

Memória e esquecimento nas práticas punitivas*

SALO DE CARVALHO**

Resumo: O estudo avalia as práticas punitivas como mnemotécnicas, aproximando a perspectiva filosófica de Nietzsche e a teoria agnóstica da pena. A hipótese desenvolvida na investigação é de que a ritualização e institucionalização dos castigos, através dos primitivos procedimentos penais, atuam como mecanismos de manutenção da memória dos delitos, da “culpa moral” e do “sentimento de dever”.

Abstract: The study analyses the punishing practices as mnemotechniques, bringing closer Nietzsche’s philosophical perspective and the agnostic theory of punishment. The hypothesis developed in the research is that both the ritualized practice and the institutionalization of punishment, through primitive criminal procedures, act as mechanisms of maintenance of the memory of the crime, “moral guilt” and “feeling of duty”.

Palavras-chave: Práticas punitivas. Memória. Nietzsche.

Key words: Punish practices. Memory. Nietzsche.

O homem é uma corda estendida entre o animal e o super-homem – uma corda sobre um abismo.

É o perigo de transpô-lo, o perigo de estar a caminho, o perigo de olhar para trás, o perigo de tremer e parar.

O que há de grande, no homem, é ser ponte, e não meta: o que pode amar-se, no homem, é ser uma transição e um ocaso.

(Zaratustra).

* As conclusões expressas no artigo são fruto da pesquisa intitulada *Mal-Estar na Cultura Punitiva*, realizada junto ao Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS.

** Advogado. Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Professor do Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS.

Introdução

A idéia do presente ensaio, instigado pela inquieta pensadora Ruth Gauer, é a de discutir as práticas punitivas como instrumentos mnemônicos – castigos como memória/esquecimento do crime –, a partir da aproximação do pensamento nietzschiano com a teoria agnóstica da pena.

A pena criminal será trabalhada como *fenômeno punitivo* vivificador do crime, desde a hipótese de que a ritualização e a institucionalização dos castigos, através dos primitivos procedimentos do processo penal de matriz inquisitória, atuam como mecanismos de presentificação do delito e manutenção da memória dos vínculos obrigacionais (“culpa moral” e “sentimento de dever”).

O recurso aos conceitos de *memória* e *esquecimento* e às técnicas de presentificação do crime fornece interessantes desdobramentos nas áreas da criminologia, do direito penal e do direito processual penal. A união destes três ramos do saber das “ciências criminais”, sob o enfoque das mnemotécnicas, permite redimensionar os modelos integrados de estudo dos fenômenos *pena*, *crime* e *violência*, tendo como norte a transdisciplinaridade, superando os próprios limites das ciências, permitindo aberto diálogo com a arte.

A aproximação da discussão das práticas penais com o pensamento de Nietzsche marca o ensaio. No entanto, importante se ter consciência de que “não há um penalismo nietzschiano, porque seria impossível que existisse”.¹ O diálogo entre a filosofia de Nietzsche e o direito (penal) é incipiente,² sendo demasiado cedo para que se possa ter clareza da extensão dos efeitos de sua crítica filosófica neste campo extremamente fechado (dogmatizado) do conhecimento. Pode-se antecipar, porém, que a crítica nietzschiana atinge dois “nós” centrais das “ciências criminais”, quais sejam, a noção de “bem” e “mal” (crítica dos valores morais) e o ideal de verdade (crítica dos valores epistemológicos). A incorporação destes “valores superiores” pelo discurso das ciências criminais, sua ruptura e o encontro do trágico como alternativa serão desenvolvidos de forma embrionária e fragmentária no artigo.

¹ ZAFFARONI, Eugenio et al. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 559.

² Neste sentido, conferir a importante contribuição de: MELO, Eduardo Rezende. *Nietzsche e a Justiça: crítica e transvaloração*. São Paulo: Perspectiva/Fapesp, 2004.

1 O enfoque genealógico na investigação dos castigos

O essencial, portanto, não é ainda remontar às origens das coisas, mas, sendo o mundo o que é, saber conduzir-se nele.

(Camus)

1.1 As reconstruções históricas em geral, e em particular as relativas aos sistemas legais punitivos, são freqüentemente difíceis de serem realizadas. Um dos fatores que lhes aufere complexidade é o de que os sistemas punitivos, por sua tendência constante em maximizar a criminalização e a punitividade (poder punitivo), não esporadicamente reeditam castigos para condutas que, se não fosse sua inafastável circunscrição temporal, apresentariam enorme grau de semelhanças. Desta forma, sempre é possível ao jurista encontrar um tipo penal (ideal) “histórico” para que se possa fazer referência à “origem” de determinada sanção criminal.

Na tradição jurídico-dogmática, porém, o importante elemento temporal é invariavelmente relegado, transformando-se a análise histórica dos textos legais e seus fundamentos jurídicos, políticos e filosóficos em reconstrução de sistemas com pretensões universalistas e atemporais, configurando aquilo que poderia ser denominado como “vontade de sistema”.

O problema é que a ancoragem na “origem histórica” e a universalização de fundamentos como legados irrenunciáveis fixam o homem no passado, retiram a vivacidade do presente e dissipam o futuro.

Nietzsche, ao avaliar as utilidades e desvantagens da história para a vida, na *Segunda consideração intempestiva*, menciona três espécies de leituras históricas possíveis: a monumental, a antiquária e a crítica.

Desde a tipologia nietzschiana, percebe-se nítida tendência antiquária na abordagem jurídica dos fundamentos dos sistemas punitivos. Boeira lembra que a atitude antiquária é característica do homem que “vive preso ao passado, acorrentado pela tradição, em uma forma de vida que repousa inteiramente na memória, avessa ao presente”.³ A perspectiva antiquária, que acompanha os juristas sempre apegados ao antigo e à isolada tradição, “compreende a vida só para conservá-la, não gerá-la”.⁴ A veneração romântica do passado, aliada à sua universalização e conseqüente transposição ao presente, incapacitam o novo, sobretudo pela mortificação do futuro.

³ BOEIRA, Nelson. *Nietzsche*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002, p. 15.

⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Segunda consideração intempestiva: da utilidade e desvantagem da história para a vida*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 29.

A superação do modelo antiquário pressupõe visualizar a complexidade e a temporalidade dos fenômenos humanos. No caso da presente investigação, dos crimes e das formas de castigo.

Neste sentido, a perspectiva genealógica fornece elementos refinados para revisita às “origens” históricas dos castigos e dos fundamentos do poder de punir, distanciando-se da história antiquária, tentando superá-la para aproximar o olhar das histórias monumental e crítica.⁵ A vontade de superar o olhar engessado da dogmática jurídico-penal sobre os fundamentos das penas instiga encontrar caminhos na problemática rede que envolve as justificações das violências legais, para reduzir ao máximo os danos (atuais e futuros) produzidos pelas agências de punitividade.

À superação da debilidade histórica, segundo Nietzsche, necessário

confrontar a natureza herdada e hereditária com o nosso conhecimento, combater através de uma nova disciplina rigorosa o que foi trazido de muito longe e o que foi herdado, implantando um novo hábito, um novo instinto, uma segunda natureza, de modo que a primeira natureza se debilite. Esta é a tentativa de se dar, como que um passado a posteriori, de onde se gostaria de provir, em contraposição ao passado do qual se provém.⁶

1.2 Decorrente da ruptura com a idéia de linearidade, e ciente de que qualquer reconstrução histórica será sempre arbitrária, mesmo quando o objeto pareça ser relativamente estável como no caso dos sistemas punitivos, não se pretenderá realizar historiografia dos castigos, muito menos apresentar as “origens” dos seus fundamentos filosóficos. Desde a perspectiva genealógica, a investigação opõe-se radicalmente à pesquisa da “origem”.⁷ Em sendo o

⁵ Explica Boeira, diferenciando as demais atitudes históricas da antiquária, que a “atitude crítica, volta-se para o presente e utiliza os conhecimentos históricos sobre o passado para avaliar o valor da experiência humana atual. A terceira postura, a da história monumental, corresponde a uma orientação humana voltada para o futuro, na qual se sublinha a biografia e a criatividade dos grandes homens, capazes de enormes esforços e sacrifícios por seus ideais, e com isso em condições de definir o ‘horizonte humano’ da sociedade em que vivem”. Ver: BOEIRA, op. cit., p. 15.

⁶ NIETZSCHE, *Segunda...*, op. cit., p. 31.

⁷ “Fazer genealogia dos valores, da moral, do asceticismo, do conhecimento, não será, portanto, partir em busca de sua ‘origem’, negligenciando como inacessíveis todos os episódios da história; será, ao contrário, se demorar nas meticulosidades e nos acasos dos começos; prestar atenção escrupulosa à sua derrisória maldade; esperar vê-los surgir, máscaras enfim retiradas, com o rosto do outro; não ter pudor de ir procurá-las lá onde elas estão, escavando os basfond; deixar-lhes o tempo de elevar-se do labirinto onde nenhuma verdade as manteve jamais sob sua guarda. O genealogista necessita da história para conjurar a quimera da origem, um pouco como o bom filósofo necessita do médico para conjurar a sombra da alma. É preciso saber

conhecimento sempre perspectivo e não havendo uma cena de inauguração ou de estréia, não se procura buscar a raiz do(s) valor(es) que funda(m) as punições. Com Giacóia se pode afirmar que “a gênese histórica é tarefa preparatória para uma questão mais incisiva, mais radical: aquela que se pergunta pelo próprio valor dos valores e avaliações da moral tradicional”.⁸

Ao se entender os processos de punitividade como *fenômenos* e *interpretações* eminentemente morais, próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais – punição das identidades e proliferação de culpas –, o estudo procura apontar as discontinuidades dos discursos legitimadores das políticas punitivas. O problema de pesquisa, portanto, é o sentido moral da criminalização e sua mnemotécnica legitimadora, visto serem importantes elementos de formação da subjetividade e construção do ressentimento.

A opção genealógica direcionada ao universo de crimes e castigos (mnemotécnica) possibilita visualizar, de maneira sempre parcial, o mosaico dos discursos legitimantes, ou seja, o conjunto dos elementos retóricos justapostos que sustentam os processos de manutenção da memória do crime na formação moral da cultura.

A origem dos fundamentos ou das práticas punitivas, portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Se a técnica punitiva decorre de processos moralizadores, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser capturada e disposta como objeto de estudo controlável. Desta forma, adequado pensar em sua invenção, pois “a invenção – *Erfindung* – para Nietzsche é, por um lado, uma ruptura, por outro, algo que possui um pequeno começo, baixo, mesquinho, inconfessável”.⁹ Visualizar a invenção da punitividade autoriza resgatar sua proveniência para “descobrir todas as marcas sutis, singulares, subindividuais que podem se entrecruzar e formar uma rede difícil de desembaraçar [...]”, bem como sua emergência, a “[...] entrada em cena das forças; [...] [o] lugar de afrontamento”.¹⁰

reconhecer os acontecimentos históricos, seus abalos, suas surpresas, as vacilantes vitórias, as derrotas mal digeridas, que dão conta dos atavismos e das hereditiedades; da mesma forma que é preciso saber diagnosticar as doenças do corpo, os estados de fraqueza e de energia, suas rachaduras e suas resistências para avaliar o que é um discurso filosófico”. Ver: FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. São Paulo: Graal, 1986. p. 19-20).

⁸ GIACÓIA Jr., Oswaldo. *Nietzsche*. São Paulo: FSP, 2004, p. 63.

⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 15.

¹⁰ FOUCAULT, Nietzsche..., op. cit., p. 20-25.

A tentativa, sempre difícil, de romper com a linearidade tradicional que se apresenta quando se propõe a tarefa de reconstrução de sistemas de punição, não abdica, porém, de forma absoluta, de apresentações epocais que permitem a visualização, em determinados momentos da história, dos fundamentos dos processos e das práticas punitivas. Assim, a investigação procurará encontrar alguns “nós” que possibilitam a captação dos signos conformadores dos discursos morais, tentando esboçar a descontinuidade da programação punitiva.

A genealogia, portanto, instrumentaliza a pesquisa como “[...] uma forma de história que dê conta da constituição dos saberes, dos discursos, dos domínios de objeto [...]”.¹¹ Visualizar o problema desde este local abre espaços para reconfigurar sua própria constituição como problema, bem como apresentar formas outras para sua administração, dimensionado no passado *a posteriori*.

2 Os (supérfluos) fundamentos das punições

“Nós inventamos a felicidade”

– dizem os últimos homens, e piscam os olhos.

(Zaratustra).

2.1 A doutrina jurídica especializada invariavelmente aponta como uma das principais interrogações sobre os fundamentos do direito penal o “por que punir?”. Ao optar por sistemas de justificação dos castigos, os discursos legitimantes fixam os horizontes de intervenção das agências punitivas. Os discursos justificacionistas, portanto, estabelecem as estratégias de incidência e delineiam as formas de atuação dos aparatos punitivos, configurando o perfil da tecnologia penal.

A resposta ao “por que castigar?” é o ponto de partida das mais diversas teorias penais e processuais penais, pois, ao ser afechado conteúdo às formas de violência estatalizada, legitimam-se as mais diversas táticas de intervenção penal. Em realidade, o que se percebe na histórica e tautológica discussão sobre os fins da pena é a busca pela origem do discurso punitivo, seu fundamento primeiro. Invariavelmente, porém, as teses circulam entre as tradicionais diretrizes retributivas e preventivas (geral e especial), não logrando a teoria penalógica encontrar alternativas para além destes esgotados modelos históricos vivificados na modernidade pelas mais diversas doutrinas legadas da Ilustração.

¹¹ FOUCAULT, Michel. Verdade e poder. In: . *Microfísica...*, op. cit., p. 07.

No entanto, o irrestrito e romântico apego aos fundamentos punitivos revisitados na Ilustração, aliado à ausência de problematização do *fenômeno pena* nas atuais sociedades complexas, impedem às doutrinas dogmáticas e críticas do direito penal qualquer tipo de ruptura e/ou refundação discursiva, visto recaírem em espécie de *história penalógica antiquária*.

2.2 Nos países ocidentais, sobretudo naqueles de tradição romano-germânica, o modelo penalógico normativo adotado oficialmente no século passado foi o de prevenção especial positiva (teorias da ressocialização). A partir da reconfiguração do sistema criminológico positivista da Escola Italiana, o movimento da Nova Defesa Social pautou a reforma das legislações penais, transnacionalizando os postulados do defensivismo e universalizando o modelo justificacionista clínico-etiológico. Em terras brasileiras, o projeto político-criminal é implementado com a elaboração da Lei de Execução Penal (1984).

No entanto, importante que se perceba a continuidade do projeto de ressocialização em relação às técnicas dissuasivas e intimidatórias (prevenção geral negativa) presentes na matriz racionalista do direito penal da Ilustração. A oposição frequentemente apresentada pela dogmática penal entre as duas finalidades da sanção criminal, e em decorrência dos diversos estilos e configurações do sistema penal (racionalismo liberal e etiologia positivista), é apenas aparente, se se pensar o desenvolvimento do projeto científico da Modernidade.

Em Nietzsche, a modernidade é representada pelo “último homem”, aquele personagem extasiado com o avanço do conhecimento, embriagado pelo saber científico cuja técnica decorrente doma as forças da natureza. Lembra Giacóia que

o último homem simboliza a modernidade, que considera a si mesma o ponto mais avançado do desenvolvimento histórico da humanidade, acreditando que a finalidade dessa história consistiria na chegada do homem moderno. O último homem crê na onipotência do seu saber e do seu agir.¹²

O domínio da natureza pela racionalidade, aliado à percepção da Modernidade como o ápice evolutivo da história humana, induzem a ciência a projetar inevitáveis avanços da técnica no sentido de oferecer condições de diminuir a dor (sofrimento) e aumentar o prazer (felicidade) da existência terrena.¹³ Não por outro

¹² GIACÓIA Jr., *Nietzsche...*, op. cit., p. 36.

¹³ A perspectiva otimista com a ciência e a Modernidade é exemplarmente visualizada no pensador que sistematiza a racionalidade e funda a moderna filosofia da cons-

motivo temas como felicidade, prazer e dor são recorrentes nos filósofos do Iluminismo.¹⁴

O pensar a Modernidade como desaguadouro da história universal e o avanço da técnica como processo natural no objetivo de trazer felicidade aos (últimos) homens produziu, na esfera penal, terríveis efeitos. Se no humanismo racionalista dos setecentos e oitocentos o objetivo da intervenção punitiva era coagir psicologicamente o corpo social como instrumento para constranger as pessoas a não praticarem crimes (Feuerbach), ou seja, não gerarem dor e infelicidade aos outros, com o avanço da tecnologia punitiva incabível fundamento assaz rudimentar. No final do século XIX e início do século XX, perseguindo o projeto moderno de trazer a “maior felicidade possível aos não delinquentes” (Bentham), a Escola Positiva propõe precisos mecanismos de intervenção no criminoso de forma a neutralizar suas condutas. Em continuidade ao projeto penal da Modernidade instaurado pelos “clássicos”, o positivismo criminológico apresenta fórmulas de tratamento do criminoso concebendo profilaticamente o castigo como meio de extirpar o delito do convívio social.

Inexiste, como se percebe, projeto mais audacioso que o apresentado pelas ciências criminais: dominar a natureza humana, controlando sua agressividade e suas paixões, para conquistar uma condição social de convívio pacífico, sem violências e delitos.

No entanto, a ilusão de encontrar um método de melhoramento da humanidade pela ciência criminal produziu, como efeito, a moralização dos castigos – “em todos os tempos quis-se ‘melhorar’ os homens: este anseio antes de tudo chamava-se moral”¹⁵ –, com a

ciência: “[...] é possível chegar a conhecimentos que sejam muito úteis à vida, e que, em lugar dessa filosofia especulativa que se ensina nas escolas, é possível encontrar-se uma outra prática mediante a qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos cercam, tão claramente como conhecemos os vários ofícios de nossos artífices, poderíamos utilizá-los da mesma forma em todos os usos para os quais são próprios, e assim nos tornarmos senhores e possuidores da natureza. O que é de se desejar, não apenas para a invenção de uma infinidade de artifícios que permitam usufruir, sem custo algum, os frutos da terra e todas as comodidades que nela se encontram, mas também, e principalmente, para a conservação da saúde, que é sem dúvida o primeiro bem e a base de todos bens desta vida [...]” (Descartes, *Discurso do método*, p. 86-87).

¹⁴ No campo do direito penal, por exemplo, um dos maiores expoentes do humanismo racionalista dos setecentos, Pietro Verri terá como temas de predileção a felicidade, o prazer e a dor. Dentre seus principais escritos encontram-se *Meditazioni sulla felicità* e *Idee sull'indole del piacere* de 1773 e *Discorso sull'indole del piacere e del dolore* e *Discorso sulla felicità* de 1781.

¹⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003, p. 52.

gradual transformação do sujeito punibilizado em objeto de intervenção repressiva não muito distante dos suplícios medievais. Entre os suplícios inquisitivos medievais e os castigos modernos a distinção é apenas em relação ao direcionamento da tecnologia punitiva: *res extensa* ou *res cogitans*,¹⁶ respectivamente.

A inquisitorialidade das técnicas de melhoramento transformou o criminólogo (pesquisador) em sujeito de observação das reações do objeto pesquisado (condenado) aos seus procedimentos laboratoriais de domesticação. Não por outro motivo Nietzsche sustenta que “todos os meios através dos quais até aqui a humanidade deveria se tornar moral foram fundamentalmente imorais”.¹⁷

2.3 Independente da discussão sobre a legitimidade dos processos de individualização da pena moldados a partir da idéia de ressocialização (*v.g.* reconstrução da identidade do condenado), bem como sobre inversão ideológica na tutela dos direitos fundamentais que o modelo punitivo do século passado realiza pela contra-instrumentalização das garantias dos condenados,¹⁸ importante discutir a necessidade mesma de “fundamentos” e “origens” do poder de punir na contemporaneidade.

O desvelamento das (in)capacidades do sistema de punitividade pelas inúmeras vertentes da crítica criminológica (contraposição entre funções reais e funções declaradas), desde a apresentação dos efeitos perversos gerados pela desigual incidência crimina-

¹⁶ É com a elaboração do *cogito* cartesiano que há o processo de cisão entre o pensamento (consciência) e o corpo (natureza): “coisa pensante” (*res cogitans*); corpo não pensante (*res extensa*) – “e, ao notar que esta verdade: eu penso, logo existo, era tão sólida e tão correta que as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam capazes de lhe causar abalo, julguei que podia considerá-la, sem escrúpulo algum, o primeiro princípio da filosofia que procurava”. “[...] compreendi, então, que eu era uma substância cuja essência ou natureza consiste apenas no pensar, e que, para ser, não necessita de lugar algum, nem depende de qualquer coisa material. De maneira que esse eu, ou seja, a alma, por causa da qual sou o que sou, é completamente distinta do corpo e, também, que é mais fácil de conhecer do que ele, e, mesmo que este nada fosse, ela não deixaria de ser tudo o que é”: DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 62). Nietzsche, em severa crítica à filosofia da consciência, reaproxima, quando não funde, corpo e mente – “ele elabora assim uma inteligência que deseja submeter, exclusivamente, a critérios físicos. Não só interpreta o sofrimento como energia, como quer que assim seja: o sofrimento físico só é suportável se estiver estreitamente ligado à fruição, na medida em que desenvolve uma lucidez voluptuosa: ou ele apaga todo o pensamento possível, ou então atinge o delírio do pensamento”. Ver: KLOSSOWSKI, Pierre. *Nietzsche e o círculo vicioso*. Rio de Janeiro: Pazulin, 2000, p. 45). Conclui Klossowski que para Nietzsche “a própria consciência não é outra coisa senão o código cifrado das mensagens transmitidas pelos impulsos [...]” (Klossowski, *op. cit.*, p. 46).

¹⁷ NIETZSCHE, *Crepúsculo...* *op. cit.*, p. 55.

¹⁸ Neste sentido, conferir: CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 153-215.

lizadora, deflagrou o desgaste e o esvaziamento em todos os modelos de justificação, notadamente das doutrinas ressocializadoras. Assim, em decorrência dos irreversíveis efeitos do diagnóstico realizado pela criminologia crítica, a única alternativa apresentada como possível pareceria ser a adesão ao abolicionismo, negando qualquer espécie de intervenção punitiva.

No entanto, imprescindível que a dicotomia abolicionismo *versus* justificacionismo seja transposta.

As vertentes abolicionistas, na esteira da criminologia crítica, inegavelmente apresentam a melhor anamnese das disfunções da atuação das agências de punitividade. Ocorre que o projeto de construção de condições para que se possa conviver em uma sociedade na qual os castigos sejam extintos, representando memórias passadas de intervenções burocráticas primitivas, figura no plano das idéias, talvez das utopias. Todavia, em sendo as penas fenômenos da realidade, expressões concretas da força cotidiana do sistema penal, operar no plano das idéias e das utopias pode representar o entorpecimento da necessária ação do investigador, quando não eximindo-o da responsabilidade de encontrar alternativas viáveis para a contenção das violências estatais programadas. Desta forma, na intermitência entre as opções justificacionistas e abolicionistas, exsurge variável que transcende esta (falsa) dicotomia, reconhecendo a existência da pena como *fenômeno*, mas negando-lhe o direito a qualquer discurso de legitimação, qualquer fundamento, qualquer origem, quaisquer fins.

Na realidade das práticas penais, os princípios relativos à punição, as formas de sanção estabelecidas e os critérios de sua aplicação definem os contornos de intervenção, ou seja, os limites das punições possíveis. Necessário, portanto, abdicar da resposta ao “por que punir?”, direcionando esforços para delimitar o “como punir?”. A conseqüência do entrelaçamento entre a perspectiva de abstinência dos discursos legitimadores e a de determinação de critérios formais de controle da interpretação, aplicação e execução das penas conforma a projeção de uma *política punitiva de redução de danos*.

Advoga-se, pois, a negativa à universalização de qualquer tipo de crença punitiva. Após o desnudamento do sistema sancionatório pela criminologia da reação social, criticável seria projetar qualquer finalidade à sanção penal. Sobretudo porque na história dos sistemas punitivos as justificativas legitimadoras da pena, por mais “nobres” e “humanas” que possam parecer, sempre potencializaram a violência das agências de punitividade, ou seja, ao fim nobre sempre houve correspondente meio espúrio. As interven-

ções na identidade dos punibilizados, legitimadas pelo (falso) humanismo das teorias ressocializadoras – *a psicologia dos “melhoradores” da humanidade*¹⁹ –, fornecem todos os elementos de sustentação da tese.

Por outro lado, a observação da realidade punitiva demonstrou que os ideais justificacionistas, por serem universalizantes de perspectivas unilaterais, nunca encontraram harmonização com as práticas mundanas. Os fins retributivos ou preventivos (ressocializadores ou intimidadores) invariavelmente geram aporias, questões sem saída, pois além de não serem passíveis de comprovabilidade – e, portanto, de refutabilidade –, dependem, indistintamente, de como o sujeito concreto que sofre o castigo (ou sua expectativa) transformará *sua* experiência (punitiva) em ação. Lembra Nietzsche que o “sentido” do castigo é fluido, podendo ser utilizado e interpretado para os mais diversos propósitos: “cristaliza-se em uma espécie de unidade que dificilmente se pode dissociar, que é dificilmente analisável e, deve ser enfatizado, inteiramente *indefinível* – hoje é impossível dizer ao certo porque se castiga [...]”.²⁰

Neste aspecto, nenhuma finalidade universalista e totalizante sobreviveria à crítica; nenhuma função restaria imune à constatação da produção de violência unilateral quando da imposição de estereótipos normalizadores em pessoas concretas, de “carne e osso”, caracterizadas pela alteridade. O meio, portanto, por representar incidência de violência institucional no sujeito punibilizado, deverá sempre ter mais importância que o fim ideal(izado) da pena.

Ao realizar apropriação da explicação que Klossowski procura dar ao “eterno retorno” nietzschiano, é possível argumentar que “os meios são mais importantes que o próprio sentido dado pela consciência ao objetivo desejado, a inconsciência do objetivo o torna mais importante do que aquele que foi conscientemente fixado. Isso explica porque a consciência dos meios é mais importante que a consciência de um fim, só os meios são conscientes: o fragmento de consciência é apenas mais um meio no desenvolvimento e na extensão da vida”.²¹ Desde outra paráfrase, na leitura de Camus ao niilismo nietzschiano, cabível sustentar que “ser livre é justamente abolir os fins”.²²

¹⁹ NIETZSCHE, *Crepúsculo...* op. cit., p. 55.

²⁰ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998, p. 68.

²¹ KLOSSOWSKI, op. cit., p. 138.

²² CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Record, 2003, p. 94.

Em sendo os instrumentos punitivos (meios) em si mesmos violentos, as justificativas (fins) sancionatórias operam como narcóticos racionalizadores de sua programação. Abdicar das funções e centrar a preocupação nas formas de punir, a partir do horizonte projetado pela principiologia constitucional, talvez seja uma das únicas formas de contração mínima do poder punitivo desmedido. O efeito agregado à ruptura com as projeções (teorias justificacionistas) é a percepção da desnecessidade da busca das origens punitivas, pois vulnerada a coerência e a linearidade da racionalidade do cálculo sancionador.

Redução de danos nos *meios*, a partir da absoluta descrença nos “louváveis fins” e nas “românticas origens”, representa postura transvalorativa de desconstrução da lógica oposicionista que sobleva o “bem” contra o “mal” existente no humano condenado. Sobretudo porque “a Transvaloração se baseia no fato de que, quanto mais o conhecimento dispõe de meios, menos importa a preocupação com o objetivo, com a finalidade. Para tantos fins, tantos meios”.²³

A cadeia de princípios orientadores do direito e do processo penal contemporâneo (constitucionalizado), ao optar pela exclusiva fixação de limites às formas da pena, parece estar transvalorando suas finalidades históricas, concebendo uma política punitiva ciente dos danos causados. Outrossim, aparenta reconhecer a tendência natural do poder punitivo em extravasar os limites da legalidade, preocupando-se, essencialmente, em reduzir ao máximo as hipóteses de transbordamento punitivo.

3 Crime, processos punitivos e memória

“Ele nada esquece, e tudo perdoa.” – Então é duplamente odiado, pois envergonha duplamente, com sua memória e com sua generosidade.

(Nietzsche).

3.1 A abstenção da pesquisa das origens e a ruptura com o ideal justificante da sanção, a partir da concentração de esforços na limitação das violências das práticas repressivas – tarefa dogmática a ser desenvolvida no campo do direito e do processo penal –, não eximem o investigador da verificação das importantes variáveis que configuram os castigos como fenômenos e interpretações.

²³ KLOSSOWSKI, op. cit., p. 168.

Neste ensaio, o recurso interpretativo para o estudo do fenômeno punição será o desenvolvido por Nietzsche, sobretudo aquele exposto na *Segunda dissertação* da *Genealogia do moral*, tendo presente o alerta de Gerard Lebrun que

Nietzsche não é um sistema: é um instrumento de trabalho. Em vez de pensar o que ele disse, importa acima de tudo pensar com ele. Ler Nietzsche não é entrar num palácio de idéias, porém iniciar-se num questionário, habituar-se com uma tópica cuja riqueza e sutileza logo tornam irrisórias as “convicções” que satisfazem as ideologias correntes.²⁴

Como antecipado na introdução, a hipótese de pesquisa é a de que os castigos institucionalizados, através da ritualização operada pelos primitivos procedimentos do processo penal, mormente dos fornecidos pela matriz inquisitória, atuam na presentificação do delito e na manutenção da memória de vínculos obrigacionais fundados nas noções de “culpa moral” e “sentimento de dever”. A pena criminal, portanto, vivificaria o crime, mantendo acesa no corpo social a experiência de dor do delito (fato pretérito não mais passível de experimentação física). Nesta rede de imposição de sofrimento (pena) para atualizar a dor do crime, os mecanismos processuais forneceriam recursos mnemotécnicos.

3.2 Na concepção de Nietzsche, o *esquecimento* é uma força inibidora positiva e ativa, não correspondendo a uma força inerte, cuja qualidade seria a de impedir que determinadas experiências penetrassem na consciência humana. O esquecimento atuaria como o “guardião da porta da consciência”, o “zelador da ordem psíquica”. A força viva produzida pelo esquecimento possibilitaria à humanidade condições de felicidade, pois bloquearia os efeitos da presentificação do passado.

O esquecimento, lembra Maria Cristina Franco Ferraz, não apagaria marcas produzidas pela memória, mas antecederia à própria inscrição, impedindo sua fixação. Na valorização do esquecimento obtém-se “[...] uma força plástica que é condição de toda a felicidade, identificada à possibilidade de coincidir com o presente, com o instante”.²⁵ Lembra Eduardo Rezende Melo que esta força inibidora experimentada, vivenciada e acolhida mantém os homens imperturbados pelo barulho e luta presentes no sub-mundo, com isso garantindo a possibilidade do novo – “sem o esquecimento, não poderia haver lugar para a felicidade, a espe-

²⁴ LEBRUN, Gerard apud MARTON, Scarlett. *Nietzsche*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 11.

²⁵ FERRAZ, Maria Cristina. *Nove variações sobre temas nietzschianos*, p. 58.

rança, o orgulho, o presente”.²⁶ Segundo Klossowski o esquecimento poderia ser conceituado como “a ocultação dos signos, através dos quais designamos conjuntos de fatos vividos ou pensados num determinado momento, próximo ou longínquo”.²⁷

No entanto, a idéia civilizada de responsabilidade impor a homem, como tarefa necessária, a realização de promessas. Agregado à noção de livre-arbítrio, ao ser humano seria auferido domínio (soberania) sobre seus atos, permitindo-lhe prometer, empenhar sua palavra, adquirir dívidas, criar vínculos obrigacionais e, em conseqüência, produzir em si e nos demais sentimentos de dever. Como força reativa oposta ao *esquecimento*, a criação da *memória* torna o homem capaz de gravar na consciência e na ordem psíquica suas promessas (dívidas); fator fundamental para elaborar mecanismos que lhe prendam ao passado. Do contrário, na ausência de rememoração, a possibilidade de cumprimento dos deveres desapareceria, desmantelando-se os vínculos obrigacionais que tornariam possível a convivência (civilização).

Note-se que desde o ponto de vista da filosofia política moderna e da forma estatal dela decorrente (Estado soberano), fundamental a manutenção constante dos vínculos obrigacionais. A propósito, desde a perspectiva da teoria ilustrada do contrato social, em qualquer de suas versões originais (Hobbes, Rousseau e Locke), a memória dos direitos e, sobretudo, dos deveres decorrentes da aliança, é condição mínima de adimplemento do pacto civilizatório. Se os homens, inseguros quanto às possibilidades de gozar dos bens da vida face à sua escassez e à ausência de limites às violências individuais deflagradas pelo desejo de obtê-los (estado de natureza), *acordam*, em nome da segurança, pela cessão de parcela da liberdade individual ao ente abstrato gestor e distribuidor dos direitos e deveres (Estado moderno), imprescindível à criação de técnicas de presentificação e cotidianização do pacto. A memória atuaria, nestas condições, como possibilidade mínima de reafirmação do pacto civilizatório e negação do estado de natureza.

A questão colocada por Nietzsche, porém, é “como fazer no bicho-homem uma memória, como gravar algo indelével nessa inteligência voltada para o instante, meio obtusa, meio leviana, nessa encarnação do esquecimento?”²⁸ Este antiquíssimo problema, refere o filósofo, não foi resolvido com meios e respostas suaves, mas através da imposição de dor e sofrimento:

²⁶ MELO, op. cit., p. 138.

²⁷ KLOSSOWSKI, op. cit., p. 58.

²⁸ NIETZSCHE, *Genealogia...*, op. cit., p. 50.

gravar algo a fogo, para que fique na memória: apenas o que não cessa de causar dor fica na memória – eis um axioma da mais antiga (e infelizmente mais duradoura) psicologia da terra [...]. Jamais deixou de haver sangue, martírio e sacrifício, quando o homem sentiu a necessidade de criar em si uma memória; os mais horrendos sacrifícios e penhores (entre eles o sacrifício dos primogênitos), as mais repugnantes mutilações (as castrações, por exemplo), os mais cruéis rituais de todos os cultos religiosos (todas as religiões são, no seu nível mais profundo, sistemas de crueldades) – tudo isso tem origem naquele instinto que divisou na dor o mais poderoso auxiliar da mnemônica.²⁹

À necessidade de construir uma memória naquele que promete (homem moderno) agrega-se a importância da elaboração de mecanismos do seu reforço: *mnemotécnica*.

Todavia, constata Giacóia que esta técnica de memorização identificada nos castigos, fundamental para a construção do marco civilizatório (pacto social),³⁰ deve necessariamente conter algo de bárbaro e violento: “essa prometéica tarefa [organizar população errante] não pode ser levada a cabo senão por meio dos mesmos recursos bárbaros cujo emprego torna possível a criação da memória: a crueldade e a violência. E ainda uma vez a agressividade ritualizada em penas e castigos que opera a transposição do animal errante e instintivo para o homem cultural, o *zoon politikon*, conformando as regras, usos e costumes da vida em sociedade”.³¹ A pena, que mantém viva a memória do delito, pela sua crueldade presentifica a barbárie, reafirmando a civilidade. Trata-se, pois, de duplo processo de memorização: da violência do delito e das misérrias e violações do estado de natureza.³²

3.3 Nietzsche percebe que um dos fatores de edificação dos valores morais da cultura judaico-cristã ocidental foi o processo de codificação da memória, por este motivo, na *Genealogia da moral*,

²⁹ NIETZSCHE, *Genealogia...*, op. cit., p. 50-51.

³⁰ Segundo Giacóia, a criação no animal homem das condições de promessa “[...] se coloca no umbral do processo civilizatório: o problema do homem identifica-se com a criação de uma memória, a contracorrente da poderosa força do esquecimento”. A possibilidade da lembrança da palavra empenhada “[...] arranca o homem da prisão do instante e do esquecimento, tornando possível o prever, o calcular, o antecipar uma representação que insere o agir efetivo como efeito na cadeia da vontade, como seu resultado futuro”. Ver: GIACÓIA Jr. *Nietzsche como psicólogo*. São Leopoldo: Ed. da UNISINOS, 2002, p. 107.

³¹ GIACÓIA Jr. *Nietzsche como...*, op. cit., p. 115.

³² Refere-se, no ensaio, a hipótese hobbesiana do estado de natureza como aquele identificado com o estado de guerra suplantado pelo Estado, a partir do contrato social. Neste sentido, conferir HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 74-95.

realiza “[...] o estudo de uma pedagogia da crueldade com fins éticos e políticos”.³³

Nas obrigações legais estariam condensados os conceitos morais de culpa, dever e sacralidade que sustentam a noção de civilização, mas, sobretudo, nelas estariam inscritos os deveres pelos quais a pessoa se mantém atrelada ao grupo social. Ao criminoso, em decorrência da violação do pacto e do rompimento com a palavra empenhada, são direcionados os cruéis efeitos dos castigos e a derradeira exclusão. Apenas nas “sociedades ricas” – aquelas que convivem e não se vêem ameaçadas pelos desvios dos seus integrantes –, o crime poderia ser remido. No entanto, a sacralização da vingança pelo castigo é a marca de moralização nas comunidades nas quais o valor do débito e da promessa são inegociáveis; a característica destas “sociedades pobres” é a maximização das respostas punitivas. Assim, Nietzsche é explícito ao sugerir que o pêndulo dos processos de maximização e minimização/abolição das punições variaria conforme o grau de amadurecimento (poder de esquecimento) das organizações sociais.³⁴

Os rituais punitivos, sobretudo os procedimentos criminal e religioso, adquirem papel privilegiado na mnemônica de eternização dos vínculos obrigacionais. O sistema de punitividade, neste

³³ LEITE, Alex. Codificação, Memória, Coesão: um paralelo entre Nietzsche e Clastres. *Cadernos Nietzsche*. São Paulo: GEN, n.17, 2004, p. 37.

³⁴ “Aumentando o poder de uma comunidade, ela não mais atribui tanta importância aos desvios do indivíduo, porque eles já não mais podem ser considerados tão subversivos e perigosos para a existência do todo: o malfetor não é mais ‘privado da paz’ e expulso, a ira coletiva já não pode se descarregar livremente sobre ele – pelo contrário, a partir de então ele é cuidadosamente defendido e abrigado pelo todo, protegido em especial da cólera dos que prejudicou diretamente. O acerto com as vítimas imediatas da ofensa; o esforço de circunscrever o caso e evitar maior participação e inquietação; as tentativas de achar equivalentes e acomodar a questão (*compositio*); sobretudo a vontade cada vez mais firme de considerar toda infração resgatável de algum modo e assim isolar, ao menos em certa medida, o criminoso de seu ato – estes são os traços que marcaram cada vez mais nitidamente a evolução do direito penal. Se crescem o poder e a consciência de si de uma comunidade, torna-se mais suave o direito penal; se há enfraquecimento dessa comunidade, e ela corre grave perigo, formas mais duras desse direito voltam a se manifestar. O ‘credor’ se torna sempre mais humano, na medida em que se torna mais rico; e o quanto de injúria ele pode suportar sem sofrer é, por fim, a própria medida de sua riqueza. Não é inconcebível uma sociedade com tal consciência de poder que se permitisse o seu mais nobre luxo: deixar impunes os seus ofensores. ‘Que me importam meus parasitas?’, diria ela. ‘Eles podem viver e prosperar – sou forte o bastante para isso!’... A justiça, que iniciou com ‘tudo é resgatável, tudo tem que ser pago’, termina por fazer vista grossa e deixa escapar os insolventes – termina como toda coisa boa sobre a terra, suprimindo a si mesma. A auto-supressão da justiça: sabemos com que belo nome ela se apresenta – graça; ela permanece, como é óbvio, privilégio do poderoso, ou melhor, o seu ‘além do direito’.” Ver: NIETZSCHE, *Genealogia...*, op. cit., p. 61-62).

quadro, manteria presente na humanidade a necessidade de satisfação das dívidas e da culpa moral. O castigo, instrumento de moralização e normalização, através da mnemotécnica ritualizada dos processos de culpabilização, faz presente e eterno o delito. E se apesar de o fato-crime não existir, havendo apenas interpretações posteriores, falas possíveis a respeito do “caso penal”³⁵ em análise – e esta conclusão é absolutamente possível a partir da hermenêutica nietzschiana³⁶ –, a concretude do delito passa a ser passível de (re)experimentação constante pela comunidade com sua fixação mnemônica através do ritual (processo penal) e do castigo (execução penal).

Assim, nítido perceber que “[...] a dureza das leis penais nos dá uma medida do esforço que lhe custou vencer o esquecimento e manter presentes, nesses escravos momentâneos do afeto e da coibição, algumas elementares exigências do convívio social”.³⁷

Dois aspectos, portanto, são fundamentais na análise nietzschiana do castigo: *durabilidade* (o “drama” e a seqüência rigorosa dos procedimentos) e *fluidéz* (as finalidades e as expectativas ligadas aos procedimentos). No que tange à durabilidade, Nietzsche irrompe a idéia jurídica na qual o procedimento tenha sido *inventado* para fins de castigo. No entender do filósofo o procedimento é anterior à sua utilização no castigo, posteriormente introduzido e no castigo interpretado – “que há muito já existia, mas empregado em outro sentido”.³⁸ No entanto, o que é fundamental para a compreensão da pena como fenômeno e interpretação é a análise de sua fluidéz, visto apresentar elementos importantes de ruptura com a idéia de fins (“por que punir?”). Inexiste, nas práticas punitivas, sentido unívoco e universal, ou seja, não há na experiência humana a verificação/verificabilidade de que o castigo possa ser apreendido de forma homogênea, seja em relação aos seus destinatários (desviantes), à comunidade ou aos aplicadores (verdugos do direito).

³⁵ Sobre a idéia de “caso penal” como o conteúdo do processo penal, conferir: COUTINHO, Jacinto. *A lide e o conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 134-142.

³⁶ Neste sentido, conferir: NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*. São Paulo: Cia das Letras, 2004, p. 276-78; NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extramoral. In: *Obras incompletas*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 45-54; NIETZSCHE, *Crepúsculo...* op. cit., p. 51-55.

³⁷ NIETZSCHE, *Genealogia...* op. cit., p. 51.

³⁸ *Ibid.*, p. 68.

Lembra Nietzsche que a história do castigo é a de sua utilização para os mais diversos e indefiníveis fins. Para sustentar o argumento – “para ao menos dar uma idéia de como é incerto, suplementar e acidental o sentido do castigo, de como um mesmo procedimento pode ser utilizado, interpretado, ajustado para os propósitos radicalmente diversos [...]”³⁹ –, elabora extenso elenco das possibilidades de sentido do castigo: neutralização, pagamento, isolamento, inspiração de terror, compensação, segregação, festa, criação de memória, compromisso, ato de guerra. Suas características de durabilidade e fluidez desconstruiriam as utilidades fornecidas pelas teorias da pena – “espécie de adivinha” proposta pelos mestres aos discípulos (Tobias Barreto)⁴⁰ –, perspectivando sua incidência como fenômeno e interpretação; como experiência viva e vivida sobre a qual os *experts* devem encontrar elementos adequados, conforme suas opções, para densificar a fixação (memória) ou minimização/exclusão (esquecimento) do seu impacto na teia social.

Em Nietzsche, portanto, se encontra delineada interessante proposta de interpretação sobre a aplicação e execução dos castigos, seguida de radical crítica que possibilita visualizar, desde locais diversos da dogmática jurídica, a experiência da distribuição legal de sofrimento. Os mnemométodos, neste quadro, operam como técnicas de fixação da dor e não como justificadores e potencializadores das sanções, discurso típico da tradição penal e do mascaramento dogmático fornecido pelas teorias da pena.

3.4 A virtude do esquecimento na filosofia nietzschiana está vinculada à obstrução da criação da memória. Aquilo que não ingressa na ordem psíquica não teria a capacidade de prender o sujeito ao passado, desvinculando-o das culpas derivadas das obrigações morais, possibilitando o atingimento da felicidade.

³⁹ Ibid., p. 69.

⁴⁰ “Os criminalistas que ainda se julgam obrigados a fazer exposições dos diversos sistemas engendrados para explicar o direito de punir, o fundamento jurídico e o fim racional da pena, cometem um erro, quando na frente da série colocam a vindita. Porquanto a vindita não é um sistema; não é, como a defesa direta ou indireta, e as demais fórmulas explicativas ideadas pelas teorias absolutas, relativas e mistas, um modo de conceber e julgar de acordo com esta ou aquela doutrina abstrata, o instituto da pena: a vindita é a pena mesma, considerada em sua origem de fato, em sua gênese histórica, desde os primeiros esboços de organização social, baseada na comunhão de sangue e na comunhão de paz, que naturalmente se deram logo depois do primeiro albor da consciência humana, logo depois que o *pithecanthropo* falou... *et homo factus est*”. Ver: BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 727, 1996, p. 647.

Nietzsche usa como metáfora da felicidade buscada pelo homem a figura do animal de rebanho que pasta: “ele não sabe o que é ontem e o que é hoje, ele saltita de lá para cá, come descansa, saltita, digere, saltita de novo; e assim de manhã até a noite, dia após dia; ligado de maneira fugaz com seu prazer e desprazer à própria estaca do instante, e, por isso, nem melancólico nem enfiado”.⁴¹ A vida a-histórica do animal impede a opressão do passado concretizada na memória. O homem, na ausência desta capacidade inibidora (esquecimento), padeceria da doença histórica.

A rememoração representaria falha no aparelho digestivo, patologizado pela dispepsia. Nota Maria Cristina Franco Ferraz que “dispéptico seria, segundo Nietzsche, quem nunca se livra de nada [...]”.⁴² Esquecimento e digestão seriam processos análogos de superação do passado, os quais dariam condições de preparação do presente.

A concepção positiva do esquecimento, contraposta pela dispepsia reativa da memória, fornece elementos de leitura de determinados institutos penais que interrompem o processo punitivo. As causas de extinção de punibilidade previstas na codificação penal, sobretudo dos institutos nos quais o Estado punitivo deixa de exercer a *potestas puniendi* em face de valorações morais sobre o infrator (v.g. graça, indulto e perdão judicial), ao invés de operarem como saneadoras da memória do delito atuam no reforço das reminiscências. A tecnologia punitiva, ao criar métodos de abdução do castigo que pressupõem emitir juízos valorativos sobre o desviante, *dobra* a presentificação do crime. O perdão, em sentido genérico, mantém a lembrança não apenas do crime, mas do próprio castigo não infligido, capturando a história do sujeito. Perigosa virtude, segundo Nietzsche: “‘ele nada esquece, e tudo perdoa’ – então é duplamente odiado, pois envergonha duplamente, com sua memória e com sua generosidade”.⁴³

Outrossim, apesar dos reforços de memória previstos na codificação, alguns institutos aparecem com aparência de verdadeiras *fórmulas legais de esquecimento*. Casos como os de descriminalização, prescrição, decadência e renúncia, em face da inexigibilidade de quaisquer condicionantes valorativos (reforços morais), apresentam situações que podem ser lidas como superação da vingança pela ausência de necessidade da memória do crime.

⁴¹ NIETZSCHE, *Segunda...* op. cit., p. 7.

⁴² FERRAZ, Maria Cristina. *Nove variações sobre temas nietzschianos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 62.

⁴³ NIETZSCHE, *Aurora...* op. cit., p. 213.

A transposição do tempo cronológico (prescrição e decadência) e as manifestações legislativa (descriminalização) ou dos ofendidos (renúncia) expressando desinteresse no castigo possibilitam ultrapassar a lógica punitiva e o rito mnemônico.

3.5 Não obstante a diferenciada percepção da pena como fenômeno e interpretação, dois pontos relevantes da filosofia nietzschiana atingem centros nervosos das ciências criminais: a desconstrução da verdade no processo penal e a crítica aos fenômenos ônticos e morais no direito penal e na criminologia.

Nietzsche reivindicava dos filósofos a transvaloração dos valores e a emancipação dos juízos morais.⁴⁴ Esta imposição deriva de sua formulação de que não existem “fatos morais”, apenas interpretações morais, pois “[...] o juízo moral possui em comum com o juízo religioso a crença em realidades que não são de modo algum realidades. A moral é apenas uma exegese de certos fenômenos; falando mais determinadamente, ela é uma exegese equivocada”.⁴⁵

A sociedade moderna (nihilista), dominada por valores morais decadentes, cinde a interpretação das ações a partir da dicotomia bem e mal, substancializando determinadas condutas ou pessoas. Ao estabilizar apenas uma forma de valoração das ações humanas, naturaliza e hierarquiza determinada concepção moral, excluindo outras verdades ou morais possíveis, existentes. Necessária, contra este processo de normalização e moralização, a defesa de posições extramorais que transportem os valores e as interpretações para além da dicotomia *bem e mal*.

Os efeitos deste processo de transvaloração para a análise das práticas da justiça criminal, sobretudo para os campos da criminologia e do direito penal, são marcantes. A história das ciências criminais, a partir da universalização da ideologia da defesa social, é fundada na idéia de existência de delitos e de criminosos naturais que se contrapõem aos valores nobres cultivados pela comunidade não-desviante, refletindo aquilo que Baratta curiosamente denominou “princípio do bem e do mal”.⁴⁶ O processo de substancialização do delito em um “ser criminoso”, seja nas antigas

⁴⁴ “Conhece-se minha exigência de que os filósofos se coloquem para além do Bem e do Mal, – que eles tenham abaixo de si a ilusão do juízo moral”. Ver: NIETZSCHE, *Crepúsculo...*, op. cit., p. 51.

⁴⁵ NIETZSCHE, *Crepúsculo...*, op. cit., p. 51.

⁴⁶ “Principio del Bien y del Mal: el delito es un daño para la sociedad. El delincuente es un elemento negativo y disfuncional del sistema social. La desviación criminal es, pues, el mal; la sociedad constituida, el bien”: BARRATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del Derecho Penal*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997, p. 36-37.

doutrinas positivistas do criminoso nato ou nas atualizações contemporâneas das criminologias clínicas, criou critérios de interpretação dos fenômenos crime e violência e aplicação dos castigos.

No entanto, a crítica extramoral permite descartar esta cisão irreal, percebendo o homem apenas como “humano, demasiado humano”, sujeito de virtudes e perversões, capaz de atos nobres e cruéis, de acordo com suas circunstâncias. Tal concepção, antecipada pelo recorte criminológico crítico do paradigma da reação social, não apenas nega a naturalização do mal (“homem criminoso”, “*homo hominis lupus*”) como igualmente desterra a naturalização do bem (“bom selvagem”), permitindo novas interpretações de condutas desviantes.

A segunda possibilidade decorrente da crítica nietzschiana diz respeito à ruptura com a ilusão moderna de verdade. O desvelamento da vontade de verdade das ciências acena a possibilidade de alterar o eixo central da estrutura inquisitória da “ciência” do processo penal.

Se o procedimento ritualizado de imposição do castigo pode ser visto, desde a perspectiva filosófica nietzschiana, como mecanismo de manutenção na memória (presentificação) da experiência do delito – a “crueldade ritualizada nos castigos cumpre a função enigmática de satisfação substitutiva para uma humanidade pré-histórica, ela serve também como recurso mnemotécnico privilegiado pra dilatar, aprofundar e vivificar as dimensões e virtualidades da memória”⁴⁷ –, no discurso científico da modernidade o instrumento processual penal gira em torno da busca da “verdade” em múltiplas e variadas dimensões (verdade real, verdade material, verdade formal, verdade processual, verdade judicial).

A tecnologia processual penal moderna, ao adequar os mecanismos do processo inquisitório do medievo, renomina o sistema como “misto” postulando a adequação do procedimento em dois tempos (primeira fase inquisitória e segunda acusatória). Entretanto este “monstro de duas cabeças” (Cordero) universalizado pelo Código Napoleônico não apenas mantém a lógica inquisitória, como recondiciona o trabalho dos sujeitos processuais, sobretudo do juiz, na busca incessante da verdade no processo penal. Como ensina Legendre, “o mito escolástico foi retrabalhado, reformado, retranscrito, mas não demolido”.⁴⁸

⁴⁷ GIACÓIA Jr., *Nietzsche como...* op. cit., p. 112.

⁴⁸ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*. Rio de Janeiro: Colégio Freudiano/Forense Universitária, 1983, p. 181.

A permanência do estilo inquisitivo calcado na investigação da verdade, suavizado pela inversão ideológica do discurso liberal humanitário e pela racionalidade científica moderna, alimenta o sonho narcísico dos sujeitos processuais de extração, através dos mecanismos de prova, de dados que reconstruam o fato pretérito em precisa correspondência àquela realidade distante. A aspiração de encontrar adequação simétrica da realidade passada (fato-crime) nos autos, a partir dos elementos probatórios trazidos pelas partes, dá sustentação à finalidade que passará a reger a ciência processual penal: “verdade real”.

É inegável que, desde o ponto de vista interno ao direito processual penal, o objetivo de atingir a “verdade real” atuou como fator legitimante de práticas inquisitivas. A centralidade da instrução processual na figura do juiz e não nas das partes fornece elementos suficientes para esta conclusão. O relevante, porém, para a investigação proposta, é avaliar o grau de adequação desta prática inquisitiva rudimentar no projeto científico da modernidade (jurídico-penal), visto que a vontade de verdade (real) do processo medieval relegitima-se na Ilustração pela crença na razão calculadora. Desde o ponto de vista processual penal, a pesquisa da verdade demonstrou-se variante estável, do obscurantismo medieval à modernidade científica.

Fundamental resgatar, assim, o alerta de Legendre:

[...] todo ataque dirigido contra o obscurantismo é impressionante por aquilo que nos mascara, e a rejeição dos medievais para fora da modernidade (do ponto de vista do discurso sobre o Poder) continua sendo uma extraordinária trapaça. Leiam, então, Kafka: o glósador reaparece nele com todas as letras e vem ordenar a fuzilaria. Vamos parar de rir da Idade Média, de suas técnicas do obscurecimento, sempre eludidas, sempre presentes.⁴⁹

Percebe-se, como derivação da crítica nietzschiana à epistemologia, que a “vontade de verdade (real)” no processo penal é baseada na incorreta fusão entre as idéias de *verdade* e *realidade*. Não apenas as categorias são distintas, como sua aproximação determina a incursão do processo penal no equívoco de crer na descoberta da verdade através da captura do real, quando verdade e realidade são *valorações* e, na qualidade de juízos interpretativos, de inexequível apreensão pelos sentidos.

Da mesma forma que não existem fatos a serem julgados, no processo penal inexistente verdade a ser atingida. A prática processual

⁴⁹ LEGENDRE, op. cit., p. 16.

al nada mais é do que a representação cênica de inúmeras interpretações possíveis do “caso penal”. Não por outro motivo é possível sustentar que o papel do magistrado não é o de decidir sobre a existência de fatos, mas sim sobre a maior ou menor adequação das falas (interpretações) no “caso penal” apresentado.

Neste aspecto, relevante a contribuição de Jacinto Coutinho ao resgatar a idéia de “caso penal”. Em substituição à noção de “fato-crime” como sendo o objeto da investigação e da fala das partes no processo, a idéia de “caso penal” pode dar conta do efeito desempenhado pela crítica filosófica na análise do direito e processo penal. Ao abdicar do conceito de fato-crime, admitindo haver apenas discursos sobre uma experiência não mais passível de encontro, a categoria “caso penal” expressaria “[...] uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal”.⁵⁰ Manejar desde este local poderia facilitar os problemas apontados pelo autor no que tange ao ocultamento da subjetividade na análise do caso e do necessário diálogo do direito e do processo penal com a psicanálise e a filosofia.

Considerações finais: retomada do trágico e redução dos danos punitivos

Pereat veritas, fiat vita.
(Nietzsche)

O homem moderno refuta, de todas as formas possíveis, aquilo que mais odeia na Modernidade, o seu outro, a barbárie. O otimismo científico, a fé na racionalidade e a devoção do pensamento lógico desenvolveram, no espírito dos “últimos homens”, a confiança plena na técnica e em sua capacidade de criar condições de felicidade à humanidade, pois somente a partir da razão haveria possibilidade de descoberta da verdade – o bom, o belo e o justo. No caso específico das ciências criminais, a técnica deveria oferecer à sociedade medicina eficaz para o fim das violências e a erradicação dos crimes.

Nietzsche, em *Aurora*, chega a afirmar que a paixão do homem moderno pelo conhecimento é tão intensa que faz com que a humanidade prefira o perecimento ao retrocesso ao estado de barbárie no qual a técnica não domina a natureza – “mas nosso impulso ao conhecimento é demasiado forte para que ainda possamos

⁵⁰ COUTINHO, op. cit., p. 135.

estimar a felicidade sem conhecimento ou a felicidade de uma forte e firme ilusão; apenas imaginar esses estados é doloroso para nós!”⁵¹

A crítica ao espírito científico e à racionalidade moderna, em termos mais precisos à vontade de verdade, é um dos pontos mais contundentes da filosofia nietzschiana. A obsessão da razão cartesiana em sistematizar o conhecimento, conferindo-lhe unidade e ordem, para, livrando-se da ignorância, discernir o verdadeiro do falso, é refutada em absoluto por Nietzsche desde sua primeira obra de impacto, *O nascimento da tragédia*. O processo de desconstrução da ilusão científica acompanha o autor ao longo de sua trajetória, nas mais diversas fases. Sustenta, por exemplo, em *Crepúsculo dos ídolos*, a ruptura com a “vontade de sistema” – “desconfio de todos os sistemáticos e me afasto de seus caminhos. A vontade de sistema é uma falta de retidão”.⁵²

Como alternativa à vontade de verdade ínsita à ciência moderna, e ao processo de moralização e normalização que lhe configura, Nietzsche aponta a retomada da arte trágica da Grécia arcaica. Apenas no trágico haveria a possibilidade de superar a identidade entre moral e ciência; somente na arte, colocada em frontal oposição à ciência, haveria condições de transvaloração dos valores, de superação dos juízos morais para além do bem e do mal. Não por outro motivo o conhecimento científico demonstrou-se excessivamente hostil à arte e ao mito, considerando-os formas de ignorância e de ilusão.

A arte trágica forneceria elementos factíveis de experimentação do mundo, despidos das idealizações metafísicas e dos narcisismos científicos. Com a lente crua do trágico, as atrocidades da existência e as dores do mundo seriam vivenciadas sem a necessidade de subterfúgios moralistas, pois só a arte “[...] tem o poder de transformar aqueles pensamentos enojados sobre o horror e o absurdo da existência em representações com as quais é possível viver: são elas o sublime, enquanto domesticação artística do horrível, e o cômico, enquanto descarga artística da náusea do absurdo”.⁵³

O “homem teórico”, forjado na cultura helênica ocidental por Sócrates, narcotizado pela busca da verdade, atribuiu ao saber científico a capacidade de distinguir o erro, de separar essência e aparência. No entanto, este otimismo na razão sistematizadora ofuscou a pluralidade dos fenômenos existentes na realidade e as

⁵¹ NIETZSCHE, *Aurora...* op. cit., p. 225.

⁵² NIETZSCHE, *Crepúsculo...*, op. cit., p. 13.

⁵³ NIETZSCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia*. São Paulo: Cia das Letras, 1992, p. 56.

infinitas formas de interpretá-los, ou seja, impediu perceber inúmeras formas de manifestação das verdades; de verdades marginais que transpõem os horizontes da moral.

O encantamento do homem teórico com sua racionalidade, manifestação exemplar do narcisismo dos cientistas da modernidade – e dentre eles os teóricos das ciências criminais –, impediu perceber a limitação da técnica. Ao pensar estarem domando a natureza (crime, violência) através dos instrumentos criados pela razão (mnemotodos do direito e do processo penal), foram, lentamente, dominados pelo narcisismo científico, o qual impediu perceber que “dominar a ciência é determinar seu valor no sentido de controlar a exorbitância de suas pretensões, no sentido de estabelecer até onde ela pode se desenvolver. É formular a questão dos limites”.⁵⁴

A absoluta ausência de percepção dos limites da moderna ciência (criminal) produziu a interferência inábil de atores (juristas) em fenômenos trágicos permeados pela violência (individual e institucional). Crentes em seu potencial resolutivo, não esporadicamente a intervenção (castigo) provocou danos maiores que os dos crimes, encenando espetáculo cujo melancólico final produz profundo mal-estar.

O encanto dos cientistas (do direito penal) com sua imagem refletida nos espelhos teóricos encena o triste quadro de serem eles os únicos satisfeitos com a técnica desenvolvida. A vontade de verdade (vontade de sistema), eleita como fim último da própria atividade, revela a incapacidade de diálogo; a incapacidade de escuta das angústias das partes envolvidas nos conflitos. “Por isso Lessing – explicará Nietzsche –, o mais honrado dos homens teóricos, atreveu-se a declarar que lhe importava mais a busca da verdade do que a verdade mesma: com o que ficou descoberto o segredo fundamental da ciência, para espanto, sim, para desgostos dos cientistas.”⁵⁵ Em Klossowski, o narcisismo é exposto: “eles não tem consciência de que falam de si mesmos – eles têm a pretensão de falar ‘da verdade’ – quando, no fundo, trata-se apenas deles mesmos”.⁵⁶

A conclusão possível talvez seja a de ser necessário forjar ações redutoras dos danos causados pela inábil intervenção das ciências criminais, as quais, acreditando capazes de reduzir/erradicar os delitos, produziram custos incalculáveis de violências. A saída talvez seja a representação trágica da realidade, na superação e ruptura com os (mnemo)métodos em prática despidas de “verdade(s)” e cientes dos próprios limites.

⁵⁴ MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a Verdade*. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 42.

⁵⁵ NIETZSCHE, *O Nascimento...* op. cit., p. 93.

⁵⁶ KLOSSOWSKI, op. cit., p. 22.