



O DIREITO CRIMINAL SIMBÓLICO

Fernando Tonet *

Nem se deve dizer que há um direito eterno, nem tão pouco afirmar que não há direito além do que se aplica (BEZERRA, 1933, p. 107).

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar, através do método sistêmico de Niklas Luhmann, as distorções que vem ocorrendo nas ciências criminais. O direito criminal, outrora *ultima ratio* jurídica, tornou-se por influências alopoiéticas do sistema político um sistema de *primeira ratio*, movido por fatores diferenciais e não autopoieticos. O sistema social, como forma hipotética de proteção, aderiu a um símbolo vingador, o direito penal punitivo, esse utilizado psicologicamente como sedativo social, ligado diretamente ao inconsciente humano, criando um símbolo imaginário. Dessa forma, aborda o tema com base nas seguintes perguntas: como tornar as ciências criminais um sistema autopoietico, liberto do sistema político? e como desenvolver uma nova racionalidade entre *ego* e *alter*, capaz de conviver harmonicamente em sociedade, sem a necessidade de meios simbólicos?

Palavras-chave: Ciências Criminais. Psicanálise. Símbolos. Sistemas.

ABSTRACT

This article seeks to demonstrate thought the systemic method of Niklas Luhmann, the distortions that have striking in criminal sciences. The criminal law legal last ratio became allopoietics influences of the political system a system of first ratio, moved for different factors and not allopoietics. The social system how hypothetical form of protection, adhered to the avenger symbol, the punitive criminal law, used as a sedative social psychological, directly linked to the human unconscious, creating an imaginary symbol. So, accost the subject with base on the next questions: how to make the criminals sciences autopoietic system, a part of the political system? and how to develop a new rationality between self and alter, able to live with the harmoniously in society, without the necessity of symbolic environments?

Keywords: Criminal Sciences. Analysis. Symbols. Systems.

O Direito criminal é um símbolo da justiça social, a *ultima ratio* do sistema jurídico, mas uma assimetria entre o sistema jurídico e o sistema social vem ocorrendo, pois as construções de leis simbólicas criadas pelo sistema político

* Mestre em Direito na Universidade do Alto Uruguai das Missões (URI) Coordenador e Professor das Pós-graduações da Faculdade IMED fernando.tonet@hotmail.com



assolam os institutos fundadores das ciências criminais, tais como: criminologia, direito criminal e processo criminal.

Há séculos, o sistema criminal vem sendo deturpado por influências advindas de outros sistemas, criando uma alopoiese sistêmica, ou seja, o sistema criminal se desenvolve por critérios do ambiente “poder” e “lícito”, acabando com sua autonomia sistêmica, pois fica incapacitado de se autorreproduzir por seus próprios códigos. Segundo Teubner (1989, p. 14), os sistemas se tornam autopoieticos graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos, ou seja, códigos binários específicos legal/ilegal, lícito/ilícito.

Ocorre que influências exógenas, sejam elas políticas, religiosas e/ou morais, dentre outras, intervêm no interior do sistema criminal, mudando definitivamente sua identidade de último guardião social.

O fenômeno evolutivo do sistema jurídico criminal deve estar intimamente vinculado a três condições: variação, seleção e restabilização (NEVES, 2006, p. 2).

A *variação* decorre da mudança do sistema, algo desviante se reproduz através dos elementos sistêmicos, ou seja, novos fenômenos surgem no mundo fático jurídico; a *seleção*, que é a reação positiva ou negativa à nova variação sistêmica, que pode possibilitar a continuidade ou não desse novo elemento; e a *restabilização* é a entrada da variação que passou pela seleção do novo sistema, sendo assim, é o mecanismo que vem assegurar a estrutura inovadora.

Esta evolução sistêmica ocorre de forma endógena, ou seja, autopoieticamente se opera no interior do sistema jurídico. As perturbações e falhas sistêmicas ocorrem quando esse ciclo não é respeitado, como no caso intervencionista do sistema político na esfera jurídica, que joga toda lógica racional do sistema criminal despenhadeiro abaixo, com suas ideias e legislações criminais simbólicas.

O templo da justiça criminal é sustentado por uma coluna fundamental – multidisciplinaridade – com outros sistemas, sejam eles psicológicos, sociológicos, filosóficos, dentre outros.

É possível a divisão metodológica da visão criminal em dois sentidos, instrumental e simbólico, o primeiro como um instrumento do poder (FOUCAULT, 2009), a serviço dos detentores do poder (MEREU, 2005), o segundo, como um processo psicológico ligado estritamente ao inconsciente humano, que se (re)produz através de representações simbólicas (FREUD, 1958, p. 76).



Segundo Freud (1958, p. 77), os sonhos estão, de forma latente, interligados aos símbolos, mas esses não pertencem exclusivamente aos sonhos, são característicos das representações do inconsciente popular. É possível expôr que os símbolos são restos de sinais da antiguidade, são produtos da evolução social.

No presente caso, o sistema criminal sempre foi visto como um símbolo da punição, de dor e medo, mas o ser humano é incapaz de observar propriamente o seu mundo, seu mundo não pertence à realidades observáveis. Segundo Salo de Carvalho, “‘humano, demasiado humano’, sujeito de virtudes e perversões, capaz de atos nobres e cruéis, de acordo com sua circunstância” (CARVALHO, 2008, p. 83). Ou seja, os símbolos surgiram muito antes de suas próprias instituições; antes de vir ao mundo o sistema penal, a ideia punitiva já estava estritamente ligada à humanidade.

Salo de Carvalho faz menção a obra de Nietzsche (2008). Este adverte que existem verdades e verdades, conquistas e conquistas, mas que existe, também, um futuro seguro para a humanidade, uma vez que seja depurada das inverdades, das superstições, dos preconceitos, da religião imposta e desumana - porquanto unicamente divina e tirânica -, da falta de liberdade - sobretudo do espírito -, do passado histórico cristalizado, enfim, depurado de tudo que é fantasia, pura imaginação, divino muito divino, *simbólico* e pouco humano, demasiado pouco humano.

O sistema criminal (nesse ponto penal), constantemente (re)edita normas draconianas, que fazem lembrar os castigos medievais, se não fosse o imenso diapasão temporal, indubitavelmente pensaríamos que nossa realidade “moderna” não difere em nada dos tempos medievais, basta ver nosso sistema prisional análogo as masmorras.

O símbolo da criminalização faz parte do inconsciente coletivo, um sinal mental que reflete uma realidade interior resultante de desejos e conflitos reprimidos. A punição permite uma *satisfação parcial* dos sentimentos sociais, assim, o símbolo estabelece uma ligação entre o inconsciente e o consciente. Resultado disso é uma proliferação de leis criminais simbólicas, impostas irracionalmente no ordenamento jurídico, tornando-o uma mera “bíblia de promessas” (CANOTILHO, 2006, p. 31), pois faz com que o inconsciente coletivo pense estar fazendo algo e não está.

O símbolo se mostra como algo vivo, latente, transcendental, diretamente ligado ao inconsciente.



Segundo Freud, (ENCICLOPÉDIA..., 1967, p. 1147), a estrutura anímica pode ser dividida em três fases, consciente, pré-consciente e inconsciente. Para Jung, (JUNG, 2008, p. 41), o inconsciente é dividido em dois planos: o *peçoal*, formado pelas experiências pessoais não amadurecidas para o consciente, e o *coletivo*, possibilidades congênitas do funcionamento psíquico em geral, “como herança comum da humanidade, o inconsciente coletivo abre a cada indivíduo às conexões mitológicas, aos motivos e as imagens que se renovam por toda a parte, sem cessar, independentemente da tradição ou da migração histórica” (*Ibid.* 2011, p. 513). Jung induz a participação do consciente coletivo no singular.

O símbolo vive enquanto incompreensível e desconhecido, “no momento em que surgem traduções unívocas e conscientes do seu sentido, o símbolo está morto” (NEVES, 2007, p. 10-11), deixa de ser símbolo e se torna algo significável, “o símbolo vivo é apresentado como ‘a melhor expressão possível e insuperável do que ainda é desconhecido em determinada época’” (NEVES, 2007, p. 11).

A humanidade é castigada pelos grilhões da velha retórica positivista punitiva, de uma dívida simbólica criada no inconsciente humano coletivo, que se tornou uma neurose/psicose (BERNARD, 1969, p. 69) social, buscando a todos os momentos um culpado, um grupo a ser apontado pelo dedo cruel da acusação, criando uma catástrofe carcerária inevitável no decorrer do tempo.

As teorias psicogenéticas trabalham a neurose/psicose de uma forma evolutiva: a primeira é a origem psíquica que conserva a referência à realidade, pode ser ligada simbolicamente a um conflito criado na infância; já na psicose, o transtorno mental é caracterizado pela desintegração da personalidade e pelo conflito com a realidade, um efeito da força do inconsciente. Nas palavras de Bernard, as psicoses são “Las enfermedades mentales consideradas como manifestaciones simbólicas del inconsciente patógeno” (*Ibid.*, p. 69).

Nesse ponto, Freud diz que “para chegar a um conhecimento exato do processo psíquico é condição imprescindível dar à consciência seu verdadeiro valor”, acabando com os exageros que lhes vem atribuindo (FREUD, 1958, p. 389-390).

Os exageros são produzidos socialmente por fatores como *ego* e *alter*, o primeiro é a representação do *eu*



em um liame estrito com o inconsciente, como um “pólo defensivo da personalidade” (LAPLANCHE, 1992, p. 124), já o segundo é a representação do *outro*, derivado do latim, também ligado ao conjunto psíquico do inconsciente, superego e ego. Ocorre que essa ligação de complexa contingência acaba refletida nas ciências criminais, pois “a ação de *alter* pode ser bem diversa da projetada no vivenciar de *ego* e vice-versa” (NEVES, 2009, p. 270-271). Tal fato se traduz no sistema criminal, com a imaginária possibilidade da criação de normas penais (simbólicas) que reduzam as possibilidades de reações adversas.

O sistema social não pode ser dividido em quinhões, ou seja, em um dualismo de bem ou mal, desviantes e cumpridores das normas. Em certo ponto, todos, quaisquer que sejam, já cometeram pequenos delitos, que são interpretados como padrões normais de comportamentos aceitáveis. Esse resultado é estabelecido pela fração de quanto o *ego* social pode aceitar da diferenciação de *alter*, e até quando os *outros* vão aceitar os ditames do *ego* social.

Com a evolução do sistema social, modernidade e globalização, novos fatores civilizacionais de insegurança surgiram, gerados pelo desenvolvimento acelerado das grandes metrópoles, migração direta de pessoas em busca de emprego e, principalmente, pela ausência de fronteiras, onde fluxos humanos, de bens e de serviços invadem os ambientes sociais diariamente.

Em contrapartida, políticas de segurança estabeleceram rapidamente métodos repressivos contra esse avanço social (tráfico de drogas, de armas, crime organizado, terrorismo, violência doméstica, dentre outros), esses métodos políticos usam a bandeira simbólica da “paz social”.

Nessa linha de política criminal surgiram, na década de 80, campanhas influenciadas pelo governo Norte Americano, como o *Law and Order* (MATZENBACHER; TONET, 2008, p. 161-170), denominado como um sistema repressivo de tolerância zero. Sob intima influência da Teoria das Janelas Quebradas, foi lema em várias campanhas políticas, dentre as quais, a mais famosa delas, a do promotor Rudolph Giuliani, durante sua gestão à frente da Prefeitura de Nova York, a partir do ano de 1993.

O populismo dessas políticas gerou, no meio social, uma espécie de bem estar, de segurança, pois faz com que os cidadãos sintam-se protegidos contra as ameaças



sociais, resguardados dos outros - *alter*.

Infelizmente, essas políticas autoritárias apenas buscam na adesão dos cidadãos uma única finalidade, a de lograr vantagens políticas. O constante discurso do medo produz obediência social, estigmatizando pessoas (GIDDENS, 2007, p. 204-243), escondendo realmente a cortina de fumaça que se oculta por de trás desses novos métodos.

Essa alopoiese imposta pelo sistema político ao sistema jurídico leva a um caos interpretativo, pois, muitas vezes, não se sabe se a lei é jurídica ou puramente política, utilizada como meio para fins maquiavélicos.

O sistema político deve representar o povo, e não dirigir a justiça como de fato vem fazendo, alterando seus códigos de identidade, de legal/ilegal, para legal/poder. A heteroferência que vem sendo utilizada adota critérios de outros sistemas como ponto referencial, isso acaba por aniquilar com a reflexividade sistêmica, tornando complexa a reflexão autorreferencial das ciências criminais.

As políticas públicas não estão de acordo com o sistema constitucional, muito menos com a finalidade das ciências criminais. Se, de um lado aparecem cada vez mais leis penais no sentido de frear a crescente criminalidade, de outro, aparecem leis simbólicas que visam mais a uma resposta social ou cultural a determinados problemas do que propriamente à solução deles.

O sistema criminal deve ser resguardado, como *ultima ratio*, utilizado de forma adequada, não como a ponta da lança punitiva apta a atingir a todos independente de racionalidade e razão.

A construção de um sistema criminal autopoietico é imprescindível, formado por seus próprios códigos, criados pela criminologia, direito criminal, processo criminal, e não por ditames de outros sistemas, sejam eles políticos, econômicos, psicológicos. O direito criminal nunca solucionou problemas como a violência, isso é solucionado através de programas governamentais, educacionais, esses sim de cunho político e não jurídico.



REFERÊNCIAS

BERNARD, Ey P. Henri. **Tratado de Psiquiatria**. 2. ed. Barcelona: Toray-Masson, 1969.

BEZERRA, Alcides. **A Revelação Científica do Direito**. Rio de Janeiro: Biblos, 1933.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos - e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a História Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. In GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 2, p. 57-92.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FREUD, Sigmund. **Interpretação dos sonhos**. Rio de Janeiro: Delta S.A, 1958.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JUNG, Carl Gustav. **O homem e seus símbolos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

_____. **Tipos psicológicos**. Obras Completas. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário de psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.



MATZENBACHER, Alexandre; TONET, Fernando. Política criminal, América e Kafka. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 161-170, 2008.

MEREU, Italo. **A morte como pena**: ensaio sobre a violência legal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano demasiado humano**. São Paulo: Schwarcz, 2005.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VERBO. In: ENCICLOPÉDIA Luso-Brasileira de Cultura. Lisboa: Ed. Verbo, 1967. v. 10.

Recebido em 07 mar. 2012

Enviado para parecerista em: 28 mar. 2012

Aceito em: 22 abr. 2012