

Em Busca do(s) Texto(s): A Permanência dos Discursos Legitimadores do Poder Punitivo

*Somos todos iguais perante a lei.
Perante que lei? Perante a lei divina?
Perante a lei terrena, a igualdade se
desigualava o tempo todo e em todas as
partes, porque o poder tem o costume
de sentar-se num dos pratos da balança
da justiça.*

Eduardo Galeano

Alessandro Baratta¹ identificou com precisão os princípios do que chamou de Ideologia da Defesa Social², constituinte da base dos discursos repressivos dos sistemas penais gradativamente construídos enquanto saber oficial, pelo menos desde a Escola Clássica do Direito Penal, e que foram, ao longo dos anos, adquirindo diversos matizes e agregando novos postulados, sem, no entanto, perder sua principiologia básica: princípio da legitimidade, princípio do bem e do mal, princípio da culpabilidade, princípio da prevenção (ou finalidade), princípio da igualdade, princípio do interesse social (ou do delito natural).

A Ideologia da Defesa Social, com sua função legitimante do sistema penal³ permitiu que o poder punitivo, mesmo em seus períodos mais limitados

¹ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997.

² Aqui nos valem do conceito de “ideologia da defesa social” delineado por Alessandro Baratta em sua obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal” que, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos em seu prefácio à obra citada, seria “um conjunto de postulados que não deve ser confundido com as posições de Gramática ou de Marc Ancel”. Em relação ao que se denominou Nova Defesa Social ver ANCEL, Marc. A nova defesa social. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

³ Nilo Batista escreve: “Com propriedade, Cirino dos Santos observa que o sistema penal, segundo ele “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais”, pretende afirmar-se como ‘sistema garantidor de uma ordem social justa’, mas seu desempenho real contradiz essa aparência”. BATISTA, Nilo, “Introdução Crítica ao Direito

como o do seu nascedouro no Iluminismo ou bem posteriormente nos idos dos anos sessenta/setenta do século XX⁴, se estabilizasse frente ao sistema penal, sendo hoje um dos principais discursos a permitir a expansão do poder punitivo, propalado aos quatro cantos pela mídia, pelas políticas públicas – legislativo e executivo, e contaminando as decisões judiciais prenas dos termos “periculosidade do agente”, “gravidade do delito”, “clamor público”, “defesa da sociedade”, “ordem pública”, entre outros fundamentos mais afeitos a definições político-administrativas e pouco jurídicas.

Tais discursos foram se sofisticando à medida que outros contra discursos surgiam, seja incorporando seus elementos, seja para frear a compulsão totalizante que a idéia de Defesa Social possa gerar, uma vez que o conceito de “sociedade”⁵ pode ser preenchido com diversos sentidos, sobretudo quando pensamos naqueles indivíduos que nunca estiveram efetivamente nela incluídos. Desta forma, atualmente a Ideologia da Defesa Social englobaria, ao nosso entender, os discursos do direito penal do inimigo, a articulação do exercício do biopoder, as novas tecnologias de neutralização dos indesejáveis, discursos contra o novo “mal cósmico” da vez cujas características serão preenchidas de acordo

Penal Brasileiro”, Rio de Janeiro, Revan, 1990, p. 25. E ainda Alessandro Nepomoceno: “Sistema penal é um conjunto de agências de poder, que interage com o meio social, influenciando e sendo por este influenciado (mídia, família, igreja, vizinhos, escola, etc., os quais formam o senso comum), funcionando com o objetivo de combater a criminalidade (função declarada) para proteger as pessoas “de bem” daquela minoria muito “má” que põe em risco a segurança pública (ideologia da defesa social)”. NEPOMOCENO, Alessandro, “Além da Lei- A face obscura da sentença penal”, Rio de Janeiro, Revan, 2004.

⁴ Essa referência não se aplica à América Latina, uma vez que foi neste período, anos sessenta/setenta do século XX, que tivemos a instalação das sangrentas ditaduras militares e a consequente legislação penal autoritária do inimigo. Muito menos se aplicou ao século XVIII, período em que a violência colonialista e escravagista era a marca do poder punitivo.

⁵ Em seu sentido genérico “sociedade” seria a esfera de convívio entre as pessoas e na qual estão postas as relações econômicas, políticas, sociais, ideológicas, religiosas entre os indivíduos que fazem, ao menos formalmente, parte dela. Bobbio, no verbete “sociedade civil” escreve: “Na contraposição Sociedade Civil-Estado, entende-se por sociedade civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impõem à conquista do poder político.” BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 12.^a ed., 2004, P. 1210. A dicotomia Sociedade Civil e Estado identifica-se com a realizada entre espaço privado e espaço público, o que retiraria a percepção do fato de que o Estado nada mais é do que produto desta sociedade.

com as necessidades do poder, sempre lembrando, como Zaffaroni, que as agendas não são jurídicas, mas sim das agências executivas.⁶

Necessário se faz a volta às origens da construção da Ideologia da Defesa Social, sobretudo em seu nascedouro quando da Revolução Burguesa do século XVIII, sua permanência, com outra atitude metodológica, no positivismo do século XIX, mantendo, no entanto, uma certa linha de complementaridade que não se romperá totalmente ao longo do século XX, mesmo com o surgimento de novos discursos, sobretudo os sociológicos, que irão aos poucos desmistificando elementos da defesa social.⁷

É importante perceber que todos esses discursos estão presentes atualmente, em maior ou menor escala, pois, como já explicitou Zaffaroni, é como caminharmos em um “bosque”⁸ de discursos no qual as diferentes paisagens, embora fiquem para trás e deixemos de observá-las, não desaparecem.

“Muitos dos discursos em geral - porém, me centrarei aqui nos criminológicos -, são contemporâneos no tempo presente. Além do mais, inclusive aqueles que surgem em momentos anteriores não são eliminados por aqueles que aparecem num momento histórico posterior, mas sim permanecem de forma manifesta ou latente. Os discursos desta *História dos pensamentos criminológicos* persistem na atualidade, embora alguns deles tenham mudado suas formas de expressão - em parte, sim, pelas críticas recebidas dos outros discursos - sem mudar o fundamento que os sustentava.”⁹

Faremos a seguir uma incursão nos postulados da Escola Liberal Clássica de Direito Penal e a Escola Positivista, e como estas idéias são recepcionadas em nossas margens, já que as elites do Brasil, país periférico, escravocrata e herdeiro do iluminismo ibérico¹⁰, foram ávidas em apropriar-se das idéias racistas, e desqualificadoras de certas categorias de pessoas, do então moderno e científico positivismo penal, não sem antes abordarmos, de forma breve e apenas do que, no

⁶ Neste sentido ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 1992.

⁷ Neste sentido, o livro “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal” de Alessandro Baratta é único ao realizar o que Juarez Cirino dos Santos chamou de ‘confronto desmistificador’ entre as diferentes teorias. Assim, Alessandro Baratta nos mostra como as teorias psicanalíticas negam o princípio da legitimidade, ou ainda como a teoria estrutural-funcionalista se traduziu em uma negação do princípio do bem e do mal.

⁸ “Como em un sendero a través del bosque, quedan atrás paisajes para deslumbrarse con los nuevos parajes que asoman, *pero no por ello los anteriores dejan de existir*, simplemente dejamos de mirarlos, hasta el punto de que, em demasiadas ocasiones, se vuelve al mismo punto sin reconocerlo”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, mimeo, 2000.

⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio, “Histórias dos Pensamentos Criminológicos”, Rio de Janeiro, ICC e Revan, 2008, p.17.

¹⁰ Neste sentido ver NEDER, Gizlene, “Iluminismo Jurídico-penal Luso-brasileiro-Obediência e Submissão”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.

âmbito deste trabalho, nos interessa, o que Zaffaroni entende como o marco inicial dos discursos justificadores do poder punitivo: a Inquisição.

1.1

Inquisição: Defesa da Ordem Única e Confisco do Conflito

Se o marco tradicional para o surgimento do Direito Penal e Processual Penal como os entendemos hoje seria o Iluminismo, sendo que também usualmente se identifica esta época como a dos primeiros discursos criminológicos¹¹, nos filiamos à idéia de Zaffaroni e Nilo Batista¹² de que o poder punitivo¹³ teria surgido aproximadamente há 800 anos, com o advento da Inquisição¹⁴.

A necessidade de controle e de repressão às doutrinas que traziam conceitos considerados diferentes da verdade monopolizada pela Igreja Católica gerou a criação, ao longo do tempo, de instituições que realizassem tal controle. Assim em 1232, sob o Papa Gregório IX, surgem os inquisidores papais, escolhidos entre os Dominicanos pela rigorosa formação teológica de inspiração

¹¹ Aqui entendidos como os discursos fundamentados acerca do delito, delinqüente e delinqüência.

¹² ZAFFARONI, Eugenio, Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, “Direito Penal Brasileiro – I”, Rio de Janeiro, Revan, 2003; BATISTA, Nilo, “Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000; ZAFFARONI, Eugenio, Raúl, ‘El Curso de La Criminologia’, mimeo, 2000. Neste sentido ver também ANITUA, Gabriel Ignacio, “Histórias dos Pensamentos Criminológicos”, Rio de Janeiro, ICC e Revan, 2008. Trabalhamos mais especificamente as permanências inquisitoriais no Processo Penal Brasileiro em nossa dissertação de Mestrado “O que Sobrou do Céu: Marcas da Inquisição Canônica no Direito Processual Penal Brasileiro – Interrogatório e Confissão” defendida em novembro de 2003 na UCAM, sob orientação do Prof. Dr. Geraldo Prado.

¹³ “En cuanto al surgimiento del poder punitivo, es necesario señalar que la afirmación de que éste existió siempre es falsa. La humanidad caminó sobre el planeta durante miles años sin conocer el poder punitivo. (...). Su instalación em forma irreversible hasta hoy data de los siglos XII y XIII europeos.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl, mimeo, 2000.

¹⁴ Embora o termo “inquisição” aqui seja usado no singular, os processos foram diferentes segundo a época e a região, afinal estamos falando de um fenômeno que perdurou séculos. Francisco Bethencourt explica que “As Inquisições são referidas, geralmente, no singular. Essa tradição exprime uma realidade: os diferentes tribunais da fé têm como fonte comum de legitimidade a delegação de poderes, feita pelo papa, em matéria de perseguição das heresias. A designação única pode ser cômoda, mas esconde realidades muito diversas: a Inquisição pontifícia estabelecida no século XIII desenvolve um modelo de ação estranho aos modelos (no plural) seguidos, por exemplo, pelos tribunais de Veneza, Modena ou Nápoles do século XVI ao século XVIII; a Inquisição espanhola (criado em 1478), tal como a Inquisição portuguesa (estabelecida em 1536), tem um estatuto particular que se traduz por uma quase completa independência de ação em relação à cúria romana; os tribunais hispânicos que operam na América ou na Ásia transportam com eles estruturas, maneiras de fazer e representações comuns, mas adaptam-se a diferentes contextos”. BETHENCOURT, Francisco, “História das Inquisições – Portugal, Espanha e Itália, séculos XV-XIX”, São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 10.

tomista. Em 1252, Inocêncio IV editou a Bula *Ad Extirpanda* que permitia a tortura dos acusados submetidos ao processo inquisitorial. Nicolau Eymerich escreverá em 1376 o seu *Directorium Inquisitorium*¹⁵ até que em 1542 o Papa Paulo III criará a sagrada congregação da inquisição romana e universal, ou seja, o Santo Ofício. A sustentar ideologicamente todos esses movimentos, aparecem os primeiros discursos criminológicos, cuja fundação Zaffaroni e Nilo Batista identificam na obra de Heinrich Kraemer e James Sprenger, o *Malleus Maleficarum*¹⁶, de 1487, tendo este uma estrutura sistemática e de grande sofisticação racionalizante ao nível teórico, configurando-se no “primeiro modelo integrado de criminologia e criminalística com direito penal e processual penal”.¹⁷

*“En este contexto aparece el primer discurso criminológico moderno, orgánico, elaborado cuidadosamente, explicando las causas del mal, sus formas de aparición, sus síntomas, la forma de combatir-lo. Fue el discurso de la primera gran agencia de control social punitivo: la inquisición”.*¹⁸

A lógica inquisitorial se centrará na verdade absoluta revelada, da qual seria a Igreja portadora. Esta é a mesma lógica do Absolutismo transportado para os demais sistemas totalitários. Essa idéia maniqueísta da existência de uma única verdade, o resto é “mentira do demônio”, persiste até os dias atuais em que a lógica de guerra e de combate ao inimigo se traduz numa guerra cósmica entre o bem e o mal, na qual “o outro”, que não faz parte da ordem vigente, será sempre o inimigo a ser exterminado. O medo desse “outro”, - diferente e ameaçador - , fará com que todas as políticas se voltem para neutralização destes indivíduos.

Pierre Legendre, entendendo que o discurso escolástico, de suma importância na articulação do discurso inquisitorial, pretendeu abarcar todos os saberes humanos em seu conteúdo, se pergunta qual o destino daqueles que se rebelavam contra esse adestramento e essa ordem absoluta. “Que não haja escapatória, eis a lição final dessa ciência aperfeiçoada do adestramento, também ela convencida de seu magistral benefício propiciado ao irreconciliável, ao

¹⁵ EYMERICH, Nicolau, “Manual dos Inquisidores”, Brasília, Editora Rosa dos Tempos e Edunb, 1993.

¹⁶ KRAMER, H. e SPRENGER, J., *Malleus Maleficarum*, edição brasileira “o Martelo das Feiticeiras”, Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 14.a. Ed., 2000.

¹⁷ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro, “Direito Penal Brasileiro – I”, Rio de Janeiro, Revan, 2003, pp. 510 e seguintes. Hoje, o saber jurídico-penal convenientemente se esquece deste primeiro discurso legitimador do poder punitivo.

¹⁸ ZAFFARONI, E. Raúl, mimeo, 2000.

excomungado, completamente louca à sua maneira”.¹⁹ O benefício significava a exclusão, vale dizer, se não fazia parte da ordem, da família cristã, a salvação seria o próprio extermínio desta categoria de pessoas “não-crentes”. A perfeita tradução desta lógica está no slogan da ditadura militar brasileira: “Ame-o ou deixe-o”, isto é, ame seu censor ou o eliminamos. Hoje, esta exclusão do “não-crente” se transformou na exclusão dos imigrantes, dos diferentes, daqueles que violariam as leis, sem, ou por causa disto, fazerem parte da sociedade. Da exclusão pura e simples à auto-exclusão por violação do Direito, a “solução” é a mesma: Direito penal para estas “não-pessoas”. Como diz Legendre “não há escapatória”.

“Mesmo o Cristo reinando, há indivíduos que se acham fora desses vínculos: são os que não fazem parte da comunidade dos crentes, os que não amam o Cristo e que não são amados por eles. É por isso que uma religião, mesmo que ela se qualifique de religião do amor, deve ser severa e tratar sem amor todos aqueles que não pertencem a ela (...)”.²⁰ (grifos nossos)

O primeiro grande discurso criminológico, e etiológico, nasce assim na Inquisição cuja estrutura discursiva sobre o mal e sua punição foi, e ainda continua sendo, extremamente sofisticada, moderna e bem montada. “A Inquisição foi a primeira agência burocratizada dominante destinada à aplicação de castigos e à definição de verdades, e por isso a primeira a formular um discurso de tipo criminológico”.²¹ Trabalhando a origem do mal, o combate a este mal, a ameaça do mal cósmico, o medo e daí a necessidade de eliminação deste mal, a Inquisição engendrará uma maquinaria de controle social na qual o mal poderá ser personificado por qualquer categoria que fosse interessante controlar. O poder dominante de então identificou esse mal cósmico com as bruxas, os hereges, os cátaros, os judeus, o islã (até hoje), como atualmente aponta seu dedo exterminador contra os pobres, os criminosos, os traficantes, os funkeiros, os sem terra e sem teto, os imigrantes “ilegais”,²² enfim os excluídos da nova ordem capitalista mundial que para sobreviver precisa expurgar “a sobra”. Ademais, com o processo atual de expansão do poder punitivo em escala geométrica, as teias da

¹⁹ LEGENDRE, Pierre, “O Amor do Censor – ensaio sobre a orden dogmática”, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1983, p. 146.

²⁰ *Idem*, p. 28.

²¹ ANITUA, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, 2008, p. 54.

²² Como se pessoas pudessem ser ilegais apenas por “serem”.

punição atingem também, embora em muito menor escala, pessoas das camadas outrora imunizadas²³, sendo que os discursos do que Maria Lucia Karam apelidou de “esquerda punitiva”²⁴ apregoam aos quatro cantos a “necessidade” de combater a impunidade, legitimando e reforçando desta forma a expansão do poder penal que recai com muito mais força sobre os mais pobres²⁵ e os excluídos da nova ordem planetária.

Como disse Louis Sala-Molins na inspirada introdução à sua tradução do Manual de Eymerich, a inquisição “sobrevive, no indicativo presente”, e “quando o público reclama de novo os rigores do fogo” - o que, nas sociedades contemporâneas, é quase sempre fruto induzido de campanhas na mídia - basta “modificar um parágrafo para (a inquisição) estender legitimamente sua jurisdição sobre o novo tipo de “combustível””.²⁶ E assim todos os discursos sobre crime, criminoso, criminalidade vão sendo reeditados e podemos percebê-los nas diferentes decisões judiciais que ora selecionamos, muitas vezes amalgamados entre si, outras vezes envernizados em discursos garantistas, mas que no fundo apenas mantêm a idéia de que deve-se punir, talvez mais brandamente, mas com eficiência.

Esta brevíssima recuperação histórica acima empreendida tem como intuito demonstrar que, se o esforço racionalizante da Ideologia da Defesa Social só virá efetivamente com o século das Luzes – Razão e Humanismo, podemos identificar, já nos discursos da Inquisição, a idéia de uma ordem a ser preservada, uma comunidade a ser salva e da idéia da existência de perigos à espreita devendo o poder instituído prevenir e restaurar esta ordem.

Jean Pradel²⁷ escrevendo sobre o aporte realizado pelos pensadores cristãos nas teorias penais dirá que Tomás de Aquino²⁸ foi o de maior influência,

²³ A prisão de uma pessoa da chamada elite, classe média alta ou mesmo da classe média, traz um efeito simbólico de crença no sistema penal e na sua funcionalidade, aparentando neutralidade - princípio da igualdade do sistema penal-, reproduzindo e reafirmando o discurso punitivo que recairá com mais peso sobre as classes mais vulneráveis.

²⁴ Neste sentido ver KARAM, Maria Lucia, “A Esquerda Punitiva”, in “Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade”, Vol. 1, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1996.

²⁵ Neste sentido ver WACQUANT, Loïc, “Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos”, (A Onda Punitiva), 3.a. d. revista e ampliada, Rio de Janeiro, Revan e ICC, 2007.

²⁶ BATISTA, Nilo, *op. cit.*, 2000, p. 239.

²⁷ PRADEL, Jean, “Histoire des Doctrines Pénales, Paris, Presses Universitaires de France, 2ª ed. , 1991.

²⁸ “Sa fameuse *Somme théologique*, écrite entre 1266 et 1274, fut une véritable “source du droit pénal” (M. Villey) dont l’écho se retrouvera jusqu’au XVIII ème siècle finissant, chez Jousse et

sendo retomado posteriormente por vários outros autores, sobretudo os espanhóis do século XVI, como Molina, Lugo, Castro, Vitoria. Para São Tomás, na linha do pensamento católico, ao incorrer em erro, o pecador se torna devedor (*reus*) de uma pena, e, como o delito e o pecado se confundem, todo delito leva à atribuição de uma pena retributiva, infligida pela justiça terrena. “Il y a ainsi coïncidence entre responsabilité morale (dérivant du péché) et responsabilité pénale (dérivant du délit), (...)”.²⁹ Pradel escreve que o pensamento tomista, retomado pelos seus sucessores ibéricos, traz dois argumentos racionais acerca do direito penal e da pena retributiva como instrumento de manutenção da ordem, legando-nos a idéia do direito penal, entenda-se do sistema penal como um todo (processo penal, polícia, sistema penitenciário), como instrumento primeiro de defesa social, resolução de conflitos, contenção e controle social.

“De façon générale, tous ces auteurs ne doutent pas un instant de la légitimité de la justice pénale. (...). D’abord, sans peine rétributive, la société cesserait d’être protégée car “si la société ne pouvait se défendre contre les criminels au moyen d’un châtement, voire la mort du coupable quand il est nécessaire d’en venir à cette extrémité, elle serait absolument détruite par ces criminels” (Dissertation sur la justice et le droit, I, X, sect. 2, num. 58); Saint Thomas l’avait déjà dit de façon voisine. Ensuite, la peine rétributive seule permet à la société d’assurer sa fonction de conservation de l’ordre juridique, des valeurs sociales. Castro rappelle que la peine est restauration de l’ordre perturbé et qu’elle doit être proportionnée à la gravité du délit.

*Comme chez saint Thomas, on retrouve chez ces auteurs trois rapprochements: entre péché et délit, entre Dieu et prince (qui est son délégué), entre pénitence et peine, ce troisième rapprochement étant net chez Castro (Du pouvoir de la loi pénale, 1556)”.*³⁰

Muyart de Vouglans par exemple”. *Idem*, p. 13. Tradução livre: “Sua famosa *Suma teológica*, escrita entre 1266 e 1274, foi uma verdadeira “fonte do direito penal” (M. Villey) cujo eco se encontrará até o final de século XVIII, com Jousse e Muyart de Vouglans, por exemplo”. PRADEL, Jean, *op. cit.*, p. 13. Posteriormente, Francesco Carrara, em meados do século XIX, irá estruturar seu pensamento acerca da ciência penal sob o viés católico tomista.

²⁹ *Idem*, p. 14. Tradução livre: “Haverá assim coincidência entre responsabilidade moral (que deriva do pecado) e responsabilidade penal (que deriva do delito), (...)”. Pradel ainda chama atenção para o fato de que em São Tomás de Aquino, os pecados trazem a nomenclatura dos delitos romanos: *furtum, seditio, rixa, homicidium*, por exemplo. p. 14.

³⁰ *Idem*, p. 15. Tradução livre: “De um modo geral, todos esses autores não duvidam da legitimidade da justiça penal. (...). Primeiramente, sem a pena retributiva, a sociedade cessaria de estar protegida pois “se a sociedade não pudesse se defender dos criminosos através do castigo, a exemplo da morte do culpado quando for necessário se chegar a este extremo, ela seria completamente destruída por estes criminosos” (*Dissertação sobre a justiça e o direito*, I, X, s. 2, n.º 58); São Tomás já o havia dito de forma semelhante. Em seguida, só a pena retributiva permite à sociedade de assegurar sua função de conservação da ordem jurídica, dos valores sociais. Castro lembra que a pena é restauração da ordem perturbada e que deve ser proporcional ao delito. Como em São Tomás, encontra-se nesses autores três aproximações: entre pecado e delito, entre Deus e príncipe (que é seu representante), entre penitência e pena, sendo essa terceira muito clara em Castro (*Do poder da lei penal*, 1556)”.

Da filosofia tomista serão herdadas as idéias de hierarquia e de ordem única as quais os homens devem se submeter, não sendo permitida a existência de diversas correntes ou diferentes autoridades. Tais conceitos irão levar à legitimação do absolutismo, com Tomás de Aquino entendendo que as cidades e províncias não governadas por um único senhor serão tomadas pelas diferentes facções não alcançando a paz e a concórdia necessária para do desenvolvimento e prosperidade destas.³¹ Ainda em sua *Suma Teológica*, no desdobramento de sua tese de que todo o governante deve estar acima da comunidade por ele governada, salienta Tomás de Aquino que é lícito aos governantes “matar malfeitores”, desde que o soberano exerça autoridade pública³².

Zaffaroni identifica diferentes movimentos na consolidação da forma inquisitorial, como por exemplo, quando do estabelecimento da verdade processual pela *inquisitio*, ou “investigação por intermédio do soberano”, que acabou prevalecendo como método de procura da verdade³³ sobre o da “luta”. Um segundo movimento, e é esse que nos interessa no presente trabalho, que perdura até hoje nos sistemas processuais penais, foi o que Zaffaroni chamou de “confisco da vítima”: “Deus é seqüestrado”.

Mais tarde, com a laicização do poder punitivo canônico, o soberano no Estado Absoluto descobrirá ser interessante para o exercício do poder usurpar a posição da vítima e assumir então o monopólio do saber, conseqüentemente, do poder punitivo. A vítima torna-se um “dado” a mais no conflito que, supondo-se a existência neste de duas partes, deixa de ter solução interpartes, para receber uma, hierarquizada e autoritária, que partirá do senhor. O processo penal passa a ser um ato do poder. Neste movimento, em que a vítima some e o Estado assume seu lugar, os indivíduos não resolverão mais seus litígios, mas terão que se submeter

³¹ TIGAR, Michael e LEVY, Madeleine, “O Direito e a Ascensão do Capitalismo”, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978, p. 86.

³² “Por volta de 1270 encontramos não um ato legislativo, mas sim uma opinião doutrinal cuja autoridade obteria um reconhecimento tão unânime, e uma tão reiterada invocação, que não pode ficar sem registro. Tomás de Aquino, o mais respeitado teólogo da igreja, pensa que a excomunhão não é suficiente para o herético, cabendo “exterminá-lo do mundo pela morte”. Para o doutor angélico, se o moedeiro falso, que apenas afeta a vida temporal, está sujeito à pena de morte, com muito mais razão o herege, que falsifica a fé, deve ser morto tão logo condenado (*Summa Theologica*, II, 2.º., P, q. XI, 3)”. BATISTA, Nilo, *op.cit.*, 2000, p. 248.

³³ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, 2003, p. 497.

“a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político”.

34

“A partir de esta confiscación: a) El proceso penal (o juicio) dejó de ser un procedimiento para resolver um conflicto entre las partes y se convirtió em el acto de poder de um delegado del señor o soberano. Desde que uma de las partes – la víctima – salió del processo, la sentencia no atiende a su interés, sino al interés del poder. (...)”³⁵

O confisco da vítima, que perdura no processo penal atual, não vem sozinho, acompanha-o uma “abstração” do réu³⁶, sendo que na realidade este é considerado objeto de interrogação, uma interrogação cujo intuito era, e é, “saber para poder”.³⁷ O método da *inquisitio*, que paulatinamente sairá do processo penal para o modelo técnico-científico, implica numa relação de hierarquia na qual aquele que pergunta, o “inquisidor”, se colocará sempre em um plano superior ao do objeto interrogado. Se o inquisidor interroga de um plano superior, sendo sua interrogação, a procura de um conhecimento para dominar, as perguntas são, desde o início, direcionadas para este fim, - saber para poder -, e quando o objeto responde, o sujeito inquisidor só estará preparado para escutar aquilo que ele necessita, ou acredita necessário, para dominar.³⁸ A *inquisitio* terá assim como característica o confisco da vítima, a desqualificação do réu, o interrogatório violento cuja violência está implícita no método, nem sempre sendo física, o exercício do poder de forma hierarquizada e dominadora, tendo como produto estrutural, a discriminação³⁹. Em última análise, essa estruturação do poder punitivo significa o confisco do conflito.

Essa abstração do réu é, até hoje, uma das características de nosso processo penal gerando distorções em vários aspectos. No que toca as decisões criminais ora estudadas⁴⁰, podemos perceber, por exemplo, que o acusado, além

³⁴ FOUCAULT, Michel, “A Verdade e as Formas Jurídicas”, Rio de Janeiro, Nau Editora, 1999, p. 65.

³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl, mimeo, 2000.

³⁶ Neste sentido ver BATISTA, Nilo, *op. cit.*, 2000.

³⁷ ZAFFARONI, E. Raúl, mimeo. Ainda hoje, é muito comum, o julgador tomar a palavra do réu com verdadeira naquilo que o incrimina, para em seguida desconsiderar, no âmbito da mesma fala, as informações que o inocentem.

³⁸ *Idem.* Também ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, 2000.

³⁹ ZAFFARONI, E. Raúl, mimeo, 2000.

⁴⁰ Aqui nos referimos genericamente a todas, sejam elas em sede de recursos (Apelação, Recurso em Sentido Estrito) sejam em sede de *Habeas Corpus*.

de ser um ente quase mítico⁴¹ para seus julgadores no segundo grau de jurisdição, e que jamais terá qualquer contato físico com estes, não passará,- aliás de forma inconstitucional já que estamos ao menos formalmente em sede de sistema acusatório -, de mero “objeto” do processo. As decisões paradigmas informam ainda que a gravidade, em muitos casos, abstrata, diga-se de passagem, do delito seria suficiente para demonstrar a periculosidade autorizadora de segregação cautelar⁴² ou de maior pena e/ou regime fechado quando da confirmação da condenação, tudo em nome da sociedade.

O poder punitivo da inquisição é o poder típico da fase mercantilista do capitalismo quando de sua expansão a nível planetário com o colonialismo do século XV. Os processos de abstração do réu, confisco da vítima, os discursos da paz social, manutenção da ordem pública, permanecerão nas práticas jurídicas e sociais, mesmo quando da ruptura realizada com o Iluminismo. “O princípio da legalidade penal e o acusatório processual constituíram uma limitação liberal à *inquisitio*, mas de modo algum a substituíram”.⁴³

⁴¹ Mítico no sentido de ser apenas uma representação de fatos ou personagens que não guardam relação com a realidade por esta ser transformada pela imaginação, ideologia, imaginário social, ou seja, o acusado e/ou os fatos do processo não passam de mera imagem simplificada, não raro ilusória, no mínimo distorcida. No presente caso, o que se depreende das decisões judiciais examinadas é um sentimento, e aqui estamos no âmbito das afetividades e desejos, por parte dos julgadores acerca da “periculosidade” do indivíduo – que eles sequer viram fisicamente, uma vez que em sede de segundo grau, o réu não é chamado para a sessão de julgamento, embora não haja óbice legal para tal.

⁴² A título de exemplo, transcrevemos a ementa de uma delas: “2007.059.07801 - HABEAS CORPUS - 1ª Ementa - Julgamento: 18/12/2007 - SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - *Habeas Corpus* requerido por nobres Advogado e Estagiário em prol de cidadão, preso em flagrante, no escopo da obtenção de liberdade provisória. Parecer ministerial no desabono. Razão manifesta. Custódia flagrancial resultante de o paciente, juntamente com outro indivíduo maior, e outro menor inimputável, ter, em meados de novembro deste ano, subtraído bolsa de uma mulher, contendo objetos dela e de outra, através de ameaça com emprego de arma de fogo. Delito de gravidade, impondo-se, por ora, o continuar do encarceramento, a bem da ordem pública e como garantia da instrução criminal. Severidade que impende, ante o crescimento de tal atividade criminosa, aterrorizando cada vez mais o povo carioca e fluminense como um todo. Excesso de prazo, inexistente, por contrário, rapidez na tramitação do feito. Falta de nomeação de curador na fase policial, em sendo o paciente maior de 18 e menor de 21 anos, que se constitui em irregularidade, mas de conteúdo relativo, podendo e devendo ser sanada por defesa eficaz; isso, agregado à circunstância de o procedimento na polícia apenas servir à colheita de indícios como base de uma denúncia. Interrogatório realizado na semana passada, ao que tudo indica. Ausência de constrangimento em violação de lei ou da Constituição. Ordem que se denega”. A fundamentação para continuidade da segregação cautelar está ancorada no discurso do pseudo aumento da criminalidade e da difusão do pânico social (“... crescimento de tal atividade criminosa, aterrorizando cada vez mais o povo carioca e fluminense como um todo.”) e não em elementos concretos daquele fato em questão.

⁴³ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, 2000, p. 498.

“Quando o conflito deixou de ser lesão contra a vítima e passou a significar delito contra o soberano, isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como *inimizade* para com o soberano. A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não procurava sua reparação, mas sim neutralização do inimigo do monarca.”⁴⁴

A inquisição durante muito tempo será a única agência de controle social realizando o que Zaffaroni chamou de “administração da morte”. Os primeiros inquisidores eram juízes e polícia, juristas e legisladores além de julgarem-se teólogos e filósofos. “En rigor, los inquisidores eran quienes operaban una gran agencia punitiva que decidía la vida ou la muerte de las personas, y que acumulaba las funciones que luego se repartirían entre muchas agencias”.⁴⁵ Essa agência única irá ao longo do tempo se dividindo nas demais agências especializadas que passarão a fazer parte do sistema penal e exercerão o poder de controle social, vale dizer judiciário, polícia, sistema penitenciário e demais agências de exercício do poder político.

Ao invés de virar peça em um hipotético museu de discursos criminológicos, temos ainda hoje a sobrevivência do discurso inquisitorial amalgamado a outros tantos discursos criminológicos⁴⁶, dentre eles o da Defesa Social, realizando essa tarefa de administrar os medos, canalizando-os para a questão criminal, - medo da violência, medo da criminalidade, medo da bala perdida, medo das drogas, do traficante, medo do grande mal cósmico, medo de viver -, e com total e irrestrito patrocínio da mídia, quando na realidade a sensação de insegurança e medo difusos é decorrente da atual época em que as redes de segurança social se desintegram (desmantelamento da saúde e educação públicas, da previdência social, desemprego em massa...) nas regiões onde uma vez já existiram, ou então, sequer serão estabelecidos quando se tratar das áreas periféricas.

A percepção distorcida das questões da violência e da criminalidade gera um efeito devastador sobre efetivas políticas democráticas no campo do direito penal e processual penal, com o retorno, ou seria permanência, dos discursos do inimigo, de necessidade de defender a sociedade contra o mal, das técnicas de

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ ZAFFARONI, E. Raúl, mimeo, 2000.

⁴⁶ “Ni siquiera la edad media há terminado en la criminología y su discurso continúa tan vigente como nunca, sólo que es necesario conocer los verdaderos trancos discursivos y no dejarse impresionar por el cambio tonalidad del follaje”. *Idem*.

neutralização daqueles considerados como os “demônios”, os ‘monstros”, em última instância os “inimigos” da atualidade. O “estado de inimizade” em relação ao monarca irá se amalgamar aos discursos da defesa social dos séculos seguintes que, com as novas configurações do capitalismo, transformará a pena de neutralização pela morte, em tempo de prisão, medicalização, até voltarmos às novas/velhas neutralizações dos perigosos de hoje, típicas do poder punitivo do capitalismo tardio. O velho discurso do caos e da destruição iminente travestido em novas e tecnológicas roupagens.

1.2

Iluminismo e Direito Penal: o Direito em Defesa da Sociedade

Se o confisco do conflito e a “administração da morte” foram marcas do poder punitivo inquisitorial do mercantilismo, na passagem da deste para o industrialismo, teremos uma mudança de perspectiva, e conseqüentemente da prática penal⁴⁷, com as novas burocracias sustentando o que Zaffaroni apelidou de “estado que administra a vida”.⁴⁸ Essa distinção é importante para compreendermos o que hoje significa o biopoder⁴⁹, o fenômeno que trará as características biológicas fundamentais da espécie humana para dentro da política numa estratégia geral de poder. “Em outras palavras, como a sociedade, as sociedades ocidentais modernas, a partir do século XVIII, voltaram a levar em conta o fato biológico fundamental de que o ser humano constitui uma espécie humana”.⁵⁰

A idéia do Estado como “administrador da morte”, muda paulatinamente para do Estado “administrador da vida”. Foucault registra que esta mudança ocorre no século XVIII, passando então de um direito “de fazer morrer ou de deixar viver” para o de “fazer viver e deixar morrer”.⁵¹ Este novo poder que se instala corresponde ao fato do Estado passar a ocupar-se preferentemente pela

⁴⁷ Para melhor compreensão da articulação entre o desenvolvimento do capitalismo e sistema penal ver RUSCHE, George e KIRCHMEIER, Otto, “Pena y Estructura Social”, Bogotá, Editoria Temis Libreria, 1984.

⁴⁸ ZAFFARONI, E. Raúl, mimeo, 2000.

⁴⁹ Especificamente sobre biopoder ver o capítulo 2 do presente trabalho.

⁵⁰ FOUCAULT, Michel, “Segurança, Território, População”, São Paulo, Martins Fontes, 2008, Coleção Tópicos, p. 3.

⁵¹ *Idem*, “Em defesa da Sociedade”, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p.287

vida de seus súditos, não de cada indivíduo particularmente, mas sim do novo sujeito coletivo constituído pela totalidade dos sujeitos como um sujeito público. Esse novo sujeito é aquele que surge do contrato social no qual cada um abrirá mão de uma parcela de sua liberdade para o estabelecimento de uma lei comum a que todos estarão submetidos. Embora com fundamentos completamente diferentes, podendo inclusive seus pensamentos políticos serem confrontados, tanto Hobbes quanto Locke pensam em um Estado garantidor da ordem e da paz social.

Hobbes centra sua teoria política na necessidade de segurança que a ausência de um poder forte que inspire medo destrói. O direito de natureza do homem seria a liberdade que ele possui de usar seu próprio poder para conservar sua vida, estendendo-se tal direito sobre o corpo do outro. “Nesse contexto, não há segurança, daí a impossibilidade do desenvolvimento de indústrias, agricultura, ciências, novas técnicas: no clima de insegurança reinante, não há possibilidade de desenvolvimento”.⁵² A competição e a desconfiança entre os homens seriam as causas para a inevitável guerra de ‘todos contra todos’. A única forma, para Hobbes, de pôr fim a este estado de guerra permanente através de um pacto entre os indivíduos que seriam assim ao mesmo tempo criadores e beneficiários da ordem social. Note-se que mediante ao contrato social hobbesiano os homens entregam todo poder ao soberano, que não faz parte do pacto, pois somente um poder único e suficientemente forte seria capaz de conter as paixões e desejos individuais, sendo apenas os súditos os contratantes.

“Significa muito mais do que Consentimento, ou Concórdia, pois é uma Unidade real de todos, numa só e mesma Pessoa, através de um Pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse a cada homem: *Autorizo e desisto do Direito de Governar a mim mesmo a este Homem, ou a esta Assembléia de homens, com a condição de que desistas também de teu direito, Autorizando, da mesma forma, todas as suas ações.* Dessa forma, a Multidão assim unida numa só Pessoa passa a chamar-se *Estado*, em latim CIVITAS. Esta geração do grande Leviatã, ou antes (...) daquele *Deus Mortal*, a quem devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa. Em virtude da Autoridade que cada indivíduo dá ao Estado, de usar todo o Poder e Força, pelo temor que inspira é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a Paz em seu próprio país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros”.⁵³

⁵² SULOCCI, Victoria-Amália de B. C. G. de, “Segurança Pública e Democracia – Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de segurança”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 15.

⁵³ HOBBS, Thomas, “Leviatã – ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil”, São Paulo, Ícone Editora, 2000, p. 62.

A soberania absoluta repousa no contrato que, para garantir a paz civil, deve necessariamente ser todo-poderoso, monopolizando a força com a qual se torna o fiador da vida, da paz e da segurança dos súditos. O poder do governante tem que ser ilimitado, e por isto não se submete a qualquer obrigação, pois em o fazendo perderia sua força. A resistência ao soberano não será admitida, pois é vista como a reintrodução do *bellum omnium contra omnes*. “Quem resiste ao poder do soberano não é apenado, mas sim submetido à contenção forçada, porque não se trata de um *delinqüente*, mas antes de um *inimigo* que, com sua resistência, reintroduz a guerra.”⁵⁴ Para Hobbes, o autor de um delito, mesmo grave, não é um inimigo, mas quem resiste ao soberano o é, “porque se torna *estranho* ou *estrangeiro* ao sair do contrato com seu próprio ato de resistência”.⁵⁵ Veremos que Günther Jakobs ao articular sua teoria da possibilidade de um Direito Penal do Inimigo resvala neste mesmo sentido, admitindo que aquele que não quer se submeter à ordem vigente na sociedade deve ser tratado como uma não-pessoa. Jakobs, no entanto, tece tal idéia imaginando assim conter o poder punitivo.⁵⁶

Ao contrato social hobbesiano se oporá o pacto social liberal formulado por Locke que entende ser a sociedade civil anterior ao Estado. A idéia de um Estado que protegesse a liberdade do indivíduo, e a propriedade privada, persiste em Locke, mas com outra configuração, já que, para este pensador, a sociedade civil constituída decide pelo contrato, mas cede apenas uma parcela de seus direitos, a parcela necessária para que o Estado conserve os direitos agora do cidadão e não mais do súdito⁵⁷. Neste contexto, o Estado irá garantir, com mínima intervenção, a segurança e a proteção aos direitos das pessoas, preservando a ordem estabelecida, “configurando-se o não-intervencionismo estatal nas esferas econômica e social, já que estas estão no âmbito das relações

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “O Inimigo no Direito Penal”, Rio de Janeiro, Revan e ICC, 2007, p. 125.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Para maior aprofundamento das teses de Günther Jakobs sobre o Direito Penal do Inimigo ver o capítulo 2 no qual tratamos deste último e suas conexões com a Ideologia da Defesa Social.

⁵⁷ “Deve-se entender, portanto, que todos aqueles que abandonam o estado de natureza para se unirem a uma *comunidade* abdicam, em favor da *maioria* da comunidade, a todo o poder necessário aos fins pelos quais eles se uniram à sociedade, a menos que tenham concordado em qualquer número superior à maioria. E isso ocorre simplesmente pela concordância em *unir-se em uma sociedade política, em que consiste todo pacto existente*, ou que deve existir, entre os indivíduos que ingressam num *corpo político* ou o formam.” LOCKE, John, “Dois Tratados Sobre o Governo – livro II - Segundo Tratado sobre o Governo”, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 471/472.

privadas”.⁵⁸ O objetivo maior deste contrato social também é garantir a segurança, mas sob outras bases teóricas, uma vez que o governante estará também sujeito ao pacto, participa deste com os outros indivíduos. Não é outra a idéia de Locke quando escreve que “não é sem razão que procura (o homem) de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que já estão unidos, ou pretendem unir-se, para a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamam de propriedade”.⁵⁹ Embora na esteira do contrato social de Locke surja o legítimo direito à resistência ao governante caso este não se submeta ao pacto ou desrespeite os direitos do cidadão, em contraposição às idéias de Hobbes, é preciso entender que o poder coercitivo continua sendo monopólio do Estado, limitado é bem verdade, supostamente para garantia dos cidadãos.

Todo este processo não está descolado da ascensão da burguesia ao poder político, quando este último se separa do poder econômico, nas mãos da classe burguesa, mas apenas aparentemente, pois que é “função do Estado garantir a relação de dominação econômica de uma classe sobre a outra, já que a propriedade privada é alçada à posição de direito natural, portanto passível de máxima proteção do Estado”⁶⁰. A tradução fática desta abstração jurídica é que a força de todos protegerá os bens de poucos. Se pelo lado jurídico formal, todos são livres e iguais perante a lei, a exclusão se revela uma prática, com grande parcela da população expulsa do campo⁶¹ e outra considerada como “desocupada”, todas percebidas como ameaça à segurança e à ordem da sociedade “na qual a divisão de trabalho capitalista já se instalou”.⁶²

“O Direito moderno liberal-individualista se assenta numa abstração que oculta as condições sociais concretas. Tem a pretensão de ser um Direito igual, supondo a igualdade dos homens sem tomar em conta os condicionamentos sociais concretos, produzindo uma lei abstrata, geral e impessoal.
(...)Certamente que tais *princípios de abstração, generalidade e impessoalidade* têm no modelo liberal-individualista um significado ideológico, o de ocultar a

⁵⁸ SULOCCI, Victoria-Amália de B. C. G., *op. cit.*, 2007, p. 21.

⁵⁹ LOCKE, John, “Segundo Tratado sobre o Governo”, *apud* Weffort, Francisco C. (organizador), *Os Clássicos da Política*, V. 1, 4.a. edição, São Paulo, Editora Ática, 1993, p. 86.

⁶⁰ SULOCCI, Victoria-Amália de B. C. G., *op. cit.*, 2007, p. 23.

⁶¹ As terras passaram às mãos da burguesia. Hospitais e outras instituições foram substituídos por prisões e casas de correção, estas destinadas a estimular camponeses, expulsos da terra, a ingressar na força de trabalho como assalariados”. TIGAR, Michael e LEVY, Madeleine, *op. cit.*, p. 206.

⁶² SULOCCI, Victoria-Amália de B. C. G., *op. cit.*, 2007, p. 23.

desigualdade real dos agentes econômicos, para desse modo se conseguir a aparência de uma igualdade formal, a igualdade perante a lei.”⁶³

Fundamental perceber que a liberdade e a igualdade então pregadas guardam duas características que terão influência sobre a forma dos penalistas clássicos entenderem o crime e o criminoso: “são puramente jurídicas e implicam somente numa abstenção do Estado”.⁶⁴ Como veremos a seguir, em razão desta concepção, o crime será um ente jurídico abstratamente previsto, sendo o criminoso um cidadão igual aos outros que com seu livre arbítrio irá quebrar o pacto e, conseqüentemente, será punido proporcionalmente ao seu ato através da atuação neutra do Estado que tem como objetivo proteger o interesse geral, traduzido em ordem e segurança públicas. A Ideologia da Defesa Social retrata bem esta visão, sobretudo no tocante aos seus princípios de legitimidade do Estado para punir o criminoso, de igualdade com a máxima de que ‘todos são iguais perante a lei’, além do princípio do interesse geral que traz o entendimento do delito como ofensas a valores fundamentais da sociedade.⁶⁵

Ao capitalismo industrial corresponderá uma nova forma de poder punitivo, limitadores - é bem verdade - deste próprio poder, mas que responde às novas necessidades de exploração, sendo que “seu principal objetivo não é matar, mas domesticar para explorar”.⁶⁶ A demanda, portanto, será de humanização das penas, certeza, previsibilidade das regras do jogo, racionalidade e proporcionalidade, tudo de acordo com os princípios da Razão Humana e, é claro, da necessidades econômicas que ora se impunham. Neste contexto, o discurso da Ideologia da Defesa Social e seus princípios de legitimidade, culpabilidade, finalidade, interesse social, dentre outros, será o novo fundamento da punição na sociedade do contrato social. Tal discurso, veiculado a partir da Escola Liberal Clássica de Direito Penal⁶⁷, permanecerá, com outros fundamentos, no

⁶³ WOLKMER, Antonio Carlos, “História do Direito no Brasil”, 2.a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 25 e 27.

⁶⁴ RAMOS, Paulo Roberto B., “Discurso Jurídico e Prática Política”, Florianópolis, Editora Obra Jurídica, 1997, p. 95.

⁶⁵ Neste sentido ver BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p. 42.

⁶⁶ ZAFFARONI, E. R., BATISTA, Nilo, ..., *op. cit.*, 2003, p. 395.

⁶⁷ Vera Regina Pereira de Andrade demonstra que, embora o que se convencionou chamar de Escola Clássica não tenha uma uniformidade em relação aos autores que possam ser nela incluídos ao longo dos quase cem anos de sua abrangência, muito menos em torno das concepções nela gestadas, existe uma unidade ideológica e metodológica com fundamento jurídico liberal de caráter humanista e seu método racionalista. A expressão “Escola Clássica” foi cunhada por Enrico Ferri, já no final do século XIX, ao se referir aos autores iluministas. ANDRADE, Vera

Positivismo do século XIX e, desde então, terá lugar no panteão dos fundamentos das políticas criminais, na atividade legislativa e nas decisões judiciais, ganhando ao longo deste tempo diversos coloridos, mas no fundo garantindo que o poder punitivo e o sistema penal sempre tenham, dentre outros discursos, em que se fundamentar.

As primeiras idéias acerca do crime, do criminoso e da criminalidade são desenvolvidas no âmbito da filosofia política liberal clássica a partir do século XVIII adentrando pela primeira metade do século XIX. Surge desde logo como uma programação limitadora do poder punitivo, acompanhada de idéias racionalistas e humanistas como reação, sobretudo, ao arbítrio dos soberanos absolutos.

A obra “Dos Delitos e das Penas”⁶⁸, publicada anonimamente em 1764, é a mais famosa representante desta primeira fase das idéias penais iluministas, combinando o empirismo inglês com o racionalismo francês.

“Sua obra consiste numa das primeiras exposições globais e articuladas do direito penal, do direito processual penal e da criminologia, orientando-se pelos conhecimentos de filosofia política, mais aplicando-os sempre a esta matéria com uma análise evidentemente jurídica.”⁶⁹

Na esteira dos pensamentos iluministas baseados no contrato social virão as idéias de um novo direito penal e processual penal no qual o conceito de vingança não mais se justifica, mas sim o de utilidade visando a prevenção, sem descartar, no entanto, o retributivismo, desta vez, baseado na proporcionalidade. A pena por excelência será a de prisão.

A Escola Liberal Clássica não tinha o conceito do delinqüente como sendo um sujeito diferente dos demais, mas entendia o infrator como um indivíduo que, com seu livre arbítrio, violava o direito inscrito no pacto social e conseqüentemente deveria sofrer uma pena, proporcional ao fato. “O direito penal e a pena era considerados pela escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinqüente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento

Regina Pereira de, “A Ilusão de Segurança Jurídica – Do controle da violência à violência do controle penal”, 2.a. Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pp. 45/48.

⁶⁸ BECCARIA, Cesare, “Dos Delitos e das Penas”, 4ª. Ed., tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo, editora Revistas dos Tribunais, 2009.

⁶⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, 208, p.160.

legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime.”⁷⁰

Os crimes, as penas e os limites da aplicação da sanção penal estavam circunscritos pelo princípio da legalidade e tinham como fundamento a necessidade ou utilidade da pena. As idéias da Escola Liberal Clássica se constituíram como um contradiscurso ao da *inquisitio*.

Se o criminoso era um cidadão comum que com sua conduta quebrava o pacto social, a que todos estavam submetidos, o crime era considerado pelos penalistas de então como um ente jurídico abstrato, uma vez que se constituía em violação de um direito. A base da justiça humana era a da utilidade comum, emergente da necessidade de manter os interesses privados unidos em torno do contrato social, base da autoridade do estado e das leis. A função do contrato social também era de impor o limite lógico de todo sacrifício da liberdade individual face ao Estado e seu poder punitivo. Daí que qualquer sacrifício só era admitido se houvesse absoluta necessidade. Esta necessidade surgiria, ainda com base na idéia de contrato social, quando a conduta de um indivíduo causasse um dano à sociedade, violando assim o próprio pacto. “O dano social e a defesa social constituem, assim, neste sistema, o elementos fundamentais, respectivamente, da teoria do delito e da teoria da pena”.⁷¹

“Toda pena, que não derive da absoluta necessidade diz o grande Montesquieu é tirânico, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares.”⁷²

Não se trata mais de uma proteção contra os crimes de *lesa majestade* no qual o delito é praticado contra o soberano que marcará o corpo do condenado através do suplício. Nesta nova ordem, o contrato social cria um ente abstrato – a sociedade – regulada pelo direito oriundo deste próprio pacto social que se defenderá a qualquer sinal de ameaça à ordem assim estabelecida. O conceito de defesa social embutido neste pensamento ganhará especial importância, mantida até hoje, pois seria a expressão dos progressos realizados pelo direito penal

⁷⁰ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p.31.

⁷¹ *Idem*, p. 34.

⁷² BECCARIA, Cesare, *op. cit.*, p. 32.

moderno, tendo uma função justificante e racionalizante de todo o sistema penal, com grande aceitação, por parte dos operadores jurídicos, sobretudo dos liberais. A Ideologia da Defesa Social continuará assim informando o sistema penal em todas as suas instâncias.

Embora não se tratasse mais diretamente de crimes contra um soberano absoluto, a questão da soberania continua presente nas novas técnicas do direito, não mais uma submissão direta, mas um poder que, legitimado de outra forma que o anterior, se traduzirá em relações de dominação em múltiplas formas no interior da sociedade: “não, portanto o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas; não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que ocorrem e funcionam no interior do corpo social”.⁷³ O poder punitivo se consolidará sob outras bases que não a do suplício, mas sim do aprisionamento, sem, no entanto, perder sua característica de dominação, agora exercida em rede. Neste sentido, o indivíduo constituído pelo contrato social liberal não está submetido ao poder, mas perpassado por este, ou seja, “o indivíduo não é o outro do poder: é um de seus primeiros efeitos”.⁷⁴ No entanto, em se tratando das práticas penais do mundo periférico colonizado, continuaremos a ter a violência e a marca do terror exercida nos corpos dos escravos, em uma trágica superposição de poderes na qual o poder punitivo se manifestava ao mesmo tempo como público e privado.

“Pero, así como la acumulación originaria - que señala el acto de nacimiento de la sociedad capitalista - sigue reproduciéndose con la misma violencia primitiva que el derecho nunca ha logrado «domar», así el crimen lesae majestatis - núcleo originario del derecho penal moderno - ha seguido utilizando permanentemente la majestad de la violencia, no solamente en las áreas periféricas y dependientes de nuestra formación económico-social, sino también dentro de las áreas centrales. Piensese en el primer caso en las prácticas penales que acompañan todas las formas de colonialismo; en la represión punitiva de las resistencias populares en los países coloniales, contemporánea a la afirmación de los sistemas penales liberales en las áreas centrales; en el predominio de las penas extrajudiciales en los sistemas punitivos de los Estados autoritarios en América latina. Para el segundo supuesto, bastara con reflexionar sobre la larga historia de los ilegalismos en las prácticas penales y represivas del Estado moderno. El crimen lesae majestatis sigue limitando y amenazando el régimen legal de los delitos políticos. Este sigue siendo el sector más precario del derecho penal

⁷³ FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, 2000, p. 32.

⁷⁴ FOUCAULT, Michel, “Microfísica do Poder”, 15.a. ed., Rio de Janeiro, Edições Graal, 1999, p. 183.

liberal y el primero en resentirse de las crisis y las involuciones autoritarias que marcan la historia Del moderno Estado de Derecho.”⁷⁵

Com relação ao exercício do poder punitivo, entendemos que o confisco do conflito continuará a pesar sobre o direito processual penal, uma vez que é o Estado, com sua capa de neutralidade, que se substituirá à vítima sob o fundamento de que o crime é uma violação ao direito, portanto revestido de interesse geral, e não apenas um fato litigioso entre dois sujeitos. Este conceito é típico do racionalismo jurídico dos iluministas que constroem a teoria do delito sobre o entendimento do mesmo como “fato juridicamente qualificado, ou seja, como violação do direito”, portanto da esfera da ordem pública. Nos processos penais, o Estado figurará, assim como hoje, na qualidade de detentor do direito de punir, em nome da sociedade. Não era mais o soberano que sofria violação, e respondia com a vingança sobre o corpo físico do infrator, mas o pacto social representado pela ordem jurídica, que por sua vez traduzia os interesses gerais da sociedade, e cuja resposta seria a pena, legalmente estabelecida, proporcional e limitada aos fatos.

Se, por um lado, esse entendimento do delito, amarrado aos princípios de legalidade e igualdade, nos trazem a promessa de um Direito Penal e Processual Penal com função de conter e limitar o exercício do poder punitivo arbitrário, por outro lado o próprio princípio da legalidade proporciona o fundamento ideológico para a legitimação deste poder. A questão da legalidade para os iluministas estava presente na reivindicação de lei escrita como sinônimo de maior clareza e certeza, o que levaria a uma legalidade estrita, uma vez que a mera legalidade não era tão necessária para limitar o arbítrio do poder, até porque já provinha da própria tradição inquisitorial.⁷⁶ “Com efeito, os iluministas não reclamavam qualquer tipo

⁷⁵ Alessandro Baratta nos mostra como o crime de *lesa majestade* nunca deixou de ter suas características presentes até hoje no direito Penal posto que constituinte deste Direito Penal da Modernidade. BARATTA, Alessandro, “Viejas y Nuevas Estratégias en la Legitimación Del Derecho Penal”, in “Prevención y Teoría de la Pena”, RAMIREZ, Juan Bastos (org.), Santiago do Chile, Editorial jurídica ConoSur, 1995, p.80.

⁷⁶“Ainsi, par exemple, le principe de la légalité avait déjà été formulé au XIIe siècle, dans le cadre du droit canonique, (...). L’Église avait repertorié deux catégories de péchés: ceux qui relevaient du “tribunal (forum) interne” et ceux qui devaient être jugés par un “tribunal externe”. Les premiers seraient traités de façon ordinaire par les prêtres comme faisant partie du sacrement de la pénitence, et les autres, appelés “péchés criminels” ou “crimes ecclésiastiques”, vu qu’ils constituaient une transgression de la loi ecclésiastique, ressortirait au juge ecclésiastique. Or, pour bien caractériser ceux-ci, Lombard dirá qu’“Il n’y a pas de péché (au second sens) s’il n’y avait pas de prohibition” par la loi ecclésiastique (*Non enim consisteret peccatum, sine interdictio non*

de legalidade”.⁷⁷O problema colocado então era de justificação deste poder punitivo que, para legitimar-se, tinha que ser limitado através da definição legislativa do que era delito, da descrição da conduta, da existência de lesão a bem jurídico de terceiro, do reconhecimento da culpabilidade, enfim, uma outra forma de legalidade - legalidade estrita⁷⁸ - que se adequasse à nova ordem liberal. “Não só o limite da lei era necessário para habilitar o poder punitivo, mas também para que este, uma vez habilitado, não se excedesse em suas formas e conteúdos”.⁷⁹ Essa mudança na forma de operar do poder punitivo, legitimação via princípio da legalidade e limitação de sua atuação, foi necessária uma vez que a forma de seu exercício no *Ancien Régime*, com violências físicas através do suplício, não era mais funcional, ameaçando inclusive a própria legitimidade deste exercício. No lugar da vingança, o castigo; no lugar da destruição do corpo, a sua disciplina.⁸⁰O princípio da legalidade foi a forma, jurídica e racional, encontrada para realizar a dupla função: a de legitimar e limitar o poder punitivo para que seu papel de disciplinador, através do sistema penal, fosse aceito.

“No obstante estos signos de debilidad de la legalidad respecto de las exigências del poder, em el estado moderno de derecho dicho poder sigue encontrando em el principio de legalidad el fundamento ideológico de su propia legitimación. Mediante esta forma de legitimación, el poder de castigar del Estado se afirma

fuisse.)” PIRES, Alvaro, “Beccaria, l’Utilitarisme et la Rationalité Pénale Moderne”, in “Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine”, Vol. II, Montréal, Les Presses Universitaires de Montréal, 1998. Tradução livre: “Assim, por exemplo, o princípio da legalidade já tinha sido formulado no século XII em matéria de direito canônico. (...). A Igreja havia catalogado duas categorias de pecados: os que tocam um “tribunal (foro) interno” e os que deveriam ser julgados por um “tribunal externo”. Os primeiros seriam tratados de forma comum pelos padres como fazendo parte do sacramento da penitência, e os outros, chamados ‘pecados criminais’ ou “crimes eclesíasticos”, constituindo-se em transgressão à lei eclesíastica, seriam afeitos ao juiz eclesíastico. Ora, para bem caracterizá-los, Lombard dirá que “não haveria pecado se não houvesse a “proibição” por lei eclesíastica (*Non enim consisteret peccatum, sine interdictio non fuisset*).”

⁷⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, 2008, p. 189.

⁷⁸ Luigi Ferrajoli denomina de axiomas do garantismo penal os dez princípios que fundamentam todo seu sistema: sistema garantista. Sendo os dois primeiros formadores da legalidade estrita (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), os demais são condições necessárias da legalidade penal, assim teremos os princípios da necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*), lesividade (*nulla necessitas sine injuria*), da materialidade (*nulla injuria sine actione*), da culpabilidade (*nulla actio sine culpa*), da jurisdicionariade (*nulla culpa sine iudicio*), do acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*), da verificação – direito à prova (*nulla accusatione sine probatione*), do contraditório (*nulla probatio sine defensione*). Ferrajoli se refere a este modelo garantista como sendo o “das regras do jogo fundamental do direito penal”, tendo sido elaboradas “pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto.” FERRAJOLI, Luigi, “Direito e Razão-Teoria do Garantismo Penal”, São Paulo, RT, 2002, pp.73/77.

⁷⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, 2008, p. 190.

⁸⁰ Neste sentido ver FOUCAULT, Michel, em especial “Vigiar e Punir”, “Microfísica do Poder”, “Em Defesa da Sociedade”.

como derecho de castigar ; relación de fuerza entre el Estado y el culpable se manifiesta como relación jurídica entre un sujeto público e outro privado. La invención de los crímenes, em este punto, no es ya la inmediata consecuencia de la represión de los conflictos que interesan directamente al poder, sino algo que depende de las definiciones legales; nullun crimen sine lege; nulla poena sine crimine. El poder represivo que crea los delitos de lesa majestad se substituye por el poder de definición legal, el cual transforma todos los otros antiguos y nuevos conflictos subsumiéndoles em el infinito y capilar catálogo de delitos y contravenciones que pueban el derecho penal contemporáneo.”⁸¹

Para a Escola Clássica do Direito Penal, o centro de suas teorias não era o autor do delito, mas sim a objetividade do fato-crime. Os penalistas de então não visualizavam nenhuma anormalidade no comportamento delituoso, pois partiam da premissa de que todos os homens são seres racionais e iguais perante a lei e, por esta razão, devem atuar com responsabilidade na sociedade formada no contrato social, sendo criminoso aquele que com seu livre arbítrio, e de forma consciente, viola as regras pré-estabelecidas.

“Do crime como ente jurídico, ditado pela razão, à responsabilidade penal fundada na responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio, cuja consequência lógica é a pena, concebida então como retribuição e meio de tutela jurídica, que, rigorosamente proporcionado ao crime, não deixa nenhum arbítrio ao intérprete judicial, evidencia-se que a Escola Clássica move-se num universo de conexão sistemática entre livre-arbítrio-crime-responsabilidade penal-penal que encontra no fato-crime seu referente de gravitação e na proteção do indivíduo contra o arbítrio sua inspiração fundamental”.⁸²

Embora alguns autores iluministas tenham se limitado à percepção do crime como fato a ser punido, sendo a pena, proporcional ao dano causado, um fim em si mesmo, encerrando uma visão meramente retributivista da pena (teorias absolutas), a necessidade de legitimação do sistema penal enquanto um instrumento que fornecesse respostas às questões de manutenção da ordem estabelecida, gerou teorias (teorias relativas)⁸³ fundadas nas idéias de prevenção e

⁸¹ BARATTA, Alessandro, 1995, p.81.

⁸² ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *op. cit.*, 2003, p. 58/59.

⁸³ Zaffaroni muito bem demonstra a impossibilidade de se teorizar sobre a pena sem desenvolver os estudos do próprio direito penal, já que cada teoria tem suas próprias raízes filosóficas, históricas e políticas, a depender da configuração do poder à época de sua criação. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique, “Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral”, 2.a. ed., São Paulo, RT, 1999. Para efeito deste trabalho, consideramos as três teorias da pena que fundamentam até hoje os discursos da coação penal: absolutas, relativas e mistas. As teorias absolutas “sustentam que a pena encontra em si mesmo a sua justificação, sem que se possa ser considerada um meio para fins ulteriores”, sendo também chamadas de teorias retributivistas (Kant, Hegel), pois sua função é de pura reafirmação do Direito. As teorias relativas concebem “a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos e apostam na prevenção (Beccaria,

de disciplinarização dos indivíduos com vistas às cambiantes formas de produção de bens e riquezas. Com as novas necessidades do capitalismo em sua fase industrial, o poder punitivo se transforma em poder disciplinar, com uma função maior de adestrar as multidões confusas num processo de normalização e enquadramento dos indivíduos na regulamentação das diferentes agências burocráticas que irão se formar. Nesta mesma época, outra tecnologia de poder, diferente da disciplinar, mas nem por isso excludente desta, será posta em prática: é a regulamentação de cada aspecto da vida humana.

Não nos deteremos em todos os autores do Direito Penal Clássico, não só em razão da multiplicidade de discursos não homogêneos, como também não ser este o escopo do trabalho. O que deve ser retido são as idéias acerca da natureza jurídica da sanção penal, a da retribuição “justa” pelo mal “injusto” praticado pelo indivíduo, e as da prevenção, - nesta esfera, diversas serão as visões (contra-estímulo, coação psicológica, neutralização do perigo social, dentre outras) -, com vistas à defesa social. É de se sublinhar o utilitarismo de Cesare Beccaria, considerando a sua obra “Dos Delitos e Das Penas” como inauguradora do discurso penal de vertente liberal na qual já podemos discernir a racionalidade penal moderna.⁸⁴

Tendo em vista, a Escola Liberal Clássica se centrar no delito como violação do direito, o direito penal e a pena não tinham como fim intervir no indivíduo criminoso para modificá-lo, mas sim o exercício de um poder punitivo estatal marcado pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade. Importante salientar que toda produção intelectual dos penalistas do Iluminismo estava umbilicalmente ligada ao saber essencialmente filosófico e político da época. A importância da obra “Dos Delitos e Das Penas” está justamente em ser a projeção no campo penal de todo um movimento de pensamento, o Iluminismo, sendo a “formulação pragmática dos pressupostos

Bentham, Feuerbach, Romagnosi) que pode ser geral ou especial. As teorias mistas trariam os dois aspectos, retribuição e prevenção, para pena. O artigo 59 do nosso Código Penal é exemplo da aceitação da teoria mista em nosso ordenamento jurídico: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

⁸⁴ Neste sentido ver PIRES, Alvaro, *op. cit.*, 1998.

para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo,”⁸⁵ enquadrada pela concepção política liberal do Estado de Direito, “baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre as idéias do contrato social e da divisão dos poderes”.⁸⁶

Alvaro Pires⁸⁷ desenvolve a idéia de que se parte da obra de Beccaria tem inegáveis efeitos salutares, como o da limitação de um aparelho de justiça fundado na arbitrariedade do poder político e do fim da violência física institucionalizada, outra parte teria conseqüências negativas que perdurariam até hoje: ela “transforma o saber penal em um sistema de pensamento fundador das relações de diferenciação que ele terá a partir de então com as outras formas de regulação e de controle da vida social. Ele supervaloriza a necessidade de punir e a pena criminal no quadro do direito e da vida social.”⁸⁸ Se, de um lado, o que ficou marcado da obra “Dos Delitos e Das Penas” foi sua dimensão política de combate ao poder punitivo irracional do *Ancien Régime*, de outro resta oculta, ou pelo menos não tão evidente, sua teoria sobre a justiça penal que, mesmo pregando a limitação do poder punitivo, aposta na justiça repressiva. “Faustin Hélie (1856:1XXIX) se deu conta da “pretensa indulgência” desta teoria de Beccaria: “longe de enfraquecer a justiça repressiva, ele indica o verdadeiro meio de fortificá-la.”⁸⁹

“De façon sans doute un peu trop schématique, mais néanmoins suffisante pour une première approximation, je dirais que cette théorie de Beccaria a reuni: a) une représentation “verticale” du droit penal (comme un système complet de règles prohibitives, sanctionnatrices et de procédures refermé sur lui-même et

⁸⁵ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p. 33.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ PIRES, Alvaro, *op. cit.*, 1998.

⁸⁸ *Idem*, p. 8. No original : “(...) il transforme le savoir penal en un système de pensée fondateur des rapports de différenciation qu’il entretiendra désormais avec les autres modes de régulation et de controle de la vie sociale. Il survalorise la nécessité de punir et la peine criminelle dans le cadre du droit et de la vie sociale.”

⁸⁹ *Idem*, p. 14. “Faustin Hélie (1856:1XXIX) s’est rendu compte de la “prétendue indulgence” de cette théorie de Beccaria: “loin d’affaiblir la justice répressive, il indique le vrai moyen de la fortifier.” Selon Hélie, il nous enseigne que la justice (pénale) est forte “non quand elle frappe au hasard quelques coupables, non quand elle châtie avec colère quelques délits, mais quand elle enveloppe et saisit tous les délits, sans qu’aucun, quelque petit qu’il soit, puisse échapper à sa vue.”

Tradução livre: “Faustin Hélie (1856:1XXIX) se deu conta desta “pretensa indulgência” desta teoria de Beccaria: “longe de enfraquecer a justiça repressiva, ele indica o verdadeiro meio de fortificá-la”. Segundo Hélie, ele nos ensina que a justiça (penal) é forte “não quando ela atinge culpados ao acaso, mas quando ela atinge todos os culpados, não quando ela castiga com cólera alguns delitos, mas quando ele envolve e captura todos os delitos, sem que nenhum deles, por pequeno que seja, possa escapar de sua vista.”

cherchant à se différencier des autres sous-systèmes juridiques); b) une conceptualisation stricte du châtement et un but de la peine qui, d'une part, exclut la réparation positive et une série d'autres mesures et qui, d'autre part, renforce la conviction dans l'obligation de punir; c) un souci de protection des individus par des règles constitutionnelles et de procédure, aussi bien que par certains principes philosophico-juridiques (comme celui de la proporcionalité)".⁹⁰

Retomando a idéia de Alessandro Baratta⁹¹ de que, no moderno Estado de Direito, o princípio da legalidade foi fundamental para transformar o “poder de punir” em “direito de punir”, podemos associá-la ao pensamento de Alvaro Pires⁹² de que a obra de Beccaria fundamenta este direito de punir como um domínio de regulação jurídica que deveria ser distinto das outras formas jurídicas e que se configuraria em um sistema regido por fins, leis e sanções próprios. Uma das conseqüências dessa diferenciação em relação aos outros ramos do direito seria a construção de um sistema centrado na obrigação de punir, sendo que a teoria da pena de Beccaria contribuiria para “encapsular, no direito penal, o objetivo geral de todo o direito: a proteção da ordem, a segurança de todos e a pacificação das relações sociais”.⁹³

Interessa-nos demonstrar que Beccaria estrutura sua teoria, típica do direito penal liberal clássico, em torno da Ideologia da Defesa Social, racionalizando e justificando o exercício do poder punitivo em torno dos princípios desta ideologia⁹⁴ cuja racionalidade perdura até os dias atuais. Beccaria escreve:

“A primeira conseqüência destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. (...). A

⁹⁰ *Idem*, p. 16. Tradução livre: “De forma sem dúvida um pouco esquemática, mas suficiente para uma primeira aproximação, eu diria que esta teoria de Beccaria reuniu: a) uma representação “vertical” do direito penal (como um sistema completo de regras proibitivas, sancionadoras e de processos fechados sobre si mesmo e procurando se diferenciar dos outros sub-sistemas jurídicos); b) uma conceitualização estrita do castigo e um fim para a pena que, por um lado, exclui a reparação positiva e uma série de outras medidas e que, de outro lado, reforça a convicção na obrigação de punir; c) uma preocupação de proteção aos indivíduos através de regras constitucionais e de processo, além de certos princípios filosóficos e jurídicos (como o da proporcionalidade).”

⁹¹ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1995.

⁹² PIRES, Alvaro, *op. cit.*, 1998.

⁹³ *Idem*, p. 18. No original: “(...) la théorie de la peine de Beccaria contribue à encapsuler, dans le droit pénal, l'objectif général du droit tout entier: la protection de l'ordre, la sécurité sociale de tout un chacun et la pacification des rapports sociaux.”

⁹⁴ Ainda neste capítulo melhor trataremos destes princípios: da legitimidade, do bem e do mal, culpabilidade, da prevenção (ou finalidade), da igualdade, do interesse social (ou do delito natural).

segunda conseqüência é que, se cada membro em particular está ligado à sociedade, essa sociedade está igualmente ligada a todos os seus membros por um contrato que, por natureza, obriga as duas partes. Essa obrigação, que desce do trono até a choupana e liga igualmente o mais poderoso ao mais desgraçado dos homens, nada mais é do que o interesse de todos, em observar pactos úteis à maioria. (...).⁹⁵(...)

As precedentes reflexões dão-me o direito de afirmar que a única e verdadeira medida do delito é o dano causado à nação, (...).⁹⁶ (...). Vimos que a verdadeira medida do delito é o dano à sociedade.⁹⁷(...). O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.⁹⁸ (...). Quem perturba a tranqüilidade pública, quem não obedece às leis, isto é, às condições pelas quais os homens se toleram e se defendem reciprocamente, deve ser excluído da sociedade, ou seja, deve ser banido.⁹⁹(...). extrair-se um teorema geral muito útil, (...) a pena (...) devendo ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas circunstâncias, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.”¹⁰⁰

As idéias de Beccaria, fundadas no dano social e na defesa social, dão as pistas necessárias para compreensão dos discursos que atualmente legitimam o exercício do poder punitivo estatal como o único capaz de “resolver” os conflitos, estes inerentes à qualquer sociedade humana. A percepção de que vivemos em sociedades de risco¹⁰¹ nas quais o ideal de segurança aparece como o valor maior justificam hoje, assim como em outras épocas, a intervenção do sistema penal, alardeado como a solução para todos os problemas. Essa matriz pode ser reconhecida em Beccaria; - é certo que sua obra consistiu em grande avanço para a época e não há como negar seus ideais humanistas e racionais -, mas também é inegável que, ao tentar tornar o poder punitivo mais humano e racionalmente limitado, acabou por justificá-lo.

Quase cem anos depois após “Dos Delitos e Das Penas” de Beccaria, Francesco Carrara, discípulo de Giandomenico Romagnosi, publica o primeiro (parte geral) dos volumes de seu “Programma del Corso di Diritto Criminale”. Para Baratta, “toda a elaboração da filosofia do direito penal italiano do Iluminismo, nas diversas expressões que nela tomam corpo, dos princípios iluministas, racionalistas e jusnaturalistas”,¹⁰² passando por todos os autores de

⁹⁵ BECCARIA, Cesare, *op. cit.*, p. 34.

⁹⁶ *Idem*, p. 45.

⁹⁷ *Idem*, p. 47.

⁹⁸ *Idem*, p. 56.

⁹⁹ *Idem*, p. 86.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 147.

¹⁰¹ Neste sentido ver BECK, Ulrich, “La Sociedad del Riesgo – Hacia una nueva modernidad”, Barcelona, Paidós, 1998.

¹⁰² BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p. 35.

então, encontraria na obra de Carrara sua síntese. Embora com Carrara “a versão contratualista do Direito Penal cede lugar à versão católico-tomista, pois sua origem natural não é mais o contrato, mas as Leis divinas,”¹⁰³ o sentido político liberal continuava presente, chegando Carrara, através do método dedutivo, à definição de que “o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico”, sendo sua teoria do delito decorrente de “uma consideração jurídica rigorosa do mesmo, entendido não como mero fato danoso para a sociedade, mas como fato juridicamente qualificado, ou seja como violação do direito.”¹⁰⁴ O homem delituoso continuava sendo aquele que com seu livre arbítrio escolhia cometer um ato que, por sua vez, só seria punível quando externado: “O sujeito ativo primário do delito não pode ser outro senão o homem, o único, em toda criação, que, por ser dotado de vontade racional, é ente dirigível”.¹⁰⁵ Carrara reproduz a teoria de Beccaria no que diz respeito à lei penal como protetora maior da segurança pública, separando-a da lei civil cuja violação não se constituiria em delito, sendo que “a idéia especial de delito se encontra na ofensa à *segurança*, e não pode ser vislumbrada senão naqueles fatos lesivos das lei que a tutelam.”¹⁰⁶

Os postulados racionalistas do que se convencionou chamar de Escola Liberal do Direito Penal, mesmo que artífices da Ideologia da Defesa Social e da legitimação jurídica do poder punitivo, traduzida em direito de punir, significaram grande avanço, até porque inegavelmente ancorados nos ideais humanistas. Mas, como explica Zaffaroni:

“Na verdade, *nunca houve um sistema penal histórico que atuasse de acordo com os postulados racionalistas* de Kant ou de Feuerbach, de Carmigiani ou de Carrara; todos, em uma linha de tradição humanista, projetaram *argumentos úteis na prática imediata para conter e limitar o exercício arbitrário de poder dos sistemas penais*. No entanto, jamais poderão ser modelados sistemas penais de acordo com estas idéias, como não pôde ocorrer naquela época, quando a nova divisão internacional do trabalho – gerada pela revolução industrial – levou as classes hegemônicas européias a uma cruel competição pela hegemonia européia e mundial, provocando nova etapa genocida em nossa região marginal, na região africana e, inclusive, na própria Europa.”¹⁰⁷

¹⁰³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *op. cit.*, 2003, p. 53.

¹⁰⁴ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p. 37.

¹⁰⁵ CARRARA, Francesco, “Programa do Curso de Direito Criminal – Parte Geral”, Vol. I, Campinas, LZN Editora, 2002, p. 64.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 62.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Em busca das Penas Perdidas”, 3.a. ed., Rio de Janeiro, Revan, 1998, p. 150/151.

A questão da segurança, que anteriormente já havia colocado nas mãos do Estado o monopólio da força,¹⁰⁸ continuava sendo crucial para o capitalismo ascendente. Com as mudanças no capitalismo, era industrial com a forma imperialista de dominação mundial, e a conseqüente crise da ideologia liberal, ligada aos ideais de liberdade e igualdade do indivíduo, a segurança passa a significar intervenção do Estado que deverá organizar o controle social de forma a garantir a reprodução desta nova ordem. No campo das políticas públicas, a preocupação passará a ser a gestão das populações, - higiene, saúde, deslocamentos de pessoas -, gerando a necessidade de criação de órgãos administrativos encarregados dessa gestão, sobretudo a polícia.

Passando do *État Gendarme* ao Estado gestor, outras formas de controle se fizeram necessárias de acordo com a ideologia dominante. “Era o momento adequado para se recorrer à recém-criada “ciência” da antropologia criminal, que logo se chamaria criminologia”.¹⁰⁹

1.3

Positivismo e Criminologia: o Saber Científico em Defesa da Sociedade

A partir de meados do século XIX ocorrem significativas mudanças no âmbito do direito penal, fundadas no novo saber científico, com base no positivismo e no determinismo. Com o advento de novas ideologias políticas como, por exemplo, as de matriz socialista, da crise do paradigma racional jusnaturalista e da consolidação do empirismo científico, com a influência das idéias darwinistas e da obra de Spencer, além das transformações das funções estatais que se direcionaram para o intervencionismo, relacionando-se na questão penal, com a crise do programa clássico de combate ao crime, surgem no horizonte novas teorias sobre a questão criminal com base nas características biológicas e psicossociais do indivíduo criminoso, o que o diferenciaria dos

¹⁰⁸ Neste sentido ver SULOCCI, Victoria-Amália de B. C. G., *op. cit.*, 2007. Neste trabalho, sob orientação do Prof. Dr. Adriano Pilatti, traçamos um histórico de como o Estado Moderno se constrói a partir da demanda por segurança por parte do capitalismo ascendente, com o processo de monopolização da força pelo Estado.

¹⁰⁹ OLMO, Rosa Del, “A América Latina e sua Criminologia”, Rio de Janeiro, Revan e ICC, 2004, p. 47.

sujeitos normais, negando assim o livre arbítrio em prol da crença no determinismo. Entre os autores do que se convencionou chamar de “criminologia positivista”, “inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista”,¹¹⁰ a preocupação passou a ser de entender as causas do crime. Baseados no método empírico, abandonando assim o método filosófico fundado na abstração do direito, estes autores, sobretudo o médico Lombroso, o jurista Garófalo e o sociólogo Ferri, “partiam de uma concepção do fenômeno criminal segundo a qual este se colocava como um dado ontológico preconstituído à reação social e ao direito penal”¹¹¹. O homem delinqüente será agora considerado um indivíduo diferente, anormal, perigoso.

“A idéia de “ciência” como centro do naturalismo positivista - coberta, obviamente, por outras idéias com uma roupagem mistificadora da ciência - daria lugar ao pressuposto básico da anormalidade individual do autor do comportamento delinqüência como explicação universal da “criminologia”. As novas justificativas teriam como objeto de estudo não mais a sociedade nem o Estado, nem as leis e nem como eles afetavam os indivíduos, mais sim o comportamento singular e desviado que, além do mais, devia ter uma base patológica no próprio indivíduo que o adotava.”¹¹²

Saindo do estudo do fato delituoso de inspiração liberal, as teorias positivistas do homem delinqüente, de cunho antropológico, biológico, social e psicológico, encontram no indivíduo a própria causa do crime, adotando assim uma visão naturalística do delito. A repressão e prevenção ao delito não mais atingiria o cidadão que rejeitasse a ordem estabelecida de forma voluntária, mas aquele que o faria em razão de sua própria diferença e esta “diferença” estaria em sua constituição biológica, inata, encontrando “todo complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo”.¹¹³ Abandonasse o direito penal do fato em prol de um direito penal do autor.¹¹⁴

¹¹⁰ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p. 29.

¹¹¹ *Idem*, p. 40.

¹¹² ANITUA, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, 2008, p.297

¹¹³ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p. 38.

¹¹⁴ Direito penal do autor “supõe que o delito seja sintoma de *um estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza *moral* e, por conseguinte, trata-se de uma *versão secularizada de um estado de pecado jurídico*; para outros, de natureza *mecânica* e, portanto, trata-se de um *estado perigoso*. (...). Direito penal do ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) que pode ser censurado e, por conseguinte, a quem pode ser retribuído o mal na medida de sua culpabilidade (ou seja, da autonomia de vontade

Com o desmoronamento da ordem social de matriz liberal terminava a era do individualismo e a economia capitalista adquiria sua feição imperialista, surgindo assim a necessidade de um discurso que desqualificasse a pessoa, antes livre e igual, para constituição de um indivíduo que, por sua suposta inferioridade poderia sofrer a intervenção estatal direta, claro através do sistema penal. Rosa Del Olmo¹¹⁵ identifica nas significativas mudanças na economia capitalista da época, - nova era tecnológica, nova maquinaria e novas indústrias de apoio da ciência, economia de mercado voltada ao consumidor doméstico, crescimento demográfico, concorrência internacional entre economias industriais nacionais e conseqüente concentração econômica, controle e manipulação do mercado, Estado poderoso e interventor-, a necessidade de “racionalizar as desigualdades e reformular o conceito de liberdade”.¹¹⁶

“Para justificar-se o nascimento da antropologia criminal e da escola positivista italiana, destacou-se o quanto foi uma reação dentro das próprias ciências penais contra o individualismo, fruto da filosofia do século XVIII, em favor do determinismo. (...). Por isso, outros deveriam se ocupar dele, justificando-se assim a intervenção direta em seu destino, em nome da ciência. Curiosamente, desejava-se suplantar o individualismo pelo determinismo, mas a forma de fazê-lo seria estudando cientificamente o indivíduo para, através deste estudo, justificar a ingerência em sua privacidade, em nome da sociedade e do Estado. Em outras palavras, se não era possível com as leis da economia, pelo menos com a lei moral – por meio da disciplina – buscava-se submeter estes indivíduos delinqüentes, para *proteger o capital*, conservar a ordem e não perturbar o progresso.”¹¹⁷

A previsibilidade do comportamento humano para a política já era uma preocupação que vinha desde a Idade Média quando da constituição de um espaço público no qual o poder administrativo nascente, e aqui o poder punitivo tinha um papel fundamental de coibir certas condutas, almejava a previsibilidade do comportamento humano. Anitua, narrando como o político e o econômico dariam as mãos para a criação do Estado moderno necessário para a imposição do capitalismo mercantil, explica o mecanismo pelo qual o direito e a administração central seriam importantes na formação do que viria a ser um espaço público em

de quem atuou)”. ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 131 e 133.

¹¹⁵ OLMO, Rosa Del, *op. cit.*, 2004, p. 41/47.

¹¹⁶ *Idem*, p. 44.

¹¹⁷ *Idem*, p. 39.

contraposição à esfera do privado¹¹⁸. Neste quadro, com novos códigos de conduta, havia a necessidade de estabilização do comportamento, com maior previsão. “Isso era muito mais importante no âmbito dessa administração central que, a partir do penal e do tributário, acumulava poder”.¹¹⁹ Para aqueles cujo comportamento era imprevisível, ou haveria uma presunção de comportamento inadequado, o rótulo de “perigoso” era o destino. A escolha desses “perigosos” pelo poder punitivo de então era tão seletiva quanto a de hoje, sendo que a ‘doutrina pré-moderna fazia carga contra o posicionamento crítico ou o prevenia’.¹²⁰

Essa idéia do diferente perigoso, abandonada pelo discurso penal liberal do iluminismo, volta abertamente à cena a partir da segunda metade do século XIX, quando essa questão se torna crucial para os objetivos de planificação e controle das populações.

“Todavia, a mudança mais importante para o autoritarismo pela via do direito penal de autor ocorreu no século XIX, quando as classes de industriais e comerciantes já haviam alcançado a hegemonia social em relação à nobreza e ao clero e, por conseguinte, já não necessitavam do discurso de contenção do poder punitivo elaborado pelos juristas e filósofos, ou seja, o discurso penal liberal proveniente do Iluminismo. Quem levou a cabo esta volta ao inquisitório foi o *positivismo criminológico*, que teorizou todo direito penal como direito administrativo e todas as penas como medidas de coerção direta frente aos perigosos. Isso era coerente com sua estrutura autoritária, porque, como é sabido, o princípio inquisitorial acaba definitivamente com o direito penal e o dissolve na coerção do administrativo”.¹²¹

É importante retermos essa idéia de “administrativização” do direito penal que nada mais significa do que o abandono dos princípios norteadores do direito penal e processual penal liberal, em prol de uma atuação jurisdicional que está mais próxima do poder de polícia, mecanicista e repressor. Atualmente, esse fenômeno é observável nas decisões condenatórias definitivas quando a fundamentação para fixação de penas maiores, com quebra da proporcionalidade entre fato e sanção, e regime mais gravoso, se centra na periculosidade do

¹¹⁸ Na esfera do privado ficariam não só as condutas naturais, como dormir, se alimentar, ter relações sexuais, com também as relações de família e as econômicas. No entanto, embora na esfera do privado, o poder disciplinar atravessa todas essas condutas, criando uma autorepressão, configurando-se na criação de novas subjetividades. Para melhor compreensão ver os estudos de Michel Foucault como “Microfísica do Poder” ou ainda “A História da Sexualidade”.

¹¹⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, 2008, p.68

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2007, p. 88.

¹²¹ *Idem*, p. 91.

indivíduo; ou ainda, quando verificamos os decretos, e/ou manutenção, das prisões cautelares sob o fundamento de proteção da ordem pública, esta com um conceito tipicamente administrativo fundado em poder de polícia estatal, que, nas palavras de Lazzarini não haveria “nada mais incerto em direito do que a noção de ordem pública. (...) procurar definir o termo ordem pública é aventurar-se a pisar em areias movediças”.¹²² Trata-se agora, como antes, de contenção de parcelas consideráveis de pessoas através do preenchimento do conceito de ordem pública de acordo com a necessidade política de contenção das reivindicações políticas de reconhecimento de seus direitos, mesmo os de ser “diferente”, portanto necessidade de administrar essas pessoas. Ao final do século XIX, “Satã era substituído pela *degeneração* e o que se impunha era a neutralização dos *degenerados inferiores*, evitando, se possível, sua reprodução mediante a esterilização e a *eugenia*”.¹²³

Em relação específica à criminalidade, enquanto Raffaele Garófalo estudava o delito, desenvolvendo seu conceito de “delito natural”, valendo-se para tanto do empirismo e da análise das estatísticas como método científico, Lombroso comparava homens e animais, além de centrar sua teoria sobre as causas do crime na hereditariedade e características bio-psicológicas do homem. Para Lombroso, “se o crime não cessou de se produzir mesmo nas raças mais cultas, não obstante todos os meios vingativos e punitivos empregados desde os primórdios da humanidade, é porque sua causa está no atavismo”.¹²⁴ E ainda, Lombroso estabelece uma associação entre o criminoso nato e o louco moral, idênticos para ele, com a epilepsia, estando nela presente todos os elementos dos primeiros, mas de forma “exagerada”.

“*Atavisme.* — L’atavisme y contribue plus que toute autre chose. Ils parlent diversement, parce qu’ils ne sentent pas de la même manière ; ils parlent en sauvages, parce qu’ils sont de véritables sauvages au milieu de la brillante civilisation européenne. Comme les sauvages, ils emploient fréquemment l’onomatopée, l’automatisme ; ils personnifient les choses abstraites.”¹²⁵

¹²² LAZZARINI, Álvaro e outros, “Direito Administrativo da Ordem Pública”, Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1987, p. 6.

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2007, p. 92

¹²⁴ BISSOLI FILHO, Francisco, “Estigmas da Criminalização – Dos antecedentes à reincidência criminal”, Florianópolis, Obra Jurídica Editora, 1998, p.35.

¹²⁵ LOMBROSO, César, “L’Homme Criminel – Criminel-né – Fou Moral – Épileptique”, Paris, Félix Alcan Éditeur, 1887, p.359. Tradução livre: “Atavismo – O atavismo contribui mais que qualquer outra coisa. Eles falam de forma diferente, porque eles não sentem da mesma maneira; eles falam como selvagens, porque são verdadeiros selvagens no meio da brilhante civilização

“Chez Misdea, l'insensibilité, la paresse, la vanité, la violence, la haine poussée parfois jusqu'au cannibalisme, tous ces symptômes qu'on rencontre chez le « criminel-né » et chez le « fou moral » sont exagérés par l'épilepsie, dont l'existence n'a fait aucun doute pour personne, pas même pour les experts de l'accusation.”¹²⁶

O conceito do homem criminoso em razão de personalidade naturalmente desviada e, portanto, perigosa, se revelou funcional para eficácia do controle social via direito penal. Garófalo entende o delito como a ofensa ao “que se considera patrimonio moral indispensavel de todos os individuos em sociedade,”¹²⁷ destacando alguns atos delituosos que se encontrariam na leis naturais –“Essa offensa é precisamente o que nós chamaremos *delicto natural*”¹²⁸ -, e por esta razão revelariam nos seus agentes uma falta de senso moral, daí a anormalidade do criminoso.

“Ele ainda idealizou um sistema de penas baseado na “eliminação social” e na “neutralização” do delinqüente, admitindo a “educação” somente para os seres em formação, pois entendeu que a educação não representa senão uma das influências que atuam nos primeiros anos da vida e que, como a hereditariedade e a tradição, contribuem para a gênese do caráter. (...).
Através de seus estudos criminológicos Garófalo deu consistência à ideologia da defesa social, propugnando por princípios que transformam o crime e o criminoso em um mal a ser combatido e extirpado do convívio social.”¹²⁹

No mesmo espírito que Lombroso e Garófalo, Enrico Ferri, empregando o método indutivo, conclui que existiriam dois vieses diferentes para examinar o delito e o homem delituoso: o naturalístico e o legal. Do ponto de vista natural, o homem delituoso é um “anormal” e o crime uma expressão de sua personalidade. Nesse contexto, deixa de existir a responsabilidade penal do homem que com seu livre arbítrio fere a ordem jurídica; o malferimento da ordem provém do estado de periculosidade que autorizaria a repressão penal para defender esta ordem social. “A pena era, para Ferri, uma repressão necessária para defender o organismo

européia. Como os selvagens, eles usam freqüentemente onomatopéias, o automatismo; eles personificam as coisas abstratas.”

¹²⁶ *Idem*, p. 432. Tradução livre: “Em Misdea, a insensibilidade, a preguiça, a vaidade, a violência, o ódio levado às vezes até o canibalismo, todos esses sintomas que encontramos no “criminoso nato” e no “louco moral” são exagerados pela epilepsia, cuja existência ninguém duvidou, nem mesmo os peritos da acusação.”

¹²⁷ GARÓFALO, Raffaele, “Criminologia - Estudo sobre o delicto e a repressão penal”, Lisboa, A. M. Teixeira & Ca. (Filhos), 1925, p. 64.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ BISSOLI FILHO, Francisco, *op. cit.*, 1998, p. 39.

social, não contra decisões a-sociais, mas sim contra o estado perigoso de alguns indivíduos. O delito era simplesmente o sintoma, o fato que revela a personalidade perigosa”.¹³⁰

“§ 51. *O criminoso é sempre um anormal.* (...) a antropologia criminal tem demonstrado, ao contrário, que o homem delinqüente é sempre um anormal.
(...)

Quanto mais se aperfeiçoam os métodos de indagação biológica, outro tanto põem-se sempre a descoberto novas anomalias nos delinqüentes: basta pensar nos dados da endocrinologia, para se constatar, por exemplo, que a quase totalidade dos delinqüentes sexuais apresentam anomalias bioquímicas, verdadeiramente decisivas.

Deverá, portanto, a justiça penal – isto é, a defesa social – deter-se ou retrair-se até que tais descobertas alarguem o campo das anomalias constatadas nos criminosos?”¹³¹

Como não reconhecer a atualidade destas palavras de Ferri nos discursos do sistema penal atual? Basta lembrarmos-nos dos estudos científicos (?) que indicam ao criminoso sexual penas de castração química, ou ainda dos exames de tomografia realizados em presos com intuito de demonstrar empiricamente a “anormalidade” da atividade cerebral no criminoso, tudo na mais completa sofisticação tecnológica de nossos tempos, a fundamentar idéias do século XIX. Justiça penal e defesa social como sinônimos, significando a intervenção sobre o indivíduo como forma de contenção da personalidade perigosa.

1.4

Exclusão e Periculosidade: Defesa Social nas Margens

Desde a “invenção” da modernidade, quando os espanhóis chegam às Américas e a Europa passa de periferia do mundo árabe para o centro em um processo de autolegitimação¹³² baseado na violência da dominação e no controle do conhecimento, o território recém “descoberto” passa a ser o objeto de exploração expropriatória, acompanhada de extermínio e submissão dos povos americanos. O processo de acumulação capitalista estará desde então

¹³⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, 2008, p. 311.

¹³¹ FERRI, Enrico, “Princípios de Direito Criminal – O criminoso e o crime”, traduzido por Luiz de Lemos D’Oliveira (1931), Campinas, Russell, 2003, p. 236/237. Ferri irá distinguir cinco categorias de delinqüentes: o delinqüente nato, o delinqüente louco, o delinqüente habitual, o delinqüente ocasional e o delinqüente passional. p. 241

¹³² Neste sentido ver DUSSEL, Enrique, “Ética da Libertação na Idade da Globalização e Exclusão”, 3.a. ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2007.

umbilicalmente ligado a esta dominação, pois foi com a expropriação das riquezas das regiões colonizadas, África e América, que as nações européias puderam em um primeiro momento expandir o sistema econômico em sua forma capitalista. Assim, o processo de desenvolvimento dos países centrais não pôde prescindir desse outro “descoberto” e colonizado através da força¹³³.

Criou-se o mito – mito da modernidade – no qual todo saber seria fruto dos progressos europeus, enquanto as populações submetidas através do processo de dominação colonial tiveram sua existência, enquanto sujeitos da história, anulada. A “civilização” européia se ergue sobre os escombros genocidas da escravidão dos povos africanos e do extermínio dos povos indígenas americanos. Em pouco tempo, os discursos do controle social punitivo serão importados dos países centrais onde se iniciava o pensamento jurídico penal moderno, e posteriormente a criminologia científica do positivismo penal. Esses discursos serão aqui recepcionados e adaptados às políticas de contenção gerando o que Zaffaroni denominou, valendo-se da terminologia foucaultiana, de “enorme instituição de seqüestro”.¹³⁴

A idéia de cárcere não era nem um pouco estranha à realidade colonial brasileira (índios e negros, degredados e escravos), como também não o é à realidade atual, pois que o cárcere continua sendo o instrumento por excelência de dominação institucional, junto a outras instituições do sistema penal, para não falarmos das extralegais como o extermínio dos jovens pobres das metrópoles brasileiras sob o argumento, de um cinismo cruel, de que são “traficantes”. Nilo Batista, referindo-se à idéia de Zaffaroni acima citada, dirá que “ao mesmo tempo em que, através desses insumos, participávamos do controle dos miseráveis sobreviventes da desagregação feudal - e, portanto, da invenção histórica da

¹³³ “De este modo, vemos com toda claridad que el proceso de desarrollo del centro no fue autónomo, sino que desde sus orígenes dependió de nuestro subdesarrollo, motivo por el cual resulta absurdo considerar a la “revolución industrial” como un fenómeno europeo, cuando, en realidad, fue en el que los africanos y los americanos desempeñamos un papel imprescindible, cargando con la peor parte, por supuesto”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología: Aproximación desde un Margen*”, Bogotá, Editoria Temis, 1998, p. 62.

¹³⁴ “As principais teses de Foucault sobre a relação de saber e poder são sumamente importantes para nosso campo e nossa região marginal, (...). Sua epistemologia institucional é quase indiscutível e explica, em grande parte, tanto a natureza das respostas à deslegitimação em nossa região marginal latino-americana, como também algumas contradições positivas entre um saber gerado por agências centrais e disfuncional para as agências da região periférica e, muito especialmente, sugere a possibilidade de pensar (repensar) a “colônia” (“neocolônia” e “região marginal”) com o paradigma da “instituição de seqüestro”. É desnecessário dizer que, no âmbito criminológico, está claríssima a relação entre criminologia etiológica e a prisão.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Em Busca das Penas Perdidas”, Rio de Janeiro, Revan, 1998, p. 63.

penitenciária - recebíamos excedentes desses mesmos miseráveis, formalmente banidos para a tarefa de povoamento”.¹³⁵ O Brasil se constituiu como um imenso depósito de homens e riquezas a serem espremidos até o último sumo para satisfação da metrópole. Podemos dizer que:

“O Brasil de 1500 nasce sob o signo da violência. Violência essa que se incorporará, desde então, como elemento constitutivo da realidade social brasileira. Extermínio das nações indígenas, escravidão dos povos africanos, submissão dos trabalhadores, brasileiros e imigrantes, desclassificação da pessoa humana, marginalização dos pobres, exclusão social: a violência sempre esteve presente nas relações sociais, econômicas e políticas de nossa sociedade, (...). A história oficial do Brasil trabalha com uma historiografia fragmentada, como se os diferentes períodos históricos fossem momentos estanques, sem continuidade. Desta forma, ficamos impedidos de perceber as permanências existentes entre os diferentes contextos, não permitindo assim que se revelem as significativas semelhanças entre estes, o que facilitaria a compreensão da verdadeira dinâmica da história. E, na história brasileira, o que permanece é a violência, o autoritarismo, o extermínio, embora estes tenham se revestido das mais diferentes roupagens, embora estes tenham sido embalados pelos mais diferentes discursos políticos ou jurídicos.”¹³⁶

E as permanências são a do tratamento diferenciado, da desqualificação da pessoa, da contenção de classes sociais ditas “perigosas”, apenas por sua condição. Nos dias que correm, esse tratamento se repete nas diversas legislações penais e processuais penais, típicas de um direito penal do inimigo, que hemorragicamente são criadas sob a pressão dos discursos de emergência. Assim acontece, por exemplo, com a nova lei de drogas, lei 11.343/2006, que, estilhaçando o princípio da proporcionalidade, aumentou consideravelmente as penas para o tipo penal de tráfico; ou ainda, no tratamento diferenciado segundo o autor para os crimes contra o patrimônio.¹³⁷

Quando do início do processo de colonização brasileira, a Península Ibérica ainda mantinha-se presa ao absolutismo, “recolhido em uma elite

¹³⁵ BATISTA, Nilo, “Fragmentos de um Discurso Sedicioso”, in *Discursos Sediciosos*, nº 1, 1996, p. 70. E completa: “(...) contribuimos com o pau-brasil para a fundação da prisão, e fundávamos, a nosso próprio continente intensivamente saqueado, como prisão”.

¹³⁶ SULOCCI, Victoria-Amália de B. C. G. de, *op. cit.*, 2007, pp.55/56.

¹³⁷ Por exemplo, em relação aos crimes contra a ordem tributária (lei 8.137/90), crime patrimonial contra o Estado, a lei 9.249 /95, em seu artigo 34, dispõe acerca da extinção de punibilidade do acusado se este “promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.” Portanto, o ressarcimento do dano no crime contra o patrimônio público tem o condão de obstar a ação penal. No entanto, quando se trata de roubo, artigo 157 do Código Penal, ou mesmo furto, artigo 155 do Código Penal, também crimes contra o patrimônio, o ressarcimento do dano pelo acusado, seja em valores, seja em bens, antes do recebimento da denúncia não tem o condão de extinguir a punibilidade, devendo o acusado se submeter a toda instrução criminal. Dois pesos, duas medidas.

escolástica decadente”,¹³⁸ se configurando em uma “cultura senhorial, escolástica, jesuítica, católica, absolutista, autoritária, obscurantista e acrítica.”¹³⁹ Com a colonização, Portugal importa sua legislação que terá “influência dominante e definitiva à nossa formação jurídica”,¹⁴⁰ uma vez que os índios, grande parte exterminada, e os negros, trazidos como escravos, em razão destas relações de dominação, não tiveram como competir com a legislação lusa. Tratou-se de mais um mecanismo de submissão de povos através do monopólio do saber jurídico¹⁴¹.

Darcy Ribeiro, em sua obra acerca da formação do Brasil,¹⁴² dirá que a “empresa Brasil” é produto, no plano econômico da implantação e interação de várias ordens empresariais desde o processo inicial colonizador, sendo que “a principal delas, por sua alta eficácia operativa, foi a empresa escravista, (...)”.¹⁴³ Para o autor, a conjugação dessas várias ordens empresariais, as outras sendo a jesuítica e as “microempresas” de subsistência, é que garantia a “sobrevivência e o êxito do empreendimento colonial português nos trópicos”.¹⁴⁴

Neste empreendimento colonial, o direito moderno da sociedade liberal burguesa européia chega ao Brasil filtrado de forma a “dar suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial”,¹⁴⁵ gerando o paradoxo de quereremos nos constituir enquanto uma nação liberal/patrimonialista/escravista. Gizlene Neder, trabalhando a atuação dos juristas e bacharéis na construção da identidade brasileira ao final do século XIX/início século XX¹⁴⁶, demonstra a “enorme preocupação com a eficácia da ação judicial”¹⁴⁷ que o discurso jurídico repressivo tinha, já que o sistema penal teve como função, nesta época, dar sustentação à ordem burguesa nascente, sendo a apologia da disciplina e do trabalho combinada com as práticas

¹³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos, *op. cit.*, 2000, p. 42.

¹³⁹ *Idem*, p. 43.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 46.

¹⁴¹ Antonio Carlos Wolkmer faz um interessante resgate histórico acerca do pluralismo comunitário da época com as experiências das reduções indígenas, muitas apoiadas por padres jesuítas, e dos quilombos negros, mas apagadas pelo “projeto escravista senhorial de negação do “outro””, integrando também “a coerção despersonalizada, a violência física e a discriminação social da cultura negra.” *Idem*, p. 52 /56.

¹⁴² RIBEIRO, Darcy, “O Povo Brasileiro – A formação e o sentido do Brasil”, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

¹⁴³ *Idem*, p. 176.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 177.

¹⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos, *op. cit.*, 2000, p. 75.

¹⁴⁶ NEDER, Gizlene, “Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil”, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 57.

repressivas. “Neste sentido, nos primeiros anos da República, com a penetração do capitalismo e a conseqüente formação do proletariado urbano, a instituição judiciária dispara um conjunto de práticas políticas e ideológicas que visavam a uma atuação disciplinar, através da educação para o trabalho”.¹⁴⁸

A despeito das permanências absolutistas e autoritárias nas práticas penais, os discursos importados, e adaptados, vão se incorporando à vida jurídica brasileira. A consolidação desse ordenamento formalista e dogmático está calcada doutrinariamente, num primeiro momento, no idealismo jusnaturalista; posteriormente, na exegese positivista. O positivismo, sobretudo de matriz lombrosiana, chega ao Brasil amalgamando as teorias do criminoso nato e do louco moral às idéias racistas e às práticas excludentes típicas de nossa formação colonial.

Clovis Bevilacqua em seu “Criminologia e Direito” (1895), após afirmar que Tobias Barreto não havia se submetido às idéias de Lombroso, faz um inventário da ampla aceitação das teorias positivistas no Brasil com os seguintes termos:

“Outros juristas se lhe seguiram tornando conhecidas as idéias da escola anthropologica, sobretudo as de Lombroso. Lembro os escriptos de Arthur Orlando, reeditados na *Philocritica* (1886), do Dr. Ferrer, de Cyro de Azevedo e do Dr. João Vieira. Este, porém, não se limitou a escriptos de vulgarização. Empreendeu um trabalho de maior vulto, o *Commentario philoso-scientifico* do código criminal brasileiro (1889), que, aliás, já fora precedido do *Ensaio de Direito penal* (1884), onde ainda não se nota a completa asturação das idéias da escola positiva, como no *Commentario*, alguma cousa existe devida a influencia de Lombroso, Puglia e Sergi.

Depois appareceram: a these inaugural do Dr. Marcolino Fragoso, sobre o que elle chamou *Genioide alitrico*; os trabalhos do Dr. Estellita Tapajoz, de Adelino Filho, do Dr. Nina Rodrigues, de Viveiros de Castro e, ultimamente, de Pedro de Queiroz, no Ceará. Nina Rodrigues, além do estudo de anthropologia criminal sobre o craneo do criminoso Lucas, publicou um livro curioso e original, as *Raças humanas e a responsabilidade criminal* no Brazil (Bahia, 1894). Viveiros de Castro escreveu um forte e bem trabalhado livro de propaganda, a *Nova Eschola penal* (Rio de Janeiro, 1894) e nos fez conhecer a estatística do *Suicídio* e dos *Crimes* na capital federal. Adelino Filho, além da traducção da *Medida Penal* do Dr. Kraeplin, deu-nos uma bella exposição dos princípios básicos da *Nova eschola de direito crimina*, na *Revista Acadêmica* do Recife (1891).”¹⁴⁹

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ BEVILACQUA, Clovis, “Criminologia e Direito”, edição histórica, Campinas, Red Livros, 2001, p. 17/18.

O racismo e as teses positivistas, com suas matrizes deterministas de cunho biológico e social, passam a embasar, no início da primeira República, as teorias sobre criminalidade e o homem criminoso, reduzindo as idéias liberais clássicas fundadas no individualismo e livre-arbítrio. Podemos identificar em Nina Rodrigues e sua obra sobre a responsabilidade penal¹⁵⁰ um marco, trágico, no enquadramento teórico-prático da questão criminal associada à inferioridade de determinadas raças, pretendendo “uma explicação causal da criminalidade baseada em argumentos racistas.”¹⁵¹

No Brasil, todos os discursos jurídicos importados tiveram uma releitura a partir da necessidade de contenção das classes populares e outros inimigos da ordem a ser imposta. “As instituições jurídicas têm reproduzido, ideologicamente, em cada época e em cada lugar, fragmentos parcelados, montagens e representações míticas” que revelam suas funções na reprodução da ordem que se quer impor. Tentar rompê-la significa, para grande parte das pessoas, a intervenção do sistema penal sob o argumento da “defesa da sociedade”.

1.5

Ideologia da Defesa Social

Filiamos-nos à idéia de Alessandro Baratta de que, embora com atitudes metodológicas diferentes, tanto a Escola Liberal Clássica do Direito Penal quanto a Escola Positiva incorporam os princípios cardeais da Ideologia da Defesa Social, sendo que tal ideologia, surgida contemporaneamente à Revolução Burguesa, com seus postulados de estrita legalidade e proteção da ordem jurídica,

¹⁵⁰ RODRIGUES, Nina, “As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil”, Salvador, Editora Progresso, 1957.

¹⁵¹ DUARTE, Evandro Charles Piza, “Criminologia e Racismo – Introdução à criminologia brasileira”, Curitiba, Juruá, 2006, p. 225. No entanto, é interessante notar uma “inexplicável”, segundo Zaffaroni, contradição no pensamento de Nina Rodrigues pois que “pese al terrible racismo de todo su encuadre teórico, a su afrancesamiento reaccionario casi insoportable y su reduccionismo biológico, su conducta no se compadece del todo com esa posición”, sua obra inconclusa, só publicada vinte cinco anos após sua morte, traz uma intensa pesquisa sobre a cultura africana que não condiz com suas teses racistas. “(...) Nina Rodrigues fue “enamorándose” de su tema” –, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Hacia um Realismo Jurídico Penal Marginal”, Caracas, Monte Avila Latinoamericana, 1992, p. 152/153. Vera Malaguti Batista também observa essa ambigüidade em Nina Rodrigues, afirmando que, embora fosse o fundador, “ao lado da Medicina-Legal e da Antropologia brasileira, da escola positivista, com suas traduções e incorporações do lombrosianismo e do social-darwinismo”, por outro lado, “tinha uma espécie de curiosidade apaixonada pela vida africana no Brasil”. BATISTA, Vera Malaguti, “O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história”, Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 225.

é herdada pela Escola Positivista que, por sua vez, mudando algumas de suas premissas, em razão da passagem do Estado liberal para o Estado social e as novas exigências de controle social do capitalismo industrial, manterá o conceito de defesa social e sua função justificante e racionalizante do sistema penal.¹⁵²

Esta ideologia, construída pelo saber oficial, conforme acima demonstrado, e filtrada pelo que se convencionou chamar de “luta das Escolas”, constituiu-se em “filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem da rua (ou seja, das *every days theories*)”.¹⁵³

O exercício de poder punitivo continua hoje respaldado nesta ideologia, basta examinarmos o discurso jurídico penal judicial em relação à periculosidade, à gravidade do delito e/ou à ordem pública que, por sinal se reproduz através da dogmática jurídica penal difundida tanto nas universidades quanto nos “manuais” de Direito Penal e Processual Penal, além das jurisprudências exaustivamente replicadas, legitimando no âmbito da doutrina e da prática, a operatividade do poder punitivo.

Trabalhando especificamente os seis princípios identificados por Baratta como sendo os fundantes da Ideologia da Defesa Social, trataremos a seguir de cada um deles, para nos capítulos seguintes demonstrar como essa ideologia permeia as decisões judiciais neste início de século XXI, dando passagem à expansão do poder punitivo, agora enquadrado no projeto do capitalismo tardio no qual a gestão da miséria gerada por esta forma planetária de dominação se faz pelo viés penal.¹⁵⁴

O primeiro princípio arrolado por Baratta como sendo o da Ideologia da Defesa Social é o da legitimidade¹⁵⁵ que nas palavras do autor traz o Estado “como expressão da sociedade, legitimado para reprimir a criminalidade”, sempre por meio das instâncias oficiais de controle social, - polícia, legislativo, judiciário e instituições penitenciárias-, que interpretariam a reação da sociedade, trazendo assim a reafirmação dos valores e das normas sociais através do sistema penal. A legitimidade do poder punitivo, nos moldes liberais da legalidade estrita,

¹⁵² Neste sentido ver BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, em especial o capítulo II - A Ideologia da defesa Social, pp.41 e seguintes.

¹⁵³ *Idem*, p. 42.

¹⁵⁴ Neste sentido ver WACQUANT, Loïc, *op. cit.*, 2007.

¹⁵⁵ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p. 42.

atravessa o período do positivismo penal, com maior intervenção na sociedade, e chega aos dias atuais intacto. Esta legitimidade estatal para punir se revela no termo *ius puniendi*, cujo detentor é o Estado, e não deixa de ter ligação com aquele primeiro confisco do conflito pelo soberano. As partes envolvidas em um conflito penal não têm legitimidade para resolver seus conflitos sem a interveniência do Estado, mesmo no que diz respeito aos delitos circunscritos à ação penal privada, já que as partes – Querelante e Querelado – se submetem à decisão estatal.¹⁵⁶

O princípio do bem e do mal¹⁵⁷ é o segundo trazido à baila por Baratta. Ele significa que o crime é sempre visto como um dano para a sociedade, enquanto o delinqüente uma pessoa disfuncional do sistema social, ainda que cidadão igual aos outros, a teor da formulação iluminista, -“o desvio criminal é pois o mal; a sociedade constituída o bem”.¹⁵⁸ Tal princípio guarda uma linha direta de identificação desde o poder punitivo de matriz inquisitorial, no qual o mal sempre estaria encarnado nos diferentes criminalizados que infringiam a ordem de então, até os nossos novos perigosos “agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomenda seu isolamento do seio social”¹⁵⁹

O princípio da culpabilidade¹⁶⁰ revela que “o delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e as normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.” Como veremos no capítulo a seguir, a teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, mesclando a idéia iluminista do dano social à periculosidade positivista, estrutura um direito penal passível de conter certos indivíduos apenas pelo risco do comportamento que possam vir a ter, sendo tal risco analisado pela “atitude interior reprovável do sujeito” que não aceitaria os valores sociais auto excluindo-se da ordem vigente.

¹⁵⁶ No âmbito da lei 9099/95 também teremos o crivo do poder estatal, pois mesmo em caso de conciliação, o juiz deverá homologá-la. No que diz respeito à transação Penal oferecida pelo Ministério Público, estamos no âmbito de pena sem a devida instrução criminal. Neste sentido ver PRADO, Geraldo, “Elementos para uma análise Crítica da Transação Penal”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. De qualquer forma, entendemos ser uma demonstração de que o Estado não abre mão deste poder punitivo e sua legitimidade para tal está ancorada no princípio da legitimidade típica da Ideologia da Defesa Social.

¹⁵⁷ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p. 42.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Apelação Criminal n. 2005.050.05432 - 3ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

¹⁶⁰ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997, p. 42.

O princípio da finalidade ou da prevenção significa que a pena não teria mais uma função unicamente retributiva, mas também, e sobretudo, preventiva. Sendo a pena abstratamente prevista pela lei penal, ela teria a função de criar uma contra motivação ao comportamento delituoso, com o intuito de intimidar o indivíduo (prevenção geral negativa) que deixaria de praticar uma conduta delituosa sob a ameaça abstrata da sanção penal previamente estabelecida. Por outro lado, a pena concretizada na decisão penal teria como função a ressocialização do criminoso (prevenção especial positiva), evitando a reincidência.

Baratta também identifica o princípio da igualdade¹⁶¹ como cardeal da Ideologia da Defesa Social, fundamentadora da idéia de que o direito penal é igual para todos, ocultando assim a seletividade do poder punitivo. O princípio da igualdade está diretamente ligado ao mito do direito penal igualitário, assim como o princípio do interesse social e do delito natural¹⁶². Este último expressa o entendimento de que as ofensas aos interesses fundamentais da sociedade estão definidos nos códigos penais dos Estados, sendo os interesses protegidos pelo direito penal comuns a todos os cidadãos.

“O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições: a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) A lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais *chances* de tornar-se sujeitos, e com as mesmas conseqüências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).”¹⁶³

Podemos perceber como a Ideologia da Defesa Social, além de fundamentadora do sistema penal moderno, constitui ainda hoje um discurso alimentador da dogmática penal e presente nas práticas judiciais de nossos tribunais. O sistema penal se tornou hoje “o grande remédio” para todos os males da sociedade: da briga entre vizinhos à fraude financeira milionária, a punição é percebida como único instrumento de defesa da sociedade. Zaffaroni¹⁶⁴ aponta para a crise do atual discurso jurídico penal, afirmando ainda que as teorias que

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ BARATTA, Alessandro, *op.cit.*, 1997, p. 162

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 1992, p.11/12.

legitimam as penas, - acrescentaria também as práticas judiciais, de natureza administrativa (prisão cautelar sob o fundamento da ordem pública, por exemplo), não conseguem mais ocultar as profundas contradições do sistema. No entanto, o discurso oficial continua a fornecer os elementos - Os Textos¹⁶⁵ - para reforço do poder punitivo, sustentado por um enorme aparato publicitário, hoje indispensável ao exercício do poder punitivo, administrando e regulando os medos criando assim a “necessidade” da intervenção do sistema penal.

Num mundo em que se espalha a idéia do risco iminente, a Ideologia da Defesa Social fundamenta os discursos justificantes da expansão do poder punitivo, a exemplo da teoria do direito penal do inimigo.

¹⁶⁵ *Idem.* Em relação à importância, ou não, de discursos para legitimar o poder punitivo, Zaffaroni dirá que as ditaduras e os Estados totalitários sempre atuaram de forma a ter um discurso jurídico que legitimasse sua atuação. “(...) los autoritarismo no hubiensen cuidado tanto los discursos de justificación jurídica ni los sectores de poder y agencias no jurídicas del sistema penal cuidarían un discurso que no les pertenece. Cuando André Glucksmann se pregunta por qué sucede esto y “¿Qué necesitan hoy los que suben al poder aparte de una buena ropa, aguardiente y salchichón?”, responde sin meditar ‘**Necesitan el texto**’.” p. 14