

A PRÁXIS DA LINGUAGEM NO DIREITO PENAL E A PSICOLOGIA DAS MEMÓRIAS INJUSTAS¹

THE PRAXIS OF LANGUAGE IN CRIMINAL LAW AND THE PSYCHOLOGY OF UNFAIR MEMORIES

Sofia Covas RUSSI²

RESUMO

Esse artigo tem por objetivo, usando o materialismo dialético como método dedutivo de pesquisa, busca, através da práxis da linguagem do direito penal e na psicologia do falso testemunho, uma base para demonstrar o ponto que o direito penal não somente não é ciência, assim como direito per si. É então um instrumento de um poder dominante, o Capitalismo, que serve e servirá para a massificação de negros e pobres nas penitenciárias de todo o Brasil, pois seu objetivo nunca foi a justiça, sim a manutenção da elite dominante em seu poder e em sua confortável exploração e subjugação civil.

Palavras-chave: Direito Penal; Psicologia do Falso testemunho; Labelling Approach; Práxis da linguagem

ABSTRACT

This article aims, using dialectical materialism as a deductive method of research, seeks, through the praxis of the language of criminal law and the psychology of perjury, a basis to demonstrate the point that criminal law is not only not science, thus as the law per si. Then it is an instrument of a dominant power, Capitalism, which serves and will serve for the massification of blacks and the poor in prisons across Brazil, as its objective was never justice, but the maintenance of the ruling elite in its power and its comfortable exploitation and civil subjugation.

Keywords: Criminal Law; Psychology of False Witnesses; Labelling Approach; Language Praxis

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2020-2021) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2020-2021).

1 INTRODUÇÃO

A memória, frequentemente, constitui fator determinante para o desenvolver dos processos judiciais. Na seara criminal, sua importância é crucial para coleta de depoimentos, do reconhecimento e da prova testemunhal (IPEA, 2015). Mesmo que as pessoas tenham a tendência a reclamar de suas memórias (SIMONS; CHABRIS, 2011), a memória humana é extraordinária, eficiente e flexível no armazenamento das informações que são necessárias, bem como na remoção do que é menos importante (BADDELEY, 2011b). Ainda que bastante precisa, a memória não pode ser considerada límpida e sem falhas (SCHACTER; LOFTUS, 2013), já que ela é resultante de uma interação entre experiência individual e a realidade, mas não é a realidade em si (THE BRITISH PSYCHOLOGICAL SOCIETY, 2008). As situações em que pessoas testemunham crimes são fixadas no cérebro com outras lembranças, podendo ser bastante certas, ainda que também passíveis de erros como qualquer outra lembrança (SCHACTER, 1996). No entanto, no caso de um testemunho ou reconhecimento, as imprecisões das lembranças podem levar a um final equivocado de uma investigação ou julgamento, com consequências gravíssimas para a sociedade, como a condenação de uma pessoa inocente. Um dado ilustrativo dessas sérias consequências é o levantamento feito pela renomada organização norte-americana “Projeto Inocência” (*Innocence Project*, 2015), mostrando que o reconhecimento equivocado por parte de testemunhas é a maior causa de condenações injustas nos EUA.

Pensando na constatação do tempo como influenciador da régua que mede a força de sua aplicação, esse artigo entende, dentro da periodicidade que existe o penalismo, seus excessos e retrocessos, assim como seus sucessos, mas principalmente, a necessidade enorme de honrar esses momentos e caminhar para medidas despenalizadoras e que foquem mais no ser humano que no crime, na ação ou omissão, no dolo ou na culpa. E isso se movimenta, pela história, na forma de um pêndulo - às vezes o que se busca é a liberdade e às vezes, o que se quer é segurança. Nesse pêndulo, porém, muitos são injustamente encarcerados, pois a linguagem do direito penal se coloca contra determinado sujeito. Por essa periodicidade, usa-se o método do materialismo dialético, aliado ao método dedutivo, como o meio de pesquisa desse tópico.

Por fim, passamos rapidamente pelas teorias do delito, para colocar que o primeiro fato a ser tratado é que não existe “A” teoria do

delito como se fosse algo definido do plano do ser, não existe uma dimensão fixa da teoria do direito, menos ainda categorias lógico-objetivas tais como alguma vez se disse na teoria do direito. Isso não passa de uma pretensão de ciência que foi inoculada por um momento histórico no ambiente jurídico (informação verbal)³. É através então, da junção da psicologia, do falso testemunho, do etiquetamento social e da forma verbal das quais se trata o crime e a criminalização, que se entende por que esse modelo precisa ser extinto, pois sua funcionalidade só serve para punir um grupo especial da sociedade, na forma de manter o *status quo* do seu resto.

2 PSICOLOGIA DO FALSO TESTEMUNHO - MEMÓRIAS INJUSTAS

A memória, segundo o IPEA (2015), “não é uma máquina fotográfica com imagens guardadas como em um álbum de fotos, nem tampouco uma filmadora que registra os eventos de forma que possam ser exibidos como um filme.” (IPEA, 18, 2015). O penalista Paulo César Busato (2021) concordaria em partes, ao dizer que o fato da teoria do delito não é uma foto, mas é um filme. Isso será explorado mais a frente com suas diferenciações sobre as teorias do delito e o modo de perceber a história e historicidade, mas fato é que não se guardam informações na mente humana como uma máquina fotográfica na qual se podem recuperar fatos em questões de minutos em uma sala escura de desenvolvimento de filmes fotográficos.

Definindo a memória como um conjunto de processos que compreende e manipula o mundo, passa-se por três etapas, conforme (BADDELEY, 2011): codificação, armazenamento e recuperação, sempre nessa ordem. Isso é um fator de extrema importância, afinal o testemunho e reconhecimento nada mais são que uma forma de recuperar uma memória.

A codificação é a transformação do fato vivenciado (estímulo) em uma forma que possa ser retida pelo nosso cérebro (sistema cognitivo). A codificação depende da forma como a pessoa percebe o evento e essa percepção é influenciada por vários fatores presentes na hora do evento tais como atenção, a excitação fisiológica da pessoa nesse momento, visão da pessoa e em que

³ Fala do professor Paulo César Busato para o Laboratório do IBCCRIM, em 20/09/21.

posição ela visualizou o evento (TURTLE, 2003; LINDSAY, 2007; WELL, 2003,). No exemplo da senhora que presenciou o crime na loja, provavelmente no momento em que se deu conta de que era um assalto, aumentou sua excitabilidade, consequentemente alterando seu estado emocional e sua atenção, influenciando a forma como ela codificou esse evento. Por outro lado, o homem que estava passando na rua poderia só descobrir que era um assalto depois que a polícia chegou ao local. Portanto, talvez ele nem tenha dado a devida atenção à pessoa que esbarrou nele na rua, além da rapidez com que o evento ocorreu. Esse conjunto de fatores vai influenciar na forma como ele codificou o evento também. (IPEA, p. 20, 2015)

No estudo conduzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2015, Lillian Steim, Gustavo Àvila e tantos outros nomes importantes dentro da pesquisa da psicologia do falso testemunho, percebe-se que a forma pela qual é conduzida a entrevista, feita no início da investigação criminal, fase administrativa sem direito ao contraditório, a função do investigador é “escutar a testemunha e estimulá-la a trazer somente os fatos que ela consegue se lembrar, mesmo que estas lembranças possam ser apenas parciais ou não seguirem uma narrativa sequencial (já que, nossa memória ao recordar não está reproduzindo um filme!).” (IPEA, p. 25, 2015) O impacto de como a pergunta é feita em uma entrevista investigativa pode ser ilustrado pelo famoso estudo de Loftus e Palmer (1974), que mostrou que somente o uso de uma palavra diferente na pergunta pode alterar o relato da testemunha que virá a seguir.

Caminhando nesse patamar, em que apenas uma palavra pode mudar todo o relato testemunhal, Oscar Mellim Filho (2009), indica que, quem incentiva esse reconhecimento e essa convicção que mais tarde leva à reclusão, é, da origem a cabo, a criminalização secundária feita pelos policiais. Na prática, a excessiva seletividade primária é reforçada e a importância dos filtros policiais em que é recrutada a quase totalidade da clientela do sistema penal, já que é uma criminalização estigmatizante e eficaz (MELLIM FILHO, 288, 2009), chega ao juiz como uma condenação sem a necessidade de um olhar mais preciso a todo processo.

A tenacidade na pergunta de “não ter certeza em clara resposta” ou “e se não foi ele que” ou “mas tantas pessoas já procuraram ele como responsável” há uma certeza de que houve a utilização de palavras associadas, com diferenças semânticas sutis, ou seja, questões e frases que pudessem dizer respeito àquela situação passada. Mas, na verdade, não estavam intrinsecamente ligadas a essa situação, um então arquétipo

que é o paradigma DRM (*deese-roediger-mcdermott paradigm*), as iniciais dos precursores dessa perspectiva, conduzindo uma série de ensaios de repetição de termos e memória, perguntando então com frases que se ligavam mais ao assunto da lista original de palavras, mas não estando na lista oficial, cada vez mais pessoas acertavam os enunciados que haviam decorado, mas muitas também se levavam ao erro por ligação de assuntos e instigação de um mesmo tópico (NORONHA, 2021).

Segundo o IPEA (2015), é na fase pré-investigativa, que não é formalmente o processo de investigação, que está a maior influência determinante das demais etapas. Isso porque a Polícia Militar, com a natureza ostensiva de seu trabalho, é responsável por conduzir o autor do suposto delito à delegacia, bem como testemunhas potenciais – justamente aqui, ocorre a primeira seleção de potenciais elementos probatórios e se essa seleção é feita de maneira equivocada ou incompleta, repercutirá em todas as fases posteriores, chegando ao processo. “Reconhecimento invariavelmente adota a chamada sistemática de *show-up*, isto é, com apenas um indivíduo a ser reconhecido. Isto significa que não existe composição/alinhamento de pessoas, mas tão-somente a apresentação de uma foto do suspeito ou sua identificação pessoal” (IPEA, p. 50, 2015). Essa forma expõe a vítima/testemunha à uma possível distorção de sua memória para o verdadeiro suspeito. Inclusive, o modo “*show-up*” pode implantar uma falsa memória na testemunha sobre a identidade do ator do delito, e geralmente, essa pessoa tem cor, gênero e classe definidos pela média nacional de pessoas encarceradas.

3 FUNCIONALIDADE DO DIREITO PENAL E POR QUE SE PUNE

É preciso ter algum cuidado no direito penal pelo poder que tem, pela capacidade de ingressar na vida das pessoas e suprimir direitos da forma que suprime. É preciso ter responsabilidade do seu papel e do seu peso em comunidade e essa responsabilidade é verdadeiramente muito importante (D’ÁVILA, 2021). Com apenas uma palavra, uma sentença, uma mudança de lei, e milhares de vidas e pessoas podem mudar. A ideia de crime, criminoso e de penas são construções culturais - você já é resultado do olhar sobre o mundo, como nós o olhamos e muito a partir deste olhar é que se constrói o direito penal; bem ou mal, ele é,

por excelência, um olhar historicamente datado (D'ÁVILA, 2021). Pela qualidade de seres históricos - esse é o ponto chave, somos seres históricos - e quando temos a dimensão da nossa historicidade, temos também a noção da nossa limitação na compreensão do mundo. Compreende-se de que tudo que fazemos, fazemos à luz da nossa cultura e da pessoa histórica que somos. Por mais bem intencionado, temos hoje na história, um testemunho objetivo de que ao passar dos anos, nosso olhar em retrospectiva é sempre, um olhar de tristeza e de arrependimento; aí razão dos excessos cometidos ao longo da história. Sempre então é preciso que nós, ao tomarmos conhecimento disto, demos um passo atrás, pois sempre que punimos muito, punimos mal. E por punirmos, normalmente, muito mal, se nós quisermos continuar a punir melhor, devemos punir menos e apenas quando tivermos certeza da necessidade que temos de punir; é necessário um olhar que coloque outra compreensão nas coisas (D'ÁVILA, 2021).

Necessário se faz nunca deixar de ter presente em tudo que é lido e trabalhado, a percepção de que a totalidade é historicamente perpassada por uma dinâmica que é mutável e limitada a um determinado olhar. Se abrissemos as ordenações do Reino agora, as veríamos observar que os grandes capítulos do direito penal eram dedicados à sexualidade e à religião; como as pessoas exerciam a sua sexualidade era um grande problema para o direito daquela época. Se um católico se casasse com uma muçulmana era terrível, ou seja, a história nos mostra, portanto, a dinâmica que habita todas as coisas do direito penal e que, então, nos traz a necessidade de sermos responsáveis ao lidar com as questões do direito penal (D'ÁVILA, 2021).

A questão é entender por que ele funciona dessa forma e por que é inescapável para o direito penal funcionar dessa maneira - e esse é um ponto fundamental: dizer como o direito penal funciona é muito fácil; chegar apenas com crítica e dizer que o direito penal não funciona não é o ponto. A questão é entender que ele funciona *de fato* para reproduzir a mesma lógica dessa sociedade. Ele só não funciona para aquilo que ele se propõe que é a solução de conflitos sociais, para a proteção de bens jurídicos e para proteger a sociedade, Então veja que o perigo de um discurso que não tenha essa radicalidade, que não consiga compreender o papel estrutural do direito penal na sociedade capitalista, é o discurso que vai cair no amadorismo. (CIRINO, 2021).

Então, é a partir do momento que se tem essa radicalidade na crítica, precisando entender que não importa qual é o discurso que está

amparando o direito penal, ele sempre vai funcionar para uma única coisa: a reprodução da desigualdade e da injustiça. Para a manutenção dessa lógica de exploração, de dominação, de uma ordem que permite a exploração de uma classe, a dominação de um gênero sobre o outro, a subjugação de pessoas e de grupos determinados com base na cor da pele, no local onde a pessoa vive, onde a pessoa nasceu, na origem daquela pessoa - essa proposta não é a da criminologia crítica. É uma proposta que nos fazer perceber que não importa se o discurso bonito é associado ao direito penal, ele sempre vai ter uma única função: direito penal não está colocado na sociedade para assumir as funções que lhe damos, mas, para cumprir as funções que são necessárias para a manutenção de uma sociedade capitalista. Certo e é isso que faz a proposta da criminologia crítica - e especialmente a proposta político-criminal da criminologia crítica - algo tão transformador, porque vai entender que o poder punitivo tem esses fins muito específicos nessa configuração social em que se insere e exatamente por causa disso, precisa-se fazer um exame radical dos instrumentos do poder punitivo, em especial do direito penal, embora não só um exame radical do cárcere, mas um exame radical do sistema de justiça criminal (CIRINO, 2021).

Fique claro que nunca houve uma conduta que tenha sido sempre considerada criminosa (D'ÁVILA, 2021) – porque a linguagem, os modos de produção e a história estão sempre em constantes mudanças. Pensa-se, por exemplo, que sempre houve o crime de homicídio, mas não. Esta ação, como se diz no paradigma do direito penal, o homicídio - “tirar a vida de alguém” nem sempre foi proibido, até porque ao longo da história, nem todos os humanos foram sempre considerados pessoas; até mesmo o conceito de pessoa ao longo da história é resultado de uma construção. Para *Giorgio Agambe* (2014; 2017), no conceito de vida, faz-se a distinção entre a vida nua e o conceito de vida reconhecida politicamente, a vida reconhecida a partir de direitos que são oferecidos a ela (D'ÁVILA, 2021). Na realidade brasileira, historicamente falando, foi só em 1888 que os escravos no Brasil foram reconhecidos como pessoas, mostrando que o conceito de pessoa é uma construção. E hoje, nesse mundo pretensamente globalizado, em que o etiquetamento social, teoria da década de 60 que ainda se faz muito presente no liberalismo criminal brasileiro, em conjunto com a criminalização primária⁴ e secundária⁵,

⁴ “*Criminalização primária* é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”. (ZAFFARONI, BATISTA & ALAGIA, 2003, p.43).

mostra que, o pêndulo do tempo passou, mudanças de crimes e criminalizações aconteceram, mas a linguagem penal se manteve igual – com o alvo em indivíduos coloridos e mais pobres.

Teóricos da reação social explicam o desvio como aplicabilidade de rótulos por um grupo de poder contra grupos subordinados, mas não os nomeiam ou identificam propriamente, principalmente nos conflitos de classe oriundos da sociedade capitalista. O direito penal em um geral, mas em especial o direito penal brasileiro, bebe da fonte da criminológica clássica - de grande magnitude para a percepção de igualdade e parcialidade dos juizes - que pauta a punição na teoria da *legalidade igualitária*, em que o direito burguês funcionaria através de uma formalização do igualitarismo – presente, por exemplo, na obra marxiana da Crítica do Programa de Gotha (2012), em que Marx exemplifica ao dizer que no momento do contrato, o patrão e o trabalhador são colocados em pé de igualdade. Igualdade totalmente ilusória, mas que é fundamental para explicar as relações interpessoais em uma perspectiva contratualista.

O que significa que a seletividade penal brasileira advém muito antes do que a percepção do *labelling approach* como fato social, desde a Criminologia Clássica até a positivista, berço da atual visão penal do Brasil. Dentro do conceito normativista e liberal do poder político, ficticiamente conforma-se o corpo social como composto por sujeitos livres e iguais, para pronta e maniqueistamente dividi-los entre o bem (homens médios e mulheres honestas) e o mal (violadores do direito), em que o único dissenso firmado no contrato social transita entre o conflito interindividual à criminalidade (ANDRADE, 2020). O poder político se entranha no poder punitivo a ponto de não ser possível desassociá-los, sendo extremamente significativo para o Estado moderno brasileiro em seu exercício de poder, controle e domínio social. O pensamento maniqueísta do bem *versus* o mal permeia de forma secular a justiça em um geral, e encontra, no Brasil, em seu estado de polícia⁶, um coro acrítico e ululante por mais segurança, mais pena e polícia (BATISTA, 2013, p. 2).

⁵ A *criminalização secundária*, seria, então a aplicação desse mecanismo de normas, o momento *central* na seleção de indivíduos que praticam crimes, nas instâncias formais: policial, judiciária e penitenciária (BATISTA, 2011)

⁶ BATISTA, Vera Malaguti. O alemão é muito mais complexo. In **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, v.3, n.5, p.103-125, jul/dez 2011.

4 TEORIAS DO DELITO E A FILOSOFIA DA LINGUAGEM: UM NOVO OLHAR SOBRE O CRIME

O professor Paulo César Busato (2021), diz que não existe uma teoria do delito, mas várias teorias do delito, ou seja, variantes acerca de como analisar o fenômeno criminal a partir de diferentes pontos de vista epistemológicos. E por outro lado, irá dizer também que o maior responsável por problemas insolúveis, muitas vezes de péssimos resultados - em termos jurídicos penais - é tratar o direito penal como ciência, ou seja, tratar o direito penal como algo que ele não é: direito penal não é ciência, assim como direito não é ciência, e isto é responsável por boa parte dos problemas que temos até hoje nessa seara (BUSATO, 2021).

Por outro lado, acostumamo-nos a ouvir falar de ciências criminais ou de usar um método analítico para fazer as discussões, para estabelecer ações da teoria do delito e isso faz com que, em alguma medida, certos conceitos se perenizem, ainda que o seu conteúdo mude. Paulo Busato (2021) cita o senhor Borja Gimenez, em Valência, que recentemente escreveu que um penalista de hoje poderia conversar tranquilamente com um penalista de 200 anos atrás, porque as categorias discutidas são as mesmas. A omissão, o dolo, o erro, a culpabilidade, o concurso de pessoas, a legítima defesa – os mesmos institutos, as mesmas denominações eram praticadas há 200 anos – o que levaria a pensar que existe apenas uma forma de pensar o crime. Claro que a duração do jeito de apresentar as coisas é tão longa que é maior do que a existência de uma pessoa: a pessoa nasce e cresce sob a égide da teoria do delito e ela não sabe muito bem como se livrar daquilo - parece uma coisa perene. Olhamos para a teoria do delito e pensamos que ela *é isto* – mas o direito penal já se organizou antes sem teoria do delito e em alguns lugares segue se organizando sem teoria do delito e talvez para frente não precise mais dela. Não há ninguém que diga que a teoria do delito é uma coisa perene e menos ainda que ela pertença a uma lógica da ciência natural, uma lógica do plano do ser (BUSATO, 2021).

Quando os teóricos, os penalistas, os juristas atingiram maturidade suficiente, distância histórica suficiente desse período, aconteceu um movimento de convite de volta para dentro da discussão político-penal e aspectos político-criminais. Isso aconteceu nos anos 70 -

de encontro com o etiquetamento social (ou *Labelling Approach*⁷) e a mudança da criminologia como forma de pensamento – marcado pelo livro de *Claus Roxin*, “Política Criminal e sistema jurídico-penal”. Esse escrito questiona o modo de proceder da teoria do delito até então; dizendo que a teoria tal como aplicada poderia promover o resultado do injusto – e convocando para a correção das justiça derivadas desse instituto ou da aplicação da teoria do delito às cegas aos princípios jurídico-penais. Esses princípios obviamente são um convite à discussão da política criminal. A correção do direito penal, da aplicação da “ciência” jurídico-penal (BUSATO, 2021) por uma discussão político-criminal. Aqui começa a discussão de outra pergunta do direito penal: não se quer mais afirmar o que é delito, se quer afirmar por que se pune⁸.

Existem perspectivas mais modernas que dizem respeito a uma busca de uma intersecção entre esse sistema de imputação com uma base filosófica de linguagem. Tem por base o livro “Fundamentos del sistema penal” do professor *Tomás Salvador Vives Antón*, sendo a base para a guinada epistemológica da filosofia da linguagem, mas que tem também na pessoa de *George Fletcher* e seu livro “Rethinking Criminal Law” que tenta trazer seus precedentes dentro da linguagem, quase como um método indutivo, buscando o geral através de grupos de casos (BUSATO, 2021). Esses livros então compõem a base da *filosofia da linguagem*

⁷ A introdução do *labelling approach* (como interacionismo simbólico e a etnometodologia), na sociologia do desvio e do controle social, e de outros desenvolvimentos da reflexão sociológica e histórica sobre o fenômeno criminal e sobre o direito penal, determinam, no seio da criminologia contemporânea, uma troca de paradigmas mediante a qual esses mecanismos de definição e de reação social vieram ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica. Constitui-se, assim, um paradigma alternativo etiológico, que se chama, justamente, o paradigma da ‘reação social’ ou ‘paradigma da definição’. Na base deste ‘novo’ paradigma, a investigação criminológica tem tendência para se deslocar das causas do comportamento criminal em direção às condições a partir das quais, numa dada sociedade, as etiquetas da criminalidade e o estatuto do criminoso são atribuídos a comportamentos e sujeitos, e para o funcionamento da reação social informal e institucional (processos de criminalização) (BARATTA, 147, 1983)

⁸ Mas essa resposta tende a ser aberta, polissêmica, porque claro, posso escolher minha resposta de um modo muito distinto do verdadeiro/falso, do binário científico que era imposto até então. Agora pergunta-se por que se pune, que é uma *escolha*, e uma escolha ditada político-criminalmente. Não é acaso o novo convite para que a Política Criminal reingressar no ambiente jurídico-penal (numa Alemanha socialdemocrata que vive o Estado de bem-estar social). Então *Roxin* responde sua própria pergunta, ao afirmar que o direito penal serve para proteção seletiva de bens jurídicos (BUSATO, 2021). Mas percebe-se que esse giro ao normativismo, a escolha do juízo de valor apropriado, a resposta para o porquê se pune *múltipla*. Por isso fala-se de funcionalismo teológico de *Roxin* e funcionalismo sistêmico na linha do *Jakobs*. Isso porque a resposta de o *Jakobs* da a pergunta é outra – se pune para se manter estável o sistema punitivo. O sistema penal é um sistema *autopoietico*, que para manter-se estável e na busca de sua estabilidade aplica a pena como um *output* para seus *inputs* disfuncionais, que são as práticas delitivas (BUSATO, 2021).

aplicada e talvez seja esta a última das proposições para a base da teoria epistemológica do delito.

Parece bastante óbvia a razão para descartar as teorias de base clássicas, já que há razões político-criminais, razões de insuficiência teóricas, para deixar de se vincular um modelo causalista⁹ ou finalista de teoria do delito. O ontologicismo das teorias do delito causais e finalistas¹⁰, a insuficiência do paradigma ontológico para uma teoria do delito talvez chegue até a ser uma obviedade, mas por outro lado ela tem e incita um autoritarismo. Não é à toa que esses autores tivessem vínculo com o modelo nacional socialista alemão; porque a ideia de que quando você tem uma estrutura que corresponde à verdade a respeito daquilo que

⁹ Então desde logo, a primeira teoria do delito surge por força do positivismo científico e, portanto, associada a esse positivismo científico como fonte teórica, e obviamente tem uma estruturação muito baseada nas ciências naturais, aquilo que era científico era válido através do método científico e analítico por excelência, não é atoa que se chama essa primeira teoria do delito de *causal naturalista*. Como foi organizado o *paradigma Von Liszt, Bering* etc. Mas principalmente o *tratado do Von Liszt* apresenta ali uma ideia de uma estrutura que começa e termina em conceitos da ciência natural e que passa pelo Direito como poderia passar por qualquer outra coisa (BUSATO, 2021). Passa pelo Direito apenas para situar a questão que está sendo debatida. É um recorte equilibrado entre dados recapturados, digamos, das ciências naturais – sendo o método analítico, ou seja, dividir o todo em partes, e estudar as partes como forma de compreender o todo, isso é a análise – e o *Von Liszt* biparte o injusto penal em 2 partes, o objetivo e o subjetivo, ele inicia a explicação do lado objetivo dizendo que é uma ação que se pratica produzindo um resultado previsto como injusto, e que esta ação com resultado injusto é sucedida ou cometida por uma pessoa cujo o vínculo subjetivo nota culpabilidade. Começa-se o tratado de *Von Liszt* como *ação como movimento voluntário modificativo do meio externo* – e essa ação começa pela ação e reação, a terceira lei de Newton – portanto a ciência natural já afirmada, daí então essa seria a base ontológica sobre a qual se acrescentam as noções jurídicas do injusto penal, que depois é bipartido na teoria de *Bering*; e é complementado por uma culpabilidade que é o vínculo subjetivo que une o sujeito ao fato por ele praticado. Que vínculo subjetivo seria esse? Esse vínculo subjetivo mental que o sujeito tem, entre o que ele faz e aquilo que ele quer; ou ele faz por querer e é doloso ou ele faz sem querer e é culposo – esse modelo – essa ideia de culpabilidade que muda o vínculo psicológico vem da psicologia clínica, também ciência natural afirmada nesse período (BUSATO, 2021). Começa e termina nas ciências naturais. É um positivismo científico se trasladando para o Direito de forma a permitir que o Direito seja reconhecido como ciência jurídica – para que a teoria do delito seja reconhecida como teoria científica. Método e projeto provenientes de ciências afirmadas. Não ao acaso isso; mas sim a força de seu tempo.

¹⁰ O próximo passo em termos de teoria do delito é o finalismo, que tem como seu grande precursor o *Hans Welzel*. *Welzel* era um autor que, em princípio, enfrentava os neokantianos em um ponto de vista filosófico, a cadeira de *Hans* na universidade não é só do Direito, mas na Filosofia do Direito também, já que seus primeiros escritos partem de um viés filosófico e questionando a possibilidade dessa ciência social, nos quais ele afirma que a ciência social não pode tudo, que existem limites, e que ciência natural pautava os limites daquilo que a ciência social pode e não pode chegar. Portanto, ainda que haja esses 2 modelos científicos, o condicionamento ponto de partida de algo que pretenda ser realmente científico jurídico, penalmente falando, são estruturas lógicas derivadas da natureza – só que *Welzel* discorda de que essas estruturas de base o ponto de partida de circulação de uma teoria do delito seja aquela ação da física newtoniana, que ele chama de um *conceito de ação cego*, que não percebe que ação tem por nota distintiva, a ação humana o direcionamento de uma finalidade (BUSATO, 2021). Ele acusa então o conceito de ação causalista de ser incapaz de a ação que produz a tentativa de delito.

é crime ou que não é crime é em si mesmo uma afirmação autoritária. O ontologismo se baseia em uma pretensão de verdade. Um ponto de vista intrinsecamente autoritário e excludente (BUSATO, 2021).

A ideia é pensar: qual a coisa mais interventiva que o Estado pode fazer de pior com o ser humano? A resposta é simples: o direito penal. O direito penal não lida com a verdade. Mas por que então não se decantar ao funcionalismo¹¹? Pois há um perigo no modelo normativista, que é de colocar a *norma* no centro. Pode se ver que no modelo mais radicalmente funcionalista, que é o modelo de *Jakobs*, o modelo do sistema autopoietico, o centro da estrutura de imputação é a norma e não o ser humano (BUSATO, 2021). A norma quer manter-se estável, parece que o paradigma antropocêntrico então se perde. Preocupa-se muito mais com a norma do que com as pessoas. Sendo assim, o professor *Vives* estrutura sua fórmula a partir das seguintes considerações: 1) há de se trocar uma pretensão de ciência, a pretensão de verdade no direito por uma pretensão de justiça; ainda que sabendo que justiça absoluta não existe; 2) entender que, seja como queira chamar, o direito penal está na práxis de uma estrutura linguística que ele vai basear o sistema de imputação, pois o direito não é ciência, é uma práxis linguística (BUSATO, 2021).

Não há como fazer nada com o direito sem falar, ler, ouvir ou escrever. Há uma mudança no paradigma filosófico, que sai do impenetrável mundo subjetivo da filosofia da mente que ancora uma das primeiras formas da teoria do delito e assim como abandona também uma dimensão normativa que despreza o perfil humano. *Vives* coloca que a ação deve ser interpretada não como algo que os homens fazem, e sim como o significado do que fazem (BUSATO, 2021). É no processo de comunicação que eu identifico a ação. Assim como no processo de identificação que se acha a norma e aí se faz, então, a conjunção entre norma e ação. Torna-se então evidente o fracasso do modelo superado, como diz *Vives*: a força de uma teoria se prova na práxis (BUSATO, 2021).

¹¹ “Conforme expõe Greco (2000), retomam-se no funcionalismo os enfoques valorativos do neokantismo, como a construção teleológica de conceitos e a materialização das categorias do delito, incorporando-se a estes enfoques a missão constitucional do direito penal de proteção de bens jurídicos, através da prevenção geral ou especial. Com isso, submetem-se os conceitos a funcionalização, de modo a fazer com que cumpram uma função adequada no sistema, atingindo resultados justos. Contudo, o sistema desenvolvido por Roxin substitui as valorações neokantianas por valorações exclusivamente político-criminais, de modo a fazer com que o direito se sensibilize para as diferenças existentes entre casos aparentemente similares, na busca pela concretização da justiça.” (POLI, p. 29, 2019)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da práxis da linguagem como superação das teorias do delito, ainda se consome a ideia que, mesmo mudando a linguagem, mudando criminalizações, os alvos continuam os mesmos. Passam-se os séculos, e o que antes era resolvido na compra de um escravo e de sua dominação, hoje é feita com a mudança da condução de um depoimento policial para que uma pessoa colorida seja presa injustamente. O impacto da linguagem não fica somente na maneira que se constrói o que é ou não crime, mas quem o faz. Ao apontar um mínimo detalhe, ao manejar potenciais testemunhas – está se usando da linguagem como teoria do delito e como falso testemunho em conjunto. A lei de drogas (lei 13.343), que aumentou massivamente o número de presos, em especial pessoas faveladas, em condições de pobreza e coloridas, que, por exemplo, tem pena de 5 a 15 anos por tráfico, foi feita para o agrado de uma elite – tudo isso com apenas a linguagem ditando qual crime, ou ação, tem maior gravidade no meio social. Essa elite, ao contrário, em um crime de colarinho branco, como sonegação fiscal, que tem pena de seis meses a dois anos, com maior parte sendo convertida em multa. Fica a critério desse 1%, dessa mesma elite, qual crime tem maior impacto social a longo prazo.

A carga ideológica do direito penal - e perceber essa carga ideológica do direito penal enquanto ferramenta forjada pelo capitalismo, para os interesses do capitalismo é o que permite que se saia desse torpor sedutor do direito penal, do discurso da punição; permitindo que se olhe para o direito penal e entenda que ele não é um instrumento para proteção da sociedade, proteção de grupos explorados, de grupos marginalizados, número amenizado na sociedade. O direito penal é um instrumento de repressão contra esses e entender esse véu ideológico do direito penal é justamente o que irá permitir a não se utilizar dessa lógica penal vulgarizada, que invoca o direito penal para todos os problemas sociais (CIRINO, 2021). Isso porque se entende que invocar o direito penal sempre tem uma resposta de aumento da desigualdade, da violência, da repressão, da barbárie. Então a intervenção penal - não importa como conte discurso crítico bonito progressista - a intervenção penal é sempre expressão da ideologia dominante e serve para repressão, não serve para proteção. O direito penal surgiu como uma forma de conter grupos marginalizados quando a sociedade capitalista estava se formando, e ainda o serve – para manter a classe trabalhadora em cheque (CIRINO,

2021). A única saída possível, sempre será, então, uma mudança radical, uma revolução, pois a linguagem penal mostra que, sempre os que a ditam, ditam também quais pessoas abaixo terão ou não liberdade e igualdade em suas vidas.

REFERÊNCIAS

- ANTON, Tomás S. Vives. Fundamentos del sistema penal. Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010.
- AGAMBEM, Giorgio. *Altíssima pobreza*: Regras monásticas e formas de vida [Homo Sacer, IV, 1]. Tradução de Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo, 2014.
- AGAMBEM, Giorgio. *O uso dos corpos* [Homo Sacer, IV, 2]. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2017.
- BADDELEY, Alan. O que é a memória? In: BADDELEY, Alan et al. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- BARATTA, Alessandro. *Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal*. Lisboa: [s.n.], 1983. In: *Documentação e direito comparato, Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n. 13 de 1983; Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, setembro 1983.
- BATISTA, Vera Malaguti. O alemão é muito mais complexo. In *Rev. Justiça e Sistema Criminal*, v.3, n.5, p.103-125, jul/dez 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. Memórias de milícias. *Boletim IBCCRIM*, ano 21, nº244, março/2013.
- BUSATO, Paulo César. TEORIA GERAL DO DELITO. Aula dada ao *Laboratório IBCCRIM 2021*: 20 de set. 2021. Acesso em: 15 de out. 2021. (1:52:15 min).
- BRASIL. *Retratos da desigualdade*: Gênero e raça. Instituto de pesquisa econômica aplicada - IPEA. Brasília: 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/primeiraedicao.pdf>. Acesso em: 17 de jun. 2021.
- BRITISH PSYCHOLOGICAL SOCIETY. *Guidelines on Memory and The Law*: recommendations from the scientific study of human memory. Leicester, UK, 2008. Disponível em: <http://www.forcescience.org/articles/Memory&TheLaw.pdf>. Acesso em 13 out. 2021.
- CIRINO, Juez. *Criminologia*: contribuição para crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021.
- CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnistky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil?* Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 177. ano 29. p. 359-368. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021. Disponível

em:<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql& marg=DTR-2021-1978>. Acesso em: 19 de jul. 2021.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aula aberta no Laboratório do IBCCRIM 2021 | Direito Penal com o professor Fábio Roberto D'ávila. Set 2021. 1 vídeo (1:28:20 minutos). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8brFX7zgLS>. Acesso em: 13 de set 2021.

DE POLI, C. (2019). FUNCIONALISMO PENAL EM CLAUS ROXIN. *Revista De Direito Da FAE*, 1(1), 27 - 42. Recuperado de <https://revistadedireito.fae.edu/direito/article/view/39>. Acesso em: 14 de out. 2021.

GRECO, Luís. Introdução a dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. a.2000, p. 228-230.

FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

INNOCENCE PROJECT. *Sequential Presentation of Lineups*. Nova York, 2008. Disponível em: http://www.innocen- ceproject.org/Content/Sequential_Presentation_of_Lineups.php Acesso em: 12 out. 2021.

LEVIN, Daniel T. Race as a visual feature: Using visual and perceptual discrimination tasks to understand face categories and the cross race recognition deficit. *Journal of Experimental Psychology: General*. 2000.

LOFTUS, Elizabeth F.; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, v. 13, p. 585-589, 1974. Disponível em: http://ac.els-cdn.com/S0022537174800113/1-s2.0-S0022537174800113-main.pdf?_tid=85ff60e1c-ece5-11e4-925e-00000aabb0f26&acdnat=1430143306_95ff0b4ef861f6deea96d60ce0b5ae58. Acesso em: 13 de out. 2021.

MARX, Karl. *Crítica do programa de Gotha*. São Paulo: Boitempo, 2012.

MELLIM, Oscar Filho. *Criminalização e seleção no sistema judiciário penal*, 2009, 288f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

QUÃO FIÁVEL É VOSSA MEMÓRIA?, 2013. Direção: Elisabeth Loftus. Traduzido por Leonardo Silva. *TEDGLOBAL*. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt. Visto em: 13 de jul. 2021.

SIMONS, Daniel J.; CHABRIS, Christopher. F. *What People Believe about How Memory Works: A Representative Survey of the U.S. Population*. Yale: Yale University Press, 2011.

SCHACTER, Daniel L. *Searching for memory: the brain, the mind, and the past*. Nova York: Basic Books.

SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. *Memory and law: What can cognitive neuroscience contribute?* *Nature Neuroscience*, [S.l.], v. 16, p. 119-123, jan. 2013. Disponível em: <http://www.nature.com/neuro/journal/v16/n2/pdf/nn.3294.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

TURTLE, John; LINDSAY, R. C. L.; WELL, Gary L. Best practice recommendations for eyewitness evidence procedures: New ideas for the oldest way to solve a case. *The Canadian Journal of Police & Security Services*, v. 1, n. 1, p. 5-18, Mar. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.