristas brasileiros discutem essa proposição, pois se os criminosos são anormais e sua anormalidade é incurável, o que fazer? Quais projetos institucionais devem ser implementados para lidar com os criminosos? Assim, apoiam-se também em Ferri para conceber o criminoso como um anormal moral, cuja anormalidade pode agora ser reconhecida em hábitos da vida, em comportamentos considerados antissociais.

Além da influência europeia, Cristina Rauter (2003) identificou um conjunto de manifestações médicas anteriores no Brasil que reforçam o pensamento criminológico da época. É possível registrar o processo de implantação da medicina social e sua reflexão higiênica da prisão (tornar os ambientes arejados e limpos, evitar epidemias, entre outras medidas) e o processo de medicalização unidades prisionais estabelecendo uma aproximação entre doença e crime – embora prevaleçam os espaços caóticos de exclusão. E, como importavam saber os hábitos para reconhecer o criminoso, no Brasil os criminólogos dirigiram sua atenção para o carnaval, os sambas, os cangaceiros nordestinos, a miscigenação que denotam a incapacidade do controle moral, intolerância ao trabalho, tendência ao desrespeito à autoridade e ao crime. Essas e outras construções sedimentam a tese da naturalização do crime, tão usada também pela Psicologia.

Os intelectuais brasileiros também foram influenciados pelas concepções liberais originárias da Europa, na expectativa de conduzir o país ao progresso e à modernidade. Segundo Figueiredo (1994, p. 132), John Locke (1632 – 1704), maior expoente do Liberalismo Clássico, defendia“ ... a tese dos direitos naturais do indivíduo a serem defendidos e consagrados por um Estado nascido de um contrato livremente firmado entre indivíduos autônomos para garantir seus interesses. (...) o monopólio estatal do poder de fazer justiça e punir deveria estar completamente subordinado à função de salvaguarda dos direitos à liberdade e à propriedade”. Para Locke, cabia ao Estado regular a vida social a fim de garantir os direitos individuais, sem intervir ou administrar a vida particular de qualquer indivíduo. As ideias de Locke foram adotadas por Bentham, no entanto, este atribuiu ao Estado caráter utilitarista e positivo. Para ele a ação estatal deve ser útil à vida social de modo a garantir a felicidade geral, mesmo que para isso alguns fossem punidos, por meio de ações coercitivas e mecanismos do Estado que produzissem

consequências positivas ou negativas sobre o comportamento dos indivíduos, portanto ênfase no controle e disciplina do comportamento humano.

Assim, sob influência das ideias liberais e positivistas, intelectuais brasileiros aspiravam o desenvolvimento da ciência, da indústria, do progresso e, ao mesmo tempo, estabelecer a ordem, afastando os indesejados sociais ou desviantes considerados causadores da desordem, como negros alforriados, imigrantes, loucos, pobres e autores de delitos. Com o objetivo de intervir nessa realidade social, as autoridades delegaram às instituições médicas esta missão, ao considerarem as bases teóricas e metodológicas da medicina altamente pertinente ao pensamento vigente da época.

Genelú (2012) destaca algumas demonstrações da consolidação do casamento do Direito com a Medicina na história brasileira: a) as instituições de sequestro e adestramento contínuo (iniciando no Brasil pelo Hospital da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro e a Policlínica Geral do Rio de Janeiro, locais de adestramento de mão de obra no discurso médico formal–oficial e de sequestro e etiquetamento da população inviabilizada); b) o programa seletivo-higienizador (a fixação e estabilização do discurso médico formal–oficial por meio da boa intenção higienizadora, que ordena cidades, extrai periculosidades e justifica repressões); c) a estratégia das vacinas (marcada pelo episódio de revolta da população, em 1904, contra o despotismo sanitário do Brasil que obrigava a vacinação contra varíola na tentativa de demonstrar o controle absoluto, em contrapartida à falta de efetividade dos programas de saúde da época); d) o embranquecimento da população (na sociedade brasileira pós-escravocrata registra-se a omissão de políticas de saúde de prevenção à febre amarela da população negra e a preferência no atendimento dos imigrantes europeus; bem como, critérios, supostamente, técnicos e científicos médicos que potencializaram a descrença da população negra, dizia-se serem os negros inadaptáveis à vida de liberdade e oferecerem riscos de contágio de doenças, visando garantir o mercado de trabalho e a propriedade aos brancos e proteger a sociedade contra a possível revolta dos negros); e) a desqualificação das ‘putas’ (intencionando conter o caos urbano do período colonial, a medicina social da época, considerou a prostituição uma doença e uma ameaça moral, assim como a associou às moléstias venéreas); f) o controle da loucura (explicitado na sessão anterior); e, eu ainda acresceria, g) a proposta eugenista (as teses eugenistas tinham espaço em vários ambientes no Brasil, exemplo da abrangência delas foi a realização, em 1929, do I Congresso Brasileiro de Eugenia, nas instalações da Faculdade

Nacional de Medicina e do Instituto dos Advogados do Brasil, no Rio de Janeiro, discutindo trabalhos sobre imigração, alcoolismo, casamento, degeneração, raça, exames-pré-nupciais, esterilização, entre outros; e a adoção do alienismo, de origem europeia, como a teoria da degenerescência. A teoria da degenerescência propunha ações de higienização e a disciplinarização da sociedade que extrapolavam os muros asilares, a partir da noção de uma hierarquia racial, “muitos teóricos acreditavam ser os negros mais propensos à degeneração por sua inferioridade biológica” (ANTUNES, 2001, p.42)). Por certo, a Medicina não se resume a essa história e nem a essas premissas ou técnicas, porém ao se aproximar do Direito, foi essa vertente que prevaleceu.

Agora, será demonstrado como a Psicologia compartilha das mesmas estratégias de ação da Medicina junto ao Direito. A Psicologia científica do século XIX e XX foi marcada pelas ciências naturais, inicialmente em contraposição à filosofia (GERGEN, 2010). Essa luta foi desencadeada em razão da busca de reconhecimento científico da disciplina, em consonância às exigências dos paradigmas da ciência da época. A Psicologia rompeu sua filiação inicial com a filosofia, cujos postulados datam das origens do pensamento moderno e da ideia de modernidade. Aprendia-se, àquele período e contexto, uma noção de Psicologia concebida como explicação racional dos comportamentos da consciência, a partir de um saber rigorosamente sistematizado por explicações filosóficas (GERGEN, 2010; MATHER, 2000; RICHARDS, 2002). A ciência natural da Psicologia passou a exibir explicações sobre os processos mentais com base na neurofisiologia, uma vez que se assumiu a presunção de que as fontes principais da atividade humana eram interiores e inerentes à natureza (GERGEN, 2010). A Psicologia, a partir dessa perspectiva, foi reduzida pela apreensão dos fenômenos psíquicos como correspondentes aos fenômenos orgânicos e cerebrais, momento histórico em que a preocupação científica se empenhava em provar a origem orgânica dos comportamentos.

Forçoso mencionar que a Psicologia também foi formada no contexto da modernidade, do controle e da disciplinarização da sociedade. No decorrer do século XVIII, a burguesia tornou-se a classe politicamente dominante, sustentada formalmente pela instalação de um quadro jurídico mais explícito, codificado e igualitário, pela organização de regime parlamentar e representativo, e, camufladamente, por um sistema de micropoder essencialmente inigualitários e assimétricos que garantem a submissão das forças e dos corpos por meio da estratégia das disciplinas. A Psicologia é forjada nessas circunstâncias, em que a sociedade cria o status de sujeito, a

individualidade, a identidade e a imagem. Bens capitalistas que viabilizam a categorização, separação e marcação das pessoas, portanto a disciplinarização. É a ciência que passa a ter o reconhecimento social de operar sobre os sujeitos.

Consolidada no quadro de rearticulação do poder burguês que buscava se estabelecer, a Psicologia – como as demais ciências humanas – debateu-se entre o programa explicativo-descritivo de previsibilidade e controle positivista e o programa compreensivo-analítico de crítica e emancipação histórica nas suas diferentes versões. Prevalece a tônica dos interesses explicativos que possibilitariam (des)cobrir ou (re)velar as complexas realidades que se constituíam na objetividade e na subjetividade no mundo moderno em desenvolvimento. Dessa forma, empenhada em provar a origem orgânica dos comportamentos e voltada aos interesses explicativos do fenômeno psicológico, a Psicologia científica tem um encontro de total harmonia de pressupostos com o sistema penal no Brasil, habilitando-se inclusive a oferecer mais elementos na demonstração da naturalização do crime. É possível afirmar, inclusive, que a história da Psicologia no Brasil foi uma história articulada desde o princípio com os saberes criminológicos. A primeira vez que a Psicologia foi chamada a um espaço de debate científico público no país foi em 1938, no I Congresso Paulista de Psicologia, Neurologia, Psiquiatria, Endocrinologia, Identificação, Medicina Legal e Criminologia, denotando a sua implicação no contexto etiológico do crime (BICALHO, 2012).

Nesse sentido, a avaliação psicológica se mostra como essencial para constituir o discurso de verdade psicológico no sistema penal, além de produzir efeitos colaterais danosos para àqueles que são submetidos a ela. Rauter (2003) alerta, “No contexto brasileiro, a introdução de avaliações sobre a personalidade do delinquente a partir de instrumentos técnicos-científicos (os laudos psiquiátricos, psicológicos, sociais, etc) muitas vezes, pela inoperância do próprio sistema, por seu funcionamento discriminatório e ilegítimo, introduzem apenas novos entraves burocráticos que têm como principal efeito concreto o aumento puro e simples da pena” (p. 11). E, se adentrarmos na história brasileira, é possível identificar uma correlação da avaliação psicológica com o momento econômico e político do país na década de 70. Cecília Coimbra (1995) demonstra isso a partir do interesse pelos problemas da personalidade e o investimento nas questões relativas ao interior. A autora define esse esvaziamento da realidade social e do mundo público como a psicologização do cotidiano, onde os medos, angústias e insatisfações são explicados sob o prisma psicológico-existencial. Decorre daí a responsabilização da família em

crise pelos filhos desviantes, a associação da juventude com um espectro de uso drogas e adoção de ideologias subversivas e a compreensão da militância política como algo inadequado e indesejado.

A avaliação psicológica, no Brasil e no mundo, por meio de seus instrumentos e documentos conclusivos, ajudou a compor o conhecimento necessário para viabilizar a organização da sociedade pela categorização das pessoas, atestando os inteligentes e os estúpidos, os competentes e os incapazes, os doentes e os sãos, os perigosos e os inofensivos, entre outras classificações que contribuiriam para que as instituições exercessem seu poder. No campo da Psicologia Jurídica, cabe destacar a área da Psicologia Criminal e Penitenciária como usuária regular dos pareceres e laudos psicológicos. Ressalta-se que a Psicologia iniciou sua atuação no campo jurídico por meio de um viés clínico com a prática de laudos que ajudam os processos de decisões judiciais, tais como aquelas que envolvem guarda de crianças, regulação de visitas, indenizações, violência, interdição, progressão de regimes penais, exame de sanidade mental, autópsia psicológica (nas duas últimas décadas), entre outras situações. Como nas demais áreas, há uma ligação das práticas de avaliação com a dominação e o controle social. Inclusive pela fragilidade técnica, teórica e de visão social e política dos profissionais com relação ao contexto do sistema de justiça, como demonstra Rauter (2003) que pesquisou 120 laudos de exame para verificação de cessação de periculosidade (EVCP) e constatou a superficialidade teórica dos instrumentos técnicos, denunciando que se emite uma opinião ou julgamento que escapa ao controle do próprio examinando, ou de alguém não versado nos mesmos conhecimentos e que, por se tratar de um documento reconhecido como científico, se aceita sem discussão as informações sobre o interior do indivíduo, seus desejos, tendências, motivos e previsão de comportamentos.

Para elucidar melhor essas afirmações, a mesma autora demonstrou a fragilidade que esses documentos possuem a partir de seus principais campos de estudo, como por exemplo, a história individual do criminoso. Diferentemente do que propõe a teoria psicanalítica ou qualquer outra teoria psicológica, nos EVCP teoricamente é possível, por meio de um processo dirigido, concluir sobre a ocorrência de fatos passados que definiram a eclosão do comportamento criminoso e de seu potencial de perigo para sociedade, ignorando que o que ficou inscrito na memória ou as vivências particulares de alguém não são explicações binárias sobre a natureza dos conflitos atuais. Dessa forma, “a história pregressa passa a ser uma montagem, cuja

finalidade é confirmar o rótulo de criminoso” (RAUTER, 2003, p. 92). Como aparece nesse laudo: “Totalmente abandonado pelos familiares... aos 15 anos inicia-se na prostituição... mantém uma conduta uniforme desde a infância, mostrando-se pessoas de fácil sugestibilidade com tendências à delinquência” (RAUTER, 2003, p. 107).

Num estudo sobre perícia e avaliação de presos, Maria Palma Wolf (2005) analisa outro documento pericial para o qual o saber psicológico é usado, o exame criminológico (EC). Esse exame deve ser realizado pela equipe técnica de classificação no ingresso da pessoa na pena privativa de liberdade e, eventualmente, no processo de progressão de regime. Na prática, o EC não é realizado no início do cumprimento da pena porque não há equipe, nem recursos para implantação de um programa individualizador, nem para realização dessa avaliação. Assim, resta apenas o exame final que se torna prejudicado, uma vez que esse deveria se basear no acompanhamento do programa individualizador. Curiosamente, no momento final do cumprimento de pena, quando se aproxima a possibilidade de (negar a) liberdade, surgem profissionais, recursos e interesse em saber o que diz a avaliação psicológica. Wolf (2005) verifica assim como Rauter (2003), que embora os EVCPs e os ECs devessem significar uma espécie de avaliação dos efeitos do suposto tratamento penal, na prática reduzem-se a uma tentativa de prever a capacidade de reinserção social ou de não reincidência criminal do preso, admitindo-se que nenhum tratamento penitenciário aconteceu. Bicalho e Rossotti (2012), em um artigo que discute a necessidade e possibilidade de outras práticas da Psicologia no cárcere, demonstram que “tomando para si a prática do exame, psicólogos são capturados pela engrenagem da máquina carcerária e reproduzem modelos que aprisionam e mortificam subjetividades” (p. 90).

Os especialistas “psi” – psiquiatras, psicólogos e psicanalistas (FIGUEIREDO, 2012) – com seus saberes e técnicas científicas e neutras são aqueles que entendem do assunto do mundo interior contribuindo para dar explicações individuais aos comportamentos e realidades, ignorando aspectos políticos, sociais e históricos. A constituição da prática “psi” estava bastante afinada com o processo de dominação instalado na época que era a ditadura militar, inclusive com a participação direta no aparato repressivo acompanhando presos políticos torturados, realizando treinamento a torturadores e elaborando laudos psiquiátricos e psicológicos de presos políticos (COIMBRA, 1995). Com relação especificamente aos psicólogos, destaca-se a atuação na construção do perfil psicológico dos presos políticos brasileiros que se deu por meio de

pesquisas empíricas e o uso do Teste de Rorschach com a participação de psicólogos do Centro de Estudos do Pessoal do Exército. Essas pesquisas indicam que as causas da luta contra o regime militar estão relacionadas a: “1) desajustes; 2) descaso dos pais pelos problemas da mocidade; 3) politização no meio escolar realizada por estudantes profissionais que despertam e exploram o ódio nos jovens, com o fito de impor-lhes um idealismo político, mesmo temporário; 4) o trabalho de alguns maus professores, hábeis em utilizar a cátedra para fazer proselitismo político (...)”³. Essas pesquisas culminaram no perfil psicológico do terrorista brasileiro que apresentava características de desajuste familiar, dificuldades de relacionamento ou escasso interesse humano e social, imaturidade e pessoas difíceis, entre outros aspectos que desqualificavam e patologizavam àqueles que estavam em oposição ao regime militar.

Os instrumentos de medida usados nas avaliações podem produzir graves distorções e ter consequências políticas impactantes. Castro, Castro, Josephson & Jacó-Vilela (2007), num artigo que descreve a produção das formas de mensuração e classificação na Psicologia, apontam para a preocupação de repensar e reavaliar a importância e as características dos instrumentos de medida, visto que historicamente eles vêm ocupando um papel político decisivo na normatização das sociedades modernas. Nesse artigo, os autores apresentam a história dos instrumentos a fim de dimensionar sua conceituação, seus usos e aplicações, examinando os testes objetivos (de inteligência, de aptidão, de interesse e de personalidade) e testes projetivos. Para exemplificar a função normatizadora desses testes, é interessante mencionar a aplicação do teste de inteligência Alfa do Exército (determinadas condições definiam a necessidade de aplicação do teste Beta do Exército e do teste de Binet) a 1.750.000 soldados por Yerkes, Goddard e Terman. Esses autores acreditavam no caráter hereditário da inteligência e pretendiam delimitar, com os resultados obtidos, a capacidade de atuação dos soldados. Devido aos problemas encontrados no teste, esse trabalho teve pouca repercussão no exército, porém encontrou reconhecimento nos campos político, econômico e social. Analisados por intelectuais eugenistas, fortaleceu-se a ideia que o baixo resultado do americano branco era devido à miscigenação descontrolada com pobres, negros e débeis mentais da América. Por consequência, o Congresso americano em 1924 aprovou a restrição do número de imigrantes originários das regiões consideradas geneticamente desfavorecidas (CASTRO e cols, 2007).

³ Jornal do Brasil, 19/07/70, reportagem intitulada “Murici aponta aliciamento de jovens para o terror” (Coimbra, 1995).

Por último, é importante ressaltar que a discussão da responsabilidade penal do autor do fato e a criação da medida de segurança foram marcos definitivos para o alicerçamento da Medicina e da Psicologia no sistema penal. Encontrar causas individuais para o ato criminoso e orientações a partir delas, são as grandes contribuições esperadas dessas ciências. O positivismo psicológico das principais abordagens teóricas próximas ao Direito no século XIX e XX, a psicologia experimental e a psicanálise, mantinha-se em sinergia com o positivismo criminológico, atestando a personalidade ou o comportamento criminoso, a personalidade adaptada, debilidade mental, delito como efeito do complexo de Édipo, originado pelo sentimento de culpa ou pela integração defeituosa da norma, entre outros. Nesse ínterim, a psicologia social começa a apresentar algumas obras relacionadas às massas, tanto lidando com o crime como resultado da cooptação do indivíduo pelo primitivismo das massas, quanto tratando da sociedade punitiva. Posteriormente, muitas outras contribuições teóricas serão aportadas tornando o que inicialmente era chamado de psicocriminologia (ANITUA, 2008), em psicologia jurídica, subdividida em diversas áreas, entre elas criminal e penitenciária.

Deste modo, na Psicologia, desde o início de sua história no sistema penal e ainda no século XXI, prepondera uma intervenção construtora da lógica explicativa causal do crime e do criminoso e da tecnologia correcional nas instituições prisionais. Assim sendo, ela colabora com o projeto de controle da sociedade do Direito Penal, ou seja, de controle dos pobres. Para Parker (2009), a Psicologia tem sido funcional ao sistema de produção capitalista, sobrevivendo, como produto, até onde a sua economia for subsidiada pela lógica da mais-valia: “se examinarmos os vários projetos que a Psicologia nos oferece, encontramos que eles sempre parecem confirmar hipóteses sobre o modo como o mundo é agora” (p. 84).

2.1.2 – Criminologias e noções de conceitos psicológicos

Apresentadas as relações preponderantes para entrelaçar a Psicologia e o Direito Penal, é importante agora especificar aspectos sobre as Criminologias e as noções explícitas dos conceitos psicológicos para que seja possível compor a base de análise da pesquisa de campo. Essas noções conceituais eventualmente também são construções da Psiquiatria, Sociologia ou de outra área, por isso não foram nominadas como propriamente conceitos psicológicos, no entanto necessitam de aportes do conhecimento psicológico para constituir seu significado, assim são pontos de conexão e legitimação do Direito por meio da Psicologia, dessa forma, interessam a este estudo.

Não há a pretensão de esgotar as possibilidades de conceitos associados com cada Criminologia, mas sim relacionar aqueles que parecem ser mais significativos ao período, conforme os autores aqui referenciados. Trata-se de um exercício demonstrativo que explicitam conceitos que posteriormente servirão como referência para análise dos dados coletados no campo. Desde a fase pré-científica da Criminologia até os pensamentos atuariais, foi possível evidenciar, na Tabela 1, noções de conceitos psicológicos que, se observado de maneira comparativa, dão indícios de alinhamento com determinadas Psicologias. No entanto, é necessário considerar o conjunto dos termos com aquilo que foi apresentado sobre essas abordagens criminológicas, pois dessa forma será possível reconhecer o sentido empregado em cada caso. Na primeira coluna estão as Criminologias apresentadas anteriormente e na segunda são relacionados os conceitos psicológicos afins.

Tabela 1 – Distribuição de noções de conceitos psicológicos por Criminologia

Criminologia	Noções de conceitos psicológicos	
Pré-científica	Caráter Conduta criminosa Personalidade Faculdades mentais Sentimento Tratamento Correção do comportamento Degenerados Monomania Criminoso nato	Desvios doentios Loucos Semiloucos Criminoso nato Pessoa primitiva Indisciplina Crueldade Amoralidade Periculosidade Homem médio
Positivismo bioantropológico de Lombroso	Inteligência Inferioridade da inteligência feminina Homens normais Comportamento criminoso (epilepsia, fisionomia, alimentação...) Estado de regressão civilizatória	Raças delinquentes Criminoso epilético Criminoso habitual Criminoso louco Criminoso louco-moral Criminoso atávito/nato Criminoso ocasional Criminoso passional Criminoso profissional
Positivismo penal-sociológico de Ferri	Negação do livre-arbítrio Motivação Isolamento como tratamento	Criminoso nato Criminoso louco Criminoso ocasional Criminoso passional

	Personalidade perigosa	Criminoso habitual
Positivismo idealista de Garófalo	Natureza degenerada Temibilidade Delinquente natural Sentimentos naturais	Perversidade Irrecuperáveis Egoísmo Anomalias
Escola de Chicago	Meio social desorganizado Ecologia humana Atitudes Interesses Personalidade Psicologia coletiva	Acolhimento Riscos coletivos Convenções sociais Adaptação Processos sociais Psicologia das massas
Teoria da associação diferencial	Comportamento delituoso aprendido Organização diferencial Processo de comunicação Processo de socialização Aprendizagem Conduta Estímulo Motivações	Impulsos Atitudes Racionalização Controle social informal Confiança Desorganização social Comportamento operante Comportamento operante Estereótipos sociais
Teoria da anomia	Delinquente ocasional Delinquente corrigível Delinquente incorrigível Consciência coletiva Sentimentos coletivos Mudanças comportamentais Solidariedade orgânica Solidariedade mecânica	Adaptação individual Contingências Campo da percepção Campo Social Alter-ego Eu-idênticas Estruturas de expectativas Frustrações Conduta
Teoria da subcultura delinqüente	Cultura Personalidade Processo de socialização Consciência Valores Padrões de comportamento	Solidariedade Identidade Vínculos Infância Juventude Fase adulta Malícia
Teoria interacionista	Estigmatização Humilhação Rejeição Papel social Crise de valores Conduta desviante Relações conflitivas Processos de interação	Identidade Eu Linguagem Interpretação Cultura Prisonalização Institucionalização
Teoria crítica	Processo de conflito	Respeito

	Grupos sociais Tolerância	Vergonha Autocontrole
Pensamentos atuariais	Inimigos Periculosidade Família estruturada Tipos de pessoas Risco	Criminoso perigoso, temível e irrecuperável Comportamento transgressor Causas neuropsicológicas

2.2 A discussão da culpabilidade como ambiente de exame dos conceitos psicológicos do Direito Penal

A culpa no Direito Penal tem significado que difere do senso comum ou das demais áreas do conhecimento, como a própria Psicologia (embora em alguma medida faça um uso interessado do seu significado psicológico, o que será tratado mais adiante). Tangerino (2011), numa pesquisa que discute os discursos de legitimação da reprovabilidade e apresenta alternativas a eles, explica que, em geral, culpa está associada à ideia de tornar alguém responsável por algo e por suas consequências. No Direito Penal, a culpa é sinônimo de negligência, compondo as três possibilidades da tradição romana de produção de resultado: dolo, culpa e acaso. “O juízo de responsabilidade em face da ação das suas consequências, assim, acabou recebendo outra denominação: a da culpabilidade... Culpabilidade é a condição de culpa, isto é, a condição de responder pela prática de uma ação e pelas consequências advindas” (TANGERINO, 2011, p. 2).

O mesmo autor esclarece que para formar a culpabilidade há muitas regras, porém três delas se sobressaem no Direito Penal brasileiro: a) a imputabilidade que é dada pela capacidade de entender e de querer, ou seja, o conjunto de condições de maturidade e sanidade mental que permitem a pessoa conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento (podendo excluí-la a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade e embriaguez); b) o potencial conhecimento da ilicitude que é a consciência ou conhecimento atual ou possível da ilicitude da conduta (podendo excluí-lo a falta de conhecimento inevitável); c) a inexigibilidade de conduta diversa que trata da exigibilidade da pessoa de obedecer à norma podia e devia ter vontade de agir conforme a lei, considerando as circunstâncias (pode excluí-la a coação moral, a obediência hierárquica ou devida e o estado de necessidade exculpante). Ao observar as definições acima fica evidente a relevância da Psicologia para a questão da culpabilidade, inclusive foi possível sublinhar vários termos que requerem um aporte de conhecimentos psicológicos para significá-los, o que exemplifica a noção

de que só pode haver responsabilidade quando há um nexu subjetivo entre a ação e o resultado. Nesse sentido, a discussão sobre a culpabilidade parece conter importante explicitação dos usos dos conceitos psicológicos, o que motivou a escolha desse campo para exame das relações dos conceitos psicológicos com o Direito Penal.

A hipótese que orientou Tangerino (2011) no seu estudo sobre culpabilidade também faz sentido neste trabalho, ele demonstrou que a culpabilidade foi erigida com determinadas bases temporais e geográficas, mas que o avanço nas ciências humanas evidenciou que tais bases são frágeis, em especial quanto ao sujeito e ao bem jurídico, e que não podem ser tidas como ideal. No entanto, isso não foi assimilado pela dogmática do Direito Penal, não por desconhecimento, mas por apego à pena, entre outros motivos. Nesse mesmo ensejo, interessa aqui detalhar que conceitos psicológicos estão presentes no Direito Penal, em especial na discussão da culpabilidade, com quais filiações, como e para quê são empregados. Para tanto, convém contextualizar a construção teórica da culpabilidade. Há muitas obras importantes sobre o tema ou que o sistematizaram, como não é o caso de revisitar ou contrapor os autores, será apresentada a organização geral (BATISTA & NASCIMENTO, 2011) que considera as concepções: psicológica, normativa-psicológica, puramente normativa e funcionalista.

A concepção psicológica de culpabilidade implica em um vínculo de natureza psicológica entre o sujeito e o ato por ele praticado, de forma que a culpabilidade somente existiria no autor e se esgotava na relação interna diante da ação. Nesse caso, o dolo e a culpa seriam duas formas de culpabilidade. As críticas a essa abordagem tem a ver com a culpabilidade não poder se encerrar na relação interna do sujeito; por não haver vínculo psicológico entre o agente e o evento no caso da imprudência inconsciente; e, porque os inimputáveis também seriam capazes de agir com vontade.

Para concepção psicológica-normativa a culpabilidade não consiste apenas na vontade, mas em ser uma vontade ilícita, uma vontade que não deveria existir porque se opõe ao dever. Nesse caso, “a culpabilidade é a reprovação da atitude interior do sujeito ativo no crime. Essa evolução... deve-se à obra de Frank (1907), que lançou as bases da teoria normativa da culpabilidade, introduzindo no conceito de culpa um elemento normativo, um juízo valorativo que se expressa na fórmula: reprovabilidade pelo ato praticado” (DOTTI, 2011, p. 188). Há, então, um juízo de valoração em relação ao agente, uma censura que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito, que se condiciona à existência dos seguintes elementos: a imputabilidade, a

exigibilidade de conduta diversa e o dolo e a culpa. Desse modo, a culpabilidade é vista como algo que se encontra fora do agente, que está na cabeça de quem emite um juízo de reprovação a respeito do autor do crime. As críticas a essa abordagem tem a ver com a persistência do entendimento de que o dolo continua sendo um dos elementos da culpabilidade.

Birman (2011) identifica uma significativa distinção entre a concepção psicológica e psicológica-normativa, a partir dos conhecimentos psicológicos. A concepção psicológica do crime apresenta estruturas fundadas “da psicologia clássica, pela qual as categorias de eu, de intenção, de vontade e de entendimento se articulariam intimamente na construção do interesse do sujeito no ato criminoso... Porém, a teoria [psicológica] normativa, por sua vez, estava marcada pela concepção do psíquico advinda da psicopatologia constituída no século XIX. Por essa concepção, o sujeito realizaria atos que ultrapassariam muito a regulação destes pelas decisões do eu, da vontade e do entendimento e a subjetividade passaria a ser marcada pelo determinismo corporal” (BIRMAN, 2011, p. 88). Nesse sentido, os conhecimentos psicológicos do século XIX, calcados nas bases biológicas, colocam um problema para o livre-arbítrio, defendido até então.

A concepção puramente normativa tem como principal autor Welzel que defendeu que, a intencionalidade, isto é, o dolo, é elemento inerente à ação e que toda a ação humana é essencialmente finalista, seja esta lícita ou ilícita, nessas bases desenvolveu a teoria finalista da ação. O finalismo promoveu uma reorganização dos elementos integrantes da estrutura do delito, deslocando o dolo e a culpa *stricto sensu* da culpabilidade para o conceito de ação. Assim, esses componentes passaram a se localizar no tipo, enquanto que, na culpabilidade permaneceram somente as circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao direito. As críticas a esse pensamento dizem respeito aos questionamentos quanto à capacidade de livre decisão do agente.

Quanto à concepção funcionalista, a culpabilidade seria um dos componentes da responsabilidade que deve perguntar-se sobre a necessidade da sanção penal e o injusto (tipicidade e antijuridicidade) decidiria se o comportamento é adequado ou não. O funcionalismo retira da culpabilidade o fundamento da pena, deslocando-o para o campo da política criminal, passando a tratar o culpável como quem poderia submeter-se às expectativas normativas e não o fez, e o responsável como o culpável a quem a imposição da pena é funcional, com vistas à prevenção geral ou reafirmação da norma. Roxin e Jacobs são autores importantes dessa

abordagem. As críticas mais comuns, nesse caso, relacionam-se ao conceito de prevenção e às restrições ao juízo de poder agir de outro modo.

No que tange às noções psicológicas presentes nas teorias da culpabilidade, uma parece ser comum às quatro concepções, a consciência, como se a dimensão inconsciente não fizesse parte da subjetividade e da ação.

2.2.1 – Culpabilidade e noções de conceitos psicológicos

Para evidenciar as noções psicológicas utilizadas em abordagem serão destacadas na Tabela 2, as noções de conceitos psicológicos (levando em conta as mesmas considerações apresentadas no item 2.1.2. sobre o que são consideradas noções para este exercício demonstrativo) nas diferentes concepções de culpabilidade. Da mesma forma como na Tabela 1, não há a pretensão de esgotar as possibilidades, mas de explicitar os conceitos que possam ser importantes para a análise dos dados coletados no campo. No caso das concepções teóricas relacionadas acima, parece haver prevalência da premissa do comportamento ideal e consciente, tendo como referência uma expectativa de normalidade a partir do homem médio. Da mesma forma, verifica-se semelhança com relação aos sentidos empregados para os termos destacados nas diferentes abordagens (por exemplo, o conceito comportamento), elas distinguem-se mais significativamente quanto aos elementos que compõem ou não a culpabilidade, não quanto ao significado dos conceitos psicológicos nas diferentes teorias.

Tabela 2 – Distribuição de noções de conceitos psicológicos por concepção de culpabilidade

Culpabilidade	Noções de conceitos psicológicos	
Psicológica	Motivação / Intenção Vontade Comportamento	Consciente Entendimento
Normativa-psicológica	Motivação / Intenção Vontade Juízo de agir Comportamento	Consciente Entendimento Aproximação com o determinismo biológico
Puramente normativa	Decisão Juízo de agir Comportamento	Consciente Homem médio Livre arbítrio
Funcionalista	Responsabilidade Comportamento	Consciente Homem médio

2.3 Verdade e certeza: a desculpa perfeita

Foi apresentada anteriormente a ideia da inclusão dos médicos e psicólogos, e seus saberes, no sistema penal como estratégia para conhecer e atestar a realidade. Essa medida faz parte da própria história do sistema penal e se consolidou por meio das diferentes práticas, sendo que interessam peculiarmente à compreensão quanto à inserção do conhecimento e da prática psicológica no Direito Penal, os seguintes temas: o regime de provas, o ressurgimento do inquérito, a instituição do exame e o nascimento das instituições de controle e da pena de prisão, que serão abordados na sequência.

Utilizando a tragédia de Édipo, Foucault (2005) discorre sobre a história da pesquisa da verdade por meio do regime de provas e da lei das metades, comuns às práticas judiciárias gregas antigas. O regime de provas arcaico, anterior a Édipo, consistia essencialmente numa espécie de jogo⁴ ou desafio lançado por uma das partes envolvidas no litígio. A outra parte devia aceitar ou renunciar. Como relatado em *Ilíada* – poema épico grego cuja narrativa se passa no ambiente da guerra de Tróia –, Menelau contesta Antíloco dizendo que este cometeu uma irregularidade na competição de corrida, nesse caso o encaminhamento não foi consultar a testemunha que acompanhava a atividade, mas sim, a partir da negativa de Antíloco, Menelau lançou um desafio “Põe tua mão direita na testa do teu cavalo; segura com a mão esquerda teu chicote e jura diante de Zeus que não cometeste irregularidade” (FOUCAULT, 2005, p. 32). Antíloco renunciou à prova, reconhecendo assim que cometeu uma irregularidade.

No caso de Édipo, juramentos e jogos estão presentes, mas não são suficientes. Opera uma lei que busca a descoberta da verdade por meio de encaixes, tendo-se uma evidência ou resposta, procura-se a outra evidência ou resposta com correspondência entre elas, como se fosse a junção de metades, a ligação entre passado e presente, sendo que essas metades concatenadas produzem uma explicação total. Outra novidade na tragédia de Édipo é a introdução do testemunho como válido na procura da verdade, ele compõe uma parte do jogo de respostas

⁴ Poderiam ser provas sociais, quando alguém ao ser acusado reunia parentes que declaravam seu prestígio, independente do fato em questão; provas do tipo verbal, quando o indivíduo ou seu representante pronunciava fórmulas, sendo que o acerto significava a vitória; ou provas corporais, como andar sobre ferro em brasa (Foucault, 2005).

estabelecido entre os pastores e deuses. Deste modo, juntar as metades, desvendar os segredos, é enunciar a verdade.

Outro aspecto revelador diz respeito ao tipo de interesse desse processo de busca da verdade, pois é notório que boa parte da trama ocorre não para identificar a inocência ou culpabilidade de Édipo pelo assassinato de um homem que seria o seu pai e o Rei, mas sim pelo Rei Édipo ter cumprido uma profecia que o ameaçava com a perda do poder⁵. Essa associação de poder e ignorância de Édipo (rei todo poderoso, mas ao mesmo tempo cego para a sua história), marca a delimitação no ocidente que a verdade não pertence ao político, de que o verdadeiro saber ocorre quando se está conectado com os deuses ou com a memória. Para Foucault “com Platão se inicia um grande mito ocidental: o de que há antinomia entre saber e poder. Se há o saber, é preciso que ele renuncie ao poder. Onde se encontra saber e ciência em verdade pura, não pode mais haver poder político” (2005, p. 51). Esse mito trouxe graves consequências para a sociedade moderna e é fundante na naturalidade com que os psicólogos entendem sua tarefa no sistema jurídico penal. A história da pesquisa da verdade da tragédia de Édipo evidencia a existência de um “complexo” da ordem do poder e do saber que deve ser levado em conta pelos profissionais “psi”, assim como o fazem com o complexo edípico familiar.

Por outro lado, a tragédia de Édipo também ilustra a trajetória da democracia ateniense que passa a valorizar formas racionais da prova (a Filosofia, os sistemas racionais, os sistemas científicos), e mantém a importância da arte de persuadir na busca da vitória pela verdade e desenvolver o conhecimento por testemunho, por lembrança, por inquérito. Embora o inquérito já existisse, é na Idade Média europeia que ele obtém mais sucesso. A Igreja utilizava um método administrativo e econômico que envolvia o *visitatio* (visita estatutária do bispo); *inquisitio generalis* (inquisição geral, questionamento aos notáveis da localidade sobre o que havia acontecido na sua ausência); *inquisitio specialis* (inquisição especial para apurar a autoria dos fatos). Esse modelo é assumido a partir do surgimento do Estado, passando a ser tarefa do procurador do rei. Porém, como demonstra Foucault (2005), ele não representa exatamente um refinamento do conhecimento em oposição ao sistema de provas, seu aparecimento está ligado com as transformações políticas da sociedade medieval. Naquela época, a circulação de bens era pouco assegurada pelo comércio, as formas mais comuns eram a guerra e a ocupação, sendo que

⁵ “Édipo diz a Tirésias: Tu queres meu poder; tu armaste um complô contra mim, para me privar de meu poder”(Foucault, 2005, p. 42).

a posse de riqueza determinava o poder e a autorização para exercer a violência e o direito. Vencer um litígio judiciário significava privar o vencido do uso de armas e de suas posses, nesse sentido havia grande interesse no controle dessas disputas.

Com a concentração de poder e bens surgem as monarquias medievais que trazem novidades para o funcionamento do Direito: a imposição de um poder judiciário; o personagem do procurador dublando a vítima, representando o soberano; a invenção da infração que determina que a lesão não seja tão somente ao indivíduo, mas à própria lei; o soberano, além de parte lesada é destinatário de reparação (aparecendo assim o mecanismo das multas e confiscações). O inquérito é amplamente usado nesse sistema social e jurídico, pois o rei e o procurador precisam estar mais bem respaldados (e protegidos) no processo judicial. Ele caracteriza-se por valer-se do poder político, por procurar a verdade por meio de perguntas, por dirigir-se aos notáveis (as pessoas mais ricas, mais velhas e com mais conhecimento e notabilidade) para que elas opinem sobre a verdade e pela consulta aos notáveis não ser forçada (sem ameaça de tortura e violência como ocorria anteriormente). O inquérito, então, não é um conteúdo, mas uma forma de saber. É uma forma de saber-poder, “é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício de poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir” (FOUCAULT, 2005, p. 78).

Com o advento da ciência como discurso de verdade, os profissionais “psi” ganham espaço privilegiado nas práticas jurídicas, inicialmente os psiquiatras e, posteriormente, os psicólogos. Foucault (2002), numa obra que aborda o problema dos indivíduos perigosos, identifica que os exames psiquiátricos realizam desdobramentos sobre a cena, ou seja, a introdução de duplos sucessivos de elementos que exercem uma síntese coercitiva que asseguram a transmissão do poder e o deslocamento indefinido de seus efeitos. O autor verifica que o exame psiquiátrico permite dobrar o delito com uma série de comportamentos e/ou de maneiras de ser que são apresentados como origem, motivação ou ponto de partida do delito. O exame propõe objetos que se ligam ao delito como imaturidade psicológica, personalidade pouco estruturada, profundo desequilíbrio afetivo, produção imaginária, jogo perverso, entre outros. Esse conjunto de noções tem por função “repetir tautologicamente a infração para inscrevê-la e constituí-la como um traço individual. O exame permite passar do ato à conduta, do delito à maneira de ser, e

de fazer a maneira de ser se mostrar como não sendo outra coisa que o próprio delito, mas, de certo modo, no estado de generalidade na conduta de um indivíduo” (FOUCAULT, 2002, p.20).

Outra função dessas noções é deslocar o nível de realidade da infração, já que essas condutas infringem não a lei, porque nenhuma lei impede alguém de ser desequilibrado afetivamente, por exemplo, mas sim, a ética e a moral. Assim, o aparelho judiciário tem base para punir mais que o crime, volta-se contra a pessoa. O exame deslegaliza a infração tal como está presente no código, constrói um duplo, um clone ao qual são associadas as irregularidades fisiológicas, psicológicas e morais. O exame pariu o delinquente.

No final do século XVIII e início do século XIX ocorre a reforma e reorganização do sistema jurídico penal em vários países na Europa com uma reelaboração teórica da lei penal. Os 1º e 2º Códigos Penais franceses da época revolucionária trazem como princípio fundamental o crime sem nenhuma relação com a falta moral ou religiosa, a lei penal como útil para a sociedade, o crime com definição clara e simples e o indivíduo criminoso como aquele que causa dano e perturba a sociedade. Nesse contexto, a lei penal deve permitir a reparação do dano à sociedade, apagar o dano causado ou impedir que males semelhantes possam ser cometidos. Para tanto, os teóricos (Beccaria, Bentham e Brissot) definem quatro tipos de punição: deportação, trabalho forçado, vergonha e escândalo público e pena de talião.

Apesar dessas propostas e decretos aprovados a partir delas, na prática o sistema de penalidades adotado pelas sociedades industriais em desenvolvimento foi inteiramente diferente. O escândalo público não foi usado, a deportação e a pena de talião desapareceram rapidamente e o trabalho forçado foi aplicado simbolicamente, para reparação dos danos. Ao invés dessas punições, eis que surge a prisão como pena e como instituição, a princípio sem qualquer justificativa teórica. Posteriormente, no início do século XIX, a legislação penal é modificada, afastando-se da proposta de utilidade social e aproximando-se do controle e reforma psicológica e moral do comportamento do indivíduo. Nasce a noção de periculosidade que orienta para uma atenção às qualidades do criminoso e não dos seus atos em si.

Instala-se, como já descrito, o que Foucault (2005) denomina como sociedade disciplinar, manejada pelas instituições que enquadram as pessoas ao longo de sua existência como a escola, os hospitais, as indústrias, as prisões, os quartéis, os conventos, associações, entre outras. Para entender esse fenômeno do surgimento das prisões e das demais instituições disciplinares é imprescindível considerar a mudança da constituição da riqueza dos séculos XVI e XVII,

basicamente formada pelas terras e espécies monetárias, para o século XVIII, mercadorias, máquinas, oficinas, matérias-primas. Modifica-se o contato com a riqueza, agora os pobres têm certo acesso físico a esse tipo de fortuna. Assim se faz necessário adotar formas de proteção do patrimônio, controle e domesticação desses indivíduos para a produção dos bens, que são as instituições. A título de ilustração, convém mencionar que Foucault (2005) descreveu a existência de instituições muito rígidas na sua proposta disciplinar: as fábricas prisões, fábricas conventos e fábricas pensionatos, onde o tempo da(o) funcionária(o) era inteiramente comprado e controlado, recebia-se uma vez ao ano, o silêncio imposto sob pena de expulsão, somente domingo era destinado ao descanso, mas sob vigilância. Ao longo da história, em função dos custos, foi preferível desativar esse modelo, porém mantendo seu público e sua finalidade disciplinar em instituições mais sofisticadas.

O regime de provas, o inquérito, o exame e a metodologia disciplinar compõem a história do processo jurídico penal que acompanha a história da sociedade nas suas dimensões sociais, políticas, econômicas e culturais. A participação dos profissionais “psi” no sistema jurídico penal teve origem na consulta dos notáveis no inquérito e, sobretudo, na aproximação do foco penal da reforma do comportamento do criminoso. A história do sistema penal vinculou as ideias de justiça e verdade, por sua vez, a modernidade uniu as ideias de verdade e ciência, assim o saber “psi” ganhou relevância na justiça penal, como um discurso de verdade. Nesse contexto, a busca e certeza da verdade é a desculpa perfeita para o estabelecimento do saber “psi” como parte do processo penal.

A avaliação psicológica e o uso dos instrumentos de medição são possibilidades da intervenção psicológica. Ocorre que no sistema de justiça penal eles têm se apresentado de forma minorada e, por vezes, equivocada, seja pela falta de compromisso do profissional com a promoção e manutenção de uma política de direitos (por exemplo, oferecer devolutiva ao avaliado e fazer recomendações quanto aos encaminhamentos necessários diante do resultado do processo avaliativo), seja pela adoção de parâmetros reducionistas e naturais do comportamento humano que desconsideram seu o aprendizado social, histórico e cultural ou, ainda, seja pela negação do uso do conhecimento produzido pela avaliação no contexto institucional, sexista, classista e de classe do Direito.

Para finalizar, faz-se necessário apresentar uma distinção útil sobre forma como será desdobrado este estudo. O ingresso do discurso de verdade científico psicológico pode ser

analisado de duas formas: a partir da presença e fala dos psicólogos no sistema jurídico penal, que se valem, sobretudo, das avaliações psicológicas; e a partir da validação social de um saber psicológico disciplinar que passa a fazer sentido no processo jurídico, tornando-se assim tema de interesse para análise dos profissionais do Direito, muitas vezes se amparando nos laudos produzidos pelos psicólogos, mas, na maioria das vezes, no seu próprio suposto saber sobre a subjetividade humana. Este último, em geral adquirido de forma parca na formação, com um viés psicopatologizante, ou sorvido do senso comum e das experiências pessoais. As duas formas não escaparam da intencionalidade do exercício de poder, possibilitada pela ampliação da visão do ato, para a conduta, e justificada pela tarefa reformadora do comportamento do apenado. Neste estudo, será feito o exame das ligações e filiações do saber psicológico na segunda alternativa, ou seja, como os profissionais do Direito se apropriam e usam desse conhecimento no sistema penal.

2.4 Uma imagem da história interessada

As histórias da Criminologia, Direito Penal e Psicologia se entrelaçam, impulsionadas pela ciência moderna e sua validação como conhecimento apropriado. Nos capítulos 1 e 2, foram apresentados alguns marcos dessa história interessada a fim de compor o cenário das relações presentes entre o Direito Penal e a Psicologia. Como forma de visualizá-lo, serão destacados esses momentos na linha do tempo do Direito, da Psicologia e da Criminologia (Figura 1), com base nos autores referenciados anteriormente. A História Geral constitui o pano de fundo, cujas ocorrências significativas, tomando como referência a Europa, delimitam a divisão por idades: início da Idade Média – a queda do Império Romano (476); início da Idade Moderna – a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos e o fim da Guerra dos Cem Anos na Europa (1453); início da Idade Contemporânea – a Revolução Francesa (1789).

No Direito, conforme descrição de Machado Neto (1988), foram destacados os seguintes momentos: o jusnaturalismo, com presença desde a Idade Média; o desenvolvimento do historicismo jurídico e do sociologismo jurídico, no início do século XIX; a publicação do Código de Napoleão (1804), importante marco do exegetismo; o normativismo marcado pela publicação da obra da Teoria Pura do Direito (1934), de Kelsen; o egologismo, destacando a obra Teoria Ecológica do Direito e o Conceito Jurídico da Liberdade (1944), de Carlos Cossio e o surgimento das teorias críticas que trouxeram contribuições para construção de novas bases

epistemológicas do conhecimento jurídico. Na Psicologia, foram feitos os seguintes registros: o período em que a Psicologia esteve mais próxima da Filosofia; a crítica de Kant que estimulou parâmetros objetivos; a delimitação da Psicologia científica com obras importantes na década de 1860 de autores como Fechner e Wundt e o surgimento das teorias críticas. Na Criminologia, por sua vez, foram assinalados os seguintes momentos: a fase pré-científica; a publicação da obra *Dos Delitos e Das Penas* de Beccaria (1764); o período aproximado do desenvolvimento da cranioscopia (1790); o período aproximado do início do positivismo criminológico, representado pelo trabalho de Lombroso, na década de 1870; o aparecimento da Escola de Chicago (1890); o começo da produção da Teoria da Associação Diferencial, com Edwin Sutherland (1924); a publicação da obra *Da Divisão do Trabalho Social* (1893), de Émile Durkheim, importante autor da Teoria da Anomia; a publicação da obra *Delinquent Boys* (1955), de Albert Cohen, relevante autor para a Teoria da Subcultura Delinquente; o surgimento do *labelling approach* (década de 60); a republicação nos Estados Unidos do livro *Punição e Estrutura Social*, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, delimitando o início da criminologia crítica (1970); e, o início da conformação dos pensamentos atuariais (século XXI).

Importante assinalar que, embora a figura seja estática, os Direitos e as Psicologias não são. Eles coexistem, no século XXI, com graus diferentes de incidência na compreensão do cotidiano, dependendo do tema e da conveniência. Isso será mais bem explorado nos capítulos seguintes.

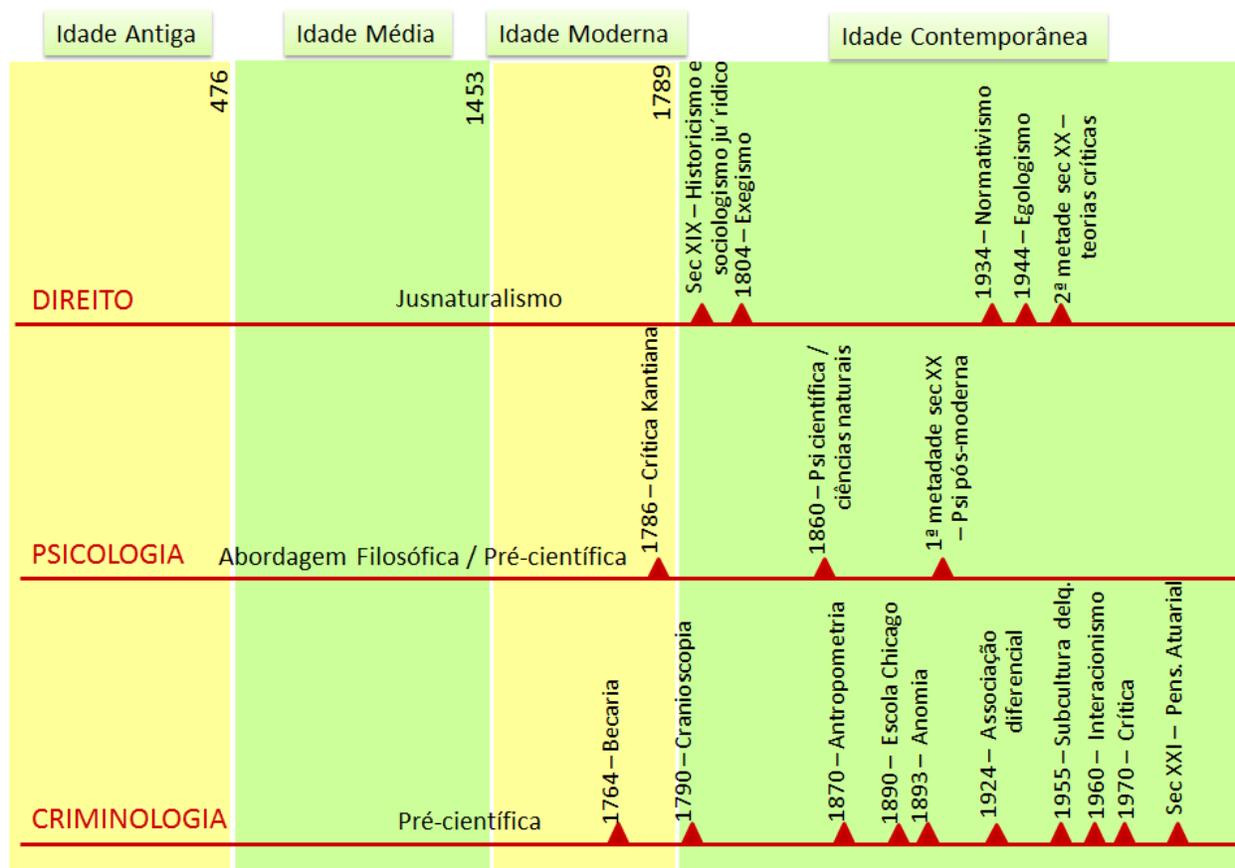


Figura 1 – Demonstração gráfica da história interessada do Direito, Psicologia e Criminologia

Convém observar este percurso histórico a partir da organização do poder, conforme a análise de Foucault (2012). No início deste capítulo, foi apresentada a distinção da sociedade jurídica, na qual o problema do direito era central e ele estava à disposição do poder monárquico, e a sociedade de direito – com os parlamentos, tribunais e legislações –, regida pelo princípio da norma. Assim, desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico estava em torno do poder real, a soberania era o problema central dessas sociedades, tanto para afirmar os direitos do soberano, quanto para estabelecer a obrigação legal de obediência dos demais. A partir do século XIX, outras formas de dominação parecem se estabelecer, não mais em torno do rei, mas dos súditos em suas relações recíprocas, uma sujeição colocada a todos que fazem parte do corpo social (FOUCAULT, 1986). Trata-se de um tipo de poder capital, de funcionamento contínuo, circular, que imprime nos corpos uma forma e extrai seu tempo e que quanto mais se exercita, mais se reproduz. Esse poder não opera pela lei, mas pela norma.

Portanto, ao considerar a formulação de Foucault e observar o percurso histórico do conhecimento do Direito, da Psicologia e da Criminologia, é possível verificar que a sociedade de direitos (norma) se implanta no momento em que o conhecimento científico passa a ser relevante, fazendo com que os saberes queiram se validar como ciência. Da mesma forma, esses conhecimentos passam a fundamentar a nova dinâmica de dominação que não mais se contenta apenas com a lei. Assim, o Direito potencializa o uso desses outros saberes para se justificar, experimentando qualificações do réu do campo moral, psicológico, médico, etc, para avançar do fato ao ato, da infração ao autor. Trata-se de uma história de variáveis interdependentes que alerta quanto ao contexto em que essas ciências cresceram e seus propósitos. Na Figura 2 será apresentada a sobreposição dos marcos históricos das três áreas e os distintos modelos de sociedade.

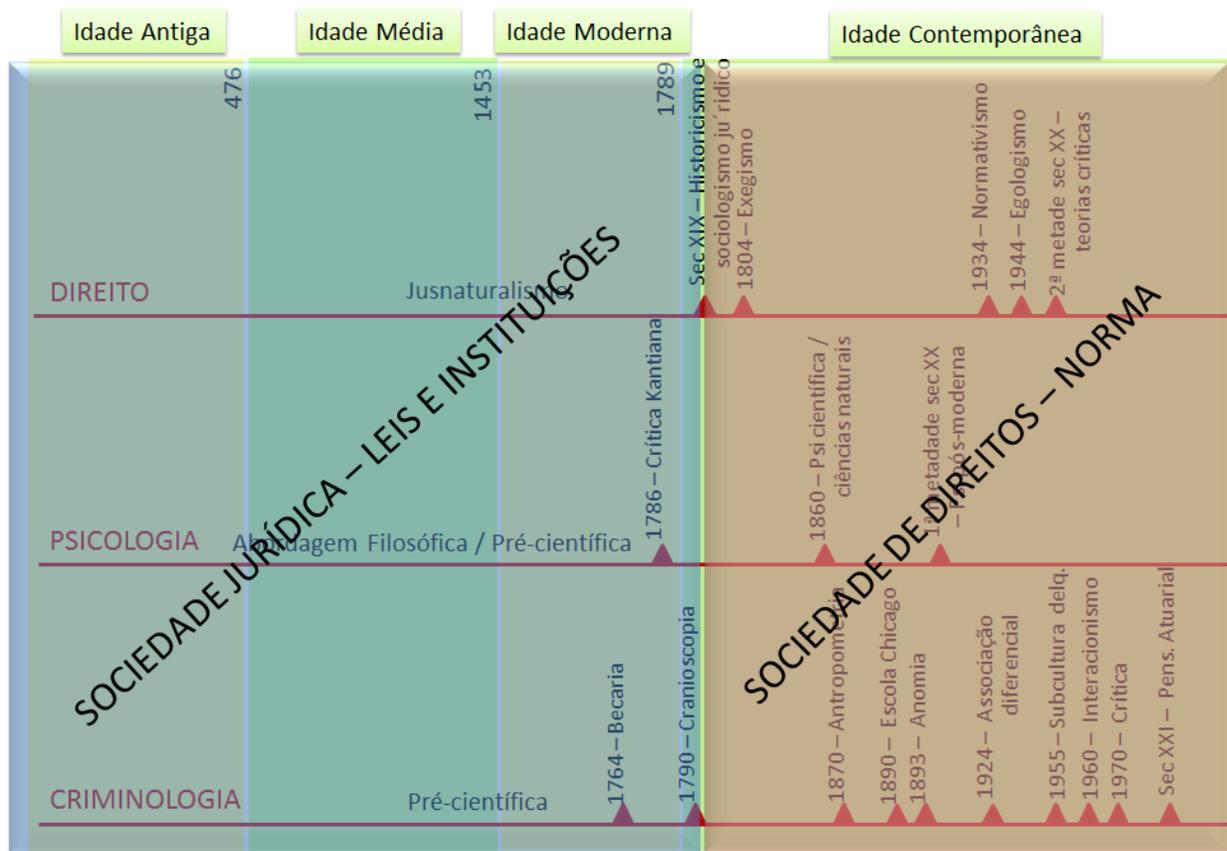


Figura 2 – Demonstração gráfica da história interessada do Direito, Psicologia e Criminologia, por modelo de sociedade

IDENTIFICANDO OS CONCEITOS PSICOLÓGICOS NA LEGISLAÇÃO, SENTENÇAS E DISCURSOS NO DIREITO PENAL

O percurso da investigação seguido até aqui, por meio de um exame epistemológico e histórico do conhecimento do Direito, do Direito Penal, da Criminologia e da Psicologia, possibilitou que fossem explicitados os marcos que permitiram que essas áreas ascendessem como ciência (porque isso era necessário e as decorrências), bem como as ideias e circunstâncias que aproximaram esses conhecimentos no âmbito penal e as intencionalidades disso. Essa construção teórica viabiliza a localização do campo onde será possível encontrar a presença dos conceitos psicológicos no Direito Penal, a identificação das estratégias mais adequadas para examinar esse fenômeno e, por fim, sustenta a análise que se colocará após a coleta dos dados.

Para consolidar esse exame teórico, parece importante apresentar um mapeamento, agora sob a perspectiva da Psicologia, da composição dos conceitos psicológicos, pois só assim será possível estabelecer relações entre os conceitos usados pelo Direito Penal, a partir das filiações teóricas da Psicologia. Outro aspecto que se pretende explicitar com esse mapeamento são as escolhas feitas pelo Direito Penal e as inconsistências que isso possa revelar, para tanto, além de uma apresentação sintética de cada abordagem psicológica, também serão destacadas as questões colocadas ao Direito Penal a partir dos seus conceitos.

Levando-se em conta que a mediação com o campo de pesquisa exige tratar dos discursos, serão expostas algumas estruturas e dinâmicas que fundamentam essa estratégia de conhecer a realidade. Por fim, convém, ainda, delimitar com precisão em que ambiente e em que condições se dará a pesquisa de campo.

Dessa forma, agora serão apresentados um mapeamento dos conceitos psicológicos a partir da Psicologia, os aspectos centrais sobre a análise de discursos e a delimitação do ambiente e das condições da pesquisa de campo.

3.1 Um mapeamento dos conceitos psicológicos que colocam questões para o Direito Penal

Possivelmente todas as Psicologias oferecem pontos de reflexão para o Direito Penal, no entanto, foram identificadas, para esse mapeamento que contribuirá para localizar e significar os conceitos psicológicos presentes no campo, questões de algumas que parecem possuir incidência direta no Direito Penal. Por isso, não se trata de fazer uma exaustiva descrição de todas as linhas teóricas e áreas do conhecimento da Psicologia, mas apresentar pontos, segundo uma escolha que permitirá identificar as filiações dos conceitos psicológicos presentes no Direito Penal ou fazer críticas ao seu uso. Esse exercício pode ser comparado ao mapa geomorfológico, que na cartografia representa as características do relevo de uma região. A cartografia, área da geografia que realiza a representação gráfica da superfície terrestre por meio de mapas, viabiliza a identificação dos elementos, da relação entre eles e da distribuição do espaço. Qualquer forma de projeção do planeta resulta em deformações e incorreções, visto que algumas características precisam ser distorcidas para que sejam representadas corretamente as outras. Assim, para demonstrar determinado aspecto, cabe ao cartógrafo definir qual é a projeção que melhor atende aos objetivos do mapa. Neste caso, interessa conhecer os conceitos psicológicos de maior relevo para o Direito Penal, assim, será dada visibilidade apenas a esses pontos.

Iniciando essa demonstração é oportuno apresentar o conceito de subjetividade. A Psicologia é caracterizada pela diversidade de objetos, visto que os fenômenos psicológicos (comportamento, inconsciente, percepção, entre outros) são diversos e de diferentes níveis de observação, o que reflete nas distintas abordagens teóricas. A subjetividade (BOCK, FURTADO & TEIREIRA, 2001; PRADO FILHO e MARTINS, 2007) parece, no entanto, oferecer uma referência para o fenômeno psicológico, ela “é a síntese singular e individual que cada um de nós vai constituindo conforme vamos nos desenvolvendo e vivenciando as experiências da vida social e cultural; é uma síntese que nos identifica, de um lado, por ser única, e nos iguala, de outro lado... é o mundo de ideias, significados e emoções construído internamente pelo sujeito a partir de suas relações sociais, de suas vivências e de sua constituição biológica; é, também, fonte de suas manifestações afetivas e comportamentais” (BOCK, FURTADO & TEIREIRA, 2001, p. 28). O Direito faz uso da palavra subjetividade, por vezes se referindo àquilo que é variável segundo o entendimento de cada um ou como oposto ao objetivo. Porém, parece que isso que é

atribuído pelo Direito à subjetividade tem mais a ver com o desconhecimento do funcionamento dos aspectos que estão contidos nela, com o ‘esquartejamento’ moderno do sujeito (emoção/razão, mente/corpo) e com a tentativa de controle da incontável realidade. De fato, a subjetividade vai de um extremo ao outro no discurso dos profissionais do Direito, ora ponto de interesse e justificativa para decisão, ora sendo alocada em espaços do não-Direito. Convém recolocá-la na discussão de forma mais complexa e qualificá-la, pois disso também depende a retomada do humano no debate jurídico.

3.1.1 – A subjetividade

A Psicologia é a ciência que tem o reconhecimento social de operar sobre os sujeitos. Com ela e por ela nasce o sujeito nos domínios do discurso ocidental moderno científico e todo o reino da subjetividade (o psiquismo, a cognição, a mente, a consciência, a identidade, o *self*, a percepção, a interpretação, a emoção o desejo, o inconsciente...). Kleber Prado Filho e Simone Martins (2007), ao analisar a subjetividade como objeto das Psicologias num artigo científico, identificam que a dimensão psicológica, com o manuseio do reino da subjetividade, objetiva a construção de realidades psíquicas universais, substanciais e naturais, “ancorando-as nas objetividades do corpo e da natureza, bem ao estilo do modelo de ciência da época” (PRADO FILHO e MARTINS, 2007, p. 14).

A naturalização da dimensão psicológica foi questionada teoricamente por autores e teorias psicológicas. Figueiredo (1994), por exemplo, discutiu a produção histórica da existência subjetiva compondo o ambiente da modernidade, sendo que antes disso não existia uma experiência de sensações de privacidade e intimidade como reais e naturais, ou mesmo a própria percepção de si mesmo como subjetivo. No decorrer o século XIX muitos objetivos foram identificados e valorizados pelas diferentes correntes psicológicas nascentes, denotando uma diversidade e divergência na abordagem dos fenômenos psicológicos. Prado Filho e Martins (2007) descrevem essa composição mencionando a mente, o fragmento psíquico, o comportamento, as percepções, o corpo, o discurso e as relações. Para eles, “O “objeto primordial”, quase mítico, senão místico, é a “mente”; esta abstração idealista, subjetivista, com fortes influências da concepção cristã de alma como sinônimo de existência imaterial e do pensamento dicotômico cartesiano, que bebe da mesma fonte” (PRADO FILHO e MARTINS,

2007, p. 15). Os autores relatam que ao longo da primeira metade do século XX este termo ainda era admitido como objeto científico, mas perdeu confiabilidade posteriormente por sua conotação metafísica.

Quanto ao fragmento psíquico como unidade do psiquismo (capacidades, cognição, percepção, memória, entre outros), está relacionado à concepção mecanicista – modelo clássico da ciência – que apregoa que é possível compreender o todo desmontando, analisando e remontando as partes. Após, surge o comportamento “inaugurado por Watson em 1910 e depois recolocado por Skinner com a introdução da noção de “operante”: exterioridade, mecanicismo, objetivismo e sujeição estrita ao método científico. No entanto, apesar de reproduzirem o fragmentarismo e o mecanicismo da época, o trabalho de Wundt e o behaviorismo apontam para diferentes direções: enquanto o primeiro busca fazer um mapeamento da consciência a partir de uma composição dos processos psíquicos e das capacidades cognitivas, o segundo centra sua atenção na relação “estímulo-resposta” e nos aspectos operantes do comportamento, recusando os conceitos de consciência e de subjetividade” (PRADO FILHO e MARTINS, 2007, p. 15). Com o surgimento das percepções, um nova possibilidade de um campo psicológico ser formatado pelo campo perceptivo, singularizando o sujeito. A *gestalt*, representante potente dessa concepção, apoiada no método fenomenológico, apresenta uma Psicologia e um sujeito mais integrados, procurando ultrapassar o fragmentarismo e mecanicismo vigentes. Ainda na primeira metade do século XX, o corpo passa ser objeto da Psicologia com Reich, na busca da superação do mentalismo. Posteriormente, em questionamento a dicotomia colocada entre corpo e mente, essa perspectiva é incrementada por novas teorias. Os mesmos autores apresentam ainda, como objeto da Psicologia, os discursos, analisados e interpretados por várias abordagens, na busca de significados e sentidos subjacentes às falas dos sujeitos. Por fim, as relações emergem como objeto para algumas PsicoLOGIAS baseadas em concepções materialistas, sociais e históricas, em contraposição às propostas individualistas, mentalistas e naturalizantes de compreensão do conhecimento e sujeito psicológicos.

Fica evidente a diversidade concepções que circulam entre o mecanicismo e perspectivas mais integradoras, o subjetivismo e o objetivismo, o mentalismo e materialismo, o individualismo e coletivismo, o naturalismo biologicista e perspectivas sociais e históricas. No entanto, é possível notar, um movimento de deslocamento do biológico para o cultural, do natural para o histórico, do individual para o coletivo.

Nesse trajeto histórico e epistemológico, a subjetividade vai deixando de ser percebida como algo natural para ser entendida como produção social. Para Guattari (2000, p. 19) a subjetividade pode ser descrita como “o conjunto das condições que torna possível que instâncias individuais e/ou coletivas estejam em posição de emergir como território existencial auto-referencial, em adjacência ou em relação de delimitação com uma alteridade ela mesma subjetiva”. Assim sendo, ela pode se expressar tanto em modos individuados, de uma pessoa, que se inscreve num mundo de particularidades ligadas ao campo social, e em função desse campo, estar apta a fazer escolhas, a conduzir sua vida, pensar e decidir por si mesma. Mais ainda, os modos de subjetivação podem se expressar num plano coletivo, que ultrapassa o indivíduo, conectando-o ao processo grupal.

O Direito, considerando o que foi anteriormente exposto, não é e não poderá ser unicamente um sistema racional de pensamentos. Isso porque é pensado e praticado por pessoas e consiste em decisões sobre distintas possibilidades de ordenação político-social para as condutas humanas. As pessoas que tomam essas decisões são indivíduos integrais cuja subjetividade é construída, estão envolvidos por dimensões diversas e agem por elas. Atahualpa Fernandez e Manuella Maria Fernandez, num artigo que discute a racionalidade jurídica e a emoção, argumentam: “De fato, uma decisão não costuma resultar mais racional que a vontade, as emoções e o conhecimento de quem a produz. E os atores principais da atividade jurisdicional que determinam sua dinâmica não são precisamente uns “preferidores racionais”, nem uma confraria de sofisticados jus-metodólogos, senão indivíduos que basicamente respondem às orientações de seus genes e de seus neurônios, assim como de suas experiências, memórias, valores, aprendizagens, e influências procedentes do ambiente e da mentalidade comum” (FERNANDEZ; FERNANDEZ; 2010). Esses e outros autores chamam atenção para a subjetividade dos profissionais do Direito e a sua relação com o processo de trabalho, aspecto na maioria das vezes escamoteado pelas instituições jurídicas e pela teoria do Direito.

3.1.2 – Psicologias por abordagem teórica

O estruturalismo, o funcionalismo e o associacionismo são as três primeiras escolas da Psicologia que deram origem a diversas abordagens e teorias que existem atualmente (BOCK, FURTADO & TEIXEIRA, 2001). O funcionalismo, de matriz pragmatista, entende que a

consciência tem função adaptativa e dirige o comportamento. A Psicologia seria o estudo da vida psíquica, em contraposição ao elementarismo psicológico, ou seja, a atividade psicológica não poderia ser dividida em partes. Esses princípios tiveram influência na Psicologia da aprendizagem, na *gestalt* e no behaviorismo ou comportamentalismo.

O estruturalismo define a Psicologia como ciência da consciência que tem a tarefa de descobrir os elementos do psiquismo que compõem a vida mental, sem preocupações com a repercussão da adaptação social. Para tanto, faz uso da fisiologia e da descrição qualitativa dos elementos mentais. O estruturalismo não obteve muitos adeptos. Já o associacionismo teve repercussão na Psicologia da aprendizagem e no comportamentalismo, tendo como elemento central a concepção de que a aprendizagem se dá por um processo de associação das ideias. Também contribuiu na compreensão da repetição e extinção do comportamento, por meio do reforço e castigo, respectivamente.

No final do século XIX e início do século XX, essas três escolas foram substituídas por novas abordagens, sendo as primeiras: o comportamentalismo, a *gestalt* e a psicanálise; posteriormente, a sócio-histórica, entre tantas outras.

O comportamentalismo desenvolve a noção de comportamento, nega as tendências inatas do funcionamento mental como inteligência ou habilidades e tem grande interesse pela influência do ambiente na ação humana e animal. Os primeiros comportamentalistas desenvolveram o método de análise do comportamento, após a descoberta de Pavlov do reflexo condicionado. Ou seja, observando as unidades reflexas, que seriam a emoção, o instinto e o hábito, e as respectivas associações de estímulos-respostas, era possível compreender o comportamento (FREIRE, 2007). Posteriormente, Skinner desenvolveu o conceito de condicionamento operante que se refere à interação sujeito-ambiente e sua relação fundamental entre a ação do indivíduo, a emissão da resposta e as consequências. Os processos de esquiva, fuga, extinção e punição são teorizados por meio de experimentos, aspecto metodológico que também caracteriza essa abordagem. A aplicação do comportamentalismo no século XXI se dá na área da educação, organizacional e do trabalho, clínica, propaganda, entre outras.

A relação do comportamentalismo com o Direito Penal pode ser identificada de forma mais evidente nas prisões norte americanas no final do século XX, onde houve metodologias desenvolvidas com base em um sistema de recompensa por bom comportamento, mediadas por fichas. Ou seja, houve aplicação dessa abordagem na expectativa de reforma do comportamento

dos ditos criminosos. Já na fase do julgamento, há ausência de impactos do comportamentalismo, pois há maior interesse jurídico nessa etapa pelos aspectos individuais, mais do que os ambientais. Mencione-se que no Brasil a iniciativa das prisões norte americanas não se verificou. Mesmo no século XXI, não há uma metodologia brasileira proposta pelas gestões públicas ou teorizada por intelectuais do Direito de estímulo ou modificação do comportamento de pessoas presas, os esforços das autoridades e dos penalistas recaem em aspectos básicos de garantia da dignidade humana, sendo que nem nisso se tem sucesso. O único método no país, salvo iniciativas isoladas e datadas, que esboça preocupações, e as desdobra em rotinas procedimentais, com a relação entre o indivíduo e o ambiente prisional não é governamental, é apresentado por uma organização não governamental de origem religiosa denominada Associação de Proteção e Amparo ao Condenado (APAC). No entanto, isso não quer dizer que a mecânica comportamentalista não se demonstre, mas no sentido inverso do que em tese se desejaria: a rotina prisional brasileira também acometida pela criminologia atuarial, de forte influencia midiática, é marcada pela punição extrema, praticada tanto por funcionários, quanto entre os presos. Nesse ambiente, a esquiva e a fuga é a única conduta que resta aos presos para sobrevivência, ou seja, respeitar um funcionário tem a ver com a esquiva de uma punição, não com a recompensa por um bom comportamento desejável e, portanto, pelo aprendizado desse novo comportamento. É possível mencionar outros exemplos disso, tendo eles sido demonstrados por diversas pesquisas (DAUFEMBACK, 2005).

Outra questão que o comportamentalismo pode suscitar ao Direito tem a ver com o ambiente forense. A estranheza do rito, da linguagem e da formalidade jurídica gera nas partes uma adaptação e aprendizagem a partir das expectativas do meio, por exemplo, a não apropriação da culpa por parte de um acusado, a demonstração de arrependimento por parte de um condenado que deseje progressão de regime ou a fixação da vítima ao sofrimento pelo dano causado. Num ambiente jurídico mais apegado ao rito processual do que à resolução do conflito, emanam mensagens que produzem comportamentos. Essa programação ambiental merece ser desvelada, pois seus efeitos podem não ser desejáveis.

A *gestalt*, diferente do comportamentalismo que teve origem nos Estados Unidos, tem seu berço na Europa e surge como uma negação da fragmentação dos processos humanos. O ponto de partida dessa abordagem é a percepção e as sensações, que passam a serem conhecidos pelos princípios da similaridade, continuidade, fechamento, proximidade, figura e simetria. A *gestalt*

também se volta para o comportamento, porém entende que ele deveria ser estudado nos seus aspectos mais globais, levando em consideração as condições que alteram a percepção do estímulo. Utilizam-se da teoria do isomorfismo que supõe a unidade no universo, onde a parte está sempre relacionada ao todo. O comportamento seria influenciado pelo meio físico, pela resultante da interação do indivíduo com este meio e a interpretação feita do meio por meio da percepção. Outro importante conceito na *gestalt* é o campo psicológico, cuja maior expressão teórica é Kurt Lewin. Esse autor arquitetou o campo psicológico como espaço de vida fenomênico, onde se levam em consideração não somente o indivíduo e o meio, mas a totalidade dos eventos existentes e interdependentes.

Algumas das possibilidades de reflexão oferecidas pela *gestalt* ao Direito Penal são quanto aos testemunhos e quanto à interpretação dos fatos pelas partes e pelos profissionais do Direito. Por exemplo, considerando que a ação de testemunhar depende da memória, percepção e cognição, que por sua vez são regidas por condições que podem falsear a realidade, bem como há aspectos do campo psicológico e do campo social que interferem nessa leitura, como tem o Direito avaliado esses aspectos?

Por sua vez, a psicanálise, a partir da prática médica, diferente da *gestalt* que tem origem na filosofia, rompe com a consciência e a razão, apresentando o inconsciente como objeto de estudo. A vida psíquica acomoda-se numa estrutura de duas dimensões interdependentes: consciente, subconsciente e inconsciente; e id, ego e superego. O funcionamento desse psiquismo se dá a partir dos aspectos “econômico (existe uma quantidade de energia que “alimenta” os processos psíquicos), tópico (o aparelho psíquico é constituído de um número de sistemas que são diferenciados quanto a sua natureza e modo de funcionamento, o que permite considerá-lo como “lugar” psíquico) e dinâmico (no interior do psiquismo existem forças que entram em conflito e estão, permanentemente, ativas. A origem dessas forças é a pulsão)” (BOCK, FURTADO & TEIXEIRA, 2001, p. 99). Freud foi o fundador da psicanálise, inicia estudando a histeria e usando como método a hipnose e o que viria a ser chamada de associação livre, acessa os traumas, as lembranças, os sonhos, recalques, desejos e os demais conteúdos reprimidos e proibidos no inconsciente que normalmente se manifestam pelas neuroses, chistes e atos falhos. Nessa abordagem ainda se destaca a infância na formação da personalidade e caráter, com marcos determinados pela sexualidade.

Outra importante construção é a noção de mecanismo de defesa. “A percepção de um acontecimento, do mundo externo ou do mundo interno, pode ser algo muito constrangedor, doloroso, desorganizador. Para evitar este desprazer, a pessoa “deforma” ou suprime a realidade — deixa de registrar percepções externas, afasta determinados conteúdos psíquicos, interfere no pensamento” (BOCK, FURTADO & TEIXEIRA, 2001, p. 101), esses procedimentos inconscientes são conhecidos como mecanismos de defesa. Eles podem ser de vários tipos: projeção, regressão, racionalização, negação, sublimação, entre outros. Todos pretendem excluir da consciência os conteúdos indesejáveis, controlando a tensão e protegendo o ego.

Há importantes seguidores da psicanálise que, respondendo as críticas ou devido a interesses específicos, deram continuidade ao pensamento em diferentes vertentes: Alfred Adler, que dá ênfase aos valores da existência, entende que a inferioridade é o sentimento que leva à neurose (não a sexualidade) e que os conflitos estão entre o indivíduo e o meio (não no indivíduo); Carl Gustav Jung defendeu o inconsciente coletivo, voltou-se mais para o presente e para o futuro (menos para o passado) e deu menos importância para a sexualidade; Horney e Fromm dão ênfase às repressões sociais como fonte das neuroses, são de tendência culturalista; Lacan destaca a importância da linguagem na análise, desenvolve aspectos teóricos em torno disso.

É da psicanálise, provavelmente, a questão de mais difícil solução para o Direito em geral, para o Direito Penal e, em especial, para a discussão da culpabilidade: o ser humano não é determinado pelo consciente, nem pela razão, pelo contrário, há uma dimensão onde o sujeito ‘é, mas não está’ e essa dimensão é dirigida pela afetividade. Essa descoberta, que já data de mais de um século, não foi assimilada pelo Direito Penal, quando muito faz parte de reflexões filosóficas que não se refletem na teoria do Direito, muito menos nas rotinas das varas criminais e de execução penal. Carvalho (2008) refere que a teoria freudiana permite corroer o princípio da culpabilidade fundada no livre arbítrio, “a inserção da categoria psicanalítica inconsciente no direito penal desencadeia o processo de esfacelamento da teoria dogmática do delito... a inclusão da ideia de inconsciente desestabiliza qualquer legitimidade de intervenção penal” (p.205).

A sócio-histórica ou sócio-cultural tem base na teoria marxista formulada por Vigotski que projeta uma Psicologia que supera as tradições positivistas e considera o ser humano, e seu mundo psíquico, como uma construção histórica e social da humanidade. Para esse autor os fenômenos devem ser estudados como processos em permanente movimento e transformação e as

mudanças individuais têm sua origem nas condições sociais de vida, por isso não é a consciência que determina as formas de vida, mas é a vida que se tem que determina a consciência. Ou seja, não existe a natureza humana, existe a condição humana.

A questão apresentada pela sócio-histórica ao Direito Penal tem a ver com a superação da noção de criminoso nato e a ponderação sobre o ambiente de injustiça social como fator criminogênico, bem como com a distância que se coloca no mundo psíquico dos profissionais do Direito, pessoas de classe média alta e alta, para com a clientela do sistema de justiça penal, os pobres.

3.1.3 – Psicologias por área do conhecimento

As Psicologias também podem ser organizadas por áreas de conhecimento e atuação. Na intersecção com o Direito Penal parece importante chamar atenção para a Psicologia do Desenvolvimento, Psicologia da Aprendizagem, Psicologia Institucional, Psicologia Social e Psicologia Jurídica.

A Psicologia do Desenvolvimento é um conhecimento fundamental para todas as áreas de atuação da Psicologia e, em especial, na área escolar, na clínica e na reabilitação de pessoas com deficiências, por exemplo. Como o nome sugere, ela estuda o desenvolvimento humano nos aspectos físico-motor, intelectual, afetivo-emocional e social, em todas as fases da idade. Há diversas teorias do desenvolvimento, entre elas cita-se a teoria de Erik Erikson e Jean Piaget. Erikson dividiu o desenvolvimento em oito estágios, sendo que cada um seria responsável por um conflito social-emocional, exigindo uma superação para adentrar o estágio seguinte. O sucesso da superação da fase anterior garante melhores condições do desenvolvimento da presente fase. Para esse autor as fases são as seguintes: confiança (0 a 1 ano), autonomia (1 a 2 anos), iniciativa (3 a 5 anos), produtividade (6 a 12 anos), identidade (12 a 18 anos), intimidade (19 a 30 anos), criação (30 a 50 anos), sabedoria (a partir dos 50 anos). As idades representam aproximações diante dos desafios colocados pela vida e pelo corpo, não são tempos rígidos.

Por sua vez, Piaget divide os períodos do desenvolvimento humano de acordo com o aparecimento de novas qualidades do pensamento, sendo eles: sensório-motor (0 a 2 anos), pré-operatório (2 a 7 anos), operações concretas (7 a 11 ou 12 anos), operações formais (11 ou 12 anos em diante). Assim como para Erikson, todos os indivíduos passam por todas as fases ou

períodos, nessa sequência, porém o início e o término de cada uma delas dependem das características biológicas e de fatores ambientais. Piaget dá ainda destaque à juventude que seria a etapa em que a personalidade começaria a se “formar com a organização autônoma das regras, dos valores e a afirmação da vontade. Esses aspectos subordinam-se num sistema único e pessoal e vão-se exteriorizar na construção de um projeto de vida” (BOCK, FURTADO & TEIXEIRA, 2001, p. 138-139).

De uma forma geral, a Psicologia do Desenvolvimento oferece questões para reflexão do Direito quando apresenta o indivíduo em diferentes estágios de percepção, compreensão e comportamento em função de fases influenciadas também por fatores hereditários, orgânicos, neurológicos e ambientais. Nesse sentido, em que medida o Direito absorve essas diferentes condições de um sujeito em desenvolvimento ao avaliar uma situação litigiosa? Com qual complexidade se examina essas circunstâncias?

Adentrando em questões mais específicas, seria possível problematizar longamente a teoria do Direito e o exercício da prática jurídica a partir de conceitos construídos pela Psicologia do Desenvolvimento. De forma ilustrativa, serão apresentados três pontos: sentimento de culpa, identidade e vontade.

Para Erikson, a fase de 3 a 5 anos é especialmente responsável pelo aprendizado quanto à imaginação, a cooperação com os outros e a habilidade de dar e receber ordens. O sucesso dessa fase representa a capacidade de aprender a ter iniciativa ao invés de sentir culpa, por isso almeja-se um equilíbrio – que dependerá de diversos fatores, por exemplo, dos seus relacionamentos - entre controlar os impulsos e desenvolver a criatividade, de forma que a criança não se sinta constantemente com medo e fique deslocada do grupo e nem seja indisciplinada. Reportando esse conhecimento para o âmbito do Direito Penal constata-se que o sentimento culpa é aprendido e pode ser algo bastante complexo de ser mensurado, devido aos aspectos externos e anteriores que o condicionam. Estariam os profissionais do Direito atentando para tanto?

A mesma pergunta pode ser feita quanto ao conceito de identidade. A adolescência (12 a 18 anos, para Erikson) seria um período de exercício das possibilidades de caminhos a seguir, mediadas com o meio ambiente e consolidadas no decorrer da vida adulta. Identidade, como conjunto de características que compõem o indivíduo e pelas quais ele se vê, compõe a personalidade, também construída, dependendo das experiências vividas. É adequado e válido,

diante disso, utilizar termos como ‘personalidade voltada para o crime’? De fato o que isso quer dizer?

No que tange à vontade, convém recorrer a Piaget que refere que a vontade pode ser considerada uma qualidade superior que atua quando há conflitos de tendências ou intenções, resultado do desenvolvimento mental do período das operações concretas, que permite estabelecer relações sob pontos de vista diferentes. Nessa fase, o indivíduo passa a ser capaz de trabalhar em grupo e ter autonomia pessoal, ao mesmo tempo, e organiza valores morais próprios. Ocorre que isso é influenciado pelas referências oferecidas pelo grupo, pelas necessidades de contrato entre as crianças e das crianças com os adultos. Também não se trata apenas de uma função racional, é, sobretudo, afetiva. Nesse tema parece que o Direito Penal, em especial a discussão da culpabilidade, apropriou-se de parte do conhecimento psicológico, pois os conceitos vontade e intenção, frequentemente, são referidos de forma extrema, ou como uma capacidade racional plena e livre de emoção, ou como uma irracionalidade tomada por instintos torpes.

A Psicologia da Aprendizagem é formada por grande número de abordagens teóricas, algumas de tendência comportamentalista e outras, cognitivista, contendo contradições entre si. A importância da Psicologia da Aprendizagem para o Direito Penal parece incidir mais significativamente nas justificativas para defesa da pena. As teorias sobre como aprendemos comportamentos, mantemos comportamentos aprendidos e solucionamos novas situações problemas, parecem ter sido assimilados de alguma forma também pelo Direito Penal, pois há descrições e pressuposições na discussão da culpabilidade sobre a necessidade de punição em função da tentativa de interromper ou aprender novos comportamentos, sobre a capacidade ou não de dar solução para situações problemas que podem ter como resultado o crime, entre outros aspectos. Resta também conhecer de que forma têm sido construídas essas argumentações no Direito Penal e se são coerentes com alguma teoria psicológica, se sim, qual delas e, ainda, porque essa e não outra.

No que diz respeito à Psicologia Institucional, teoria desenvolvida inicialmente por Bleger (1984), destaca-se a necessidade de considerar a estrutura e dinâmica das instituições, pois elas refletem na atuação dos seus membros. Esse autor identifica que os grupos ou instituições também apresentam uma estrutura básica que lhe conferem identidade, ego, motivação, organização psíquica, sociabilidade, entre outros aspectos. Descreve a existência de dois níveis de ego, um sincrético (caótico) e outro organizado, cuja convivência, mediada pela parte mais

organizada da personalidade, viabiliza uma relação adequada com a realidade. Essa breve alusão à Psicologia Institucional direciona a atenção para os aspectos estruturais do funcionamento das instituições jurídicas, ou seja, objetivos declarados e ocultos, comunicação, hierarquia, métodos, processo de aprendizagem e tantos outros que dizem respeito a uma dimensão psicológica da organização e de seus membros.

A Psicologia Social, nas suas diferentes fases e teorias, observa o ser humano na sua relação com o social, dedica-se a perguntas como: como os brasileiros se vêem? Como representam a sua religiosidade? O que consideram ser a justiça? Para tanto, serão examinados aspectos como a atividade, a consciência e a identidade. Esses conceitos têm derivações no Direito Penal quando se considera que tanto os cidadãos, quanto os profissionais do Direito, estão envolvidos por esse sistema de relações que geram representações determinantes para a conduta dos grupos e dos indivíduos.

Por fim, dentre as áreas aqui escolhidas para referência, está a Psicologia Jurídica. A Psicologia Jurídica engloba um conjunto de práticas e conhecimentos que envolvem questões jurídicas em fóruns, estabelecimentos penais, estabelecimentos policiais, programas relacionados a vítimas, agressores e testemunhas, instituições não governamentais que atuam com litígios ou orientação jurídica e outros locais. Essas atividades podem envolver avaliação psicológica, mediação, programas de reinserção social, autópsia psicológica, psicoterapia breve, orientação e outras práticas. Especificamente com relação ao Direito Penal, a Psicologia Jurídica tem centrado esforços na avaliação psicológica para fins processuais e em programas de reintegração social de pessoas que sofreram uma medida penal. No capítulo anterior foi possível descrever com mais detalhes as diferentes intersecções da Psicologia com a prática jurídica, que parece ter evocado bases teóricas que se conformam com o objetivo de controle do Direito Penal, assim como os profissionais dos Direito tendem a valorizar conceitos e propostas de práticas psicológicas com esse propósito. Nesse sentido, parece que há uma tendência de que as produções críticas da Psicologia Jurídica tenham pouca repercussão no desenvolvimento penal, bem como que para se afirmar, a Psicologia Jurídica enfatize seu papel de legitimadora do *status quo*.

3.1.4 – Psicologias e os conceitos psicológicos

A Psicologia iniciou sua fase científica com Wundt, sendo que suas três primeiras escolas foram o estruturalismo, funcionalismo e associativismo. Muitas outras abordagens teóricas surgiram delas, entre elas o comportamentalismo, a *gestalt*, a psicanálise e a sócio-cultural. Essas abordagens trazem conceitos distintos que permitem estabelecer relações com os conceitos usados pelo Direito Penal, a partir das filiações teóricas da Psicologia, além de verificar possíveis inconsistências. A mesma análise pode ser feita quando se trata das diferentes áreas de conhecimento das Psicologias. Na Tabela 3, estão distribuídos os conceitos psicológicos correspondentes às diferentes abordagens e áreas da Psicologia. Mais uma vez é necessário esclarecer que não há a pretensão de esgotar os conceitos que são utilizados por cada Psicologia, mas compor um grupo de possibilidades que importa para reconhecer as distintas linhas teóricas no campo de pesquisa.

Tabela 3 – Distribuição de conceitos psicológicos por Psicologias

Psicologia	Conceitos psicológicos	
Estruturalismo	Mente Consciência	Elementos psíquicos: capacidades, cognição, percepção, memória
Funcionalismo	Consciência Adaptação social	Atividade psicológica Comportamento
Associacionismo	Aprendizagem Associação de ideias	Repetição e extinção do comportamento
Comportamentalismo	Comportamento Análise comportamental Reflexo condicionado Condicionamento operante Interação sujeito- ambiente Estímulo Resposta	Repetição e extinção do comportamento Reforço Punição Esquiva Fuga Aprendizagem
<i>Gestalt</i>	Percepção (similaridade, continuidade fechamento, proximidade, figura e simetria) Sensação	Campo psicológico Campo social Força do campo Espaço vital Interação sujeito-ambiente Interpretação da realidade

	Comportamento Forma Isomorfismo	Dinâmica de grupos
Psicanálise	Inconsciente Inconsciente coletivo Aparelho psíquico Id, Ego, Superego Pulsão, Eros, Tanatus Libido Sexualidade Afetividade Mecanismo de defesa Neuroses, histeria Trauma Existência	Sintoma Repressão Recalque Resistência Conflito Associação livre Desejo Sonhos, chistes, ato falho Infância Personalidade Caráter Linguagem
Sócio-histórica	Mundo psíquico Construção histórica e social do humano Consciência Subjetividade individual e social	Condições de vida Relações e vínculos sociais Linguagem Pensamento Homem concreto
Desenvolvimento	Desenvolvimento Conflito sócio-emocional Superação Aprendizado Confiança Segurança Otimismo Amor/afeto Apoio psicológico Paciência Autonomia Proteção Iniciativa Culpa Imaginação Cooperação Equilíbrio psicológico Criatividade Relacionamento em grupo Organização Autodisciplina Identidade Sentimento de inferioridade	Pensamento Percepção do movimento Vida mental Aparelho reflexo Comportamentos Emoções primárias Escolha afetiva Atitude passiva Atitude participativa Linguagem Interação Comunicação Eu Egocentrismo Desejos/fantasias Jogo simbólico Sentimento interindividual Interesse Maturação Operações Capacidade de reflexão Relações causa-efeito Ideias sob dois pontos Conceito número Noção de conservação

	Sexualidade Vocação profissional Intimidade Relacionamento com intimidade Maturidade Integridade Autoimagem Satisfação pessoal	Vontade Sentimentos morais Sentimento de pertencimento Organização grupal Interiorização Conflitos Projeto de vida
Aprendizagem	Aprender Comportamento Condicionamento Cognição Forças propulsoras Condições ambientais Organização cognitiva Compreensão Aprendizagem mecânica Aprendizagem significativa Desenvolvimento proximal	Motivação Satisfação Interesse Adaptação Inteligência Experiência Processo ensino-aprendizagem Percepção Habilidades Caráter simbólico
Institucional	Estrutura psíquica Dinâmica Comunicação Ego sincrético Ego organizado Psico-higiene Variáveis manifestas Variáveis latentes Conflito Ambiguidades	Diagnóstico Grupo primário, formalizado e secundário Organização Sintomas Projeção Depositária da personalidade Clivagem Sociabilidade Interjogo
Social	Papéis sociais Percepção social Comunicação Socialização Grupos	Atividade Consciência Identidade Cultura Representações sociais Significados

3.2 Reconhecendo os conceitos psicológicos por meio do discurso

O sistema penal foi constituído no decorrer da história, com base em determinados conhecimentos e com intencionalidades. O processo de elaboração da lei, institucionalização do procedimento até a atuação do agente do Estado no que tange à definição do delito, julgamento e

penalidade, é fundamentado por um volumoso arsenal teórico e ideológico. Zaffaroni e Pierangeli (2008), em uma obra que sistematiza o Direito Penal brasileiro, demonstram, ao analisar os discursos e argumentos com que cada um dos setores do sistema penal (policial, judicial e executivo) procura explicar e justificar sua participação, que é possível verificar que não há uma só ideologia do sistema penal, mas uma multiplicidade de discursos. O discurso judicial é marcado pelo garantismo, pragmatismo e legalismo, é regulatório e burocrático. Enquanto que o discurso policial é predominantemente moralizante e o discurso penitenciário, terapêutico. Além das diferentes (e, em muitos momentos, conflitantes) abordagens, existem correntes teóricas distintas para cada um desses discursos, o que resulta em uma larga matriz de possibilidades de compreensão do fenômeno da criminalidade e da penalidade.

Warat (1994) também problematiza o discurso dos juízes como forma de expressão da ideologia institucional de produzir normalidade, “Ora, o que os órgãos judiciais não parecem habituados a fazer é apresentar os conteúdos divergentes como tal. Eles buscam sempre assumir a aparência da predeterminação normativa. O juiz pode apartar-se da norma sempre que pareça não apartar-se... As técnicas lingüísticas, as falácias, o modo de apreciação dos fatos, os princípios gerais do direito, as teorias e conceitos dogmáticamente elaborados e os métodos de interpretação contribuem retoricamente para que o juiz possa afastar-se dos sentidos geralmente aceitos como conteúdos materiais das normas gerais, criando o efeito de que não se alienam dos mesmos” (WARAT, 1994, p. 62). O discurso, seja por meio de documentos ou de falas, parece um campo privilegiado para exame das relações dos conceitos psicológicos.

Partindo do pressuposto que a presença de conceitos psicológicos no Direito Penal se dá por meio de discursos institucionais, parece oportuno considerar a construção analítica de Marlene Guirado (2006) que propõe um diálogo da Psicologia Institucional de Bleger, Lapassade e Guilhon, inspirada na psicanálise, com a análise de discurso. Nesse contexto, reconhece-se que há uma relação entre o discurso e a subjetividade, o que pode ser abordado por meio de uma escuta analítica. Essa abordagem permitirá lançar esforços de compreensão para as instituições que produzem o Direito Penal (parlamento e judiciário) e para os indivíduos que o aplicam, os profissionais do Direito. Guirado demonstra que as relações (imaginadas, simbolizadas, representadas) estabelecidas no discurso que se originam da burocracia (ordem simbólica), passam a ser ratificadas, legitimadas e assumidas pelos sujeitos ou grupos como naturais (GUIRADO, 2006).

Guirado (2006) apresenta, como método de pesquisa da Psicologia, a análise institucional do discurso, que busca da sociologia o conceito de instituição enquanto práticas ou relações sociais, conforme descrito por Guilhon Albuquerque; da análise de discurso francesa os parâmetros de gênero de discurso, comunidade discursiva, cena enunciativa e a noção de contexto, como defendido por Maingueneau. Trata-se de uma Psicologia que se desenvolve na fronteira com a linguística, a sociologia e a psicanálise. Assim como Guirado, Orlandi (2002) demonstra que a análise de discurso não é uma proposta de interpretação linear, ao contrário, requer o reconhecimento de certa discursividade que identificará o sujeito, a linguagem e a história, bem como a forma como sua produção. Orlandi, autora brasileira orientada pela análise de discurso oriunda da Escola Francesa de Pêcheaux, reconhece as ambiguidades presentes no texto, de elementos inconscientes, com sentido e significado próprios de uma singularidade.

Assim, levando-se em conta a análise de discurso no âmbito da Psicologia Institucional, será examinada a legislação penal, sentenças criminais e falas de juízes de direito de forma a identificar a presença dos conceitos psicológicos, suas relações, representações, filiações e intencionalidades.

3.3 Apresentando as escolhas quanto ao campo de pesquisa

A discussão da culpabilidade e da dosimetria, pelas razões já apresentadas, foi o debate jurídico escolhido para exame do fenômeno aqui investigado. Considerando os crimes de competência do Tribunal do Júri, ou seja, os crimes dolosos contra a vida (homicídio, infanticídio, participação em suicídio e aborto), pareceu, ao menos inicialmente, que haveria maior dedicação para construção de argumentação quanto à culpabilidade nesse contexto. Dessa forma, partiu-se para um levantamento dos Tribunais do Júri no Distrito Federal e seus respectivos processos, onde esta pesquisadora teria oportunidade e abertura para realizar a pesquisa.

A Tabela 4 demonstra o número de processos de competência do Tribunal do Júri por cidade, sendo que no caso das seis primeiras cidades da tabela há processos que tramitam no Tribunal do Júri, mas não são os crimes dolosos contra a vida. Importante ainda salientar que nem todos esses processos possuíam sentenças.

Tabela 4 – Distribuição dos processos de competência do Tribunal do Júri por região, posição de 14/11/2013

Região	Processos⁶
Riacho Fundo	238
Núcleo Bandeirante	731
São Sebastião	553
Santa Maria	598
Brazlândia	489
Gama	353 ⁷
Samambaia	546
Paranoá	235
Taguatinga	477
Sobradinho	304
Planaltina	309
Ceilândia	535
Brasília	610
TOTAL	5978

Em seguida, formulado o instrumento de coleta (APÊNDICE I), foi feita uma abordagem inicial no campo, tendo como mês de referência janeiro de 2013, na circunscrição de Brasília e Samambaia. Foram analisadas todas as decisões, de pronúncia e de sentença, de todos os processos com sentença, por meio do sistema informatizado onde constam os processos ativos. Os resultados da testagem inicial do instrumento e verificação dos dados existentes no campo foram apresentados na banca de qualificação deste trabalho que corroborou as seguintes conclusões: a) excluir as sentenças de pronúncia uma vez que foram encontradas poucas referências a conceitos psicológicos, por não ser a fase do processo penal em que se aprofunda as questões de mérito; b) restringir o estudo aos casos de homicídio, pois foram os únicos incidentes no mês de referência e outros crimes, dada sua pouca frequência, eventualmente poderiam

⁶ Os números registrados nas cidades de Riacho Fundo, Núcleo Bandeirante, São Sebastião, Santa Maria e Brazlândia contêm processos que não são apenas da competência do Tribunal do Júri.

⁷ Na cidade do Gama também estão contabilizados os processos de crimes de trânsito.

distorcer algum aspecto da interpretação; c) delimitar a verificação a três meses (10, 11 e 12/2013) visto que os textos de sentença encontrados na abordagem inicial do campo podem ser considerados repetitivos, não havendo significativa importância em analisar grande quantidade de sentenças em um longo período temporal (poderia ser interessante realizar uma comparação das sentenças proferidas em décadas diferentes, mas, além de não ser objeto desta pesquisa, isso seria de difícil operacionalização considerando que o sistema informatizado só dá acesso a processos ativos a partir de 2010); d) utilizar o maior número possível de Tribunais uma vez que interessa conhecer as diferenças entre os discursos dos vários indivíduos, no entanto, devido aos territórios de Riacho Fundo, Núcleo Bandeirante, São Sebastião, Santa Maria e Brazlândia possuírem ocorrência de outros crimes no Tribunal do Júri, o que dificultaria o processo de coleta, optou-se por retirá-los da amostra, restando os Tribunais de Brasília, Gama, Samambaia, Paranoá, Taguatinga, Sobradinho, Planaltina e Ceilândia.

Quanto à legislação penal existente, interessa nesse caso o Código Penal e o Código de Processo Penal, uma vez que no que tange à criminalização primária (processo legislativo) são esses dois textos que melhor retrataram a discussão da culpabilidade e dosimetria. A coleta de informações foi feita com bases nos campos descritos no APÊNDICE II.

Para melhor compreender as referências e relações estabelecidas dos conceitos psicológicos utilizados, bem como ajustar o entendimento obtido a partir da manifestação dos sujeitos, foram realizadas entrevistas com juízes que atuam no Tribunal do Júri do Distrito Federal e Territórios, com base em roteiro de entrevista semidirigida (APÊNDICE III e IV).

3.3.1 – Perguntas orientadoras

As questões que orientam o exame neste estudo são:

- a) Quais são os conceitos psicológicos mais usados, implícita ou explicitamente, na discussão da culpabilidade?
- b) Em que se fundam?
- c) Para que são usados?
- d) Há indícios de modificação dos seus usos ou significados desde o processo de formação até o exercício em longo período da magistratura?

3.3.2 – Pré-concepções

As pré-concepções acumuladas por meio do exame teórico realizado até então e durante a identificação deste problema de pesquisa podem ser relacionadas da seguinte forma:

- a) O sistema penal e a Psicologia estão conformados pelo modelo de ciência calcado nas bases biológicas e naturais;
- b) O sistema penal e a Psicologia servem a interesses sociais comuns;
- c) O Direito Penal sedimentou-se nas criminologias que foram lastreadas em concepções médicas e psicológicas, cujas bases predominantes ainda são, no século XXI, as biológicas e naturais, no entanto há outras construções teóricas que podem ser mais adequadas aos fenômenos em questão;
- d) Os conceitos psicológicos que embasam o Direito Penal estão baseados em noções positivistas e heginistas;
- e) A Psicologia, e em especial a Psicologia Jurídica, foi formatada em um contexto disciplinador e, no século XXI, continua aplicando conceitos de sujeito, individualidade, identidade e imagem que viabilizam a categorização, separação e marcação das pessoas;
- f) A pretensão de objetividade da Psicologia, de aferição daquilo que é interno no sujeito, interessa ao Direito Penal, porém essa promessa, que está embasada na razão cartesiana para fins positivistas, não dá conta da complexidade da condição humana;
- g) Predomina na dogmática o uso dos conceitos psicológicos com base nas ciências biológicas e naturais;
- h) O Direito, em geral, parece ter um problema por não considerar adequadamente (negar) a dimensão afetiva do ser humano; mas na discussão da culpabilidade há uma peculiaridade, a dimensão afetiva foi estereotipada e, além disso, houve uma fixação na consciência.
- i) Predomina nos juízes o uso do senso comum na aplicação dos conceitos psicológicos, embora no início da carreira haja uma tentativa de uma ‘maquiagem’ científica;
- j) Para a Psicologia e o sistema penal reconstruírem a própria prática, tendo em vista as políticas públicas e os Direitos Humanos, é necessário rever a formação superior, analisando criticamente os conceitos, teorias e instrumentos;

k) É necessário construir uma teoria científica crítica com relação ao sistema penal.

3.3.3 – Sujeitos

a) Juízes do Distrito Federal e Territórios

3.3.4 – Situação da realização da pesquisa de campo

Situação da observação indireta por meio de documentos:

- a) Foram observados os conceitos psicológicos presentes no código penal e código de processo penal;
- b) Foram observados os conceitos psicológicos presentes em sentenças de processos criminais por meio de documentos oficiais do Tribunal do Júri.

Situação da realização da observação indireta por meio de roteiro

- a) Foi acordado com os juízes atuantes no Tribunal do Júri o momento apropriado para realização da entrevista por meio de roteiro de entrevista semidirigida.

3.3.5 – Coleta e registro de dados

A coleta de dados ocorreu por meio de três procedimentos:

- a) Pesquisa bibliográfica;
- b) Observação indireta por meio de documentos oficiais;
- c) Observação indireta por meio de roteiro de entrevista semiestruturado.

O CAMPO DO TRIBUNAL DO JÚRI

É certo que todo o ritual jurídico mediado por pessoas revela aspectos das construções conceituais desenvolvidas por elas, mas a exposição disso não é óbvia, é preciso ler o cenário. No âmbito do Tribunal do Júri há especificidades que precisam ser consideradas para realizar essa leitura, que dizem respeito aos papéis, tempo e espaço próprios a esse ambiente. A riqueza dessa constituição é fascinante, há muitas possibilidades de interação e interpretação e muitos estranhamentos e questões que se colocam com poucos graus de aproximação. Por isso, em vários momentos da pesquisa precisei resistir aos desvios de me aprofundar neste ou naquele assunto; no entanto, como sei que os desvios também falam pelo campo e, como chistes, revelam, esses temas serão relatados nesta fase da apresentação dos resultados. O mesmo acontecerá com os desconfortos, nascidos de situações dadas como acabadas e prontas, mas que pareciam um quebra cabeça com peças que não se encaixavam. Esse conjunto de informações irá compor o cenário, ampliando a compreensão sobre os avanços e limites dos resultados desta pesquisa.

Este capítulo inicia o relato do diálogo mais específico com o ambiente de pesquisa escolhido. Inicialmente, será abordado o próprio Tribunal do Júri cujas peculiaridades marcam as sentenças e os discursos em torno delas. Em seguida, será apresentado o contexto do Tribunal do Júri do Distrito Federal e dos Territórios. Em ambos os casos, o texto dialogará com as informações coletadas nas sentenças, na legislação e nas entrevistas.

4.1 Dos limites e das possibilidades

Os julgamentos de homicídios no Tribunal do Júri estão circunscritos por determinadas condições. Conhecê-las permitirá distinguir os seus movimentos, bem como colocar no lugar adequado o que foi identificado neste trabalho. Essas condições têm a ver com a dinâmica da construção dos autos de um processo de homicídio e do ambiente do julgamento, o papel de cada integrante e as características da sentença, questões que serão descritas a seguir.

4.1.1 – As etapas, os integrantes e os papéis no Tribunal do Júri

Na competência do Tribunal do Júri estão os crimes dolosos contra a vida (homicídio, infanticídio, participação em suicídio e aborto), sendo que o julgamento é precedido de outras duas fases: o inquérito policial e o processo judicial. O inquérito policial é a fase provisória e informativa que busca ofertar elementos de apuração da prática da infração penal e de sua autoria. A autoridade policial instaura um inquérito policial a partir da notícia do crime feita por qualquer cidadão, pela polícia militar ou por requisição do Ministério Público. Caso a polícia identifique o possível culpado em 24 horas, ocorrerá o flagrante, com a prisão provisória da pessoa. Nessa fase inquisitória, a Polícia Civil iniciará a investigação ouvindo depoimentos, coletando provas, fazendo exames e outras diligências. Depois de concluído, o inquérito policial é remetido ao Ministério Público, que poderá ou não formalizar a acusação por meio da denúncia, assim como poderá juntar ou não o inquérito no processo judicial.

Caso seja apresentada a denúncia, o juiz poderá aceitá-la se encontrar indícios da ocorrência de crime e da autoria. No entanto, se o juiz considerar que o fato não é tipificado como crime, que há uma previsão legal de ter agido daquela forma, ou, ainda, que foi extinta a punibilidade por algum motivo, ele poderá rejeitar a denúncia e não pronunciar o réu, conforme explicita o texto de uma das sentenças de pronúncia dos processos consultados:

“O marco processual que se apresenta abre possibilidade para quatro categorias de decisões: a pronúncia, caso se verifiquem a materialidade e os indícios suficientes de autoria; a impronúncia, se ausentes materialidade e indícios de autoria; a absolvição se configuradas uma das hipóteses do art. 415 do CPP; e, por fim, a desclassificação se ausentes indícios de crime doloso contra a vida...

Dessa forma, tem-se como certa a materialidade delitiva e a presença de indícios apontando o réu como suposto autor dos crimes imputados, razão por que, de regra, deve o caso ser submetido ao Júri Popular, detentor de competência constitucional para avaliar com profundidade a prova e proferir o correto veredicto, pois, nesta fase, exerce-se mero juízo de admissibilidade, contentando-se o ordenamento jurídico com a prova da existência do crime e meros indícios de autoria” (Processo 29).

Na sentença de pronúncia não são esperadas análises profundas por parte do juiz, ao contrário, deve-se admitir ou não os fatos apresentados, com base no que estiver presente nos autos. Uma das funções da pronúncia parece ser impedir que um inocente seja submetido aos riscos de um julgamento por um conselho de sentença de leigos, além de poupar os recursos públicos e o tempo dos profissionais da Justiça com situações sem fundamento. Nesse sentido, isso confirma o que foi encontrado na testagem do instrumento da coleta das sentenças, quando poucas noções de conceitos psicológicos foram referidas nas sentenças de pronúncia, conforme declara um dos juízes: “De fato a função da sentença de pronúncia é verificar os indícios, organizar os elementos e não fazer análise de mérito. Na sentença final se trabalha mais com a dosimetria da pena” (J75).

Na próxima fase do processo, serão tomadas todas as providências solicitadas pelo promotor (tido como o “dono” do processo, por ter apresentado a denúncia) e pelo defensor, como intimação de testemunhas, apreensão de armas, busca e apreensão de laudo, entre outras ações que visam preparar os autos para o julgamento que ocorrerá no plenário.

Quando da entrevista com os juízes, foi possível circular pelos espaços do Tribunal do Júri, alguns com mais e outros com menos estrutura, principalmente no ambiente interno, onde ficam os alojamentos dos jurados, secretarias, espaço para refeições, sala secreta, sala das testemunhas, entre outros. Os plenários dos Tribunais do Júri, no entanto, oferecem estruturas semelhantes, com espaços bem marcados para cada participante; o juiz, o promotor, o defensor, o réu, os jurados, as testemunhas, a plateia, os oficiais de justiça e outros mais. A altura das cadeiras e o tamanho da mesa também transmitem noções de status e hierarquia aos presentes, o que ainda é percebido pelos procedimentos rigorosamente previstos e autorizados ou não pelo juiz. Essa configuração compõe a construção do poder simbólico do campo jurídico (BOURDIEU, 2009) que legitima seu saber/poder. Porém, é preciso reconhecer um componente a mais no julgamento do Tribunal do Júri, também denominado, júri popular: a presença de leigos que representam “o povo julgando”, chavão largamente reproduzido no ambiente jurídico. Kant de Lima (1995) alerta para as restrições do mito da representatividade popular no júri, mesmo assim, há que se destacar a entrada de entes tradicionalmente não autorizados a falar no espaço de poder do Direito. Isso gera impactos, inclusive com relação à forma de escrever a sentença: “No Tribunal do Júri a sentença é lida ao final do julgamento, eu preciso ter certeza que

as pessoas presentes vão entender tudo que está sendo lido, então, o texto é simples e direto” (J45).

Para o julgamento do Tribunal do Júri são selecionados sete jurados entre os que foram convocados da lista disponível no Tribunal e se fizeram presentes. O juiz interroga o réu, ouve as testemunhas de acusação e de defesa, faz a leitura do libelo e do relatório final com as informações mais importantes do processo e, então, iniciam-se os debates orais entre a acusação e a defesa. Ao final, o juiz lê os quesitos do julgamento que devem ser respondidos pelos jurados. Os jurados se retiram para sala secreta e, sob a presidência do juiz, votam sim ou não para os quesitos. De volta ao plenário, o juiz lê a sentença, condenando ou absolvendo o réu, seja pelo crime doloso contra a vida ou por outro caso os jurados tenham decidido pela desclassificação, indicando decisão monocrática do juiz. A sentença, portanto, é elaborada conforme a decisão do conselho de sentença, ao juiz cabe avaliar o grau de culpabilidade e os outros itens que compõem a dosimetria da pena, podendo ou não decidir pelo direito do réu de recorrer em liberdade, conforme o regime de cumprimento de pena fixado, eventual tempo de reclusão aguardando julgamento e existência ou manutenção de elementos que definiram a prisão preventiva. O reconhecimento da decisão dos jurados é expresso na sentença, em termos semelhantes a esse exemplo:

“O Conselho de Sentença respondeu aos quesitos quanto à vítima *fulano* e votou positivamente quanto à materialidade e à autoria. Em seguida, reconheceu que o réu deu início à execução de um crime de homicídio que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade. Prosseguindo, não absolveu o réu e também não reconheceu o privilégio. Por fim, não acolheu a qualificadora do motivo torpe, mas reconheceu a do recurso que dificultou a defesa da vítima” (Processo 29).

A peculiaridade da existência de uma decisão soberana dos jurados, colocou questões para este estudo. A principal delas tem a ver com o que de fato pensa e expressa o juiz, uma vez que aqui interessa o discurso jurídico por meio das sentenças como forma de leitura de um discurso institucional que faz ou não uso de conceitos psicológicos. Será que o juiz realmente tem liberdade para expressar seu entendimento diante do limite do seu papel nos julgamentos do Tribunal do Júri? No diálogo com os juízes ficou evidenciado que sim, o juiz tem na dosimetria

da pena a oportunidade de manifestar seu entendimento, que, de forma menos ou mais explícita, revela seu julgamento sobre os fatos do processo, como expôs esse juiz:

“Nem tudo que o juiz pensa está na sentença, inclusive pela limitação que é imposta pela própria decisão dos jurados, às vezes o juiz não concorda com essa decisão. Não só quanto ao resultado em si, mas quanto aos parâmetros das penas que são definidos por eles também, muitas vezes eles acham que se fazem presentes, a gente acha que não, ou vice e versa. É preciso usar até uma certa criatividade. Vou te dar um exemplo: privilégio. Às vezes os jurados reconhecem um privilégio que não existiu, mas se eles reconhecem, eu não posso deixar de na hora da sentença levar em consideração na diminuição da pena. A lei fala de 1/6 a 2/3, se a minha convicção é de que não houve privilégio, mas eu sou obrigado a reduzir, tendo esse parâmetro que a margem é minha, eu escrevo: os jurados reconheceram que há esse privilégio, no entendimento deste juiz não existe, então, para não desrespeitar o veredito dos jurados, reduzo pelo mínimo. Eu sou muito sincero e incisivo. Alguns entendem que é desrespeitar os jurados, pouco importa, eu preciso de alguma valoração a partir de algum indício, como não encontro, uso o argumento para reduzir menos” (J45).

Nesse sentido, a entrevista com os juízes se confirmou como uma estratégia imprescindível para compreender como os juízes conceituam, usam e valoram conceitos com aportes psicológicos que compõem a sentença final de um processo de homicídio. E, também por outro motivo, a maioria das sentenças (como já havia sido identificado no estudo exploratório), apresentava um texto padronizado e reduzido em termos de descrições causais, explicativas ou valorativas sobre os acontecimentos. Esse aspecto será mais bem tratado no próximo item.

4.1.2 – A arte de escrever sentenças

Na coleta das sentenças foi possível observar a ocorrência de um padrão de estilo de redação para cada juiz, assim como verificar que alguns aspectos da sentença se mostravam recorrentes para alguns juízes, como, por exemplo, ponderar as consequências dos danos do crime para a vítima ou para a sociedade como forma de agravar a pena, considerar a falta de atividade profissional como item revelador de má conduta social, levar em conta os antecedentes criminais para avaliar a conduta social ou a personalidade, entre outros fatores. No que tange ao estilo de redação, dos 14 juízes que tiveram sentenças avaliadas, dois deles apresentavam uma

redação mais detalhada. Os demais, com exceção de uma ou outra sentença, adotavam textos sintéticos. Nessa transcrição é possível evidenciar as situações excepcionais: “Há casos que há maior dedicação na pesquisa e análise dos assuntos envolvidos no processo e na redação da sentença. Quanto eu estava na Vara X, era mais apropriado isso e há algumas sentenças bastante desenvolvidas onde se avalia com mais precisão a personalidade, aspectos malignos, escolhas perversas...” (J5).

Com relação à constatação de que a maioria dos textos – das quase 300 sentenças examinadas – era sintético⁸, inicialmente isso gerou preocupação quanto à possibilidade de verificação do uso dos conceitos psicológicos, mas tal preocupação foi afastada ao longo da pesquisa, o que será descrito em profundidade no próximo capítulo. De qualquer forma, restava a indagação sobre quais fatores estariam favorecendo a tendência de textos mais sintéticos, sendo que as entrevistas possibilitaram enumerar os seguintes: a) intuito do juiz de evitar questionamentos sobre o texto e, conseqüentemente, reforma das sentenças nos tribunais superiores; b) reconhecimento de que o juiz sabe pouco sobre o réu e a vítima; c) preocupação do juiz em não se estender em temas que podem ser mal interpretados (politicamente incorretos); d) reconhecimento da limitação quanto ao tempo de elaboração da sentença, uma vez que ela deve ser lida ao final do julgamento; e) entendimento de que não cabe ao juiz se estender em aspectos pessoais dos envolvidos no processo penal. Os dois primeiros fatores enumerados foram aqueles que mais incidiram nos discursos dos juízes entrevistados.

“No papel não aparece muito o exercício da avaliação psicológica. Isso tem a ver com alguns motivos: procura-se evitar dar margem para que a decisão seja reformada em segundo grau, evitar dar margem a reparos, assim, escreve-se só o que é essencial, evita-se o que pode ser rebatido. A avaliação do Tribunal tende a ser mais elitista, por uma situação óbvia, mais acima, mais perto do poder; a população não consegue acessar com igualdade essas instâncias e nem os que estão nesse espaço vêem a população. [Eles] compreendem melhor a elite, que é com quem se identificam. Outro motivo da economia na redação tem a ver com o policiamento ideológico do “politicamente correto”, [que] é outro fator de controle da redação. Exemplifico com um caso em que a vítima foi assassinada por um amante de uma relação homoafetiva, sendo que ela constituía família heteroafetiva e nunca havia revelado essa vida dupla para os seus familiares.

⁸ Aspecto também constatado por Beatriz Vargas Rezende (2011) em pesquisa com sentenças sobre tráfico de drogas no Distrito Federal e por Machado (2009) que descreve as sentenças como um texto que diz muito, mas nada explica. No entanto, esta pesquisa demonstra que essas explicações existem, sejam adequadas ou não, mas não são expressas, muitas vezes, para se esquivar da possibilidade de reforma da sentença.

O réu, tendo revelado a identidade bissexual no depoimento inicial, recuou posteriormente alegando legítima defesa. Cheguei a considerar a possibilidade de mencionar na dosimetria da pena, após a sentença da condenação dos jurados, a elevação do grau de culpabilidade em virtude de que, além das consequências típicas do crime de homicídio, atingiu-se a moral da vítima e de sua família. Veja, não estou valorando as relações afetivas, não se trata do tipo de relacionamento que a vítima mantinha, mas da omissão à família, que além da perda de um parente, precisou se ver com a possibilidade de ignorar como de fato vivia uma pessoa que eles julgavam conhecer. Porém, fiquei pensando que isso poderia ser mal interpretado e não tratei disso na sentença. Por fim, no caso do homicídio, a sentença precisa ser escrita na hora, precisa ser lida ao final do julgamento [no Tribunal do Júri], não há muito tempo para muitas elaborações” (J5).

“Levo muito pouco em consideração os aspectos psicológicos do réu. Se conhece muito pouco o réu e a vítima. Em geral, no processo há poucas informações sobre sua vida, sua rotina, as circunstâncias do ponto de vista da dinâmica e razões pessoais dos fatos em questão, entre outros. Como levar em conta esses aspectos se não os conhecemos? É difícil.” (J15).

“inclusive porque não seria o meu papel tratar desses temas, embora, em alguma medida, eu precise. O juiz tem um papel diferente do psicólogo” (J50).

Sobre a preocupação do juiz em evitar estender-se em textos que podem gerar questionamentos, foram encontrados registros nos processos que confirmam tais reservas: “O acórdão prolatado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, de fls. 650-661, o qual transitou em julgado, fl. 645, anulou a decisão de pronúncia, a fim de que outra fosse proferida, em razão do vício de excesso de linguagem” (Processo 269). No entanto, também foi possível identificar discursos críticos com relação à postura assumida por alguns juízes devido à suposta incompreensão do Tribunal quanto às sentenças de primeiro grau ou, ainda, de eventual falta de coerência e critério para reforma das sentenças.

“Há muitos que se escondem atrás dos seus limites, dizem: ‘quando eu for juiz vou... porque agora tenho as restrições...’, ‘quando eu for desembargador vou...’, ‘quando eu for ministro vou....’. Importante é fazer o máximo que lhe for possível dentro da sua posição” (J5).

“Não tenho receio de as minhas sentenças serem reformadas. Sei quais são as causas de reforma, eu me previno. Tem como fazer, tem como aumentar sem reformar. Juiz não gosta de ter suas sentenças reformadas, ninguém gosta, mas, alguns dizem: “eu dou pena alta mesmo”.

Está errado. Aumentar por aumentar, você está pedindo para ser reformado. Minhas penas, regra geral, não são altas, mas é porque eu sei onde reforma. Se eu já sei onde reforma, não tem porque ficar azucrinando o réu. Quando reforma, é porque está errado... O Tribunal caça [a sentença] quando está errado. Eu falo para o réu tranquilamente: recorra, recorra porque você será julgado por desembargadores que são mais experientes, mais vividos e mais inteligentes do que eu. E são mesmo. O pessoal reclama: ‘ah, esses velhos!’ Quando eu estiver mais velho, provavelmente, eu vou estar melhor na arte de julgar. Eu estou melhor agora, do que há um ano atrás” (J30).

Seja por esquivas ou por convicção, tanto no caso dos juízes que dão ênfase ao cuidado com o texto devido a possíveis reformas, quanto no caso daqueles que afirmam a necessidade de se posicionar com ênfase, fica evidenciado que o processo de julgar é solitário. Em nenhuma das construções discursivas aparecem mecanismos de compartilhamento de entendimentos ou de consensualização de decisões. O juiz precisa decidir consigo mesmo o que é mais justo, diante de muitas ausências, sem conhecer bem os interesses das partes. Regina Lúcia Teixeira Mendes (2011), ao pesquisar o princípio do livre convencimento motivado, demonstra a presença da ideia de iluminação ou acesso a um saber revelado que ajuda a conduzir o juiz a uma decisão. Sendo dessa forma, não é considerado adequado compartilhar o entendimento, pois isso pode contaminar a decisão. A autora constata que “a própria máquina judiciária brasileira impõe a decisão solitária uma vez que não cria mecanismos de consensualização de decisões... É muito comum os juízes fazerem menção às discussões ‘em tese’ e mencionarem a formação de convencimento sobre matéria de direito, isto é, discute-se qual a melhor interpretação de uma norma e não a decisão de um caso concreto” (MENDES, 2011, p. 185).

Especificamente na sentença criminal, Machado (2009) ressalta que a decisão é baseada recorrentemente em jargões jurídicos e discursos evasivos, dificultando a compreensão do que efetivamente orienta a fixação da dosimetria da pena e, em certa medida, dificultando o contraditório e a ampla defesa, pois não é possível refutar o que se desconhece. Esse mesmo autor verificou casos em que a falta de explicitação da fundamentação para majorar a pena-base foi motivo para nulidade da sentença. Nesse sentido, as entrevistas revelaram que os juízes reconhecem a fragilidade apontada por Machado, sendo que isso se relaciona com a dificuldade de ter elementos que possam responder questões de ordem psicológica e social feitas pelo Direito Penal, por meio da legislação. Diante disso, faz sentido inquirir: será que o Direito Penal está fazendo as perguntas certas? Para que serve essa discursividade em torno da mensuração das

condutas? Essas são importantes indagações que serão retomadas quando da análise dos dados das sentenças.

4.1.3 – A experiência dos autos e a experiência do júri

Este estudo está dirigido para identificação do uso dos conceitos psicológicos ou seus aportes nas sentenças, considerando o entendimento do juiz como representante de um discurso institucional. Porém, não se ignora a farta ocorrência de demonstrações de uso de conceitos e mecanismos psicológicos durante o julgamento do Tribunal do Júri que passam pela teatralidade do promotor e do defensor, pelas concepções pessoais e processos de identificação dos jurados⁹, pela interpretação da narrativa dos autos, entre tantos outros aspectos não declarados na sentença.

Angela Moreira-Leite (2006), que realizou uma pesquisa etnográfica no Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, concluiu que o Tribunal do Júri excede os autos e a lei:

“[O Tribunal do Júri] leva em conta o que está nos autos, o que a lei determina. Mas, o que é dito ali, tanto nas palavras quanto nos gestos, extrapola esse conjunto. Aqui, nos processos, eles reduzem o viver social à lei, e lá, no Júri, estendem a abrangência do campo à sociedade. Há um diferencial ocorrendo no Júri, em relação a todo o formalismo existente no processo penal, nos autos e nas audiências.... A interlocução que os profissionais do Júri estabelecem com os jurados é inversa à que os profissionais do direito firmam nos autos dos processos penais onde só se julga o que está codificado” (MOREIRA-LEITE, 2006, p. 248).

A mesma autora explica que está prevista na dinâmica do júri certa permissividade para o distanciamento da verdade real que a doutrina prevê, abrindo espaço para aspectos que extrapolam os códigos, que estão na vida da própria sociedade. A sentença que encerra o julgamento não tem a intenção de apresentar esses componentes, parece ser justamente o

⁹ Sobre essa perspectiva Figueira apresenta um depoimento ilustrativo de um advogado: “Ganhar um júri é questão de talento puro. Se você conseguir botar lógica com emoção ou emoção com lógica, fazendo com que os jurados se transfiram do banco dos réus para a pessoa do acusado, como eu fiz no caso Neste caso eu disse: jurados, levantem. Caminhem comigo de mãos dadas; vamos subir até o quarto de Renata; naquela casa, naquela noite – do crime. Vamos juntos... Se você conseguir transportar os jurados para o local do crime; para o momento do crime e para a personalidade do acusado, você tem chance de conseguir uma vitória, uma redução de pena ou alguma outra coisa qualquer. Porque o ser humano é tão fraco, e é tão difícil julgar. Transfira para os jurados a responsabilidade de julgar um erro humano; a possibilidade de errarmos, e se errarmos não tem mais conserto. Aí você diz assim: vamos analisar como se fosse um filho, um pai, um marido, um irmão. Condenem! Mas, recebam primeiro, pelo menos, a imagem da verdade” (FIGUIERA, 2008, p. 181).

contrário: é o momento em que o juiz togado, pautado pela legalidade, traduz o resultado numa linguagem aceita no campo jurídico.

Nesse sentido, Figueira (2008) problematiza a distinção entre os juízes togados e os juízes leigos, demonstrando que os primeiros estão circunscritos à interpretação dos princípios e normas jurídicas, enquanto os juízes leigos têm a obrigação de decidir conforme suas consciências e os ditames da Justiça, como prevê o artigo 464 do Código de Processo Penal. Conclui com isso que “a sensibilidade jurídica adotada pela lógica do tribunal do júri causa um desconforto àqueles socializados na interpretação e aplicação de um direito codificado” (FIGUEIRA, 2008, p. 131). Esse desconforto pode estar relacionado com um eventual sentimento de ameaça ao poder simbólico (BOURDIEU, 2009) exercido pelo Direito, pois alguns aspectos do seu ritual e lógica são reconfigurados no Tribunal do Júri, como a própria existência de leigos e da amplitude dos acontecimentos do julgamento, não reduzido aos autos. Figueira (2008) questiona a adequação do Tribunal do Júri à cultura jurídica brasileira. Argumenta que no Brasil há prevalência da tradição da *Civil Law*, o direito positivado, a interpretação da dogmática jurídica, enquanto o Tribunal do Júri está ligado à tradição da *Common Law*, o direito costumeiro, a sensibilidade legal da comunidade. Por isso, o Tribunal do Júri geraria estranheza à lógica de produção da verdade jurídica adotada na tradição da *Civil Law*.

A descoberta da verdade é questão central na lógica do campo jurídico (capítulo 2) e é construída em três fases nos casos de homicídio: o inquérito policial, o processo judicial e o Tribunal do Júri. Porém, não é evidente que essas três fases sejam processos compatíveis e complementares. Enquanto o inquérito policial é unilateral e produtor de informações que denotam indícios para a fase seguinte, o processo judicial é bilateral e busca se fundamentar em provas. Por sua vez, os jurados serão informados sobre os conhecimentos produzidos acerca dos fatos, presentes nos autos, ouvirão os depoimentos das testemunhas no dia do julgamento, assistirão às manifestações da promotoria e da defesa, e decidirão conforme o seu sentimento, sem precisar fundamentar. A breve descrição dessas três fases apresenta diferentes parâmetros de desenvolvimento, o que pode gerar muitos questionamentos; porém, parece que os envolvidos desenvolvem discursos que explicam e harmonizam possíveis incompatibilidades: “Com a prática de vários anos de Tribunal de Júri reconheço nessa mecânica uma sabedoria às avessas, um conhecimento e um olhar diferente que costumam chegar às mesmas conclusões que o juiz, porém, aparentemente, por motivos diferentes. Em alguma medida, é possível também que nós

exercemos, inconscientemente, influência sobre o pensamento do jurado: a entonação da voz, a ênfase em determinadas perguntas, alguma reação corporal sobre a manifestação do promotor ou do defensor. Isso aproxima os jurados do julgamento do juiz” (J45). Também por outro motivo é possível verificar a identificação entre juízes togados e leigos, o uso do senso comum e da sua subjetividade no processo de julgar. Pesquisas revelam que a suposta decisão técnica e imparcial do juiz togado, exclusivamente, também não existe (ROSA, 2004; MENDES, 2011). Essa conclusão será corroborada nos capítulos seguintes no que tange aos conceitos psicológicos no ato de julgar.

Ainda destacando a complexidade das questões psicológicas e sociais envolvidas na experiência do julgamento, é possível mencionar o processo descrito como sujeição criminal (MISSE, 1999). Essa é uma construção feita em torno das pessoas incrimináveis, que se inicia na fase do inquérito policial. Ao mesmo tempo em que os representantes do Estado usam desse simbolismo para indiciar, denunciar e pronunciar o réu, no momento do julgamento há uma tentativa de neutralizar os vários filtros sociais que mediam a relação dos jurados com aquele que foi submetido a esse processo. Essa tentativa nem sempre é verdadeira, às vezes compõe apenas um discurso retórico, pois há interesse em manter a representação social para convencer os jurados. Figueira identifica esse mecanismo no caso da vítima do processo por ele estudado “Sandro não é apresentado como um cidadão que comete um ato considerado como ilícito. Sandro é descrito pela defesa como um sujeito portador de uma identidade criminosa. Ele representa um risco para a sociedade. Há uma verdade que está inscrita nele, e o papel de criminoso contamina todos os demais papéis sociais” (FIGUEIRA, 2008, p. 108).

Por fim, é importante abordar a própria distinção entre a vida e a sua narrativa. O fato que está sendo julgado não é mais do que uma narrativa, uma tentativa de reconstrução da vida no pretérito perfeito, por meio de uma formação discursiva (FOUCAULT, 2005a). Rosa (2004), numa tese que discute a formação da decisão no processo penal, evidencia as limitações de testemunhos, das provas periciais, bem como o caráter fragmentário e reducionista dos autos. O mesmo autor, em um artigo sobre variáveis ocultas da decisão penal, descreve a construção da narrativa penal:

“Inexiste conhecimento direto sobre os fatos — salvo do crime acontecido na sala de audiência, mas julgado posteriormente por outro julgador. Todo material probatório é de segunda mão, nos autos ou fora dele: o julgador e jogadores constroem narrativas em face de um evento passado,

com as informações que estão à disposição. Nesse articular, a forma em que os fatos serão ajustados pode mudar o sentido.

A reconstrução do fato criminoso é sempre retratada por uma imagem ou filme (apresentada na denúncia/queixa) e que, analisada em face do que há antes (inquérito policial, auto de prisão em flagrante ou documentos) indica a existência de justa causa (informação mínima de materialidade e autoria) capaz de justificar a tipicidade aparente da conduta. Daí que se opera com imagens superpostas e narrativas controversas. Constrói-se uma narrativa englobante da acusação e daí em diante o jogo processual será de preencher ou esvaziar a história/imputação” (ROSA, 2014).

Diante disso, é possível afirmar que o processo penal é um aparelho que promove um esfacelamento dos sentidos e uma diminuição da complexidade da realidade social, ao mesmo tempo em que constrói uma nova biografia do real, por meio da sua linguagem e lógica, usando categorias que compõem um mundo a parte, o seu mundo, o mundo dos autos. Valendo-se do sentido de experiência empregado por Walter Benjamin (1969)¹⁰ – romancista e filósofo do final do século XIX e início do século XX – conclui-se que os autos apresentam uma experiência bastante esvaziada da realidade que irá subsidiar a experiência do julgamento do Tribunal do Júri, essa sim mais dinâmica, porém não menos artificial do ponto de vista do conteúdo julgado. Este trabalho está lidando com essas parciaisidades, a partir da experiência de um dos integrantes do Tribunal do Júri, o juiz, como representante de um discurso institucional do Direito Penal.

4.2 O campo do Tribunal do Júri do Distrito Federal e dos Territórios

A pesquisa das sentenças como forma de identificar o uso dos conceitos psicológicos, acrescida das entrevistas e da pesquisa na legislação, trouxe à tona um universo de muitas possibilidades de compreensão. Convém descrever com mais detalhes essas informações.

No capítulo 3 foram apresentadas as escolhas de aproximação com o campo, dentre elas a investigação sobre os Tribunais de Brasília, Gama, Samambaia, Paranoá, Taguatinga, Sobradinho, Planaltina e Ceilândia, considerando as sentenças no período de outubro a dezembro de 2013. A Tabela 5 apresenta a distribuição das sentenças encontradas nesse intervalo de tempo, em perspectiva com os processos em tramitação nas respectivas comarcas. As sentenças foram

¹⁰ A experiência é algo que passa a compor a narrativa do sujeito sobre a sua vida, algo que agrega valor, ideias e relações a sua história.

caracterizadas como válidas ou desconsideradas, sendo que as desconsideradas para fins de coleta do uso dos conceitos psicológicos são aquelas que registram as seguintes condições: extinção da punibilidade por morte do agente ou prescrição, sentença não disponível no sistema informatizado, arquivamento definitivo ou por falta de elementos para subsidiar a denúncia, documento em segredo de justiça; ou crime diverso do homicídio. Essa informação era obtida a partir do acesso a cada processo e, posteriormente, à sentença, que, nessas condições, não trazia elementos significativos para este estudo. Com relação à categoria sentença com mérito, ela se refere àquelas que trazem definição ao julgamento do processo, classificadas pelo Tribunal de Justiça no sistema como sentença tipo 1.

Ainda, é possível observar na Tabela 5 que as regiões com maior número de processos são Brasília e Ceilândia, e, no período em questão, aquelas regiões com percentual maior de sentenças válidas são Samambaia, Brasília e Planaltina, em ordem decrescente. Quanto ao percentual de processos sentenciados no mês, trata-se de um número ilustrativo que depende de diversas variáveis não examinadas em profundidade, como o número de juízes em atividade no período, disponibilidade de processos em condições de julgamento, entre outros. De qualquer forma, relevando as motivações para tais números, as regiões com maior percentual de processos sentenciados no período são Ceilândia, Planaltina, Paranoá e Gama, em ordem decrescente.

Tabela 5 – Distribuição de processos e sentenças por região

Região	Mês	Processos em tramitação	Sentenças com mérito	Total de sentenças por Região	% sentenças da região em relação ao total de sentenças	% processos sentenciados no mês	Sentenças válidas	Sentenças desconsideradas	
Brasília	out/13	896	17	49	17,8	1,9	28	21	
	nov/13	868	17			2,0			
	dez/13	829	15			1,8			
Ceilândia	out/13	850	29	78	28,3	3,4	32	46	
	nov/13	797	27			3,4			
	dez/13	808	22			2,7			
Gama	out/13	422	13	28	10,1	3,1	9	19	
	nov/13	425	10			2,4			
	dez/13	435	5			1,1			
Paranoá	out/13	311	8	21	7,6	2,6	7	14	
	nov/13	306	5			1,6			
	dez/13	296	8			2,7			
Planaltina	out/13	398	10	29	10,5	2,5	15	14	
	nov/13	387	9			2,3			
	dez/13	377	10			2,7			
Samambaia	out/13	618	6	19	6,9	1,0	12	7	
	nov/13	651	5			0,8			
	dez/13	657	8			1,2			
Sobradinho	out/13	369	9	23	8,3	2,4	7	16	
	nov/13	369	10			2,7			
	dez/13	380	4			1,1			
Taguatinga	out/13	646	11	29	10,5	1,7	14	15	
	nov/13	659	12			1,8			
	dez/13	672	6			0,9			
TOTAL			276				124	152	
							%	45	55

Atuaram nos processos com sentenças válidas 14 juízes. No grupo de três juízes com até cinco anos de magistratura, foram analisadas cinco sentenças válidas deste grupo. No grupo de sete juízes entre seis e 10 anos de magistratura, foram 74 sentenças válidas analisadas. No grupo

de quatro juízes com 11 anos ou mais de magistratura, foram 45 sentenças válidas analisadas. Em relação aos percentuais de sentenças válidas, a menor proporção das sentenças analisadas é de juízes com até cinco anos de magistratura, o que se deve a esses juízes estar há pouco tempo no Tribunal do Júri.

Tabela 6 – Distribuição de juízes e sentenças válidas analisadas por tempo de magistratura

Tempo de magistratura	Número de juízes	% de juízes em relação ao total	Número de sentenças válidas analisadas	% de sentenças em relação ao total
até 5 anos	3	21	5	4
entre 6 a 10 anos	7	50	74	60
11 anos em diante	4	29	45	36
TOTAL	14		124	

Considerando a metodologia proposta (capítulo 3) e a ideia de dialogicidade (BAKHTIN, 1992), em que há diálogo entre os interlocutores e os discursos, após a coleta de informações das sentenças, foram identificados os conceitos psicológicos usados por cada juiz e mapeadas questões para compreensão dos textos das sentenças envolvendo as impressões dos entrevistados sobre os seguintes aspectos: as possibilidades e limites de manifestação do entendimento dos juízes no texto das sentenças, a relação entre os aspectos psicológicos e o Direito Penal, a relação entre os aspectos psicológicos e a culpabilidade e dosimetria da pena, a relação ou/e importância da Criminologia para o Direito Penal, as questões que definem o comportamento humano, o processo de convencimento do juiz, a forma de redigir as sentenças, a avaliação psicológica, as fontes de conhecimento quanto aos conceitos psicológicos (APÊNDICE III). Foram entrevistados nove juízes, entre os 14 que atuaram em processos com sentenças válidas, e um juiz cujas sentenças não estavam acessíveis no sistema, mas que teve atuação no período em uma das comarcas. No capítulo seguinte serão apresentadas as informações obtidas nas coletas das sentenças, entrevistas e da legislação, bem como as análises pertinentes.

OS SABERES PSICOLÓGICOS NO PROCESSO DE JULGAR

Faria pouco sentido fazer uma pesquisa se não fosse para ter estranhamentos com aquilo que se sabe ou para encontrar arranjos não identificados antes. Além daquilo que foi verificado quanto às características majoritárias dos textos das sentenças (e as motivações para isso) e das estratégias de expressão do entendimento do juiz numa sentença que é parcialmente sua, uma vez que a decisão é dos jurados, vários outros aspectos complexificaram as pré-concepções apresentadas inicialmente (capítulo 3). Eles têm a ver com a avaliação que os juízes têm sobre seus conhecimentos psicológicos; a forma como resolvem a necessidade de ter que dizer algo; a (não) relação dos conceitos psicológicos usados com as teorias criminológicas e psicológicas; os usos ou desusos nas sentenças do que está previsto na legislação; os resultados do uso dos (não) saberes psicológicos para o processo penal e a (não) expectativa de relacionamento com os outros saberes. Diante disso ainda surgiram novas perguntas, uma bastante incômoda diz respeito a se os juízes precisam e devem mesmo saber mais sobre o ‘humano’, se o Direito Penal deve tratar disso e se isso não se voltaria, mais uma vez, a apenas reforçar sua programação estereotipada e vingativa. Essas questões serão tratadas a seguir.

5.1 “Sei que nada sei, mas preciso dizer algo”

O idealizado pelo legislador por meio do Código Penal e Código de Processo Penal coloca desafios às possibilidades dos processos e dos juízes. O artigo 59 do Código Penal impõe que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:” e, no artigo 60 que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59... em

seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. Então, a partir da determinação da pena-base por meio dos elementos do agente, o juiz deve verificar as causas atenuantes e agravantes examinando os elementos do fato, conforme previsto na legislação, e depois, para finalizar o cálculo, pode aumentar ou diminuir em frações, conforme a presença de causas específicas como a vítima tem a capacidade de resistência reduzida ou o réu agiu sob violenta emoção, respectivamente (CIRINO DOS SANTOS, 2007). Essa matemática está imersa em muitas possibilidades de julgamento dado o conhecimento ou não das variáveis que precisam ser avaliadas. Esse conhecimento diz respeito tanto à presença nos autos de informações sobre as variáveis, quanto ao que é necessário saber para valorá-las. Para exemplificar, no caso da personalidade, seria preciso a presença de informações pessoais confiáveis e amplas sobre as pessoas envolvidas, assim como saber conceituar personalidade, sua dinâmica e suas características para emitir um juízo de valor frente ao caso concreto. Nenhuma dessas dimensões parece estar disponível. Alguns depoimentos dos entrevistados demonstram isso:

“Não há nenhuma preparação nesse sentido, eu não conheço a Psicologia. Mesmo assim, preciso avaliar personalidade, motivação, conduta social. Como vou fazer isso?” (J15).

“Não tive nenhum contato com esses temas. A gente lê alguma coisa. Lembro que na parte da dosimetria da penal, na preparação para o concurso, tive uma aula com X e até hoje me lembro dele falando da personalidade e dos demais quesitos. Mesmo assim somos exigidos, é preciso desenvolver um *feeling*, acho que desenvolvemos isso com a prática e é um dom também, eu acho. Uns tem mais e outros menos. Tens alguns que não tem nenhum jeito, não gostam de atuar na vara criminal por isso, porque é difícil desenvolver esta percepção. Se tivéssemos ajuda, seria muito melhor. A convicção, a percepção, é embasada em dados do processo, mas há um olhar subjetivo do juiz, da experiência, de como se enxerga a situação” (J60).

“Como vou falar da personalidade do sujeito? Só a partir daquilo que está nos autos? Por exemplo, o réu batia na vítima com frequência. Às vezes isso já foi considerado na questão objetiva da pena, inclusive. Não é uma informação que pode ser usada” (J45).

Os juízes revelam incômodo com a situação posta para a realização do cálculo da dosimetria da pena. Afirmam não terem, na sua formação, instrumental suficiente para avaliar questões que envolvam aportes psicológicos e que nem isso lhes é permitido pela falta de

elementos no processo. Sobre a possibilidade e conveniência da disponibilidade das informações pessoais dos envolvidos no processo, algumas reflexões serão feitas ao final deste capítulo. No entanto, convém abordar mais detidamente a necessidade de conhecer a conceituação das variáveis para as quais o juiz é consultado. Diante da resposta unânime sobre a falta de preparo formal, seja na graduação ou durante a magistratura, no que tange aos conceitos psicológicos, restam as buscas pessoais para preencher essa lacuna com suas percepções ou pinçando uma ou outra obra que trate disso. Mesmo assim, nas obras jurídicas da chamada dogmática, no caso da dosimetria da pena parece ser mais comum tratar de alguns esquemas condicionantes do que efetivamente adentrar o processo do julgamento da situação, o que caberia ao juiz, a sua discricionariedade e ao seu livre convencimento. Por exemplo, Marques (2002) apresenta os níveis de gradação da culpabilidade: “grave é a culpa quando a previsibilidade do evento lesivo está ao alcance de todo homem de mediana prudência; é leve, quando está ao alcance de certas e determinadas pessoas atentas e diligentes; é levíssima quando a previsão depende de uma atenção extraordinária e especialíssima” (MARQUES, 2002, p. 293). Após essa orientação ainda cabe ao juiz descobrir: quem é o homem de mediana prudência? O que seria considerado mediana prudência? Qual o rol de coisas que está ao alcance de pessoas atentas e diligentes? O que pode ser considerado uma atenção extraordinária e especialíssima? E mais, como saber se realmente a pessoa poderia agir de modo diverso? O que se passava com aquela pessoa naquele momento e que repertórios ela traz consigo para ter tomado tal decisão? Ou seja, bastam algumas perguntas para evidenciar que essas questões que precisam ser respondidas pelos juízes serão racionalizadas com os elementos objetivos e as cargas subjetivas, incluindo a do juiz, que estiverem disponíveis.

O problema não é novo, embora muitos profissionais do Direito não tratem disso como um problema, mas como contingências de uma realidade que o “sentir” do juiz resolverá (MENDES, 2011). Os autores que reconhecem a questão como um desafio a ser enfrentado e superado, buscam caminhos para tentar salvar o Direito (essa pode ser considerada uma questão de salvação ou cura psicanalítica – depende da crença –, pois se a dúvida sobre a forma como se constituem as decisões judiciais for levada às últimas consequências, o ferimento narcísico pode corroer fortemente os autorizados. E, mais, se o tema viesse a público, a sociedade – ela que em alguma medida já critica às distinções de decisões a partir das classes –, poderia ter novos argumentos para julgar mal os seus julgadores, embora haja a dimensão de nós que talvez não se importe com isso, esteja mais apegada a manter o lugar do poder para se projetar). Streck (2010)

argumenta sobre a importância de superar o “decido conforme minha consciência” com a ajuda da hermenêutica, pois ela está livre “tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas” (STRECK, 2010, p. 95-96). Por sua vez, Rosa (2004), reconhece que o juiz é alguém que advém da mesma sociedade que irá julgar; e que é provido de condicionantes culturais, criminológicas, midiáticas, inconscientes, entre outras, que se expressam no processo de decidir, no entanto coloca a democracia como parâmetro para exercer o limite e o controle dos atos de poder, em especial, por meio do contraditório, além do respeito ao sistema garantista e da compreensão da jurisdição com o outro. São direcionamentos importantes para construção de alternativas às lacunas abertas identificadas nesta pesquisa, assim como pensar sobre: o que o juiz fará com ele mesmo nesse processo e como poderá ser garantido que todos os juízes considerem esses aspectos como importantes na tarefa de julgar. Parece inevitável, para tanto, discutir a formação, o que será feito no próximo capítulo.

5.2 “Alguma coisa eu sei”

Reconhecendo os limites do que (não) sabem, os juízes precisam superar as dificuldades e se posicionar. Para examinar esses posicionamentos, serão feitos a seguir alguns cruzamentos e análises dos conceitos psicológicos que estão presentes no processo de julgar e como são tratados pelos juízes.

Os conceitos intenção, intento, querendo, desejo, motivo, motivação, motivado e vontade foram usados 152 vezes, sendo 134 em sentenças de condenação de um ou todos os réus ou aplicação de medida de segurança por crime de homicídio, tendo envolvido 11 juízes. A origem do texto¹¹ tem a seguinte distribuição: 84 ocorrências citadas com base na denúncia, 42 como formulação do próprio juiz, as demais eram citações do texto da defesa ou do conselho de sentença. Essas palavras foram encontradas em frases com os seguintes complementos:

¹¹ Na coleta de dados foi verificado que os conceitos estavam inseridos em citações com origem em textos da denúncia ou da defesa, da votação do conselho de sentença, dos testemunhos, de laudos ou, ainda, era uma formulação do próprio juiz. Em todos os casos, independente da origem, foi entendido que representavam a opinião do juiz uma vez que tinham sido destacados para uma sentença que é da sua autoria. No entanto, foram registrados distintamente para que fosse possível avaliar o prestígio de uma ou outra fonte, dependendo do caso.

Tabela 7 – Relação de complementos ao uso dos conceitos desejo, intenção, intento, motivação, motivado, motivo, querendo e vontade nas sentenças

Complementos
aderiu ao ... de terceiro de matar
agiu por ... fútil
agiu... por impulsividade e sensação de impunidade
...alheia a sua (41)
...banal
...de matar (22)
...de relevante valor moral
...de salvaguardar-se
...do crime é torpe
...do crime não restou esclarecido (3)
...do crime não são os inerente ao tipo penal, haja vista que o móvel da conduta do acusado foi à torpeza
...é marcada pela futilidade
é possível constatar que sua ... era praticar os crime de forma autônoma
...está relacionada a desentendimentos anteriores entre acusado e vítima
...exterminar a vítima
...fútil (16)
...homicida (11)
inequívoca... de matar
inequívoca... homicida (5)
intenso ... de ceifar a vida
...livre consciente
...lucro
...matar (10)
...nada foi apurado (2)
...não parece ter sido juridicamente relevante
...não restou esclarecida (2)
não tinha a de matar
...pela futilidade
possuía tantas condenações anteriores, e por isso tinha todos os ... para não portar o revólver, em conduta cujo dolo protraí no tempo enquanto na posse da arma estiver
torpe (20)

No caso dos conceitos desejo, intenção, intento, motivação, motivado, motivo, querendo e vontade parece que o juiz fala com mais frequência na sentença por meio do Ministério Público. Ponderando que a maioria das sentenças é de condenação, pode-se atribuir a essa razão a

valorização do texto da denúncia, porém, isso também pode revelar a dificuldade do juiz de trazer elementos do contexto psicológico para elaborar textos sem citações tão frequentes. Há grande incidência de menções que dizem respeito ao resultado da ação ter sido alheio a sua vontade (do réu), assim como vontade/intento/intenção de matar/homicida e motivo torpe, que é uma das qualificadoras. É possível perguntar: como concluir que o resultado da ação foi diferente do desejo do acusado? Qual era o desejo do acusado? Que dimensões do desejo foram tratadas, conscientes e inconscientes? É possível determinar que a vontade tenha um valor intrínseco como ser homicida? Para definir um motivo como torpe, qual parâmetro foi usado? Nas entrevistas foi evidenciado que essas perguntas estão presentes, mas por pouco tempo, pois diante da impossibilidade de fazer a análise, outros arranjos discursivos são montados. Nesse sentido, as variáveis mais comuns encontradas para embasar a avaliação da intenção ou da motivação que irão contribuir na análise para o grau da culpabilidade foram: a quantidade de facadas ou tiros, o planejamento da ação e o tempo decorrido entre o conflito com a vítima e o homicídio. Também é observada a forma com que o réu relata o ocorrido e é considerado o local onde aconteceu.

Na avaliação da personalidade, os relatos confirmam que podem ser consideradas para valoração as mesmas variáveis mencionadas para os conceitos acima, porém dentre as 88 ocorrências do uso da palavra personalidade, 75 foram no sentido de afirmar que não havia informações suficientes no processo para valorá-la, como: “a personalidade do réu não pode ser avaliada nesta dosimetria por falta de elementos seguros nos autos para delinear-la” ou “não há elementos que permitam a conclusão de que o acusado tem personalidade propensa à prática de crimes”. Quanto às ocorrências do uso do conceito personalidade com valoração, são 13 sentenças de condenação de autoria de quatro juízes, sendo que três deles tem mais que 10 anos de magistratura e um entre 6 a 10 anos. No que tange a palavra personalidade, todas estão numa frase de formulação própria do juiz, sendo que àquelas que foram valoradas estão nos seguinte contexto:

Tabela 8 – Relação de complementos ao uso do conceito personalidade nas sentenças onde houve valoração

Complementos
...violenta e voltada para crimes
...violenta
possui, efetivamente, uma ... totalmente comprometida com o cometimento de crimes
considerando a desvirtuada do acusado
possui ...inclinada para o cometimento de crimes (2)
em face do caráter predominante da atenuante da menoridade, eis que relacionada com a ... da acusada (art. 67 do CP) (2)
...voltada para a prática de crimes
sobre sua ..., confessou que era extremamente ciumento e já havia agredido a vítima ao menos em duas outras oportunidades
sua ... não se apresenta inclinada para a prática de crimes, pois o presente fato deve ser considerado episódico em sua vida
... do réu revela certo declínio para o crime, pois ostenta condenação por crime posterior
... do réu revela certo declínio para o crime, pois ostenta condenação por crimes anteriores e posteriores

Interessante constatar que a única menção que abona a personalidade do réu, ainda assim está numa sentença de condenação¹². Preliminarmente, é possível supor, considerando que os

¹² Nesse caso, apesar da valoração da personalidade não ser prejudicial ao réu, havia outros fatores que motivaram a condenação, inclusive o aumento da pena-base: “Atento às disposições constantes do art. 59 e 68 do Código Penal, verifico que a culpabilidade apresentou elevado grau de intensidade, revelado pelo fato de o réu ter se dirigido até sua residência após avistar a vítima em um bar, pegado uma faca e voltado para o local em que ela estava, vindo a matá-la com diversos golpes. O réu não registra antecedentes penais. Sua conduta social deve ser considerada boa, pois tem profissão definida e cursou as primeiras séries do ensino fundamental (fl. 155). A personalidade do réu não se apresenta inclinada para a prática de crimes, pois o presente fato deve ser considerado episódico em sua vida. O motivo deste crime, como sendo a injusta provocação da vítima, foi reconhecido pelo Conselho de Sentença. As circunstâncias foram graves, já que os fatos ocorreram em plena via pública, defronte de um bar . As consequências extrapenais do crime foram as normais da espécie. O comportamento da vítima não contribuiu para a eclosão dos fatos.

Assim, consideradas negativas (1) a culpabilidade e (2) as circunstâncias do delito, fixo em desfavor do acusado a pena-base 02 (dois) anos acima do mínimo legal, ou seja, em 08 (oito) anos de reclusão. Na segunda fase inquirida a confissão espontânea, pelo que atenuo a reprimenda para 07 (sete) anos de reclusão. Não há agravantes a considerar.

Reconhecido pelo Conselho de Sentença o privilégio, diminuo a pena de 1/6 (um sexto), considerando o fato de o acusado ter tido tempo hábil para desistir de sua empreitada criminosa, perfazendo, definitivamente, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, posto que ausentes causas de aumento de pena.

Fixo em desfavor do apenado o regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2o, alínea "b", do Código Penal. Concedo ao réu o direito de apelar em liberdade, eis que respondeu a todo o

juízes que valoraram personalidade nas sentenças têm mais tempo de magistratura, que há menos dificuldades de fazer considerações sobre a personalidade para juízes mais experientes, do que para os mais novos. Mas, por quê? E, isso é bom ou ruim para a Justiça? Essas perguntas continuarão aguardando outros elementos para serem respondidas.

Também é possível indicar que a valoração da personalidade só se apresenta em oportunidades de condenação. Admite-se o fato que no Tribunal do Júri, quando da absolvição, não cabe ao juiz mais delongas, apenas determinar a absolvição. No entanto, essa conclusão é amparada por pesquisas que analisaram sentenças de outros crimes, como o estudo sobre dosimetria da pena de Machado: “A personalidade do agente e sua conduta social são as circunstâncias judiciais mais indicativas da opção de castigar o indivíduo com base no seu grau de dissociação com a padronização corporal imposta pelo discurso jurídico-penal... o exame da personalidade do agente na fixação da pena-base se orienta por uma perspectiva eminentemente determinista, considerando o comportamento humano como dado limitado e permanente” (2009, p. 100-101).

Nesse sentido, ao observar os complementos acima apresentados na Tabela 7, é possível verificar a noção de que a personalidade do réu incorporou uma tendência ao delito ou está desvirtuada, como uma condição nata, o que a aproxima da concepção de uma criminologia positivista de Lombroso, Ferri e Garófalo do século retrasado, com repercussões ainda no século passado (mesmo nos processos em que não há valoração, alguns deles afirmam não poder avaliar porque não há elementos suficientes para considerar que a personalidade é voltada para a prática do crime, ou seja, o mesmo parâmetro individual e determinista da personalidade). Tal posicionamento se for considerada a doutrina (JESUS, 2003; MIRABETE, 2004; NUCCI, 2005), se explica. Na doutrina há orientação para valoração das qualidades morais, ênfase em características natas e personalidades antissociais que são contrárias ao direito. Porém, a realidade parece ser menos embasada na doutrina conservadora do que as pré-concepções deste estudo supunham. Os juízes não fazem menção à doutrina como uma fonte definidora de suas análises e, eventualmente, mencionam a jurisprudência. Eles parecem estar mais envolvidos por suas impressões pessoais e, no caso dos conceitos psicológicos, elas são calcadas no senso comum. Isso faz com que a análise volte para o mesmo ponto, uma vez que para o senso comum

processo em liberdade, sem causar prejuízo à instrução criminal, à ordem pública ou à aplicação da lei penal” (processo 206) .

do século XXI, fortemente formatado pela mídia, os conceitos psicológicos que importam estão no século XIX e XX, atualizados pela genética criminal (ZAFFARONI, 2009). Enfim, não por apego à dogmática, mas baseado no senso comum, o Direito Penal na vida das pessoas chega com feições positivistas.

Por isso, não é possível referir o uso de conceitos psicológicos científicos nas sentenças e nos discursos criminais, mas de saberes psicológicos que envolvem outra forma de conhecimento: o senso comum.

Na sequência, estão transcritos alguns trechos das entrevistas que tratam das questões relacionadas à motivação/intenção/desejo/vontade e à personalidade.

“Como vou falar da personalidade do sujeito? Só a partir daquilo que está nos autos? Por exemplo, o réu batia na vítima com frequência. Às vezes isso já foi considerado na questão objetiva da pena, inclusive. Não é uma informação que pode ser usada. Procuo trabalhar com coisas objetivas... na hora de analisar o dolo do crime, avalio conforme o número de facadas ou tiros, conforme do contexto... uma coisa que eu levo em consideração, eu acho diferente um sujeito que no meio de uma briga saca uma arma e atira, de outro que terminada a briga, vai para casa, toma banho, pega a arma, e volta para atirar. Quer dizer, esse sujeito teve muito mais tempo para pensar, ele agiu com uma vontade mais maquinada, digamos assim. Mas, é difícil. Acho que ficamos em uma situação complicada tendo que levar em consideração fatores para os quais não temos preparo” (J15).

“A personalidade é algo muito sensível que normalmente eu não valoro por um motivo muito simples: – Você é psicóloga? – Sim. Então, você tem mais substrato que eu, eu não tenho, eu não sou psicólogo. O que eu posso valorar? A jurisprudência me permite algumas alternativas – embora tenha gente que entende que sim e gente que entende que não – por exemplo, eu não concordo que um jovem que tenha oito passagens seja tecnicamente primário e com bons antecedentes, eu vou valorar isso em algum momento, vai ser na personalidade” (J30).

“Personalidade é um tema que eu não enfrento muito, não. Normalmente, na minha sentença está escrito: sem elementos para avaliar a personalidade. Toda a ciência vai evoluindo... O código penal, quando foi escrito a parte geral, talvez naquele momento quantos psicólogos, quantos terapeutas havia no Brasil? Muito poucos. Então, o juiz se virava, se virava com muita coisa que hoje não é mais assim. Os peritos hoje são oficiais, tem que ter diploma de curso superior... mas, houve época, em que qualquer um poderia ser nomeado... eu acho que esse item, das oito circunstâncias que a gente avalia, não tem como avaliar. Toda vez que o juiz entra nessa seara, ele se perde. Eu já avaliei negativamente a personalidade de réus para pesar

na dosimetria da pena, personalidade deturpada, deformada. No começo da minha carreira, toda a pessoa que matava tinha personalidade deformada para mim: a personalidade do réu é afetada porque é um homicida de alto potencial de criminalidade. Mas, a gente vai percebendo com o tempo que a gente não tem condição de avaliar, de penetrar no subjetivo de um réu a ponto de delinear uma personalidade. Hoje eu coloco o seguinte: a personalidade do réu não pode ser delineada por falta de elementos seguros nos autos para fazê-lo. Todas as minhas sentenças são assim. Houve um caso em que eu adentrei excepcionalmente nessa questão, mesmo sem laudo, sem nada. Mas, foi pelo modo do crime. Eu avalei negativamente a personalidade e até foi mantido pelo Tribunal. Era um indivíduo que matava em série, tinha muitos homicídios, a maneira como pegou a vítima... aí eu pesei a mão neste item da personalidade para aumentar a pena um pouco. Aliás, eu tinha um laudo, acho que eu tinha um lado psiquiátrico deste réu... tinha um registro lá da personalidade... Mas, de regra eu não faço isso, não” (J50).

“Houve um caso que um juiz avaliou longamente este ponto, o que me chamou muito atenção é que quando ele foi fazer a dosimetria, ele gastou umas três páginas para falar da personalidade. Aí, entrou numa seara filosófica muito grande de personalidade. Porque esse negócio de personalidade o que é certo, o que é dogmaticamente aceito, o que é socialmente aceito, isso varia de pessoa para pessoa. Tem o senso comum, mas é variável. E, neste caso, o juiz considerou o réu de personalidade deformada dada a sua ganância por dinheiro, dada a sua ambição. Ganância por dinheiro, ambição, formação de patrimônio gera deformação de personalidade? Ora, querendo ou não, vivemos num sistema capitalista. As regras do capitalismo já estavam dadas antes do nosso nascimento que são: tem mais sucesso quem amealha mais patrimônio para si. Então, quanto à personalidade do réu, acho difícil fazer carga de julgamento sobre ela” (J70).

“Para usar personalidade voltada para o crime, eu acho muito difícil considerar isso. Eu nunca usei... Se a pessoa tem muitas condenações da mesma espécie, isso pode me indicar que ele tem a personalidade voltada para o crime. Mas, é tudo dado objetivo, eu não tenho nenhum critério para dizer que ele tenha personalidade voltada para o crime... embora haja controvérsia sobre usar ou não a folha de passagem dos adolescentes, por exemplo” (J60).

“No homicídio, a motivação, normalmente, vem como qualificadora. Há também um motivo periférico, às vezes aparece. Se o jurado afasta a qualificadora do motivo, não tem como apreciar, fica perdido, só se tiver alguma outra circunstância. Mas, tem também a culpabilidade, a reprovabilidade da conduta, a gente vai mais da impressão do processo, o que a gente sente daquilo ali... tudo que a gente vê, a gente percebe” (J40).

“Quanto à motivação, eu cuido porque quase tudo está no Código, se já está na qualificadora, não pode ser usado novamente, só nos casos que não seja agravante e qualificadora, quando sobra um segundo motivo pelo crime” (J50)

“Matar. Eu tento entender a razão. Há execuções que são muito frias, com vários disparos, a queima roupa, ou na cabeça, isso evidencia um “malvado”, em palavras simples, no juridiquês a gente fala em periculosidade extremada... A forma de execução também é relevante. É diferente eu atirar em você aqui na sala ou em praça pública, onde posso vitimar uma série de pessoas. A quantidade de disparos evidencia também a periculosidade da pessoa. Num contexto de ação e reação, você dá um tiro na pessoa. Quanto você dá quinze, sendo dez na cabeça? ... Uma situação de conflito qualquer um de nós pode ter, às vezes um entrevero no trânsito, mas dá tempo de você esfriar a cabeça. Mas, se você esfriou a cabeça e voltou, isso vai ser considerado. Por que, no calor da discussão pode correr um ato de besteira, mas se deu tempo de esfriar a cabeça, ponderar, voltar e matar...” (J30).

É possível observar o reconhecimento dos juízes de que não têm condições de avaliar os temas abordados acima, porém são criados esquemas que permitam que algo seja dito. De qualquer forma, quando a situação é aferida como grave, esses conceitos se apresentam como uma válvula de escape para aumentar a pena, não havendo ocorrência do contrário, ou seja, para diminuir. Logo, esses conceitos são espaço de incremento da punibilidade.

Machado (2009), ao comentar a observação de Zaffaroni sobre a dificuldade de estabelecer o grau de reprovabilidade para definir a culpabilidade, que seria comparável à arbitrariedade da mensuração da periculosidade, demonstra que uma argumentação jurídica para justificar o aumento da pena baseada no que a norma penal já prescreve, termina por naturalizar uma imposição irracional do castigo. Evidências dessa ideia são as ocorrências de aumento de pena a partir de dado já analisado. A previsão do princípio do *ne bis in idem* deveria impedir isso, porém Machado (2009) verificou que nem sempre a duplicidade do uso de informações aparece de forma explícita, demonstrando que a culpabilidade, os motivos e consequências do crime impulsionam o recrudescimento da pena-base em desrespeito a esse princípio. Nesta pesquisa, foi possível verificar ocorrências neste sentido, tanto na análise das sentenças, quanto nas informações oferecidas nas entrevistas:

“Outros aspectos eu também levo em consideração: no júri, especificamente, há as qualificadoras que geram o motivo e quem reconhece ou não é o júri. Mesmo assim, de alguma

forma o motivo compõe a culpabilidade e as circunstância, aspectos que cabem ao juiz. De alguma forma ele compõe, embora não explicitamente porque a lei não permite” (J30).

Porém, a prática parece estar relacionada com a falta de identificação de outros elementos válidos e a prevalência de uma noção de que é preciso encontrar meios de chegar a um resultado mais severo. Há evidências que esse resultado seja perseguido por uma formulação íntima que pode ter relação com aspectos da experiência pessoal do juiz, com a necessidade de passar uma mensagem à comunidade onde o crime está sendo julgado (aqui também se incluem os casos com visibilidade midiática), ou com fortes conclusões absorvidas na hora do julgamento, mas que não são demonstradas em uma linguagem juridicamente válida nos autos.

Quanto às demais circunstâncias que possuem aportes de conceitos psicológicos a serem avaliadas na dosimetria da pena, a análise corrobora com as questões até aqui trazidas nesses dois blocos de conceitos. Porém, considerando a grande incidência do uso do conceito de conduta social, seguem agora as considerações sobre esse quesito. Foram feitas 87 menções do conceito conduta social, sendo que 85 dessas estavam em sentenças de condenação por crime de homicídio. Essas 87 sentenças são de 13 juízes, sendo que em todos os casos o texto era de elaboração do juiz, ou seja, o conceito não estava inserido em citações de outras fontes. Quanto à valoração, em 54 sentenças não houve valoração, com afirmações da seguinte ordem: “não foi apurada”, “é a interação do acusado com o meio em que vive (sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos), no caso dos autos, não há elementos que possibilitem a sua valoração”, “não há elementos nos autos concretos que venham a desabonar o seu modo de viver”. Nos casos em que houve valoração, o conceito foi apresentado com os seguintes complementos:

Tabela 9 – Relação de complementos ao uso do conceito conduta social nas sentenças onde houve valoração

Complementos
...boa (11)
...boa, conforme se depreende dos depoimentos
boa..., trabalha e não ostenta qualquer registro em sua folha penal
...desfavorável ao acusado, pois ele, com intuito de encobrir as agressões que cometia em sua esposa, ameaçou-a de morte, prometendo não só matá-la, mas como também

os pais e os filhos do casal

...deve ser considerada boa, pois concluiu o ensino fundamental

...deve ser considerada boa, pois tem profissão definida e concluiu o ensino fundamental

...do réu estava comprometida, pois com tantas incidências penais anotadas, mesmo excluindo-se as consideradas para os antecedentes criminais e para a reincidência, é difícil imaginar que se inseria familiar e socialmente adequado

...é a interação do acusado com o meio em que vive (sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos), no presente caso não se pode olvidar que o acusado quanto menor já praticou oito atos infracionais – alcançada à maioridade, tornou a praticar crimes – por tais motivos, verifico que o réu apresenta conduta social negativa, uma vez que o seu estilo de vida voltado para a prática de ilícitos penais, na adolescência e na maioridade evidenciam comportamento contrário às regras do bom convívio social

...é ruim (condenações anteriores)

...é ruim, dada a prática de várias infrações penais ao longo de sua, ainda jovem, vida

...não é boa, não comprovou exercer trabalho e, mesmo estando em idades escolar, não estuda

...não é boa, não trabalha, vive as expensas dos crimes que pratica, e é conhecido como pessoa violenta

não se pode afirmar que tivesse uma boa

não tinha boa ..., pois era usuário de droga e não há registro nos autos de que o mesmo exercia atividade laboral lícita

...péssima (2)

péssima..., pois não estuda, não trabalha e é usuário de droga (2)

se trata de pessoa com máculas nos seus antecedentes e de reprovável...

...sempre foi ruim

sobre sua ..., verifica-se que o réu foi condenado recentemente por crime de roubo, demonstrando que continua a se envolver com crimes

Nos casos em que a conduta social é valorada, fica evidente que alguns elementos facilmente observáveis amparam a redação, como a atividade laboral lícita, o estudo, a dependência química e os antecedentes criminais. Talvez isso explique não haver incidência de citações de outras fontes nesse ponto. Também não está à disposição para apreciação o exercício dos papéis sociais na família e na comunidade, nem as características do ambiente social que poderiam influir na sua conduta. Mais uma vez, os critérios são construídos de forma precária para sustentar uma análise que faz parte do programa legal. Com relação à avaliação do agir sob forte emoção e a existência de injusta provocação da vítima ou o arrependimento, os juízes

também referem à dificuldade de tratar desses temas. Para ilustrar esses pontos, segue agora alguns depoimentos dos juízes entrevistados:

“A própria lei vai dizer o que pode ser agravante no caso da vítima, se é contra familiar há previsão, mas se for um amigo aí vai depender do motivo. Dependendo do motivo, essa pessoa pode não ter sido tão amiga. Talvez seja em sentido contrário, possa até privilegiar o réu. Se um amigo seu te traiu severamente, você se sente tão chateado que age sob violenta emoção, após injusta provocação da vítima. Neste caso, vai ocorrer a diminuição do privilégio. Quem morreu, eu levo muito em consideração. Não pelo resultado morte, o resultado morte é inerente ao crime de homicídio. Eu trabalhei num caso, num contexto de guerra de gangue, um jovem atirou contra uma casa onde estava a pessoa que ele chamava, mas não saía da casa. A irmã dessa pessoa estava na varanda, com quatro crianças. Ela morreu, deixando órfãs quatro crianças. Certamente eu levo isso em consideração” (J30).

“A conduta social, normalmente, eu não valoro negativamente. Muita gente fala: – A conduta social é ruim porque o cara é desempregado. Em um país de desempregados? – A conduta social é ruim porque ele é morador de rua. Ninguém sonha em ser morador de rua! – A conduta social é ruim porque ele é alcoólatra. As pessoas não querem ser alcoólatras! – A conduta social é ruim porque ele é drogado. A droga é uma chaga social. Assim, acho pouco provável você me trazer elementos para eu valorar negativamente. Há um local próprio para mensurar, seja nos maus antecedentes ou na...[incompreensível] eu até aplico, em alguns casos, aquela atenuante do 66, na culpabilidade, os promotores não ficam muito satisfeitos, mas eu não me preocupo não, cada um tem o seu sentir, para isso tem recurso” (J30)

“São considerados também os pontos objetivos, aquela situação, se existe, ela torna a conduta mais reprovável. Não só pela pessoa dele [réu], mas pela situação. Por exemplo, ele matou um amigo, era amigo dele, companheiro, e por alguma razão... acho que é mais reprovável a conduta de uma pessoa que tira a vida de um amigo do que aquela que tira a vida de um desconhecido” (J30).

“Outros aspectos: as circunstâncias e consequências, embora o Tribunal afaste muito coisa, é fácil de analisar, como deixar filhos ou outro aspecto peculiar. Conduta social é outra coisa difícil apreciar. Se aprecia de forma positiva, muito difícil ter algo negativo” (J45).

“Violenta emoção acho que dá para analisar pela situação fática. Mas, é outra coisa difícil também, porque vem o critério subjetivo do juiz. Quanto à análise da injusta provocação da

vítima, até que ponto foi tão injusta assim. Como dosar isso? Mas, a jurisprudência é sempre no sentido de beneficiar o réu” (J15).

“Ontem fiz um júri que aconteceu isso. Aí é difícil, para entrar na emoção do outro e descobrir o que realmente aconteceu, é difícil. Um cara deu um tiro no outro num campo de futebol, na frente do filho criança. A defesa conseguiu fazer passar um privilégio dizendo que ele foi provocado pela vítima, porque ele chutou a bola para fora do campo, a vítima disse que não era gandula, chamou ele de nego e mais não sei o quê, bateu na cara dele. Aí veja, primeiro que eu não acreditava naquilo, segundo, mesmo acreditando, acho que não era o caso de privilégio. Uma coisa é o jurado dizer que isso era privilégio, outra é eu dizer que esse privilégio é o suficiente para poder tirar 2/3 da pena dele. Eu coloquei no mínimo, dizendo: o réu teve oportunidade de pensar, refletir, agir de maneira diferente e os freios morais dele não foram necessariamente desgastados para reduzir 2/3 da pena. Enfim, isso é um problema, eu tenho que dizer o grau da violência e da emoção. Como adentrar a emoção dele para descobrir o que realmente aconteceu?” (J15).

“No caso da forte emoção, por exemplo, matou o estuprador da filha, é avaliado o grau de melindre e suscetibilidade. Sobre o valor social e moral no caso do privilégio, varia conforme o local e o seu tempo. No testemunho, avalio o arrependimento, a consciência” (J50).

Nesse item chama a atenção a divergência de entendimentos sobre o que deve ser considerado. Parece que quanto menos frequentes os temas, mais possibilidades de interpretação existem. Sobre a possibilidade de a vítima ser um amigo, alguns entendem que isso é fator agravante, outros trazem a possibilidade do contrário. No que tange à conduta social, há duras críticas sobre a menção ao desemprego ou ao uso de álcool e outras drogas como algo que desfavoreça o réu, mas a incidência é alta do uso desses elementos. Noutro sentido, beirando a unanimidade, no aspecto da forte emoção o exemplo recorrente é o pai que teve a filha violentada, por isso um crime em vingança seria considerada uma ação sob forte emoção. Parece ser essa uma unanimidade moral da sociedade também incorporada pelos juízes. Inclusive, a moral como um recurso de análise aparece em algumas oportunidades nas sentenças, o que também foi observado por Rezende: “a leitura das decisões permitiu concluir por uma divisão entre discursos de forte carga moral e, em sua maioria, outros discursos judiciais despidos dessa mesma característica” (2011, p. 111). Ao destacar alguns dos textos de sentença que evidenciam a presença dos componentes morais, a autora demonstra que a ideologia representada por esses

conceitos dificulta a busca das reais subjetividades envolvidas no drama penal, ficando este restrito aos lugares determinados pelos estereótipos, pois o delinquente tem pouca possibilidade de reverter representações a seu respeito.

Indagados sobre a origem e determinantes da criminalidade, os juízes apresentaram suas hipóteses, como ilustram os textos abaixo:

“A criminalidade é meio ambiente, circunstâncias ambientais e culturais. Porém, um fator contribui muito para isso, a inteligência. Eu não falo da baixa escolaridade, da pobreza, do inculto; tem a ver com certa capacidade de se refazer, de analisar, algo que quando falta torna a pessoa mais primitiva, dá vazão aos instintos que todos temos...” (J5).

“A minha percepção das coisas foi mudando, a sociedade foi mudando, o perfil do crime foi mudando. Eu estou achando que os crimes estão acontecendo com uma frieza fora do comum. O crime antigamente, o homicídio, não que se justificasse, mas sempre estava atrelado ao um motivo. Ele tinha um enredo, algo dado como relevante. Tinha uma carga motivacional presa ao resultado. A motivação ficou banalizada. A futilidade hoje é a regra... se mata por nada. Eu estou impressionado com a capacidade dos réus confessarem os crimes, porque fez, como fez. A frieza está chegando a tal ponto que elas matam sem vergonha de esconder, perderam a vergonha de matar... Estou achando que está havendo um retrocesso” (J50).

“Eu fico me perguntando todo dia porque eles matam. Eles matam por nada. Não consigo entender. Tem crimes aqui, tirando a gangue, que não dá para entender. Houve um que matou porque esbarrou na festa. Outro que matou por uma dívida de aluguel e ficou mentindo sobre a presença do inquilino na casa durante um tempo, além de ter ocultado o cadáver. Ele negava friamente tudo. Eu pedi na sentença que fosse feita uma avaliação, acho que ele não é normal. Tem um recente agora que teve muita repercussão... ninguém nunca vai saber a motivação. Então, chego à conclusão que eles matam por muito pouco. A bebida está no meio. A droga também, mas, mais a bebida influencia nos crimes circunstanciais. Há aqui filho que matou o pai, pai que matou o filho. Tem muito homicídios que não tem motivação que justifique, não sei dizer o que acontece” (J60).

“Há algumas questões que parecem motivar a criminalidade atualmente: as gangues, as drogas e o poder. Eles entram novos nos grupos da rua, parece que se não for de um grupo, não tem chance de sobreviver. Depois, adultos, já estão iniciados nas gangues, muitas vezes é apenas uma luta por território e por imagem” (J15).

“No Direito Penal vivemos um conflito, nos inspiramos nas garantias européias e flertamos com o rigor estadunidense. É complicado... A falta de políticas públicas é fator determinante para a violência” (J50).

“Como é sabido, nos compêndios de Medicina Legal a embriaguez apresenta três fases bem definidas, sendo elas: Macaco (1ª fase da euforia), Leão (2ª fase da agressividade) e Porco (3ª fase do coma ou letargia). Sendo que no momento dos fatos, diante dos relatos das testemunhas e da vítima, o acusado se encontrava na segunda fase da embriaguez, ou seja, no estágio do Leão, pois, nem os populares conseguiram impedir o acusado de praticar os atos de agressões, sendo necessário o emprego de paus, pedras e pedaços de tijolos, portanto, é de se evidenciar uma fúria descontrolada por parte do acusado, a qual teria sido maturada com o passar do tempo” (Processo 147).

Foram recorrentes, em especial nas comarcas das cidades satélites, as menções às “ganguês”, nem sempre envolvidas com drogas, às vezes só caracterizadas como um grupo que se organiza e defende um território. As considerações dos juízes vão a duas direções, às vezes concomitantemente: os adolescentes parecem precisar envolver-se com esses grupos para poder circular com segurança, por outro lado, parecem querer para construírem uma imagem que tenha significância no seu meio social. Todos os juízes expressaram reconhecimento quanto à influência do ambiente social nas causas da criminalidade e também um estranhamento com relação à banalidade do ato de matar na atualidade. No entanto, nas sentenças, não é evidente essa compreensão por parte dos juízes.

É possível que isso tenha a ver com as perguntas que são feitas para a dosimetria da pena. As questões colocadas parecem não estimular esse posicionamento dos juízes, já que elas são de cunho individual. Dessa forma, é possível considerar que o que pensam os juízes com relação ao funcionamento da sociedade no que tange às questões contemporâneas da criminalidade urbana parece não ter espaço na avaliação da culpabilidade e na dosimetria da pena que se volta para aspectos individuais. De fato, apenas um juiz mencionou que a participação do réu em “ganguês” traz uma preocupação com relação à manutenção da prisão provisória, ou seja, ele tende a determinar ou manter a prisão provisória considerando a possibilidade do acusado de buscar vingança se estiver em liberdade ou ser pressionado pelo grupo para isso. Importante destacar que a primeira transcrição do bloco acima traz um componente diferenciado dessa afirmação, a inteligência seria um diferencial na ocorrência do crime, uma tese que lembra a teoria de

Lombroso. Ou seja, apesar desse juiz listar as variáveis sociais como importantes para ocorrência do crime, aponta para um elemento pessoal como decisivo para evitar ou não o ato. De outro lado, o último texto foi extraído de uma sentença que explica o funcionamento da embriaguez. É apresentada uma classificação relativamente difundida no Direito usando como referência animais, cuja origem é o senso comum.

5.3 “De onde vem o que eu sei”

Para construir as formulações destacadas na sessão anterior parece que prevalece como fonte o sentimento do juiz e as informações colhidas ao longo de sua vida, conforme ilustram os depoimentos abaixo:

“Gostaria de ter conhecimento técnico em Psicologia... meu conhecimento é de observador, é intuitivo, algumas nuances dos depoimentos, fatos, circunstâncias, por exemplo, me caem bem ou mal” (J5).

“Não tive nenhuma oportunidade de ter contato com a Psicologia na minha formação acadêmica ou na magistratura. É verdade que no curso de formação eles fizeram alguma coisa, mas muito superficial. Eu gosto de estudar por fora, mas não levo isso para a personalidade, pela dificuldade da sentença ser mantida, vai para culpabilidade. Eu gosto de estudar o crime de uma maneira em geral, a dosimetria é um negócio que eu gosto bastante. No penal, basicamente, três coisas me interessam, só três: prisão, quebra e dosimetria. Prisão porque a liberdade é a regra, quebra porque o sigilo é a regra e dosimetria porque para eu subir a pena para além do mínimo, eu tenho que justificar. O resto são amenidades” (J30).

“O conhecimento que tenho adquiri pelos livros. Gosto de estudar a doutrina, a Psicologia, a Criminologia... mas, fujo dos mais especializados, inclusive porque não seria o meu papel tratar desses temas, embora, em alguma medida, eu precise. O juiz tem um papel diferente do psicólogo. Imagine, o réu não irá falar a mesma coisa ao juiz quealaria ao psicólogo, assim, nem faria muito sentido conhecer das técnicas ou teorias a fundo, além de não ser o papel do juiz essa abordagem” (J50).

“Mas, tem também a culpabilidade, a reprovabilidade da conduta, a gente vai mais da impressão do processo, o que a gente sente daquilo ali... tudo que a gente vê, a gente percebe” (J40).

Os depoimentos, sintetizados pela afirmação inicial sobre a prevalência dos sentimentos e da experiência pessoal dos juízes no processo de julgar, parecem corresponder às condições implícitas de produção, circulação e consumo de verdade nas diferentes práticas de enunciação e escrita do Direito, conceituado por Warat (1994) como “senso comum teórico dos juristas”. Esse conceito problematiza a dimensão ideológica das verdades jurídicas. As visões, representações, preconceitos, crenças, hábitos, desejos, convicções éticas, entre outros aspectos, disciplinam e governam os atos de decisão e enunciação dos juízes. Poucos reconhecem e sabem lidar com isso. Respondendo às perguntas (adequadas ou equivocadas) do Direito Penal, existem fatores que influenciam o processo de julgar (inclusive a relação imaginária estabelecida sobre o próprio ato de julgar que lhe atribui significado social), fazem parte do emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdade e podem ocultar o componente político da “investigação de verdade”, por exemplo. Mendes (2012), ao entrevistar juízes para sua pesquisa sobre livre convencimento motivado, verificou ainda a menção ao acesso a um saber revelado, como aquele que se apresenta por entidades espíritas. Isso não está evidenciado de forma direta nesta pesquisa, os depoimentos estão mais próximos da sensação, sentimento e percepção, aspectos que serão abordados no capítulo seguinte.

Foi mencionada, também, pelos juízes, como fonte de conhecimento psicológico para o processo de julgar, a consulta à literatura técnica conforme seus interesses, o que pode gerar distinções significativas de compreensão, visto que o processo de formação não abarca os temas psicológicos e a busca passa a ser de caráter totalmente pessoal.

5.4 O que sei e suas relações com as Criminologias e as Psicologias

Embora a modernidade tenha trazido as ciências disciplinares (separadas e autônomas), foi possível observar um direcionamento comum da Criminologia, do Direito e da Psicologia (sessão 2.4), ainda que em ritmos diferentes, no sentido de busca de validação do conhecimento científico e do uso mútuo desses saberes para se consolidarem no novo paradigma. Esse movimento teórico parece fundamentar a dogmática. Quer se saber agora se no processo de julgar, na avaliação dos conceitos psicológicos, há aproximação ou filiação com Criminologias ou com Psicologias específicas. Ou seja, se esse movimento teórico também fundamenta a

prática. Para tanto, serão verificadas as incidências dos conceitos nas sentenças e na legislação e possíveis relações com as Criminologias e Psicologias.

Na Tabela 10 é possível verificar o uso de 59 conceitos psicológicos (ou aspectos que exijam aportes do conhecimento psicológico para serem avaliados) nas sentenças válidas por juiz, recordando que foram 14 juízes que tiveram sentenças válidas examinadas. Os conceitos psicológicos com maior incidência foram: personalidade (13), conduta social (13), comportado / comportamento / comportar-se / conduta (11), vontade (11), motivação / motivado / motivo (10). Entre os juízes, aqueles que fazem uso da maior quantidade de conceitos são J75 (27), J5 (15), J15 (13), J20 (13), J45 (12).

Tabela 10 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos nas sentenças válidas analisadas por juiz

Conceitos	J5	J10	J15	J20	J25	J35	J40	J45	J50	J55	J60	J65	J70	J75	SOMA
Afetivo/a														1	1
Afeto														1	1
Agressividade														1	1
Audacioso											1				1
Autocontrole													1		1
Capacidade de entender/de entendimento		1		1											2
Capaz		1													1
Comportado / comportamento / comportar-se / conduta	1	1	1		1	1		1	1	1	1		1	1	11
Conduta social	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1		1	1	13
Consciente / consciência			1			1		1					1	1	5
Consequências psicológicas									1						1
Constrangimento														1	1
Crescimento														1	1
Descontrolado / descontrolou-se	1														1
Deficiência mental														1	1
Desconforto														1	1
Desejo			1												1
Desenvolvimento intelectual														1	1
Desenvolvimento mental														1	1
Desprezo			1												1

Determinação								1								1
Dissimulada	1															1
Doença mental				1												1
Emoção	1	1		1									1			4
Espontaneamente								1								1
Estado de choque														1		1
Euforia														1		1
Fúria														1		1
Hostil			1													1
Humilhação														1		1
Impulsiva	1															1
Incapaz				1												1
Insensível			1													1
Intenção / intento	1			1				1					1	1		5
Letargia														1		1
Livre			1			1		1					1	1		5
Maldosa	1															1
Memória												1				1
Motivação / motivado / motivo	1	1	1	1	1			1	1	1			1	1		10
Nervoso								1								1
Ódio									1							1
Ousadia									1							1
Periculosidade	1	1														2
Personalidade	1		1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1		13
Piedade			1													1
Psique														1		1
Querendo				1												1
Relacionamento														1		1
Saúde mental				1												1
Sentimento			1											1		2
Sincera								1								1
Sufrimento				1										1		2
Subjetivos				1												1
Transtornos psíquicos								1								1
Vergonha														1		1
Vil	1															1
Vingança	1															1
Violenta	1															1
Vontade	1	1	1	1	1	1		1	1			1	1	1		11
SOMA	15	8	13	13	5	6	2	12	9	4	5	2	10	27		

Os conceitos personalidade (13), conduta social (13), comportado / comportamento / comportar-se / conduta (11), vontade (11) e motivação / motivado / motivo (10), são aspectos expressos na legislação para dosimetria da pena (art.59 do Código Penal), o que parece explicar a maior incidência. Nesse sentido, se confirma mais uma vez que os juízes buscam responder as questões apresentadas pela legislação, dentro das condições que lhes são possíveis. Contudo, é possível fazer uma análise mais ampla do uso dos conceitos psicológicos frente à legislação, em especial ao Código Penal e Código de Processo Penal. Na Tabela 11 foram apresentados os conceitos com maior incidência nas sentenças válidas analisadas e, na Tabela 12, os conceitos com maior incidência no Código Penal e Código de Processo Penal. Ao confrontar os conceitos verifica-se que a legislação dá maior ênfase (no todo do acontecimento penal) em outros aspectos, sendo que o termo conduta social nem figura entre um dos mais incidentes. Se for destacado os conceitos de periculosidade e doença mental / enfermidade mental / mentalmente enfermo, presentes com maior incidência na legislação consultada, observa-se uma preocupação importante da legislação com aspectos biomédicos, se aproximando da criminologia positivista e do discurso terapêutico, com maior ênfase do que na fase da criminalização secundária (Zaffaroni, 2012) que envolve o ambiente de pesquisa, o julgamento no Tribunal do Júri.

Tabela 11 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos mais incidentes nas sentenças válidas analisadas

Conceitos	Incidência
Conduta social	13
Personalidade	13
Comportado / comportamento / comportar-se / conduta	11
Vontade	11
Motivação / motivado / motivo	10

Tabela 12 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos mais incidentes no Código Penal e Código de Processo Penal

Conceitos	Incidência
Periculosidade	12

Induzir / instigar	9
Constranger / constrangimento	8
Doença mental / enfermidade mental / mentalmente enfermo	8
Motivo	8
Personalidade	7
Comportado / conduta	5
Vontade	5

No Código Penal e Código de Processo Penal foram encontrados 69 conceitos psicológicos ou que necessitam de aportes do conhecimento psicológico para serem avaliados, conforme a Tabela 13.

Tabela 13 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos presentes no Código Penal e Código de Processo Penal

Conceitos	
Agir	Individual
Alienada ou débil mental	Induzir / instigar
Ameaçar	Integridade mental
Aptidão	Íntimo
Autodisciplina	Livre
Boa-fé	Má-fé
Capaz	Motivo
Caráter	Ofender o pudor
Coação	Paixão
Coage ou induz	Perdão
Comportamento / conduta	Periculosidade
Condições	Perigoso
Conduta social	Personalidade
Confiança	Perverter
Consciência	Pessoal
Constranger / constrangimento	Procedimento
Convencimento	Promove ou organiza
Convicção	Propósitos
Curativo	Provocação
Deficiente mental	Psicossocial
Desconhecimento	Quis
Discernimento	Regeneração

Desenvolvimento mental	Relações
Dissimulação	Retardado mental
Doença mental /enfermidade mental / mentalmente enfermo	Sacrifício
Emoção	Senso de responsabilidade
Espontaneamente	Social
Estado de ânimo	Temor
Exame criminológico	Temperamento
Exame mental	Traição
Familiar	Trato
Humilhação	Valor social ou moral
Idônea	Voluntário
Incapaz	Vontade
Insanidade mental	

Ao relacionar os conceitos psicológicos encontrados na legislação e nas sentenças válidas analisadas é possível identificar correspondência em 21 conceitos, conforme demonstra a Figura 3. A linha pontilhada que liga as duas colunas indica semelhança de terminologia com o mesmo sentido e a linha preenchida indica a mesma terminologia. Não foram citados nas sentenças 48 conceitos presentes na legislação, assim como não estão na legislação 38 conceitos presentes nas sentenças. Disso se concluiu certa autonomia entre a legislação e o que acontece no dia-a-dia dos tribunais no que tange ao uso e à compreensão dos conceitos psicológicos, embora essa autonomia se expresse após determinado estágio, ou seja, aquilo que é considerado o mínimo a ser prestigiado, os 21 conceitos coincidentes.

Conceitos psicológicos presentes no Código Penal e Código de Processo Penal		Conceitos psicológicos presentes nas sentenças válidas analisadas
Autodisciplina	-----	Autocontrole
Capaz	-----	Capaz
Comportamento / conduta	-----	Comportado / comportamento / comportar-se / conduta
Conduta social	-----	Conduta social
Consciência	-----	Consciente / consciência
Constranger / constrangimento	-----	Constrangimento
Deficiente mental	-----	Deficiência mental
Desenvolvimento mental	-----	Desenvolvimento mental
Dissimulação	-----	Dissimulada
Doença mental / enfermidade mental / mentalmente enfermo	-----	Doença mental
Emoção	-----	Emoção
Espontaneamente	-----	Espontaneamente
Humilhação	-----	Humilhação
Incapaz	-----	Incapaz
Livre	-----	Livre
Motivo	-----	Motivação / motivado / motivo
Periculosidade	-----	Periculosidade
Personalidade	-----	Personalidade
Querendo	-----	Quis
Relações	-----	Relacionamento
Vontade	-----	Vontade

Figura 3 – Demonstração gráfica dos conceitos psicológicos com ocorrência na legislação e nas sentenças válidas analisadas

Fica evidenciada a exclusão de conceitos terapêuticos do discurso das sentenças válidas analisadas, pois faziam parte da legislação conceitos que não foram admitidos nessa fase do processo penal, como: curativo, exame criminológico, exame mental, integridade mental, propósitos, regeneração, entre outros. Parece que nessa fase há maior preocupação justificar a punição, não objetiva tratamento ou a mudança do sujeito.

Com relação à diferença de diversidade de conceitos usados entre os juízes (de 2 a 27 conceitos), foi verificado que não há uma relação direta com o número de sentenças válidas analisadas. Ou seja, os juízes que apresentam menor uso de conceitos psicológicos não significa que tiveram menor número de sentenças analisadas, e o inverso também é verdadeiro. Por

exemplo: J65 teve 15 sentenças válidas analisadas e utilizou dois conceitos diferentes; J5 teve 14 sentenças válidas analisadas e utilizou 15 conceitos diferentes. Assim, confirma-se uma escolha pelo uso desses saberes por parte de alguns juízes. No entanto, foi encontrada uma tendência com relação ao tempo de exercício da magistratura. Na Figura 4 é apresentado o número de conceitos utilizados, tendo sido indicado em cada ponto do gráfico o juiz e seu respectivo tempo de magistratura, conforme os intervalos (menos que seis anos, entre seis a 10 anos, mais que 10 anos). Verifica-se que os maiores indicadores de diversidade de conceitos são de juízes com mais tempo de magistratura. Essa constatação corrobora com o que já foi demonstrado no item 5.1, quando foi observado que juízes com mais tempo de magistratura valoram mais a personalidade do que aqueles com menos tempo. Considerando que os juízes revelaram não terem tido uma formação nos temas psicológicos, a hipótese que parece prevalecer é que a prática forja teorias e parâmetros pessoais que passam a ser referência para o uso no decorrer do exercício da magistratura.

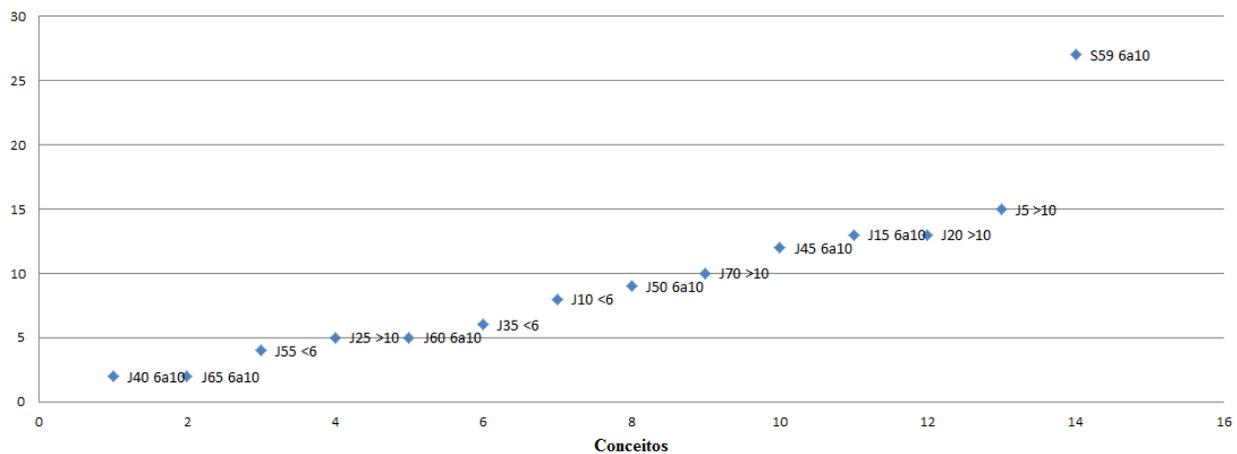


Figura 4 – Demonstração gráfica da distribuição do uso de conceitos psicológicos por juiz, considerando o tempo de magistratura

Importa agora compreender de que Criminologias e Psicologia advêm à escolha desses conceitos psicológicos, seja na legislação, seja nas sentenças. Para tanto, foram relacionadas na Figura 5 e 6 os conceitos psicológicos utilizados conforme o que havia sido previamente identificado como conceitos admitidos pelas diferentes Criminologias e Psicologia (capítulo 2 e 3, respectivamente). As células em amarelo correspondem aos conceitos que foram mencionados

na legislação e as células riscadas em diagonal, aos conceitos que foram encontrados nas sentenças.

Pré-científica	Positivismo bioantropológico de Lombroso	Positivismo penal-sociológico de Ferri	Positivismo idealista de Garófalo	Escola de Chicago	Teoria da associação diferencial	Teoria da anomia	Teoria da subcultura delinquente	Teoria interacionista	Teoria Crítica	Pensamento atuariais
Caráter	Inteligência	Negação do livre-arbítrio	Natureza degenerada	Mito social desorganizado	Comportamento delirioso	Delinquente ocasional	Cultura	Estigmatização	Processo de conflito	Inimigos
Conduta criminosas	Infenidade da inteligência	Motivação	Temibilidade	Ecologia humana	Organização diferencial	Delinquente corrigível	Personalidade	Humilhação	Grupos sociais	Psicoposidade
Personalidade	Homens normais	Isolamento como tratamento	Delinquente natural	Atitudes	Processo de comunicação	Delinquente incorrigível	Processo de socialização	Rejeição	Tolerância	Família estruturada
Faculdades mentais	Comportamento criminoso (epilepsia, fisionomia, alimentação...)	Personalidade perigosa	Sentimentos naturais	Interesses	Processo de socialização	Consciência coletiva	Consciência	Papel social	Respeito	Tipos de pessoas
Sentimento	Raças delinquentes	Criminoso nato	Perversidade	Personalidade	Aprendizagem	Sentimentos coletivos	Valores	Crise de valores	Vergonha	Risco
Tratamento	Estado de regressão civilizatória	Criminoso louco	Irrecuperáveis	Psicologia coletiva	Conduta	Mudanças comportamentais	Padrões de comportamento	Conduta desviante	Autocontrole	Criminoso perigoso, temível e irrecuperável
Correção do comportamento	Criminoso epilético	Criminoso ocasional	Egoísmo	Acolhimento	Estímulo	Solidariedade orgânica	Malícia	Relações conflituvas		Comportamento transgressor
Degenerados	Criminoso habitual	Criminoso passional	Anomalias	Riscos coletivos	Motivações	Solidariedade mecânica	Solidariedade	Processos de interação		Causas neuropsicológicas
Monomania	Criminoso louco	Criminoso habitual		Convenções sociais	Impulsos	Adaptação individual	Identidade	Identidade		
Criminoso nato	Criminoso louco-moral			Adaptação	Atitudes	Contingências	Vínculos	Eu		
Desvios doentios	Criminoso atávico/nato			Processos sociais	Racionalização	Campo da percepção	Infância	Linguagem		
Loucos	Criminoso ocasional			Psicologia das massas	Controle social informal	Campo social	Juventude	Interpretação		
Semi-loucos	Criminoso passional				Confiança	Alter-ego	Fase adulta	Cultura		
Criminoso nato	Criminoso profissional				Desorganização social	Eu-ídemáticas		Prisonalização		
Pessoa primitiva					Comportamento operante	Estruturas de expectativas		Institucionalização		
Indisciplina					Estereótipos sociais	Frustrações				
Crueldade						Conduta				
Amoralidade										
Psicoposidade										
Homem médio										

Figura 5 – Demonstração gráfica da distribuição dos conceitos psicológicos por Criminologia

Mesmo que alguns conceitos se repitam nas diferentes Criminologias e não tenha sido possível averiguar o sentido atribuído a cada um deles nas sentenças, é possível identificar uma dispersão da presença de conceitos psicológicos nas Criminologias, tanto na legislação, quanto nas sentenças. Não ocorre uma adoção propriamente dita de abordagens, parece que são saberes compostos de várias teorias, mais afetos à dimensão prática. Ocorre, no entanto, uma ausência de menção da legislação a conceitos da teoria crítica. Por sua vez, é verificada nas Psicologias uma ausência de menção tanto na legislação, quanto nas sentenças, de conceitos afetos à Psicologia Institucional, conforme se observa na Figura 6. Isso pode indicar uma tendência: se a Psicologia

Institucional se volta à estrutura e à dinâmica das instituições, considerando que elas refletem na atuação dos seus membros, e a Criminologia crítica está atenta aos mecanismos seletivos do processo de criminalização, marcados pela condição social e econômica, pode-se registrar uma visão comum a essas duas vertentes que é a perspectiva do funcionamento do sistema de justiça como parte do processo de produção de criminalidade ou, ao menos, como determinante na escolha do que é propagado como criminalidade. É uma abordagem orientada mais para o sistema e suas instituições do que para o indivíduo. Em alguma medida, a ausência de menção a conceitos dessas linhas pode sugerir que o Direito Penal não incorpora um processo autoreflexivo sobre sua participação na criminalidade, nem por meio da legislação, nem no dia-a-dia dos julgamentos. O Direito Penal não se pergunta sobre os aspectos estruturais do funcionamento das instituições jurídicas, ou seja, objetivos declarados e ocultos, comunicação, hierarquia, métodos, processo de aprendizagem e tantos outros que dizem respeito a uma dimensão psicológica da organização e de seus membros. Também não coloca em questão a necessidade de redução do sistema punitivo mediante a despenalização da criminalidade comum e substituição de sanções, como o faz a teoria crítica.

Estruturalismo	Funcionalismo	Associação	Comportamentalismo	Gestalt	Psicanálise	Sócio-histórica	Desenvolvimento		Aprendizagem	Institucional	Social
Mente	Consciência	Aprendizagem	Comportamento	Percepção	Inconsciente	Mundo psíquico	Desenvolvimento	Relacionamento em grupo	Aprender	Estrutura psíquica	Papéis sociais
Consciência	Adaptação Social	Associação de ideias	Análise comportamental	Sensação	Inconsciente coletivo	Consciência	Conflito sócio-emocional	Organização	Comportamento	Dinâmica	Percepção social
Elementos psíquicos	Atividade psicológica	Repetição e extinção do comportamento	Reflexo condicionado	Comportamento	Aparelho psíquico	Construção histórica e social do humano	Superação	Auto-disciplina	Condicionamento	Comunicação	Comunicação
Capacidade	Comportamento		Condicionamento operante	Forma	Id, Ego, Superego	Pensamento	Aprendizado	Identidade	Cognição	Ego sincrético	Socialização
Cognição			Interação sujeito-ambiente	Isomorfismo	Pulsão, Eros, Tanatus	Condições de vida	Confiança	Sentimento de inferioridade	Forças propulsoras	Ego organizado	Grupos
Percepção			Estímulo	Campo psicológico	Libido	Relações e vínculos sociais	Segurança	Sexualidade	Condições ambientais	Psico-higiene	Atividade
Memória			Resposta	Campo social	Sexualidade	Linguagem	Otimismo	Vocação profissional	Organização profissional	Variáveis manifestas	Consciência
			Repetição e extinção do comportamento	Força do campo	Afetividade	Subjetividade individual e social	Ameaça	Intimidade	Compreensão Aprendizagem mecânica	Grupo primário, formalizado e secundário	Identidade
			Reforço	Interpretação da realidade	Mecanismo de defesa	Homem concreto	Apoio psicológico	Relacionamento com intimidade	Aprendizagem significativa	Conflito	Cultura
			Punição	Interação sujeito-ambiente	Neurose, histeria		Paciência	Maturidade	Desenvolvimento proximal	Ambiguidades	Representações sociais
			Esquiva	Espaço vital	Trauma		Autonomia	Integridade	Identificação	Diagnóstico	Significados
			Fuga	Dinâmica de grupos	Existência		Proteção	Satisfação pessoal	Satisfação	Variáveis latentes	
			Aprendizagem		Sintoma		Iniciativa	Autoimagem	Interesse	Organização	
					Repressão		Culpa	Pensamento	Adaptação	Sintomas	
					Recalque		Imaginação	Vida mental	Inteligência	Projeção	
					Resistência		Cooperação	Percepção do movimento	Processo ensino-aprendizagem	Deposítaria da personalidade	
					Conflito		Equilíbrio	Aparelho reflexo	Experiência	Clivagem	
					Associação livre		Criatividade	Comportamento	Percepção	Sociabilidade	
					Sonhos, chistes, ato falho		Egocentrismo	Emoções primárias	Habilidades	Interjogo	
					Desejo		Desejos fantasmas	Escolha ativa	Caráter simbólico		
					Infância		Jogo simbólico	Linguagem			
					Personalidade		Sentimento interindividual	Atitude passiva participativa			
					Caráter		Interesse	Interação			
					Linguagem		Eu	Comunicação			

Figura 6 – Demonstração gráfica da distribuição dos conceitos psicológicos por Psicologia

Na Figura 6, assim como na Figura 5, há uma dispersão de incidência de conceitos, também denotando que não há a adoção de uma abordagem psicológica específica. Para tanto, os complementos analisados no item 5.2 parecem ser mais conclusivos por permitirem uma análise mais ampla dos enunciados e do contexto.

5.4.1 – Reconhecendo o discurso

As sentenças se constituem em um gênero de discurso, são elaboradas por juízes que falam a partir de uma posição institucional, social, histórica e política. Nesse sentido, é possível fazer uma leitura, por amostragem, do discurso das sentenças como um discurso do judiciário local, nos tempos atuais. Verificar que tipo de formação discursiva foi utilizado nas sentenças, ajudou a compreender os posicionamentos e regras existentes na cena da análise da culpabilidade e da dosimetria da pena. Em especial, foi destacado o estilo mais sintético na redação, suas

motivações e consequências. Porém, isso só foi possível ao utilizar outro gênero discursivo, o diálogo oral estabelecido pela entrevista. Os enunciados, nesse caso, foram direcionados à pesquisadora e não à formalidade do processo penal, o que permitiu identificar melhor o contexto e o conteúdo.

O exercício realizado no item 5.4 objetivou verificar a incidência de diferentes conceitos psicológicos na legislação e nas sentenças com interesse de localizar filiações em determinadas Criminologias e Psicologia, em complemento às análises desenvolvidas em itens anteriores. Dentre as tendências e constatações obtidas por meio dessa análise, convém destacar quatro: considerando que a legislação consultada apresenta mais recursos terapêuticos do que aqueles usados nas sentenças, parece se confirmar o caráter garantista, pragmatista e regulatório do discurso judicial, como demonstram Zaffaroni e Pierangeli (2008), deixando a ênfase terapêutica para o discurso penitenciário e a ênfase moralizante para o discurso policial; embora não ocorra a adoção de abordagens teóricas de forma estruturante no discurso, foi possível observar que alguns termos foram usados com ênfase na fase positivista da Criminologia e da Psicologia, não por afinidade teórica, mas porque o senso comum, a principal fonte dos juízes, difunde essa noção; da mesma forma, embora não ocorra a adoção de abordagens teóricas, o discurso afasta-se de abordagens que são autoreflexivas; os juízes com mais tempo de magistratura parecem formular, a partir da experiência, parâmetros e teorias que passam a embasar sua atuação.

5.5 “Para que tem servido o uso do que eu sei”

Em que momento o Direito Penal no contexto da culpabilidade e dosimetria da pena no Tribunal do Júri reivindica a Psicologia e para quê? Em parte essas perguntas foram respondidas quando da análise do uso do conceito personalidade no item 5.2, contudo, o exercício de análise a seguir traz novos elementos que confirmam a conclusão do uso dos conceitos psicológicos como incremento da punição.

A Tabela 14 e a Tabela 15 apresentam uma distinção em dois tipos de sentença: tipo 1 – não houve condenação ou aplicação de medida de segurança por crime de homicídio (absolvidos de todos os crimes que foram acusados, condenados por crimes diversos, extinta a punibilidade por algum motivo); 2 – houve condenação ou aplicação de medida de segurança por crime de homicídio (condenação de todos ou de parte dos réus por homicídio, aplicação de medida de

segurança). Em cada tabela é destacada a quantidade de sentenças que pertencem ao grupo, a quantidade de sentenças com presença de conceitos psicológicos, os conceitos psicológicos utilizados e sua frequência, conforme a origem referenciada. Como explicado anteriormente, na coleta de dados foi verificado que os conceitos estavam inseridos em citações com origem em textos da denúncia ou da defesa, da votação do conselho de sentença, dos testemunhos, de laudos ou, ainda, era uma formulação do próprio juiz. Os registrados foram distintos para que fosse possível avaliar o prestígio de uma ou outra fonte, dependendo do caso. Das 509 ocorrências de conceitos psicológicos, nos dois tipos de sentenças, 67,8% estão em formulações afirmativas, ou seja, de autoria do próprio juiz; 29,6% têm origem no texto da denúncia; e os outros 2,6% tem origem nas demais fontes, o que faz concluir que o juiz usa com maior preferência o texto da acusação para falar sobre os conceitos psicológicos, quando não faz formulações próprias.

Com relação à quantidade de sentenças de cada tipo, 23,4% são sentenças do tipo 1 e 76,6%, do tipo 2. No que tange aos conceitos psicológicos nas sentenças de cada tipo, 16,1% dos conceitos estão em sentenças do tipo 1 e 83,9% estão em sentenças do tipo 2. Dos 59 conceitos utilizados nos dois tipos de sentenças, 11 são coincidentes. Chama atenção que apenas uma sentença entre as 95 do tipo 2 não contém conceitos psicológicos.

Tabela 14 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos, conforme a origem, por tipo de sentença

Tipo	Sentenças	Quantidade	Frequência	Quantidade	Conceito	Origem						
						Quantidade	afirmativa	texto denúncia	texto conselho sentença	texto defesa	texto depoimento	texto do laudo
1	Não houve condenação por homicídio	29	Ausência de conceito psicológico	9		0	0	0	0	0	0	0
			Presença de conceito psicológico	20	Afetivo/a	2	2	0	0	0	0	0
			Comportamento / conduta	8	8	0	0	0	0			
			Conduta social	9	9	0	0	0	0			
			Consciente / consciência	5	3	2	0	0	0			
			Desconforto	1	1	0	0	0	0			
			Descontrolado / descontrolou-se	2	1	0	0	0	1			
			Emoção	1	0	0	0	1	0			
			Humilhação	1	1	0	0	0	0			
			Intenção / intento	9	1	8	0	0	0			
			Livre	4	3	1	0	0	0			
			Motivação / motivo	11	5	6	0	0	0			
			Nervoso	1	1	0	0	0	0			
			Personalidade	8	8	0	0	0	0			
			Psique	1	1	0	0	0	0			
			Querendo	2	0	2	0	0	0			
			Sentimento	1	1	0	0	0	0			
			Sufrimento	2	1	1	0	0	0			
			Vergonha	1	1	0	0	0	0			
			Vontade	13	3	10	0	0	0			
SOMA	82	50	30	0	1	1	0					
%	100,0	61,0	36,6	0,0	1,2	1,2	0,0					

Tabela 15 – Distribuição do uso dos conceitos psicológicos, conforme a origem, por tipo de sentença

Tipo	Sentenças	Quantidade	Frequência	Quantidade	Conceito	Origem						
						Quantidade	afirmativa	texto denúncia	texto conselho sentença	texto defesa	texto depoimento	texto do laudo
2	Houve condenação por homicídio	95	Ausência de conceito psicológico	1		0	0	0	0	0	0	0
			Presença de conceito psicológico	94	Afeto	1	1	0	0	0	0	0
			Audacioso	1	1	0	0	0	0	0		
			Autocontrole	1	1	0	0	0	0	0		
			Capacidade de entender/de entendimento	2	2	0	0	0	0	0		
			Capaz	1	1	0	0	0	0	0		
			Comportado / comportamento / comportar-se / conduta	71	71	0	0	0	0	0		
			Conduta social	78	78	0	0	0	0	0		
			Consciente / consciência	13	3	10	0	0	0	0		
			Consequências psicológicas	1	1	0	0	0	0	0		
			Constrangimento	1	1	0	0	0	0	0		
			Crescimento	1	1	0	0	0	0	0		
			Deficiência mental	1	1	0	0	0	0	0		
			Desejo	3	3	0	0	0	0	0		
			Desenvolvimento mental	1	1	0	0	0	0	0		
			Desenvolvimento intelectual	1	1	0	0	0	0	0		
			Desprezo	9	9	0	0	0	0	0		
			Determinação	2	2	0	0	0	0	0		
			Dissimulada	1	1	0	0	0	0	0		
			Doença mental	1	0	0	0	0	0	1		
Emoção	5	2	0	0	3	0	0					
Espontaneamente	1	1	0	0	0	0	0					
Estado de choque	1	1	0	0	0	0	0					

				Euforia	1	1	0	0	0	0	0
				Fúria	1	1	0	0	0	0	0
				Hostil	1	1	0	0	0	0	0
				Impulsiva	1	1	0	0	0	0	0
				Incapaz	1	0	0	0	0	0	1
				Insensível	1	1	0	0	0	0	0
				Intenção / intento	23	7	15	1	0	0	0
				Letargia	1	1	0	0	0	0	0
				Livre	11	2	9	0	0	0	0
				Maldosa	1	1	0	0	0	0	0
				Memória	1	1	0	0	0	0	0
				Motivação / motivado / motivo	44	16	26	1	1	0	0
				Ódio	1	1	0	0	0	0	0
				Ousadia	2	2	0	0	0	0	0
				Periculosidade	2	2	0	0	0	0	0
				Personalidade	80	80	0	0	0	0	0
				Piedade	1	0	1	0	0	0	0
				Querendo	6	0	6	0	0	0	0
				Relacionamento	1	1	0	0	0	0	0
				Saúde mental	1	1	0	0	0	0	0
				Sentimento	3	2	1	0	0	0	0
				Sincera	1	1	0	0	0	0	0
				Subjetivos	1	1	0	0	0	0	0
				Trantornos psíquicos	1	1	0	0	0	0	0
				Vil	1	1	0	0	0	0	0
				Vingança	1	0	1	0	0	0	0
				Violenta	1	1	0	0	0	0	0
				Vontade	39	7	27	5	0	0	0
				SOMA	427	318	96	7	4	0	2
				%	100	74,5	22,5	1,6	0,9	0	0,5

Constata-se que o uso de conceitos psicológicos é prevalente nas sentenças do tipo 2, ou seja, quando ocorreu condenação. É no momento da definição da culpabilidade e da dosimetria da pena, no qual o juiz já tem o veredito da condenação, que os conceitos psicológicos são chamados para fundamentar a punibilidade. Há menções dos juízes sobre a escuta de testemunhas ou vítima crianças com acompanhamento do psicólogo ou da necessidade de laudo psicológico para definir incidentes de insanidade mental, porém é majoritária a busca desses argumentos na fase final do processo. Outro dado que reforça essa noção é que nas 124 sentenças válidas

analisadas, apenas uma sentença contou com um laudo psicológico na fase do conhecimento dos fatos, para definir o incidente de insanidade mental, que resultou em aplicação de medida de segurança. O relato a seguir reforça essa tendência:

“Na hora de determinar ou não a prisão na sentença, seria importante que a Psicologia ajudasse a determinar a periculosidade, para ter mais um fundamento para manter ou decretar a prisão até o trânsito em julgado. Na ausência disso, os indicativos determinam ou não a prisão. Inclusive a gravidade da conduta, pode ser analisada a crueldade pela forma como executou o crime, isso demonstra um grau de periculosidade. Já ocorreu um crime aqui com 25 facadas, isso foi extremamente cruel. Ou assassinou na presença de criança. Um cara que faz um negócio desse, ele tem uma periculosidade, a gente sente isso, não sou psicólogo para dizer, mas ele oferece um grau de risco” (J60).

5.6 De que forma eu vejo a relação do Direito com a Psicologia: subordinação, auxiliaridade ou interdisciplinaridade?

Com poucas variações de compreensão (como o primeiro relato no bloco abaixo), os juízes percebem o lugar da Psicologia, enquanto ciência e atuação profissional, no âmbito da Justiça, como de colaboração às rotinas do judiciário. Nesse sentido, parece haver similaridade com o lugar atribuído e difundido pela doutrina: “...a tradicional doutrina jurídica brasileira, especialmente nos manuais... faz questão de manter olímpica desinformação sobre as chamadas ‘ciências auxiliares do direito penal’, reforçando o estudo puramente dogmático e traduzindo uma perspectiva de ensino absolutamente isolada da realidade, calcada nos princípios do velho positivismo jurídico e que faz questão de ignorar a análise crítica do direito penal” (SHECAIRA, 2008, p. 148). Os trechos das entrevistas com os juízes, transcritos abaixo, parecem confirmar essa perspectiva:

“Acho muito importante que o envolvimento da sociologia, psicologia, de outras áreas de humanas, no Tribunal do Júri, é um palco de acontecimentos para análise dessas áreas” (J45)

“Só tem a atuação da Psicologia quando tem menor ou criança. Quando a criança presencia os casos de homicídio, por exemplo, só ouço as crianças [se estiver] acompanhado. Se tivesse à disposição um profissional assim, eu usaria” (J60)

“Se a gente encomendar ao Instituto de Criminalística é possível ter um laudo. Toda a vez que for colocada em dúvida, se o réu ao tempo do crime tinha capacidade de entender o caráter ilícito da ação, ou seja, se ele era doido ou não, que a gente abre o chamado incidente de sanidade mental, vem do Instituto de Criminalística um laudo psiquiátrico. Tem um laudo que avalia a inimputabilidade do réu. Quando esse laudo está no processo, a gente fica mais tranquilo para fazer a análise da personalidade” (J65).

“Estou ainda me ambientando ao Tribunal do Júri e organizando alguns aspectos que penso que serão importantes para um melhor trabalho. Porém, penso no futuro de fazer uso de avaliação psicológica ou psiquiátrica para ajudar a subsidiar as decisões, isso era uma prática na Vara na qual eu estava lotado anteriormente” (J5).

Desde a ascensão do regime de exames na Justiça, o conhecimento psicológico adquiriu especial relevância na produção da verdade. Compreendida historicamente pelo sistema de justiça como uma ciência auxiliar, a Psicologia iniciou sua atuação no campo jurídico por meio de um viés clínico com a prática de laudos que ajudam os processos de decisões judiciais.

Lamentavelmente, ainda prevalece no denominado campo da Psicologia Jurídica essa tradição da prática clínica e de caráter auxiliar ao direito. É lastimável principalmente por dois argumentos, o primeiro trata-se de um conjunto de teorias e práticas concebidas por meio da psicologia institucional e psicologia social, assim como pela própria psicologia jurídica, que é negligenciado. Esse arcabouço teórico e prático permite uma visão mais abrangente do conceito de Justiça, de Direito e do funcionamento das instituições envolvidas com esses temas, alçando a intervenção psicológica para além do indivíduo, levando-a também para a organização judicial, seus atores e para sociedade. O segundo argumento tem a ver com a pobreza de uma visão disciplinarizada e hierarquizada do conhecimento, que defende que a soma das partes alcança o todo: a realidade. A interdisciplinaridade, que pressupõe o diálogo dos saberes em posição de igualdade, apresenta melhor capacidade de compreensão da realidade e de intervenção criativa frente aos casos analisados pela Justiça. No entanto, ela não se estabelece nas relações profissionais no campo jurídico (salvo exceções), sobretudo pela arrogância do Direito e pela subserviência da Psicologia (e outras “ciências auxiliares”).

5.7 “Se eu souber mais, para que isso vai servir”

Considerando o Direito Penal e a sociedade do século XXI, é realmente conveniente oferecer mais conhecimento ao juiz no que tange à dimensão do “humano”? Esse conhecimento não estaria mais uma vez apenas à disposição da justificação e incremento da punibilidade, assim como o conhecimento dos psicólogos está? Um Direito Penal do autor não parece ser uma alternativa democrática e justa, então para que serviria o juiz saber mais sobre a dimensão psicológica?

Essas questões merecem serem detalhadas. Sobre o conhecimento dos psicólogos estarem à disposição da justificação e incremento da punibilidade, isso tem a ver com o uso dos documentos psicológicos (laudos, pareceres, relatórios e atestados) para os mesmos fins que são usados os conceitos psicológicos no processo penal, como demonstrado acima. No entanto, há ainda outro aspecto a se considerar: reiteradamente as avaliações ou exames técnicos de “criminosos” reproduzem os estereótipos e os preconceitos da ideologia que permeia a questão do crime, ou seja, a legitimação de uma teoria de causas baseada em fatores internos ou/ e natos que se direciona a população empobrecida e aos grupos marginalizados (WOLF, 2005).

Nesse sentido, a Psicologia Jurídica parece ainda estar desarticulada quanto a sua atuação no processo de promoção da saúde mental, com garantia dos Direitos Humanos e da ética. É possível afirmar que ela se preocupa menos com as relações entre os indivíduos, a sociedade e as instituições (e com os conflitos que advém dessas relações), do que com sua tarefa testemunhal de atestar a ‘realidade’. Dessa forma, favorece um determinado controle social e reforça o papel repressor do Direito, podendo os psicólogos, inclusive, transformarem-se em ‘pseudo juízes’, na medida em que se tornam inquisidores, redatores de sentenças e examinadores da verdade.

Sobre o interesse do Direito Penal em justificar suas decisões pelas características do autor do fato, Rezende também levantou esse questionamento no exame das sentenças: “Face à ausência de informações sobre a pessoa do réu, poder-se-ia pensar se foi correto formular essas perguntas ao juiz, ou seja, à sentença, e se as respostas não deveriam ser buscadas em outros documentos integrantes do processo (dos autos processuais), onde talvez fossem encontradas... O que pode o juiz fazer com elas, se não correspondem à natureza do exame que ele deve realizar, na busca de elementos para seu convencimento, em sentido positivo ou negativo, a respeito do crime e de seu autor?... Não há um direito penal do autor, mas um direito penal do fato – é o que

se escreve nos livros de doutrina, é o que diz a dogmática penal. Sob tais fundamentos a pessoa deveria mesmo desaparecer na sentença” (REZENDE, 2011, p.49). Uma vez que as perguntas no processo penal podem estar equivocadas, talvez o empoderamento pelos juízes do conhecimento psicológico instrumentalize mais ainda essa lógica. Pires (1999), ao identificar uma programação do Direito Penal a partir do século XVIII que se perpetua na atualidade, nomeada como racionalidade penal moderna, considera que a intervenção jurídica em matéria penal “é excessivamente repressiva, obsoleta, ancorada em pressupostos filosóficos, sociológicos e psicológicos que reclamam uma visão de futuro; e, o que é mais, ela é contraditória e inadequada em relação aos tipos de problemas os quais os tribunais penais tratam” (PIRES, 1999, p. 64). Esse autor apresenta a necessidade de uma profunda revisão crítica do Direito Penal e na sua forma de resolução dos conflitos. Para tanto, seria necessário repensar vários aspectos para além dos fundamentos da modernidade e superar sistemas de pensamento que impedem que a sociedade contemporânea saia de uma armadilha que ela mesma se colocou. No Direito Penal parece que as soluções são procuradas sempre onde não estão. Mas, viciado por premissas equivocadas, o Direito Penal se encurrala em bolhas de ar no fundo do mar quando precisaria pegar fôlego e subir a superfície. Seria a atitude mais difícil, mais assustadora, mas a única para evitar o afogamento, usando de uma metáfora para ilustrar a situação.

Exemplificando esses sistemas de pensamento herdados pela modernidade, Pires (1999) apresenta a divisão dicotômica entre o direito civil, voltado para o mundo privado, e o direito penal, voltado para o mundo público. O primeiro é criativo e flexível, se interessa pela vítima, media as partes, busca a reconciliação e a reparação, inova em prescrições. O segundo é mais limitado, tanto nas possibilidades de decisão, quanto nos recursos para trabalhar, “foi atribuída a ele a simples função de distribuir o mal e de pagar na mesma moeda” (PIRES, 1999, p.66). Além dessa cilada que acaba limitando a análise dos reais problemas da justiça penal, o autor relaciona outras: os direitos da pessoa; o princípio da igualdade; o princípio da necessidade de punir; as “garantias jurídicas”; e o princípio “em nome da proteção da sociedade”. Sem a pretensão de explicar as incongruências demonstradas por Pires, mas de sucintamente apresenta-las, seria o seguinte: quanto aos direitos da pessoa, o Direito Penal parece não se encorajar para enfrentar a escolha feita de tornar-se cada vez mais repressivo para reagir contra as agressões aos direitos da pessoa, em detrimento de se apoiar nos direitos da pessoa para se humanizar e se aperfeiçoar, instalando formas mais flexíveis e menos repressivas de resolução de conflitos. Sobre o princípio

da igualdade, trata-se dele ser aplicável a etapa final do processo judicial, na aplicação da pena, e esquecido para outras coisas como a igualdade de condições de defesa e acusação, e mais, a fixação pela ideia de punir igualmente a todos se coloca em contraposição à ideia de punir moderadamente (proporcional e de forma justa) a todos, gerando intolerância aos que escapam dessa empreitada. Nesse caso, é posto de lado a noção de que a repressão é um mal e que deveria ser empregada em última instância.

No que tange a obrigação de punir, foi trazido pelo saber moral e jurídico da Idade Moderna a pena como um mal necessário e uma obrigação prática dos governos. Pires (1999) considera que haver colocado a pena no plano dos ideais de sociedade é uma das mais fecundas heranças dos gregos do pensamento moderno (esse é um legítimo “presente de grego”, no sentido popular). Sobre as garantias jurídicas, algumas questões tiveram os efeitos contrários aos previstos, por exemplo, a publicidade do processo penal, que tinha intenção de evitar abusos pelo segredo dos procedimentos, acabou por permitir um suplício adicional, com julgamentos prévios, execrações públicas, prazer mórbido pela infelicidade do outro, etc. Também é possível mencionar o princípio da legalidade devassado pela criação de grande quantidade de novas infrações penais desconexas ou desproporcional com a legislação vigente, e, ainda, a sua falta de aplicabilidade no que se refere às rotinas da execução penal. Por fim, a atuação “em nome da proteção da sociedade” também está falaciosamente vinculada à necessidade de punir todas as transgressões e dificulta o princípio da moderação. Para variar, a tentativa, levada ao extremo, de decidir pelo outro, para seu próprio bem. Adicionalmente, no final das contas, o “direito de ser protegido” se transformou em uma “obrigação de se deixar proteger”, permitindo uma possibilidade de sabedoria e interveniência, onipotente e onipresente, do Direito Penal nas relações cotidianas.

Uma desconstrução cognitiva semelhante é desenvolvida por Valois (2013). Esse autor demonstra, ao pesquisar a fundamentação de acórdãos em São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Distrito Federal, que o argumento “ressocialização” tem inúmeras utilidades e sua ambiguidade se presta a dar uma aparência humana à decisão judicial. Entretanto, o aumento da pena ou a negação de direitos (progressão de pena, por exemplo), usando como fundamento a ressocialização que, na verdade, visa tão somente fazer sofrer o sujeito, dá ares de boa intenção ao juiz. Ao derivar dessa constatação frases como “ele vai ficar preso mais tempo para se ressocializar” (2013, p. 223), Valois pergunta como não parecer ridículo.

Por essas e outras, o Direito Penal, na sua atuação majoritária, parece não estar em bom caminho e que tudo que for ofertado a ele sucumbirá a esta lógica. Considerando os sistemas de pensamento apresentados por Álvaro Pires, fica evidente porque não foram encontrados conceitos psicológicos de abordagens reflexivas da Criminologia e da Psicologia. De fato, há vícios cognitivos em várias questões no Direito Penal que o esquiva desse enfrentamento consigo mesmo. Diante disso, parece que ofertar – de forma sistemática e obrigatória – o conhecimento psicológico aos profissionais do Direito, em especial, aos juízes, poderia cair no campo das boas intenções. Sua importante aplicação na compreensão do fenômeno social como um todo, em todas as fases do processo penal, inclusive no reconhecimento da sua dinâmica institucional, pode ficar muito distante da realidade se considerado o funcionamento e o papel que o Direito Penal tem na sociedade contemporânea.

O JUIZ E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS NO PROCESSO DE JULGAR

Não havia a pretensão inicial de tratar neste trabalho das intercorrências da dimensão psicológica dos juízes no processo de julgar. No entanto, ao verificar que as circunstâncias dos juízes¹³ são parte do processo, sobretudo com a revelação do uso do sentimento e da experiência como balizadores dessa atividade, isso se tornou forçoso. O *insight* ocorreu durante uma entrevista, ao questionar o juiz sobre os aspectos psicológicos na análise da culpabilidade e dosimetria da pena, momento em que ele devolveu a pergunta: “quais aspectos psicológicos, os meus?” Isso chamou atenção para diversos dados coletados nas demais entrevistas, indicando que era necessário falar sobre isso e que se tratava de algo de relevância para a análise, como também observou Figueira: “À subjetividade do que se passou na mente do acusado, acrescenta-se a subjetividade da interpretação que os atores judiciários dão àquela intenção” (2008, p.185).

Convém registrar que, diferente da tentativa persistente da dogmática de negar a subjetividade ou criar mecanismos racionais pouco eficazes para tanto, a maioria dos juízes entrevistados reconhece essa dimensão e faz uma distinção conceitual entre imparcialidade e neutralidade para dar-lhe um limite de forma a não ameaçar a expectativa de ser justo, embora não haja reflexões mais aprofundadas sobre como lidar com ela. Essas questões serão discutidas a seguir.

6.1 “Quais aspectos psicológicos, os meus?”

O Direito, como exposto anteriormente, não é e não poderá ser unicamente um sistema racional de pensamentos. Isso porque é pensado e praticado por pessoas e consiste em decisões

¹³ As circunstâncias dos juízes é uma alusão à ideia de que além das circunstâncias do crime previstas no art.59 do Código Penal, outras circunstâncias também estão presentes no processo de julgar. E, também, foi inspirada na frase “Yo soy yo y mi circunstancia y si no la salvo a ella no me salvo yo” de Jose Ortega y Gasset, na obra *Meditaciones del Quijote* (1914). Essa frase expressa a forma mais característica da filosofia do autor que estabelece um constitutivo básico para a vida, um conjunto de realidades nas quais se situa o sujeito e que determinam suas possibilidades vitais, seu destino.

sobre distintas possibilidades de ordenação político-social para as condutas humanas. As pessoas que tomam essas decisões são indivíduos integrais cuja subjetividade é construída, estão envolvidos por dimensões diversas e agem por elas. A decisão judicial não costuma ser mais racional do que a vontade, as emoções e o conhecimento de quem a produz, assim como os juízes são pessoas que basicamente respondem às orientações de suas experiências, memórias, valores, aprendizagens, influências procedentes do ambiente e da mentalidade comum, bem como, de seus genes e seus neurônios (FERNANDEZ; FERNANDEZ; 2010). Os trechos abaixo das entrevistas com os juízes apresentam isso e as saídas discursivas encontradas por eles para dar conta de eventuais contradições que esse reconhecimento possa trazer no contexto do Direito.

“Meus aspectos psicológicos interferem no meu processo de julgar. A minha formação jurídica, formação pessoal, aspectos psicológicos interferem. Reconheço, porque juiz é ser humano, está ali para julgar seres humanos, então não tem como fugir disso. É a velha discussão entre a imparcialidade e neutralidade. Juiz tem que ser imparcial, mas não tem como ser neutro. Várias influências tornam as pessoas diferentes... na hora de avaliar as coisas, quando o juiz tem certa margem de discricionariedade, eu acho que é impossível, penso eu, não haver uma influência de todas as características naquela situação” (J45)

“É um grande exercício esse de evitar a influência de quem você é sobre o seu processo de julgar. Por exemplo, na minha vida pessoal eu sou muito emotivo e impulsivo. Aqui eu não posso ser. Porém é certo que isso aparece, por exemplo, houve uma circunstância em que estava me separando da minha esposa e ela ficaria com a guarda da minha filha. Eu estava sofrendo com isso. Nessa época uma senhora foi presa, sua neta estava em sua companhia. O delegado procurou providenciar um lugar para a criança ficar. No dia do julgamento, a neta reviu a vó num encontro emocionado e muito carinhoso. Outros dados também corroboravam que ela era uma excelente avó. Ao ver aquela cena, reportei-me a minha experiência, era um momento que eu estava mais sensível a perceber aquilo. Retirei-me da sala para não transparecer a emoção...” (J5).

“Sim, o pessoal fala que eu tenho uma visão mais social, tem a ver com a minha história, é diferente. As experiências de uma pessoa interferem. Sentença vem do verbo sentir, e o teu sentimento carrega a pessoa que você é... a imparcialidade acredito que não é prejudicada, mas imparcialidade não significa neutralidade. Às vezes, isso até repercute de outra forma, para dosar as coisas. Por exemplo, avaliar a repercussão da condenação quando o réu é da família da

vítima e jovem, que tipo de benefício a vítima vai ter com a condenação de um jovem e que vida terá esse jovem após o cumprimento da pena” (J30).

Os juízes entrevistados apresentam compreensões integradas sobre si (âmbito racional e emocional), relatando formas e dosagens para o uso da dimensão pessoal de modo a não comprometer negativamente o processo de julgar. Inclusive, alguns deles, usam essa dimensão para se aproximar do caso e para serem mais razoáveis em suas avaliações. No entanto, uma questão se coloca. Na medida em que essa dimensão é negada pela dogmática e pela formação e que os juízes não tem uma preparação institucional para tratar esses aspectos – nem quanto aos envolvidos no caso, muito menos consigo próprio –, como reconhecer adequadamente os processos psicológicos que podem interferir na sua atuação profissional e, assim, evitar equívocos?

No exercício da aplicação da lei por meio das decisões judiciais, há preocupação por parte dos teóricos do Direito, entre eles Lenio Streck (2010), de que a sociedade não fique a mercê das posições pessoais dos juízes que poderiam se deleitar no uso da lei como lhe convém. A questão é como fazer isso. Streck (2010) considera que os juízes devem respeitar a força da lei e seus princípios, desconsiderar suas opiniões pessoais, sua moral e decidir a partir do texto legal e da doutrina. Adverte que o modelo de decisão judicial tradicional que perpassa no imaginário jurídico evoca o positivismo jurídico, usando-se da prerrogativa do sentimento de justiça, adota a consciência como fonte de verdade e, portanto, arbítrio.

Mendes (2008) analisou esses aspectos na representação do princípio do livre convencimento motivado e na iniciativa probatória do juiz. A autora concluiu que “não obstante o prestígio desfrutado pelos doutrinadores na socialização dos operadores do direito, o saber por eles produzido não orienta as decisões judiciais prolatadas pelos julgadores...” (TEIXEIRA MENDES, 2008, p. 194). Por meio de pesquisa empírica, coletou vários depoimentos com descrição da atividade decisória que não parte da prova dos autos, verificando que esse exame é posterior a formação do convencimento do juiz que procura nos autos uma justificativa para a decisão já tomada, conforme demonstra esse relato de um juiz: “O livre convencimento faz a decisão vir antes. Tanto é assim que na hora que eu faço as perguntas, eu direciono para justificar a minha decisão que já foi tomada” (TEIXEIRA MENDES, 2008, p. 198).

Por isso, Lenio Streck constata que “estar compromissado apenas com a sua consciência passa a ser o elemento que sustenta o imaginário de parcela considerável dos juízes brasileiros...”

(STRECK, 2010, p. 26). Para dar conta disso, esse mesmo autor propõe um compromisso com a reconstrução da história institucional do direito, considerando o momento do caso julgado na integralidade desse direito, com vistas a sintonizar o sentido projetado pela comunidade política. No entanto, será que é apenas com mais racionalização que se dará conta da arbitrariedade? Para conter arbitrariedades não seria necessário ser voltar também para a esfera do humano que as elabora e justifica, sob pena de ao desconsiderá-la, só instigarmos a sofisticação desse mecanismo? O ato de decidir não é composto apenas do racional e do consciente.

É possível fazer uma analogia para apresentar mais elementos a esse questionamento. Na Psicologia, Antropologia e Sociologia é largamente admitida e estudada a influência do pesquisador sobre o objeto de pesquisa, do profissional sobre o usuário do seu serviço (cliente, paciente, cidadão, morador, seja a classificação que for). Especificamente na Psicologia, existe um chavão destinado aos psicólogos: “seu paciente não vai além do ponto que você foi”. Com isso se quer dizer que não é possível produzir reflexões e avanços no atendimento psicológico em pontos que o psicólogo tem obscuros para si. Para dar conta dessa questão é exigido um exercício de autoconhecimento do profissional, envolvendo suas origens, sua formação, suas convicções, suas características, suas motivações, seus limites e possibilidades. Construída essa dialética sobre si mesmo, que deve ser constante, é possível compreender de que “lugar” se fala e quais são os limites e possibilidades de atuação profissional. De forma que é plausível, por conseguinte, na medida em que o profissional se depara com uma atividade, um grupo, um paciente ou uma situação na qual não consegue se colocar de forma contextualizada e crítica, ele assumir esse limite, buscar superá-lo e, não podendo, deve encaminhar o caso para outros profissionais.

Zimerman (2008), ao discorrer sobre a influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional, identifica vários fatores inconscientes e conscientes na formação do juízo crítico, entre eles: “os valores impostos pelo Superego; as funções do ego, como as da percepção, pensamento e discriminação; o processo de identificação; os tipos básicos de personalidade e a ideologia pessoal do juiz” (ZIMERMAN, 2008, p. 135). Esse mesmo autor explica que a participação do superego está relacionada à forma com que o indivíduo internaliza os códigos de valores. Supondo que foi marcada por modelo maniqueísta (deve ou não deve, prêmio ou castigo, bom ou mau, entre outros), tenderá a ser um adulto que se sinta policiado por um superego exigente, punitivo e controlador, através dessa estrutura ele se sentirá julgado e

julgará. No que tange à percepção, o autor demonstra que a forma que as pessoas visualizam o mundo externo depende diretamente como percebem o mundo interior, acrescentando que quanto mais paranoide for a estrutura de personalidade, mais a percepção pode ser distorcida da realidade. Nesse sentido, o mecanismo de defesa da projeção pode exercer papel de destaque, pois de forma inconsciente o indivíduo atribui ao outro aqueles sentimentos, pensamentos e intenções que ele não consegue assumir como próprios, por lhe serem desagráveis e intolerantes. No campo das identificações, há uma farta gama de possibilidades de alguém tornar mais familiar, aceitável, verdadeiro e próximo aquilo lhe é conhecido, desejável ou por algum motivo evidenciado na sua história, como se fosse a extensão de si mesmo. Para se vincular a uma situação de forma comprometida, há que se ter alguma dose de identificação, e por consequência empatia, porém, de forma excessiva ela pode distorcer a capacidade de juízo crítico.

Ao considerar esse pequeno exercício demonstrativo de possíveis funcionamentos psíquicos apresentado por Zimerman, parece que a melhor forma de enfrentar a parcialidade é reconhecendo-a, não para negá-la, mas para superá-la. Para tanto, é necessário levar em conta a dimensão subjetiva e diversa¹⁴ da pessoa do juiz, da concepção do ‘homem’¹⁵ do Direito, como discutido no Capítulo 1. Não é possível separar a pessoa de sua ‘alma’, existe uma esfera de

¹⁴ Diversidade, nesse caso, remete ao conjunto de diferenças e semelhanças que caracteriza a vida no planeta, é um entendimento plural e dinâmico que aprofunda os aspectos que nos fazem iguais (por exemplo, em direitos) e diferentes (por exemplo, nos traços físicos, nos gostos e na origem). Esse conceito permite examinar as relações sociais evidenciando que algumas diferenças colocam as pessoas em situação de vulnerabilidade, promovem desvantagens e, por consequência, desigualdade. Observar a realidade a partir da perspectiva da “diversidade” nos dá “lentes” para enxergar os fatores que constroem o preconceito, a discriminação e a exclusão.

¹⁵ Propositamente, considerando as questões apresentadas no Capítulo 1, foi usado “homem”, e não “humano”, para chamar atenção à naturalização do masculino no Direito. O uso de expressões masculinas para designar homens e mulheres foi desvelado no século passado, por pesquisas de gênero e pelo movimento feminista, como uma das formas de ocultar o feminino. Por meio de um processo psicológico e social sofisticado, a linguagem e a educação sexista constroem a naturalidade da desigualdade entre mulheres e homens, sendo que o uso, em alguns momentos, do gênero masculino englobando o feminino faz parte disso. Esse mecanismo é também mais uma forma de negar características pessoais e diversas. Paulo Freire reconheceu o sentido oculto do uso do gênero masculino ao refletir sobre as críticas que recebeu após o lançamento da publicação *Pedagogia da Esperança*: “É que, diziam elas, com suas palavras, discutindo a opressão, a libertação, criticando, com justa indignação, as estruturas opressoras, eu usava, porém, uma linguagem machista, portanto discriminatória, em que não havia lugar para as mulheres. (...) Em certo momento de minhas tentativas, puramente ideológicas, de justificar a mim mesmo, a linguagem machista que usava, percebi a mentira ou a ocultação da verdade que havia na afirmação: ‘Quando falo homem, a mulher está incluída’. E por que os homens não se acham incluídos quando dizemos: ‘As mulheres estão decididas a mudar o mundo’? (...) A recusa à ideologia machista, que implica necessariamente a recriação da linguagem, faz parte do sonho possível em favor da mudança do mundo. (...) Não é puro idealismo, acrescente-se, não esperar que o mundo mude radicalmente para que se vá mudando a linguagem. Mudar a linguagem faz parte do processo de mudar o mundo. A relação entre linguagem-pensamento-mundo é uma relação dialética, processual, contraditória” (FREIRE, 2002, p. 66).

influência sobre o sujeito que o campo racional não controla. Ao lidar com a realidade, os sujeitos não são só os papéis institucionais, são também sujeitos e suas circunstâncias.

Outro aspecto da história pessoal que implica em comportamentos profissionais tem a ver com o processo seletivo da carreira. Lídia dos Reis Almeida Prado (2010) examina esse aspecto em sua obra, identificando que os jovens veem a magistratura como uma carreira atraente, estável, remuneração e ascensão certas, com ausência de chefia e aposentadoria diferenciada. Para ser aprovado no concurso, convém ter boa capacidade mnemônica e de análise sobre enunciados, além de condições financeiras para custear os melhores cursos e dedicar-se exclusivamente a eles. No processo de formação e de seleção não há preocupação sobre os aspectos pessoais que se traduzirão em competências e atitudes desse profissional. Após ingressar numa carreira que demanda mais do que realmente o jovem candidato imaginava, o juiz se vê pressionado por questões complexas do jurisdicionados, limitações institucionais, assuntos de gestão e pela atuação dos órgãos de controle social. Não encontrando em si e na sua formação recursos atitudinais para lidar com a realidade, apega-se no poder instituído pelo cargo e na suposta meritocracia por ter sido aprovado em um concurso concorrido, nessa fase “da presunção à arrogância, é curta a distância” (PRADO, 2010, p. XI).

Por fim, ignorar ou fazer de conta que não existem as características individuais das pessoas que ocupam o cargo de juiz não irá fazer com que elas deixem de existir ou de influenciar, porque as ideias são produzidas por meio do corpo e de suas vivências. Pelo contrário, essa medida irá possibilitar uma falsa impressão de neutralidade e dificuldades para lidar com realidade.

6.2 As percepções do que mudou no processo de julgar e escrever as sentenças no decorrer do exercício da magistratura

As percepções dos juízes sobre o que mudou no processo de julgar e escrever as sentenças no decorrer da magistratura podem ser divididas em dois blocos: sobre o estilo da sentença em si e as mudanças na forma de entender e sentir o mundo. Quanto ao estilo da sentença, três possibilidades foram relatadas: um estilo de redação mais incisivo (transparente e enfático, do ponto de vista do que pensa o juiz); o contrário, um estilo de redação mais técnico (controlado e

polido); mais sintético (voltado à essência e ao necessário). Verifica-se que a mudança de estilo em todos os casos têm justificativas de ordem pessoal: a crença do juiz no caráter pedagógico da sentença, a percepção sobre o seu papel no sistema de justiça e a segurança para se posicionar. Isso pode ser observado nos trechos abaixo destacados:

“Mudou, passei a ser mais incisivo. Demonstro mais minha indignação. Por vários fatores, primeiro porque eu acredito no caráter pedagógico da coisa, tanto para o réu quanto para qualquer interessado que leia a sentença. Segundo lugar, aí um problema meu, por muitas vezes, por discordar de entendimentos superiores, eu uso a sentença para desabafar... Outra preocupação: escrevo com um português básico, sem rebuscar, para o cidadão entender.” (J45)

“Fiquei mais técnico, menos eloquente, a escrita ficou menos raivosa, deixei de transparecer a eloquência que dava indicativo da minha indignação. A maturidade faz perceber que não iremos salvar a pátria. É necessário demonstrar equilíbrio, embora na vida pessoal possa ser diferente” (J5)

“Eu percebi que minhas sentenças ficaram mais curtas, a fundamentação ficou mais concisa. Talvez pela pressão do trabalho. Também acho que com o passar do tempo a gente vai tendo uma visão mais profunda das coisas. Quando se tem menos experiência, escreve-se muito para dizer a mesma coisa. Quem é mais novo tem um raciocínio mais rápido, mas mais superficial. A medida que a gente vai ficando mais velho, às vezes perde a capacidade de raciocínio, mas ele se torna profundo, mais difícil de ser confrontado. Também é preciso ter cuidado para escrever a sentença porque com o tempo ela pode ficar sem sentido, representar ideias superadas” (J50)

No que tange à mudança sobre a forma de entender e sentir o mundo houve relatos que trataram da maneira de perceber as questões implicadas na avaliação culpabilidade e dosimetria da pena, por exemplo, a personalidade; e, outros depoimentos que indicaram as mudanças pessoais decorrentes da exposição cotidiana às narrativas de homicídio. Nesse caso, foi possível constatar implicações diferenciadas, alguns depoimentos demonstraram que os juízes tornaram-se mais sensíveis emocionalmente no decorrer do exercício da magistratura (em especial, na área criminal), inclusive passaram a perceber os acontecimentos diários a partir da possibilidade iminente do crime, e outros, que eles diminuíram a sensibilidade e tenderam a naturalizar o homicídio.

“No começo da minha carreira, toda a pessoa que matava tinha personalidade deformada para mim: a personalidade do réu é afetada porque é um homicida de alto potencial de criminalidade. Mas, a gente vai percebendo com o tempo que a gente não tem condição de avaliar, de penetrar no subjetivo de um réu a ponto de delinear uma personalidade. Hoje eu coloco o seguinte: a personalidade do réu não pode ser delineada por falta de elementos seguros nos autos para fazê-lo. Todas as minhas sentenças são assim” (J50).

“Tudo o que o cidadão sofre, eu acho que o juiz de vara criminal sofre mais porque treina o raciocínio para prestar mais atenção para as coisas que ocorrem a sua volta. O juiz de vara criminal vai adquirindo aquela visão periférica, vai ficando um ser mais intranquilo. Um cidadão que não tem essa vivência de um tanto de cadáveres empilhados aí, fica mais tranquilo... Mas, traz também muito alento na alma e uma realização pessoal muito grande. Eu tenho um relato que salvei uma pessoa, justamente por essa malícia” (J20).

“Quando eu estiver mais velho, provavelmente, eu vou estar melhor na arte de julgar. Eu estou melhor agora, do que há um ano... a experiência é um fator importante” (J30).

“Hoje eu tenho mais experiência, eu lido com menos sofrimento do que no início. Mas, sempre tive muito cuidado... Nas minhas sentenças, depois que eu vim para cá, eu comecei a ficar um pouco mais rígida, mais pesada. Mesmo que o Tribunal reforme depois, o que a gente lê no Tribunal, faz uma diferença na cidade. Não sei se é porque tive contato com tantos crimes muito bárbaros ou crimes sem motivo nenhum, que eu tendo a valorizar de uma forma mais negativa na hora de dosar a pena. Isso [realmente] mudou um pouco, eu tenho uma tendência de ter um avaliação mais pesada. Não que seja muito, dentro do razoável. Mas, isso modificou sim, quando se tem contato com a cidade pequena, se vê o impacto. Como substituto se roda muito, como titular é possível acompanhar um pouco mais o impacto. Aqui tem muita gangue. Muitos crimes decorrentes de gangue, muitos homicídios. A gangue aqui é para isso, para se matarem. É por território, não é por droga ou para praticar crime. Eles entram adolescentes ainda, dependendo da quadra onde moram, se tornam rivais. O fim é assim: ou vai preso ou morre, ou vai embora daqui, quando consegue sair. É um estado de guerra, bem pesado. Isso eu avalio de forma bem negativa na sentença, se faz parte de gangue, eu avalio nas circunstâncias, embora possa ser valorado como motivo torpe. Deixo preso desde o inquérito, falou que é gangue para mim já é fundamento, porque é perigo iminente” (J60).

“Eu não acompanhava os crimes. Eu me assusto com os crimes, sabia que tinha, mas não sabia que era tanto. Eu fiquei mais sensível ainda, fico me perguntando o porquê” (J70).

“É um problema psicológico... eu fiquei sem estranhamento com relação aos crimes” (J15).

Todos os entrevistados indicaram que a atuação profissional vai se modificando pela experiência na magistratura. Assim como, que a experiência de vida tem decorrências na prática profissional e que a prática profissional influencia os demais aspectos da vida. Nesse sentido, reforçando o que já foi demonstrado anteriormente, parece necessário reconhecer a dimensão subjetiva do juiz na sua atuação como um componente importante e desenvolver formas de lidar com ela para além da racionalização do uso da teoria do Direito (necessária, porém insuficiente). Esse é um tema a ser desenvolvido desde a formação acadêmica em Direito e objeto de ações educacionais contínuas nas escolas da magistratura. Contudo, não é um desafio simples, não se tratar de uma disciplina a ser inserida no currículo, passa antes por uma revisão da própria noção do humano no Direito e da ampliação da visão do direito para além da norma. Tem a ver com a superação do “paradigma jurídico-dogmático” que impera nas faculdades de Direito brasileira, onde prevalece o exclusivo interesse pelo texto legal, em detrimento do Direito a partir da complexidade da vida. Santos argumenta que “em regra, o ensino jurídico até hoje praticado (180 anos depois da implantação dos primeiros cursos em São Paulo e Olinda) parte do pressuposto de que o conhecimento do sistema jurídico é suficiente para obtenção de êxito no processo de ensino-aprendizagem. A necessária leitura cruzada entre o ordenamento jurídico e as práticas e problemas sociais é ignorada, encerrando-se o conhecimento jurídico e, conseqüentemente, o aluno, no mundo das leis e dos códigos” (SANTOS, 2011, p. 88). A seguir, é apresentado um trecho da entrevista que evidencia a distância da formação com a prática profissional.

“Juiz tem que refletir muito. Ter imparcialidade, olhar sempre os dois lados. Ter calma para ouvir todos. A imparcialidade é da pessoa. Eu custei a descobrir que eu imparcial. Eu queria ser promotor, mas eu passei para o concurso para magistratura, na primeira audiência eu já percebi que eu não tenho a parcialidade do promotor. Quando eu era mais novo, eu achava que era indeciso, mas não é indecisão, é ponderação. É o que o juiz precisa ter. Ninguém me ensinou a ser juiz, não. Quando tomei posse, tive três dias de curso, o desembargador só falava como tínhamos que fazer os casamentos, e a gente foi trabalhar... Aquele que já advogou antes, adquire uma experiência, sofre menos, aquele que só ficou estudando para fazer concurso e cai aqui, sofre bastante. Quantas dúvidas a gente tem, muitas coisas não estão em livro nenhum” (J60).

Reconhecer a subjetividade do juiz no processo de julgar sem tentar eliminá-la, também envolve outros enfrentamentos com relação à própria imagem do Direito e a promessa da segurança jurídica (ANDRADE, 1994), o que seria um movimento muito complexo. Bourdieu (2009) demonstra como o Direito se baseia no poder instituído por ele mesmo e que desvelar os seus aspectos constitutivos o expõe de forma ameaçadora. O Direito tem a possibilidade de nomear e instituir atos, dar a palavra autorizada e a palavra pública oficial (por exemplo, ele atribui identidade, estado civil, propriedade, define limites, entre outras medidas). Por esse motivo, Bourdieu (2009) identificou que o Direito é por excelência a forma do poder simbólico de nomeação, conferindo a permanência de realidades criadas ou legitimadas por ele. O mesmo autor demonstra que o “Direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado” (2009, p. 236). Sendo que “...é na medida em que os atos simbólicos de nomeação propõem princípios de visão e divisão objetivamente ajustados às divisões preexistentes de que são produto, que tais atos tem toda a sua eficácia de enunciação criadora que, ao consagrar aquilo que enuncia, o coloca num grau de existência superior, plenamente realizado, que é o da instituição instituída” (BOURDIEU, 2009, p. 238). Fica esclarecido assim que novas categorias de percepção e de apreciação só têm probabilidade de êxito se seus fundamentos já estiverem disponíveis na realidade, se já tiverem sido descritos antecipadamente.

O Direito nomeia, legitima e, posteriormente, naturaliza uma representação social, aumentando a força histórica posta e se reforçando enquanto autoridade pelo seu reconhecimento. O exercício dessa tarefa se dá por meio de alguns mecanismos, dentre eles está a instituição de uma linguagem específica, de uma burocracia requintada e de uma categoria de profissionais autorizados para “operar” o Direito. Dessa forma o trabalho jurídico exerce efeitos pela sua própria forma de codificação, de sistematização e racionalização e pela possibilidade de apenas alguns serem os intérpretes autorizados a atuar nesse campo.

No entanto, para a eficácia do Direito, tanto os profissionais autorizados, quanto a sociedade em geral, devem reconhecê-lo, o que, conforme evidencia Bourdieu (2009), ocorre na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem do seu funcionamento. Para tal, a crença na neutralidade e na autonomia do Direito e dos juristas é fundamental. Por isso, ao desvelar a parcialidade de seu funcionamento desnaturalizando o seu ponto de partida, que é a noção de ser humano, está-se abrindo uma ‘ferida narcísica’ importante

no ambiente jurídico, expondo os limites do Direito na função de nomeação, legitimação e regulação social.

ACHADOS DA PESQUISA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o uso de saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena de crimes de homicídio, por meio de sentenças e discursos de juízes, foi possível identificar relações entre a Psicologia e o Direito Penal. A fim de desvelar essa realidade, buscou-se conhecer ‘como’ os conceitos psicológicos, ou aspectos que exigissem seus aportes, apareciam nas narrativas criminológicas e ‘no que’ resultava o seu uso. Considerando que são várias Psicologias, Criminologias e Teorias do Direito, foi verificado se havia incidências preferenciais de conexões conceituais que pudessem revelar uma filiação específica a esses conhecimentos. A seguir serão destacados os achados da pesquisa.

O emprego dos conceitos psicológicos no ambiente criminal é mediado pelo senso comum, sem uma filiação teórica com as Criminologias e Psicologias. Contudo, como no senso comum em matéria criminal predomina os estereótipos ligados à noção de criminoso nato, ‘irrecuperável’ e sujeito distinto das pessoas ‘de bem’, de forma indireta, o uso das noções psicológicas se aproxima das Criminologias positivistas e do paradigma de ciências naturais da Psicologia. E, embora não tenha ocorrido a filiação a uma ou outra Criminologia e Psicologia, a repelência a abordagens autoreflexivas, demonstra o distanciamento do Direito dessas teorias. De toda forma, na rotina do processo penal, a Psicologia é chamada como forma de incrementar a punibilidade, tanto pela ‘voz’ dos psicólogos, quanto pela ‘voz’ dos juízes, o que é compatível com os sistemas cognitivos que compõem a racionalidade penal moderna. Os juízes não recebem formação sobre aspectos psicológicos e nem para lidar com seus próprios processos psicológicos na atividade de julgar. Eles fundamentam a análise das questões psicológicas no senso comum e no seu sentimento, sendo que a experiência forja teorias e parâmetros pessoais que passam a ser referência para o uso no decorrer do exercício da magistratura.

Em detalhes, são apresentadas a seguir as considerações conclusivas de cada sessão:

- 1) Nas sentenças de pronúncia foram referidas poucas noções de conceitos psicológicos.

- 2) Os plenários dos Tribunais do Júri oferecem estruturas semelhantes, com espaços bem marcados para cada participante. Essa configuração compõe a construção do poder simbólico do campo jurídico.
- 3) O juiz tem na dosimetria da pena a oportunidade de manifestar seu entendimento, que, de forma menos ou mais explícita, revela seu julgamento sobre os fatos do processo.
- 4) No que tange ao estilo de redação das sentenças, dos 14 juízes que tiveram sentenças avaliadas, dois deles apresentavam uma redação mais detalhada. Os demais, com exceção de uma ou outra sentença, adotavam textos sintéticos. Foram identificados fatores que estariam favorecendo a tendência de textos mais sintéticos: a) intuito do juiz de evitar questionamentos sobre o texto e, conseqüentemente, reforma das sentenças nos tribunais superiores; b) reconhecimento de que o juiz sabe pouco sobre o réu e a vítima; c) preocupação do juiz em não se estender em temas que podem ser mal interpretados (politicamente incorretos); d) reconhecimento da limitação quanto ao tempo de elaboração da sentença, uma vez que ela deve ser lida ao final do julgamento; e) entendimento de que não cabe ao juiz se estender em aspectos pessoais dos envolvidos no processo penal.
- 5) As entrevistas revelaram que os juízes reconhecem que as decisões judiciais não apresentam detalhadamente os critérios adotados e que isso se relaciona com a dificuldade de ter elementos que possam responder questões de ordem psicológica e social feitas pelo Direito Penal, por meio da legislação.
- 6) Os juízes revelaram incômodo com a situação posta para a realização do cálculo da dosimetria da pena. Afirmaram não terem, na sua formação, instrumental suficiente para avaliar questões que envolvam aportes psicológicos e que nem isso lhes é permitido pela falta de elementos no processo.
- 7) No caso dos conceitos desejo, intenção, intento, motivação, motivado, motivo, querendo e vontade parece que o juiz fala, com mais frequência na sentença, por meio do Ministério Público. Ponderando que a maioria das sentenças é de condenação, pode-se atribuir a essa razão a valorização do texto da denúncia, porém, isso também pode revelar a dificuldade do juiz de trazer elementos do contexto psicológico para elaborar textos sem citações tão frequentes.

- 8) Nas entrevistas foi evidenciado que perguntas mais aprofundadas sobre aspectos psicológicos estão presentes na análise do juiz, mas por pouco tempo, pois diante da impossibilidade de fazer a avaliação, outros arranjos discursivos são montados. Nesse sentido, as variáveis mais comuns encontradas para embasar a avaliação da intenção ou da motivação que irão contribuir na análise para o grau da culpabilidade foram: a quantidade de facadas ou tiros, o planejamento da ação e o tempo decorrido entre o conflito com a vítima e o homicídio. Também é observada a forma com que o réu relata o ocorrido e é considerado o local onde aconteceu.
- 9) Há menos dificuldades de fazer considerações sobre a personalidade para juízes mais experientes, do que para os mais novos. Também é possível indicar que a valoração da personalidade só se apresenta em oportunidades de condenação.
- 10) Os juízes não fazem menção à doutrina como uma fonte definidora de suas análises e, eventualmente, mencionam a jurisprudência. Parecem estarem mais envolvidos por suas impressões pessoais e, no caso dos conceitos psicológicos, elas são calcadas no senso comum. Isso faz com que a análise volte para o mesmo ponto, uma vez que para o senso comum do século XXI, fortemente formatado pela mídia, os conceitos psicológicos que importam estão no século XIX e XX, atualizados pela genética criminal. Enfim, não por apego à dogmática, mas baseado no senso comum, o Direito Penal na vida das pessoas chega com feições positivistas.
- 11) A culpabilidade, os motivos e consequências do crime impulsionam o recrudescimento da pena-base em desrespeito ao princípio do *ne bis in idem*. Porém, a prática parece estar relacionada com a falta de identificação de outros elementos válidos e a convicção de que é preciso encontrar meios de chegar a um resultado mais severo. Há evidências que esse resultado seja perseguido por uma formulação íntima que pode ter relação com aspectos da experiência pessoal do juiz, com a necessidade de passar uma mensagem à comunidade onde o crime está sendo julgado (aqui também se incluem os casos com visibilidade midiática) ou com fortes conclusões absorvidas na hora do julgamento, mas que não são demonstradas em uma linguagem juridicamente válida nos autos.
- 12) Nos casos em que a conduta social é valorada, fica evidente que alguns elementos facilmente observáveis amparam a redação, como a atividade laboral lícita, o estudo, a

dependência química e os antecedentes criminais. Talvez isso explique não haver incidência de citações de outras fontes nesse ponto.

- 13) Com relação à avaliação do agir sob forte emoção e a existência de injusta provocação da vítima ou o arrependimento, ocorre divergência de entendimentos sobre o que deve ser considerado. Parece que quanto menos frequentes os temas psicológicos, mais possibilidades de interpretação existem. Por exemplo, sobre a possibilidade de a vítima ser um amigo, alguns entendem que isso é fator agravante, outros trazem a possibilidade do contrário.
- 14) Aquilo que pensam os juízes com relação ao funcionamento da sociedade, no que tange às questões contemporâneas da criminalidade urbana, parece não ter espaço na avaliação da culpabilidade e na dosimetria da pena, pois ela se volta para aspectos individuais.
- 15) Predomina como fontes de conhecimento, na análise dos aspectos psicológicos da culpabilidade e realização da dosimetria da pena, o sentimento do juiz e as informações colhidas ao longo de sua vida.
- 16) Considerando que a legislação consultada apresenta mais recursos terapêuticos do que aqueles usados nas sentenças analisadas, parece se confirmar o caráter garantista, pragmatista e regulatório do discurso judicial, deixando a ênfase terapêutica para o discurso penitenciário e a ênfase moralizante para o discurso policial.
- 17) Há certa autonomia entre a legislação e o que acontece no dia-a-dia dos tribunais no que tange ao uso e à compreensão dos conceitos psicológicos, embora essa autonomia se expresse após determinado estágio, ou seja, aquilo que é considerado o mínimo a ser prestigiado, os 21 conceitos coincidentes.
- 18) Confirma-se uma escolha pelo uso dos saberes psicológicos por parte de alguns juízes. No entanto, foi encontrada uma tendência com relação ao tempo de exercício da magistratura: os juízes mais experientes tratam mais o assunto nas sentenças. Considerando que os juízes revelaram não terem tido uma formação nos temas psicológicos, a hipótese que parece prevalecer é que a prática forja teorias e parâmetros pessoais que passam a ser referência para o uso no decorrer do exercício da magistratura.
- 19) É possível identificar uma dispersão da presença de conceitos psicológicos nas Criminologias, tanto advindos da legislação, quanto das sentenças. Não ocorre uma

adoção propriamente dita de abordagens, parece que são saberes compostos de várias teorias, mais afetos à dimensão prática.

- 20) Em alguma medida, a ausência de menção a conceitos da Criminologia Crítica e da Psicologia Institucional pode sugerir que o Direito Penal não incorpora um processo autoreflexivo sobre sua participação na criminalidade, nem por meio da legislação, nem no dia-a-dia dos julgamentos.
- 21) O juiz usa com maior preferência o texto da acusação para falar sobre os conceitos psicológicos, quando não faz formulações próprias.
- 22) É no momento da definição da culpabilidade e da dosimetria da pena, no qual o juiz já tem o veredito da condenação, que os conceitos psicológicos são chamados para fundamentar a punibilidade. Há menções dos juízes sobre a escuta de testemunhas ou vítima crianças com acompanhamento do psicólogo ou da necessidade de laudo psicológico para definir incidentes de insanidade mental, porém é majoritária a busca desses argumentos na fase final do processo.
- 23) Os juízes percebem o lugar da Psicologia, enquanto ciência e atuação profissional, no âmbito da Justiça, como de colaboração às rotinas do judiciário.
- 24) A Psicologia Jurídica parece ainda estar desarticulada quanto a sua atuação no processo de promoção da saúde mental, com garantia dos Direitos Humanos e da ética. É possível afirmar que ela se preocupa menos com as relações entre os indivíduos, a sociedade e as instituições (e com os conflitos que advém dessas relações), do que com sua tarefa testemunhal de atestar a ‘realidade’. Dessa forma, favorece um determinado controle social e reforça o papel repressor do Direito, podendo os psicólogos, inclusive, transformarem-se em ‘pseudo juízes’, na medida em que se tornam inquisidores, redatores de sentenças e examinadores da verdade.
- 25) Há vícios cognitivos em várias questões no Direito Penal que o esquiva do enfrentamento consigo mesmo. Diante disso, parece que ofertar – de forma sistemática e obrigatória – o conhecimento psicológico aos profissionais do Direito, em especial, aos juízes, poderia cair no campo das boas intenções. Sua importante aplicação na compreensão do fenômeno social como um todo, em todas as fases do processo penal, inclusive no reconhecimento da sua dinâmica institucional, pode ficar muito distante da realidade se considerado o funcionamento e o papel que o Direito Penal tem na sociedade contemporânea.

- 26) Diferente da tentativa persistente da dogmática de negar a subjetividade ou criar mecanismos racionais pouco eficazes para tanto, a maioria dos juízes entrevistados reconhece essa dimensão e faz uma distinção conceitual entre imparcialidade e neutralidade para dar-lhe um limite de forma a não ameaçar a expectativa de serem justos, embora não haja reflexões mais aprofundadas sobre como lidar com a subjetividade.
- 27) Quanto às mudanças do estilo da sentença no decorrer do exercício profissional, três possibilidades foram relatadas: um estilo de redação mais incisivo (transparente e enfático, do ponto de vista do que pensa o juiz); o contrário, um estilo de redação mais técnico (controlado e polido); mais sintético (voltado à essência e ao necessário). Verifica-se que a mudança de estilo em todos os casos têm justificativas de ordem pessoal: a crença do juiz no caráter pedagógico da sentença, a percepção sobre o seu papel no sistema de justiça e a segurança para se posicionar. Por isso, ao desvelar a parcialidade de seu funcionamento desnaturalizando o seu ponto de partida, que é a noção de ser humano, está-se abrindo uma ‘ferida narcísica’ importante no ambiente jurídico, expondo os limites do Direito na função de nomeação, legitimação e regulação social.

O Direito Penal faz escolhas. Ele se beneficia do discurso criminológico positivista na legislação e na dogmática, mas sem muito aprofundamento e nem buscando atualizar suas concepções a partir das novas Criminologias. Também se beneficia dos saberes psicológicos no discurso jurídico, por meio do senso comum, afastando os entendimentos autoreflexivos.

A dogmática estimula o juiz a livrar-se de si no processo de julgar, com prescrições racionais, sem lidar com a dimensão subjetiva. No entanto, quanto ao acusado no processo, faz perguntas sobre a sua subjetividade, esperando respostas da sua dimensão individual. A Psicologia que ajuda o juiz a responder essas questões não é a Psicologia que discute componentes institucionais e autoreflexivos sobre as consequências da forma e atuação do Direito Penal. Na prática do judiciário, não existe um casamento entre o Direito Penal e uma ou outra Psicologia específica (embora a história demonstre uma relação interdependente no sentido mais amplo desses conhecimentos), mas existe uma separação dele com determinada Psicologia.

Para que o Direito Penal faz perguntas sobre as características individuais na fase da análise da culpabilidade e da dosimetria da pena? São as perguntas certas? Será que o juiz, que não recebe formação para tanto, deve ser levado a responder isso? Toda vez que o Direito se

propõe a fazer a avaliação do sujeito psicológico ele cai em uma armadilha difícil de sair: desemboca na punição, não na justiça. Parece que há graves problemas nessa tratativa da subjetividade dos envolvidos com o processo penal e também da subjetividade do próprio juiz que revelam a redução do humano e o direcionamento do conhecimento para determinados fins. Por isso, somente oferecer mais conhecimento sobre os processos psicológicos durante a formação e o exercício da magistratura não irá resolver a problemática: a Psicologia não salvará o Direito Penal, aliás, ela tem dificuldades de salvar a si própria de uma atuação classificatória e punitivista no âmbito do processo criminal e da execução penal. Mesmo porque, Direito Penal e Psicologia fazem parte do mesmo contexto social, econômico e político que inventou essa dinâmica.

Há muitas possibilidades de aprofundamento das questões discutidas nesta pesquisa, sem dúvida a realização de um estudo comparado da dogmática penal brasileira sobre como ela se relaciona com as Criminologias e Psicologias, poderia trazer outras perspectivas para essa análise. Quanto ao Tribunal do Júri, há outras vertentes que podem revelar a ocorrência dos processos psicológicos, naquele cenário “o rei está nu”. Seria interessante conhecer o que motiva as pessoas a se disponibilizarem para serem jurados, o que elas levam para casa depois dessa experiência e como isso passa a se relacionar com a sua vida. Outra abordagem importante diz respeito à formação acadêmica jurídica, seria interessante saber mais sobre os mecanismos psicológicos que vão conformando o estudante Direito no decorrer do processo de formação, assim como realizar uma pesquisa ação de um novo processo pedagógico, que revê o lugar do humano dos profissionais do Direito, das partes e do conflito.

Por fim, é necessário pontuar que o Direito Penal não tem só aspectos negativos (com base em Álvaro Pires (1999) foram elencadas algumas críticas importantes para uma reforma que coloque o Direito Penal em outro rumo). Todavia, os aspectos positivos do Direito Penal não o tornam um sistema positivo. Se o Direito Penal fosse ao divã precisaria lidar com dois séculos de história (com vários episódios de perversão) projetados no ideal de mundo calcado na racionalização e negação da realidade (dogmática), sem fazer contato com seu inconsciente (sistema de ideias), cultivando o hábito de decidir pelo princípio do prazer (senso comum). Se este estudo ajudou a fazer coro com a necessidade de revisão do Direito Penal, foi um bom passo.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e sistema penal**: em busca da segurança jurídica prometida. Tese de Doutorado em Direito. UFSC: Florianópolis, 1994.
- AGUIAR, Roberto A. R. **Os filhos da flecha do tempo**: pertinências e rupturas. Brasília: Letraviva, 2000.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2008. Tradução: Sérgio Lamarão.
- ANTUNES, Mitsuko Aparecida Makino. **A psicologia no Brasil**: leitura histórica sobre sua constituição. São Paulo: Unimarco Editora/Educ, 1998, 2ª edição, 2001.
- BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- BANDEIRA, Lourdes. A contribuição da crítica feminista à ciência. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 1, abr/2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000100020&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acessado em 08.09.2013.
- BARRATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan – Instituto de Carioca de Criminologia, 2002, 3ª edição. Tradução: Juarez Cirino dos Santos.
- BARROS, Fernanda Otoni. **O fim possível das prisões**. Seminário Nacional sobre Sistema Prisional (2008). Disponível em: http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/publicacoes/videos/videos_081119_0001.html. Acessado em 20.01.2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, 6ª edição.
- BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Orgs.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

- BENJAMIN, Walter. A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução. Em: GRÜNNEWALD, José Lino (org). **A idéia do cinema**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.
- BICALHO, Pedro Paulo Gastalho; ROSSOTI, Bruno Giovanni de P.P. Por outra Psicologia no cárcere: presos provisórios, processos de criminalização e produção de subjetividade. Em: MARTINS, Simone; BEIRAS, Adriano; CRUZ, Roberto Moraes. **Reflexões e experiências em psicologia jurídica no contexto criminal**. São Paulo: Vetor, 2002.
- BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. ABEPSI, 2012
- BIRMAN, Joel. Genealogia da reprovação – sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal. Em: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Orgs.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BLEGER, Jose. **Psico-Higiene e Psicologia Institucional**. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1984.
- BOCK, Ana; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. **Psicologias: uma introdução do ao estudo de psicologia**. São Paulo: Saraiva, 2001, 13ª edição.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, 12ª edição
_____. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, 8ª edição. Tradução: Maria Helena Kühner.
- BRASIL. Decreto – Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acessado em 12.03.2014.
- BRASIL. Decreto – Lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acessado em 17.03.2014.
- BULGARELLI, Reinaldo. **Diversos somos todos** – valorização, promoção e gestão da diversidade nas organizações. São Paulo: Editora Cultura, 2008.
- CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998. (Coleção Saúde e Sociedade).
- CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 2ª edição.

- _____. Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM**, São Paulo, Ano 17, n. 81, p. 294 – 338, nov-dez/2009.
- CASTRO, Alexandre C.; CASTRO, Alexandre G.; JOSEPHSON, Silvia C.; JACÓ-VILELA, Ana M. Medir, classificar e diferenciar. Em: JACÓ-VILELA, Ana. M.; FERREIRA, A. A. L. & PORTUGUAL, F. T. (Orgs). **História da psicologia: rumos e percursos**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. São Paulo: Moderna, 1982.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2ª edição, 2007.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, 3ª ed.
- COIMBRA, Cecília. **Guardiães da ordem: uma viagem pelas práticas psi no Brasil do “Milagre”**. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 1995.
- COSTA, Alexandre Bernardino. **Metodologia de pesquisa e ensino em Direito** (nome provisório). No prelo.
- DAUFEMBACK, Valdirene. Mais do mesmo? **Diálogos**, Brasília, Ano 9, N° 8, p. 30 – 35, set/2012.
- _____. **Condições de aprisionamento e condições de aprendizagem de encarcerados**. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Florianópolis: UFSC, 2005.
- DELEUZE, Gilles. Michel Foucault. Em: DELEUZE, G. **Conversações** (p.105-147). Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.
- DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. Em: BATISTA, N.; NASCIMENTO, A. (Orgs.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- DUSSEL, Enrique. **O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1993. Tradução: Jaime A. Clasen.
- FERREIRA, Arthur Arruda Leal Ferreira. O múltiplo surgimento da Psicologia. Em: JACÓ-VILELA, A. M, FERREIRA, A. A. L, PORTUGAL, F. T, (Orgs.). **História da Psicologia: rumos e percursos**. Rio de Janeiro: Nau Ed., 2007.

- FERREIRA, Arthur Arruda Leal Ferreira. A Psicologia no recurso aos vetos kantianos. Em: JACÓ-VILELA, A. M, FERREIRA, A. A. L, PORTUGAL, F. T, (Orgs.). **História da Psicologia**: rumos e percursos. Rio de Janeiro: Nau Ed., 2007.
- FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Manuella Maria. **Racionalidade Jurídica, Emoção e Atividade Jurisdicional**. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7280/Racionalidade_Juridica_Emocao_e_Atividade_Jurisdicional. Acessado em 25.01.2010.
- FIGUEIRA, Luiz Eduardo. **O ritual judiciário no Tribunal do Júri**: o caso do ônibus 174. Tese de Doutorado em Antropologia. Rio de Janeiro: UFF, 2008.
- FIGUEIREDO, Luis Cláudio M. **A invenção do psicológico**: quatro séculos de subjetivação (1500-1900). Linhas de fuga. São Paulo: Escuta, 1994, 2ª edição.
- FIGUEIREDO, Ana Cristina. Os PPPês: profissionais “psi” nos serviços de saúde mental. Em: JACÓ-VILELA, AM., CEREZZO, AC. & RODRIGUES, HBC. (Orgs.). **Clio-psyché**: fazeres e dizeres *psi* na história do Brasil [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: a história da violência nas prisões. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- _____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1986, 6ª edição.
- _____. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2000, 6ª edição.
- _____. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fonte, 2002.
- _____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.
- _____. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense: Universitária, 2005a.
- _____. **Segurança, penalidade e prisão**. Organização e Seleção: Manoel Barros da Motta. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. Tradução: Vera Lucia Avellar Ribeiro.
- FREIRE, Izabel Ribeiro. **Raízes da Psicologia**. Petrópolis: Vozes, 2007, 10ª edição.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança** - um reencontro com a Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 7ª edição, 2000.
- FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. **Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**. Volume XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1980.
- GENELHÚ, Ricardo. **O médico e o direito penal**: introdução histórica-criminológica. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

- GERGEN, Kenneth J. The acculturated brain. **Theory & Psychology**, Calgary, Vol. 20, p. 795-816, 2010.
- GONZÁLEZ REY, Fernando. **Sujeito e subjetividade**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- _____. O valor heurístico da subjetividade na investigação psicológica. Em: F. González Rey (Org.), **Subjetividade, complexidade e pesquisa em psicologia**. São Paulo: Thomson, 2005.
- _____. **Sujeito e subjetividade: uma aproximação histórico-cultural**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.
- GUATTARI, Felix. Da produção de subjetividade. Em: PARENTE, A. (org.). **Imagem máquina: a era das tecnologias do virtual**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999.
- GUIRADO, Marlene. **Psicanálise e análise do discurso** – matrizes institucionais do sujeito psíquico. São Paulo: Editora EPU, 2006.
- International Centre for Prison Studies. **World Prison Brief: North America, United States of America**. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america>. Acessado em: 01.01.2014.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 26ª edição, 2003.
- KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos de la ciência de la naturaleza**. Madri: Alianza, 1989. Tradução: C. Másmela.
- KANT DE LIMA, Roberto. **Da inquirição ou júri, do trial by jury a plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada (Brasil/EUA)**. Tese apresentada ao concurso de professor titular de Antropologia. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 6ª edição. Tradução: João Baptista Machado.
- KUNH, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992, 3ª edição.
- MACHADO, Vinícius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada**. Tese de Doutorado em Direito. Brasília: UnB, 2009.

- MACHADO NETO, Antônio Luís. **Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, 6ª edição.
- MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium, 2002.
- MATHER, Ronald. The foundations of critical psychology. **History of the Human Sciences**, Vol. 13, n. 2, p. 85-100, 2000.
- MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação dos juízes brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabiani. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 21ª edição, 2004.
- MISSE, Michel. **Malandros, Marginais e Vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Tese de Doutorado em Sociologia. Rio de Janeiro, IUPERJ, 1999.
- MORAWSKI, Jill G. Reflexivity and the psychologist. **History of the Human Sciences**, Vol. 18, n. 4, p. 77-105, 2005.
- MOREIRA-LEITE, Angela M. F. **Tribunal do Júri: O Julgamento da morte no mundo dos vivos**. Tese de Doutorado em Ciências Humanas (Antropologia). Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 3ª edição, 2007.
- MURARO, Rose M.; BOFF, Leonard. **Feminino e masculino: uma nova consciência para o encontro das diferenças**. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: RT, 2005.
- NUCCI, Marina Fisher. O Sexo do Cérebro: uma análise sobre gênero e ciência. Em: **6º Prêmio Construindo a Igualdade de Gênero – Redações, artigos científicos e projetos pedagógicos vencedores – 2010**. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010.
- Del OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2004.
- ORLANDI, Eni P. **Análise de Discurso: princípios & procedimentos**. São Paulo: Pontes Editores, 2002.

- ORTEGA Y GASSET, Jose. **Meditaciones del Quijote**. Madrid: Ed. de José Luis Villacañas, Biblioteca Nueva, 2004.
- PACHECO, Pedro José. **Pesquisas do cérebro e psicopatias**: a potencialidade do criminoso justificada por saberes científicos. Tese de Doutorado em Psicologia. Porto Alegre: PUCRS, 2011.
- PARKER, Ian. Critical psychology and revolutionary marxism. **Theory & Psychology**, Ano 19, n. 01, p. 71-92, fev/2009.
- PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. **Sociologias** – revista semestral do programa de pós-graduação em sociologia da UFRGS Porto Alegre, ano 1, no 1, jan-jun, 1999.
- _____. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos, CEBRAP, n. 68, p. 39-60, mar/2004.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida Prado. **O Juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium Editora, 2010.
- PRADO FILHO, Kleber; MARTINS, Simone. A subjetividade como objeto da(s) Psicologia(s). **Psicologia & Sociedade**, ABRAPSO, São Paulo, n. 19, 2007.
- RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo**: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal. Tese de Doutorado em Direito. Brasília: UnB, 2011.
- RICHARDS, Graham. The psychology of psychology: A history grounded sketch. **Theory & Psychology**, vol. 12, n. 1, p. 07-36, 2002.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Tese de doutorado em Direito. Curitiba: UFPR, 2004.
- _____. Variáveis ocultas e efeito borboleta na decisão penal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal>. Acessado em: 19.04.2014.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 13ª edição, 2002.
- _____. Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Portugal, n. 54, jun/1999.

- _____. **Sociologia Jurídica Crítica**. Para un nuevo sentido comum en el derecho. Madrid: Trotta, 2009 (p 52).
- _____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 3ª edição, 2011.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 2ª edição.
- SMEDSLUND, Jan. The mismatch between current research methods and the nature of psychological phenomena. **Theory & Psychology**, Vol. 19, n. 6, p. 778-794, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- WARAT, Luís Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Editora Academica, 1988.
- _____. **Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- _____. **Introdução Geral ao Direito II – A epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. Reimpressão, 2002.
- _____. **A rua grita Dionísio!** Direitos Humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- WOLF, Maria Palma. **Antologia de vidas e histórias na prisão: emergência e injunção de controle social**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- ZAFFARONI, Eugênio R; PIERANGELI, José H. **Manual de Direito Penal brasileiro: Volume 1 – parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 7ª edição.
- ZAFFARONI, Eugênio R. **La cuestión criminal**. Buenos Aires: Planeta, 2012, 4ª edição. Ilustrado por Miguel Rep.
- ZIMERMANN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – a crise do juiz. Em: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMANN, David (org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium Editora, 2007.

APENDICE I – ROTEIRO DE COLETA – SENTENÇAS

Caso		Juiz		Crime	
Sentença de Pronúncia				Data: ___/___/___	
Decisão	<input type="checkbox"/> Pronúncia	<input type="checkbox"/> Impronúncia	<input type="checkbox"/> Desqualificação	<input type="checkbox"/> Absolvição liminar	
Conceitos / Frequência		Complemento		Origem	
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
Sentença Final				<input type="checkbox"/> sim Data: ___/___/___ <input type="checkbox"/> não	
Decisão	<input type="checkbox"/> Absolvição	<input type="checkbox"/> Condenação	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Conceitos / Frequência		Complemento		Origem	
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					
<input type="checkbox"/>					

Caso	Pesq	Tribunal	Juiz	Processo	Crime	Sentença	Data	Decisão	Conceitos	Freq	Complemento	Origem
1	I	Tribunal do Júri de		2007.01.1.088660-5			01/10/2013	Arquivamento definitivo				
2	I	Tribunal do Júri de	J1	2013.01.1.066141-9	art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 14, inciso II; art. 121, parágrafo 2º, incisos II e IV, e § 4º, segunda parte, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal; e art. 14, caput, da Lei 10.826/03	Pronúncia	02/10/2013	Absolvição liminar				
3	V	Tribunal do Júri de	J2	2013.01.1.014568-2	art. 121, § 2º, V, c.c. art. 14, II, e 155, § 4º, I e IV	Final	03/10/2013	Absolvição quanto ao homicídio e condenação por crime diverso	Intenção	1	de matar	texto denúncia
									Vontade	1	alheia a sua	texto denúncia
									Conduta social	1	não há elementos	afirmativa
									Personalidade	1	não há elementos	afirmativa
Motivação	1	ucro	afirmativa									
4	V	Tribunal do Júri de	J1	2012.01.1.084826-8	art. 121	Final	04/10/2013	Condenação	Conduta social	1	nada há	afirmativa
									Personalidade	1	nada há	afirmativa
									Emoção	1	egiu sob domínio de violenta	afirmativa
5	I	Tribunal do Júri de	J2	2013.01.1.064944-7	art. 121, § 2º, incisos III e IV, c.c. art. 14, inciso I	De pronúncia, com mérito	07/10/2013	Improcedente				
6	I	Tribunal do Júri de	J1	1999.01.1.050311-4	art. 121, caput, c.c. art. 14, inciso II, e art. 132, caput	De pronúncia, com mérito	08/10/2013	Extinta a punibilidade do réu por prescrição quanto ao art. 132, continuidade quanto art. 121				
7	V	Tribunal do Júri de	J2	2012.01.1.133949-7	art. 121, § 2º, inciso II, c.c. art. 14, inciso II	Final	08/10/2013	Condenação	Vontade	1	alheia a sua	texto denúncia
									Desprezo	1	exarcebado ... pela vida	afirmativa
									Conduta social	1	não foi apurada	afirmativa
									Personalidade	1	não há elementos que revelem que a ... esteja voltada para para a prática de crimes	afirmativa
									Comportado	1	de maneira a contribuir	afirmativa
8	I	Tribunal do Júri de		2001.01.1.101930-9				Arquivamento definitivo				

APÊNDICE III – ROTEIRO DE COLETA – ENTREVISTAS

Roteiro de entrevista semidirigida

Cod	Juiz	Data Nomeação	Tempo	Tipo 1	Tipo 2	Total

Quanto tempo atuando no Tribunal do Júri: Quantos julgamentos até agora:

Sobre as possibilidades e limites de manifestação do **entendimento** do juiz nas sentenças do Tribunal do Júri:

Sobre as possibilidades e limites de manifestação do **entendimento** do juiz nas outras sentenças:

Há **relação** dos aspectos psicológicos com o Direito Penal?

De que forma:

Há **relação** dos aspectos psicológicos com a culpabilidade e a dosimetria da pena?

De que forma:

Sobre a relação ou/e importância da **criminologia** para o Direito Penal:

O que define o **comportamento** humano? Há diferenças entre as pessoas? Quais:

Como se dá o **convencimento** do juiz:

Identifica mudanças no processo de elaboração do seu convencimento no decorrer do exercício da magistratura?

(se sim) O que promoveu essa mudança:

(se sim) Isso modificou sua forma de julgar:

Identifica mudanças de percepção e/ou forma de entender o comportamento humano no decorrer do exercício da magistratura?

(se sim) O que promoveu essa mudança:

(se sim) Isso modificou sua forma de julgar:

Identifica mudanças na forma de redigir suas **sentenças** no decorrer do exercício da magistratura?

(se sim) O que mudou:

(se sim) O que promoveu essa mudança:

Como vê **avaliação psicológica** feita por psicólogos no processo penal? Utiliza para formulação do seu convencimento? De que forma:

Quais são suas **fontes** de compreensão sobre os conceitos psicológicos:

Sobre seu entendimento com relação aos conceitos abaixo e sua forma de avaliá-los:

Conceitos presentes nas sentenças analisadas

Afeto
Agressividade
Comportado / comportamento / comportar- se / conduta
Conduta social
Consciente / consciência
Constrangimento
Crescimento
Deficiência mental
Desconforto
Desenvolvimento intelectual
Desenvolvimento mental
Estado de choque
Euforia
Fúria
Humilhação
Intenção / intento
Letargia
Livre
Motivação / motivado / motivo
Personalidade
Psique
Relacionamento
Sentimento
Sufrimento
Vergonha
Vontade

**APÊNDICE IV – AUTORIZAÇÃO PARA USO DO CONTEÚDO DOS DEPOIMENTOS E
NÃO IDENTIFICAÇÃO DO/A ENTREVISTADO/A**

Pelo presente documento, eu entrevistado/a:

RG: _____, declaro estar esclarecido/a que prestei depoimento para uma pesquisa acadêmica de doutorado que investiga as relações entre os saberes psicológicos e o Direito Penal e autorizo à **pesquisadora** Valdirene Daufemback, RG 1965778, a utilizar o conteúdo da entrevista como subsídio à construção da sua tese no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília, podendo esta vir a ser publicada posteriormente, integral ou parcialmente. A pesquisadora se compromete a preservar o depoimento no anonimato, identificando a fala com nome fictício ou símbolo não relacionados a minha verdadeira identidade.

Brasília, _____ de _____ de _____

Entrevistado/a

Valdirene Daufemback

Pesquisadora – (61) 91620491