

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RECÔNCAVO DA BAHIA  
CENTRO DE ARTES, HUMANIDADES E LETRAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS, CULTURA,  
DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO  
MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

**Nathalia Tavares Pinheiro**

**DIREITOS HUMANOS E SISTEMA PENAL:  
UMA RELAÇÃO COMPLEXA NOS DISCURSOS SOBRE A  
PUNIÇÃO**

# **DIREITOS HUMANOS E SISTEMA PENAL: UMA RELAÇÃO COMPLEXA NOS DISCURSOS SOBRE A PUNIÇÃO**

**Nathalia Tavares Pinheiro**

Bacharela em Direito

Universidade Estadual de Feira de Santana, 2015

Dissertação apresentada ao Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Cultura, Desigualdade e Desenvolvimento da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais.

**Orientador:** Prof. Dr. Riccardo Cappi

**CACHOEIRA - BAHIA  
2020**

---

P654d Pinheiro, Nathalia Tavares.

Direitos Humanos e Sistema Penal: uma relação complexa nos discursos sobre a punição. / Nathalia Tavares Pinheiro. Cachoeira, BA, 2020.  
155f., il.

Prof. Dr. Riccardo Cappi.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Centro de Artes Humanidades e Letras, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais: Cultura, Desigualdades e Desenvolvimento, Bahia, 2020.

1. Direitos Humanos - Brasil. 2. Direito Penal - Brasil. 3. Pena (Direito) - Brasil. 4. Punição - Aspectos sociais - Brasil. I. Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Centro de Artes, Humanidades e Letras. II. Título.

CDD: 323.4

---

Ficha elaborada pela Biblioteca do CAHL - UFRB.

Responsável pela Elaboração – Juliana Braga (Bibliotecária – CRB-5/ 1396)  
(os dados para catalogação foram enviados pelo usuário via formulário eletrônico)

NATHALIA TAVARES PINHEIRO

**DIREITOS HUMANOS E SISTEMA PENAL:  
UMA RELAÇÃO COMPLEXA NOS DISCURSOS SOBRE A PUNIÇÃO**

Dissertação submetida à avaliação para obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia.

Cachoeira, 31 de agosto de 2020

EXAMINADORES:

Prof. Dr. Riccardo Cappi (UFRB – Orientador)



---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Salete de Souza Nery (UFRB – Examinadora Interna)



---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Mariana Thorstensen Possas (UFBA – Examinadora Externa)

---

CACHOEIRA/BA  
2020

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à Universidade Federal do Recôncavo da Bahia; ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Cultura, Desigualdade e Desenvolvimento; e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior por fornecerem condições intelectuais e materiais para o desenvolvimento desta pesquisa.

Agradeço ao meu orientador Riccardo Cappi por, muito além de orientar, ser incentivo, afeto e inspiração desde a graduação. Às professoras Salete Nery e Mariana Possas pelas contribuições fundamentais, pela paciência e sensibilidade com uma pesquisadora (começando a caminhar) numa área diferente.

A todos os estudantes de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana que se dispuseram a contribuir com este trabalho.

Agradeço aos meus pais, Mara e Agilson, bem como a todos os meus amigos, por me disponibilizarem condições afetivas e emocionais para pesquisar.

De forma específica quero agradecer à Iara Carneiro por ser minha parceira durante todo o curso, nas viagens diárias, nos medos, crises e em todos os momentos difíceis.

Agradeço a minha psicóloga Francis Oliveira por me guiar numa trilha de autoconhecimento e superação da ansiedade, sobretudo no momento de isolamento social.

Agradeço a todos os que vibraram positivamente para a conclusão desta etapa difícil e gratificante de pós-graduação.

A Deus, por tudo.

Vou lembrando a revolução  
Mas há fronteiras nos jardins da razão  
(Chico Science)

## **DIREITOS HUMANOS E SISTEMA PENAL: UMA RELAÇÃO COMPLEXA NOS DISCURSOS SOBRE A PUNIÇÃO**

**RESUMO:** As discussões sobre o enfrentamento da violência no Brasil com frequência mobilizam o conceito de Direitos Humanos, seja para deslegitimá-los, seja para reforçar sua importância. Em ambos os posicionamentos podemos observar uma demanda por punições maiores e mais aflitivas, tanto direcionada aos “criminosos” em geral, quanto aos violadores destes direitos. Esta pesquisa, no intuito de compreender tal anseio punitivo, tem a seguinte pergunta de partida: de que maneira os Direitos Humanos são mobilizados em sua contribuição específica nas argumentações referidas às intervenções do Sistema Penal? A ausência inicial da delimitação espaço-temporal é um convite à observação plural do objeto de pesquisa. O primeiro ângulo de observação, de cunho teórico, traz uma revisão de literatura com diferentes perspectivas sobre a relação proposta, diante da fluidez conceitual envolvida. O segundo, já no âmbito empírico, apresenta um cunho prevalentemente indutivo, na busca de observar como futuros profissionais da área jurídica pensam a relação entre Direitos Humanos e respostas do Sistema Penal, e como utilizam os conceitos nas suas argumentações. Mais especificamente, foram realizados questionários abertos e entrevistas semiestruturadas com os estudantes formandos em Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana. A técnica de análise do material obtido é a Teorização Fundamentada nos Dados. O terceiro e último ângulo, por sua vez, aproxima o referencial teórico da Racionalidade Penal Moderna ao mesmo material com fins de análise de cunho mais dedutivo. Mobilizamos, então, a RPM para verificar se as maneiras de pensar dos estudantes reforçam um sistema de ideias específico, que projeta um conceito particular da sanção penal focada na exclusão social e no sofrimento. Os resultados indicam olhares voltados ao âmbito processual e à prisão, atualizando a estrutura penal que liga uma conduta desviante a uma pena aflitiva e privativa de liberdade. Embora os posicionamentos sejam pautados numa visão positiva dos Direitos Humanos, acabam por atualizar esse muro da prisão (física e cognitiva), que impede de enxergar outras respostas do Sistema Penal, e outras atualizações dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Intervenções Penais; Racionalidade Penal Moderna; Teorização Fundamentada nos Dados

## **HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL SYSTEM: A COMPLEX RELATIONSHIP IN SPEECHES ABOUT PUNISHMENT**

**ABSTRACT:** Discussions about confronting violence in Brazil often mobilize the concept of Human Rights, either to delegitimize them or to reinforce their importance. In both positions, we can see a demand for greater and more distressing punishments, both directed at “criminals” in general, and violators of these rights. This research, in order to understand this punitive desire, has the following starting question: how are Human Rights mobilized in their specific contribution in the arguments related to the interventions of the Penal System? The initial absence of space-time delimitation is an invitation to the plural observation of the research object. The first observation angle, of a theoretical nature, brings a literature review with different perspectives on the proposed relationship, given the conceptual fluidity involved. The second, already at the empirical level, has a predominantly inductive nature, in the search to observe how future professionals in the legal area think about the relationship between Human Rights and responses of the Penal System, and how they use the concepts in their arguments. More specifically, open questionnaires and semi-structured interviews were conducted with law graduate students at the State University of Feira de Santana. The technique for analyzing the obtained material is Grounded Theory. The third and last angle, in turn, approaches a theoretical reference to the same material for verification purposes, in a more deductive perspective. We then mobilized the Modern Penal Rationality theory to see if the students' ways of thinking reinforce a specific system of ideas, which projects a particular concept of penal sanctions focused on social exclusion and suffering. The results indicate looks focused on the procedural scope and the place of the arrest, updating the penal structure that links a deviant conduct to an afflictive and deprivation penalty. Although the positions are defenders of Human Rights, they actualize this prison wall (physical and cognitive), which prevents them from seeing the other responses from the Penal System and other actualization of Human Rights.

**Keywords:** Criminal Interventions; Modern Penal Rationality; Grounded Theory

## LISTA DE ABREVIATURAS

DH	Direitos Humanos
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
RPM	Racionalidade Penal Moderna
SP	Sistema Penal
TFD	Teorização Fundamentada nos Dados
UEFS	Universidade Estadual de Feira de Santana

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 - Categorias dos Questionários .....	71
Quadro 2 - Categorias das entrevistas sem preenchimento.....	85
Quadro 3 - Categorias das entrevistas preenchidas.....	94
Quadro 4 - Modalidades de intervenção na justiça penal.....	124
Quadro 5 - Teorias e Indicadores da RPM .....	136
Figura 1 – Duas chaves de leitura analítica dos discursos .....	142

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 DESENHANDO O PROBLEMA.....</b>	<b>6</b>
1.1 CONTEXTO .....	7
1.1.1 Argumentos dos “opositores” aos Direitos Humanos.....	8
1.1.2 Argumentos dos “defensores” dos Direitos Humanos.....	10
1.2 DIREITOS HUMANOS X RESPOSTAS DO SISTEMA PENAL .....	13
1.2.1 Perspectiva histórico-jurídica.....	14
1.2.2 Perspectiva histórico-sociológica.....	18
1.2.3 Contribuições da sociologia.....	22
1.2.4 Perspectiva sociológica de Luhmann.....	25
1.2.5 Direitos Humanos como instituição social.....	33
1.2.6 Direitos Humanos como <i>médium</i> .....	39
1.2.7 Aplicações empíricas .....	43
<b>2 O CAMINHO DA PESQUISA EMPÍRICA.....</b>	<b>50</b>
2.1 A OBSERVAÇÃO E A PESQUISADORA NO TRAJETO.....	51
2.2 UMA PRIMEIRA ETAPA DE CUNHO INDUTIVO .....	53
2.2.1 Entrevista como instrumento de pesquisa.....	54
2.2.2 A Teorização Fundamentada nos Dados .....	59
2.2.3 O percurso trilhado.....	64
2.3 UMA SEGUNDA ETAPA QUE MOBILIZA UMA TEORIA .....	67
<b>3 DEIXAR FALAR OS DISCURSOS: A RODADA INDUTIVA .....</b>	<b>69</b>
3.1 CATEGORIAS CONCEITUAIS DOS QUESTIONÁRIOS.....	70
3.2 CATEGORIZAÇÃO DAS ENTREVISTAS .....	84
3.3 FORMULAÇÕES TEÓRICAS .....	96
<b>4 ADOÇÃO DE UM INSTRUMENTO TEÓRICO DE ANÁLISE: A RODADA DEDUTIVA .....</b>	<b>103</b>
4.1 RPM E CRISE DO SISTEMA PENAL .....	104

4.2 A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA .....	110
<b>4.2.1 Teorias da Pena.....</b>	<b>111</b>
<b>4.2.2 Evolução e fechamento do Direito Penal.....</b>	<b>115</b>
<b>4.2.3 O público e os Direitos Humanos.....</b>	<b>118</b>
4.3 ALTERNATIVAS À RPM .....	121
4.4 NOVA LEITURA DAS ENTREVISTAS .....	126
4.5 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO NOS DISCURSOS .....	137
4.6 ARTICULAÇÕES POSSÍVEIS .....	140
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>145</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>149</b>
<b>ANEXO A - TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO .....</b>	<b>154</b>

## INTRODUÇÃO

A violência se tornou uma questão de destaque nacional na virada dos anos 1980, especialmente no processo de abertura democrática (SINGER, 2003; CALDEIRA, 1991). As denúncias de tortura advindas da ditadura militar, somadas às manchetes sobre o crescimento da criminalidade, tornaram o assunto uma das maiores preocupações dos brasileiros. A emergência do crime organizado, no decorrer dos anos 1990, garantiu a permanência da centralidade do tema, que segue até os dias atuais. Neste contexto de discussões sobre o enfrentamento do problema, é possível destacar uma mobilização frequente da expressão “Direitos Humanos”, tanto para deslegitimá-los quanto para reforçar sua importância, com formação de dois grandes grupos<sup>1</sup>: os opositores e os defensores de tais direitos. Os primeiros associam o termo com a defesa privilegiada dos criminosos, em contraposição aos “cidadãos de bem”. Propagam expressões como, por exemplo, “Direitos Humanos para humanos direitos”, com tom de reprovação e intuito repressivo. Parte dos defensores, por sua vez, critica as instâncias punitivas do Estado, visando sua humanização e o controle do aparelho punitivo, exigindo também maiores punições aos violadores dos Direitos Humanos. Encontra-se, desta forma, um possível ponto em comum nestes grupos opostos: o desejo de punir. A compreensão do conceito muda, mas converge no anseio por punição afiliva.

A presente pesquisa está inserida no âmbito dos debates sobre (in)segurança pública e respostas estatais aos delitos. O interesse nessa seara surgiu diante da percepção de proliferação dos discursos a favor do recrudescimento do castigo e do sofrimento. A pergunta inicial, a ser aprofundada no decorrer do trabalho, delineou-se da seguinte forma: de que maneira os Direitos Humanos são mobilizados em sua contribuição específica nas argumentações referidas às operações do Sistema Penal? Colocada ainda sem delimitação espaço-temporal, traz um convite à observação plural do objeto de pesquisa (CAPPI, 2017). Essa indagação possibilitará o estudo das diversas formas e utilizações que os Direitos Humanos adquirem nas demandas de respostas às condutas criminalizadas.

---

<sup>1</sup> Esta divisão simplificada tem objetivo de favorecer a compreensão, já que tal dualidade foi classificada de maneiras diferentes por diversos autores, como será visto. Mais especificamente, seriam os favoráveis e contrários aos Direitos Humanos dentro do âmbito penal ou das discussões sobre respostas aos delitos.

Destaca-se, assim, que o interesse de pesquisa está posicionado no plano das ideias, ou das maneiras de pensar. Kaminski (2017) ressalta que nas ciências sociais, tão importante quanto saber o que as pessoas fazem é saber o que elas dizem e pensam sobre o que fazem, e sobre o que os outros fazem. Não se trata de uma pretensão de conhecer a realidade, mas um esforço em observar como atores sociais específicos observam os fenômenos e formulam suas argumentações (PIRES, 2014).

Em referência às motivações pessoais, a graduação em Direito proporcionou-me contato com diversos profissionais da área e com os próprios colegas de curso, os quais muitas vezes reproduziam uma demanda punitiva. A pesquisa em Criminologia, por outro lado, fomentou um olhar crítico a tais posicionamentos. Enquanto uma disciplina de encruzilhada (PIRES, 2015), permitiu o conhecimento de outras disciplinas como as ciências sociais, e a tentativa de “navegar entre esses dois mundos”.

O objetivo primeiro, então, referia-se à investigação da volúpia punitiva<sup>2</sup> presente nos futuros operadores do Direito. Parecia importante compreender as ideias e argumentos que emergem neste debate sobre delinquência e maneiras de enfrentá-la. Como, entretanto, tratava-se de uma questão bastante ampla, decidimos utilizar o conceito de Direitos Humanos como instrumento teórico que possibilita a investigação desta demanda repressiva.

Esta relação dos Direitos Humanos com as intervenções do Sistema Penal poderá ser observada por diferentes ângulos no decorrer da pesquisa. Isto possibilita estudar alguns elementos da teia discursiva<sup>3</sup> observada no âmbito penal. O primeiro ângulo de observação, de cunho teórico, trará uma revisão de literatura com diferentes perspectivas, diante da fluidez conceitual envolvida. Posteriormente será possível partir para a dimensão empírica e observar como ideias sobre esta relação aparecem nos discursos dos futuros profissionais do Direito. Mais especificamente, dos estudantes formandos em Direito da Universidade Estadual de

---

<sup>2</sup> Singer (2003, p.26) empregou a expressão em referência ao “vento punitivo” de Lóic Wacquant, e à “concepção punitiva das relações sociais” de Gabriel Cohn. Adorno (1996, p.22) chamou de “desejo obsessivo de punir” e Nils Christie de “imposição intencional de dor” (apud CAPPI, 2017, p.22).

<sup>3</sup> Mariana Possas (2016b) trata da teia discursiva em relação aos Direitos Humanos para indicar que não se trata de um discurso homogêneo. Ao contrário, trata-se de uma rede de ideias, princípios e teorias que se entrelaçam de variadas maneiras.

Feira de Santana, num aprofundamento da pergunta norteadora. A primeira rodada de investigação, de cunho prevalentemente indutivo, buscará deixar falar os discursos para que revelem os sentidos atribuídos, num exercício de categorização que será apresentado. A segunda, mais dedutiva, aproxima uma grade teórica aos dados com fins de verificação.

Estes atores sociais foram selecionados não apenas pela aproximação na trajetória acadêmica individual, mas por formarem um terreno fértil e múltiplo no contexto jurídico. Encontram-se num ambiente de constantes estudos e debates, com possibilidade de sugerir o espectro de divergência relativo ao assunto. O campus universitário escolhido agrega uma diversidade significativa de estudantes, seja de ordem socioeconômica, ideológica, de origem, ou outras. Destaca-se, também, a potencialidade de interrogar os variados profissionais da área antes da saída da academia. Estes influenciarão diretamente o cenário jurídico, sejam advogados, juízes, promotores de justiça, professores, dentre outros.

Com o objetivo de compreender as ideias sobre a relação entre Direitos Humanos e as operações do Sistema Penal, a partir das argumentações destes estudantes, serão propostas duas rodadas, contando com a coleta dos dados através de questionários abertos e entrevistas semiestruturadas. Para análise, na primeira etapa, foi designada a Teorização Fundamentada nos Dados. A segunda etapa, então, mobiliza o referencial da Racionalidade Penal Moderna (RPM) como instrumento de análise, numa perspectiva mais dedutiva. A RPM, que será detalhada oportunamente, se configura como um sistema de ideias específico, que projeta um conceito particular da pena centrado na exclusão social e no sofrimento. A hipótese adotada, nesta fase, é que independentemente do posicionamento em relação aos Direitos Humanos, há uma atualização dessa maneira de pensar que privilegia a pena aflictiva.

O texto está dividido em consonância com os objetivos específicos e o próprio percurso metodológico. O primeiro capítulo, denominado “Desenhando o problema”, tecerá considerações acerca do contexto de surgimento da pergunta de partida e da análise teórica da relação entre Direitos Humanos e operações do Sistema Penal. Serão destacadas algumas ideias dos grupos “pró e contra” tais direitos, ressaltando a possível convergência de ambos no desejo de punição. Por sua vez, o estudo teórico dos Direitos Humanos, relacionados ao Sistema Penal, será feito a partir de

uma revisão de literatura. Esta abarcará enfoques conceituais, históricos, sociológicos e aplicações empíricas com base em autores diversos. Abordagens diferentes serão trabalhadas, partindo de uma perspectiva histórica predominantemente jurídica e linear, até uma construção sociológica que privilegia o caráter polissêmico dos conceitos. Destacaremos possibilidades de aplicações empíricas e será proposta uma reformulação da pergunta norteadora, com um aprofundamento possível através dos conceitos trabalhados.

O segundo capítulo avançará no “Caminho da pesquisa empírica”, com reflexões sobre o lugar da pesquisadora e exposição das duas fases do percurso a ser trilhado: a primeira de prevalência indutiva e a segunda com adoção de uma grade teórica de análise empregada para a releitura do material obtido. A ilustração da diversidade metodológica exemplifica como um objeto pode ser observado de ângulos diferentes. A técnica prevalentemente indutiva pode ser utilizada para analisar também outros materiais empíricos. Por este motivo será apresentada primeiramente, e os dados apenas depois, como um terreno no qual é possível experimentar o método. Os resultados da primeira etapa conduzem a um novo movimento de investigação, o de colocar à prova uma leitura teórica.

O terceiro capítulo adentra o campo empírico propriamente dito, com a utilização das técnicas escolhidas. O método de análise buscará construir formulações teóricas a partir do material obtido, através da categorização dos conteúdos, num movimento circular entre observação e teorização. Ao final do capítulo será construído um quadro analítico, no qual é possível ler os discursos em função das categorias, e observar de maneira transversal a ocorrência de cada uma. Este exercício possibilitará a leitura, de forma resumida, das diversas nuances identificadas nas falas dos atores.

Por fim, o quarto e último capítulo se constitui como uma segunda etapa da pesquisa. Será mobilizado o referencial da Racionalidade Penal Moderna para releitura do material, já que a leitura teórica formulada na primeira fase pode dialogar com teorias já existentes. Concebida como um sistema de ideias específico, ela naturaliza a estrutura apresentada pela norma penal e favorece as penas afliativas e privativas de liberdade. Um dos efeitos desta racionalidade é esta naturalização da estrutura que a norma penal apresenta, dificultando o surgimento de propostas

alternativas. Esta etapa tem a potencialidade de verificar se, e como, os discursos dos estudantes atualizam esta Racionalidade.

Esta pesquisa está inserida no contexto de produções sobre maneiras de pensar o aumento ou diversificação da severidade das respostas estatais ao crime. A diversidade de ângulos de observação apresenta potencialidades, sobretudo no estudo de expressões plurissignificativas como os Direitos Humanos. O método heterogêneo adotado, com uma dupla rodada de investigação, ajuda a ilustrar as possibilidades produtivas dessa alternância de olhares.

## 1 DESENHANDO O PROBLEMA

Conforme já destacado, o interesse neste trabalho surgiu diante da percepção de expressividade do discurso punitivo, notadamente entre os estudantes e profissionais do Direito. Dentro deste discurso era possível observar a mobilização do conceito de Direitos Humanos, tanto para reforçar sua importância quanto para deslegitimá-los. Desta forma, este capítulo inicial abordará o contexto social do problema de pesquisa e também o estudo teórico da relação entre Direitos Humanos e intervenções do Sistema Penal.

Com relação ao primeiro ponto, serão destacadas ideias características dos grupos antagônicos, aqui denominados de “favoráveis e contrários” aos Direitos Humanos. Esta nomenclatura tem o objetivo de favorecer a compreensão, já que tal divisão foi analisada de maneiras diferentes por autores diversos. De maneira mais específica, seriam os favoráveis e contrários aos Direitos Humanos no âmbito penal, ou das discussões sobre respostas aos delitos, mobilizando este conceito para incluí-lo favoravelmente ou desfavoravelmente neste contexto. Tratamos dos debates sobre segurança pública no Brasil, os quais com frequência incluem discursos a respeito destes direitos no rol das pautas argumentativas. Tornaram-se comuns expressões como “Direitos Humanos para humanos direitos”, em consequência de uma associação do tema com a atribuição de privilégios aos criminosos. Por conta disto, muitas pessoas se posicionam “contra” os Direitos Humanos e almejam punições mais severas aos desviantes, entendidos como aqueles que ameaçam a ordem social. Por sua vez, parte dos “defensores”, por compreender a importância e universalidade dos direitos em tela, além de configurar limites para as respostas penais, demandam, contudo, respostas estatais mais rigorosas para os violadores. Os Direitos Humanos, assim, acabam servindo também como potencializador do direito de punir do Estado.

Esta divergência de compreensões sobre o conceito pode ser base de usos diversos no debate sobre as respostas estatais às condutas criminalizadas. Uma pergunta instigante pode ser formulada como segue: como pode ser estudada, então, do ponto de vista teórico, a relação dos Direitos Humanos com as respostas do Sistema Penal?

O segundo ponto deste capítulo trará um olhar redirecionado sobre esta relação. Seguindo a proposta de Possas (2016b), os Direitos Humanos são colocados no centro da observação, não apenas como pressuposto normativo que analisa possíveis violações. As pesquisas que tratam de temáticas correspondentes, com frequência apresentam estes direitos como referência normativa para a reflexão. Esta, entretanto, buscará um redirecionamento de modo que os Direitos Humanos estejam do centro da observação, numa abordagem que privilegia sua singularidade.

Desta maneira, os Direitos Humanos serão abordados a partir de diferentes perspectivas teóricas. Nosso interesse investigativo se situa no campo das ideias. Logo, esta parte inicial trará uma revisão de literatura com pontos de vistas diferentes sobre o mesmo assunto, antes da operacionalização empírica. Esse estudo, apesar de um ponto de partida jurídico, propõe uma construção sociológica que ressalta o caráter polissêmico do conceito. Ao final destas considerações será feita uma reformulação da pergunta de partida, com seu possível aprofundamento através dos conceitos trabalhados. Este trabalho insere-se, então, no rol das pesquisas que investigam como os Direitos Humanos são empiricamente mobilizados pelos atores em determinado contexto.

## 1.1 CONTEXTO

A violência ocupa um lugar de centralidade nos debates do Brasil desde os anos 1980. Nas discussões sobre o enfretamento da questão, mobiliza-se com frequência o conceito de Direitos Humanos numa tomada de posição contrária, para deslegitima-los, ou favorável, para ressaltar sua necessidade. Os argumentos “contrários” a tais direitos sugerem uma associação com a defesa privilegiada de criminosos que deveriam ser punidos com rigor. Por sua vez, os argumentos dos “defensores” entendem a importância dos Direitos Humanos, demandando, além de garantias processuais específicas, maiores punições aos violadores. Há, portanto, mobilizações do conceito de Direitos Humanos com compreensões antagônicas, as quais podem convergir no desejo de punir. Desta forma, serão expostas aqui duas tendências: a associação do termo à defesa de criminosos por um lado, e, por outro,

a utilização paradoxal na demanda por mais punição aos violadores. Ambas podem ser observadas nos debates acerca da segurança pública no Brasil.

Essa oposição de ideias foi trabalhada de maneiras distintas por diversos autores. Teresa Caldeira (1991), por exemplo, trata dos defensores dos direitos dos prisioneiros, por um lado, e, por outro, os oponentes à política de Direitos Humanos. Singer (2003), por sua vez, classifica as tendências como opinião pública, que relacionava o crescimento da criminalidade com a repressão política e a violação dos Direitos Humanos; e a opinião popular, com grupos ligados às polícias e jornais ou rádios populares, que faziam a associação contrária. Ou seja, que o aumento do crime decorria da abertura política e do afrouxamento das instâncias repressivas. Outra abordagem que pode ser associada à temática é a de Roberto DaMatta (1993), que descreve as duas tendências como esquerda e direita. A primeira trata a violência como consequência de ações do poder, enquanto a segunda considera o assunto como consequência da ausência de repressão. Aqui trataremos dos argumentos de opositores e defensores dos Direitos Humanos, para ressaltar as diferentes mobilizações dentro do âmbito penal.

### **1.1.1 Argumentos dos “opositores” aos Direitos Humanos**

No que tange ao primeiro grupo mencionado, Teresa Caldeira (1991) ressalta que a partir do início da década de 1980, a defesa de Direitos Humanos passou a ser associada pela maioria da população paulistana à defesa de "privilégios para bandidos". A noção de direitos foi central no debate político no processo de democratização, com ênfase nos direitos políticos e Direitos Humanos, já que a situação incluía tortura e prisão relativas à Ditadura Militar. Isso aconteceu com um discurso de cunho liberal, onde eram defendidos os princípios da democracia, da participação política, da livre expressão, dentre outros

As noções de direitos e de Direitos Humanos confundiram-se em diversos contextos. No entanto, tais expressões foram separadas no imaginário popular, especialmente em São Paulo, a partir do momento em que os Direitos Humanos passaram a ser claramente associados aos prisioneiros comuns que se amontoavam em condições precárias nos presídios. Tal associação suscitou uma reação vigorosa e começou a revelar os limites do processo de expansão e

qualificação dos direitos. Essas discussões ocorreram no momento em que a cidade apresentou os (até então) maiores índices de criminalidade, de 1983 a 1985. Foram os dois primeiros anos do governo Montoro e, portanto, da tentativa de humanização dos presídios e de reforma da polícia. O medo e a insegurança foram manipulados pelos opositores, ao mesmo tempo em que, sutilmente, a criminalidade foi sendo associada a práticas democráticas. O fato de que, após 1985, as taxas de criminalidade violenta tenham decrescido sistematicamente, não foi suficiente para desfazer a impressão de perigo crescente criada nos anos anteriores.

A associação da reivindicação de tais direitos aos grupos que buscavam direitos políticos e coletivos não foi facilmente aceita. Isto se deu por três dificuldades segundo Caldeira (1991): os beneficiados não eram protagonistas do movimento; o fato de virar política de Estado antes mesmo de ser reivindicado; e a questão de estarem no âmbito individual e, portanto, associados a privilégios. Muitos estereótipos sociais foram reforçados nesta campanha negativa. Nos discursos contra os Direitos Humanos, os suspeitos são sempre criminosos, e estes são sempre assassinos ou estupradores (logo, não humanos), que destroem a honra e a propriedade de honestos trabalhadores e homens de bem. Três tentativas são evidentes: negar humanidade aos criminosos; equiparar a política de humanização dos presídios à concessão de privilégios a delinquentes em detrimento dos cidadãos comuns; e associar essa política de humanização, e o governo democrático da qual fazia parte, ao aumento da criminalidade. Estes “privilégios” de presidiários seriam empecilhos à garantia de direitos sociais que beneficiariam a maioria da população. Os meios de comunicação de massa tiveram um papel importante nesta articulação, exagerando a sensação de insegurança e de ameaça, explorando a inumanidade dos criminosos, e atacando a competência dos defensores dos Direitos Humanos, como responsáveis pela elevação da criminalidade.

Embora os direitos defendidos não fossem apenas para criminosos, mas, sim, para qualquer pessoa frente ao arbítrio, foi a imagem do desviante que ficou marcada. Ao defender os direitos dos delinquentes, parece que os defensores dos Direitos Humanos ultrapassaram o limite do aceitável, de modo a ameaçar toda a ordem social. Trata-se de um discurso sobre desordem e manutenção de privilégios, alerta Caldeira (1991). Do ponto de vista das elites, a ênfase na necessidade de uma melhor segurança, geralmente privada, seria uma resposta aos que avaliam

enquanto invasão indevida da cidade e do espaço da cidadania pelas camadas populares e pelas minorias. Há uma tentativa de criar novas alternativas de ordem, em que se mantenham de outro modo os privilégios, já que o Estado, que aceitou os movimentos sociais, não parece estar cumprindo esse papel. A segurança serve como emblema básico para que as camadas médias abandonem o espaço público das cidades para viver nos seus espaços privados, tentando, assim, voltar a se sentirem seguras, em ambientes sem a intervenção dos "outros". A sensação de segurança não é tanto uma função da ausência de crime, quanto de distância social. E esta distância significa manutenção de privilégios e de uma ordem excludente. Ainda que o crime permaneça "lá fora", se os outros, sobretudo os pobres, estiverem isolados e distanciados, será possível sentir-se seguro socialmente. Tal mecanismo deixa a polícia e a segurança pública tendo os pobres como clientela exclusiva. Este fato evidencia a seletividade do Sistema Penal, crítica usualmente apontada pelos defensores destes direitos para todas as pessoas, como será visto.

### **1.1.2 Argumentos dos "defensores" dos Direitos Humanos**

O grupo aqui denominado de defensor dos Direitos Humanos, em geral tece críticas às instâncias repressivas do Estado, com vistas a sua humanização. Estes direitos são vistos, assim, como um escudo contra o poder punitivo do Estado. Entretanto, diante mesmo de tal importância atribuída, ocorre uma demanda por maiores punições a violadores.

Em continuidade com as ideias de Teresa Caldeira, Singer (1998) esclarece que a luta pelos Direitos Humanos no Brasil se dá de modo isolado em relação à maioria da população, a qual não se identifica com as reivindicações propostas. Para além da associação com privilégios de bandidos, a autora propõe inverter o foco e olhar para os agentes da luta. Neste caso, o tema ficaria isolado por se restringir ao âmbito da penalização, que é essencialmente conservador.

Nesta perspectiva, os discursos e práticas sobre os Direitos Humanos não chegam à maioria da população na forma de igualdade, felicidade e liberdade; mas de culpabilização e penalização, num contexto mundial de obsessão punitiva crescente. Os debates convergem para o mesmo propósito de punir mais e com mais eficiência. Ao mesmo tempo em que os grupos defensores criticam a

prisão (inclusive por isso a associação com a defesa de bandidos), se empenham em prender racistas, sexistas, torturadores, dentre outros. Isto se dá pela emergência do Estado Penal, onde os serviços sociais se transformam em instrumentos de controle e vigilância, somado ao recurso massivo ao encarceramento.

Se este grupo julga a prisão como uma instituição ineficaz, cara, desumana e degradante, seria mais coerente centrar os esforços para construir outras formas de lidar com os agressores, inclusive para que estes reparem as vítimas e a sociedade pelos danos que causaram, conforme Helena Singer (1998). Ou, ainda, seria mais conveniente buscar formas de tornar a própria sociedade intolerante com esse tipo de comportamento, com investimento na educação para a cidadania, por exemplo. Esta centralização dos debates sobre Direitos Humanos em torno da pauta da penalização não é um fenômeno isolado. É uma tendência que acompanha a emergência de um novo tipo de Estado, penal e policial. A autora destaca que entre 1976 e 1989, os estados praticamente dobraram seus gastos com presos e prisões no Brasil. Associado a isso o país conheceu o agravamento da situação econômica e o aumento das taxas de criminalidade violenta, concomitante com a mobilização social em torno da reivindicação democrática. O anseio por punição expresso também no aumento das taxas de encarceramento e a reivindicação de direitos civis têm em comum o desejo de superação de um momento social específico. Seria um contexto em que as desigualdades econômicas garantem privilégios em todas as áreas, inclusive na justiça criminal, já que apenas os mais pobres são criminalizados, enquanto os crimes de colarinho branco seguem não punidos. Tornar essa realidade passado é então um ideal comum para os envolvidos nas questões sociais do país.

Segundo Mariana Possas (2016a), para defender os Direitos Humanos ou os temas correlatos como racismo e discriminação, é comum que vários circuitos de comunicação, como o das ciências sociais, do direito e da política, se voltem para as penas aflitivas. E isso representa uma demanda recorrente por penas de prisão de longa duração, com todos os problemas decorrentes em termos de dignidade humana. No âmbito de proteção destes direitos, o valor desta dignidade, sobretudo referente ao acusado, não aparece no centro das discussões e decisões políticas.

A autora estuda criação legislativa em matéria criminal, especificamente a criação da lei contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97) e a reprodução pelo sistema político de um sistema de ideias sobre a sanção criminal que projeta um conceito particular da pena, centrada na exclusão social e no sofrimento. Do ponto de vista teórico, este discurso pode ser associado à Racionalidade Penal Moderna, que será estudada mais adiante neste trabalho. Foi observada uma distinção frequente entre crimes ordinários e crimes contra a humanidade. Estes últimos seriam aqueles que violam diretamente os Direitos Humanos. Não bastaria, portanto, o comportamento “mau” para caracterizar esses crimes; há um “algo a mais” no plano simbólico ou comunicativo que os situa numa categoria mais grave. Esta atribuição de gravidade ocorre ainda que causem prejuízos menores à vítima do que um crime comum. Uma agressão contra um acusado numa delegacia, por exemplo, tipificada como tortura, seria mais grave do que um sequestro seguido de morte, já que o primeiro é um crime contra a humanidade e o segundo um ordinário. Desta forma, há, inclusive nesta perspectiva, uma demanda por penas mais severas para esses de gravidade especial.

Existe uma relação frequente entre a gravidade do crime e a severidade da pena, como mecanismo de exprimir o valor negativo do comportamento em relação com a quantidade (de sofrimento) da pena. A intensidade de reprovação que se busca exprimir quanto ao comportamento é comunicada pela acuidade da aflição causada pela pena. No caso específico da combinação do crime contra a humanidade, não é o comportamento que estrutura a relação, é a classificação, a etiqueta. É ela que determina a quantidade de sofrimento que a pena deve expressar e, assim, a intensidade da reprovação. Isto, entretanto, faz surgir alguns questionamentos. De que maneira o Sistema Penal, com todas as violações aos Direitos Humanos pode contribuir para que cessem as violações? Como seria possível conciliar uma política de severidade penal com o humanismo? A defesa dos Direitos Humanos serve para aperfeiçoar o Direito Penal e criar formas flexíveis de respostas ou deve ser cada vez mais agressivo para reagir a violações?

Ocorre, assim, o paradoxo dos Direitos Humanos, conforme Pires (2004) e Garcia (2010). Trata-se de um paradoxo no sentido luhmanniano, como um fenômeno que aparece na observação ou descrição, em que a aceitação de uma descrição implica a aceitação da descrição contrária. Este, portanto, seria um dos

mais aspectos intrigantes da punição contemporânea: o fato de os Direitos Humanos parecerem poder limitar o direito de punir e favorecer a moderação das penas e, ao mesmo tempo, legitimarem este direito e provocar sua severidade. Com efeito, não produzem diretamente efeitos inovadores na forma de pensar a sanção e os modos de intervenção. Neste sentido, então, apareceriam como uma espada que reforça o Direito Penal, e não um escudo para proteção contra este mesmo Direito.

Esta relação se constrói de modo paradoxal e conflitante diante da Racionalidade Penal Moderna, pois a pena aflictiva é valorizada como uma "maneira forte" de defender ou afirmar os Direitos Humanos. A representação da pena aflictiva como necessária ou obrigatória produz então este paradoxo: certa degradação dos Direitos Humanos no Direito Penal, a afirmação de uma obrigação de punir, a resistência a sanções alternativas, tudo isso pode se apresentar como uma maneira de proteger estes direitos, enquanto um observador externo poderá vê-los como um objetivo ou um ideal de reduzir as penas e diversificar as sanções. A Racionalidade então veicula vários enunciados teóricos para conciliar uma política de austeridade com os temas da justiça e do humanismo. Mas como justificar a exclusão de meios jurídicos mais humanos ou mais justos em nome da justiça e do humanismo? Essa reflexão será aprofundada em capítulo posterior.

Diante de todo o exposto, percebe-se uma mobilização ambivalente dos Direitos Humanos, convergindo no desejo de punir. A presente pesquisa buscará estudar como tal mobilização ocorre nos discursos dos futuros operadores do Direito, e se reforçam este anseio por punição. Antes, entretanto, serão expostas considerações teóricas a respeito desta relação.

## 1.2 DIREITOS HUMANOS X RESPOSTAS DO SISTEMA PENAL

As pesquisas que tratam da relação entre Direitos Humanos e Sistema Penal, ou cujos temas centrais são crime, violência e/ou segurança pública no Brasil, usualmente apresentam os Direitos Humanos como referência normativa, de caráter ético ou jurídico, para enquadrar a reflexão. O enfoque normalmente gira em torno da perspectiva da violação de tais direitos enquanto um dado subjacente à análise, na condição de pressuposto normativo. Questiona-se, por exemplo, se um determinado caso viola ou não os direitos humanos. É o que ressalta Mariana

Possas (2016b), destacando trabalhos pioneiros como Adorno (1998, 2000, 2003, 2010), Pinheiro (1997, 2000); Kant de Lima (2004); Caldeira (2000), dentre outros. Seguindo a tendência proposta pela autora, busca-se aqui um redirecionamento do olhar acadêmico para os Direitos Humanos, de modo que estes estejam do centro da observação, numa abordagem que os considera na sua singularidade. Desta forma, o presente tópico tecerá considerações acerca do conceito de Direitos Humanos e das perspectivas histórico-dogmática, histórico-sociológica, sociológica e empírica. Serão trazidos, por fim, exemplos de pesquisas empíricas que tratam da relação com o Sistema Penal, orientadas pelas questões teóricas levantadas.

### **1.2.1 Perspectiva histórico-jurídica**

Os Direitos Humanos, enquanto conceito, apresenta-se aberto, fluido e indeterminado. Margarida Garcia (2010, p.82) chama atenção para o fato de que, dependendo do ponto de vista, podem constituir uma meta-narrativa, uma instituição social, uma categoria legal, uma ideologia, um ideal, um conjunto de critérios morais, dentre outros. Há importância teórica em investir na conceituação, mas observando sempre a possibilidade de que o significado varie não só no tempo e espaço, mas também de acordo com o observador. Será, portanto, traçada uma sucinta retrospectiva histórica de perspectiva jurídica, que considera o termo em relação à sua positivação normativa, isto é, quando adquirem o formato de lei.

Jaceguara Passos (2016) destaca que a evolução dos Direitos Humanos advém de lutas entre poderes e contra poderes. O evoluir da sociedade trouxe a necessidade de limitação do poder do Estado, tendo como princípio norteador a igualdade. Comparato (2008) buscou exemplificar como foram criadas e estendidas progressivamente, a todos os povos da Terra, as instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria. O percurso girou sempre em torno da dignidade do homem, definida sucessivamente no campo da religião, da filosofia e da ciência. Destacam-se essencialmente cinco fases. Na primeira a igualdade aparece como valor essencial, com contribuições de doutrinadores como Zaratustra, Confúcio, Pitágoras e Dêutero-Isaías. A segunda, decisiva para o conceito de pessoa humana, aconteceu no início do século VI, ocorrendo no período medieval a elaboração do princípio da igualdade. Na terceira

fase desenvolve-se a ideia de pessoa enquanto sujeito de direitos, com influência Kantiana da dignidade e singularidade como valores absolutos. Na quarta etapa é reconhecida a liberdade de agir individual conforme a preferência valorativa, tendo a ética como referência. Na última fase, com impacto do pensamento existencialista, há destaque para a personalidade individual como elemento único. O processo de reconhecimento da pessoa humana em constante mutação culminou na Declaração de Direitos Humanos de 1948.

Margarida Garcia (2010) elenca fatos históricos relevantes para esta evolução. O contexto inicial foi o de secularização, sistematização, positividade e historicização do Direito. É contemporâneo às noções de Estado de Direito e Democracia. O momento inaugural se deu na Inglaterra do século XII, com a adoção da Magna Carta em 1215. Há reconhecimento das liberdades individuais como oponíveis aos poderes do soberano, com algumas proteções inclusive no âmbito criminal.

A intensificação às garantias individuais ocorre no século XVII, também na Inglaterra. Em 1628 institui-se a Petição de Direitos, a qual inclui proteção contra prisões violentas e execuções. Em 1679 acontece o *Habeas Corpus Act*, reiterando o direito de se precaver contra detenções arbitrárias, e também reconhece os direitos do acusado e do detido. Dez anos depois, a Carta de Direitos de 1689, instituída por Guilherme de Orange, será considerada o contrato que pôs fim ao absolutismo real inglês.

Quase um século depois, a intensidade da referência é transportada para as colônias americanas. Antes da declaração de independência de Thomas Jefferson, que proclamou a igualdade de todos os homens e concedeu-lhes direitos inalienáveis (à vida, liberdade e busca da felicidade), o pontapé inicial foi dado pela Declaração de Direitos da Virgínia em 1776. Pode ser considerado o primeiro texto moderno dos Direitos Humanos. Outros estados seguiram o exemplo, e a transmissão de ideias culminou nas proteções introduzidas na Constituição americana de 1787, através da Declaração de Direitos de 1791. A proteção constitucional abarcou o direito a um julgamento justo em questões criminais, incluído no princípio da proibição de pena cruel e incomum.

A Declaração da Virgínia também influenciou a queda da Bastilha, em julho de 1789. No contexto da Revolução Francesa, a Assembleia Nacional Constituinte

adota a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Além desta influência, cita-se a filosofia do direito natural e de alguns pensadores políticos modernos com Voltaire, Montesquieu e Rousseau. Com este texto, composto de 17 artigos, aparecem as bases de um novo regime dentro do qual é sistematizado um conjunto de valores fundamentais relativos à liberdade, segurança, propriedade e algumas formas de proteção contra a opressão. Estes princípios, aos quais será acrescentada a igualdade, que aparecerá no topo da enumeração, são então considerados como parte dos direitos naturais, sagrados e imprescritíveis do homem. Tal declaração tem a peculiaridade de projetar seus ideais além das fronteiras francesas, com tendência universalista.

Para muitos historiadores, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 representa um ponto culminante da sistematização das ideias modernas sobre os Direitos Humanos. Fala-se em sistematização, com inspiração em Foucault, a partir do momento em que ideias ou conceitos (vida, igualdade, liberdade, dentre outros.), uma vez separados e desconectados, finalmente passam a ser concebidos como pontos de ligação, permitindo que todos reivindiquem a adesão a uma estrutura de discurso de referência generalizada.

Piovesan (2007) acrescenta que o caráter dogmático pleno foi alcançado no período posterior à Segunda Guerra, com a Conferência de São Francisco e o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU). O totalitarismo trouxe a negação do valor da pessoa humana, o que tornou necessária a reconstrução dos Direitos Humanos como paradigma ético que aproximasse o direito da moral. A Carta de Direitos Humanos da ONU foi central na proclamação de princípios e valores a serem compartilhados pela sociedade internacional, e abarcou a Carta de São Francisco, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966.

A Declaração de 1948 é considerada um libelo contra o totalitarismo, positivado num encaminhamento jurídico da comunidade internacional para eleger direitos essenciais e preservar a dignidade do ser humano. Conforme Piovesan (2009), nasce como resposta à barbárie totalitária, às atrocidades e horrores cometidos ao longo da era Hitler. O documento esclarece três grandes questões, quais sejam, quem tem direitos, por que direitos e quais direitos. Há uma extensão

universal, sendo a condição de pessoa o único requisito para a titularidade. O valor da dignidade é intrínseco à condição humana, e não dependente de condições sociais, religiosas, econômicas ou quaisquer outras. Em seus 30 artigos afirma a indivisibilidade dos Direitos Humanos, obtendo a mesma importância tanto os *blue rights* (direitos civis e políticos), quanto os *red rights* (direitos econômicos, sociais e culturais). Há paridade em relação ao eixo liberdade e ao eixo igualdade, numa relação de interdependência e indivisibilidade. Três vertentes dialogam continuamente: o sistema global de proteção; os sistemas regionais na Europa, América e África; e o sistema local e doméstico.

A autora supracitada destaca que a definição contemporânea de Direitos Humanos é um legado da Declaração, e que eles nascem quando devem e podem nascer. Não são a história de uma marcha triunfal ou de uma causa perdida, mas de combate, luta e ações sociais. Há uma dupla vocação: afirmar a dignidade e prevenir o sofrimento humano.

Diante do panorama exposto, apesar do histórico de sistematização de ideias, observa-se ainda uma indeterminação conceitual no tocante aos Direitos Humanos. Em consonância com Garcia (2010), enquanto generalizados e responsáveis por uma tradição pluralista de correntes heterogêneas, se tornaram retórica vazia de conteúdo. Difundiram-se ao ponto de poderem absorver qualquer coisa, inclusive a contradição do seu propósito original: proteção contra o poder. Há, em definitiva, apenas uma linguagem, um discurso vazio de substância.

Compreendem-se os Direitos Humanos, assim, mais como um ideal social do que como uma lei onde aparecem no final do século XX. São concebidos como parte da categoria de conceitos legalmente indeterminados. Associam-se a uma falsa linguagem que mistura filosofia, moralidade, política e lei. Com a legalidade questionada, são relegados por alguns observadores ao status de religião, a "religião dos direitos humanos", ou "mitologia" (GARCIA, 2010, p.88). A expansão da semântica dificulta a conceituação enquanto direitos coerentes. É preciso discutir a imprecisão conceitual para que a referência teórica seja operacionalmente viável. É importante haver uma relação entre a força e o apelo dos Direitos Humanos, por um lado, e sua justificativa fundamentada e uso minucioso, por outro.

A indeterminação na definição faz emergir a necessidade de desenvolvimento de uma teoria adequada. O ângulo de observação altera os limites conceituais. Sem

um ponto de ancoragem específico, podem ser considerados como um significante flutuante, conforme Neves (2005). Isto descreve as características fundamentais do objeto, quais sejam, a natureza abstrata, geral e indeterminada da semântica. Enquanto significante vazio, podem ser representados como um conjunto de elétrons livres que penetram em diferentes universos de sentidos e unem-se a outros valores e ideias. Produzem, então, por meio das afinidades eletivas, tanto efeitos subversivos quanto conservadores, moderados ou repressivos. Essa é a complexidade que caracteriza o objeto e a dificuldade que ele apresenta em termos de observação sociológica.

### **1.2.2 Perspectiva histórico-sociológica**

O movimento de pensar os Direitos Humanos como objeto de investigação sociológica é ainda recente em países europeus e na América do Norte. Dois autores podem ser destacados como centrais neste contexto, quais sejam, Samuel Moyn e Hans Joas, ambos com trabalhos que partem de uma observação de caráter histórico. Moyn faz parte da onda revisionista de estudiosos que têm questionado as origens usualmente apontadas para os Direitos Humanos (POSSAS, 2016b; RORIZ, 2018). Há uma crítica à história tradicional celebrativa, que adota um ponto de vista progressivo e no qual estes direitos são mais “descobertos” do que construídos na própria história. Como entendidos na atualidade, os Direitos Humanos têm origem na década de 1970, e não há linearidade histórica com as declarações das revoluções liberais do século XVIII ou com a Declaração Universal de 1948.

Antes dos anos 1970, esses direitos eram empregados com base nas noções de cidadania e soberania, com autoridade amparada no Estado, não acima ou separada dele. O significado central na década de 1940 continuou compatível com o Estado moderno assim como a antiga tradição dos direitos do homem havia sido. A Declaração Universal de 1948 permaneceu centralizando a estatalidade e nenhum movimento social transnacional se construiu ao redor da ideia. Uma ruptura ocorreu três décadas mais tarde, pois os Direitos Humanos emergem como um vocabulário de transformação social e agência política. O significado diverge do antigo e, só então, é marcado pela novidade. Roriz (2018) ressalta que seriam diferentes a noção nova de “Direitos Humanos” e a antiga de “direitos do homem”. Os primeiros

são associados a esse vocabulário emancipatório não dependente do Estado que emergiu nos anos 70, enquanto os direitos do homem teriam como pressuposto a existência do ente estatal. Os Direitos Humanos significariam, na maioria das vezes, proteção justamente contra o Estado.

A emergência neste momento histórico é associada ao declínio de outros esquemas universalistas como o nacionalismo, o socialismo e o anticolonialismo. Moyn (2014) destaca que os Direitos Humanos surgem a partir destas ruínas como uma nova alternativa moral persuasiva, a “última utopia”, após outras terem falhado. Houve uma interdependência entre utopia e realidade, de modo que a esperança encarnada em normas e movimentos humanistas, germinada na última metade do século XX, surgiu a partir de uma avaliação realista do tipo de utopia capaz de fazer a diferença. Talvez a tentativa de acordo tenha sido um erro, já que uma melhor utopia surgiria da recusa em respeitar a realidade ao se conformar com ela. O autor critica, na verdade, a conformação excessiva com a realidade. Os Direitos Humanos se mostraram tão minimalistas nas propostas de mudança do mundo, que foram neutralizados e até usados como justificativas contrárias aos seus interesses, como nas guerras.

A partir desta perspectiva, a história tradicionalmente apontada aos Direitos Humanos apresentaria contradições nas tentativas de atribuição do conceito, seja aos gregos, aos judeus ou aos revolucionários franceses. Como explicitado, houve um movimento de “direitos do homem” antes do relacionado aos “Direitos Humanos”, chamado de nacionalismo, com associação a um espaço de proteção no Estado-nação. Embora houvesse uma crítica à soberania nacional no período da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não se deve demandar atenção exagerada a este período, já que não ocorreu um apelo direto aos “Direitos Humanos”. A ideologia vitoriosa da Segunda Guerra levou a um assistencialismo nacional, uma tentativa de atualização da cidadania do século XIX para incluir proteção social, obrigação cumprida nos termos da nação. Nessa época ocorreu a expansão e globalização do Estado-nação. Havia uma noção de novos direitos a serem oferecidos pelos Estados aos seus cidadãos, por isso a Declaração era tida como ideal comum a ser atingido por todos os povos.

Seria então um equívoco considerar Direitos Humanos como dádivas divinas, um advento natural ou legado de um contínuo discernimento moral pós Segunda

Guerra. Sobretudo para os ocidentais, esses direitos foram cristalizados depois de alternativas como o socialismo falharem. O idealismo nasce, assim, da decepção e não do horror ou da esperança. Entretanto, até mesmo as crenças mais arraigadas estão em disputa. Neste sentido, o autor avança da crítica às origens históricas usualmente atribuídas aos Direitos Humanos, para uma proposição prática (e política) voltada ao futuro de tais direitos.

Na história moderna, muitos programas para melhoria do mundo ganhavam destaque quando politicamente controversos, como por exemplo na tentativa de derrubar o *status quo*. A conquista do Estado-nação demandava o desaparecimento de reis e aristocratas, assim como o movimento dos direitos do homem exigia o fim do Império. Na década de 1940 os Direitos Humanos não ganharam destaque porque ofereciam apenas uma ficção de consenso moral, a qual não coadunava com a necessidade de escolha política. Já a partir de 1970, a moralidade destes direitos começou a fazer mais sentido. O autor chama atenção para o fato de que esse período pode terminar, fazendo emergir novamente a necessidade de políticas contestatórias. Se por um lado as agendas políticas recorrem a normas morais transcendentais, por outro a política programática não se limita a tais recursos. Por este motivo, e diante de um espaço global de poder político, há a necessidade de iniciativas mais abertamente partidárias nos assuntos internacionais dos Direitos Humanos, para além da mobilização dos princípios morais. Da maneira que são apresentados, genericamente, não intervêm na política de poder e têm pouca diferença prática, como um “ornamento em um mundo trágico que eles não transformam. Por não serem realistas o suficiente, eles acabam por acomodar demais a realidade. É necessária a formulação de um melhor acordo entre utopia e realismo” (MOYN, 2014, p. 61). Se os Direitos Humanos se tornaram proeminentes por oferecerem uma alternativa para contestar e lutar, devem então proporcionar uma utopia mais realista e politizada diante das que falharam, sob pena de outra coisa os substituir.

Hans Joas (2012) comunga da reflexão sobre a história tradicional dos Direitos Humanos como um discurso idealizado, mas aponta outros motivos e momentos como centrais nesse debate. Propõe, então, uma sociologia histórica que repensa duas narrativas habituais: a que defende as origens humanistas seculares, baseadas no espírito da Revolução Francesa, e a que associa diretamente os

Direitos Humanos à tradição cristã. O autor destaca uma terceira narrativa, a qual reúne elementos seculares e religiosos com fio condutor na ideia de “sacralização” do ser humano individual.

Em conformidade com Andrade (2017), os processos sociais e os valores que possibilitaram a emergência dos Direitos Humanos são reinterpretados por Joas, favorecendo o reconhecimento de legitimidade e universalidade. A reconstrução histórica dos processos que culminaram na noção de sacralização pessoal, juntamente com uma nova interpretação dos âmbitos religiosos e morais, possibilitou o entendimento da ideia de pessoa universal presente na Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

A adesão a valores não é atribuída à razão ou a um plano institucional, mas sim à dimensão afetiva relacionada. A Revolução Francesa, por exemplo, teve valores religiosos próprios. A americana de 1776, por sua vez, possibilitou o reconhecimento da dimensão pessoal sagrada. Ambos os processos possibilitaram a carismatização da pessoa, não mais da razão. Os efeitos deste processo foram uma progressiva rejeição do século XVIII, com negação da punição e reconhecimento da sacralidade. O abandono gradativo da tortura seria assim possível pelo reconhecimento de importância da vida humana. Segundo o autor, as experiências coletivas frutos de traumas sociais possibilitam uma sensibilidade quanto à dimensão universalista do humano enquanto gênero.

A dimensão religiosa foi importante no processo de universalidade dos Direitos Humanos, pois garantiram um valor sagrado da pessoa, por exemplo, no reconhecimento da alma e da vida como um dom. Dois elementos tornam-se importantes neste processo, quais sejam, a certeza subjetiva e a intensificação afetiva, de modo a considerar a dimensão afetiva da análise sociológica.

A genealogia afirmativa proposta, parte de uma sociologia que reconheça as pretensões universalistas da sacralização da pessoa, com aporte analítico na dimensão histórica e interpretação dos fenômenos sociais no campo afetivo e religioso, não mais da racionalidade. A partir de experiências é possível surgir um vínculo afetivo com valores de universalismo moral, onde o cerne sagrado não é adquirido por realizações próprias, mas tampouco pode ser perdido.

O reconhecimento dessa dimensão moral universal de respeito ao humano é construída por conflitos e obstáculos. Estes, então, podem ser superados em três

termos. No campo das práticas, sensibilização para injustiças; no âmbito dos valores, fundamentação argumentativa; no plano das instituições, codificações nacionais e globais. Assim, o reconhecimento da dimensão sacra da pessoa como fruto de desdobramentos históricos e sociais, é permeado de conflitos que demandam dimensões afetivas, de valores e institucionais.

### **1.2.3 Contribuições da sociologia**

Estudiosos como Madsen e Verschraegen (2013) têm reconhecido esse esforço recente para contar uma nova história dos Direitos Humanos, e buscam refletir sobre como uma perspectiva sociológica pode contribuir para uma compreensão atualizada destes direitos. Para os autores, a sociedade contemporânea está atribuindo uma nova importância aos Direitos Humanos, embora sociólogos tenham permanecido relutantes em desenvolver pesquisas sobre o tema. De fato, ao contrário de campos como Direito, Ciência Política, Antropologia e História, os quais desenvolveram subcampos distintos de pesquisa, a sociologia dos Direitos Humanos apenas recentemente começou a emergir. Isso é ainda mais notável à luz do fato de que há um crescente compromisso global de proteção humanista, uma questão social importante no período do pós-Segunda Guerra Mundial.

Um fator responsável pelo desenvolvimento tardio é a própria tradição da sociologia. A herança de sociólogos clássicos como Max Weber, que enfatizou o declínio da lei natural e o surgimento concomitante do racionalismo jurídico, bem como Karl Marx, que considerava os direitos individuais como mera ideologia, há muito impedem o desenvolvimento de uma sociologia específica. A ideia de ter direitos simplesmente por ser humano é amplamente percebida como uma abstração filosófica ou ideológica. Durkheim, Marx e Weber eram céticos sobre a possibilidade e necessidade de uma base universalista e normativa para os direitos humanistas e, em vez disso, enfatizaram os papéis da lei e da moralidade em relação ao desenvolvimento de estruturas sociais particulares. A abordagem historicizadora muitas vezes os levou a criticar fundamentalmente as reivindicações universalistas. Além disso, eles criticaram o individualismo liberal associado. Embora os direitos sejam amplamente vistos como pré-sociais, individuais e liberais

(servindo principalmente como proteção contra o poder coercitivo do Estado), Marx e Durkheim consideraram que os direitos estão na sociedade ou no Estado, e não no próprio indivíduo. Consequentemente, eles acreditavam que qualquer discussão sobre Direitos Humanos deveria estar firmemente ligada à capacidade do Estado e da sociedade em geral de garantir o gozo desses direitos.

No período pós-guerra, a sociologia da cidadania de várias maneiras funcionou como uma espécie de substituto da sociologia dos Direitos Humanos. A cidadania, definida como participação nas instituições cívicas, políticas e de bem-estar da sociedade moderna, forneceu uma concepção sociológica teoricamente mais viável e empiricamente tangível à ideia abstrata e universalista dos Direitos Humanos. Está ligado ao Estado moderno como provedor de direitos e liberdades particularistas, dependentes do estado e territorialmente limitados.

Apesar desses “obstáculos epistemológicos” (BACHELARD *apud* MADSEN e VERSCHRAEGEN, 2013, p.02), o interesse aumentou nas duas últimas décadas. O trabalho inicial e influente de sociólogos como Bryan Turner (1993, 2006), Johan Galtung (1994) e Anthony Woodiwiss (2005) tem sido acompanhado por uma ampla gama de pesquisas sociológicas sobre o tema. Com esse interesse crescente, o objeto de investigação em foco também se expandiu, trazendo diferentes preocupações, métodos e perspectivas. No Brasil, Possas (2016b) cita alguns trabalhos empíricos que se enquadram nessa nova abordagem, sem a autotransclassificação como estudos de “sociologia dos direitos humanos”: Helena Singer (2003), Jussara Freire (2013), Rossana Reis (2012), Ricoldi (2012), dentre outros. O destaque desses trabalhos é que a pergunta que norteia a observação não é se determinados problemas são ou não violações, mas “como os Direitos Humanos são empiricamente mobilizados pelos atores em determinado contexto?”.

Madsen e Verschraegen (2013) seguem questionando a maneira como a sociologia pode contribuir para o estudo dos Direitos Humanos. Destacam que o surgimento anda de mãos dadas com a construção do Estado e da sociedade modernos. Essa discussão leva a mapear o que pode ser visto como uma abordagem mais institucional dos direitos, ao mesmo tempo em que mostra como essa leitura sociológica vai além de uma perspectiva jurídico-positivista. Revisa como os Direitos Humanos, nas últimas quatro décadas, se estenderam além da estrutura delineada de Estado-nação e de que maneira a sociologia pode

desenvolver um sociologia dos Direitos Humanos internacionais ao lado de uma sociologia da cidadania.

Enquanto invenção da modernidade, os Direitos Humanos derivam da qualidade universal sempre associada. É possível apontar afinidades ou precedentes, mas o conceito atual de direitos inalienáveis a todos os seres humanos com base em sua humanidade é uma invenção particular moderna, através de uma ruptura radical de sociedades hierárquicas e não igualitárias do passado. Muitas sociedades não consideravam direitos básicos, ocorrendo frequentes atos como canibalismo, infanticídio, dentre outros. A valorização compartilhada de uma ideia surge apenas quando um contexto sociológico específico e uma configuração de contingências históricas específicas coexistem.

A associação com reivindicações universais e fundamentais sobre a humanidade leva a interpretações presumindo que os Direitos Humanos possam existir sem pré-condições sociais ou mesmo fora do âmbito da sociedade. No entanto, do ponto de vista sociológico, não podem ser tratados como um universal antropológico ou histórico, mas sim como uma conquista social e histórica que requer formulação sociológica. Esta não visa justificação ou crítica, mas a reconstrução das condições sociais de plausibilidade. Em outras palavras, busca tornar os direitos humanos inteligíveis.

Com o advento da modernidade, a centralização do poder pelo Estado (soberano e burocrático) e o aumento do mercado (capitalista) comprometeram a ordem social das comunidades locais tradicionais. Ainda em conformidade com os autores, esses desenvolvimentos transformaram radicalmente os sistemas habituais de apoio e obrigação mútuos (por exemplo, o apoio à família ampliada) e, portanto, deixaram um grande número de unidades familiares e indivíduos segmentados para enfrentar uma gama crescente de ameaças econômicas e políticas. Ao mesmo tempo, o crescimento da mobilidade social e geográfica, a alfabetização e a educação em massa criaram mais opções para a escolha individual. Sociologicamente falando, o conceito de direitos individuais e inalienáveis surgiu como uma resposta a essas novas ameaças e possibilidades. Os direitos fundamentais forneceram as ferramentas conceituais e institucionais para ajudar a proteger os indivíduos dos poderes cada vez mais invasivos do Estado e do mercado. Isto garantia acesso livre e igual a instituições sociais modernas, como

educação, saúde e mercados de trabalho, os quais forneciam meios (materiais e simbólicos) para construir seus projetos de vida. Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser considerados dispositivos institucionais para sustentar a proteção não apenas do indivíduo, mas também da ordem social das sociedades modernas.

#### **1.2.4 Perspectiva sociológica de Luhmann**

Essa conexão dos Direitos Humanos com as estruturas da sociedade moderna foi destacada por Niklas Luhmann (GARCIA, 2010; MADSEN E VERSCHRAEGEN, 2013; RODRIGUES, 2017; VERSCHRAEGEN, 2002), ao argumentar que os Direitos Humanos servem como uma instituição social para sustentar e proteger a estrutura funcionalmente diferenciada da sociedade moderna e proteger a inclusão do indivíduo. É um dos poucos sociólogos que abordaram a questão de saber por que os Direitos Humanos detêm uma posição tão essencial na sociedade contemporânea. No centro da análise estão algumas questões como a evolução semântica e a função social, desde o nascimento da modernidade. A concepção sociológica luhmanniana introduz uma ruptura com as concepções clássicas.

Esta construção teórica embasa, neste trabalho, o estudo das próximas perspectivas dos Direitos Humanos e também da Racionalidade Penal Moderna, que será mobilizada na segunda etapa da pesquisa empírica. Por este motivo será feito um breve esboço de conceitos centrais como sistema, autopoiesis, sentido e comunicação, a partir da obra do próprio Luhmann (2016) e de Rodrigues e Neves (2017). Ao final destas considerações serão expostas algumas possibilidades empíricas orientadas por esta teoria e será feita uma reformulação mais precisa da pergunta norteadora da presente pesquisa.

A teoria dos sistemas prepara o terreno para uma teoria sociológica dos Direitos Humanos, e aborda processos históricos que ilustram porque estes direitos emergem como uma característica central da sociedade moderna. Tal teoria, em suma, parte da necessidade de entender a crescente complexidade que o sistema social global vem desenvolvendo. A sociedade, entendida como um sistema complexo, fechado sobre si mesmo em seu operar, expande-se em direção ao seu

próprio interior num processo inflacionário contínuo. A complexidade da sociedade é lida como proveniente da sua necessária diferenciação em subsistemas funcionais, os quais se auto-organizam e coabitam a mesma unidade, o sistema-mundo, num processo evolutivo inexorável e arriscado. Esta inflação evolutiva opera na relação paradoxal entre sistema e entorno, reduzindo a complexidade mediante complexidade, como será explicitado. A teoria apresenta grande abstração, pois ao utilizar o conceito de “autopoiésis”, concebe a sociedade como um sistema vivo que se automantém, se autorregula e se auto-observa, com o substrato da comunicação.

Diferente da tradição teórico-sistêmica desenvolvida nas ciências sociais no século XX, com autores como Pareto, Sorokim e Parsons; a abordagem luhmanniana concebe os sistemas (orgânicos, psíquicos e sociais) como autorreferentes. Isto significa que apresentam a capacidade de estabelecer relações consigo mesmos e diferenciar tais relações frente às de seu entorno. Estas unidades existem concretamente, não apenas como categoria analítica, destacam Rodrigues e Neves (2017).

Como conceito, teoria e fundamento epistemológico, o sistema tem sido empregado como instrumento cognitivo de síntese em contraposição às práticas científicas analíticas. Isto significa que a noção busca descrever, representar, conhecer algo como unidade e não partes dela. Por este motivo, existe na teoria luhmanniana uma referência constante às totalidades. Tanto unidade quanto totalidade remetem à ideia da autonomia. Esta pode ser vista como um conjunto de operações sistêmicas que se dobram sobre si mesmas, no sentido de que as etapas dessa operação adotam uma circularidade que se autorretroalimenta. Embora o termo sistema tenha indicado um conjunto de elementos organizados e relacionados consigo mesmos, pouco foi empregado para designar uma unidade (ou totalidade) que se diferenciou de tudo o mais que a circundava. Luhmann refere-se ao sistema como unidade integrada, consequência do fato de que nenhum sistema pode operar fora dos seus limites. São estes limites que desenham o sistema como unidade e tudo mais se torna entorno. Os sistemas orgânicos são, assim, fechados, autorreferenciados e autopoiéticos. Fechado não por serem isolados ou incomunicáveis, mas porque seus elementos interagem uns com os outros e somente entre si. Neste sentido o fechamento é apenas operacional, já que operam

a partir de suas próprias estruturas e apenas dentro delas. A clausura na verdade é condição de abertura do sistema.

Os sistemas passam, assim, a ser considerados autorreferenciais, ou seja, têm bases operativas próprias, por autocontato. Apresentam a “capacidade de produzir relações consigo mesmos e de diferenciar essas relações perante as do seu ambiente” (LUHMANN, 2016, p. 30). A autopoiesis, por sua vez, indica que se reproduzem através dessas mesmas bases. O conceito de autopoiesis, então, refere-se a um tipo particular de autorreferência, uma propriedade que os sistemas autorreferidos têm de, a partir de seus próprios elementos, produzir a si próprios como unidades diferenciadas. Nesse processo de autoprodução, a capacidade que tais sistemas têm de se autorrepararem, autorreestruturarem, autotransformarem, autoadaptarem, é o que os caracterizam como autopoieticos.

A relação sistema/entorno pressupõe e está pressuposta na autorreferência, já que a diferença é premissa para toda operação autorreferencial. Conforme Luhmann, “a diferença entre sistema e ambiente deve servir de ponto de partida para toda análise sistêmica-teórica” (2016, p. 33). Os limites do entorno se constituem como horizontes abertos. Tudo o que não for o sistema observado será considerado entorno, mesmo os diferentes tipos de sistemas que coexistem numa mesma dimensão espaço temporal, como os sistemas psíquicos, por exemplo. O sistema deve se diferenciar de um entorno e referir-se a si mesmo, para que seus processos constituintes adquiram identidade frente à diversidade. Assim, opera no próprio limite de operação. O fechamento é a condição da abertura ao ambiente, pois só é possível estar atento e responder à causalidade externa por meio das operações desenvolvidas no seu interior. Limites, então, têm a dupla função de separação e ligação entre sistema e ambiente.

Prosseguindo nos conceitos da Teoria dos Sistemas, Rodrigues e Neves (2017) indicam que “sentido” pode ser entendido como o meio mais geral para toda constituição de formas utilizadas pelos sistemas psíquicos e sociais. Determina o horizonte de operação dos sistemas sociais, através de uma linha fronteira entre sentido/não sentido ou compreendido/não compreendido. A indicação pressupõe também sua negação, pois todo sentido indicado traz consigo o outro lado da sua forma: verdadeiro/não verdadeiro; bom/mau, dentre outras.

É o sentido que produz o limite entre sistema e entorno e estabelece o seu horizonte operativo. Ao operar por meio dele, o sistema social reduz a complexidade do entorno e sua própria complexidade. Ao traçar essa diferença, entre o que faz sentido (pra ele) daquilo que não faz, o sistema atualiza os elementos que o compõem, excluindo tudo o mais para seu entorno. A própria complexidade interna é aumentada, de forma que o sentido global é reintroduzido em formas de subsistemas, que adquirem autonomia relativa em relação ao sistema do qual se diferenciou. Um exemplo é o da fragmentação disciplinar ou metodológica dentro da ciência. Toda diferenciação implica necessariamente redução de complexidade. O sentido é uma aquisição evolucionária dos sistemas psíquicos e sociais. Nas palavras de Luhmann:

Sistemas sociais e psíquicos surgiram por coevolução. Um deles é respectivamente o ambiente necessário do outro. A razão dessa necessidade consiste na evolução que torna esses tipos de sistemas possíveis. Pessoas não podem surgir e existir sem sistemas sociais, e vice-versa. A coevolução conduziu a uma aquisição conjunta que é usada tanto por sistemas psíquicos quanto por sistemas sociais. Ambos os tipos de sistemas dependem dela e, para ambos, ela é obrigatória como forma imprescindível e imperiosa de suas complexidades e autorreferências. Designamos essa aquisição evolucionária de 'sentido' (2016, p. 80).

Sentido é a verdadeira 'substância' desse nível emergente de evolução. Por isto é incorreto (ou, mais suavemente: é um antropocentrismo escolhido incorretamente), quando se atribui à ancoragem psíquica, quer dizer, à ancoragem da consciência, um tipo de prioridade ontológica em relação ao social. É totalmente equivocado procurar um 'portador' para o sentido. O sentido carrega a si mesmo, pois possibilita autorreferencialmente sua própria reprodução. E somente as formas dessa reprodução diferenciam estruturas psíquicas e sociais (2016, p. 121).

O elemento básico, reproduzido na autopoiesis, é o processo de comunicação. Este é o *unit act* dos sistemas, já que a partir dele se diferenciam, complexificam, estruturam e autorreferenciam. Trata-se do único processo genuinamente social, porque pressupõe grande número de sistemas de consciência e não pode ser atribuído a somente um deles. Os seres humanos são entornos para a comunicação, que a síntese de três seleções: emissão (ato de comunicar), informação e compreensão. Não é o ser humano quem comunica, mas o sistema

social, e o processo é de atualização constante com envolvimento de um grande número de pessoas.

Este processo é definido como altamente improvável, diante de três grandes obstáculos. A primeira improbabilidade é alguém compreender o que o outro quer dizer. A segunda é a possibilidade de atingir sujeitos endereçados, distantes das situações contextuais. A última é o sucesso, a obtenção do resultado esperado. São “limiares do desencorajamento”, conforme Luhmann (2016, p.183), porque a comunicação é abandonada por quem não encontra nela perspectiva. Todas devem ser transformadas em probabilidades comunicativas, e tal transformação regula a formação dos sistemas sociais. Os mecanismos de superação são chamados de “meios” (*medien*): “aquelas conquistas que se estabelecem naqueles pontos de ruptura da comunicação e, de modo funcionalmente adequado, servem para transformar o improvável em provável” (2016, p. 184). Para o primeiro obstáculo há a linguagem, com uso de signos; para o segundo, a tecnologia (meios de difusão); para os últimos, os meios de comunicação simbolicamente generalizados. São conquistas evolucionárias. Estes últimos surgem quando a técnica de difusão faz a informação internacionalmente criada circular para locais e tempos distantes do momento da sua produção. A diferenciação da sociedade em sistemas sociais distintos convergiu com a égide de tais meios, assim como a emergência dos Direitos Humanos, conforme será visto.

A existência e a reprodução sistemáticas ocorrem com sistemas de comunicação, enquanto os psíquicos reproduzem os pensamentos. Ambos os lados operam autopoieticamente: comunicação para os sistemas sociais e pensamentos para as consciências. Por serem fechados operacionalmente não intervêm diretamente um no outro. Apesar disto, encontram-se em estado de interpenetração e possibilitam-se mutuamente. O conceito de interpenetração pressupõe a coevolução entre sistemas psíquicos e sociais. Não existe comunicação sem consciência e nem desenvolvimento de consciência sem comunicação. Entretanto, nem tudo o que se comunica é recebido pela consciência, que estabelece de forma autônoma o que representa para ela uma informação. Desta forma, o entorno comunicativo é sempre filtrado. E como o entorno é sempre mais complexo que o sistema, consciência e comunicação jamais irão se equivaler.

Em consonância com Rodrigues e Neves (2017), são processos definidores dos sistemas sociais: diferença sistema/entorno, fechamento operacional e autorreferência. Envolvem seleção, pois a estrutura sistemática não é capaz de responder a todas as perturbações do entorno, muito mais complexo que o sistema. É operativamente cego ao reproduzir-se num ambiente desconhecido. Tanto o sistema social quanto o psíquico operam autopoieticamente, separados. Os seres humanos são o entorno psíquico dos sistemas sociais. Ambos operam por meio do sentido, o qual é inerente à linguagem. Operam por meio de seleções, gerando a forma, seletivamente estruturada, que o sistema irá alcançar no momento da atualização. Assim, o sentido é o limite de todas as atualizações possíveis, determinando o horizonte de possibilidade de atuação sistêmica em relação ao entorno. Atualização é a transformação do improvável. Os sistemas criam vários mecanismos para a probabilidade de comunicação, que são evolutivos como os meios de comunicação simbolicamente generalizados. Tais meios podem ser o poder, a verdade, a fé, dentre outros. Têm a função de assegurar expectativas diante da contingência da seleção e afirmam a identidade sistêmica frente a outras possibilidades estruturais. Isso gera certa estabilidade dinâmica e garante plasticidade e rigidez. Estruturar, neste caso, não significa resolver, pois o sistema social é uma contingência estruturada, mas não resolvida.

Há uma tendência probabilística, não necessária, de uma inércia operacional nos sistemas sociais, de autoconservação. Os processos internos reproduzem o sentido em comunicações autoconstruídas, que constroem tanto sistema quanto entorno. Essa dinâmica é evolutiva, apesar da inércia processual. Por esse motivo a sociedade é considerada como um sistema evolutivo, em contínuo processo de autotransformação. A expectativa sistêmica liga-se aos conceitos de estrutura, comunicação e ação. As estruturas de expectativa ordenam a partir da desordem (informações não estruturadas) as ações requeridas em determinadas situações. O tempo é um tema importante na teoria, pois as estruturas têm existência para além do tempo imediato, ainda que a ação já tenha cessado. Fala-se em mudança em alusão à decepção de expectativa que confronta o sistema com sua diferenciação estrutural entre segurança/insegurança. O mais importante é saber se diante da decepção o sistema estaria disposto a aprender ou não, mudar ou não as expectativas. Se ele apresenta possibilidades à aprendizagem, fala-se em

expectativas estilizadas como cognições; se estaria disposto a manter ainda que se depare com decepções, fala-se em expectativas estilizadas como normas. Estas últimas se mantêm ainda que a experiência empírica não corresponda à expectativa. Por exemplo: o fato de que uma lei ser descumprida não anula a expectativa de que ela venha a ser cumprida numa situação semelhante. Já as expectativas cognitivas podem ser abandonadas, já que depois de frustrada não necessariamente espera o mesmo desfecho numa situação semelhante.

Mudanças nos acontecimentos e nas ações não mudam necessariamente o sistema. O ponto de partida deve ser o nível da reprodução autopoietica do sistema, sua tendência à autoconservação. Tal tendência será confrontada com seleções de possibilidades de agir em: conformidade, divergência ou indiferença; ambas relacionadas à estrutura de expectativa do sistema. Estas possibilidades estão impressas nas condições de autopoiesis e definirão as possibilidades de perturbação e transformação das estruturas. Independentemente do que se consolide, é necessária a continuidade da ação até ganhar valor de estrutura, aparecendo então como expectativa e não mero acontecimento. Desta forma, a mudança social aparece como movida pelas possibilidades do próprio sistema, no momento da seleção, como confirmação ou negação de estrutura.

A noção de evolução, em Luhmann (2016), será utilizada no estudo da Racionalidade Penal Moderna, e não pressupõe hierarquias ou maniqueísmos do tipo bom/mau, renunciando também a uma descrição temporal em termos de pré/pós. Ele parte de elementos conceituais diferentes e de maior abstração, como variação, seleção e reestabilização. A variação corresponde à modificação nos elementos, uma comunicação inesperada, um desvio com respeito ao passado. A seleção, por sua vez, elege, entre os elementos variantes, os que apresentam valor de construção de estrutura. O que é selecionado se apresenta como expectativa. Por fim, a reestabilização ocorre quando a variação selecionada apresenta duração, e, como elemento do sistema, contribui para sua reprodução.

O processo de redução de complexidade, ao formar estruturas de expectativas por meio de seleções caso a caso, direciona o sistema para sua autorreprodução (RODRIGUES e NEVES, 2017). A seleção tem como base as expectativas selecionadas anteriormente, gerando um sistema de fluidez de elementos que são estruturados pela autopoiesis sistêmica. Com isso, o sistema

apresenta uma unidade macroestrutural que aparece como função no nível de sua reprodução total. No âmbito subsistêmico, a estrutura funcional está desdobrada em distintos níveis e a unidade e identidade em torno de uma função específica permanece. Tal âmbito reproduz a função macroestrutural, como se fossem bonecas russas. É o exemplo dos diversos códigos jurídicos que reproduzem o legal/ilegal. Assim, diferenciações reproduzem o código estrutural, pois de outra forma não pertenceriam ao sistema que as especificam.

Os códigos estruturais são diferenciações no interior da sociedade e reproduzem funções específicas, as quais contribuem para sua evolução. Os sistemas funcionais são sistemas sociais autopoieticos diferenciados no interior do sistema social total, a sociedade. Como exemplo é possível citar a economia, ciência, direito, política, religião. O processo chave para compreensão é a diferenciação funcional. A partir de si mesmo um sistema de diferencia produzindo subsistemas parciais, os quais são entornos internos em relação ao principal. Também configuram-se como entornos uns para os outros, e a estrutura de relações entre eles define a estrutura da sociedade.

O aumento da complexidade sistêmica é o elemento promotor da diferenciação do sistema global da sociedade. Este evoluiu com quatro formas de diferenciação singulares, quais sejam, segmentada, centro-periferia, estratificada e funcional. A primeira refere-se à igualdade dos subsistemas que se distinguem por descendência ou residência, não havendo grande complexidade. Na segunda há desigualdade devido ao centro que organiza os fluxos de comunicação e tende ao isolamento. A terceira funda hierarquias entre nobreza e povo. Por fim, na última diferenciação, há uma sociedade complexa, devido à falta de um critério estrutural único que defina o sistema. Cada sistema de funções desenvolve mecanismos reprodutivos próprios e se diferencia pela função reproduzida num código binário específico. Não há ponto de vista privilegiado, cada observação diz respeito somente ao sistema e fora dos seus limites atuam apenas como perturbação para os demais.

Ainda em conformidade com os autores, é possível dizer que existem relações do tipo sistema-sistema, sempre preservando o fechamento operacional e a autopoiesis. Combinam-se os conceitos de irritação externa e seleção interna, de modo que a relação entre sistemas determinados por sua própria estrutura é

chamada de acoplamento estrutural. Isto não significa uma determinação externa, mas irritações recíprocas que podem ser selecionadas, autorreferencialmente, como elementos inovadores nos próprios processos. O acoplamento ocorre como evento momentâneo, mas que pode fixar-se como informação no interior do sistema acoplado. Como exemplos, é possível citar os impostos (acoplamento entre política e economia), constituição (direito e política), universidade (ciência e educação). Há também a noção de interpenetração, tipo de acoplamento estrutural no qual um sistema não pode existir sem o outro. Dá-se entre consciência e cérebro, bem como entre sistemas psíquicos e sociais. Todo sistema parcial pode observar outros sistemas parciais, o que é chamado de contribuição. No sistema político, por exemplo, existem leis para a economia, no sistema econômico se subsidia a investigação científica, no sistema educativo se forma para o trabalho. Este estado de relações envolve fechamento operacional com abertura ambiental. O sistema se fecha pela manutenção de seu processo funcional ao mesmo tempo em que, com base nele, observa e aproveita o entorno em suas operações. Pelo contato coevolutivo com o entorno, segue uma direção tolerada pelo ambiente. Tal direção se liga às perturbações externas incorporadas via acoplamento estrutural, reafirmando que a perturbação é uma construção própria do sistema e apenas desta forma pode ser absorvida pela rede de comunicações autopoieticas que são dotadas de sentido no próprio sistema, sempre envolvendo seleção.

### **1.2.5 Direitos Humanos como instituição social**

Como foi visto, a teoria dos sistemas sociais buscou compreender a organização da sociedade contemporânea em sistemas fechados, autorreferenciados e autopoieticos. Isso significa então que eles têm bases operativas próprias, diferenciando-se em limites também próprios. Produzem a si mesmos enquanto unidade sistêmica. O fechamento é a condição da abertura ao ambiente: o sistema só é capaz de estar atento e responder à causalidade externa através das operações que ele próprio desenvolveu. Tudo que não diz respeito ao sistema é considerado entorno, distinguindo-se dos demais, inclusive dos seres humanos (entorno psíquico). A base da reprodução é o processo de comunicação. Este envolve vários sistemas psíquicos, sendo próprio do sistema e não do indivíduo

isoladamente. A partir disto, o sentido dá forma ao sistema, numa relação binária que limita e define o entorno. De forma simplificada, é possível afirmar que tudo o que faz sentido é elemento do sistema, enquanto o que não faz é considerado entorno.

As funções são diferenciadas na forma de subsistemas como direito, economia, religião e política. Cada um, ao atingir um nível elevado de complexidade, diferencia-se para redução desta. Trata-se do processo de diferenciação funcional, no qual um sistema se autorreproduz em subsistemas parciais que se transformam em entorno. A estrutura de relações entre eles define a própria forma como a sociedade organiza suas comunicações. Observa-se não mais a relação sistema-entorno, mas sistema-sistema. Desta forma, o aumento da complexidade sistêmica é o elemento que promove a diferenciação da sociedade.

Essa construção apresenta os Direitos Humanos não como uma questão ética, ligada à necessidade de encontrar princípios fundamentais, nem como uma demanda de consolidação e implementação, segundo Margarida Garcia (2010). Para a autora, Luhmann tenta, teoricamente, captar a noção adotando um ponto de vista sociológico, a partir da estrutura social em que estão incorporados e nas possibilidades descritivas. Tais direitos não são, assim, considerados de maneira ética ou legal, mas vistos como uma instituição social com uma função específica. Para esta compreensão é preciso levar em conta o posicionamento social do indivíduo e a transição de uma sociedade estratificada/segmentada para uma sociedade funcionalmente diferenciada. O conceito de diferenciação funcional está no centro da análise.

O surgimento dos Direitos Humanos internacionais pode ser visto como uma resposta à diferenciação funcional da sociedade mundial moderna. Desta forma, compreendem-se como processos históricos complementares a diferenciação funcional e a emergência destes direitos. Em sociedades pré-modernas, estratificadas ou segmentadas, a posição social é determinada pelo pertencimento a um dado grupo social. É, portanto, fixa e absoluta. O indivíduo pode ser totalmente incluído ou totalmente excluído. A interação social em uma sociedade diferenciada em termos de grupos (e não de funções e comunicações) é governada por direitos coletivos, particularizados de acordo com o grupo de membros. O indivíduo, confuso

no que tange ao local de pertencimento, não tem reconhecido nenhum direito subjetivo.

Dentro de sociedades segmentadas, como as hierárquicas, a lei objetiva é suficiente para regular a interação social e os referidos direitos subjetivos não são necessários. O indivíduo é incorporado de forma abrangente em contextos sociais. A relação entre sociedade e pessoa é determinada por sua inclusão total: individualidade e posição social são idênticas. O homem é definido em todas as esferas da vida por seu posicionamento invariável. Já a sociedade moderna, ao tornar-se mais complexa e funcionalmente diferenciada, não tem mais posições superiores, centrais ou privilegiadas. Neste diapasão, os Direitos Humanos garantem a proteção das esferas individuais, pois a transição para a diferenciação funcional torna a posição do indivíduo frágil, ainda conforme a autora supramencionada.

Num contexto funcionalmente diferenciado não são mais grupos de pessoas que se diferenciam, mas tipos de comunicação. Assim, a sociedade compreende todas as comunicações possíveis, o que resulta em extrema complexidade, a qual vai além da capacidade limitada do homem assimilar as experiências. A redução da complexidade contemporânea, particularmente no que diz respeito às possibilidades comunicativas, ocorre paradoxal e simultaneamente (em termos de organização social) a uma complexificação interna. Esta toma a forma de uma diferenciação do sistema global (sociedade), onde vários subsistemas sociais emergem, instituindo suas próprias possibilidades comunicacionais, favorecendo, assim, dentro das próprias fronteiras, uma redução da complexidade total. Esta última, em termos de conteúdo, avança para uma complexidade organizacional em termos de forma. Nessa perspectiva, a complexidade não é concebida como um problema em si, mas como uma forma de gerenciar a própria complexidade.

Cada subsistema que surge nesse contexto (político, legal, econômico, religioso) cumpre sua própria função e, portanto, se diferencia funcionalmente dos demais. De acordo com as orientações dadas por sua função específica, cada sistema opera uma redução especializada da complexidade em relação às possibilidades comunicacionais. Função é o que delimita um domínio específico da complexidade total do mundo e permite operar nele uma redução de possibilidades.

Neste sentido, a gênese dos sistemas nada mais é do que a especialização funcional em vista de redução da complexidade.

Os indivíduos, como meios de comunicação, participam da reprodução desses diversos sistemas sociais. A depender da codificação e do significado da comunicação em que as pessoas participam, elas às vezes serão incluídas, às vezes excluídas da dinâmica de reprodução sistêmica. A participação é garantida colocando-se num universo de significado particular, tomando emprestados os canais de comunicação de um dado sistema. Como exemplo, é possível citar o sistema político de uma sociedade funcionalmente diferenciada, que impõe os critérios inclusivos através dos meios de comunicação propriamente políticos. Estes não incluem o indivíduo que utiliza os meios do sistema religioso. Os próprios sistemas estabelecem seus critérios de inclusão e exclusão ao definir seus registros de comunicação. Desta forma, ao contrário do que foi observado em sociedades estratificadas/ segmentadas, as condições de inclusão e exclusão não são mais determinadas em relação ao pertencimento a grupos, mas em relação ao tipo de comunicação produzida. Neste contexto não há posicionamento intermediário: dentro e fora são excludentes.

Diante deste panorama, a função específica dos Direitos Humanos, como sistema social, é proteger a diferenciação funcional da sociedade, evitando a desdiferenciação (GARCIA, 2010). Impede, por exemplo, que a estratificação hierárquica assumida e condicione a participação do indivíduo na comunicação política às suas crenças religiosas. Garante que todos os sistemas sociais observem as liberdades religiosas, reconhecendo como contrário às suas expectativas normativas o fato de um muçulmano, com base em seu credo, ser excluído do direito de participar das eleições de seu país (sistema político), de comprar uma propriedade (sistema econômico), de ter acesso à escolaridade (sistema de educação) ou recorrer a um tribunal competente para tutelar obrigações contratuais (sistema legal).

O risco da desdiferenciação surge quando um sistema perde sua especificidade, integrando em suas operações formas de fazer que pertencem a outros sistemas. Isso aconteceria caso um juiz criminal incorporasse o raciocínio típico de um sistema social diferente do legal. Contra as hierarquias arbitrárias, as

liberdades fundamentais institucionalizam mecanismos específicos para aumentar a estabilidade e a proteção individual.

Em consonância com o princípio da diferenciação funcional, e através das expectativas normativas instituídas pelos Direitos Humanos, o indivíduo que mobiliza os meios de comunicação adequados poderá participar da autorreprodução de diferentes sistemas sociais, independentemente sua personalidade, status profissional ou pertença a quaisquer grupos. Os direitos em tela asseguram que a diferenciação entre subsistemas funcionais seja mantida. São expectativas normativas de inclusão legal de cada pessoa na sociedade mundial e, portanto, do acesso universal ao direito como um subsistema autônomo.

Em síntese, segundo a teoria de Luhmann, concebem-se, teoricamente, os Direitos Humanos como uma semântica da sociedade, estabelecendo as bases de um novo regime de inclusão social do indivíduo. Nos vários subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, eles permitem a inclusão parcial, mas plural do homem, ou, mais precisamente, a comunicação da qual ele participa. Eles fornecem acesso aos vários sistemas e compensam a perda da inclusão total e da posição social fixa.

Verschraegen (2002) acrescenta que os Direitos Humanos não são considerados trans-históricos, mas relacionados à estrutura específica e dominante da sociedade moderna, a diferenciação funcional. Ao institucionalizar liberdades fundamentais, a sociedade moderna protege sua própria estrutura contra tendências autodestrutivas em direção à desdiferenciação. Ao mesmo tempo, protegem a posição frágil do indivíduo na sociedade moderna. Sem mecanismos institucionalizados que possibilitam e fortalecem a coexistência de pessoas individualizadas e sistemas de função autônomos, o risco de regressão ou desdiferenciação é real. Os Direitos Humanos são formulados como direitos incansáveis, vinculados ao sujeito (jurídico) ou ao ser humano como tal, independentemente de cor, credo, nacionalidade ou posição social. Eles protegem e fortalecem a individualidade moderna, que não é mais constituída pela inclusão total em uma família, corporação ou propriedade. Ao impedir que a identidade pessoal possa ser definida coercivamente por meio da participação em grupos e garantir a livre inclusão nos diferentes sistemas de funções, possibilitam a construção e a comunicação da individualidade. Através da participação livre em diferentes

sistemas sociais, organizações e grupos, uma infinidade, e muitas vezes contraditória, de normas, papéis e identidades sociais podem ser construídas e testadas.

A tese de que os Direitos Humanos constituem uma instituição social que protege a diferenciação funcional contra suas tendências autodestrutivas pode ser vista como um exercício de limpeza do terreno, uma tentativa de fornecer uma orientação sociológica geral como uma resposta às teorias clássicas (direitos naturais, filosofia política liberal). Numa perspectiva sociológica, podemos ver, por exemplo, por que a visão clássica, como constituída exclusivamente na tríade indivíduo-poder-Estado, é muito estreita e deve ser complementada (não substituída) por uma abordagem mais diferenciada que leva em consideração também outras esferas da sociedade. O argumento teórico dos sistemas para discutir a importância social dos direitos humanos foi apresentado, no entanto, em um nível altamente abstrato. Não abordou questões concretas, como o relativismo cultural, problemas relativos a refugiados e asilo, nem indicou como melhorar, promover e implementar efetivamente os direitos. A teoria procura observar e descrever adequadamente em que tipo de sociedade nos encontramos, para que, em um segundo estágio, possamos procurar possíveis variações levem a condições menos dolorosas.

Ainda neste diapasão, Neves (2005) também contribui na construção sociológica a partir de Luhmann. Aliado a Bobbio (2004), afirma que os Direitos Humanos remontam a noções filosóficas, teológicas e políticas pré-modernas, mas formam um artefato social “inventado” na modernidade. Constituem uma abertura da sociedade moderna para o futuro. Isto significa a passagem de uma complexidade desestruturada para uma estruturada, relacionada com exigências normativas atentas à contingência social moderna. A relação entre supercomplexidade, grande incerteza e abertura para o futuro leva ao perigo da desdiferenciação. Os Direitos Humanos, assim, respondem às exigências sociais de autonomia das esferas de comunicação (subsistemas) e discurso (jogos de linguagem).

Para possibilitar a convivência humana numa sociedade complexa, em que há um crescimento desordenado de expectativas, o sistema do direito cumpre a função de estabilizar determinadas expectativas normativas na forma de normas legais, de modo a torná-las simbolicamente generalizadas. Os Direitos Humanos dizem

respeito à inclusão de pessoas e grupos, com pretensão de universalidade. Conceituam-se, então, como “expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social (autônomo)” (NEVES, 2005, p. 8).

### 1.2.6 Direitos Humanos como *médium*

Através da perspectiva institucional, concebem-se os Direitos Humanos como expectativas normativas de inclusão associadas ao sistema legal. Entretanto, estes direitos não estão presos em tais limites. O conceito pode conter diferentes possibilidades de formas, as quais serão exploradas de maneiras diferentes, dependendo do observador e do quadro de referência mobilizado para lhe atribuir um sentido. Inúmeras formas de Direitos Humanos podem coexistir mesmo no interior do sistema de Direito Criminal, com necessidade de atenção a todas elas. Destaca-se, então, ainda dentro do universo conceitual da teoria dos sistemas, a distinção meio/forma para reforçar o caráter policontextual dos Direitos Humanos.

O que se pretende reforçar aqui são as várias mobilizações do discurso dos Direitos Humanos, as quais podem ser enquadradas em algumas possibilidades teóricas. Mariana Possas (2016b) trata do conceito de *médium*, de Niklas Luhmann, e também o de *frame*, de Erving Goffman. A presente pesquisa foca na primeira orientação teórica citada, qual seja, a distinção meio/forma. Dentro do universo conceitual da teoria dos sistemas, e a partir da categoria da comunicação, a autora aborda Direitos Humanos como uma teia discursiva. Tal opção destaca que não se trata de um discurso homogêneo, mas um conjunto de ideias que se entrelaçam de maneiras variadas. Nas comunicações, como falas ou textos, essa teia funciona também como um meio de comunicação pelo qual é possível comunicar diferentes ideias. Ao usar a expressão “Direitos Humanos” podemos reivindicar pautas diversas, porque, enquanto meio, ela pode assumir uma série de formas, com diferentes mensagens. Tais formas serão dadas a depender de quem está mobilizando.

Essa divisão entre meio e forma indica que são diferentes o veículo de transmissão da própria informação ou sentido específico. Um mesmo meio pode tomar formas diversas, pois é mais estável e flexível. Isso significa que as formas

são mais rígidas e menos duráveis. Quem usa o discurso dos Direitos Humanos, por exemplo, pode construir mensagens diferentes para as mesmas ideias. Como um meio de comunicação simbolicamente generalizado é reconhecido por todos, entretanto cada um pode atribuir sentidos próprios. Seria por este motivo que algumas pessoas usam a expressão para exigir respostas mais “humanas” do Estado, enquanto outras pedem maiores e mais rígidas punições para as violações aos direitos fundamentais.

Para Margarida Garcia (2010), o individualismo e o reconhecimento dos direitos subjetivos na modernidade favoreceram os acoplamentos entre Direitos Humanos e sistema legal. Aqueles se tornaram expectativas normativas generalizadas e, portanto, subjacentes a vários sistemas sociais, incluindo o legal. Entretanto, não estão confinados a estes limites comunicativos, já que a semântica dos Direitos Humanos pode também ser localizada no ambiente de muitos sistemas sociais funcionalmente diferenciados. Do ponto de vista teórico é uma semântica generalizada que pode inspirar diferentes modelagens.

Na teoria luhmanniana, cada subsistema é autônomo e constitui a si próprio em referência a um ambiente. O código binário específico seleciona e exclui possibilidades e torna possível discernir qual comunicação pertence ao sistema e qual comunicação é estranha a ele. Tal código, em relação ao sentido, torna possível constituir o sistema em sua especificidade identitária. O significado não pressupõe uma forma predefinida nem é ontológico, ao contrário, é contingente e modificável. Diante de um ambiente cada vez mais complexo, o significado representa uma estratégia de seleção de elementos ou possibilidades, constituindo o sistema através da distinção sistema/ambiente. Esta diferença, entre o que integra e o que permanece fora, é estabilizada por um esquema binário simples em termos de pertencimento ou não pertencimento. Como exemplo é possível citar o sistema legal, onde o código binário está em conformidade com a lei e seleciona em relação ao significado que determina o que é tematizado "direito". Exclui, assim, o que é "ciência" tematizada pelo sistema científico ou "arte" pelo sistema artístico.

Desta forma, cada sistema é autopoiético, pois reproduz apenas com seus próprios elementos, o que implica na relação sistema-ambiente como determinada pelo próprio sistema e não pelo ambiente. Comunicações que não pertencem ao sistema, incluindo as dos Direitos Humanos, não podem ser integradas no sistema

que as seleciona, somente através de uma reapropriação, pois isto as transformaria em operações genuínas e indistinguíveis de suas próprias operações.

Nesse contexto, a natureza "policontextual" (GARCIA, 2010, p.98) dos Direitos Humanos aparece. Como semântica generalizada, que pode ser selecionada a qualquer momento por diferentes sistemas sociais, são políticos para o sistema político e legais para o sistema legal. O sistema que seleciona é também aquele que formata e confere às ideias selecionadas um significado particular. O receptor determina a direção de sua recepção. Não há necessidade de buscar o verdadeiro significado ou indagar qual sistema capturou a verdadeira natureza do objeto. Os sentidos vão ser tão numerosos quanto os sistemas que incorporam este item nas suas operações, sem qualquer deles ser único ou nativo. Na sociedade moderna, como um objeto policontextual, os Direitos Humanos são transversais, pois penetram em diferentes mundos de significado que variam em contato com esses universos.

Esta maneira de observação sociológica dos Direitos Humanos permite encontrar limites nas análises clássicas, como o debate da definição como morais ou legais, morais e legais (de forma concomitante), ou filosóficos, ou éticos. A teoria dos sistemas orienta a distinções que considerem o sistema receptor e seu papel na formação ou construção do objeto que observa. Também evita decidir entre os verdadeiros e falsos ou entre bons e maus. Tais distinções, amplamente difundidas nas análises convencionais, tendem a ontologizar o conceito e a perder de vista algo fundamental em termos de conceituação, a saber, o reconhecimento dos Direitos Humanos como meio e não como conteúdo pré-estabelecido.

A distinção meio/forma pode auxiliar na observação sociológica dos Direitos Humanos, na medida em que permite uma representação mais neutra e descritiva do conceito, apontando para características distintivas de tais formas. Os meios podem ser concebidos como envelopes dentro dos quais palavras, conceitos e ideias foram colocados. Eles não têm destinatários específicos, são generalizados e várias entidades podem fazer referência ao seu conteúdo. A entidade seleciona uma palavra, um conceito ou uma ideia, os quais, como meio, não são dados pelo envelope. O significado, por sua vez, ainda será construído, já o envelope não fornece uma construção prévia.

Formas, enquanto uma determinação de significado, são sempre mais fortes e mais assertivas que o meio, que por sua vez é mais flexível e mais aberto. As formas, representando apenas uma possibilidade entre outras, são sempre fruto de seleções contingentes e, nesse sentido, aparecem acidentalmente. Nenhuma determinação de significado dentro de uma forma elimina as possibilidades restantes contidas no meio. Com efeito, se em referência ao meio, a possibilidade de sentido selecionado atualiza uma determinada forma, um retorno ao mesmo meio, operado pela mesma entidade ou por outra entidade, não exclui a possibilidade de qualquer outra formatação do meio. Isso não significa que o meio seja inesgotável ou que se possa explorar sua elasticidade até o infinito: os meios, uma vez que consistem de elementos, são não-arbitrários e impõem limites sobre o que não se pode fazer com eles. Entretanto, é possível considerar que seu arsenal de possibilidades é amplo o suficiente para impedir a fixação em algumas formas.

Destaca-se a ideia de que o mesmo meio inclui uma variedade de possibilidades de significado que podem ser utilizadas separadamente, dependendo não tanto do meio em si, mas da entidade que seleciona e formata operações conduzidas pela própria entidade. Assim, como consequência da complexidade interna da sociedade moderna, o meio de "justiça", por exemplo, permite a exploração de várias possibilidades de sentido: a possibilidade selecionada no sistema religioso não é a mesma no legal, filosófico ou político. Além disso, no mesmo sistema social, como o jurídico, as possibilidades de significado podem variar de acordo com os subsistemas internos: no conceito de justiça, em particular, a possibilidade de significação selecionada pelo Direito Civil não é a mesma que o Direito Penal. Cada possibilidade de significado corresponde a uma modelagem particular do meio, mas nenhuma forma expressa a "essência" do meio.

As correspondências entre as formas são possíveis, mas não necessárias. Formatam-se como improváveis, pois, na concepção luhmanniana da sociedade moderna, as entidades produtoras de significado, como os sistemas sociais funcionalmente diferenciados, não são concebidas enquanto entidades que cooperam entre si, mas que se ignoram e se formam não como uma comunidade de sistemas, mas como um ambiente abstrato e indeterminado.

Diante disto, os meios podem ser concebidos como elementos que tornam possível o estabelecimento de ligação entre o sistema e seu ambiente. A partir dos

meios, em referência a sua abstração, um sistema receptor adere ao seu ambiente. Eles constroem pontes com o não-sistema, por exemplo, pontes entre o sistema de Direito Penal e o meio dos Direitos Humanos.

### **1.2.7 Aplicações empíricas**

Neste tópico serão destacadas possibilidades de aplicações empíricas influenciadas pela construção teórica trabalhada. Apesar de Luhmann não ser um empirista, sua sociologia não é estritamente teórica. O próprio autor utilizou suas referências para conduzir algumas observações empíricas sobre a evolução da semântica no amor, no trabalho “O amor como paixão” (1991). Há um escopo heurístico na teoria, que possibilita o desenvolvimento do conhecimento através da pesquisa empírica. Esta deve abranger premissas epistemológicas que superem a presunção de um acesso direto ao mundo "como ele é". Faz-se necessário reconhecer a existência de diferentes perspectivas e da contingência de todas as observações. O que se torna crucial é a observação de como o mundo está sendo observado através dos critérios contingentes dos sistemas sociais observados, ao mesmo tempo em que se baseia nos critérios contingentes do sistema social observador.

Uma vez satisfeitas essas condições, a Teoria dos Sistemas pode guiar a pesquisa empírica de várias maneiras. Garcia (2010) lista as opções abertas aos pesquisadores. Primeiro, pode-se escolher um tópico para o qual Luhmann já forneceu uma teoria minuciosamente detalhada e desenvolvê-lo ainda mais, investigando as implicações da teoria para questões empíricas específicas. Uma vez adotada, é possível continuar construindo a teoria usando material empírico. Em segundo lugar é possível usar elementos centrais, complementá-los com informações de outras linhas de pesquisa e adequar a estrutura resultante a um trabalho empírico de acordo com a questão de pesquisa em tela. Desta forma é possível utilizar a teoria dos sistemas sociais como uma heurística frutífera para estimular novos insights para responder a questões empíricas específicas. Terceiro, pode-se escolher conceitos individuais da teoria de Luhmann e aplicá-los independentemente de seu contexto teórico mais amplo a questões de pesquisa empíricas particulares. Neste modo, não se estaria engajando em trabalho teórico-

sistêmico em sentido estrito, mas ainda haveria benefício advindo da criatividade intelectual do autor.

No contexto do presente problema de pesquisa, utiliza-se da segunda abordagem mencionada, para estimular novas percepções e responder problemas específicos. No caso, reforça-se a distinção meio/forma para ilustrar o caráter policontextual do conceito Direitos Humanos. Este pode conter diferentes possibilidades de formas e serão exploradas de maneiras diversas, dependendo do observador e do quadro de referência mobilizado para lhe atribuir um sentido. É necessária atenção às inúmeras formas de Direitos Humanos que podem coexistir mesmo no interior do sistema de Direito Penal. Para tanto, deve-se dessubstancializar as categorias jurídicas, sem ontologizações. A dessubstancialização é uma condição necessária para poder desenvolver um olhar externo sobre o Direito e tornar possível a pesquisa multidisciplinar neste domínio.

Esta proposta epistemológica pode abrir novos horizontes para a pesquisa empírica e favorecer a articulação entre Direito e Sociologia. Como exemplo, é possível citar a pesquisa de Margarida Garcia (2010 e 2014), que buscou compreender a relação paradoxal entre a semântica dos Direitos Humanos e o Direito Penal Moderno, de forma que a primeira não tenha produzido efeitos inovadores nas maneiras de pensar a sanção penal e os modos de intervenção. Outras questões se desdobraram: como entender que se trata de direitos que defendem uns (as vítimas) contra outros (os acusados)? Como estudar sociologicamente essa incapacidade de levar em consideração os interesses de todos os participantes da esfera penal? Como enxergar, pelo contrário, que uma série de movimentos contemporâneos de defesa de tais direitos tem demandado penas severas, punitivas e geradoras de exclusão social? E, finalmente, de que maneira esses direitos foram e continuam a ser recebidos pelo sistema de Direito Criminal?

Durante a pesquisa foi possível perceber que diversas formas dos Direitos Humanos podem coexistir no interior do sistema do Direito Penal. A partir do material obtido nas entrevistas com juízes e promotores, foram tipificados os espaços de variação interna de atualização do conceito. Um dos resultados deste exercício foi o de distinguir, no interior do Sistema Penal, os circuitos de comunicação que utilizam esses direitos, onde cada um pode construir formas próprias. Foi possível identificar

os Direitos Humanos do Sistema Penal. Identificou--se um número de “rotinas cognitivas” na comunicação, espaços no interior dos quais se situam espontânea e recursivamente os atores, quando eram indagados sobre o tema.

Os referidos direitos eram quase sempre pensados em associação com as normas processuais. De forma recorrente e estável, a referência fazia os interlocutores evocarem os direitos processuais típicos do garantismo penal clássico: direito a um advogado, ao silêncio, a uma defesa plena e integral, a um processo justo e a um juiz imparcial. Todos com a missão de proteger um acusado e garantir que as condições sejam justas.

[Juiz #5, Canadá] Depende do que se compreende por “direitos humanos”, mas eu faço uma adequação... Para mim, para fins da discussão, trata-se dos direitos garantidos pelas Cartas e, notadamente quando são os processos de nossa prática, são os direitos processuais: assim, o direito a um advogado, o direito ao silêncio, o direito a uma defesa plena e integral, bom, o direito a um processo justo por um tribunal independente que não seja tendencioso. Esses são os direitos processuais fundamentais. [...] Eu diria que na cultura [dos direitos humanos], em primeiro lugar, está a presunção de inocência. Em segundo lugar, está o direito a uma defesa plena e integral. Em terceiro lugar, está o ônus... Talvez eu devesse dizer que o ônus da prova repousa sobre a presunção de inocência. O direito a um advogado, e portanto, a um advogado que possa trabalhar de maneira eficaz, dispondo do acesso a tudo aquilo que deve ter acesso, etc (GARCIA, 2014, p.200).

Esta fala, de um dos juízes entrevistados, confirma que há uma “hipervalorização” dos Direitos Humanos especificamente no Processo Penal, em detrimento de outros âmbitos. Ele retoma a própria enumeração, mas abandona a ordem cronológica do procedimento, usando uma ordem hierárquica dada pela importância que ele próprio atribui a cada um dos direitos mencionados. Não aparecem, por exemplo, referências às normas sancionadoras ou à proteção do litigante contra as forças aflitivas e geradoras de exclusão social do sistema. A possibilidade de valorizar esses direitos no plano da determinação da pena restou escondida no ponto cego do observador.

Nas comunicações sobre as normas de procedimento, os Direitos Humanos reduziam-se a formas estabilizadas, enquanto havia precariedade e confusão na parte das normas sancionatórias. No interior da pesquisa, a “desontologização” do conceito permitiu elaborar uma descrição mais fina do modo que esses direitos

foram recepcionados pelo Sistema Penal e permitiu chegar a um dos resultados mais importantes da análise: eles detêm uma dimensão contestadora e subversiva com relação ao poder do Príncipe no âmbito do processo, mas a perdem logo que adentram no âmbito das penas.

Este trabalho ilustra o potencial de pesquisa da estratégia de dessubstancialização, como esta aplicada sobre o conceito de Direitos Humanos no âmbito do Direito. Apenas após ter dessubstancializado o termo é que foi possível sair da confusão que o cerca, observando-o de um ponto de vista empírico. Foi necessário separar o conceito de sua “substância”, destacá-lo das formas e dos conteúdos com os quais há um hábito comum. Somente depois foi possível observar, de fato, as diferentes formas que o meio recebeu no interior do Sistema Penal.

Conforme a autora, a dessubstancialização das categorias jurídicas aparece como uma condição de possibilidade para a observação do Direito de um ponto de vista externo. Ela força uma tomada de distância com relação às categorias jurídicas produzidas pelo ponto de vista interno, como forma de garantir a qualidade da observação. Esta pode determinar e construir o objeto e evitar ser determinada ou construída por ele. Podem-se produzir descrições e distinções mostrando que os efeitos dos direitos em tela são diferenciados e variam de acordo com o circuito de comunicação, com as estruturas do sistema e com as questões a serem tratadas. Com tais distinções, a pesquisa captou o paradoxo localizado na origem da investigação: que os Direitos Humanos, podendo penetrar em diferentes universos de sentido, apegam-se a diferentes valores, ideias, conceitos e teorias. Podem produzir, por meio das afinidades eletivas, efeitos subversivos, progressistas, conservadores, moderados ou repressivos. Com relação à questão de saber se exercem um papel de contenção das tendências repressivas contemporâneas, ou se têm um papel de impulsão e de legitimação, afirmou-se, com base na empiria e no trabalho de dessubstancialização, que eles exercem os dois papéis, conforme se situem no âmbito do processo ou das penas.

Outra pesquisa pode ser usada como referência, tanto na relação entre Direitos Humanos e Direito Criminal, quanto no convite às novas maneiras de pensar e dessubstancializações. Trata-se do trabalho de Mariana Possas (2016a), com o tema da criação legislativa em matéria criminal, especificamente a criação da lei

contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97) e a reprodução pelo sistema político da Racionalidade Penal Moderna. Ela aborda dois importantes paradoxos, quais sejam, a dicotomia conservadora/progressista e a relação que as comunicações sobre os Direitos Humanos estabelece com as teorias da pena. O quadro cognitivo mobilizado, a Racionalidade Penal Moderna, foi descrito por Álvaro Pires como um sistema de ideias sobre a sanção criminal, que projeta um conceito particular da pena, centrada na exclusão social e no sofrimento.

Para defender os Direitos Humanos ou os temas correlatos como racismo e discriminação, os vários circuitos de comunicação, como as ciências sociais, o direito e a política, se voltam para as teorias da pena e para as penas aflitivas. E isso representa uma demanda recorrente por penas de prisão de longa duração, com todos os problemas decorrentes em termos de dignidade humana. No âmbito de proteção destes direitos, o valor da dignidade humana, sobretudo referentes ao acusado, não aparece no centro das discussões nem das decisões políticas.

Os defensores de ideais humanitárias querem apoiar as pautas para humanização do direito criminal, criando formas mais flexíveis e menos opressivas de resolução de conflitos ou, ao contrário, acreditam que deve haver cada vez mais repressão para reagir às violações? Os dados empíricos indicaram que efetivamente os Direitos Humanos não conseguem desconstruir certos paradigmas da Racionalidade Penal Moderna, mas, ao contrário, acabam alimentando o “sistema rival”, na medida em que eles atualizam sua lógica (ao menos quando o tema é a punição dos crimes contra a humanidade). É como se esses direitos continuassem a se dizer “diferentes” e até certo ponto “contrários” ao direito penal repressivo, mas sem necessariamente perceberem a reprodução da mesma lógica de necessidade punitiva com pena severa e aflitiva.

De forma geral, permanecemos presos a apenas uma única maneira de pensar as penas, mesmo havendo outras possibilidades, pela incapacidade em abandonar algumas estruturas cognitivas, tais como as teorias da pena, que nos parecem evidentes ou naturais. Esse é mais um convite às desnaturalizações, à percepção da existência de diferentes perspectivas e da contingência de todas as observações.

Diante de toda a explanação, e numa sucinta retomada teórica, foi possível observar a fluidez conceitual do tema Direitos Humanos. Diante da complexa

variação de perspectivas observada, emergiu a necessidade de elaboração de uma teoria adequada. As contribuições sociológicas de Luhmann ajudaram nessa construção, concebendo tais direitos como expectativas normativas de inclusão generalizada. Para além da associação possível com o sistema legal, apresenta-se com um caráter policontextual, através de formas variadas dependentes do observador. Por este motivo a mobilização da distinção meio/forma como instrumento teórico para aplicações empíricas.

Nesta abordagem sociológica dos Direitos Humanos como parte da distinção meio/forma, é possível tecer, em três níveis de análise, seu alcance heurístico, conforme Garcia (2010). No primeiro nível, a pesquisa empírica pode focar a transversalidade do meio em vários sistemas sociais da sociedade e ver como diferentes sistemas estabilizam diferentes formas do mesmo meio. No segundo, pode analisar um determinado sistema, identificar e problematizar as estruturas envolvidas na determinação de certas formas. Poder-se-ia, então, perceber que a formação dos Direitos Humanos depende das peculiaridades dos sistemas que os integram. Neste contexto, pode-se, por exemplo, considerar o sistema legal e interrogar a relação que a lei tem com os Direitos Humanos. Em outras palavras, colocar como problema aquilo que é geralmente aceito como um dado ou evidência. Tal abordagem destaca que as relações entre a lei e os Direitos Humanos não são tão facilmente analisadas e é necessário acomodar essa complexidade na medida em que pertence à própria lei. No terceiro nível de análise, é possível, dentro do mesmo sistema social, focar mais na observação e considerar a recepção e formatação dos Direitos Humanos de acordo com os vários canais de comunicação intra-sistêmicos do Direito Penal, concebido aqui como um subsistema do sistema legal. Deve-se considerar a possibilidade de projetar várias formas dentro do mesmo sistema, considerando que elas são evolutivas e que, em termos de observação de segunda ordem, é possível descrever a evolução e através da historicidade do sistema. Seria a história de um tema pela descrição do desdobramento de suas formas.

Ao final destas considerações, é possível propor uma nova formulação, mais precisa, dos objetivos desta pesquisa: compreender de que maneira são atualizadas formas do meio Direitos Humanos em relação às respostas estatais às condutas criminalizadas. No nível empírico, o trabalho será desenvolvido tomando como

objeto de investigação os pontos de vista expressados pelos estudantes formandos em Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana através de questionários abertos e entrevistas semiestruturadas.

Posteriormente será possível problematizar o que impede a valorização de outras formas de sentido para os Direitos Humanos, com a mobilização teórica da Racionalidade Penal Moderna, considerando que os significados específicos que determinam as formas e, como resultado, negligenciam outras formas possíveis, dependem das estruturas cognitivas do sistema receptor, de suas próprias ideias, conceitos e teorias. De forma mais específica, no Direito Penal, o sistema dominante de ideias, a Racionalidade Penal Moderna, é formado pela articulação das teorias da pena e se constitui como um obstáculo cognitivo à inovação penal, como será visto. Não se trata de interrogar a comunicação do sistema do direito, tendo em vista que os atores em questão não estão nas organizações centrais como os Tribunais. Mas compreendemos as argumentações dos estudantes como sugestivas dos operadores do Direito, formando um terreno fértil e múltiplo de ideias. Os pontos de vista dos futuros profissionais das mais diversas áreas jurídicas são postos como um campo de observação para o desenvolvimento de um *corpus* empírico eficiente.

## 2 O CAMINHO DA PESQUISA EMPÍRICA

Diante das reflexões teóricas a respeito da problematização e das formas diversas de Direitos Humanos, é possível adentrar no campo empírico para compreender como são atualizados sentidos específicos nos discursos dos estudantes. Este capítulo fará um desenho do (duplo) caminho de pesquisa a ser trilhado. A primeira etapa, de cunho prevalentemente indutivo, terá, como técnica de coleta dos dados a entrevista semiestruturada e, para análise, a Teorização Fundamentada nos Dados. Esta visa à elaboração de formulações teóricas enraizadas nas observações empíricas. Serão construídas categorias conceituais com o material obtido, as quais podem ser relidas com base em outras formulações teóricas já existentes. No momento posterior será mobilizado o referencial da Racionalidade Penal Moderna, numa nova rodada de observação, desta vez pautada numa teoria estabelecida, adotando então uma perspectiva mais dedutiva.

Este trabalho ilustra um método específico e heterogêneo, conforme Cappi (2017), dividido nas duas etapas mencionadas: a primeira de cunho prevalentemente indutivo e a segunda com adoção de uma grade teórica de análise, empregada para a releitura do material empírico. Nosso interesse está voltado para as maneiras como os estudantes de Direito pensam a relação dos Direitos Humanos com as operações do Sistema Penal, e como elaboram suas argumentações atualizando formas do conceito. Por isto, no primeiro momento a pesquisa será conduzida de forma que os discursos revelem os diversos sentidos que apresentam, de acordo com nossa análise. Há, é claro, um esforço interpretativo por parte da pesquisadora.

A ilustração da diversidade metodológica exemplifica como um objeto pode ser observado de ângulos diferentes. A técnica apresentada pode ser utilizada para analisar outros materiais empíricos com debates, posições diversas e argumentos múltiplos. Por isso será apresentada primeiramente, e os dados empíricos apenas depois, como um terreno onde se pode experimentar o método. Este permite uma leitura acurada dos pontos de vista dos atores, bem como uma teorização que fornece uma leitura sintética destes discursos. A forma linear das etapas é apresentada de maneira a ser compreendida, mas não reflete com exatidão as escolhas simultâneas, progressivas e mesmo retroativas ocorridas no percurso.

Assim, este capítulo abordará questões acerca deste caminho a ser trilhado na pesquisa, iniciando com reflexões sobre o lugar da pesquisadora no trajeto. O segundo tópico, por sua vez, abordará aspectos teóricos das técnicas escolhidas na primeira rodada da pesquisa empírica, bem como os passos iniciais de investigação. Posteriormente trará considerações acerca da segunda rodada com adoção de um marco teórico de análise. Os resultados obtidos nas duas etapas serão apresentados nos capítulos seguintes.

## 2.1 A OBSERVAÇÃO E A PESQUISADORA NO TRAJETO

A primeira questão que gostaríamos de abordar aqui diz respeito ao direcionamento da pesquisa ao plano das ideias, pontos de vista e significações construídas pelos atores sociais num determinado contexto. Desta forma se aproxima de uma perspectiva compreensiva, que, diferente da explicativa, não busca estabelecer relações causais para dar conta de um fenômeno, dedicando-se mais especificamente à compreensão das maneiras pelas quais raciocinam e interpretam as pessoas envolvidas neste fenômeno (CAPPI, 2014). O conhecimento científico, assim, tem menos afinidades com a verdade dos atos do que com a racionalidade dos atores e sua utilização da linguagem para justificar sua ação (KAMINSKI, 2017).

Nosso interesse investigativo está, então, posicionado neste âmbito das ideias ou maneiras de pensar. Isso significa que buscamos observar como atores específicos observam certos fenômenos, e quais distinções traçam, numa observação de segunda ordem (PIRES, 2014 e 2015). De maneira mais específica, observa-se como os estudantes de Direito observam os Direitos Humanos e a relação com as respostas do Sistema Penal e mobilizam os conceitos nas suas argumentações.

Essa perspectiva avança em dualidades epistemológicas como realismo *versus* construtivismo ou simplesmente a proposta de conhecimento da realidade *versus* o conhecimento do que se projeta sobre a realidade. Seja porque empiricamente essa divisão costuma se confundir, ou porque, do ponto de vista teórico, existe uma mudança de paradigma na epistemologia, conforme Álvaro Pires (2015). Tal dualidade trabalha a partir da divisão entre sujeito e objeto, sendo este

último sempre algo externo. Ocorre que, dentro da realidade social, o pesquisador ou pesquisadora não consegue ficar fora do objeto, construído pelo próprio saber a ser analisado.

Neste sentido, o questionamento não é mais “o que X conhece da realidade?”, já que só existem duas repostas extremas e um possível meio termo. Na perspectiva realista, X conhece a realidade, enquanto na construtivista X conhece o que ele projeta da realidade. A dialética, por sua vez, seria uma espécie combinação das duas posições. Nesse novo paradigma mencionado, a pergunta passa a ser “como X observa” ou “como X conhece”, de modo que a noção sujeito/objeto é substituída por observador/observação. O observador que está conhecendo sabe que a observação é um produto dele, mas dizer que o que ele observa existe não se torna um problema, por exemplo.

Assim, considerando a imersão da pesquisadora no seu próprio objeto, é que destaco o meu lugar nesta pesquisa. Ser advogada e formada na Universidade Estadual de Feira de Santana é uma condição que me oferta possibilidades e alguns desafios. A abertura do campo de pesquisa, por exemplo, é uma dessas potencialidades. Identificar-me enquanto egressa do curso de Direito me aproxima dos estudantes e facilita o aceite à participação. Alguns destes, inclusive, são já conhecidos de eventos universitários ou grupos de pesquisa. Por outro lado, se a coleta de “dados” é de certa forma facilitada, a análise destes mesmos materiais surge com certas dificuldades.

A tentativa de “navegar entre esses mundos” apresenta muitos desafios, como destacado pelo autor mencionado (PIRES, 2015). Sair do estilo jurídico de escrita, que busca apresentar e defender uma tese, não é um exercício fácil. A tentativa é, neste trabalho, de abordar categorias jurídicas como objeto de análise partindo de uma perspectiva mais neutra, que as dessubstancialize. Por isto foram abordadas leituras diferentes dos Direitos Humanos mesmo ainda na etapa de revisão de literatura, para buscar um distanciamento do foco exclusivamente jurídico. Já nesta parte empírica, a identificação de alguns pontos cegos nas observações dos estudantes não exclui a ocorrência desses mesmos pontos nas minhas observações. Isto pode, entretanto, não ser encarado necessariamente como um problema. Considerando que a condição para ver alguma coisa é ficar “cego” em relação a outras, é graças aos pontos cegos que podemos observar.

Tais exercícios são desafiadores, assim como a tentativa de eliminar expectativas ou prenoções do campo de investigação. A minha experiência acadêmica no curso de Direito da UEFS foi bastante rica e plural, a partir do contato com pessoas de diferentes origens, perfis e orientações ideológicas. Nesse ambiente, entretanto, era recorrente a ocorrência dos discursos punitivos, percebidos com certo incômodo devido ao contato com a pesquisa em Criminologia, sobretudo na sua abordagem crítica. Surgiu então, a vontade de compreender as ideias presentes nesse recurso ao punitivismo, ou anseio por maiores e mais aflitivas punições do Estado para as condutas descritas como crime. Se o Sistema Penal era constantemente criticado pelos futuros profissionais do Direito, com destaque para uma suposta crise de legitimidade, por que continuava sendo mobilizado para solucionar conflitos sociais, inclusive sobre Direitos Humanos? Foi a partir dessa inquietação que o presente trabalho germinou, sem, entretanto, estar em cenário idêntico ao vivenciado. Buscamos, então, com a presente investigação, olhar para o anseio punitivo a partir das ideias sobre os Direitos Humanos nestas novas turmas e novos estudantes.

## 2.2 UMA PRIMEIRA ETAPA DE CUNHO INDUTIVO

Esta etapa empírica apresenta uma natureza mista, pois, embora tenha um referencial inicialmente, não parte da verificação de hipóteses preestabelecidas, guiada por um marco teórico específico dado. Conhecimentos serão elaborados a partir da observação. Ao invés de ter um quadro teórico adotado antes da aproximação aos dados empíricos, para que a hipótese seja verificada, opta-se por produzir formulações de caráter teórico no decorrer do trabalho. O cunho é prevalentemente indutivo, já que há sempre certo conhecimento prévio por parte do pesquisador. No presente trabalho, as discussões teóricas a respeito dos Direitos Humanos e do Sistema Penal não buscaram testar hipóteses, mas, ao contrário, possibilitar uma visão mais ampla dos discursos a serem estudados.

Busca-se deixar falar os discursos, para, a partir destes, serem elaboradas categorias conceituais com base no método. Para tanto, serão coletados a partir dos questionários abertos e das entrevistas semiestruturadas. O presente tópico, então, traz elementos teóricos acerca das técnicas adotadas e justificativas das escolhas

perante os objetivos propostos. A entrevista é apresentada como um importante instrumento de pesquisa, sobretudo a semidiretiva, com esquema prévio aliado à construção conjunta entre pesquisador e entrevistado. A Teorização Fundamentada nos Dados, por sua vez, aparece como um procedimento de análise de materiais empíricos que considera a relação que existe entre teoria, método e dados. Com prevalência indutiva, tem uma perspectiva exploratória, que permite elaborar conhecimentos teóricos a partir da observação dos dados.

### **2.2.1 Entrevista como instrumento de pesquisa**

Um aprimoramento na coleta de dados é a principal característica do desenvolvimento científico. Nas ciências sociais foram utilizadas técnicas de observação e dimensionamento físico. Urgiu, porém, a necessidade de coleta direta através das pessoas e experiências. Era preciso transformar o processo subjetivo de intuição em um método sistemático de obtenção dos dados. A entrevista e o questionário tornaram-se instrumentos importantes da pesquisa social. Os desafios da comunicação devem ser superados com habilidade técnica do entrevistador.

Enquanto uma das técnicas mais utilizadas nas ciências sociais, a entrevista apresenta certa ambiguidade, segundo Jean Poupart (2008). Pode ser uma maneira de acesso às realidades sociais, mas estas não são facilmente apreendidas, devido à transmissão por meio de jogos e interações como as múltiplas interpretações produzidas pelos discursos. Interrogar os atores e utilizá-los enquanto recurso para a compreensão das realidades sociais pode se constituir como uma grande vantagem das ciências sociais em relação às ciências da natureza, as quais se interessam por objetos desprovidos de palavra.

O autor elenca três temas que cercam a utilização da entrevista: argumentos, princípios e importância dos vieses. Dentro dos argumentos, três se destacam: epistemológico, ético político e metodológico. O primeiro é que a entrevista qualitativa seria necessária diante da perspectiva dos atores sociais e indispensável para a compreensão das condutas. O segundo, que abriria a possibilidade de conhecer internamente os dilemas enfrentados pelos atores. O terceiro destaca uma ferramenta de informação capaz de elucidar as realidades sociais.

As condutas sociais não poderiam ser compreendidas, ou estudadas fora da perspectiva dos atores. A entrevista se mostra indispensável não apenas como método para apreender a experiência dos outros, mas também como instrumento que permite elucidar suas condutas, já que só podem ser interpretadas considerando o sentido que eles mesmos conferem às ações. O recurso às entrevistas é um meio de compreender o sentido que os atores dão aos atos, a maneira como representam o mundo e vivem sua situação. Os comportamentos não falam por si mesmos.

Dentro do argumento ético político destaca-se a denúncia dos preconceitos e práticas discriminatórias. É possível não apenas evidenciar o que as pessoas marginalizadas vivem no cotidiano, mas também dar-lhes a palavra e compensar sua ausência ou falta de poder na sociedade. O pesquisador pode se envolver com os pesquisados, e abandonar a neutralidade com uma atitude empática e engajada frente às condições de existência dos desfavorecidos. A investigação dos grupos de poder também se insere nesse quesito.

Por sua vez, no argumento metodológico apresenta-se uma ferramenta de informação sobre as entidades sociais e um instrumento privilegiado de exploração do que foi vivido. O entrevistado é visto como um informante chave, capaz de informar precisamente não apenas sobre as próprias práticas e maneiras de pensar, mas também sobre os diversos componentes da sociedade e dos diferentes meios de pertencimento. Trata-se de uma testemunha privilegiada, um observador do meio, com base em quem um outro observador, o pesquisador, pode tentar ver e reconstruir a realidade.

No que tange ao debate sobre os princípios, organizam-se em torno da arte de fazer o outro falar. Há uma convicção básica de que uma boa entrevista deve permitir que o entrevistado se reporte satisfatoriamente, e que o dito seja considerado uma história verdadeira, uma reconstrução da realidade ou uma mera encenação, a depender da posição do pesquisador.

É preciso obter a colaboração do entrevistado. A produção de um discurso verdadeiro e profundo deve ter a cooperação do interrogado, não apenas com o consentimento, mas também ao dizer o que pensa. Esta tarefa não é simples, pois implica superar múltiplas resistências como falta de tempo, de interesse, medo de invasão de privacidade, de sofrer consequências negativas, dentre outras. Requer

negociações diversas, antes e durante a entrevista. A estratégia mais comum é convencer do interesse e da utilidade da investigação. Há também o recurso a laços de reciprocidade como considerações de amizade, familiares ou profissionais. Na falta de tais laços, é possível construí-los antes ou durante o questionamento, com escuta e empatia.

Faz-se necessário, também, colocar o entrevistado à vontade por elementos de encenação. O ator só se expressa bem se estiver à vontade na situação da entrevista. Podem-se designar várias disposições com intenção de proporcionar um ambiente favorável à confiança. Primeiro, a escolha do momento mais propício para que se sintam disponíveis e tenham tempo de expressão. Deve-se encontrar um lugar favorável, calmo, sem riscos de interrupção de elementos externos. O entrevistador deve reduzir o efeito negativo dos instrumentos de registro, com a descrição do uso do gravador, por exemplo, de modo que sua presença seja esquecida. O pesquisador deve também dar provas de máxima escuta, empatia e interesse, sem interrupção ou julgamentos.

Deve-se ganhar a confiança do entrevistado. Não basta convencer uma pessoa a participar, ou apenas criar um contexto confortável. É preciso, para além disto, que haja confiança suficiente para verdadeiramente falar. Várias são as estratégias para tranquilizar o entrevistado. Uma delas é a garantia de anonimato, evitando o medo das consequências do depoimento. Explicita-se a neutralidade da pesquisa para manutenção de uma relação calorosa, suscitando confiança.

A última estratégia destacada é a de levar o entrevistado a tomar a iniciativa do relato e se envolver. Quanto mais o discurso é espontâneo, menos ele poderá ser maculado pelo pesquisador, permitindo a aproximação ao ideal de um discurso “verdadeiro”. É preciso não interromper, respeitar os momentos de silêncio, utilizar técnicas de reformulação com o objetivo de explicitar ou esclarecer os temas abordados. Deve-se favorecer o maior envolvimento possível.

Todas as observações sobre princípios e estratégias ilustram alguns paradoxos da pesquisa. O instrumento deve ser o mais rigoroso e científico possível, ao mesmo tempo em que busca reproduzir as trocas naturais e espontâneas. O rigor técnico deve convergir com as competências sociais do entrevistador.

Por fim, diante das reflexões sobre a construção social dos discursos, é possível destacar três tipos de vieses: ligado aos dispositivos de investigação,

relacionado à relação entrevistador-entrevistado e sua respectiva situação social, e referente ao contexto de pesquisa. O primeiro viés se refere aos elementos de encenação da entrevista. As intervenções, atitudes e características do entrevistador são capazes de marcar as falas do entrevistado. Sobre o contexto da pesquisa e suas repercussões, deve haver uma preocupação em detectar os fatores que podem levar o entrevistado a modificar seu discurso, de forma consciente ou não. Seria preciso inserção num contexto que permitisse dizer abertamente tudo o que pensa e procurar revelar se ele mente.

Para solucionar estas questões, surgiram dois posicionamentos opostos: a entrevista padronizada, que se esforçava para criar um contexto próximo das experiências de laboratório; e a não diretiva, com esforço para um ambiente de falas espontâneas e situações naturais. Ambos receberam severas críticas com relação à impossibilidade de perfeita padronização ou perfeita não diretividade; bem como a não resolução das questões dos vieses. Numa perspectiva etnometodológica, é ilusório querer suprimir o jogo de interações e relações sociais que intervêm na constituição dos diagnósticos, já que é inerente ao próprio processo. Trata-se de uma construção social. Em lugar de buscar eliminar os efeitos do contexto, empenha-se em evidenciar e compreender a maneira como o contexto impregna os discursos e os diversos componentes capazes de atuar em sua construção. O discurso produzido pode ser considerado como uma co-construção, da qual participam o entrevistador e o entrevistado, com o sentido das perguntas e das respostas mutuamente e contextualmente construídos por ambos. O papel do entrevistador não se limita a fazer falar, mas é central na própria produção de dados.

Conforme Danielle Ruquoy (1997), a entrevista é o instrumento mais adequado para delimitar os sistemas de representações, valores e normas veiculadas por um indivíduo. Escolher esta técnica é optar por condições metodológicas que envolvem uma relação verbal entre o investigador e a pessoa interrogada, bem como uma provocação do pesquisador, para fins de investigação, baseada na utilização de um guia, numa perspectiva intensiva para conhecer em profundidade as reações das pessoas.

As entrevistas podem ser classificadas em dois extremos: um polo onde o entrevistador favorece a expressão mais livre do seu interlocutor, intervindo o mínimo possível; e outro polo no qual o entrevistador estrutura a entrevista a partir

de um objeto de estudo estritamente definido. A semidiretiva situa-se no meio termo, onde o próprio entrevistado pode estruturar seu pensamento em torno do objeto, mas, por outro lado, a definição do objeto de estudo elimina considerações irrelevantes e aprofunda pontos que ele próprio não teria explicitado.

Em relação à estruturada ou com diretividade, os questionamentos são fechados. A não diretiva, ou não estruturada, se relaciona com a biografia ou clínica. Já na semidiretiva, ou semiestruturada, há esquema prévio, mas se constitui na interlocução entre pesquisador e entrevistado. Há uma margem para a construção conjunta de formulações. É bastante indicada para temáticas pouco discutidas ou pouco documentadas.

A entrevista semidiretiva surge na psicoterapia para ajudar o sujeito a exprimir-se e libertar-se dos entraves que o impedem de acender à própria verdade. O terapeuta mostra-se apenas como um revelador que reformula o dito e exprime o que capta. Na investigação, o foco não é uma mudança, mas um desejo de conhecimento. O saber teórico do investigador ocupa o pano de fundo, delimita o campo de pesquisa e baliza a exploração. Para assegurar a pertinência e qualidade dos dados, devem ser focados três aspectos: objeto do estudo, contexto interpessoal e condições sociais de interação.

Flick (2009) trata do interesse crescente e utilização ampla da entrevista semiestruturada. Tal fato se dá em função da maior probabilidade de que os pontos de vista dos sujeitos sejam expressos a partir de um planejamento relativamente aberto do que em um questionário fechado. Esclarece um ponto central nas entrevistas semiestruturadas, as questões mais ou menos abertas que formam um guia de entrevista e são respondidas livremente pelo entrevistado. A ideia é que os questionários padronizados obscurecem o ponto de vista pesquisado. Como não há garantia de compatibilidade entre este roteiro e o estilo do interrogado, o pesquisador tem liberdade para escolher a ordem das perguntas. Deve também auxiliar em divagações e digressões, conduzindo a atividade com decisões tomadas no momento e que exigem sensibilidade. Mostra-se importante a gravação não apenas para coleta exata do material, como também para aperfeiçoamento das técnicas.

Na abordagem qualitativa interroga-se um número limitado de pessoas, de modo que a questão da representatividade, no sentido estatístico, não se coloca. O

critério de valorização da amostra passa a ser sua adequação com os objetivos da investigação, com foco na diversificação das pessoas interrogadas e assegurando que nenhuma situação importante foi esquecida. No que tange à amostra, quanto mais heterogênea for a população de referência, maior será o número de indivíduos a interrogar. O mesmo ocorrerá em função do grau de complexidade dos objetivos da investigação.

### **2.2.2 A Teorização Fundamentada nos Dados**

A análise do material obtido nas entrevistas será feita com base na Teorização Fundamentada nos Dados. Para compreender este método, serão expostos pontos centrais com base nos trabalhos de Strauss (2008), Anne Laperrière (2010) e Riccardo Cappi (2014; 2017). Esta metodologia visa à elaboração de uma teoria enraizada na realidade empírica, razão pela qual é também chamada de teorização enraizada. Elaborada por Glaser e Strauss em 1967, é um dispositivo de pesquisa voltado para geração de uma leitura teórica dos fenômenos sociais embasada na análise dos dados empíricos. Apresenta-se tanto como um modelo de construção da teoria sociológica, quanto como um procedimento de análise de materiais empíricos, o qual considera a relação entre teoria, método e dados. A partir de um cunho prevalentemente indutivo, apresenta a possibilidade de produzir, no decorrer da própria pesquisa, uma formulação teórica a partir dos dados, ou seja, emergindo da observação. Fala-se em prevalência, já que o percurso é comumente guiado por uma leitura prévia por parte do pesquisador.

Os princípios metodológicos desta teorização têm duas influências principais: o pragmatismo americano e a filosofia fenomenológica. Do primeiro adquiriu a necessidade de enraizar a teoria na realidade para avanço das disciplinas científicas, e a importância da observação localizada para a compreensão dos fenômenos. Já da segunda fonte conserva o princípio inicial, de excluir as noções preexistentes relativas a um fenômeno, para deixá-lo falar por si mesmo. Rejeita a construção prévia de hipóteses e conceitos sobre o fenômeno social pesquisado para construir e verificar à medida da progressão da pesquisa no campo. O procedimento vai ao encontro de uma perspectiva epistemológica mais ampla, segundo a qual o mundo social é constantemente construído pelos atores sociais.

Foca na importância das perspectivas dos atores na definição de seu universo social, sem ignorar o contexto.

O objeto do interacionismo simbólico, a constante interpretação e definição de sua situação pelos atores sociais, não é necessariamente consciente. A coleta e a codificação de dados não são bastante extensas para admitir a verificação de hipóteses, só permitem sugerir a teoria. A teorização enraizada, então, se inscreve mais numa perspectiva de descoberta do que de verificação. Não parte do teste de uma ou mais hipóteses preestabelecidas, a partir de um marco teórico dado. Ela visa, ao contrário, à geração de hipóteses, criando uma proposta teórica que, por sua vez, pode se tornar objeto de verificação ou de discussão, à luz de outras formulações teóricas já existentes. Não significa que utiliza os dados apenas como fonte geral de inspiração. A codificação minuciosa e sistemática é essencial, sem ter um fim na exaustividade empírica, mas na exaustividade teórica.

A abordagem indutiva da TFD prevê a geração de uma teorização a partir dos dados observados. Diferente dos métodos especulativos e hipotético-dedutivos, o pesquisador não aplica um quadro teórico aos dados empíricos para verificar uma hipótese explicativa previamente formulada. A presente pesquisa visa deixar falar os protagonistas dos discursos, para assim compreender os pontos de vista. O quadro teórico, desta forma, é elaborado e não testado a partir dos discursos. Os dados não são em si portadores de elementos interpretativos. A teorização é produzida a partir da elaboração de categorias pelo pesquisador. O processo de categorização vai dos dados aos conceitos de forma circular e interativa.

A construção das categorias exige uma sensibilidade teórica do pesquisador, ligada a conhecimentos exteriores aos dados. Por isto se fala em prevalência indutiva, já que há sempre certa noção prévia. No presente trabalho discutiram-se diferentes perspectivas dos Direitos Humanos, com o objetivo de atentar às formas diversas que podem ser encontradas. A discussão teórica não teve objetivo de guiar uma verificação.

São regras analíticas da TFD: a definição do objeto de pesquisa, a seleção e descrição do local ou grupo pesquisado, bem como a elaboração das categorias conceituais. No que se refere à primeira regra, o objeto é um fenômeno social do qual se busca aprofundar a análise teórica. Deve ser um processo abordado sobre o ângulo da evolução do fenômeno. Mesmo que no início seja uma situação

delimitada, não pode ser aí encerrado. Uma das bases é a comparação com outras situações análogas e constantes.

A seleção e descrição serão determinadas pela pertinência teórica com o problema de pesquisa. O mais importante na escolha de uma situação ou população de estudo inicial é sua capacidade de esclarecer o fenômeno pesquisado. A partir da amostra inicial, o pesquisador pode coletar os dados topológicos disponíveis sobre a situação em estudo concernente à história, estruturas, ideologias, subgrupos, ou outra dimensão que possa esclarecer a análise.

Nas categorias, por fim, o conceito constitui a unidade base da análise. Não designa o próprio incidente, mas o que representa, ou o que se refere. Os conceitos pertencentes a um mesmo universo são reunidos numa categoria conceitual. Por ser analítica, esta última deve permanecer sensível à realidade pesquisada. As observações são aprimoradas conforme as comparações sucessivas, visando precisar as hipóteses. Os fatos ou incidentes são considerados indicadores dos conceitos ou categorias. Ao mesmo tempo, são o último instrumento para verificação: as categorias conceituais são modificadas até que nenhum dado novo venha contradizê-las (princípio da saturação). Devem-se delimitar os atributos (propriedades) que detalham o conteúdo das categorias. Tal operação é realizada em dois momentos: primeiro minimizam-se as diferenças observadas para detalhar e consolidar o conteúdo das categorias; depois essas diferenças são maximizadas para apreender as condições de surgimento e variação do fenômeno.

As propriedades de uma categoria conceitual são depois consideradas em suas dimensões. Esta remete à localização das propriedades ao longo de uma continuidade como intensidade (pouco/muito), trajetória (cedo/tarde) ou extensão (mais/menos). No fim, o processo de dimensionamento leva à pesquisa sistemática de casos negativos para delimitar os limites externos do fenômeno pesquisado. Pode-se lançar o perfil dimensional de cada ocorrência de uma categoria localizando o incidente observado, a continuidade de variações de cada uma de suas propriedades. Os perfis podem ser reunidos em modelos ou tipos.

No que tange ao processo de codificação, o método comparativo está no centro da análise e visa fazer emergir as igualdades e diferenças entre os dados para delimitar as características e relações. No começo da pesquisa a codificação é aberta e exaustiva, abarcando todas as unidades de sentido. Com o avanço do

trabalho fica mais seletiva e coerente. Trata-se de uma operação de análise através da qual o pesquisador divide, conceitualiza e categoriza os dados empíricos, podendo estabelecer novas relações entre os resultados dessas operações analíticas.

Há uma relativa dificuldade de descrever o método da TFD, já que se baseia num processo onde é necessário alternar, de maneira repetida e flexível, a observação dos dados empíricos e a formulação dos enunciados teóricos, tornando-se estes sempre mais gerais e abstratos no decorrer do processo de mão dupla. Por isto, as etapas previstas nem sempre são realizadas na mesma ordem cronológica.

Existem três etapas na TFD: codificação aberta, axial e seletiva. A primeira visa obter o maior número de conceitos e categorias. Tem dois momentos: primeiro o pesquisador se pergunta a quais conceitos podem corresponder os incidentes observados, depois especifica as propriedades e dimensões dos conceitos. A etapa axial busca estabelecer relações entre as categorias produzidas para levar mais adiante a teoria. Pode-se fazer uma primeira utilização de diagramas para sintetizar visualmente as ligações. A última etapa, de codificação seletiva, visa à integração final da teoria em relação a uma categoria central, uma linha narrativa no centro do fenômeno e o sintetiza em algumas frases. Definida a categoria teórica central da pesquisa, devem-se especificar suas propriedades e situar o conjunto das outras categorias.

É possível descrever um esboço mais simplificado das etapas mencionadas. A aberta tem o fim de elaborar conceitos para os elementos. São unidades mais abstratas que os dados reais. Estes conceitos são reunidos em categorias e subcategorias de acordo com suas relações. Tais categorias são, ao mesmo tempo, abstratas e concretas (enraizadas). A segunda etapa deve comparar as categorias, numa articulação teórica. Podem ser elaboradas hipóteses, que serão testadas nos dados empíricos. A última etapa é a integração final da teoria, numa narração central. É uma nova conceitualização do objeto, o problema teórico central. A saturação é atingida quando nenhum dado novo relevante é encontrado. É preciso lembrar que estas etapas não são sempre lineares, dependem da sensibilidade teórica do pesquisador.

A amostragem teórica da Teorização Fundamentada nos Dados está relacionada às análises. As situações e grupos são escolhidos pela pertinência para

elaboração das categorias conceituais e suas relações, e não para fins de representatividade. Procede-se à amostragem minimizando e maximizando as diferenças entre os grupos ou situações, para garantir maior densidade e precisão às categorias. A escolha dos grupos de comparação é crucial na teorização enraizada, para progredir o desenvolvimento das categorias conceituais e verificação de hipóteses. Podem ser grupos reais ou cientificamente construídos. A amostragem teórica varia conforme o alcance da teoria que se pretende elaborar.

O procedimento de amostragem segue as mesmas etapas da codificação. A aberta visa à descoberta de categorias dos fenômenos observados. Na axial pretende-se a formulação e verificação de hipóteses sobre as relações entre as categorias, bem como o exame das variações nas condições, o contexto, as ações e interações do fenômeno. Nestas etapas a amostragem é simultaneamente sistemática e fortuita. A terceira etapa, seletiva, trata de inserir e completar as análises. Procede-se a amostragem discriminatória, escolhendo os locais, pessoas e documentos que possam verificar as hipóteses e completar o exame das categorias. A coleta dos dados é realizada até a saturação, ou seja, até que nenhum dado novo venha modificar a teoria construída.

Para finalizar, destaca-se a síntese feita por Laperrière (2010) em dez pontos: 1) a coleta e a análise dos dados são processos interligados; 2) os conceitos são as unidades de base da análise; 3) categorias conceituais devem ser elaboradas e, posteriormente, relacionadas; 4) a amostragem responde a objetivos teóricos; 5) a análise procede por comparações constantes; 6) a teoria deve levar em conta, simultaneamente, regularidades e variações dos dados; 7) a teoria se articula em termos de processo; 8) a elaboração da teoria se dá por meio da redação de memorandos; 9) hipóteses sobre as relações entre categorias são elaboradas, e depois, verificadas durante a pesquisa; 10) o fenômeno pesquisado, sendo micro, deverá ser analisado em relação às condições estruturais mais amplas nas quais ele se insere.

Cabe ressaltar que, em conformidade com o conjunto das ciências sociais, os enunciados não são formulados com valor de leis. As formulações teóricas resultam do esforço interpretativo do pesquisador, que produz sentido em relação aos discursos, os quais produzem eles próprios sentido (CAPPI, 2017). São significados elaborados sobre significados, num processo de dupla hermenêutica. Há uma

relação de plausibilidade com a realidade, mas não de falsificacionismo ou causalidade.

### **2.2.3 O percurso trilhado**

Depois da exposição de considerações teóricas acerca das técnicas escolhidas, serão explicitados os passos trilhados no percurso metodológico da pesquisa. Como a investigação apresenta uma abordagem qualitativa, sem objetivo de cunho estatístico, o interesse está na diversificação de ideias, dentro do maior espectro de divergência possível. Buscamos atores “representantes”, que argumentam a partir de maneiras de pensar diferentes. Por este motivo, bem como da possibilidade de utilização de múltiplas técnicas, foi definida a aplicação de um questionário aberto anterior à entrevista semiestruturada. Tal instrumento, composto por uma pergunta aberta, buscou selecionar essas ideias antagônicas. O objetivo inicial era apenas a seleção dos entrevistados, mas, diante da robustez do material obtido, contribuiu também para a elaboração das primeiras categorias da pesquisa, para a análise das ocorrências e na construção do roteiro das entrevistas.

O questionário é uma técnica de investigação composta por um conjunto de questões que são submetidas a pessoas com o propósito de obter informações sobre conhecimentos, sentimentos, dentre outros aspectos (GIL, 2009). Geralmente são autoaplicados, ou seja, propostos por escrito aos respondentes. Nas questões abertas solicitam-se respostas próprias livres, num espaço correspondente.

Perante a configuração disciplinar do curso de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana, na qual o último semestre apresenta uma carga horária de aulas reduzida, foram designadas as turmas do oitavo e nono semestres como centrais na pesquisa. As aulas reduzidas buscam favorecer atividades extraclasse como a elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso e os estudos para o exame da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil).

Desta forma, a aplicação dos questionários ocorreu nas aulas da disciplina “Métodos e Técnicas de Pesquisa em Ciências Sociais”, dividida em quatro turmas reduzidas. Em tais contatos, houve a oportunidade de aprofundamento de alguns temas trabalhados pelo professor, o qual é orientador do presente trabalho, bem como por mim, enquanto pesquisadora e estagiária docente no semestre anterior.

Depois de esclarecidos pontos centrais na pesquisa, foi proposta a seguinte questão: “Direitos Humanos: o que essa expressão significa para você?”. Os estudantes foram orientados a responder livremente a pergunta. Com objetivo de possibilitar o contato posterior para a entrevista, foi proposto que anotassem o número presente na folha ou assinassem com um nome fictício de livre escolha, com objetivo de garantia de anonimato, ou, ainda, que deixassem já um contato ao final da resposta.

A pergunta referida apenas aos Direitos Humanos tinha o objetivo de fazer surgir livremente a associação ao Sistema Penal e às posições contrárias ou favoráveis relativas ao tema. Foi percebido, porém, que muitas respostas se limitavam à menção dos Direitos Humanos no aspecto jurídico constitucional ou internacional de forma ampla. Por este motivo, optamos por uma pergunta mais direta, com a relação almejada já proposta. Nas duas turmas finais, então, o questionário foi o seguinte: “Para você, qual a relação entre Direitos Humanos e Sistema Penal?”. Tal divisão acabou por ser benéfica para a análise dos resultados, como será exposto.

No total foram respondidos quarenta questionários, nas turmas do oitavo e nono semestres, os quais serão categorizados a partir da Teorização Fundamentada nos Dados. Posteriormente serão selecionadas algumas respostas para aprofundamento com as entrevistas semiestruturadas. Embora tenha ocorrido uma diferenciação de perguntas nas turmas, os textos obtidos apresentaram similaridades. Tanto os primeiros, relacionados à pergunta sobre os Direitos Humanos, quanto os últimos, sobre a relação entre Direitos Humanos e Sistema Penal, apresentam considerações sobre um ou outro livremente. Ou seja, já na primeira pergunta aparecem ideias sobre o Sistema Penal e a relação, e, na segunda, muitas noções individuais sobre os Direitos Humanos também são apreendidas. Por estes motivos, a categorização ocorrerá de forma conjunta, sem prejuízo metodológico ou de compreensão. Estes resultados, referentes tanto à categorização quanto à análise, serão apresentados no próximo capítulo.

No que tange à entrevista semiestruturada, alguns cuidados metodológicos foram tomados, como a elaboração do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, e do roteiro. O termo, presente no Anexo A deste trabalho, foi assinado por todos os interrogados e contém: descrição e convite à participação; quais os pesquisadores

implicados; explicação da entrevista; garantia de anonimato e confidencialidade; concordância com a gravação do material e armazenamento para futuras pesquisas; oferecimento da possibilidade de revisão; esclarecimento quanto à possibilidade de não responder ou de se retirar da pesquisa.

A respeito da elaboração do roteiro, algumas técnicas foram utilizadas, com base no curso de entrevistas ministrado por José Roberto Xavier ao Grupo de Pesquisa em Criminologia em 2015. A introdução deve lançar o entrevistado na área de interesse do pesquisador. Isto é útil para dar uma direção à entrevista, sem fechar demais o campo de possibilidades. Outros pontos importantes: propor temas sempre ditados pelas perguntas da pesquisa; evitar fechar o campo de resposta em demasia (a pergunta deve sempre dar uma ampla margem de manobra para o entrevistado) e preocupação com a ordem dos temas (facilidade maior no caminho do geral para o específico). Além da preocupação com a não diretividade em cada tópico, pois não se trata de um questionário, mas de um guia aberto a descobertas. Uma pergunta deve ser feita de cada vez, evitando respostas do tipo “sim” ou “não” (fechamento do campo), ou perguntas que sugiram a resposta e termos carregados de sentido e enviesados. Diante disto, e a partir do próprio material obtido nos questionários, resultou o seguinte roteiro:

- 1) Você escreveu que (introdução com uma frase escrita no questionário). Poderia explicar melhor o que entende por Direitos Humanos?
- 2) Algumas pessoas acreditam que os Direitos Humanos são privilégios de criminosos. Como você avalia este pensamento?
- 3) Gostaria que você me falasse sobre a relação entre o crime praticado e a garantia dos Direitos Humanos.
- 4) Fale-me sobre como você avalia as sanções no Sistema Penal brasileiro. Desafios e potencialidades.
- 5) De que maneira você enxerga as demandas por criminalizações (ou maiores penas) feitas em nome dos Direitos Humanos? Por exemplo a criminalização da homofobia ou aumento da pena do crime de tortura.

É importante ressaltar que cada uma das perguntas elaboradas abarca uma gama de possibilidades de questionamentos menores ou aprofundamentos diversos. A primeira incentiva um maior detalhamento das formas do conceito. A segunda permite que o entrevistado se posicione em relação aos Direitos Humanos. A

terceira questão abrange as ideais a respeito da extensão de garantia dos Direitos Humanos às pessoas encarceradas. As respostas podem variar em relação às pessoas desviantes, ao tipo penal praticado e ao tipo de garantia pretendida, por exemplo. A quarta, por sua vez, tem a potencialidade de descobrir posicionamentos críticos ou legitimadores do Sistema Penal (seja no sentido de punir “pouco”, de punir “errado” ou outros) e às medidas alternativas. A última permite a observação do (possível) paradoxo dos Direitos Humanos. Esta maneira de proceder possibilita que os discursos surjam naturalmente, sejam aprofundados ou provocados.

Em relação ao momento da entrevista, alguns cuidados essenciais foram tomados, como por exemplo: ser gentil, clara, não interromper, não falar demais, apresentar interesse nas respostas pela atitude não verbal, seguir as respostas para ser capaz de relançar e reformular, prestar muita atenção no comportamento do entrevistado ao responder (pois ele pode dizer mais do que a resposta em si), e não sugerir julgamentos. Isto, é claro, foi um esforço de pesquisa, que em muitos momentos não se realizou corretamente. Cada entrevista é única e traz elementos novos para a autoavaliação. Diante de circunstâncias diversas, a duração das entrevistas variou de vinte minutos a uma hora. Quatro entrevistas foram realizadas e a fase posterior foi designada para escuta, transcrição e estudo do material obtido. Destacamos que havia interesse na ocorrência de uma nova rodada de entrevistas, as quais, infelizmente, coincidiram com o início do processo de isolamento social decorrente da pandemia. Isto, entretanto, não prejudicou o aprofundamento das análises dos materiais, ricos, obtidos. Estes resultados também serão expostos no próximo capítulo. Todos os trechos destacados são de informações verbais devidamente consentidas. Para garantia de anonimato, os entrevistados serão nomeados de A1, A2, A3 e A4.

### 2.3 UMA SEGUNDA ETAPA QUE MOBILIZA UMA TEORIA

Conforme destacado, os resultados da primeira fase convidam para um outro movimento, de colocar à prova uma leitura teórica. A teoria da Racionalidade Penal Moderna será o nosso instrumento de releitura dos discursos dos estudantes. Concebida como um sistema de ideias específico que embasa teórica e ideologicamente o Direito Penal nas sociedades ocidentais a partir do século XVIII, a

RPM projeta um conceito da sanção estatal focada na exclusão social e na infligência de dor.

Esta etapa da pesquisa apresenta um cunho mais dedutivo ao mobilizar um marco teórico com fins de verificação. A hipótese apontada é que, independentemente da posição adotada em relação aos Direitos Humanos e suas formas atualizadas, as argumentações dos estudantes atualizam esta estrutura que liga um comportamento a uma sanção aflitiva e privativa de liberdade. Em outras palavras, que tanto defensores quanto opositores dos Direitos Humanos desejam punir mais e com mais rigor. Há, então, um novo esforço interpretativo com um suporte teórico específico orientando a análise.

As considerações teóricas a respeito da Racionalidade Penal Moderna e os resultados obtidos com a análise dos dados à luz desta teoria serão apresentados no último capítulo. Esta segunda fase não altera os resultados obtidos indutivamente na primeira. Estes podem, inclusive, ser relidos com base em outras formulações teóricas futuramente.

Essa estrutura dividida em duas rodadas distintas é embasada no trabalho de Riccardo Cappi (2017), que elucida o motivo da não integração das análises. A intenção é de remeter o *corpus* empírico e os resultados iniciais a diferentes esclarecimentos, para a obtenção de informações diversificadas e complementares. A opção pela unidade poderia diminuir o alcance indutivo da pesquisa. Enfatizamos, então, o potencial produtivo dessa alternância de olhares.

### **3 DEIXAR FALAR OS DISCURSOS: A RODADA INDUTIVA**

Em prosseguimento ao que fora proposto anteriormente, esta primeira rodada de investigação empírica terá uma abordagem prevalentemente indutiva, na busca de deixar falar os discursos, para extrair deles os conteúdos e as categorizações que interessam. Pretende-se, agora, responder a questão principal, já aprofundada no trabalho: de que maneira são atualizadas formas do meio Direitos Humanos em relação às respostas estatais às condutas criminalizadas, a partir dos pontos de vista expressados pelos estudantes formandos em Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana?

Este capítulo apresentará os resultados da primeira etapa de investigação. Inicialmente serão estudados e categorizados os questionários abertos aplicados nas turmas do oitavo e nono semestres. Este instrumento possibilitará a elaboração das primeiras categorias conceituais a partir do método, bem como a escolha dos entrevistados na modalidade de entrevista semiestruturada.

A análise dos materiais coletados, com a Teorização Fundamentada nos Dados, tem como passo inicial, referente à codificação aberta, o desenvolvimento de conceitos resumidos, ou categorias, construídas pela pesquisadora. Posteriormente, as categorias são organizadas e relacionadas entre si, com base na codificação axial, para enfim chegar à elaboração de uma narrativa central (ou mais), na chamada codificação seletiva. Cabe ressaltar a constante releitura do material empírico e também o esforço interpretativo da pesquisadora. A cada repetição do procedimento, as categorias são refinadas ou novas categorias são elaboradas, até a saturação, ou seja, até nenhum dado novo relevante ser encontrado a ponto de precisar uma nova construção de categoria.

Posteriormente, com a escolha dos estudantes, as entrevistas semiestruturadas são realizadas. A partir do novo material obtido serão elaboradas, então, novas categorias conceituais. As etapas da TFD culminarão na produção de um quadro onde é possível ler os discursos em função destas categorias e observar de maneira transversal a ocorrência de cada uma. Por fim, serão levantadas algumas formulações teóricas embasadas nos dados observados.

### 3.1 CATEGORIAS CONCEITUAIS DOS QUESTIONÁRIOS

Conforme já explicitado, foram aplicados quarenta questionários abertos nas turmas do oitavo e nono semestres de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana. A partir da leitura do material obtido foram desenvolvidas oito categorias (ou macrocategorias). São elas: Concepção dos Direitos Humanos; Objetivos associados aos Direitos Humanos; Realidade dos Direitos Humanos; Abrangência dos Direitos Humanos; Concepções dos Direitos Humanos aproximados do Sistema Penal; Noções associadas à relação Direitos Humanos x Sistema Penal; Noções associadas ao Sistema Penal; Menções à crítica aos Direitos Humanos.

A partir das macrocategorias conceituais elaboradas foi construído um quadro onde é possível ler as categorias, e observar de maneira transversal a quantidade de ocorrências de cada um. Mais simples em relação à categorização das entrevistas, essa construção buscou explicitar a variedade das ideias e a constância com a qual aparecem. Embora os objetivos sejam de cunho estatístico, as ocorrências foram contabilizadas com intuito de sugerir uma maior regularidade dos discursos. A contagem proposta então, é meramente indicativa, sem valor analítico. De forma simplificada, o quadro pode ser visualizado como um questionário ilustrativo, no qual os estudantes marcam suas opiniões. Segue o quadro elaborado para posterior análise das categoriais individualmente:

Quadro 1 - Categorias dos Questionários

<b>CATEGORIAS</b>	<b>OCORRÊNCIAS</b>
<b>1. CONCEPÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b>	
Conceito aberto ou amplo	6
Direitos inerentes aos seres humanos	5
Direitos fundamentais ou ligados à Constituição	8
Direitos associados aos Tratados Internacionais	5
Associados à empatia social ou igualdade	2
Associados à utopia	1
Associados a dimensões culturais, religiosas ou políticas dos povos	6
Construção social dinâmica ou plural	4
Resultado de uma evolução histórica civilizatória	4
<b>2. OBJETIVOS ASSOCIADOS AOS DIREITOS HUMANOS</b>	
Respeito à humanidade e ao ser humano	8
Respeito ao meio ambiente	3
Garantia de liberdade e igualdade	6
Garantia da vida	2
Garantia de direitos sociais como alimentação, saúde, moradia ou outros	6
Garantia de dignidade humana	10
Garantia de um processo judicial justo	3
Garantia do mínimo para uma vida humana digna	8
Garantia de segurança	2
Afastamento da barbárie	3
Proteção contra o poder ou contra o Estado	3
Proteção contra tratamento cruel ou degradante	4
Proteção da Democracia	1
Garantia de bem estar social	2
<b>3. REALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS</b>	
Ausência de efetividade prática	2
Existência de muitas violações	5
Existência de associações ou delimitações equivocadas	2

Existência de um contexto de Estado de Exceção	1
<b>4. ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS</b>	
Alcance do conjunto da população	10
Alcance preferencial dos desprovidos de direitos	2
<b>5. FUNÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO AO SISTEMA PENAL</b>	
Função humanizadora do Sistema Penal e da pena	5
Função humanizadora do preso	1
Garantia de dignidade humana	5
Garantia de um processo justo	4
Garantia de uma defesa justa	1
Afastamento de abusos por parte do Estado	4
Afastamento de abusos por parte dos presos (em relação aos próprios presos)	1
Afastamento de abordagens policiais violentas	2
Fiscalização da execução da pena	1
Fortalecimento das penas alternativas	2
Fortalecimento de aspectos restaurativos	1
Afastamento da vingança ou punitividade aflitiva	3
Garantia de igualdade na aplicação	2
Garantia de integridade e afastamento da tortura	3
Garantia de boas condições estruturais na prisão	3
Garantia de direitos individuais do preso (visita, acompanhamento psicológico, saúde, outros.)	2
Garantia de ressocialização	2
<b>6. ASSOCIAÇÃO “DIREITOS HUMANOS x SISTEMA PENAL”</b>	
Relação com dualidade de opiniões	2
Relação conflituosa	6
Relação desrespeitosa	9
Relação benéfica e necessária	9
<b>7. NOÇÕES ASSOCIADAS AO SISTEMA PENAL</b>	
<i>Ultima Ratio</i> (último recurso do Estado)	1
Violência ou repressão	3
Barbárie ou práticas desumanas	1

Punitividade ou eliminação	3
Reprodução de desigualdades	3
Falência	1
Violação de direitos dos presos	6
Violação de direitos das vítimas	2
Encarceramento	2
Ausência de ressocialização	2
Sucateamento, superlotação e falta de higiene	1
<b>8. AVALIAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PRIVILÉGIOS</b>	
Discurso conservador	1
Discurso equivocado	4
Discurso midiático	1
Olhar de desilusão social	1

Fonte: Elaborado pela autora

A primeira macrocategoria, “Concepção dos Direitos Humanos”, engloba os conceitos ou associações aos Direitos Humanos que aparecem nas escritas de maneira individualizada, não relacionada ainda ao Sistema Penal. Observa-se uma multiplicidade de ideais ou sentidos. Inicialmente é destacada a própria indeterminação conceitual diante da abertura ou amplidão do termo. Numa perspectiva mais jurídica, são vistos como direitos fundamentais ou positivados na Constituição Federal, e os referidos nos Tratados Internacionais pactuados entre as nações. A ideia de direitos inerentes ao ser humano também aparece, numa abordagem mais jusnaturalista, ou seja, como natural da pessoa independente da prescrição legal. No que tange às perspectivas mais sociais, percebem-se menções à empatia, igualdade e utopia. As primeiras se relacionam por contemplarem a ideia de pessoas iguais que se observam enquanto iguais. Já a utopia buscou apresentar um descompasso entre os objetivos almejados e a realidade de violações. Sobre a maneira de construção desses direitos, são ressaltadas a formação histórica dinâmica ou plural nas diversas localidades e a noção evolutiva da barbárie à civilização.

Nesta macrocategoria já podem ser observadas algumas formas que o meio Direito Humanos adquire a partir do ponto de vista dos estudantes. Estas serão

aprofundadas no próximo tópico. A noção que aparece com maior frequência é a dos direitos fundamentais ou constitucionais. Algumas ideias podem ser ilustradas nas respostas que seguem:

A meu ver a expressão “Direitos Humanos” é plurissignificativa, a sua análise vai depender da perspectiva que se adota para se fazer tal leitura. Não obstante, creio que, no seu âmago, ela vem a significar um processo, uma constante evolução civilizatória a partir da perspectiva de uma conquista lenta, árdua e gradual de conquista de direitos fundamentais e de valorização da dignidade da pessoa humana (Estudante 18, questionário, 2020).

Direitos Humanos é uma valoração de um conjunto de direitos que seriam próprios do ser humano. No entanto, esta concepção não é estática, e sim dinâmica, haja visto que sua conceituação pode variar a depender do local ou circunstância em que se estuda a expressão. Direitos Humanos é uma construção derivada de diversos aspectos, como por exemplo, questões éticas, sociais, culturais, *políticas*, religiosas, etc., ou seja, ele não é algo que sempre esteve pronto, mas sim algo que se desenvolve ou modifica a depender da relação entre os temas supracitados em épocas/períodos distintos (Estudante 4, questionário, 2020, grifo do autor)

Já a segunda macrocategoria, “Objetivos associados aos Direitos Humanos”, elenca as maneiras como os estudantes expõem os objetivos que associam a tais direitos. O respeito é ligado à humanidade, ao humano e ao meio ambiente. A garantia, por sua vez, é de vida, liberdade, igualdade, direitos sociais, dignidade, mínimo para uma vida digna, processo judicial justo, segurança e bem estar social. Deve, ainda, evitar a barbárie e proteger contra o poder (geral) e o Estado (específico), contra tratamento cruel ou degradante, e por fim proteger a democracia.

As garantias foram condensadas no quadro para melhor compreensão analítica. Nas escritas, entretanto, foram mencionadas como princípios jurídicos específicos. São eles: Dignidade da Pessoa Humana, Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório, e Mínimo Existencial. Por este motivo foi diferenciada a dignidade humana das condições mínimas para uma vida digna, já que se referem a princípios distintos. Há, então, uma associação jurídica que invoca princípios ou direitos específicos<sup>4</sup>. Os direitos que se sobressaem são o respeito ao humano e à

---

<sup>4</sup> Cabe uma breve nota esclarecedora com base em juristas como Pedro Lenza (2018) e Ana Paula de Barcelos (2002). A noção central está no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, base do ordenamento jurídico e fundamento da República, conforme a Constituição Federal de 1988, e das democracias sociais. Dispõe, em suma, de prerrogativas que garantem ao homem uma existência

Dignidade da Pessoa Humana, bem como às garantias individuais como alimentação, saúde e moradia. São exemplificados nos trechos que seguem:

Expressa uma garantia de direitos fundamentais para o respeito da dignidade humana. Dessa forma, significa liberdade de expressão, pensamento, também significa uma proteção contra possíveis arbitrariedades do Estado, além disso, pode significar uma luta por igualdade no tratamento de todos perante a justiça. Principalmente significa que é um direito que abarca a todos, que nos propicia especialmente a garantia do direito à vida. (Estudante 7, questionário, 2020).

Direitos Humanos seriam aqueles sem o qual não poderia existir mínimo essencial para a boa sobrevivência tanto no particular quanto em sociedade. Perfazendo uma esfera ativa além do que se encontra na lei, nos acordos, tratados, etc. Para mim seria uma construção diária e a própria vertente do chamado 'Direito achado na rua' onde se observa a dinâmica social e cultural de cada local (Estudante 6, questionário, 2020).

A terceira macrocategoria, “Realidade dos Direitos Humanos”, traz críticas apontadas à falta de efetividade prática dos Direitos Humanos, às constantes violações, às associações ou delimitações equivocadas e à instauração de um Estado de Exceção. Abarca, assim, noções referentes à realidade de tais direitos, em contraposição à teoria. As associações ou delimitações referem-se à ligação entre os Direitos Humanos e os direitos dos presos. Destaca-se a transcrição do questionário 2:

Utopia. Os direitos humanos encontram-se expressos na Constituição Federal e compreende principalmente os direitos fundamentais, os quais na maioria das vezes não são aplicados, encontra-se fungido também a dignidade da pessoa humana. Mas acredito que infelizmente não consigo visualizá-los na prática. Como visualizar os direitos humanos em uma sociedade em que parte da população não possui alimentos na mesa? Não tem acesso a uma saúde digna? Como visualizar os direitos humanos em um sistema carcerário falido, que impõe aos cidadãos viver em um estado de barbárie? A partir do momento em que os direitos básicos expressos na Carta Magna tiverem aplicação no caso concreto, podemos então partir para os Direitos Humanos, o qual na minha visão é um sistema mais evoluído, encontrando respaldo principalmente nos tratados (Estudante 2, questionário, 2020)

---

digna, baseada nos princípios da liberdade e da igualdade. Abarca também a ideia de Mínimo Existencial ou sem o qual não há vida digna, de modo a estabelecer uma meta mínima de prestação estatal. O Devido Processo Legal, por sua vez, estabelece que ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem a observância das normais processuais e legais adequadas. Abarca assim, o Contraditório e a Ampla Defesa.

A quarta macrocategoria trata da “Abrangência dos Direitos Humanos”, dirigida a todas as pessoas sem restrição e principalmente aos menos favorecidos de direitos. Desta forma, a universalidade dos Direitos Humanos foi destacada, e não foram observadas menções à limitação para determinadas pessoas ou crimes.

Acredito que esta expressão faz referência àqueles direitos inerentes ao ser humano, direitos estes que possuem relação com garantias mínimas para uma vida digna. São direitos que devem ser assegurados independentemente de raça, cor, gênero, religião ou classe social, devendo haver extensão universal, *erga omnes*. (Estudante 16, questionário, 2020)

Na quinta macrocategoria, denominada “Função dos Direitos Humanos em relação ao Sistema Penal”, são observadas formas que o conceito adquire quando aproximado ao Sistema Penal. De maneira mais específica, os Direitos Humanos se atualizam como instrumento para evitar determinadas condutas: abusos por parte do Estado, abusos por parte dos presos em relação aos próprios presos e abordagens policiais violentas. Esta última poderia ser inserida nos abusos estatais, mas, como apareceram especificadas nas respostas, optamos por apresentá-las individualmente. Em prosseguimento, a noção dos Direitos Humanos toma forma de ações positivas por parte do Estado: fiscalizar a execução das penas; favorecer penas alternativas e aspectos restaurativos<sup>5</sup>; e humanizar o Sistema Penal, as penas e os presos. São também enquadrados na forma de princípios, quais sejam: Dignidade da Pessoa Humana, Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa, Igualdade (ou combate às desigualdades) e Integridade (ou combate ao tratamento degradante e tortura). Por fim, os Direitos Humanos aparecem como direitos do preso de forma específica: boas condições estruturais (ou um novo formato de prisão); direitos individuais como visita, saúde, higiene e acompanhamento psicológico; ausência da dimensão vingativa da pena e ressocialização. As ocorrências mais frequentes foram relacionadas à humanização do Sistema e da pena, bem como à garantia da Dignidade da Pessoa Humana. Um aspecto comum nas respostas é a associação com as normas processuais e com o local de cumprimento da pena privativa de liberdade. O questionário 27 elenca

---

<sup>5</sup> Práticas restaurativas são aquelas que privilegiam toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito. Unem, portanto, vítima, infrator e coletividade para correção e reintegração (JACCOUD, 2005).

algumas dessas formas, enquanto o 31 faz referência aos direitos dos presos, como se vê:

Devido Processo Legal; Contraditório e Ampla Defesa; Igualdade; execução da pena; sistemas prisionais/conjuntos prisionais; humanização da pena; locais de cumprimento de pena; tempo de cumprimento de pena; direitos à saúde (mental e física), ao apoio familiar (visitas) durante o cumprimento da pena; abordagem policial. (Estudante 27, questionário, 2020).

A relação entre Direitos Humanos e o Sistema Penal está ligado na busca de trazer mais dignidade e humanidade para os indivíduos que estão presos, sendo que sofrem alguns direitos restringidos. O DH é uma forma de 'freio' para as arbitrariedades que acontecem nos presídios brasileiros. Assegurando a estes um padrão de preservação de seus direitos fundamentais, que na maioria das vezes são violados (Estudante 31, questionário, 2020).

“Associação ‘Direitos Humanos x Sistema Penal’”, é a sexta categoria elaborada, e traz ideias direcionadas especificamente à relação proposta, não aos conceitos de maneira individualizada. A primeira noção se refere à leitura da dicotomia ou dualidade de opiniões. São observações sobre os posicionamentos contrários e favoráveis ou de críticos e defensores, que a associação incita. A noção de contradição, por sua vez, faz referência à dimensão contraditória que existe na relação, seja pela não “humanização” do Sistema Penal, seja pela demanda de punição feita em nome dos Direitos Humanos. Ou seja, se por um lado os Direitos Humanos “falham” nas garantias penais, por outro o próprio Sistema se fortalece a partir do discurso humanista. A relação também é vista como desrespeitosa, diante das numerosas violações aos Direitos Humanos que ocorrem no interior do Sistema Penal. Por fim, é tida como benéfica e necessária, justamente para o aperfeiçoamento deste sistema violador. Alguns desses pontos são observados nas respostas 23 e 24 que seguem:

Direitos Humanos e Sistema Penal possuem uma relação visceral, tanto para aqueles que percebem os dois de forma positiva quanto aqueles que veem esses por um olhar de desilusão. Isso porque para os primeiros há uma relação de necessidade dos direitos humanos para que o sistema penal se realize de modo a respeitar as garantias fundamentais. Ou seja, os direitos humanos funcionam como um instrumento de contenção para o não acontecimento de carnificinas, de mortes em vidas, etc. No entanto, pensando a partir de um olhar de desencanto é possível afirmar que a relação de direitos humanos e sistema penal é uma relação de subserviência do primeiro em relação ao segundo. Dito de outra maneira, os direitos humanos não

funcionam para controlar o sistema penal nem para impedir violações de direitos fundamentais, uma vez que a razão de ser do sistema penal é as próprias violações, na medida que este é fundado nas desigualdades (Estudante 23, questionário, 2020).

Uma principal contradição que me vem a cabeça ao pensar a relação de Direitos Humanos e Sistema Penal é a utilização do discurso dos direitos humanos como justificativa para a instituição do Sistema Penal, para acautelar esses direitos, em relação aos cidadãos em geral, ao mesmo tempo em que tanto no plano formal quanto material há a violação constante dos direitos humanos da população inserida nesse sistema, desde vítimas a pessoas que cometeram o ato criminalizado (Estudante 24, questionário, 2020).

Observam-se ideias sugerindo oposições de sentido ou contradições, ora apresentando a relação como conflituosa, ora como necessária e benéfica. Em outras palavras, existe uma ideia de que “vale a pena” (literalmente) insistir na aproximação dos Direitos Humanos ao Sistema Penal na busca de um aperfeiçoamento, ainda que não haja indícios empíricos deste benefício. Esta aparente contradição foi observada em algumas respostas, como se vê:

Ao pensar em Sistema Penal, se tratando especificamente do modelo brasileiro soa quase como uma afronta às garantias, na prática, aos Direitos Humanos. O encarceramento não consegue alcançar o objetivo de reeducar indivíduos e recoloca-los recuperados na sociedade. Pelo contrário, na maioria dos casos há uma degeneração do indivíduo nas prisões. Os direitos humanos constituem pedra fundamental para que haja o mínimo de garantias aos indivíduos presos, trazem em seu escopo um novo formato de prisão. Apesar de suas violações, revolucionou a perspectiva de que o preso deve pagar sua pena de forma degradante e ser alvo da vingança da sociedade. Dá ao preso mesmo que de forma abstrata, com leis não cumpridas, mas que norteia programas que incluem o encarcerado como um ser humano (Estudante 28, questionário, 2020).

Os Direitos Humanos funcionam como limitadores do Sistema Penal. Sabe-se que com a evolução histórica do Direito, tem-se no início da criação de um Sistema Penal a autorização para que fossem aplicadas penas aflitivas àqueles que cometiam delitos, salientando que tais penas corpóreas eram fundamentadas em diversas espécies de tortura. A partir de pensadores e do próprio processo evolutivo, o Direito Penal visto como a ‘ultima ratio’ passa a tutelar bens específicos, e dentro de um Sistema Penal fundamentado em valores constitucionais, em que pese na prática ainda estar longe de uma perfeição, registra-se avanços, através de todo arcabouço de leis que abarcam os Direitos Humanos, balizados em princípios basilares como Dignidade da Pessoa Humana, entre outros. E dentro de um

Sistema Penal que passa das citadas penas aflictivas para as chamadas penas alternativas (Estudante 39, questionário, 2020).

“Noções associadas ao Sistema Penal”, sétima categoria, traz sentidos direcionados ao conceito de Sistema Penal. Este aparece como *Ultima Ratio*<sup>6</sup>; violência ou repressão; barbárie com práticas desumanas; punitividade com eliminação dos sujeitos; reprodução das desigualdades; falência; violação dos direitos dos presos e também das vítimas; encarceramento; ausência de ressocialização e sucateamento (associado principalmente à superlotação e falta de higiene). Na quase totalidade das observações, as noções são de cunho crítico ou deslegitimador. A forma de violação dos direitos dos presos foi observada com maior frequência. No questionário 36, por exemplo, há a seguinte associação: “sistema penal brasileiro – caráter eminentemente punitivista – necessidade de eliminação do sujeito marginal” (Estudante 36, questionário, 2020).

A oitava e última categoria, “Avaliação da associação dos Direitos Humanos a privilégios”, traz referências aos discursos contrários a tais direitos enquanto posicionamentos midiáticos, conservadores, equivocados ou de desilusão. Abrangem frases como: “Direitos Humanos para humanos direitos”; “Indivíduos marginalizados merecem”; “Direitos Humanos são privilégios para bandidos”; “Presos são desprovidos de Direitos Humanos”. As observações feitas nesta categoria podem ser classificadas como de “terceira ordem” (PIRES, 2014), já que são feitas a partir de observações (dos estudantes) de observações (das pessoas contrárias aos Direitos Humanos). Nenhuma das referências se deu em tom de aprovação ou consonância, ao contrário, ressaltaram as problemáticas presentes em tais falas. Desta forma, posicionaram-se como favoráveis aos Direitos Humanos para todos.

[...] Os Direitos Humanos não visam garantir, como é retratado na mídia, os direitos das pessoas que estão encarceradas, mas de todos aqueles, encarcerados ou não, que são “vítimas” do sistema capitalista, por não terem a igualdade de condições de viver dignamente como os demais (Estudante 1, questionário, 2020)

---

<sup>6</sup> Último recurso a ser usado pelo Estado como respostas às condutas criminalizadas. Deve-se recorrer apenas diante da impossibilidade de soluções em áreas como o Direito Civil, por exemplo (GOMES, 2016).

A dicotomia entre Direitos Humanos e Sistema Penal é de fundamental importância. Muitos discursos conservadores dizem a seguinte frase: 'direitos humanos para humanos direitos' fazendo uma crítica aos direitos da população carcerária ou para os indivíduos que cometem crimes e o seu tratamento. Ocorre que os direitos humanos são fundamentais na vida de qualquer pessoa. Ninguém deve ser tratado de forma cruel ou degradante (Estudante 22, questionário, 2020).

A partir do quadro conceitual e das categorias elaboradas, é possível tecer algumas considerações. Nas concepções sobre os Direitos Humanos, observados individualmente, destacou-se a pluralidade de sentidos atribuídos à expressão. Elas partem de uma noção ampla e aberta; perpassam por noções jurídicas (naturais, constitucionais e internacionais); mobilizam conceitos subjetivos como empatia e utopia; e associam-se a questões sociais, políticas e culturais. Se por um lado a associação mais frequente é com a positivação jurídica constitucional, ou seja, aos direitos elencados na Constituição; por outro a dimensão cultural, religiosa ou política também é observada com frequência. No mesmo sentido, as concepções históricas de caráter evolutivo acompanham os destaques à construção dinâmica ou plural em cada sociedade. Em outras palavras, as noções jurídicas e evolutivas são numerosas mas também são as ideias de cunho crítico voltadas à dimensão social.

No que tange aos objetivos associados, foram ressaltadas as garantias de respeito e proteção, sobretudo relativas à dignidade humana e respeito ao humano. Novamente é observada uma variedade de ideias, que partem de uma noção geral de humanidade até os direitos individuais específicos. Na observação da realidade em contraposição aos ideais teóricos do tema, as críticas à ausência de efetividade e delimitações equivocadas são contundentes. A garantia de Direitos Humanos deveria ser estendida ao conjunto da população sem exceções, no ponto de vista dos estudantes.

Por sua vez, as concepções dos Direitos Humanos, quando aproximados ou posicionados na relação com o Sistema Penal, são numerosas mas menos plurais. Esses direitos, então, são vistos como instrumentos garantidores de um processo justo e de uma pena humanizada, que respeita os direitos individuais dos presos. Os olhares voltam-se ao âmbito processual e de cumprimento da pena já estabelecida. A diferenciação dos questionários acabou por auxiliar nesta observação de menor variedade de sentidos, já que houve uma diversidade expressiva observada no

primeiro e não no segundo. Relembrando que a primeira pergunta tratava apenas da expressão Direitos Humanos, enquanto a segunda abordava a relação com o Sistema Penal. O Sistema Penal, por seu turno, é associado ao sistema carcerário, e visto como violador, violento, punitivo e desigual. Os discursos críticos aos Direitos Humanos, os quais fazem associações com benefícios para criminosos, são avaliadas negativamente e com tom de reprovação.

Por fim, pode-se dizer que a relação proposta, dos Direitos Humanos com o Sistema Penal, foi apontada por várias vezes mesmo no primeiro questionário. É interessante observar que as ideias mais frequentes sobre a relação trazem certa contradição de sentidos, qual seja, de pensar a relação ora como violenta e de desrespeito, ora como benéfica e necessária. Muitas respostas trouxeram as duas perspectivas juntas, ressaltando que, embora as violações sejam frequentes na prática, é importante a garantia no plano teórico-jurídico, para evitar essas mesmas mutilações. Outras escritas, entretanto, destacaram exatamente essa contradição mencionada.

Diante de todas essas considerações, e com base na frequência dos argumentos, é possível tratar de uma narrativa central. Ela faz referência a um conjunto de garantias positivadas na lei de forma plural e evolutiva na história, para uma vida digna a todos os indivíduos. Tais garantias, embora violadas na prática, asseguram uma necessária humanização do Sistema Penal, essencialmente violador, e devem ser defendidas sem restrição. Esta construção já é interessante para a pesquisa e sugere algumas possibilidades de aprofundamento. Pode-se apontar um enfoque dos Direitos Humanos e do Sistema Penal mais jurídico ideal (ou do que deveria ser) e outro mais crítico em relação à realidade de violações (ou de como é). Nenhuma resposta trouxe posicionamento contrário ou crítico aos Direitos Humanos, ou mesmo legitimador do endurecimento do Sistema Penal.

De maneira mais específica, propomos uma divisão de concepções em três níveis distintos. O primeiro distingue a concepção jurídica da sociopolítica. Esta, por seu turno, divide-se em descritiva e militante. Uma se limita a descrever o cenário enquanto a segunda avança nas propostas de mudanças. Por outro lado, a militante pode se posicionar como favorável ou contrária. Neste sentido, a escolha dos estudantes a serem entrevistados teve como base essa divisão de ideias.

Em consonância a narrativa central apontada, a primeira resposta selecionada, do questionário 22, traz uma grande variedade de elementos. Tais como: Direitos Humanos em forma de direitos fundamentais positivados na Constituição, relação com princípios como o Devido Processo Legal, destaque para as violações que ocorrem na prática e abrangência universal a todas as pessoas. A relação com o Sistema Penal aparece em forma de dicotomia, com o sistema sucateado e em condições estruturais precárias. Há menção direta ao pensamento “direitos humanos para humanos direitos” como equivocado. Assim, a resposta abarca muitas questões que se repetem nas demais, tornando-se uma escrita “padrão” que espelha a narrativa central. O cunho é mais jurídico, com destaque para a violação das normas estabelecidas. Segue um trecho da resposta:

Os Direitos Humanos são fundamentais na vida de qualquer pessoa. Ninguém deve ser tratado de maneira cruel e degradante. A Constituição Federal de 1988 garante que ninguém será condenado sem o devido processo legal. Nesta série de atos que levam a condenação ou absolvição de alguém devem ser assegurados todos os direitos vigentes. Embora no texto constitucional e nas demais legislações infraconstitucionais versem como o infrator deve ser tratado, diversas notícias que circulam nos meios de comunicação é possível perceber que os supracitados direitos não são cumpridos [...] (Estudante 22, questionário, 2020).

O segundo estudante selecionado foi apontado por alguns colegas como um possível posicionamento contrário aos Direitos Humanos, devido à identificação política mais conservadora. A resposta dada, no questionário 10, traz as noções de dignidade e respeito associadas ao tema, mas destaca com ênfase sua plurissignificação. A expressão é associada a sentidos, pensamentos automáticos, ligações cognitivas diretas, naturalizações e superestruturas. Desta forma, apresentou potencialidades para o objetivo central de observar a variação de formas do conceito, como se vê:

A expressão Direitos Humanos nos remetem a uma série de sentidos. Esses sentidos ou pensamentos automáticos, de ligação cognitiva direta, são discutidos desde os tempos do filósofo linguista Bakhtin. Nesta vereda, podemos trazer um sentido ligado a naturalizações, superestruturas e perceber a recepção comportamental dentro de uma mobilização emocional. Deste modo, eu entendo como uma “receita de bolo” do que seria a consolidação do entendimento da dignidade e respeito na racionalidade moderna.

Então sinto-me circunscrito a todos os clichês possíveis (Estudante 10, questionário, 2020).

A terceira seleção, da resposta 12, teve como embasamento um discurso que trata da importância do processo histórico evolutivo dos Direitos Humanos que, embora seja uma expressão genérica, tem reconhecimento constitucional e garantia a todos os “sujeitos de direito”. Por outro lado, destaca um contexto social problemático, com mobilização do conceito para fins políticos equivocados e delimitações improprias. Seria, assim, uma escrita que começa no padrão jurídico, mas caminha para um destaque crítico do político e social. Abaixo, também, a transcrição da resposta elaborada:

Pensar sobre essa expressão implica, necessariamente, reconhecer o longo processo histórico no qual o ser humano transformou-se em sujeito de direito, deixando de ser meramente um objeto. Da mesma forma, importante reconhecer que trata-se de uma expressão “genérica” e por isso, aplicada a todo indivíduo reconhecido por nossa Constituição como sujeito de direitos. É nesse sentido que considero importante a elaboração/concepção da referida expressão, passando a dotá-la dos mais diversos significados possíveis e garantias previstas pelo legislador brasileiro, considerando o cenário (por que não dizer atual?) de Estado de Exceção, no qual figuras específicas tentam utilizar-se de discursos e instrumentos políticos com o intuito de delimitar o campo de incidência destes direitos, subvertendo totalmente a sua significação (Estudante 12, questionário, 2020).

Já o quarto discurso, do questionário 37, foi selecionado dentre as (numerosas) respostas mais críticas. Trata da violação e do conflito associados diretamente à relação entre Direitos Humanos e Sistema Penal. Há menção à reprodução de violências de gênero e raciais, e um destaque para a palavra “criminalizados”. Escrita desta maneira poderia referir-se à crítica à ontologização do conceito de crime:

Eu penso que os Direitos Humanos como são estabelecidos, são violados e estão em uma relação de conflito com o Sistema Penal. Porque assim, os mecanismos desse sistema mais inibe, controla e vulnerabiliza o exercício dos direitos humanos, com a reprodução de violências de gênero, raciais e com teores que desumanizam muitas vidas e existências, desde as “vítimas” até os “criminalizados” (Estudante 37, questionário, 2020).

Assim, buscando a diversidade de ideias a partir dos questionários, a escolha dos discursos foi a seguinte: um padrão com enfoque mais jurídico; um neutro que trata da diversidade de significações e tem potencialidade de ser mais conservador; outro numa perspectiva intermediária entre o jurídico e o crítico; e finalmente um discurso de cunho essencialmente crítico. Ressalta-se que as menções às numerações de escolha têm como objetivo a compreensão lógica gradual dos discursos. Não refletem a real ordem de decisão, ou mesmo de respostas. Os entrevistados identificados posteriormente como A1, A2, A3 e A4 foram nomeados de maneira aleatória. Além disto, houve outras seleções, de pessoas que não quiseram ou não puderam responder à entrevista, posicionamento devidamente respeitado. Isto não trouxe prejuízos à pesquisa e à robustez ou consistência dos dados obtidos.

### 3.2 CATEGORIZAÇÃO DAS ENTREVISTAS

A partir desta seleção feita com base nos questionários, foram realizadas quatro entrevistas semiestruturadas, e o material obtido foi ouvido, transcrito e categorizado. Seguindo o procedimento utilizado para leitura e análise dos questionários, foram desenvolvidas nove categorias (ou macrocategorias). São elas: Concepções acerca dos Direitos Humanos; Abrangência dos Direitos Humanos; Violação dos Direitos Humanos; Relação Direitos Humanos x Sistema Penal; Avaliação das sanções estatais; Potencialidades das Sanções; Demanda por criminalizações; Medidas Alternativas e Críticas aos Direitos Humanos.

Um quadro foi construído, no qual é possível ler os discursos em função destas categorias conceituais, e observar de maneira transversal a ocorrência de cada uma. Será possível ver, de forma resumida, as diversas nuances identificadas nas falas dos atores. De acordo com Cappi (2014), esta forma de apresentar resultados é interessante para analisar de materiais qualitativos e facilita futuras análises. Segue o quadro elaborado ainda não preenchido, para ressaltar o trabalho de conceitualização desenvolvido:

Quadro 2 - Categorias das entrevistas sem preenchimento

CATEGORIAS	ENTREVISTAS			
	A1	A2	A3	A4
<b>1. CONCEPÇÕES ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS</b>				
Conceito amplo				
Conceito com validade universal				
Conceito com importância teórica				
Associados a opiniões divergentes				
Associados a pensamentos automáticos				
Associados à construção histórica evolutiva				
Associados a decisões políticas				
Direitos Fundamentais ou Constitucionais				
<b>2. ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS</b>				
Alcance a todos as pessoas				
Alcance às pessoas presas				
Alcance às pessoas presas por crimes graves				
Inadmissibilidade de cerceamento				
Inadmissibilidade de valores emocionais				
Inadmissibilidade de desumanização do criminalizado				
<b>3. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b>				
Negligência de qualquer direito				
Negação de humanidade das pessoas				
Seletividade de garantia				
Relação com grupos marginalizados				
Contexto de Estado de Exceção				
Ausência de condições estruturais nas prisões				
Ausência de ressocialização após as prisões				
<b>4. RELAÇÃO “DIREITOS HUMANOS x SISTEMA PENAL”</b>				
Noção de violação				
Associação ao âmbito de cumprimento da pena				
Associação à superlotação carcerária				
Associação à negligência no direito à saúde				

Identificação de discursos antagônicos				
<b>5. AVALIAÇÃO DAS SANÇÕES ESTATAIS</b>				
Insuficiência				
Fracasso				
Seletividade				
Encarceramento e marginalização				
Desproporcionalidade				
Ausência de finalidade pedagógica				
Ausência de resolução dos conflitos				
Associação a problemas no âmbito da aplicação da pena				
Necessidade de abolição				
<b>6. POTENCIALIDADES DAS SANÇÕES ESTATAIS</b>				
Necessidade de mudanças na maneira de olhar o crime				
Necessidade de reparação dos danos				
Necessidade de eliminar a punitividade				
Necessidade de reforma estrutural no sistema				
Necessidade de reforma estrutural na sociedade				
Necessidade de fiscalização nas prisões				
Necessidade de aplicação igualitária da pena				
Necessidade de desencarceramento				
Necessidade de ir além da privação de liberdade				
Necessidade de aprimoramento da progressão de pena				
Necessidade de educação para custodiados e trabalhadores das prisões				
Necessidade de educação para todos os cidadãos				
Necessidade de garantia dos Direitos Humanos				
Importância regulamentar até a abolição				
<b>7. DEMANDA POR CRIMINALIZAÇÕES</b>				
Posicionamento favorável				
Posicionamento contrário				
Importância da demanda				
Não associação à resolução de problemas				
Associação a um reconhecimento de reivindicações				

Associação a um paradoxo				
Associação a mais encarceramento				
Associação a mais seletividade				
Demanda contrária às liberdades individuais				
Resposta violenta para a violência				
Resposta opressora para opressões				
<b>8. MEDIDAS ALTERNATIVAS</b>				
Ausência de conhecimento aprofundado				
Associação a potencialidades				
Potência do diálogo e da escuta				
Potência educativa				
Potência do reforço positivo				
Potência da reparação do dano				
Potência negociada				
Possibilidade de aplicação apenas para crimes comuns				
Caminho para a abolição da privação de liberdade				
<b>9. CRÍTICA AOS DIREITOS HUMANOS</b>				
Posicionamento equivocado				
Posicionamento reativo à violência				

Fonte: Elaborado pela autora

As categorias serão apresentadas identificando em quais discursos aparecem e, posteriormente, o quadro com preenchimento avança nas construções teóricas. Será possível identificar aproximações e divergências entre os dados observados.

#### a) Concepções acerca dos Direitos Humanos

Na primeira categoria aparecem ideias sobre os Direitos Humanos observadas nas falas dos entrevistados. São concebidos como um conceito amplo (para A2 e A4), com validade de alcance para todas as pessoas (A1 e A2) e importância teórica (A3). As associações se referem a opiniões divergentes, diante dos posicionamentos favoráveis e contrários, e também a pensamentos automáticos a depender da pessoa que mobiliza (ambas identificadas na fala de A4). Estes pensamentos pré-definidos levariam às diferenças nas falas de juristas e não

juristas, por exemplo. São também concebidos como os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição (para A1 e A2), como parte de uma construção histórica evolutiva (A2) e relacionados a decisões políticas (A2 e A3).

A transcrição da resposta de A2 sobre o questionamento a respeito dos Direitos Humanos ilustra as ideias de abrangência e universalidade na formulação do conceito, e a associação a Direitos Fundamentais/Constitucionais, enquanto A3 destaca a dimensão política e limitante:

Trata-se de uma expressão genérica [...] você falou sobre Direitos Humanos, eu li pouca coisa sobre Direitos Humanos. Mas assim, se a gente for entender Direitos Humanos como um conjunto de direitos, por que não os fundamentais né, da Constituição, eles têm a tendência universalista de atingir todos que são considerados sujeitos de direito (Estudante A2, entrevista, 2020).

O conceito de Direitos Humanos eu entendo mais como decisões políticas sobre determinados direitos que abarcam determinados grupos de pessoas e que não necessariamente se estende a todos nesse ponto de vista [...] essa abordagem eu acho muito interessante e que se fosse colocado em prática, como diz ser, abarcaria todo mundo e não teria tantas violações (Estudante A3, entrevista, 2020).

#### b) Abrangência dos Direitos Humanos

A segunda categoria, por sua vez, traz os desdobramentos da universalidade proposta em algumas falas, de modo que tais direitos se estendam a todas as pessoas. Ressalta-se que as respostas seguem no sentido do que “deve ser” e não de uma avaliação crítica da realidade. O sentido do alcance abarca as pessoas presas, inclusive os que cometeram crimes considerados graves, ou seja, independe do tipo penal associado à conduta praticada. De forma resumida, percebe-se a seguinte ordem lógica: Direitos Humanos são universais – devem proteger todos os cidadãos – inclusive os apenados – independentemente do tipo de crime cometido. Esta estrutura está presente em todas as respostas.

A3 acrescenta informações sobre a impossibilidade de pensar estas questões partindo de valores emocionais, como alguns grupos contrários aos Direitos Humanos tentariam fazer. Também destaca, juntamente com A2, que as pessoas criminalizadas não perdem sua humanidade ao cometer uma infração. A1 defende que não devem ser restringidos em nenhuma circunstância, nem mesmo em caso de guerra declarada. Seguem as falas transcritas:

Eu acredito na melhora das pessoas, entendeu? Se o sistema retira esses direitos que são fundamentais para os indivíduos, não vai ajudar a melhorar essas pessoas. Essas pessoas não vão ter outra visão do mundo, não vão ter outra visão de como é viver em sociedade, entendeu? Não que essas pessoas não devam sofrer punições, elas vão sofrer punições, mas de maneira digna, de maneira humana mesmo (Estudante A1, entrevista, 2020).

Você veio falar comigo exatamente em meio da polêmica do Dráuzio Varela né? Tenho visto muitas declarações de colegas, mulheres, feministas, condenando o comportamento dele. Como se o crime que ela cometeu desumanizasse ela [...] não deve haver nenhum tipo de restrição, até porque quando você pratica uma atitude tida como crime você não se transformou num ser do outro mundo, você só praticou uma conduta que está descrita como crime e que pode ser interpretada de várias outras formas (Estudante A3, entrevista, 2020).

### c) Violação dos Direitos Humanos

Na terceira categoria, de perspectiva mais crítica da realidade, aparecem noções de violação, tais como: negligência de qualquer direito (em A2 e A4), significado de negação de humanidade (em A1 e A3), seletividade na aplicação (A2), relação com grupos marginalizados (A2 e A3), contexto de Estado de Exceção (A2), ausência de condições estruturais nas prisões e de ressocialização após as prisões (em A1).

As violações, assim, são pensadas desde um âmbito mais geral, da negação de humanidade por privação de qualquer direito em sociedade, até ao ambiente mais restrito da privação de liberdade. Aparecem como negação da humanidade do sujeito, já que em teoria são extensíveis a todos os humanos, associadas à aplicação prática seletiva e relacionada a grupos que já são preteridos da organização social como os mais empobrecidos, por exemplo. Esta situação conduziria a um Estado de Exceção conforme destacado por A2:

(...) se a gente vive numa sociedade em que algumas figuras são diluídas ou marginalizadas, eu considero isso um Estado de exceção. Por exemplo: quando a gente fala de índios, quando a gente fala de comunidades de fundo de pasto, que têm os direitos totalmente negados, ou então a própria questão da letalidade policial. Então eu penso assim, se você marginaliza esses sujeitos e se você não reconhece eles como participantes, como possuidores desses direitos, então você marginaliza e isso pra mim é Estado de Exceção (Estudante A2, entrevista, 2020).

#### d) Relação “Direitos Humanos x Sistema Penal”

A quarta categoria traz a relação dos Direitos Humanos com o Sistema Penal na forma de violação em todas as falas. É associada ao âmbito de cumprimento da pena e à superlotação carcerária tanto em A1 quanto A2, com destaque do segundo para a negligência no direito à saúde do preso. A relação poderia ser resumida no seguinte caminho lógico: ocorrem violações dos Direitos Humanos pelo Sistema Penal – nas cadeias superlotadas – que não conseguem garantir saúde. Importante notar que A4 destaca a existência de discursos antagônicos e extremos sobre tal relação:

O problema de você discutir Sistema Penal no mundo contemporâneo é que você pode cair facilmente nos extremos né, e isso é bastante delicado. De um lado você tem um discurso extremista de que a gente tem que matar mesmo, que a gente tem essa possibilidade de tirar a vida do outro; e do outro lado a gente tem, ao meu ver, um nível de opacidade comunicativa entre as pessoas que defendem os Direitos Humanos e aquelas pessoas que deveriam ser atendidas pelos Direitos Humanos, e as pessoas que são contra os Direitos Humanos. Eu sinto como se as pessoas que pesquisam Direitos Humanos são tratadas como se estivessem em devaneio, e esses dois polos não chegam a um meio termo e não se comunicam (Estudante A4, entrevista, 2020).

#### e) Avaliação das Sanções Estatais

Na quinta categoria elaborada, as sanções estatais são avaliadas como: insuficientes (A4), fracassadas (A3), seletivas (em todas as falas), geradoras de encarceramento com marginalização (A3 e A4), e desproporcionais (A1). São destacadas também as ausências de finalidade pedagógica ou de uma dimensão educativa da resposta (A4) e de resolução dos conflitos ou dimensão reparativa (A3). Em três respostas há uma associação das sanções com o âmbito de cumprimento de pena, e em A4 aparece a necessidade de abolição. A3 posteriormente mencionou a abolição do sistema penal como uma possibilidade de um cenário ideal, mas não enquanto posicionamento efetivo. Por este motivo ainda não destacado nesta categoria. Abaixo, trecho da fala do entrevistado A2:

(...) eu acho que a questão não é o que o legislador dispõe né, a questão é como ela é aplicada. A gente não vai ficar aqui discutindo se a pena pro crime de roubo é suficiente ou insuficiente. A questão é a quem ela atinge, né. Quem é esse sujeito, aquela questão do direito penal do autor e do fato. Então acho que o problema não é a questão de como tá disposto na legislação, o que são os crimes e

quais são as penas dispostas a esses crimes, mas sim quem é o sujeito que é atingido por esta legislação (Estudante A2, entrevista, 2020).

#### f) Potencialidades das sanções

Depois das críticas apontadas às sanções estatais, algumas potencialidades foram levantadas. Para alcançar tais potencialidades, são apontadas necessidades de: mudanças na maneira de olhar o crime (A2), reparação do dano (A3), ausência de punitividade (A3 e A4), reforma estrutural no sistema (A1 e A2), reforma estrutural na sociedade que levaria a um desencarceramento (A4), fiscalização nas prisões (A1), aplicação igualitária (todas as falas), desencarceramento (A3 e A4), ir além da privação de liberdade (A2, A3 e A4), aprimoramento da progressão de pena (A4), educação para custodiados ou trabalhadores das prisões (A1), educação para todos os cidadãos (A4), garantia dos Direitos Humanos na aplicação (A4). Por fim, A4 ressalta a importância regulamentar até a abolição total da privação de liberdade.

A única potencialidade que aparece em todas as respostas é a necessidade de aplicação igualitária da pena. As necessidades partem de uma visão mais geral da sanção estatal, em referência à maneira de olhar, até um aprimoramento mais específico, no âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade.

Pensando nas sanções de forma geral eu acho que é um sistema um pouquinho fracassado para aquilo que diz querer ser. Eu acho que várias questões que o Direito Penal tá atuando com sanções como prisão e tal não resolve nada, não resolve o conflito, o conflito continua ali, no outro dia, no final do mês, na audiência do próprio fato, tá sentado no corredor do fórum a vítima, tudo e você tá ainda sem seu celular, entendeu? (Estudante A3, entrevista, 2020)

#### g) Demanda por criminalizações

Quando questionados sobre a crescente demanda por criminalização ou aumento de pena feita em nome dos Direitos Humanos, os entrevistados A1 e A2 se posicionaram como favoráveis e A3 e A4 como contrários. A noção de importância foi levantada nas duas primeiras falas, enquanto a de ausência de solução nas três últimas. A3 teve respostas fluidas, pois, apesar de se considerar favorável às criminalizações, não acredita nelas como solução para os problemas, mas sim como um reconhecimento de demandas (em consonância com A4). O paradoxo de mobilizar o Sistema Penal violador dos Direitos Humanos para defender os mesmos

direitos foi abordado por A3 e A4, este último associando, ainda, a um maior encarceramento. O reforço da seletividade com uma resposta opressora para possíveis opressões é lembrado por A3. A4 considera uma resposta violenta para a violência e contrária às liberdades individuais, fato que vai de encontro à noção libertária dos Direitos Humanos. Abaixo as respostas A1 e A3:

Eu acredito que deve haver sim (mais criminalização) talvez por não ter tanta punição, talvez por isso que as coisas ocorrem lá, entendeu? Lá dentro. Justamente por não punir esse tipo de conduta. Porque quando a gente coíbe uma conduta, a pessoa já pensa duas vezes antes de fazer. É o meu ponto de vista (Estudante A1, entrevista, 2020).

Assim como a Lei Maria da Penha aconteceu, eu acho que pegar no braço do punitivismo pra lutas e questões de mulher, de preto, de pobre, é meio que se contradizer, entendeu? Porque o sistema prisional é, como é que eu posso falar, na minha opinião, ele trabalha com os pressupostos contrários a isso, por que é um sistema patriarcal, um sistema branco e um sistema elitista. (...) não acho que seja uma conquista, mas acho que pra eles signifique um marco importante, tipo assim de reconhecimento, só que no ponto de vista prático eu acredito que continuará acontecendo a mesma coisa. Mesmo sabendo que num caso de injúria racial com um colega eu vou dizer: ah, vamos numa delegacia. Infelizmente a gente ainda está numa 'sinuca de bico' (Estudante A3, entrevista, 2020).

#### h) Medidas Alternativas

As penas alternativas à privação de liberdade (como as restritivas de direitos<sup>7</sup>) são citadas, em todas as falas, em associação a potencialidades. A2, embora com pouco conhecimento, destaca a potência do diálogo e da escuta. Outras potências mencionadas: educativa (A1 e A2), do reforço positivo contrário à vingança (A4), da reparação do dano (A3), da negociação (A2 e A3). O entrevistado A3 ressaltou que defende a aplicação de tais medidas para os crimes comuns, cometidos sem gravidade. Destacou, por outro lado, em harmonia com A4, as alternativas como um caminho para a privação de liberdade. Esta, entretanto, foi pensada como uma possibilidade dentro de um plano ideal, ou um horizonte utópico de caminhada.

Sim (pensa mais na potencialidade das penas alternativas), menos prisão. Embora a gente tenha um rol enorme, a maioria é prisão, então eu acho que isso é um instituto que já deu. O que eu tenho

<sup>7</sup> O artigo 43 do Código Penal Brasileiro elenca como penas restritivas de direitos: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos.

hoje capacidade de opinar é sobre crimes de forma geral, que preenchem mais o sistema carcerário, os crimes comuns, roubo, estelionato, então eu acho que há possibilidades de medidas alternativas pra isso. A questão do tráfico é assustador [...] agora em relação a outros crimes eu não tenho respostas, realmente. Eu acho que essas coisas mexem muito com a gente, na condição de mulher, a primeira coisa que aparece é o instinto punitivista (Estudante A3, entrevista, 2020).

O reforço positivo é uma perspectiva muito mais pedagógica e de educação. Educar no sentido de discutir comportamento humano, mais do que ser punitivista. [...] eu acredito que hoje ainda tem que haver um sistema punitivo porque existem animais adultos que não têm a noção de civilidade que outros têm. Dentro de uma noção civilizatória que a gente fantasia, vão haver pouquíssimos transgressores, e muitas pessoas inseridas dentro da sociedade. Eu acredito numa cultura de construção de um indivíduo em outras faculdades, em paralelo com um médio punitivismo. Não esse punitivismo exacerbado que existe hoje, mas de caráter protocolar e regulamentar. Num horizonte possível caminhar para abolir totalmente esse cerceamento de mobilidade do corpo. Eu acredito muito nisso (Estudante A4, entrevista, 2020).

#### i) Crítica aos Direitos Humanos

Todos os entrevistados mencionaram o discurso crítico aos Direitos Humanos como uma associação equivocada. Desta forma, se posicionaram como defensores destes direitos. A3 associa seu posicionamento às discussões críticas ocorridas, sobretudo, nas aulas de Criminologia. A4 destaca, por sua vez, que o posicionamento contrário, embora problemático, tem uma razão de ser reativa:

Com o meu pensamento extremamente afetado depois de ter estudado criminologia, eu discordo desta afirmação. Eu penso que quando são utilizados os direitos humanos pela maioria dos aplicadores, das pessoas do direito, é utilizado de maneira muito sensata, não tenta privilegiar ninguém, muito pelo contrário, só está fazendo o básico do básico do que está na lei, não merece um biscoito por isso (Estudante A3, entrevista, 2020).

[...] tem que ser compreensível à comunidade violentada em alguns sentidos esse tipo de sentimento. Por exemplo: as vezes eu sou porteiro de um prédio e eu vivo dentro de uma comunidade, um bairro, que vive em guerra civil entre o crime organizado e a polícia, e esse cidadão que vivencia a violência e tem medo de sair de casa um pouco mais cedo, chaga mais tarde em casa porque tem medo, que já foi assaltado, sofreu uma bala perdida, ou num primo ou filho, ele quer uma punição bem violentamente emocional acerca daquilo. E essa comunidade que vivencia a violência e está adaptada à existência desse tipo de violência com altos índices de homicídio, ela tá muito inclinada a vivenciar esse pensamento automático, quase

utilitarista, de ter que punir, faca na caveira, se morre em troca de tiro melhor ainda. Eu acho que é compreensível da comunidade, mas não quer dizer que não seja um discurso a ser educado (Estudante A4, entrevista, 2020).

Diante de todo o material exposto, o quadro foi preenchido da maneira que segue abaixo. Relembrando que a partir dele é possível ler os discursos em função das categorias desenvolvidas, e observar de maneira transversal a ocorrência de cada uma através das marcações com “x”.

Quadro 3 - Categorias das entrevistas preenchidas

CATEGORIAS	ENTREVISTAS			
	A1	A2	A3	A4
<b>1. CONCEPÇÕES ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS</b>				
Conceito amplo		x		x
Conceito com validade universal	x	x		
Conceito com importância teórica			x	
Associados a opiniões divergentes				x
Associados a pensamentos automáticos				x
Associados à construção histórica evolutiva		x		x
Associados a decisões políticas		x	x	
Direitos Fundamentais ou Constitucionais	x	x		
<b>2. ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS</b>				
Alcance a todos as pessoas	x	x	x	x
Alcance às pessoas presas	x	x	x	x
Alcance às pessoas presas por crimes graves	x	x	x	x
Inadmissibilidade de cerceamento	x			
Inadmissibilidade de valores emocionais			x	
Inadmissibilidade de desumanização do criminalizado		x	x	
<b>3. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b>				
Negligência de qualquer direito		x		x
Negação de humanidade das pessoas	x		x	
Seletividade de garantia		x		
Relação com grupos marginalizados		x	x	
Contexto de Estado de Exceção		x		

Ausência de condições estruturais nas prisões	x			
Ausência de ressocialização após as prisões	x			
<b>4. RELAÇÃO “DIREITOS HUMANOS x SISTEMA PENAL”</b>				
Noção de violação	x	x	x	x
Associação ao âmbito de cumprimento da pena	x	x		
Associação à superlotação carcerária	x	x		
Associação à negligência no direito à saúde		x		
Identificação de discursos antagônicos				x
<b>5. AVALIAÇÃO DAS SANÇÕES ESTATAIS</b>				
Insuficiência				x
Fracasso			x	
Seletividade	x	x	x	x
Encarceramento e marginalização			x	x
Desproporcionalidade	x			
Ausência de finalidade pedagógica				x
Ausência de resolução dos conflitos			x	
Associação a problemas no âmbito da aplicação da pena	x	x	x	
Necessidade de abolição				x
<b>6. POTENCIALIDADES DAS SANÇÕES ESTATAIS</b>				
Necessidade de mudanças na maneira de olhar o crime		x		
Necessidade de reparação dos danos			x	
Necessidade de eliminar a punitividade			x	x
Necessidade de reforma estrutural no sistema	x	x		
Necessidade de reforma estrutural na sociedade				x
Necessidade de fiscalização nas prisões	x			
Necessidade de aplicação igualitária da pena	x	x	x	x
Necessidade de desencarceramento			x	x
Necessidade de ir além da privação de liberdade		x	x	x
Necessidade de aprimoramento da progressão de pena				x
Necessidade de educação para custodiados e trabalhadores das prisões	x			
Necessidade de educação para todos os cidadãos				x
Necessidade de garantia dos Direitos Humanos				x

Importância regulamentar até a abolição				x
<b>7. DEMANDA POR CRIMINALIZAÇÕES</b>				
Posicionamento favorável	x	x		
Posicionamento contrário			x	x
Importância da demanda	x	x		
Não associação à resolução dos problemas		x	x	x
Associação a um reconhecimento de reivindicações		x	x	
Associação a um paradoxo			x	x
Associação a mais encarceramento				x
Associação a mais seletividade			x	
Demanda contrária às liberdades individuais				x
Resposta violenta para a violência				x
Resposta opressora para opressões			x	
<b>8. MEDIDAS ALTERNATIVAS</b>				
Ausência de conhecimento aprofundado		x		
Associação a potencialidades	x	x	x	x
Potência do diálogo e da escuta		x		
Potência educativa	x	x		
Potência do reforço positivo				x
Potência da reparação do dano			x	
Potência negociada		x	x	
Possibilidade de aplicação apenas para crimes comuns			x	
Caminho para a abolição da privação de liberdade			x	x
<b>9. CRÍTICA AOS DIREITOS HUMANOS</b>				
Posicionamento equivocado	x	x	x	x
Posicionamento reativo à violência				x

Fonte: Elaborado pela autora

### 3.3 FORMULAÇÕES TEÓRICAS

A partir dos dados observados, desde os questionários até as entrevistas realizadas, e das categorizações propostas, é possível tecer algumas formulações teóricas. O primeiro destaque é para a ausência de posicionamentos contrários ou

deslegitimadores em relação aos Direitos Humanos. Todos os estudantes de Direito mencionaram o conceito de modo a reforça-lo, seja a partir de uma perspectiva estritamente legal, seja de uma mais crítica acerca dos problemas de aplicação seletiva. Isto pode ilustrar um cenário de futuros juristas defensores dos Direitos Humanos, ou apenas um receio de exposição da contrariedade em face de represálias ou julgamentos. O contexto político de fomento do discurso anti-Direitos Humanos sugere um possível afastamento da segunda opção.

Buscando compreender as maneiras de pensar, ou as ideias presentes nas falas, serão separadas as observações a respeito dos Direitos Humanos, da relação entre Direitos Humanos e Sistema Penal, e apenas do Sistema Penal. Enquanto um meio de comunicação generalizado, os Direitos Humanos adquirem formas que refletem a abrangência e fluidez conceitual; formas mais legalistas, de direitos constitucionais e internacionais; políticas, enquanto decisões limitadoras; e outras mais sociais de utopia e construção dinâmica e civilizatória, até leituras valorizando uma perspectiva de empatia.

Estas formas associam-se a objetivos como: respeito à humanidade e ao ambiente; direito à vida, dignidade, garantias individuais e processuais; manutenção da Democracia, bem estar social e freio ao poder estatal. A validade destes objetivos é universal, abarcando todos os cidadãos, inclusive os presos, inclusive os que cometeram crimes considerados graves. Não deve, de acordo com essas leituras, haver restrição de nenhum tipo.

Tais formulações têm um cunho teórico, no plano do que “deve ser” e são atualizadas em formas críticas da aplicação empírica, quais sejam, violação, delimitação equivocada e ausência de efetividade prática. Denunciam, assim, um descompasso entre teoria e realidade, ou entre norma e fato.

A relação dos Direitos Humanos com o Sistema Penal adquire, a partir das respostas estudadas, principal e essencialmente a forma de violação. Esta, por sua vez, associa-se à negligência de direitos, seletividade na aplicação, ausência de condições estruturais durante e pós-cárcere, e negação de humanidade. A associação com o lugar físico de cumprimento de pena privativa de liberdade (prisão) é frequente. Outros sentidos observados foram de dualidade, desrespeito e necessidade. Oscilam, então, entre a crítica e a justificação de necessidade. A ideia central é a de que são necessários mas não devidamente efetivados.

Estes sentidos abordados foram sobre a relação proposta (Direitos Humanos e Sistema Penal). Entretanto, observam-se também formas de Direitos Humanos mobilizadas em referência ao Sistema Penal, ou às respostas do Estado, de forma isolada. Ou seja, concepções do conceito observadas quando aproximado da noção de Sistema Penal. São elas: instrumento para contenção de abusos (do Estado e dos presos); ações positivas de fiscalização de penas; favorecimento de penas alternativas; humanização (do Sistema Penal, da pena e do preso); princípios específicos como Dignidade da Pessoa Humana, Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa e Igualdade; direitos individuais; garantia de condições estruturais, ausência de vingança e ressocialização. Embora partam de noções amplas, fixam a atenção para as penas e os locais de aplicação. A criminalização primária, ou definição do crime, por exemplo, não é mobilizada de forma autônoma ou sem provocação. A noção de seleção das pessoas criminalizadas também não se observa, apesar da palavra “criminalizados” se repetir com frequência nas respostas<sup>8</sup>.

Em outras palavras, a pena e a prisão são observadas como um dado, sem reflexão sobre o processo de construção social envolvido. Podemos pensar no crime não como uma qualidade intrínseca da conduta ou detentora de um status ontológico, mas como um atributo dirigido a algumas pessoas a partir de processos sociais. Processos esses de definição do que é crime, de qual será a pena, da forma a ser aplicada e da seleção das pessoas. As respostas coletadas, então, não se voltam para essas etapas, apenas aos locais da pena já estabelecida.

O Sistema Penal, por sua vez, também adquire “formas” específicas: *ultima ratio*, violência, repressão, barbárie, práticas desumanas, punitividade, eliminação, desigualdade, falência, violação de direitos (dos presos e das vítimas), encarceramento, sucateamento, ausência de ressocialização. Neste caso a palavra “formas” é utilizada apenas para designar sentidos próprios atribuído ao conceito que também pode ser amplo. É interessante notar que não há uma divergência estabelecida entre o que deveria ser e o que é, nem mesmo uma mobilização dúbia do conceito: todos se posicionaram enquanto críticos e deslegitimadores. A *ultima ratio*, como medida última, é a única ideia que se aproxima de uma legitimação, mas

---

<sup>8</sup> Esta observação parte de algumas noções trabalhadas na Criminologia Crítica (ANDRADE, 1999) que serão trabalhadas no capítulo seguinte.

destaca, na verdade, que deve ser mobilizado apenas após outros ramos do Direito falharem.

Desdobrando essas formas, surgem avaliações e potencialidades associadas às sanções ou respostas estatais às condutas criminalizadas. A avaliação é de insuficiência, fracasso, seletividade, encarceramento, marginalização, desproporcionalidade, ausência de finalidade pedagógica e resolução dos conflitos, necessidade de abolição e problemas no âmbito da aplicação. Aqui também há uma associação da sanção com a prisão, e os discursos apresentam tom crítico.

Seguindo o aprofundamento, fora sugerido que apontassem potencialidades e desafios nas sanções, destacadas então as necessidades de: mudanças na maneira de olhar, reparação do dano, ausência de punitividade, reforma estrutural no sistema e na sociedade, fiscalização nas prisões, aplicação igualitária, desencarceramento, ir além da privação de liberdade, aprimoramento da progressão de pena, educação para custodiados e todos os cidadãos e garantia dos Direitos Humanos. As potencialidades saem da crítica simples e partem para sinalização de possibilidades que desembocam nas penas alternativas.

Tais penas, então, são mobilizadas sem muito aprofundamento teórico, mas, sobretudo, sobre a forma de potência. As potências destacadas foram de diálogo, escuta, educação, reforço positivo, negociação e reparação do dano. No plano empírico foram pensadas mais para os crimes comuns ou sem gravidade e também como um caminho regulamentar até a abolição penal. Assim, o que se entende por alternativa penal é utilizada para garantir um ambiente mais educativo, negociado e reparativo nas resoluções de conflitos.

Diante do posicionamento legitimador e de reforço aos direitos em tela, foi proposta a problematização referente aos pedidos de criminalizações, ou maiores penas, feitos em nome dos Direitos Humanos. O objetivo era perceber se existia um reforço ao chamado “paradoxo dos Direitos Humanos”. As respostas dividiram os entrevistados, pois dois se declararam favoráveis e dois contrários. O primeiro destacou o rigor da punição como necessário para coibir as condutas transgressoras. O segundo se identificou como favorável, mas, apesar da importância apontada, não associou a criminalização à resolução do problema, e sim a um reconhecimento de demandas dos movimentos sociais. Estaria, então, num meio termo entre os discursos. O terceiro e o quarto identificaram e reconheceram o

paradoxo de se invocar um sistema violador dos Direitos Humanos para defender estes mesmos direitos. Foram levantadas consequências possíveis, quais sejam, de maior encarceramento e maior seletividade, e contradições claras como ser contrária às liberdades individuais, ser uma resposta violenta para a violência e opressora para opressões.

Destaca-se, nesse quesito, que embora os discursos se dividam entre uma maior legitimação e uma maior crítica, ambos apresentam um possível ponto cego<sup>9</sup>. Na verdade seguem não lançando olhares para o processo de construção social do crime. Os Direitos Humanos foram constantemente apontados como limitadores do Estado e dos seus abusos desde as respostas dos questionários. Aqui, entretanto, a problematização não aparece. Nos pedidos de criminalizações, os Direitos Humanos que poderiam limitar o direito de punir do Estado acabam por reforçá-lo. A estrutura da norma penal, que liga um comportamento a uma sanção é naturalizado, ou seja, as críticas surgem direcionadas à aplicação da pena já definida.

Por fim, as críticas aos referidos direitos são apontadas desde os questionários como um discurso equivocado. “Direitos Humanos para humanos direitos”; “Indivíduos marginalizados merecem”; “Privilégios para bandidos”; “Presos são desprovidos de Direitos Humanos”; todos citados como uma falsa associação ou delimitação, um discurso conservador ou vingativo. Alguns apontaram justificativas para tais pensamentos, mas no intuito de compreender e não legitimar. Desta maneira, as respostas acabaram por defender a garantia de Direitos Humanos para todos, sem exceção.

Partindo para generalizações possíveis, as formas de Direitos Humanos, bem como seus objetivos, são pensados de maneiras muito diversificadas, passando por visões gerais, sociais, culturais, políticas e legais. Ao aproximar o conceito do Sistema Penal, entretanto, a maioria das respostas se limita ao âmbito processual ou de cumprimento de pena. A amplitude de ideias não é mais observada e as formas são mais estáveis. Houve uma associação frequente do Sistema Penal com o sistema carcerário. Tanto em menções às falhas nas normas processuais, nas más condições estruturais das prisões, quanto no descumprimento das garantias dos presos, o Sistema Penal adquire o formato da prisão. Esta, por sua vez, é

---

<sup>9</sup> Conforme Pires (2015b) o ponto cego acontece quando não vemos e também quando não vemos que não vemos.

vinculada sempre à noção de violação. Ainda assim, a maneira de ver a relação oscila entre a crítica e a justificação da necessidade. O sistema violador é ainda mobilizado em algumas falas para defender os direitos violados. E, como já foi dito, as possibilidades de limitação ligadas ao conceito individualizado não se manifestam em relação às respostas estatais ao crime. O âmbito da criminalização, de definição legal do que é crime, restou escondida em pontos cegos dos observadores. Não olham para o processo de construção da norma, apenas para o ambiente da resposta já estabelecida.

No que tange aos tipos de discursos, é possível observar três tipos gerais: um de cunho mais legalista, um intermediário e um crítico. A maior parte dos questionários, por exemplo, trata dos termos associando-os ao que está disposto na legislação vigente. Direitos Humanos como direitos fundamentais, constitucionais ou de tratados internacionais; objetivos de resguardar direitos individuais ou princípios legais; extensão universal; algumas falhas na aplicação; necessidade e justificação para o Sistema Penal, e para garantir a humanização e aplicação garantista da pena necessária para expiar o mal. Seria esse o discurso do entrevistado A1.

A fala intermediária, por sua vez, aponta características mais gerais do conceito, para além da letra da lei, algumas associações políticas e sociais, com uma relação dual com o Sistema, ora de crítica, ora de justificação, mas continuamente utilizando da pena (ainda que alternativa) como resposta necessária. Seria, por exemplo, a identificação do segundo entrevistado.

Por sua vez, o discurso mais crítico tem similaridades com o intermediário no que tange aos Direitos Humanos individualizados, mas avança na criticidade quando aproximado do Sistema Penal. A noção de paradoxo é apontada, de modo a deslegitimar as respostas punitivas e caminhar para sua extinção. A abolição da punitividade ou da privação de liberdade é apontada como um horizonte para um caminho de novas ações e respostas. Estariam enquadrados aqui, então, tanto A3 quanto A4.

É interessante notar, que dentro deste que seria um discurso crítico, há uma divergência peculiar de posicionamentos políticos. Embora não fosse objetivo da pesquisa ou dos questionamentos propriamente ditos, os entrevistados A2 e A3 se identificaram politicamente. A3 como feminista, de esquerda, e A4 como liberal. Se politicamente A3 está mais à esquerda em relação a A4, “penalmente” a posição se

inverte. O primeiro destaca de maneira constante a necessidade de recorrer às criminalizações ou às penas punitivas em situações específicas no atual cenário jurídico e político do país, e pensa a abolição apenas numa situação hipotética ideal. Já A3 defende que sua ideia de “liberalismo” concebe a liberdade como absoluta, por isso a privação deveria, sim, ser abolida. O caminho de ações para esta abolição seria de cunho educativo e de reforço positivo, por um lado, e de um médio “punitivismo regulamentar” por outro. Acredita que o processo de educação e de apreensão de valores morais contribua para o não cometimento de novos delitos.

Assim, diante de todo o exposto, observa-se um movimento de investigação que parte de dados empíricos específicos para generalizações possíveis. Agora, a pesquisa parte para outra movimentação, de releitura dos discursos obtidos, com novas lentes teóricas. Será possível verificar se (ou quais) discursos reforçam um sistema de pensamentos que privilegia a exclusão social e o encarceramento.

#### **4 ADOÇÃO DE UM INSTRUMENTO TEÓRICO DE ANÁLISE: A RODADA DEDUTIVA**

Depois de elaboradas categorias com o método prevalentemente indutivo, é possível partir para a etapa de cunho mais dedutivo, com a aproximação de um marco teórico com fins de verificação. Mobilizamos aqui o referencial da Racionalidade Penal Moderna (CAPPI, 2017; GARCIA 2010; PIRES, 1998, 1999, 2000 e 2004) para uma nova leitura do material obtido com as entrevistas semiestruturadas. Concebida como um sistema de ideias específico, base teórica e ideológica do Direito Penal, a RPM projeta um conceito particular da pena, nas sociedades ocidentais a partir do século XVIII, focada na exclusão social e na inflição de dor. Esta etapa tem a potencialidade de verificar se, e como, as maneiras de pensar dos estudantes reforçam este sistema. A hipótese inicialmente apontada é que, independentemente da posição adotada em relação aos Direitos Humanos e suas formas diversificadas, as argumentações atualizam esse sistema de pensamentos e a estrutura normativa que liga um comportamento a uma sanção aflitiva e privativa de liberdade. Neste ponto da pesquisa já observamos que os posicionamentos são favoráveis a tais direitos, de maneira que a atualização pode ocorrer nos pedidos de maiores punições às violações.

O primeiro tópico deste capítulo trará considerações acerca da suposta crise do Sistema Penal, para então destacar a força desse sistema de pensamentos enquanto um obstáculo cognitivo à inovação. Posteriormente serão estudadas questões centrais na teoria, quais sejam, as teorias da pena, o fechamento do Direito Penal e a influência do público neste cenário. O terceiro tópico, por sua vez, abordará as intervenções alternativas propostas por Cappi (2017). Tratar de inovação penal significa considerar uma modificação na persistência da maneira de pensar dominante. Isto se dá em relação às possibilidades de transformação da penalidade, com uma racionalidade diferente, posicionada no nível dos sistemas sociais e não dos indivíduos considerados isoladamente. Como, entretanto, esta pesquisa não visa interrogar um sistema e sim atores individuais, não se fala propriamente em inovação, mas em elementos com potencialidades de distanciamento da racionalidade dominante.

O quarto ponto trará a nova leitura do material obtido com as entrevistas com os estudantes, a partir de dois níveis de observação: médio, das teorias da pena, e macro, do sistema de pensamento. Isto porque tais teorias formam uma rede de sentidos que fornece uma estrutura compacta onde as semelhanças predominam sobre as diferenças e se fortalecem mutuamente para consolidar o sistema de pensamento da RPM, que prioriza a aflição e a hostilidade contra o criminoso. Um quadro sintético será desenvolvido para auxiliar neste processo de verificação. Mais uma leitura será feita, a partir da construção teórica das intervenções alternativas propostas por Cappi (2017), possibilitando testar quais falas, ou quais elementos nas falas, podem apontar para um distanciamento da Racionalidade Penal Moderna. Por fim, serão propostas articulações possíveis entre as etapas da pesquisa empírica.

#### 4.1 RPM E CRISE DO SISTEMA PENAL

A Racionalidade Penal Moderna (RPM) é compreendida como um sistema de pensamento estabelecido a partir do século XVIII, no ocidente, que embasa teórica e ideologicamente o Direito Penal e suas modalidades de intervenção. Álvaro Pires (2004) descreve tal sistema como dominante e concebido como obstáculo epistemológico à transformação penal. Estudar a estrutura normativa é perceber elementos característicos deste universo cognitivo que contribuem para a legitimação das respostas afluivas, sobretudo a privação de liberdade. Este sistema acaba por ratificar as intervenções do Sistema Penal mesmo diante das contribuições críticas. Algumas dessas contribuições serão abordadas aqui para destacar a força impositiva da Racionalidade. Isso significa que o Sistema Penal continua sendo mobilizado mesmo diante de uma possível crise de legitimidade. Embora seja comum a crítica ao modelo carcerário brasileiro, por exemplo, não há facilidade em pensar respostas estatais distantes da prisão.

Baratta (1997) é enfático ao afirmar que o sistema de justiça criminal se manifesta incapaz de resolver o que diz respeito às suas funções declaradas, pois a pena, como principal instrumento, falha na função de prevenção da criminalidade. Vários aspectos ilustram esta disfuncionalidade, desde a fragmentação na defesa dos interesses individuais e gerais, até a seletividade da repressão, de modo que os programas de ação cumprem seus objetivos em uma porcentagem muito baixa.

Considerando a possível superação de todas as irregularidades, combatendo somente as violações mais significativas e sem seletividade de classes, ainda assim a resposta reativa ao fenômeno da criminalidade e da insegurança seria insatisfatória. O autor aponta quatro aspectos desta incapacidade do sistema penal para garantir as condições de segurança. O primeiro é o fato de o controle penal intervir unicamente sobre os efeitos. Não pode fazê-lo na origem da violência e da violação de direitos. Atua sobre os resultados e não sobre as causas dos conflitos sociais. Em segundo lugar, o sistema age contra as pessoas e não sobre as situações, considerando os indivíduos através do princípio de culpa, como variáveis independentes das situações. O terceiro ponto é a atuação reativa e não preventiva, intervindo quando as consequências das infrações já foram produzidas e não para evitá-las. Procede como vingança, de forma simbólica, pois não pode esquecer a ofensa já consumada. Por fim, o Sistema Penal protege, mais que as vítimas potenciais e reais, a validade das normas.

Todas estas características definem a justiça criminal como um sistema de resposta essencialmente simbólica. Esta observação não significa uma desvalorização do aspecto simbólico, como resposta sem influência. Isto quer dizer, segundo o autor, que para a realização de uma função punitiva instrumental, a saber, de proteção real de bens e pessoas, o sistema de justiça criminal é inadequado.

Antes mesmo desta incapacidade de gerar segurança pública, é possível problematizar o próprio processo de criação das normas. Partindo da perspectiva da reação social, Vera Regina Andrade (1999) ressalta que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta, nem existem anteriormente ao controle social e penal, mas, são uma etiqueta atribuída a determinados sujeitos através de processos de definição e seleção. Uma conduta não é criminal por si mesma, nem seu autor um criminoso nato por traços na sua personalidade como sustenta o paradigma etiológico presente ainda, em alguns aspectos da opinião popular. Nas palavras da autora:

Não existe uma criminalidade a priori, cuja existência seja ontológica, anterior e independente da intervenção do sistema penal, que reagiria contra ela, visando combatê-la e gerar segurança na sociedade. Mas é a própria intervenção do sistema (autêntico exercício de poder, controle e domínio) que, ao reagir, constrói, co-

constitui o universo da criminalidade (daí processo de criminalização) mediante: a) a definição legal de crimes pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela, o bem jurídico a ser protegido) e apenando-a qualitativa e quantitativamente e b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num *continuum* pela Polícia-Ministério Público e Justiça, e c) estigmatizadas (especialmente na prisão) como criminosos entre todos aqueles que praticam tais condutas. (1999, p.25 e 26)

O Sistema Penal é constitutivo da criação social do crime, por isto é mais apropriado falar em criminalização e criminalizados, não em criminalidade e criminosos. Os conceitos de sujeito e responsabilidade são centrais, devido à visão atomizada, com foco na violência individual. A dimensão estrutural acaba por ser excluída e imunizada. Ressalta-se também a atuação seletiva. Embora a conduta desviante se manifeste em grande parte das pessoas, dos variados estratos sociais, apenas uma pequena porcentagem é criminalizada e uma parcela específica é penalizada. A seleção das pessoas ocorre a partir de uma visão estereotipada de criminoso associada ao status social. Enquanto a população empobrecida é regularmente criminalizada, as classes sociais mais altas seguem impunes. A clientela é constituída pelas classes menos abastadas não por apresentarem uma maior tendência a delinquir, mas por terem maiores chances de serem etiquetados como criminosos. Desta forma, a impunidade, e não a criminalização, é a regra no funcionamento. Ambas são realizadas reproduzindo a lógica da desigualdade nas relações de propriedade e poder.

Há uma visão maniqueísta entre o (sub)mundo da criminalidade, uma minoria de sujeitos potencialmente perigosos (o mal); e o mundo da normalidade representado pela maioria da população (o bem). Perpetua-se, assim, uma visão distorcida associada à clientela do cárcere. O sistema penal aparece, então, como protetor de bens jurídicos gerais, combatendo o mal, em defesa da sociedade boa, com a prevenção geral (intimidação dos infratores potenciais) e especial (ressocialização dos condenados) e promessa de segurança pública.

Todavia, o controle penal é caracterizado por uma “eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica confere sustentação” (ANDRADE, 1999, p. 132). Enquanto as funções declaradas apresentam eficácia apenas simbólica de reprodução ideológica, já que não podem ser cumpridas, elas cumprem funções reais e inversas que incidem negativamente na existência dos indivíduos e da

sociedade, reproduzindo desigualdades sociais. Desta maneira, a função real não é combater a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública, mas construir seletivamente a criminalidade, e reproduzir assimetrias de raça, classe e gênero.

O funcionamento ideológico perpetua a ilusão de segurança fornecida, justificando a importância de existência e ocultando as reais funções. Há uma dupla inversão, quais sejam, preventiva e garantidora do sistema penal. A primeira sinaliza que as funções reais da pena têm sido opostas às de intimidação e ressocialização. A segunda indica que o sistema penal não apenas viola, como está estruturalmente preparado para violar princípios garantidores. A regra constitui, então, base para violação e não proteção.

No Brasil, de forma mais específica, ainda segundo a autora, há um poder penal extralegal, com inflição de penas extralegais, o qual colide funcionalmente com o sistema oficial. Há uma relação entre o macrocosmo social e o microcosmo penal, que o expressa e reproduz, tanto material quanto ideologicamente. Assim, a pena se apresenta como violência institucional com a função de instrumento de reprodução da violência estrutural. Mostra-se como o mesmo “mal” que promete curar na sociedade.

No entendimento de Pallamola (2009), a justiça criminal não funciona por não produzir justiça. Resume-se ao mal para quem comete o mal, sem alteração das vidas das vítimas e sem confronto do agressor com as consequências da sua ação. A resposta penal dicotomiza e simplifica a realidade, pois só pode haver condenação ou absolvição. Culpa e inocência são sempre excludentes. O processo ignora as diferenças e associa a justiça à imposição de dor. Afasta a justiça da vítima, do ofensor e da comunidade, pois é focada na violação à lei, com o Estado na posição de vítima. Os danos são sempre definidos de forma abstrata.

A conduta desviante é resultado de uma reação social e o delinquente se diferencia pela estigmatização, como alertaram os sociólogos do Interacionismo Simbólico (Shecaira, 2004). A resposta estatal gera um prejuízo à individualidade, na medida em que estigmatiza o criminoso e favorece a reincidência. A sequência processual é iniciada pela delinquência primária, seguida por uma resposta ritualizada e estigmatizante, com distância social e redução de oportunidades, favorecendo o surgimento de uma subcultura delinquente com reflexo na

autoimagem, estigma decorrente da institucionalização, e conseqüente início de uma carreira criminal na delinquência secundária. Desta forma, além de criminalizar seletivamente, o sistema propicia o aumento de condutas desviantes.

Para além do aumento do encarceramento atrelado à elevação da criminalidade, pode-se falar, também, a respeito de outra característica do Sistema Penal apontada por Salo de Carvalho (*apud* ACHUTTI, 2014). Os únicos satisfeitos com as resoluções apontadas são os próprios operadores da máquina burocrática judiciária. Os envolvidos na situação problemática são ignorados, com seus direitos fundamentais desprezados e expectativas frustradas. O sistema satisfaz a vontade de punir dos seus atores e do seu público consumidor que, pela condição socioeconômica, não é vulnerável aos processos de seleção estigmatizante.

Percebe-se, ainda, a relação entre punição e sistema de produção, na medida em que formas específicas de respostas punitivas correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1999; SALIBA, 2009). A escravidão como pena, por exemplo, somente é admitida diante de uma economia escravagista. A superação de um modo de produção implica, também, na superação da pena aplicada anteriormente. Neste sentido, há relação entre três fatores: mercado de trabalho, punição e cárcere. Toda forma de reação punitiva se relaciona com as variações da estrutura social, especialmente as condições econômicas. As necessidades de uma sociedade produtora de mercadorias determinam os métodos punitivos. O sistema penal atual é direcionado à garantia capitalista, com interesse das classes dominantes na criminalização de condutas específicas para combater delitos patrimoniais. Há uma escolha política das condutas criminalizadas, a qual favorece a manutenção dos exploradores no poder. Da mesma maneira, Zaffaroni (2001), afirma que o sistema dá sustentação ao *status quo* e marginaliza o dominado, por meio da criminalização seletiva dos segregados para conter os demais.

A crise do sistema retributivo penal e do projeto de modernidade é evidenciada pelo descrédito do discurso jurídico-penal. A cifra oculta contribui para a falta de credibilidade, pois, a diferença entre a criminalidade real e a registrada pelos órgãos de controle indica um grande percentual de crimes, para os quais não é aplicado o sistema penal. Trata-se de uma crise de legitimação, como base na distância entre a realidade fática e a lei, na necessidade de segurança pública e na

falta de credibilidade na justiça. Questiona-se a falta de legitimidade do próprio Estado, tendo em vista que o poder de punir é uma manifestação violenta e lesiva. Em mais de 150 anos, a punição pouco evoluiu. A prisão, afinal, não foi construída para reintegrar ou ressocializar, mas para dominar e normalizar, docilizar e tornar produtivos: neste sentido, sim, sua função foi cumprida.

Embora seja possível reconhecer esta crise, o modo de pensar a questão penal não mudou substancialmente, por uma dificuldade em imaginar ou aceitar uma inovação ao sistema. Este obstáculo cognitivo foi o que Álvaro Pires (2004) identificou ao formular a teoria da Racionalidade Penal Moderna. Trata-se de um sistema de ideias que serve de base para o Sistema Penal e suas formas de intervenção. As respostas cogitadas são essencialmente aflitivas, com foco na privação de liberdade. A consequência da transgressão é, portanto, obrigatoriamente punitiva, excluindo práticas que não sejam pautadas na aflição.

Para além desse destaque à persistência da RPM, as considerações a respeito de uma suposta crise do sistema retributivo penal evidenciam, também, os diferentes ângulos de observação da Criminologia Crítica e da própria teoria da Racionalidade Penal Moderna. As ideias que foram apontadas aqui são formuladas (ou resgatadas) pela teoria crítica, relacionando notadamente os mecanismos punitivos com as forças produtivas. Seja na chamada agenda negativa, de deslegitimação das práticas punitivas, ou mesmo na positiva, com proposições de pautas construtivas, essa perspectiva não lança olhares mais aprofundados para as maneiras de pensar as teorias da pena e o próprio Sistema Penal.

Queremos ressaltar, então, que as abordagens da Criminologia Crítica e a teoria da RPM acabam por observar objetos diferentes. Enquanto as primeiras se atentam para práticas, estruturas e relações de poder, ou seja, para elementos objetivos do âmbito penal, a RPM se volta ao estudo das ideias, dos referenciais e obstáculos cognitivos relacionados. Embora existam aproximações e complementariedades possíveis, a deslegitimação das intervenções do Sistema Penal acaba muitas vezes por afastar também o interesse nas maneiras de pensar envolvidas.

Este posicionamento no âmbito das ideias contribui com os objetivos do presente trabalho, de compreender como atores envolvidos com certo fenômeno o observam e interpretam. Mais especificamente, se trata de observar como os futuros

profissionais do âmbito jurídico pensam a relação dos Direitos Humanos com as intervenções do Sistema Penal e como podem, a partir mesmo dessas ideias, atualizar a RPM. Nos próximos tópicos então, será explicitada a formação deste sistema de ideias persistente no âmbito penal.

#### 4.2 A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

O conceito de Racionalidade Penal comporta um sentido teórico e formal, bem como um empírico e descritivo, em consonância com Pires (2004). O primeiro indica um sistema de pensamento relativo à justiça criminal que se diferencia dos outros sistemas, enquanto o segundo designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico. É moderna, então, essa forma de racionalidade penal que se construiu no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII.

O referido sistema de pensamento contribui para construir um subsistema jurídico, o Sistema Penal moderno, e para justificar a forma específica que ele assume. Quando fazemos o exercício de tentar pensar esse sistema de outra forma podemos perceber a força que ele exerce sobre nossas próprias maneiras de observá-lo. Essa racionalidade neutraliza a composição normativa do Direito Penal, de modo que qualquer proposta de alteração é afastada. A estrutura legal abarca dois níveis distintos de normas jurídicas: comportamento (norma de 1º grau) e sanção (norma de 2º grau). A estrutura telescópica da norma, "aquele que faz X pode ou deve ser punido com Y" (PIRES, 2004, p. 41), justapõe uma norma de sanção (permitindo ou obrigando a aplicação da pena) a uma norma de comportamento (não fazer ou fazer algo). Esta estrutura, unida com a inflição de dor, dá a impressão de que formam um todo inseparável, com visibilidade para três penas: morte ou castigo, prisão e multa. Privilegia-se a aflição que comunica o valor da norma de comportamento e grau de reprovação.

Esta combinação faz parecer que a violação a uma norma de 1º grau deve, sempre e automaticamente, ser seguida da aplicação de uma norma de 2º grau, consubstanciada em uma pena aflictiva. Disto resultam algumas problemáticas. O crime (norma de comportamento) é definido pela pena, numa simplificação do todo pela parte. A natureza criminal será percebida apenas quando for possível identificar

uma pena: se esta não existir, o ilícito possuirá natureza diversa da penal. Há também uma ilusão de simplicidade no trabalho do legislador e do juiz na escolha da sanção: deve ser punitiva. A obrigação de punir se apresenta como a melhor defesa. Cria-se o a ideia de que a pena é a melhor forma de assegurar a observância das normas de comportamento. A pena, ou mais especificamente, a resposta estatal às condutas criminalizadas, é obrigatoriamente aflitiva, excluindo-se formas sem infligção de dor: o sofrimento é pensado como resposta justa, proporcional e necessária à transgressão (CAPPI, 2017).

Existem duas fases principais na evolução da teoria da Racionalidade Penal Moderna: entre 1990 e 2001 os trabalhos de Álvaro Pires desenvolveram-se com influência das abordagens sistêmicas de Michel Foucault e Yves Barel, e a partir de 2001 começaram a utilizar ferramentas conceituais da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Atualmente, a primeira parte da teoria, descritiva, refere-se às teorias da pena. A segunda, descritiva e explicativa, trata dos problemas da evolução do Direito Penal e das condições para o surgimento, seleção e estabilização de ideias inovadoras (GARCIA, 2010; PIRES, 1998). Com relação à segunda parte, o pressuposto norteador é que esse sistema de ideias, formado pelas teorias da pena, constitui um grande obstáculo epistemológico ou cognitivo ao recebimento de sanções não privativas de liberdade no Direito Penal e à redução do uso de encarceramento, em termos de duração e frequência. Os tópicos que seguem trarão algumas considerações sobre essas teorias da pena, o fechamento do Direito Penal enquanto subsistema diferenciado dos demais, e também sobre a juridicização da opinião pública e a relação com os Direitos Humanos neste contexto.

#### **4.2.1 Teorias da Pena**

No que se refere às teorias da pena, a RPM visa caracterizá-las sociologicamente, descrevê-las individualmente e mostrar como juntas criam e organizam um "sistema de ideias" (GARCIA, 2010; PIRES, 1998). Três eixos ou subsistemas de pensamento embasam a Racionalidade: retributivismo penal clássico (Kant, Hegel, Binding, Rossi.), utilitarismo penal clássico (de autores como Beccaria, Bentham, Blackstone, Filangieri) e utilitarismo penal positivista (Lombroso, Ferri e Garofalo). A teoria utiliza então a distinção orientadora inclusão/exclusão (ou

indiferença à inclusão) para observar e descrever esse sistema. Essa ferramenta torna possível ver que todas as teorias da penalidade da primeira modernidade são, em primeiro plano, no mínimo indiferentes à inclusão social. Até a teoria da reabilitação, única a considerar de alguma forma a inclusão social de criminosos, apoia primeiro a exclusão e apenas depois insiste em programas de inclusão. Devemos, então, "excluir (com a detenção) para incluir". Essa distinção visa substituir a distinção clássica de utilitarismo *versus* retributivismo, proposta pela filosofia, para observar as teorias da punição. Segundo Pires (1998), os dois principais inconvenientes da abordagem clássica é não permitir visualizar o conteúdo essencial das recomendações de exclusão que todas essas teorias fazem às autoridades e o fato de que as teorias formam um mesmo sistema de ideias. Há uma ênfase nas divergências internas entre dois grupos de teorias, deixando de lado as convergências nas recomendações que fazem sobre as penas.

Estas teorias da pena formam uma rede de sentidos que fornece uma estrutura compacta onde as semelhanças predominam sobre as diferenças. Apresentam autoridade, no campo penal e na cultura ocidental moderna, notadamente por terem sido valorizadas ao longo dos séculos. São elas: retribuição, dissuasão, denúncia e ressocialização (CAPPI, 2017; PIRES, 1998 e 2004).

Na primeira, associada ao pensamento de Kant, a pena aflitiva é vista como um mal necessário para reestabelecer jurídica e moralmente o equilíbrio rompido pela conduta criminosa. A sanção deve ser dolorosa e infligir sofrimento para expiar o mal produzido, já que o mal só pode ser respondido com o mal. O objetivo do castigo é o próprio castigo. As penas aflitivas apresentam-se como os únicos meios de fazer justiça em matéria criminal, constituindo uma obrigação moral absoluta, não uma mera autorização. As chamadas sanções alternativas, como reparação e conciliação, são desvalorizadas.

Na teoria da dissuasão, associada ao pensamento de Beccaria, deve-se punir para evitar que a população ou o próprio criminoso cometam novos crimes. As penas são entendidas como instrumentos de defesa do contrato social. Não se deve a uma obrigação de punir de caráter moral, mas a uma necessidade de punir de caráter utilitário. Há valorização da pena aflitiva, pois só o mal pode evitar novos males. Implica, também, a exclusão de sanções alternativas.

Já na teoria da denunciação, ou da prevenção positiva, surgida na metade do século XIX, o castigo cumpre a função de comunicar a indignação e a reprovação social pelo crime. A severidade da pena expressa o grau de condenação social. O efeito não é produzido sobre o autor da conduta infracional, mas sobre o conjunto da sociedade, indicando o bom funcionamento do sistema. O sofrimento real do autor tem um efeito simbólico para outros cidadãos. Esta teoria não distingue entre repressão e reprovação, de modo que esta é tanto mais clara quanto maior for aquela.

A última teoria, da ressocialização (ou teoria da penitenciária), com influência da escola positivista italiana, não valoriza diretamente a aflição ou sua obrigatoriedade. A finalidade da pena é reabilitar, tratar o criminoso, havendo, contudo, indiferença pela dor sofrida por este. Há um objetivo instrumental de melhorar a pessoa do detento, para que seja apto a conviver em sociedade e, em consequência, proteger a sociedade. A prisão, como um local de intervenção positiva, permanece excludente e para confinamento. Desta forma, há uma compatibilidade entre a reabilitação e a privação de liberdade.

Embora as teorias sejam diferentes entre si, elas se fortalecem mutuamente para consolidar o sistema de pensamento da RPM, que prioriza a aflição e a hostilidade contra o criminoso. Estabeleceram um universo fechado de ideias vinculativas e autoritárias. Não constituem alternativas reais uma para a outra, pelo contrário, formam um "núcleo duro", uma fortaleza cognitiva da qual é difícil escapar. Há dois elementos essenciais: obrigação de punir com valorização da severidade da pena aflitiva; e valorização da exclusão social e do encarceramento *versus* as medidas alternativas. Há uma ligação indissolúvel entre crime e pena, onde a prisão se torna a forma essencial de castigo. Embora o sistema prisional seja há muito tempo objeto de debates sobre impasses e reformas julgadas necessária, a universalização da privação da liberdade não é questionada. Há uma associação metafórica entre os muros das prisões e os "muros das ideias" que têm dificuldade de cair, ou, ao menos, serem entreabertos para emergência de perspectivas cognitivas que valorizem soluções alternativas (CAUCHIE *apud* CAPPI, 2017, p. 206).

Do ponto de vista teórico, conforme Garcia (2010), as teorias da pena podem ser concebidas como recursos cognitivos que permitem ao sistema observar e

compreender certos eventos ou experiências. Através de operações contínuas de observação, o sistema constrói o que observa e se constrói também como um sistema de observação. Isso favorece um ponto de vista privilegiado dentre muitos outros possíveis dentro dos limites comunicacionais. Em relação ao sistema do Direito Penal, as teorias da punição passaram a desempenhar o papel de produtoras e reprodutoras de identidade sistêmica. Através delas, o sistema se autodescreve, estabelece seu papel, determina sua função, especifica seus objetivos e meios. Ao fazê-lo, reitera sua diferenciação e comunica sua identidade especificando o que é e o que não é, ou mesmo o que "não deveria" se tornar.

Ainda de acordo com a autora, a sociologia tem pelo menos cinco conceitos para caracterizar as teorias da punição: as teorias práticas de Durkheim, as teorias do pensamento de Luhmann, as formações discursivas de Foucault, os vocabulários de padrões de Mills e as estruturas de experiência de Goffman. Luhmann não lida especificamente com as teorias da pena, mas reconhece, em sistemas sociais complexos, a influência das chamadas teorias do pensamento. Estas reproduzem autodescrições que permitem ao sistema construir uma representação de si mesmo como uma unidade sistêmica. Nesse sentido, o reflexo no sistema é seu autoconhecimento, destinado a guiar sua própria seletividade.

A ideia de conceber as teorias do pensamento como guias de seleção permite fazer uma ligação com outra dimensão conceitual: as teorias da punição são, também, teorias práticas (associadas à Durkheim), isto, é teorias que propõem (sem contudo determinar) certas práticas. Nesse sentido, concebem-se como "combinações de ideias" e "programas de ação" (GARCIA, 2010, p. 111). Orientam o ator em sua tomada de decisão e, portanto, intervêm em termos de ação (ou seleção). Seu objetivo não é descrever ou explicar o que é ou o que tem sido, mas determinar o que deve ser. Não estão orientadas para o presente ou passado, mas para o futuro. Não pretendem expressar fielmente determinadas realidades, mas decretar preceitos de conduta. Do mesmo modo, as teorias da punição, em termos de sanções, indicam às autoridades as possibilidades admissíveis e não admissíveis. Durante a primeira modernidade contribuíram para cristalizar a punição e obstruir a adoção de medidas alternativas que não exigem a obrigação de punir. Não se trata de estabelecer um vínculo causal direto entre teorias (da penalidade) e as práticas (a escolha de sanções). Pode-se, no entanto, dizer que as teorias

fornece aos atores (sobretudo judiciais) razões e motivos que possibilitam direcionar e justificar todo um conjunto de práticas, incluindo aquelas relacionadas à seleção e à estabilização de certas sanções em detrimento de outras que seriam, do ponto de vista operacional, possíveis.

Em resumo, as teorias da pena permitem aos atores orientar e justificar um conjunto de práticas. Oferecem referenciais cognitivos institucionalmente aceitos que independem do ponto de vista subjetivo de cada indivíduo. Além disso, constituem um obstáculo cognitivo, ao neutralizarem a estrutura que a norma penal apresenta, afastando modificações possíveis. Embora seja comum a ideia de crise no sistema prisional, o modo de pensar a questão penal não mudou substancialmente, por uma dificuldade em imaginar ou aceitar uma inovação. Para além destes fatos, é possível destacar que, como discurso “erudito”, essas teorias da pena reúnem ideias e estabelecem princípios que gozam de uma autoridade específica, pela valorização contínua ao longo dos séculos. Estabelecem uma formação discursiva hegemônica em matéria penal, desde o início da modernidade até os dias de hoje.

#### **4.2.2 Evolução e fechamento do Direito Penal**

Nesse contexto, as teorias da pena são concebidas como conjuntos de ideias e princípios que desempenham um papel determinante em todos os níveis do processo evolutivo do direito penal moderno. A teoria da evolução de Luhmann (2016; GARCIA, 2010; PIRES, 1998) visa explicitar as condições para possibilidades de mudanças estruturais nos sistemas sociais através da complexificação da semântica e das estruturas. Esta teoria distingue três tipos de operações que os sistemas devem gerar para evoluir: variedade, seleção e estabilização. A variedade, ou diversificação, é produzida quando o sistema molda novas possibilidades oferecidas pelo ambiente: só se pode falar em variação quando operações inesperadas ocorrem. Já a seleção acontece quando o sistema desenvolve estruturas de recepção para a variedade: diz respeito ao valor estrutural da inovação, aceita como algo que não vale a pena rejeitar. A estabilidade implica a integração das novas estruturas criadas, a generalização das seleções. A variação selecionada apresenta duração, e, como novo elemento do sistema, contribui para sua reprodução. De forma rápida, pode-se dizer que, no sistema jurídico, as normas

seriam responsáveis pela variação, as estruturas institucionais pela seleção, e estruturas conceituais dogmáticas pela estabilização.

Em termos de variação, as teorias da pena atuam nos processos de filtragem e modelagem dos irritantes ambientais. Ou seja, constituem obstáculos cognitivos aos estímulos ambientais, no sentido de reduzir o campo da liberdade cognitiva e a probabilidade de pensar do ponto de vista das alternativas. No que diz respeito à seleção, influenciam na determinação daquilo que, na variação, pode ser avaliado ou desacreditado como base de decisão. Do ponto de vista da estabilização, tendem a fixar e generalizar ainda mais o processo de redução/limitação da comunicação.

As teorias da pena também participaram (no nível cognitivo, mas servindo para apoiar as práticas) no nascimento do sistema de direito penal em sua forma propriamente moderna. No final do século XVIII, o sistema se autodescreveu como um subsistema jurídico diferente dos demais (como direito civil e direito administrativo). Por meio das teorias o sistema se diferenciou comunicacionalmente, mesmo dentro dos limites de comunicação do sistema jurídico geral da sociedade. Nesse sentido, pode-se dizer, que as teorias da pena são de fato "teorias do sistema dentro do sistema"(LUHMANN *apud* GARCIA; 2010, p. 107).

Esse processo de diferenciação sistêmica não é exclusivo do sistema jurídico-penal moderno. Historicamente há processos muito semelhantes em todos os sistemas sociais em busca de autonomia. Deve-se considerar que as teorias não apenas terão voz (e exercerão certa autoridade) na determinação dos fundamentos do direito de punir, porquê, como, quando e quem punir; mas eles também terão influência na recepção, seleção e retenção/estabilização da própria semântica dos Direitos Humanos no universo autônomo do direito penal moderno.

A ideia de fechamento está na base do que caracteriza o universo significativo do direito penal moderno, segundo Pires (1998). O campo criminal é fechado em diversos sentidos da palavra. O fechamento físico da prisão, que se tornou a principal e quase única forma de punição do século XIX; o fechamento institucional de uma rede de sanções que permanece separada das outras; e finalmente o fechamento da razão jurídica que considera o direito penal como um todo específico, tendo pouca relação com outros padrões legais.

Esse fechamento é historicamente contemporâneo ao processo de capacitar o direito penal como um subsistema diferenciado do sistema jurídico, como foi

explicitado. No final deste processo, em meados do século XIX, o direito penal começa a se observar e descrever (através da comunicação) como um sistema radicalmente diferente de outros sistemas de resolução de conflitos legais e não legais. Ele postula uma distinção de essência entre ilegalidade criminal e civil. Esta última é voltada para o mundo privado e doméstico ou para os interesses das partes em disputa, e a criminal voltada para o mundo público, os interesses do “Contrato Social” ou do Estado, com exclusão dos interesses das partes. Pires (1998) lembra que o direito civil assume a forma de um direito imaginativo, flexível e criativo: ouve o queixoso, aceita negociação e mediação entre as partes, pode impor restituição e apelar a vários tipos de ordens. A lei criminal, por sua vez, parece esterilizada e caracterizada pela não inventividade: mal equipada para trazer uma paz duradoura entre as partes, está reservada à função de absolver ou condenar e, se necessário, punir usando punições severas.

O direito penal passa a ser visto como o único mecanismo de controle que ainda pode, em última instância, proteger efetivamente os valores fundamentais da sociedade. A função social específica é a de proteção da sociedade, e se considera a única entidade institucional suficientemente estável e sólida. O modo de se orientar em relação a essa função será hostil, abstrato, negativo e atomista (PIRES, 2001 e 2004). Hostil, por representar o transgressor como um inimigo de todos, e estabelecer uma equivalência necessária entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir. Abstrato porque, mesmo reconhecendo que a pena causa um mal concreto e imediato, afirma-se que esse mal produz um bem imaterial e mediato para o grupo. Negativo já que as teorias excluem qualquer outra medida que vise reafirmar a norma por meio de uma ação positiva, como, por exemplo, o tratamento em liberdade. E atomista, enfim, porque a pena não deve se preocupar com os laços sociais concretos entre as pessoas a não ser de forma secundária e acessória.

Esse sistema de pensamento foi estabilizado em todo o Ocidente. É ele que filtra e seleciona os fatores externos que penetram nos limites do direito penal e determina o lugar a ser concedido às ideias produzidas externamente, inclusive aquelas relacionadas aos Direitos Humanos. Determina, assim, a elasticidade da abertura e fechamento do sistema penal. Como forma de construção de identidade do sistema penal, é o elo que dá coerência e exclusividade a todas as operações e

comunicações do sistema, e o que permite a estabilização dos critérios de seleção do sistema. O conjunto dessas ideias contribui para a construção do Direito Penal como subsistema do Direito, relativamente autônomo e funcionalmente diferenciado

É difícil libertar-se da Racionalidade Penal Moderna e sair dos labirintos desse sistema hegemônico de pensamento, pois, conforme Pires (1998 e 1999), tem o mesmo efeito que a "garrafa de mosca" de Watzlawick. Essas garrafas tinham uma larga abertura em forma de funil, que dava uma impressão de segurança às moscas. Depois de entrarem na garrafa, elas não eram mais capazes de sair, ainda que o recipiente não estivesse fechado. Visto do interior, o gargalo estreito pelo qual tinham passado parecia mais perigoso do que o fundo onde se encontravam, mesmo que aquele fosse o único caminho para fora. As moscas procuravam repetidamente a saída onde ela não estava: justamente no fundo da garrafa, onde acabavam morrendo.

Esta metáfora ilustra nossa prisão às maneiras de pensar cristalizadas na Racionalidade Penal Moderna. Assim como as moscas, acreditamos na impossibilidade de sair da prisão, ainda que ela esteja aberta.

E temos medo de sair, assim como as moscas, porque para fazê-lo, seria preciso retomar o mesmo caminho que percorremos para entrar, ou seja, abandonar algumas estruturas cognitivas, tais como as teorias da pena, que nos parecem "evidentes" ou "naturais", durante os últimos dois séculos. E assim, com medo, voltamos rapidamente para o fundo da garrafa e recomeçamos a imaginar soluções que reforçam as mesmas teorias e os mesmos conhecimentos (POSSAS, 2016a, p. 111).

#### **4.2.3 O público e os Direitos Humanos**

Álvaro Pires (2004) destaca ainda que, dentro deste quadro, ocorre uma incorporação do público como componente do sistema, que produz efeitos contraditórios e perversos nas relações com os Direitos Humanos. Há um processo de juridicização da opinião pública pelo Sistema Penal, no qual o público começa a ser observado e descrito como um componente do sistema que cria novos mecanismos jurídicos.

O autor relembra reflexões de Luhmann sobre o público enquanto um componente do sistema político nas sociedades modernas, que passou a desempenhar um papel importante na produção legislativa. A noção de público é

uma representação social abstrata que não coincide com o conjunto de habitantes de um território. Seria então um público particular, com meios de comunicações específicos, uma forma objetivada de participação do indivíduo no processo social. Esse público também passa a ser enxergado como componente do sistema penal, sugerindo problemas nas relações com o sistema político, com um efeito de desdiferenciação no quadro da construção jurídica da noção de justiça. Neste sentido, os tribunais poderiam estar próximos de um exercício político no processo de tomada de decisões. Estaríamos passando de uma preocupação do público com as normas de comportamento, proibindo ou liberando determinada conduta, a uma demanda por penas mais severas com maior restrição de liberdade. Esse público passa a participar diretamente das decisões, quando os tribunais se referem ao “clamor popular”, e também indiretamente quando esses órgãos se atribuem a função de guiar a opinião pública. O público torna-se um componente problemático, pois tende, nessas condições, a ser orientado a fazer regredir ou degradar o sistema.

Algumas demandas de punição ou de imposição de sofrimento acabam sendo formuladas, inclusive, de forma paradoxal, em nome dos Direitos Humanos. Esse sistema de pensamento tende a representar o valor dos bens jurídicos sob a forma de "tarifas de sofrimento" (PIRES, 2004, p.59), o que produz uma desorientação não somente dos movimentos sociais em matéria penal como das próprias comissões de reforma do direito. Acabam por demandar uma correção inflacionária das tarifas: quando o valor de um bem jurídico aumenta, a pena deve ser corrigida para refletir esse novo valor.

A RPM pode ser descrita como pré ou trans-política, pois se sedimenta de maneira independente das visões políticas do mundo. Por este motivo, muitos juristas e pesquisadores das ciências sociais que se autodefinem como críticos, liberais ou progressistas ainda estão presos a tal maneira de pensar. Possuem pensamentos críticos em variados temas, mas ainda privilegiam uma ou outra das teorias da pena, sustentando exclusivamente as sanções negativas, reduzindo o direito de punir à obrigação ou necessidade de produzir aflição, e consagrando a identidade puramente punitiva do direito penal moderno. Muitos movimentos sociais também caem nesta armadilha cognitiva de se opor ao abrandamento de penas e à adoção de sanções alternativas ou em demandar penas aflitivas mais severas em

nome de princípios como igualdade, proporcionalidade e segurança. Como exemplo podemos citar os pedidos de criminalização da homofobia ou de maiores penas para o crime de tortura. Assim, as distinções políticas de esquerda *versus* direita, ou de pensamento crítico *versus* tradicional, não manifestam diferenças empíricas significativas em matéria penal.

Essa maneira de pensar justifica a relação paradoxal, já destacada, entre Direitos Humanos e Sistema Penal. A pena aflictiva é vista como uma maneira de defender estes direitos. Como seria possível justificar a exclusão de meios jurídicos mais humanos em nome da justiça e do próprio humanismo? Uma das soluções, conforme Pires (2004), é distinguir o humanismo da justiça e repensar separadamente cada um desses conceitos em matéria penal. Assim, "ser justo" não teria mais relação com "ser humano". A noção de justiça é reduzida ao sentido dado pelas teorias da pena: "o mal se sana pelo mal". Enfim, o próprio humanismo é reinterpretado por tais teorias, de modo que nos tornamos responsáveis por nossa tolerância e favorecemos o crime quando deixamos de punir ou quando não punimos com severidade. O sentimento com relação ao culpado e às penas aflictivas seria a expressão de uma fraqueza, de um falso humanismo, pois o verdadeiro humanismo estaria dirigido aos cidadãos honestos, à vítima e à humanidade considerada de forma abstrata.

Pela Racionalidade Penal Moderna, então, o Direito Penal não pode defender os Direitos Humanos e ao mesmo tempo exprimi-los de forma positiva, concreta e imediata. Daí o paradoxo mencionado, e o empecilho à própria reforma do Direito Penal, pois a este último é designada a função de proteger os Direitos Humanos, sem entretanto, humanizá-lo "demasiadamente".

A aproximação desta grade teórica com os dados empíricos coletados permite observá-los, desta vez, com esta lente, e verificar se, e como, os discursos dos estudantes se articulam a este sistema de ideias. A hipótese adotada é que as maneiras de pensar atualizam esta estrutura que liga um comportamento a uma sanção aflictiva e privativa de liberdade. Outra possibilidade de aprofundamento tem como base a construção teórica de Riccardo Cappelletti (2017), ou, mais especificamente, seu modelo teórico das intervenções em matéria penal, o qual inclui possibilidades de inovação ou regressão da Racionalidade, como será exposto.

### 4.3 ALTERNATIVAS À RPM

A Racionalidade Penal Moderna, para além de um sistema de ideias, se constitui como um obstáculo epistemológico à inovação penal, conforme já ressaltado. Isto significa que apresenta a resposta hostil, negativa, abstrata e atomista como única possível, de modo que outras maneiras de pensar são afastadas. Pires e Cauchie (2011) tratam da inovação desta racionalidade, a partir do artigo 28 da lei de drogas (Lei nº. 11.343/2006). Este dispositivo prevê a aplicação de penas não privativas de liberdade para o porte de drogas para consumo pessoal. Seria uma modificação legislativa “improvável”, pois o sistema político selecionou sanções não valorizadas pelas teorias da pena e que sequer são pensadas como criminais, já que fogem da prisão e da multa.

A complexidade do tema se destaca quando posicionado na abordagem luhmanniana adotada. Segundo os autores, a atenção não está voltada para ações ou acontecimentos isolados. Uma ação inovadora, então, é aquela que modifica uma estrutura, que produz uma reprodução inovadora da estrutura de referência. No exemplo da pesquisa empírica supramencionada, a proposta inovadora não necessariamente vincula o futuro do Direito Penal, nas suas expectativas normativas. Como esse sistema também produz o direito no processo de tomada de decisão, ele pode reter ou não o irritante ambiental da inovação.

Conforme já foi explicitado neste trabalho, no tópico referente à contribuição de Luhmann com a Teoria dos Sistemas, a evolução do sistema (neste caso a inovação) depende de variação, seleção e reestabilização. A primeira corresponde à modificação nos elementos; a segunda elege como expectativas os elementos com valor de estrutura; por fim a terceira acontece diante da duração no tempo e da contribuição para a reprodução do próprio sistema.

Cappi (2017) faz referência ao muro das ideias mencionado por Cauchie, para discutir o que poderia existir para além dele. Tratar da chamada inovação penal significa, então, considerar uma modificação na persistência de uma maneira de pensar dominante. A definição desta mudança se dá em relação às potencialidades de transformar a penalidade, promovendo uma racionalidade diferente daquela aguerrida cristalizada no direito penal. Esta penalidade foi definida por Kaminski

como “conjunto de estruturas de pensamentos, organizações, instrumentos e práticas, que dão vida ao poder conferido à autoridade pública de punir comportamentos considerados como socialmente problemáticos” (*apud* CAPPI, 2017, p. 22). Desta forma, pensar a inovação é refletir sobre as condições de produção de mudança destes aspectos.

Inicialmente, tratando dos objetos da mudança, esta pode afetar o conjunto ou apenas alguns elementos da penalidade. Atingem, então, as ideias, normas, organizações ou formas de implementação da lei. Cabe destacar que, no que tange às diferentes maneiras de pensar, os sistemas de ideias funcionam de forma independente do ponto de vista individual dos atores. A cognição social difere da psíquica, já que os sistemas têm um ponto de vista próprio, descolado daquele dos atores sociais. A Racionalidade Penal Moderna permanece consistente, independente das posições individuais. Mas a mudança pode vir nos programas de normas de sanção inscritos nas leis, as quais podem ser modificadas. Pode, enfim, ser produzida ao nível das organizações penais e da implementação das sanções.

No que se refere às etapas de produção da mudança, mostram-se importantes para dar conta das características do um processo de inovação distinguível de outras mudanças pontuais que não afetam a penalidade de maneira global. Destacam-se, agora, as três etapas já explicitadas, de maneira específica: complexificação, seleção e estabilização. A primeira refere-se à diversificação que surge dentro do sistema penal, tanto a nível de ideias, como de normas, práticas ou técnicas. São as chamadas práticas alternativas, de tendência minimalista ou descriminalizante. Esta etapa, por si só, não pressupõe inovação. A segunda, da seleção, é um passo importante da consolidação, e ocorre quando a novidade é adotada pelo programa normativo. Por fim, a estabilização acontece quando uma estrutura penal, como a doutrina ou a jurisprudência, por exemplo, adota de maneira estável e difusa a novidade, mudando sua própria identidade.

Em síntese, a mudança, para se caracterizar como inovação deve: a) abandonar a ideia de que o mal é necessário para produzir um bem, e deve participar de uma visão identitária do direito penal menos hostil, menos abstrata, menos negativa e/ou menos atomista, da proteção da sociedade, ou da afirmação das normas; 2) apresentar características irreduzíveis, não previsíveis e não dedutíveis em relação à racionalidade penal moderna; 3) ser selecionada, senão estabilizada por uma estrutura penal receptora qualquer (teorias da pena, jurisprudência, doutrina, leis); 4) ganhar estatuto de indicador

cognitivo (mesmo frágil) da evolução identitária do sistema de direito penal. (KAMINSKI, *apud* CAPPI, 2017, p. 217)

Enquanto estas mudanças são consideradas inovadoras em relação à Racionalidade Penal Moderna, algumas podem ser caracterizadas como regressivas. Se, dentro desta maneira de pensar padrão, não parece possível deixar de demandar a pena, seria também improvável exigir “demasiada pena”, ultrapassando os limites legais estabelecidos. Desta forma, as alternativas regressivas são aquelas que abandonam princípios moderadores e limitadores do caráter aflitivo e estigmatizante da pena. Alguns destes princípios são: proporcionalidade, legalidade, direito dos infratores e interesse mínimo pela reabilitação.

A partir destas observações, Cappi (2017) desenvolve um modelo teórico das intervenções em matéria penal, com a elaboração de um quadro de modalidades. Este modelo permite uma análise tanto das ideias quanto das práticas e oferece uma visão dos desequilíbrios possíveis. Ou seja, reflete sobre a passagem de uma lógica à outra, mantendo-se no mesmo tipo de reposta. As alternativas são apresentadas em estado puro por razões pedagógicas, mas dão lugar a implementações que as combinem de modos diversos. A partir de estudos e teorias anteriores, dois eixos são destacados para diferenciar o conteúdo das alternativas. O primeiro, da solução proposta, liga-se à leitura feita do problema, enquanto o segundo, por sua vez, refere-se ao grau de imposição da solução e das formas de participação dos atores envolvidos.

O eixo da solução proposta, então, abarca as perspectivas da inflição de dor, reabilitação e restauração. As primeiras formaram uma posição hegemônica ao longo do século XX em diversos países, enquanto a terceira é mais recente, diferenciando-se pela atenção à dimensão de conflito, ao papel da vítima e à necessidade de restaurar o que foi rompido.

No segundo eixo é possível distinguir três modalidades de resposta às situações-problema: participativa, autoritária e legalista. A primeira tem uma fraca imposição e elevada participação. Há uma possibilidade real, para aquele que está envolvido, de negociar a definição do problema e se reconhecer enquanto sujeito na solução ou travessia compartilhada do conflito. Esta intervenção, assim, se produz a partir da confrontação e contribuição das opções diferenciadas dos atores

envolvidos no contexto de uma negociação balizada do ponto de vista formal. A segunda modalidade, autoritária, remete a uma prática conduzida por uma autoridade onipotente, que decide no processo de negociação sem respeito a regras ou opiniões de outras pessoas. Este pode ser o papel da polícia, autoridade judiciária, educador, poder político, dentre outros. Por fim, na legalista, as soluções são implementadas em termos anteriormente previstos pela norma, na qual se limitam tanto as negociações dos atores quanto as decisões unilaterais. A condução desta intervenção, assim, se dá no estrito cumprimento das regras previamente estabelecidas num contexto formal. Destaca-se entretanto, que a participativa e a autoritária não excluem a possibilidade de baliza pela norma legal, já que podem ocorrer nas brechas deixadas ou nas manobras construídas.

A combinação dos dois eixos trabalhados possibilitou a construção de um quadro teórico, no qual as diferentes tonalidades de cor representam as diferentes alternativas. As células mais claras são as inovadoras; as de tonalidade intermediária são as convencionais, dentro da Racionalidade Penal Moderna; e as mais escuras são as regressivas. Por fim, nove possibilidades foram apresentadas. Segue o quadro desenvolvido por Cappi (2017, p. 228):

Quadro 4 - Modalidades de intervenção na justiça penal

Modalidades de Intervenção		Modo de imposição		
		Autoritária	Legalista	Participativa
S O L U Ç Ã O	Inflicção de dor	1. Inflicção autoritária de dor	2. Inflicção legal de dor	3. Inflicção participativa (extralegal) de dor
	Reabilitação	4. Reabilitação autoritária	5. Reabilitação definida legalmente	6. Reabilitação participativa
	Restauração	7. Restauração autoritária	8. Restauração prevista legalmente	9. Restauração participativa

Fonte: CAPPI, 2017

Os modos de intervenção alinhados com a Racionalidade Penal Moderna aparecem nas células 2, 4 e 5 do quadro. Na punição legal o sofrimento é infligido com base no disposto na lei. São as respostas clássicas relacionadas ao programa normativo do direito penal e às teorias da pena, sobretudo a retribuição e a dissuasão. A reabilitação legalmente definida, embora não esteja na matriz nuclear da RPM, encontra-se na teoria da reabilitação de primeira modernidade, abarcada pela Racionalidade. Há uma ideia de necessidade de manutenção da prisão para reabilitar. A assistência ao apenado é feita em consonância com o texto normativo. Já na reabilitação autoritária, o especialista sabe o que é melhor para a pessoa, de modo que é possível caminhar para um poder pleno do interventor, considerando as assimetrias penais. Assim, pode produzir uma forma não balizada legalmente, com caráter autoritário.

As alternativas inovadoras, que se distanciam da RPM, podem ser encontradas nas modalidades 6, 8 e 9. A restauração legalmente prevista consiste nas ações que indicam a restituição ou indenização como solução do conflito. Abandona o modelo clássico retributivo, pois o centro não é a resposta aflitiva, e sim uma conduta que reestabeleça a situação abalada pela conduta desviante. A

reabilitação participativa oferece ao autor um papel de primeiro plano na construção da resposta ao problema, que deve ocorrer em meio aberto. A reabilitação ocorre num contexto de participação da comunidade e do apenado, e é menos o resultado de uma intervenção imposta e mais uma possibilidade de elaborar novas significações de trajetória. A restauração participativa ocorre pela participação ativa e negociação entre as partes até a celebração de um acordo, o qual carrega uma dimensão simbólica para além da material. Abandona qualquer perspectiva punitiva de inflição de dor, num processo que tem por objeto a relação. Por isto, é a que menos coincide com a RPM.

As alternativas regressivas, que diferem da RPM pela abolição de princípios ou limites, estão presentes nas modalidades 1, 3 e 4. A inflição autoritária de dor abarca as ações decididas pela autoridade competente que fogem às determinações legais ou as que se caracterizam por uma ampla margem de manobra concedida pelo programa normativo. Seriam punições arbitrárias e extremas que dependem de uma severidade ilimitada. Na inflição participativa (extralegal) de dor o sofrimento é infligido de maneira informal e participativa, como nas práticas de linchamento. Difere da anterior por não se legitimar a partir de uma decisão de autoridade, mas sim pressupor a participação de atores sociais. A restauração autoritária tem como base a ideia de neutralização do problema, a partir do ponto de vista da autoridade, podendo fugir à determinação legal. A restauração é feita através da eliminação daquele que causa o problema. Pressupõe uma ação neutralizante que independe das teorias clássicas da pena, pois não trata de castigar, dissuadir ou reabilitar uma pessoa, mas neutralizar um problema. Parte de uma autoridade que pode ignorar as subjetividades envolvidas, de modo a tratar as pessoas como coisas elimináveis.

Por fim, destaca-se que para realizar uma inovação, é preciso contar com um aumento de participação (contornando a inflição de dor) ou com uma solução restaurativa (evitando as derivas autoritárias).

#### 4.4 NOVA LEITURA DAS ENTREVISTAS

Neste ponto da pesquisa faremos uma releitura do material obtido com as entrevistas semiestruturadas para discutir se, e como, a Racionalidade Penal Moderna é atualizada nas ideias expostas pelos estudantes. Ressaltamos

novamente que nosso interesse está situado no âmbito das ideias, as quais podem ser observadas através das respostas dos estudantes. Em prática, buscamos ilustrar a diversidade de alternativas nos discursos, à luz da RPM. Será abordada a maneira como a RPM se manifesta nas falas e como algumas podem ser portadoras de elementos considerados potencialmente inovadores.

A Racionalidade, como sistema de pensamento relativamente autônomo (PIRES, 2001), pode ser descrita em três diferentes níveis de observação (GARCIA, 2010). São eles: nível das ideias expressas (micro), que podem ser organizadas em teorias (nível médio), as quais se articulam para formar um sistema de pensamento (macro). No âmbito das ideias existem elementos simples que não permitem extrair inteiramente o sentido das teorias da pena. No segundo nível, por sua vez, articulações revelam o sentido da mobilização dos elementos associados à sanção. No terceiro nível observa-se, então, a articulação das teorias.

Em resumo, a 'ideia' corresponde, portanto, a um enunciado normativo ou prescritivo – por exemplo: 'é preciso punir'. 'A teoria' corresponde a um enunciado de tipo explicativo – 'é preciso punir porque...' -; e o 'sistema de pensamento' corresponde à articulação entre os não-ditos comuns e os diversos enunciados explicativos, que são as teorias. (CAPPI, 2017, p. 240)

Os discursos dos estudantes entrevistados serão relidos à luz dessa conceitualização. Dado que muitas ideias "simples" foram apontadas no processo de categorização, será privilegiado o segundo nível das teorias da pena, na busca de perceber se as falas se aproximam ou se distanciam destas. Posteriormente será observado o nível dos sistemas de pensamento mais amplos da RPM com seus dois ingredientes centrais, quais sejam, a obrigação de punir e a valorização da exclusão social e do encarceramento.

Na teoria da retribuição, como já foi visto, a punição é embasada na obrigação de responder o mal (do crime) com o mal (da pena). O caráter aflitivo e de sofrimento é intrinsecamente ligado à sanção. A aflição pode ser duplicada pelo princípio da proporcionalidade, numa correspondência direta entre a gravidade da conduta e a intensidade do castigo.

Nos discursos dos estudantes as referências a tal teoria não foram diretas. O entrevistado A3, apesar do posicionamento crítico em relação às penas e ao Sistema Penal de forma geral, destacou que pensa as medidas alternativas apenas

para crimes comuns, pois em relação aos mais graves ainda guarda um sentimento de castigo, como se vê:

O que eu tenho hoje capacidade de opinar é sobre crimes de forma geral, que preenchem mais o sistema carcerário, os crimes comuns, roubo, estelionato. Então eu acho que há possibilidades de medidas alternativas pra isso (...) agora em relação a outros crimes eu não tenho respostas, realmente. Eu acho que essas coisas mexem muito com a gente, na condição de mulher, a primeira coisa que aparece é o instinto punitivista (Estudante A3, entrevista, 2020).

Encontramos aquilo que, no pensamento retributivo, liga a gravidade do crime à punição. Esta noção de proporcionalidade é destacada também pelo entrevistado A1, sem, entretanto, fazer menção direta à aflição pretendida:

Eu acho assim, tem casos que são infrações pequenas, de menor potencial ofensivo, que elas são muito criminalizadas, uma pena grande, e quando chega os crimes grandes, contra a sociedade, por exemplo os crimes que os políticos fazem, desvio de verbas, de dinheiro, a gente vê que muitas vezes não é criminalizado. Tá como crime mas não é efetivado, seja pela corrupção do sistema, entendeu? Você vê que uma pessoa, por exemplo, roubou pra poder alimentar a família, casos extremos assim né? Eu tenho certeza que a pessoa não queria roubar, mas foi necessidade, entendeu? Aí pune com vários anos esse caso. Então acho que há uma discrepância muito grande, entendeu? (Estudante A1, entrevista, 2020).

A teoria da dissuasão, por sua vez, introduz uma finalidade mais utilitária e menos moral na obrigação de punir, com o objetivo de evitar o cometimento de delitos através do efeito dissuasivo da pena. A certeza do castigo é ainda mais importante que sua severidade.

Esse conjunto de ideias é observado na fala de A1, e mais timidamente em A2. Enquanto o primeiro trata diretamente da punição como forma de evitar o crime, o segundo traz a necessidade de aplicação igualitária para a certeza da pena. Seguem transcrições exemplificativas:

[...] talvez por não ter tanta punição, talvez por isso que as coisas ocorrem lá, entendeu? Lá dentro. Justamente por não punir esse tipo de conduta. Porque quando a gente coíbe uma conduta, a pessoa já pensa duas vezes antes de fazer. É o meu ponto de vista (Estudante A1, entrevista, 2020).

Alguns grupos acabam ficando isentos, mas não acho que seja prender mais, eu não sei. Então se a gente tem uma lei e essa pessoa incorreu nesse tipo penal então ela vai pagar por isso

independente de ela ser branca, ela ser pobre, ela morar na favela (Estudante A2, entrevista, 2020).

A ideia de seletividade da resposta penal é destacada também nas outras falas, e até mesmo nos questionários pré-entrevistas, como uma crítica ao Sistema Penal. Embora não traga necessariamente a essência da dissuasão, pode sugerir que a ausência de certeza da pena para algumas pessoas, ou grupo de pessoas, permite ou facilita a ocorrência de novos delitos. Seria um destaque a pensamentos do tipo: “se a aplicação da pena não me alcança, posso cometer crimes sem preocupação”. Como a ligação entre essas ideias não é tão direta nas falas, registrou-se apenas, de maneira explícita, na primeira entrevista.

Já na teoria da denunciação, a obrigação de punir aparece como maneira de denunciar a conduta delitiva e o ataque aos valores sociais. A sanção vem em forma de afirmação destes valores ao público. Essa perspectiva considera as expectativas da sociedade, já que existe uma interação entre o valor expressivo da punição e o contexto social que pretende intervir. A opinião pública é utilizada como um reforço para legitimar penas mais severas. Através dela é possível que o sujeito que mobiliza atribua suas próprias expectativas a esse ente coletivo.

Alguns discursos reforçaram esta teoria, ao se posicionarem sobre os pedidos de criminalizações, ou maiores penas, em nome dos Direitos Humanos. Nestes casos, a sanção afirma os valores de um determinado público preterido das ações estatais. A opinião de tais grupos reforça a necessidade e intensidade da pena. As falas de A2 e A3 comungam deste sentimento, ainda que destacando possíveis contradições. Já A4, contrário às demandas de criminalização, ressalta que este anseio é compreensível:

Eu acho bacana (os pedidos de criminalização) sou totalmente a favor. Ao mesmo tempo que eu entendo que a criminalização e a questão de prender as pessoas ela não resolve, porque se você tem toda uma ideia que as pessoas alimentam, se você não muda isso, não muda. Mas ao mesmo tempo existem práticas e contextos no Brasil tão absurdos, que se você criminaliza você acaba reconhecendo que aquelas pessoas elas são vulneráveis, entendeu? Então ao mesmo tempo que eu reconheço que criminalizar e prender, porque a pessoa vai ser ressocializada, ela vai compreender agora que as pessoas são iguais e podem ter o direito de escolha e amar quem elas quiserem (em relação à homofobia), ao mesmo tempo eu entendo que se você criminaliza, se você atende a essa demanda de um certo grupo você reconhece o direito que elas têm

de, não sei se é de respeito, porque isso não funciona também. Mas você reconhece o lugar que elas ocupam e a demanda que elas têm de serem reconhecidas. É uma coisa muito confusa na minha cabeça ainda (Estudante A2, entrevista, 2020).

(...) continuaria sendo seletivo, abarcando só um determinado grupo, seria bom pra eles, mas eu penso que mais leis, mais incriminação, é muito complicado. Embora eu acho que seja um marco importante, não acho que seja uma conquista, mas acho que pra eles signifique um marco importante, tipo assim de reconhecimento, só que no ponto de vista prático eu acredito que continuará acontecendo a mesma coisa. Mesmo sabendo que num caso de injúria racial com um colega eu vou dizer: ah, vamos numa delegacia. Infelizmente a gente ainda está numa 'sinuca de bico' (Estudante A3, entrevista, 2020).

[...] tem que ser compreensível à comunidade violentada em alguns sentidos esse tipo de sentimento. E essa comunidade que vivencia a violência e está adaptada à existência desse tipo de violência com altos índices de homicídio, ela tá muito inclinada a vivenciar esse pensamento automático, quase utilitarista, de ter que punir, faca na caveira, se morre em troca de tiro melhor ainda. Eu acho que é compreensível da comunidade, mas não quer dizer que não seja um discurso a ser educado (Estudante A4, entrevista, 2020).

Por fim, a teoria da reabilitação trata a punição com fins de reinserção social do indivíduo. Nesta visão, a intervenção punitiva, sobretudo em meio fechado, pode gerar competências variadas. Poderão ser oferecidas atividades diversas como educação, formação profissional, terapia, dentre outras. Desta forma, a punição possibilita a reabilitação e reinserção social da pessoa. O indivíduo torna-se um objeto de trabalho de transformação. Conforme Cappi (2017), esta intervenção reabilitativa pode também ser compreendida de maneira diferente, partindo de uma abordagem corretiva, autoritária ou paternalista para uma que favoreça a escuta e novas construções de sentido. O objetivo é promover práticas nas quais a pessoa se torne sujeito e não objeto do processo, com possibilidade de ressignificação de trajetória. Há um distanciamento da perspectiva tradicional, não apenas na transposição dos muros físicos, mas também nos pressupostos teóricos da intervenção.

Esta primeira abordagem, dita de “primeira modernidade” (CAPPI, 2017, p. 246), na qual o indivíduo é pensado como objeto de transformação, é observada em A1:

Muitas pessoas falam que tem que sofrer restrições, e assim, se a gente tirar esses direitos da pessoa, como ela vai encarar a sociedade? Como ela vai sair do Sistema Penal? Lá também a gente vê nas notícias, no noticiário, que acontecem muitas restrições né? Celas lotadas, condições de higiene ruins, não tem programas de ressocialização nas prisões (...) Eu acredito na melhora das pessoas, entendeu? Se o sistema retira esses direitos que são fundamentais para os indivíduos, não vai ajudar a melhorar essas pessoas. Essas pessoas não vão ter outra visão do mundo, não vão ter outra visão de como é viver em sociedade, entendeu? Não que essas pessoas não devam sofrer punições, elas vão sofrer punições, mas de maneira digna, de maneira humana mesmo (Estudante A1, entrevista, 2020).

Em A4 há uma peculiar forma intermediária entre a primeira e a segunda modernidade. Embora exista um objetivo de ressignificação, a ideia de reinserção é bastante utilizada. Os profissionais dos presídios são destacados como autoridades competentes para decidir sobre a ressocialização. A reabilitação é defendida de forma complementar à punição.

O reforço positivo é uma perspectiva muito mais pedagógica e de educação. A palavra educar é complicada, mas é muito mais discutir comportamento humano do que ser punitivista. Discutir profundamente a raiz do comportamento [...] eu acredito que hoje ainda deve haver um sistema punitivo, primeira coisa. Porque a gente tem animais adultos que não têm a mesma noção civilizatória que outros têm. Dentro de uma noção civilizatória que a gente fantasia, vão haver pouquíssimos transgressores, as exceções, e muitas pessoas inseridas dentro da comunidade, com capacidade produtiva pra fazer cultura, sei lá, fazer escolhas, inclusive laborativas. Contudo, não é uma coisa que vai ser do dia pra noite. Eu acredito numa cultura de construção de um indivíduo em outras faculdades, em paralelo com um médio punitivismo. Não esse punitivismo exacerbado que existe hoje, mas um punitivismo de caráter protocolar e regulamentar. Por exemplo, algum crime mais doloso contra a vida e tal, seja o cárcere, mas crimes contra o patrimônio a gente pode, a priori, fazer atividades comunitárias, penas alternativas e tal. Eu acho que cabe também um pouco mais de prerrogativas do diretor do presídio acerca do manejo da progressão, sabe? Ele tem influência na progressão, pode ter a plena noção de que o cara tá ressocializado em dois anos, um ano e meio. Quando a gente culmina uma pena, é uma estimativa do Estado de que aquele cidadão de que aquele cidadão vai voltar a não ser um transgressor. Quando você dá mais capacidade discricionária aos diretores dos presídios, os regentes, seja psicólogo, psiquiatra, de atividade profissional, pra falar: poxa, essa cara aqui tá ressocializado, ele tem capacidade de retorno, também é uma possibilidade (Estudante A4, entrevista, 2020).

O terceiro nível de observação da Racionalidade Penal Moderna faz referência ao sistema de pensamento em si. As ideias das teorias se organizam num âmbito mais globalizante, onde as especificidades garantem um reforço mútuo para um resultado global homogêneo. Estas teorias, com aspectos federativos, traçam uma linha fronteira entre o que pertence à RPM e o que fica fora dela.

São indicadores deste sistema de pensamento: a obrigação de punir e a valorização da exclusão social e do encarceramento (CAPPI, 2017). O primeiro tem a forma de um elo entre o crime e a pena, presente na estrutura telescópica da norma. Há uma obrigatoriedade na punição que traz as abordagens: hostil, abstrata, negativa e atomista da pena. Neste lugar de valorização punitiva não há espaço também para a problematização da severidade.

O primeiro indicador, da obrigatoriedade da punição, pode ser observado na fala do Entrevistado A1. Se, de lado, não se observa a questão da hostilidade, já que há uma defesa dos direitos das pessoas encarceradas, por outro permanecem os aspectos abstratos, negativos e atomistas da pena.

Não que essas pessoas não devam sofrer punições, elas vão sofrer punições, mas de maneira digna, de maneira humana mesmo. [...] Elas devem ser punidas, claro, mas assim, não ser restringidos os direitos das pessoas. (Estudante A1, entrevista, 2020).

Embora exista um tom crítico ao Sistema Penal nas declarações de A2, os desafios apontados situam-se apenas no âmbito da aplicação. A questão da estrutura da criminalização não é criticada, ao contrário, naturaliza-se:

Então acho que o problema não é a questão de como tá disposto na legislação, o que são os crimes e quais são as penas dispostas a esses crimes, mas sim quem é o sujeito que é atingido por esta legislação (Estudante A2, entrevista, 2020).

Uma fala de A3, já destacada anteriormente, acaba por confirmar a estrutura punitiva e ressaltar sua severidade para crimes mais graves. A abolição é tida como possível apenas num cenário teórico ideal.

(...) as medidas alternativas que já existem, como a transação penal, por exemplo, que já existe pra usuário que não é traficante (...) agora em relação a outros crimes eu não tenho respostas, realmente. Eu acho que essas coisas mexem muito com a gente, na condição de

mulher, a primeira coisa que aparece é o instinto punitivista (Estudante A3, entrevista, 2020).

A4, por sua vez, não reforça esta obrigatoriedade, mas acredita na necessidade da manutenção da punição aflictiva em relação aos mais graves, como um caminho para a abolição total. Diante deste horizonte possível, consideramos a ausência deste indicador.

Eu acredito numa cultura de construção de um indivíduo em outras faculdades, em paralelo com um médio punitivismo. Não esse punitivismo exacerbado que existe hoje, mas um punitivismo de caráter protocolar e regulamentar. Por exemplo, algum crime mais doloso contra a vida e tal, seja o cárcere mas crimes contra o patrimônio a gente pode, *a priori*, fazer atividades comunitárias, penas alternativas e tal. (...) num horizonte possível caminhar para abolir totalmente esse cerceamento de mobilidade do corpo. Eu acredito muito nisso (Estudante A4, entrevista, 2020).

A valorização da exclusão social e da privação de liberdade é o segundo indicador importante da presença da RPM. Nesta visão há uma prevalência da prisão em detrimento de medidas alternativas. Este ponto não foi observado em nenhuma das falas. Ao contrário, o encarceramento em massa e a exclusão social vêm sendo problematizados desde as respostas dos questionários. O distanciamento social, por sua vez, menos gravoso que a exclusão, pôde ser notado. Essa “distância da sociedade” aparece associada à noção de reabilitação, em falas como as de A1 e A4:

Muitas pessoas falam que tem que sofrer restrições, e assim, se a gente tirar esses direitos da pessoa, como ela vai encarar a sociedade? Como ela vai sair do Sistema Penal? Lá, também, a gente vê nas notícias, no noticiário, que acontecem muitas restrições né? Celas lotadas, condições de higiene ruins, não tem programas de ressocialização nas prisões (...) Eu acredito na melhora das pessoas, entendeu? Se o sistema retira esses direitos que são fundamentais para os indivíduos, não vai ajudar a melhorar essas pessoas. Essas pessoas não vão ter outra visão do mundo, não vão ter outra visão de como é viver em sociedade, entendeu? (Estudante A1, entrevista, 2020).

Eu acho que cabe também um pouco mais de prerrogativas do diretor do presídio acerca do manejo da progressão, sabe? Ele tem influência na progressão, pode ter a plena noção de que o cara tá ressocializado em dois anos, um ano e meio. Quando a gente culmina uma pena, é uma estimativa do Estado de que aquele cidadão de que aquele cidadão vai voltar a não ser um transgressor.

Quando você dá mais capacidade discricionária aos diretores dos presídios, os regentes, seja psicólogo, psiquiatra, de atividade profissional, pra falar: poxa, essa cara aqui tá ressocializado, ele tem capacidade de retorno, também é uma possibilidade (Estudante A4, entrevista, 2020).

Como A1 já havia tratado da obrigatoriedade da punição, enquanto A4, no sentido contrário, pensa um caminho para seu fim, foi destacada uma presença moderada deste indicador na primeira fala e ausência na segunda. Outra presença moderada ocorre em A2, pois, conforme já exemplificado, naturaliza a estrutura telescópica, criticando apenas sua aplicação seletiva. Críticas mais diretas são percebidas em A3 e A4:

Mas eu acho que a prisão não resolve nada, estamos colocados numa situação de caos, assim. Solidão, conflitos, distância das pessoas queridas, sem contar o que vem disso né? As visitas, revistas vexatórias... a prisão não é só o corpo da pessoa que está encarcerada, presa, é todo um complexo do que vem disso, de relações familiares, pessoais, que gira em torno da prisão. O ideal seria que não existisse (Estudante A3, entrevista, 2020).

Mas eu acho que quando a gente trata aquela pessoa como transgressor e ele deve ser punido de forma feroz pela máquina estatal, pelo poder coercitivo do Estado, então ele tem que ser jogado na penitenciária e tal, que não tem um resultado didático e pedagógico claro, não tem método específico, me parece que a discussão é a gente vai ter uma pena taxativa aqui, contra a homofobia e tal, e depois disso ele não vai fazer mais e tal. Me parece muito a relação do pai que bate no filho pra ele parar de fazer alguma coisa. Pra mim é você combater uma violência com outra. Quando o Estado se inclina pro cidadão é pra punir, uma punitividade que rompe os Direitos Humanos. Eu não posso combater uma mazela com outra. Eu não acredito no punitivismo em nenhum sentido. Seja do Estado seja das pessoas (Estudante A4, entrevista, 2020).

A referência às alternativas com frequência associa-se à necessidade de circunstancial de diminuir a sobrecarga do sistema carcerário. Entretanto, carecem de argumentos mais sólidos no plano teórico. A dificuldade de pensar em respostas para os desvios que fujam das teorias da pena dificulta a quebra de padrão da Racionalidade Penal Moderna. Se há um ensaio de “quebra do obstáculo cognitivo” em algumas falas, ele ainda “emperra” em alternativas pensadas de forma mais concreta. Seria um pensamento com a seguinte estrutura: “penso que existem alternativas para além deste padrão, mas não consigo pensar quais”.

Eu nunca estudei muito sobre essas medidas alternativas. Seriam outras formas que não a prisão, é isso? Por exemplo? Eu não conheço muito no campo penal quais seriam essas alternativas, nunca vi estudo que comprove a eficácia disso. Mas acho bacana (Estudante A2, entrevista, 2020).

Eu acho que teriam outras medidas que seriam muito mais interessantes. Por exemplo, se você perder seu celular, ter o celular de volta que faria muito mais feliz do que ver o cara preso por causa disso. Uma reparação do dano. É uma coisa que já existe no direito civil e que todo mundo faz, só que no direito penal é um pouquinho diferente. É por isso que eu acho que as sanções hoje são meio que fracassadas, no que eu entendo que seria mais adequado [...] potencialidades das penas alternativas com menos prisão. Muita gente tá lá, ninguém sabe o que tá acontecendo, muita gente tá morrendo, então eu acho que as penas como são aplicadas, a maioria das sanções, porque embora a gente tenha um rol enorme, a maioria é prisão. Eu acho que isso é um instituto que já deu, embora eu não tenha uma alternativa concreta em relação a isso. Até porque eu estou num processo de transição dos meus pensamentos aos meus sentimentos punitivistas (Estudante A3, entrevista, 2020).

Por exemplo, algum crime mais doloso contra a vida e tal, seja o cárcere mas crimes contra o patrimônio a gente pode, a priori, fazer atividades comunitárias, penas alternativas e tal (Estudante A4, entrevista, 2020).

Diante da observação das teorias e do sistema de pensamento nas entrevistas, é possível o esboço de um quadro sintético:

Quadro 5 - Teorias e Indicadores da RPM

	A1	A2	A3	A4
<b>INDICADORES DAS TEORIAS</b>				
<b>Teoria da Retribuição</b>	Para crimes graves	Não	Para crimes graves	Não
<b>Teoria da Dissuasão</b>	Sim	Moderada	Não	Não
<b>Teoria da Denúnciação</b>	Indiferente	Para grupos específicos	Para grupos específicos	Não
<b>Teoria da Reabilitação</b>	Sim (1ª modernidade)	Indiferente	Indiferente	Sim (1ª e 2ª modernidades)
<b>INDICADORES DO SISTEMA DE PENSAMENTO</b>				
<b>Obrigação de punir</b>	Sim	Sim	Moderada	Não
<b>Valorização da privação da liberdade e/ou exclusão social</b>	Moderada	Moderada	Não	Não
<b>Evocação de medidas alternativas à privação de liberdade</b>	Não	Moderada	Sim	Sim

Fonte: Elaborado pela autora

A primeira coluna do quadro traz as teorias clássicas da pena que embasam a Racionalidade Penal Moderna e os indicadores deste sistema de pensamento. Isto significa que estão resumidos o segundo e o terceiro níveis de observação empírica propostos inicialmente. De forma transversal é possível ler a presença ou ausência destes elementos nos discursos.

No que tange às teorias, a da retribuição aparece de forma contida, em A1 e A3 em referência a crimes considerados graves. A teoria da dissuasão é observada em A1 e moderadamente em A2. Por sua vez, a da denúnciação aparece como importante para grupos específicos em A2 e A3. A teoria da reabilitação, em sua forma de primeira modernidade, é destacada nas falas de A1, enquanto A4 evoca uma forma híbrida da primeira com a segunda modernidade.

Já no tocante aos indicadores da RPM, a obrigação de punir aparece em A1 e A2, e mais moderadamente em A3. A valorização da exclusão social foi bastante criticada e é observada apenas de maneira moderada nos discursos de A1 e A2. A

evocação de medidas alternativas à privação de liberdade diretamente em A3 e A4, enquanto A2 menciona com menos ênfase.

Diante de todo o exposto, as observações sugerem uma confirmação da Racionalidade Penal Moderna em A1, a crítica a alguns indicadores importantes deste sistema de pensamento em A2 e A3, e certo distanciamento em A4. Esta verificação pode ser mais aprofundada a partir das modalidades de intervenção propostas por Cappi (2017), sobretudo no que se refere à possibilidade de inovação. Como seria possível, então, “inovar” esta maneira de pensar já estabelecida como dominante e constituída como um obstáculo epistemológico à própria inovação?

#### 4.5 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO NOS DISCURSOS

A partir da construção teórica de Cappi (2017), já apresentada, é possível ler novamente os discursos e identificar se correspondem a algumas das modalidades propostas. Cabe salientar, mais uma vez, que esta leitura constitui uma adaptação investigativa, já que a inovação, nos termos propostos, é percebida no nível dos sistemas sociais e não do ponto de vista individual. Na presente pesquisa, as argumentações individuais são estudadas como sugestivas dos futuros operadores do Direito. Desta forma, é mais adequado falar em elementos com potencialidade de distanciamento da racionalidade dominante, e não propriamente em inovação.

O discurso de A1 evoca diretamente a teoria da dissuasão e da reabilitação (primeira modernidade), e, para crimes graves, a retribuição. A obrigação de punir, enquanto indicador da RPM também está presente. Não há menção às alternativas à privação de liberdade, com certa valorização do afastamento social. Estas características permitem enquadrar tal discurso na modalidade de intervenção 5, qual seja, reabilitação legalmente definida. Isto significa que a resposta à situação problemática é pensada para reabilitar o desviante, com base no que está previamente disposto na legislação, tanto em relação aos processos quanto aos resultados almejados. Há, neste pensamento, a ideia de necessidade da prisão para o tratamento terapêutico, que pode resultar numa terapia forçada sob a égide da lei. É possível, assim, associar este modo aos não inovadores, dentro da esfera da Racionalidade Penal Moderna. Isto porque a teoria da reabilitação, embora não esteja no núcleo do pensamento, está abarcada pela teoria, especialmente em sua

versão de primeira modernidade. Além disso, partindo da constatação de que as modalidades apontadas são ficções teóricas, elas se justapõem ou alternam nas práticas ou maneiras de pensar. No caso de A1, elementos da abordagem 2 também são observados. A punição legal é associável à RPM e ligada diretamente às teorias da retribuição e dissuasão mobilizadas.

Em A2 a crítica central é direcionada à seletividade da aplicação da norma, enquanto sua estrutura é naturalizada. As teorias da dissuasão e denunciação aparecem de forma moderada. O indicador da obrigação de punir é observado, ao mesmo tempo em que a valorização do afastamento social é moderada, diante do desconhecimento de medidas alternativas que podem ser interessantes. É possível pensar numa justaposição da punição legal (modalidade 2) com a restauração participativa (modalidade 9). Embora haja uma evocação da aplicação da lei para todos, ou seja, de certa distribuição proporcional de dor; por outro lado, a possibilidade de diálogo entre as partes despertou interesse. A questão foi o desconhecimento desta possibilidade ou de “estudo que comprove a eficácia”. Por estes motivos, pode ser pensado como um discurso com potencialidades de distanciamento, mas ainda centrado na RPM.

A3, por sua vez, se posiciona em um processo de transição dos pensamentos punitivistas. Se, por um lado, tece críticas às atuais sanções “fracassadas” e sugere alternativas como a restituição, por outro apresenta dificuldades em enxergar para além dos muros da prisão em crimes mais graves ou ligados à questão de gênero, por exemplo. Embora classifique o sistema penal como patriarcal, branco e elitista, considera a criminalização como marco importante para alguns movimentos sociais. Por tais características, este discurso pode ser enquadrado na modalidade 8, restauração legalmente prevista, justaposta, também, à modalidade 2, com a pena legalmente prevista. No exemplo citado, do roubo de um celular, era mais interessante ter o objeto de volta do que ter a notícia da prisão do infrator. Desta maneira, se afasta da resposta aflitiva em direção à resposta que reestabeleça a situação deteriorada pela conduta. Para alguns desvios, entretanto, haveria uma “sinuca de bico”, ou, numa aproximação metafórica, um mergulho para o fundo da garrafa das moscas. Mais uma fala com potencialidades inovadoras que, contudo, cai ainda nas grades (reais e metafóricas) da RPM.

Por fim, A4 destaca um caminho de aumento do acesso à educação associado ao desencarceramento, que levaria à possibilidade de abolição do cerceamento à liberdade. Este processo seria conduzido por um punitivismo apenas regulamentar, com destaque às sanções alternativas como as medidas comunitárias e mais liberdade aos profissionais na progressão da pena. É interessante notar que as falas têm como base a modalidade 6, reabilitação participativa, mas abre espaço para a modalidade 4, de reabilitação autoritária. As respostas aos delitos são pensadas essencialmente tendo o autor como personagem central, numa construção que privilegia o meio aberto e a participação da comunidade. Neste contexto é possível ressignificar a própria trajetória. Não é problematizado, contudo, o poder dado ao especialista de saber o que é melhor para a pessoa e em que momento a “ressocialização” acontece. Isto gera uma possibilidade de dar pleno poder ao interventor a ponto de haver um desprezo pela baliza legal. Como, entretanto, este é mais um ponto cego no discurso do que verdadeiramente uma maneira de enxergar a situação, pode ser entendida com potencialidades inovadoras. Já que o punitivismo é criticado e problematizado em todos os sentidos, e a abolição total é almejada, há um perceptível afastamento com os elementos da Racionalidade Penal Moderna.

Diante do exposto com as releituras, confirmam-se as hipóteses levantadas no tópico anterior. A Racionalidade Penal Moderna é reforçada em A1 e central em A2 e A3 apesar dos elementos com potencialidade de escapar dos muros cognitivos. Em A4 as potencialidades são mais promissoras, de modo que a modalidade de intervenção penal proposta é potencialmente inovadora (ou, mais especificamente, será inovadora se estabilizada pelo sistema do direito penal). É possível perceber como este sistema de pensamento é dominante e transversal, já que é atualizado também nas falas críticas ao Sistema Penal. O obstáculo cognitivo é percebido quando, mesmo reconhecendo diversas problemáticas e uma suposta crise, não se consegue pensar facilmente em alternativas que fujam deste padrão de forma concreta.

#### 4.6 ARTICULAÇÕES POSSÍVEIS

Neste último tópico gostaríamos de tecer relações entre as duas etapas da pesquisa empírica, bem como algumas considerações sobre a dimensão política dos discursos. O objetivo era compreender como os estudantes de Direito atualizavam formas do meio Direitos Humanos em relação às repostas do Estado para as condutas descritas como crime, e problematizar o que impedia outras formas possíveis em relação à mobilização da Racionalidade Penal Moderna enquanto um obstáculo epistemológico ou cognitivo à inovação penal.

Na primeira etapa observamos formas diversificadas de formulação dos Direitos Humanos, com enfoques legais, políticos e sociais. Os posicionamentos foram compreendidos como “defensores” desses Direitos, ressaltando objetivos diversos e abrangência para todos, no plano teórico. O descompasso entre teoria e realidade estaria no momento de aplicação, diante da seletividade e constantes violações.

Entretanto, quando posicionados na relação com as intervenções do Sistema Penal, esse meio adquiriu formas mais engessadas, sobretudo associadas às violações nas garantias processuais e às formas e condições de cumprimento de pena. Houve uma oscilação entre a crítica e a justificação da importância da relação proposta, notadamente na tentativa de humanização do Sistema Penal visto como violento e desigual. As sanções foram associadas à prisão e às potencialidades, não aprofundadas, das penas alternativas. Os olhares, assim, se fixaram para o âmbito processual e da pena privativa de liberdade previamente definida, sem reflexão ulterior sobre o processo de definição do crime e da própria pena. Os discursos foram condensados em legalista, intermediário e crítico.

Já na segunda etapa da leitura dos materiais, a Racionalidade Penal Moderna foi estudada como um sistema de pensamento dominante em matéria penal que justifica e neutraliza a composição normativa que liga um comportamento a uma sanção essencialmente aflitiva e privativa de liberdade. Os indicadores dessa racionalidade pareciam, à primeira vista, estar presentes de forma contundente apenas no discurso legalista. Porém, um aprofundamento da análise possibilitou observar que tanto no discurso legalista quanto no intermediário e mesmo no crítico, a RPM se atualizava.

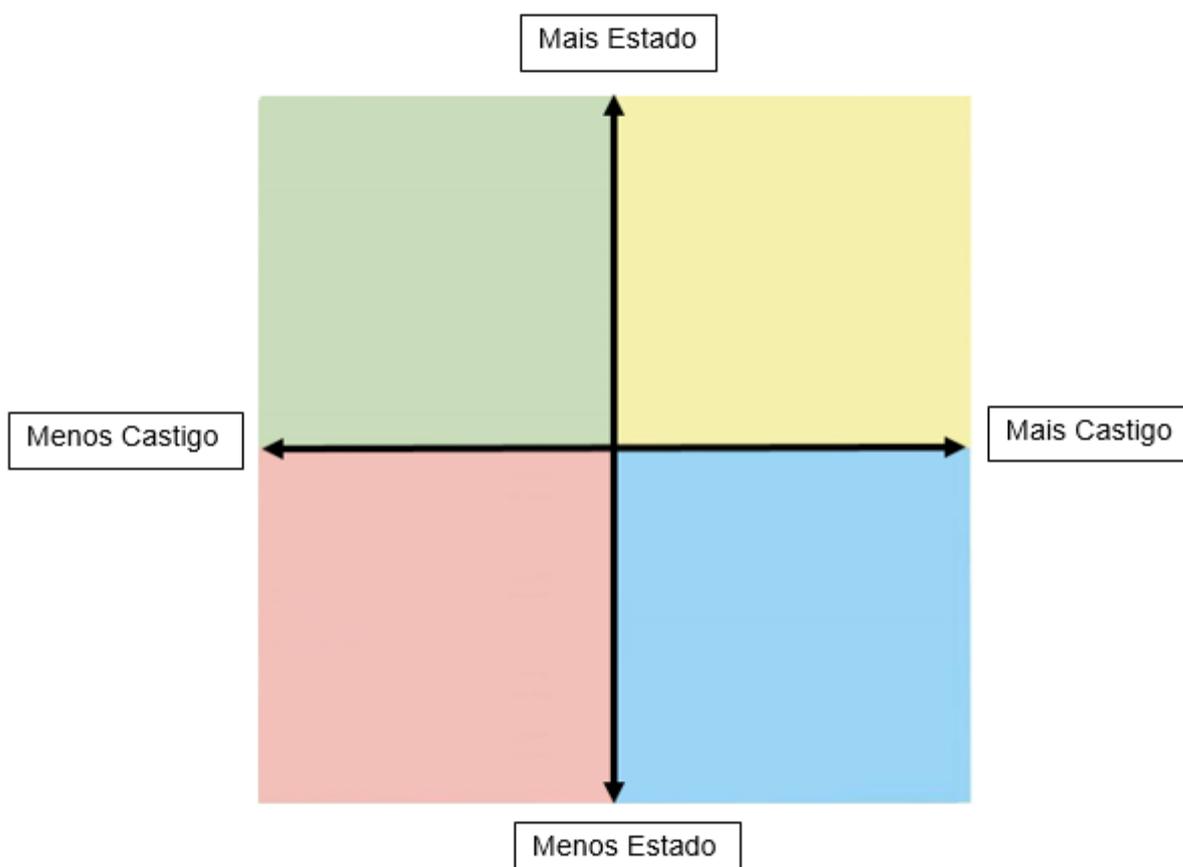
Podemos então associar esse sistema de ideias persistente com a dificuldade de outras formações de sentidos possíveis para os Direitos Humanos na relação com as intervenções penais. Tais direitos seguiram associados às garantias das pessoas presas, mas não conseguiram alterar a concepção de punição. É justamente esta racionalidade que “cega” os olhares para o âmbito da criminalização (ou da construção social do crime) ao naturalizar a forma específica que o Direito Penal adquire e ao apresentar a aflição e a privação de liberdade como melhores respostas. Os estudantes de Direito, conhecedores das teorias da pena, acabaram por invocar uma ou outra nas reflexões, sem perceber que estas, em definitiva, se reforçam para demandar exclusão social. Tal exclusão foi mobilizada até mesmo no discurso que tendencialmente se afastou da RPM, como uma medida de reabilitação necessária. É também essa maneira de pensar que impede uma clareza maior acerca das alternativas pensadas como potencialidades. São esses muros, físicos e cognitivos, que dificultam a visão para o que existe além dele.

A RPM se confirma também na observação da dimensão política. O estudante A4, com um discurso considerado crítico na primeira etapa e potencialmente inovador na segunda (no sentido de afastamento da RPM) se identificou enquanto liberal. Esta identificação não foi aprofundada, já que não havia, a priori, interesse investigativo neste âmbito. Mas é interessante notar que esse pensamento está alinhado, politicamente, mais à direita em relação a outros que reforçaram a RPM. Isto confirma, por um lado, o caráter trans-político da Racionalidade, pois as distinções esquerda *versus* direita, ou de pensamento crítico *versus* tradicional, não redundam em diferenças significativas em matéria penal. Por outro, mostra que é possível pensar a “inovação” também para além dos limites críticos ou de esquerda.

A observação deste aspecto político demanda aprofundamentos diversos, mas podemos tecer desde já algumas considerações. Percebe-se que os Direitos Humanos, dentro das várias perspectivas abordadas, ligam-se com frequência às ideias de Democracia, disputa política e proteção (ou liberdade) em relação ao Estado. Acabam sendo “lentes” para observar o Estado e seu papel, sobretudo no que se refere ao modo como este trata os apenados. Neste sentido, propomos mais uma construção teórica, tendo como base essas reflexões e as próprias ideias observadas. Destaca-se que o objetivo não é aqui abordar conceitos políticos de maneira aprofundada, mas sugerir possibilidades de posicionamentos dos discursos.

O gráfico a seguir pode ser utilizado para articular uma dupla chave de leitura analítica dos discursos. O vetor vertical ilustra a oscilação nas demandas por maior ou menor participação do Estado, enquanto o horizontal desenha as reivindicações por mais ou menos castigo aflitivo às condutas desviantes. A partir desta construção é possível ler como as formas atualizadas de Direitos Humanos mobilizam avaliações diversificadas de Estado e da própria punição.

Figura 1 – Duas chaves de leitura analítica dos discursos



Fonte: Elaborada pela autora.

Este gráfico relaciona as avaliações direcionadas ao Estado com as avaliações das respostas do Estado para as condutas criminalizadas, em sua articulação nos discursos acerca dos Direitos Humanos. Este meio pode assumir formas relacionadas à liberdade, de maneira que as reivindicações sejam por menos interferência do Estado na vida cotidiana (inclusive para punir), ou relacionadas à

garantia e segurança, com demandas por um mais Estado mais presente e atuante (também para castigar).

A primeira direção possível que destacamos está na parte inferior esquerda, ou na área rosa do gráfico. Ou seja, discursos que apontam para uma demanda por menos Estado interferindo nas condutas individuais e também menos castigo aflitivo para os desviantes. O discurso do estudante A4 poderia ser aqui enquadrado, por exemplo.

O segundo direcionamento proposto reivindica, por um lado, menos Estado nas relações sociais, e por outro, mais punição às infrações cometidas. Está localizada na parte inferior e sentido direito, ou na área azul do gráfico. Seriam aqueles defensores dos “linchamentos” ou da “justiça com as próprias mãos”, enquadrados na modalidade “inflição de dor participativa” de Cappi (2017), por exemplo. Embora neste trabalho não se observou este posicionamento deste tipo, esta “área” indica uma possibilidade teórica.

A terceira área, amarela, na parte superior direita do gráfico, ilustra um discurso que segue reivindicando mais Estado e também mais castigo. Essa concepção, com possíveis características autoritárias, perpassa pela necessidade de eliminação do outro, visto como diferente ou potencialmente perigoso, configurando-se como um modalidade regressiva à própria RPM. Este também não apresentou expressão empírica nesta pesquisa.

Por sua vez, a quarta área, verde, na parte superior e esquerda do gráfico, representa um discurso crítico da punição aflitiva mas que demanda uma noção de Estado mais atuante. Seriam os defensores das alternativas penais, executadas por entes do poder estatal, por exemplo. O estudante A2, caracterizado inicialmente como um discurso intermediário, apontou necessidades de ações positivas por parte do Estado em favor dos grupos marginalizados e problemas na aplicação seletiva da pena. Entretanto, acabou por naturalizar sua estrutura, centrando-se na Racionalidade Penal Moderna. Essa posição associa-se, também, ao discurso do entrevistado A3, que mobilizou uma concepção de Estado mais participativa, que escute e dialogue com os movimentos sociais. Mesmo com um posicionamento feminista e “de esquerda” acabou caindo nas grades da RPM, sobretudo ao pensar os crimes considerados graves e relacionados à questão de gênero.

Como o gráfico ilustra possibilidades de mobilidade e deslocamento, podemos pensar também em discursos que se situam mais próximos à intersecção de ambos, ou do ponto zero (0,0). Seria, por exemplo, o caso do discurso “legalista não punitivo”, observado na pesquisa empírica, que não é crítico estrutural do Estado mas tece críticas à punição estatal. No gráfico ele poderia ser localizado no vetor horizontal, deslocando-se para a esquerda. Pode ser associado ao estudante A1, que observou algumas problemáticas nas respostas estatais ao crime, mas não no Estado em si, e enquadrou-se na modalidade de intervenção “reabilitação legalmente definida”, centrada na RPM. Já o discurso “legalista punitivo”, estaria no mesmo vetor mas deslocando-se para a direita, e não faz críticas ao Estado nem mesmo à punição, naturalizando ambos.

Podemos, ainda, propor uma divisão entre as avaliações do Estado, do castigo e a própria noção de autoritarismo. Isto significa dizer que as ideias autoritárias podem estar presente em diferentes concepções estatais e de respostas ao crime. Pode-se reforçar uma postura autoritária mesmo sendo um “defensor” dos Direitos Humanos e crítico do Sistema Penal. Até mesmo o discurso que se afasta potencialmente da RPM, e demanda menos Estado e menos punição, como foi o caso do estudante A4, também pode contribuir para o reforço do autoritarismo, numa perspectiva correccionalista. Sua postura de defesa da reabilitação poderia abrir espaço para a reabilitação autoritária, ao não questionar o poder dado ao especialista de saber o que é melhor para a pessoa e em que momento a “ressocialização” acontece.

Esse exercício de construção de um possível instrumento de análise emerge da observação de ideias nos discursos dos estudantes, apontando para uma perspectiva ideal típica, de natureza teórica. Neste sentido, permite a sugestão de tipos não necessariamente encontrados na pesquisa empírica, mas que podem ser testados e aprofundados em trabalhos e investigações futuras. O objetivo é ressaltar o caráter polissêmico, e contextual, dos Direitos Humanos, inclusive na dimensão política, referente à concepção de Estado e ao seu modo de responder às condutas criminalizadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto de partida deste trabalho foi uma inquietação diante do expressivo anseio punitivo e consequentes discursos pró-castigo e infligção de dor. Diante da mobilização frequente dos Direitos Humanos como justificativa para tais demandas, esse conceito se mostrou como importante instrumento de investigação. Delineou-se, então, uma pergunta de partida para guiar o caminho da pesquisa: de que maneira são mobilizados os Direitos Humanos em sua contribuição específica nas argumentações referidas às operações do Sistema Penal? O objetivo era observar esta relação a partir de ângulos diferentes. O primeiro ângulo, teórico, buscou trazer à baila uma revisão de literatura sobre o tema, em suas abordagens diversificadas. O segundo, já no âmbito empírico, visou compreender a relação a partir do ponto de vista de futuros profissionais do âmbito jurídico, mais especificamente, dos estudantes formandos em Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana. Este estudo mais aprofundado subdividiu-se numa rodada de prevalência indutiva, para deixar falar os discursos, e uma mais dedutiva, com utilização de lentes teóricas com fins de verificação.

Iniciando com o contexto da problemática, foi possível olhar para os argumentos dos grupos denominados de “contrários e favoráveis” aos Direitos Humanos. O posicionamento contra tais direitos parte de uma associação com a defesa de criminosos, os quais são concebidos como desprovidos de humanidade a partir da mobilização do medo e de uma suposta ameaça à ordem social. A Segurança Pública, assim, foi (e vem sendo) associada a um distanciamento social e manutenção de certos privilégios. Por sua vez, parte dos defensores dos Direitos Humanos, notadamente pela compreensão de importância destes direitos, acaba por demandar punições rigorosas para os violadores. Aparece um “algo a mais” no plano simbólico que difere os crimes contra a humanidade dos crimes comuns. As concepções, ainda que divergentes, encontram-se neste desejo de punir de maneira aflitiva.

Esse contexto de posicionamentos variados levou ao estudo teórico da relação entre Direitos Humanos e operações do Sistema Penal. Neste tópico houve um redirecionamento do olhar para o conceito de Direitos Humanos em sua singularidade, não apenas como um pressuposto normativo ou de violação. Assim,

perspectivas diversas foram abordadas: uma histórico-jurídica que considera a linearidade na normatização jurídica do termo; passando por uma perspectiva histórico-sociológica que traz críticas à história linear e celebrativa, com destaque para dimensão afetiva e constate disputa política em jogo; até uma abordagem sociológica dos Direitos Humanos associada à proteção dos indivíduos contra os poderes do Estado, ou mesmo como um meio de comunicação que pode assumir uma série de formas, com diferentes mensagens. Esta última distinção auxilia no estudo empírico dos direitos em tela, na medida em que permite uma representação mais neutra e descritiva do conceito. Inúmeras formas de Direitos Humanos podem coexistir mesmo no interior do Direito Penal, com necessidade de atenção a todos os sentidos propostos.

No campo empírico, a primeira rodada de investigação visou “deixar falar” os discursos, coletados por questionários abertos e entrevistas semiestruturadas. Partimos da observação dos materiais obtidos para construções teóricas através de uma categorização possível com a Teorização Fundamentada nos Dados. Os sentidos atribuídos aos Direitos Humanos foram diversificados, ressaltando associações jurídicas, sociais, políticas e culturais. Foram associadas a objetivos diversos, como respeito à humanidade, à democracia e limitação ao poder estatal, mas com graves violações observadas na prática. A relação dos Direitos Humanos com o Sistema Penal, por sua vez, ligou-se essencialmente à noção de violação, com destaque para a não efetivação devida. Diante da aproximação do conceito de Direitos Humanos ao conceito de Sistema Penal, houve uma limitação ao âmbito processual ou de cumprimento de pena. Pode-se dizer que a variedade de sentidos foi menos observada, de modo que o meio adquiriu a forma limitante da prisão. O Sistema Penal associou-se a noções como violência, desigualdade e falência, num discurso predominantemente crítico e deslegitimador. As sanções, vistas como insuficientes e seletivas, apresentaram potencialidades a partir de mudanças necessárias, culminando nas penas alternativas, não devidamente aprofundadas.

As críticas aos Direitos Humanos, associados a benefícios para criminosos, foram avaliadas negativamente e com tom de reprovação. Esta defesa foi observada não apenas nas escritas e entrevistas, mas também nas conversas informais com as turmas, as quais confirmavam certa inclinação “crítica” ou “progressista” nos colegas. A partir desses posicionamentos favoráveis foi possível identificar o

paradoxo da mobilização do Sistema Penal (tido como essencialmente violador) para defender os direitos violados. Embora os discursos tenham se dividido entre a crítica desta demanda repressiva e a justificação de importância, em ambos inexistiu uma concepção dos Direitos Humanos como limitador ao direito de punir. O âmbito da criminalização (ou da construção social da definição legal do crime) restou escondida em pontos cegos dos observadores, focados no âmbito processual ou de cumprimento da pena já definida.

O mesmo material foi relido a partir do instrumento teórico da Racionalidade Penal Moderna, numa nova rodada de investigação. Este sistema de pensamento legitima e fortalece o poder punitivo do Estado mesmo diante de uma possível crise de legitimidade do Sistema Penal. Embora seja possível reconhecer problemáticas estruturais, a maneira de pensar a resposta ao crime não mudou de forma substancial, por uma dificuldade de imaginar uma inovação. A RPM, então, enquanto um obstáculo cognitivo, neutraliza a estrutura telescópica da norma e articula as teorias da pena, numa união entre a obrigação de punir com a valorização da pena afiliva.

A nova observação dos discursos com estas “lentes” teóricas possibilitou perceber que até as ideias mais críticas e contundentes ao Sistema Penal acabam por cair nas armadilhas da RPM. As diferenças entre “esquerda e direita”, ou entre as direções divergentes nos discursos políticos, não manifestaram grandes divergências empíricas. Mesmo diante de potencialidades inovadoras, não se consegue pensar facilmente em respostas que fujam da privação de liberdade e do sofrimento. O discurso que mais afastou os elementos essencialmente punitivos acabou mobilizando certo afastamento social para reabilitação da pessoa do criminoso.

Se, por um lado, foi interessante experienciar uma “surpresa” no maciço posicionamento favorável aos Direitos Humanos e crítico ao Sistema Penal, por outro confirmamos a força do obstáculo imposto pela Racionalidade Penal Moderna. Tanto as vivências pessoais quanto as opiniões de colegas e professores, no decorrer na pesquisa, apontavam para um cenário de discursos anti-Direitos Humanos e pró endurecimento das respostas estatais ao crime. Esta expectativa foi frustrada não apenas pelas respostas técnicas obtidas, mas também através das conversas informais com os estudantes. Foi destacada com frequência a orientação

crítica das turmas concluintes, e a possível ligação entre tais posicionamentos e o contato com teorias críticas no decorrer da graduação.

Entretanto, mesmo diante de falas defensoras dos Direitos Humanos e contrárias às violações propagadas pelo Sistema Penal, observamos ideias que reforçam os muros, cognitivos e físicos, da Racionalidade Penal Moderna. Os futuros profissionais do Direito acabam no fundo da “garrafa das moscas”, procurando soluções onde não existem, por medo de retomar o caminho e abandonar ideias que parecem evidentes ou naturais.

A diversidade de ângulos de observação, especialmente no que se refere à dupla rodada empírica, se mostrou frutífera e com possibilidades de aprofundamentos posteriores. A articulação final proposta sugere uma variedade de mobilizações políticas dos Direitos Humanos em relação à avaliação do Estado e do castigo aflitivo. Como um meio de comunicação generalizado, ou um significante flutuante, as referências ao conceito têm sentidos distintos. É possível utilizar a narrativa dos Direitos Humanos para reivindicações diferentes e até mesmo opostas, mesmo referentes a uma postura autoritária ou de negação do lugar do outro. A potência dos Direitos Humanos, nem sempre atualizada politicamente, está também nesta necessidade de olhares diversificados, na direção de transpor muros. Isto começa na busca entender o que o outro entende.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014

ADORNO, Sérgio. **A Gestão Urbana do Medo e da Insegurança: Violência, Crime e Justiça Penal na Sociedade Brasileira Contemporânea**, tese de livre-docência apresentada ao Departamento de Sociologia da FFLCH-USP, 1996.

ANDRADE, Ícaro Yure Freire de. A sacralidade da pessoa: entre razão e emoção – Resenha. **RBSE Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, v. 16, n. 48, 2017, pp. 179-182.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A construção social dos conflitos agrários como criminalidade**. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). Introdução crítica ao estudo do sistema penal. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 1999, pp. 23-50.

\_\_\_\_\_. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.l.], p. 24-36, jan. 1995.

BARATTA, Alessandro. **Política criminal: entre a política de seguridad y La política social**. In: Delito y Seguridad de los Habitantes. México,D.F.: Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Direitos Humanos ou “Privilégios de Bandidos”?** In Novos Estudos CEBRAP, nº 30, julho de 1991, pp. 162-174.

CAMPENHOUDT, L, & QUIVY, R. **Manual de Investigação em Ciências Sociais**. 4. ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

CAPPI, Riccardo. **A maioria penal nos debates parlamentares: motivos de controle e figuras do perigo**. Belo Horizonte, MG; Letramento: Casa do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_. **“Maneiras de pensar” o controle social e a justiça penal: uma análise dos discursos parlamentares sobre a redução da maioria penal. Prisões e punição no Brasil contemporâneo**. Salvador: Edufaba, 2013

\_\_\_\_\_. **Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-**

2010). **Revista de estudos empíricos em Direito**. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies. Vol.1, n.1, jan 2014, p. 10-27.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 1997. Texto disponível em <<http://www.iea.usp.br/artigos>>. Acesso em 04 de mar. de 2019.

DAMATTA, Roberto. **Os discursos da violência no Brasil**. In: Conta de mentiroso: sete ensaios de antropologia brasileira. Rio de Janeiro: Rocco, 1993, pp. 175-197.

FLICK, Uwe. **Introdução à pesquisa qualitativa**. Tradução Joice Elias Costa. 3.ed. Porto Alegre: Artemed, 2009.

GARCIA, Margarida. **Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation**. Thèse de doctorat em sociologie, Montréal, Université du Québec à Montreal, 2010.

\_\_\_\_\_. Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa Empírica em Direito: “Descentrar” o Sujeito, “Entrevistar” o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 182-209.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES, Luiz Flavio. **Curso de Direito penal: Parte geral**. 2. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Têndências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). Justiça restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, pp. 163-188.

JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa**. Nova genealogia dos direitos humanos. São Paulo, Editora UNESP, 2012.

KAMINSKI, Dan. Prefácio para **A maioria penal nos debates parlamentares: motivos de controle e figuras do perigo**, de Riccardo Cappi, Belo Horizonte, MG; Letramento: Casa do Direito, 2017.

LAPERRIÈRE, Anne. **A teorização enraizada (grounded theory): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares**. In: POUPART, Jean et al. A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Trad. Ana Cristina Nasser. 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p.353-385.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

MADSEN, Mikael Rask; VERSCHRAEGEN, Gert. **Making Human Rights Intelligible**. Towards a Sociology of Human Rights, Oñati International Series in Law and Society, Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 2013, pp. 01-22.

MOYN, Samuel. O futuro dos direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos** / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2014, pp. 61-70.

NEVES. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em 4 mar. 2019.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PASSOS, Jaceguara. Evolução histórica dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. v. 7, n. 13, p. 231-244. 2016. Texto disponível em < <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br>>. Acesso em 04 de mar. de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 75, p. 107-113, 2009.

PIRES, Álvaro. **Alguns obstáculos humanistas à mutação do direito penal**, Sociologias, vol. 1, n. 1, p. 64-95, 1999.

\_\_\_\_\_. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAP, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004. pp. 39-60

\_\_\_\_\_. **Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne**. In: DEBUYST C., DIGNEFFE, F., PIRES, A. Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Vol. 2, Ottawa: De Boeck Université, 1998, pp. 3-52.

\_\_\_\_\_. **La recherche qualitative et le système pénal**. Peut-on interroger les systèmes sociaux? In: KAMINSKI, Dan; KOKOREFF, Michel. (orgs.). Sociologie pénale: système et expérience: pour Claude Faugeron. Les Éditions Erès, 2004b, pp.173-198.

\_\_\_\_\_. **Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as Ciências Sociais**. In: POUPART, Jean et al. A pesquisa qualitativa:

enfoques epistemológicos e metodológicos. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014, pp. 43-94.

\_\_\_\_\_. Sobre direito, ciências sociais e os desafios de navegar entre esses mundos: uma entrevista com Álvaro Pires. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 2, n. 1, jan 2015, p. 226-248.

PIRES, Álvaro P., CAUCHIE, Jean-François. Um caso de inovação “acidental” em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. **Revista Direito FGV**, n. 7, v. 1, São Paulo, 2011, pp. 299-330.

POSSAS, Mariana Thorstensen. **A lei contra a tortura no Brasil, a construção do conceito de “crime de lesa-humanidade” e os paradoxos da punição criminal**. *Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* vol. 3, n. 1, jan. 2016a, p. 98-112.

\_\_\_\_\_. **Da sociologia com os direitos humanos para a sociologia dos direitos humanos**. In: César Barreira; Luiz Fábio Silva Paiva; Maurício Bastos Russo. (Org.). *Violência, territorialidades e negociações*. 1ed. Campinas: Pontes, 2016b, v. 1, pp. 45-65.

POUPART, Jean. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

RORIZ, João. **Direitos humanos como um novo projeto para o Direito Internacional?** Notas sobre *The Last Utopia*, de Samuel Moyn. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018, pp. 489- 496.

RUQUOY, Danielle. **Práticas e Métodos em Investigações Sociais**. Situação de entrevista e estratégia do entrevistador. In: ALBARELLO, Luc et. al. *Práticas e Métodos de investigação em Ciências Sociais*. Lisboa: gradiva, 1997, p. 84-116.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2004.

SINGER, Helena. **Discursos Desconcertados: Linchamentos, punições e Direitos Humanos**. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: FAPESP, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e volúpia punitiva**. *Revista USP*, São Paulo, 1998, pp. 10-19.

STRAUSS, Anselm. **Pesquisa qualitativa**: técnicas e procedimentos para o desenvolvimento de teoria fundamentada. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

VERSCHRAEGEN, Gert. **Human Rights and Modern Society**: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory. *Journal of Law and Society*, 2002, pp. 258 - 281.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 61.

## ANEXO A - TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Título da Pesquisa: “Direitos Humanos e Sistema Penal: uma relação complexa nos discursos sobre a punição”

Nome da Pesquisadora: Nathalia Tavares Pinheiro

Nome do Orientador: Riccardo Cappi

1. **Natureza da pesquisa:** o Sr.(a) está sendo convidado(a) a participar desta pesquisa, realizada no âmbito da elaboração de dissertação de Mestrado em Ciências Sociais da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, que tem como finalidade compreender a relação entre Direitos Humanos e punição.
2. **Participantes da pesquisa:** estudantes de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana.
3. **Envolvimento na pesquisa:** ao participar deste estudo o Sr.(a) permitirá que a pesquisadora utilize as informações obtidas na dissertação. O Sr.(a) tem liberdade de se recusar a participar e, ainda, de se recusar a continuar participando em qualquer fase da pesquisa, sem qualquer prejuízo. Sempre que quiser poderá pedir mais informações sobre a pesquisa através da pesquisadora do projeto.
4. **Sobre as entrevistas:** serão realizadas com os estudantes selecionados a partir do questionário aberto aplicado em sala.
5. **Riscos e desconforto:** a participação nesta pesquisa não traz complicações legais. Os procedimentos adotados nesta pesquisa obedecem aos Critérios da Ética em Pesquisa com Seres Humanos conforme Resolução no. 196/96 do Conselho Nacional de Saúde. Nenhum dos procedimentos usados oferece riscos à sua dignidade.
6. **Confidencialidade:** todas as informações coletadas neste estudo são estritamente confidenciais. Somente a pesquisadora e o orientador terão conhecimento dos dados. A divulgação será feita de forma anônima e não possibilitará a identificação da pessoa entrevistada.
7. **Benefícios:** ao participar desta pesquisa o Sr.(a) não terá nenhum benefício direto. Entretanto, esperamos que este estudo forneça informações importantes sobre as maneiras de pensar a resposta estatal às condutas criminalizadas, de

forma que o conhecimento que será construído a partir desta pesquisa possa contribuir para aperfeiçoamento das práticas. A pesquisadora se compromete a divulgar os resultados obtidos.

Após estes esclarecimentos, solicitamos o seu consentimento de forma livre para participar desta pesquisa. Portanto preencha, por favor, os itens que se seguem:

### **Consentimento Livre e Esclarecido**

Tendo em vista os itens acima apresentados, eu, de forma livre e esclarecida, manifesto meu consentimento em participar da pesquisa

---

Nome do Participante da Pesquisa

---

Assinatura do Participante da Pesquisa

---

Assinatura do Pesquisador

### **TELEFONES**

**Pesquisadora: Nathalia Tavares Pinheiro (75)99191-2526**

**Orientador: Riccardo Cappi (71)99144-2271**