

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO – FADIR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL

(IN)SEGURANÇA, CIDADANIA E PODER PUNITIVO: Crítica ao utilitarismo penal reformado e readequação da missão do Direito Penal no marco de um realismo jurídico-penal marginal

Mestrando: Bryan Alves Devos

Orientador: Prof. Dr. Salah Hassan Khaled Jr.

Rio Grande,
2016.

BRYAN ALVES DEVOS

(IN)SEGURANÇA, CIDADANIA E PODER PUNITIVO: Crítica ao utilitarismo reformado e readequação da missão do Direito Penal no marco de um realismo jurídico-penal marginal

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social – linha de pesquisa: Realização Constitucional da Solidariedade – da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Salah Hassan Khaled Jr.

Rio Grande,
2016.

BRYAN ALVES DEVOS

(IN)SEGURANÇA, CIDADANIA E PODER PUNITIVO: Crítica ao utilitarismo reformado e readequação da missão do Direito Penal no marco de um realismo jurídico-penal marginal

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social – linha de pesquisa: Realização Constitucional da Solidariedade – da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Salah Hassan Khaled Jr. (Universidade Federal do Rio Grande – FURG)

Prof^ª. Dr^ª. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Universidade Federal do Rio Grande – FURG)

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo – UPF)

AGRADECIMENTOS

Há algum tempo disse que um trabalho é um somatório de angústias partilhadas entre o autor e uma infinidade de pessoas. Estou convencido de que isso ainda vale. Minhas angústias não são *só minhas* e, por mais paradoxal que pareça, isso *conforta* um pouco. Aos agradecimentos, portanto:

Aos *meus pais*, por me proporcionarem condições objetivas e subjetivas para sonhar e realizar mais essa etapa da empreitada. Ao *meu irmão*, por seguir não me deixando sucumbir à preguiça.

Aos que *estiveram ao meu lado*: Pierri Porciúncula, Frederico Brum, Otávio Corrêa, Joseane Castanheira, Mark Walker, Anderson Silveira, Liana Dolci, Gabrielle Araújo, Hector Cury (e, claro, a Heleninha), Jéssica Iung, Pablo Moreira da Silva, Marcela Alves, Égon Batista, Gabrielle Velela (devo ter esquecido alguém.... provavelmente esqueci... desculpa, eu sempre esqueço....!). Meus sinceros agradecimentos pelas conversas agradáveis. Acredito que todas elas formam minha subjetividade, a maneira como encaro o mundo e, dessa forma, certamente participaram da execução desta pesquisa, direta ou indiretamente.

Ao pessoal do *Grupo de Estudos Hermenêutica e Ciências Criminais* (Alana, Gabriela, Haniel, Yuri e Andressa), pelos debates sensacionais e conversas agradáveis regadas a *Ilex Paraguariensis* e muitas heresias, nas tardes ensolaradas (algumas vezes em demasia) no Campus Carreiros.

Ao pessoal do *Escritório Lindenmeyer, Muñoz & Munimis Advogados Associados* (Eduardo, Kátia, Bruno, Eunice e Thiago), por demonstrarem que é possível aliar ética e competência na prática da advocacia privada.

Ao *meu orientador*, Salah hassan Khaled Jr., antes de tudo por ser uma referência, alguém que não teme pensar o novo e radicalizar os argumentos. Aos *professores* que me auxiliaram no decorrer dessa trajetória (Raquel Sparemberger, José Ricardo, Andersom Lobato, Francisco Quintanilha, Elisa Celmer e tantos outros) por não escamotear as incongruências do universo jurídico, salientando-as em nome do rompimento com o que está posto e da edificação de alternativas.

Eventuais esquecimentos ainda derivam unicamente da desmemoria deste idoso articulista que, sempre que sai do quarto e vai até a cozinha, acaba esquecendo o que ia pegar.

*“se é o medo que te move
não se mexa: fique onde está!
se é o ódio que te inspira
não respire o ar viciado deste lugar!”*

*eu tenho medo do medo que as pessoas têm
não tenha medo do medo que as pessoas têm
o sol nasce pra todos todo dia de manhã
o mal nasce do medo da escuridão”*

(Deserto freezer – Humberto Gessinger)

“É sintomático que a única construção humana que pode ser vista do espaço seja uma muralha. A chamada Grande Muralha foi erguida para proteger a China das guerras e das invasões. A Muralha não evitou conflitos nem parou os invasores. Possivelmente, morreram mais chineses construindo a Muralha do que vítimas das invasões do Norte. Diz-se que alguns dos trabalhadores que morreram foram emparedados na sua própria construção. Esses corpos convertidos em muro e pedra são uma metáfora de quanto o medo nos pode aprisionar. Há muros que separam nações, há muros que dividem pobres e ricos. Mas não há hoje no mundo muro que separe os que têm medo dos que não têm medo”.

(Murar o medo – Mia Couto)

RESUMO

A presente investigação, que se insere na linha de pesquisa intitulada “Realização Constitucional da Solidariedade”, do Programa de Pós-Graduação (mestrado) em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, intenta problematizar a missão de tutela de bens jurídicos tradicionalmente conferida ao direito penal, assim como a ideologia da defesa social e o discurso de justificação da pena que lhe são inerentes, especialmente no marco do utilitarismo penal reformado de Ferrajoli. Para tanto, este projeto de Direito Penal mínimo será contraposto ao realismo jurídico-penal marginal, modelo de discurso e práxis jurídico-penais cujo desenvolvimento esteve a cargo do penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni. A garantia de segurança é uma das principais promessas da modernidade, sendo que, em *ultima ratio*, o ordenamento jurídico-penal moderno é incumbido de tutelá-la. Surgem diversas matrizes de “missões” que são atribuídas ao poder punitivo, de modo que todas podem ser qualificadas como “positivas”, eis que visam à garantia da segurança, capitaneadas pela ideologia da defesa social. Dentre elas, pode-se dizer que a “exclusiva proteção de bens jurídicos” tornou-se a mais proeminente. A experiência moderna que descreve a trajetória desse ramo do ordenamento jurídico, no entanto, é suficiente para demonstrar sua crise, desde a ineficácia de toda e qualquer função atribuída ao seu principal instrumento: a pena. Na verdade, a pena não apenas deixa de cumprir suas funções declaradas como acaba por cumprir funções latentes que acabam preservando uma sociedade excludente. Sendo assim, a partir do argumento de Zaffaroni é possível efetuar uma cisão entre Direito Penal (enquanto saber e prática dos juristas) e o poder punitivo (enquanto ato/fato de poder dirigido em desfavor de um inimigo). A construção teórica deste jurista permite a atribuição de uma missão “negativa” ao Direito Penal, qual seja, a contenção dos excessos do poder punitivo e a sua máxima racionalização.

Palavras-chave: Direito Penal mínimo. Utilitarismo penal reformado. Realismo marginal. Defesa social.

ABSTRACT

This research, encompassed within the research area entitled “Constitutional Realization of Solidarity”, of the Graduate Program (MSc) in Law and Social Justice of the Federal University of Rio Grande - FURG, intends to question the objective of protecting legal interests, which is traditionally conferred to the Criminal Law, as well as the ideology of social defense and the discourse of just desert that are inherent to it, especially within Ferrajoli’s framework of ‘reformed penal utilitarianism’. For this purpose, this project of minimum criminal law will be opposed to the marginal legal and criminal realism, a discourse model and a legal and criminal praxis developed under the responsibility of Argentinian criminal attorney Eugenio Raúl Zaffaroni. Ensuring security is one of the main promises of modernity, and, in *ultima ratio*, the modern legal and criminal law is what one entrusts in order to safeguard this security. Several arrays of “missions” arise that are assigned to the punitive power, and they all can be qualified as “positive”, since they’re aimed at ensuring safety, driven by the ideology of social defense. Among them, one may say that the “exclusive protection of legal interests” has become the most prominent. The modern experience that describes the background of this branch of law, however, is sufficient to demonstrate its both its crisis and the ineffectiveness of any function assigned to its main tool: punishment. In fact, punishment not only fails to meet its stated functions, but ultimately serves to fulfill other latent functions that end up preserving an exclusionary society. Thus, from Zaffaroni’s argument, it’s possible to create a schism between criminal law (comprehended as a field of knowledge and as the practice of lawyers) and the punitive power (as an act/fact of power directed to the detriment of an enemy). Zaffaroni’s theoretical construction allows one to assign a “negative” mission to the criminal law, namely the containment of excesses of the punitive power and its maximum rationalization.

Keywords: Minimum criminal law. Reformed penal utilitarianism. Marginal realism. Social defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O MODERNO DISCURSO PENAL E O PRIMADO DA SEGURANÇA.....	12
1.1 Edificando a narrativa jurídico-penal na atmosfera do utilitarismo ilustrado: da crítica iluminista à sociedade disciplinar	18
1.2 Ideologia da defesa social, Direito Penal mínimo, e estratégias de domesticação do poder punitivo no marco do utilitarismo reformado.....	41
1.3 O bem jurídico-penal e sua tutela (I): síntese político-criminal do utilitarismo reformado.....	55
2 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E A MISSÃO DO DIREITO PENAL MARGINALMENTE CONTEXTUALIZADA: DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL À NECESSIDADE DE PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS EM MEIO À DISTOPIA PUNITIVA	66
2.1 A assinatura do penalismo brasileiro é a eficácia invertida do sistema penal: assimetria entre o discurso jurídico-penal e a operacionalidade do poder punitivo	78
2.2 A ascensão do medo e perspectivas em segurança após 1988.....	91
2.3 A expansão do poder punitivo como refluxo paradoxal: ampliação dos espaços de tutela	112
2.4 A contração punitiva como condição à cidadania	128
3 ERGUENDO O DIQUE: RECONSTRUINDO O MINIMALISMO JURÍDICO-PENAL A PARTIR DA REALIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER E DE UM AGIR ÉTICO.....	140
3.1 O realismo marginal e a inversão da narrativa jurídico-penal sedimentada: enfática recusa ao <i>jus puniendi</i> e intersecções com a cidadania constitucional.....	144
3.2 A reconfiguração do discurso jurídico-penal sedimentado como condição ética: crítica ao utilitarismo reformado	164
3.3 O bem jurídico-penal e sua tutela (II): possibilidades e implicações éticas para além do narcisismo jurídico-penal.....	203
CONSIDERAÇÕES FINAIS	220
REFERÊNCIAS	226

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa buscará problematizar as condições de possibilidade para um minimalismo jurídico-penal condizente com um Estado Social e Democrático de Direito, coerente, portanto, com os preceitos emanados da Constituição Federal de 1988. Para tanto, irá contrapor dois projetos teórico-políticos de Direito Penal mínimo¹, comparando-os desde o horizonte da emancipação social, isto é, desde seus limites e possibilidades para que se concretizem os ditames constitucionais, especialmente no que tange aos direitos fundamentais e os objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, insculpidos no art. 3º da CF/1988. Os projetos de minimalismo jurídico-penal em questão são o *utilitarismo penal reformado*, expresso na obra de Luigi Ferrajoli e o *realismo jurídico-penal marginal*, oriundo das reflexões de Eugenio Raúl Zaffaroni. A partir do tensionamento do primeiro, visto diante da crítica realista marginal – bem como da crítica transdisciplinar – teremos a oportunidade de aclarar as insuficiências deste projeto no que condiz com a satisfação dos anseios emancipatórios derivados do marco constitucional já referido, bem como das aspirações éticas que orientam a necessidade de um discurso que coíba as ingerências excessivas da violência punitiva, mas também permita “fazer explodir o *continuum* da história”², servindo de orientação teleológica na defesa dos extratos subalternos – isto é, que sirva para reduzir a violência punitiva em prol da vida humana.

Em seu primeiro capítulo, o trabalho procurará revisitar o processo de formação e consolidação do que chamamos de narrativa jurídico-penal sedimentada³, que irá culminar no utilitarismo penal reformado. Nosso argumento será estrutura, portanto, em dois momentos que podem ser distinguidos no interior da narrativa jurídico-penal: o primeiro corresponde ao garantismo-utilitarismo da Ilustração; o segundo, ao Sistema Garantista (SG) e ao utilitarismo reformado ferrajoliano. Será intentada uma incursão através do edifício da modernidade, buscando aclarar os principais componentes do discurso jurídico-penal que dela irá nascer. Veremos que, em sua gênese, essa narrativa esteve impregnada de uma tensão entre o ideal

¹ Julgamos que razão assiste à Silva Sánchez quando aduz que a expressão “Direito Penal mínimo” acaba abrangendo propostas doutrinárias e principalmente político-criminais “cujo denominador comum é uma vocação restritiva do direito penal, mas sem que exista uma coincidência total quanto ao alcance exato das mesmas” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 26). Entretanto, é exatamente aí que este trabalho encontra sua pertinência: nosso intento está em comparar os projetos que serão referidos, justamente apontando suas diferenças qualitativas mais significantes e, optando em favor do que nos parece mais adequado ao ideal de emancipação social, como ficará claro.

² BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da História. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 230.

³ Cf. KHALED JR., Salah Hassan. Por uma nova racionalidade jurídico-penal ou manifesto de insurgência contra o pensamento que anestesia o pensar. *JURIS*, Rio Grande, v. 13, 2012, *passim*.

ilustrado de liberdade e uma antagônica ambição de segurança, organicamente ligada às fantasias – não menos típicas da modernidade – de calculabilidade, previsibilidade, ordem e progresso. Constitui-se, portanto, uma ideologia da defesa social, conferindo-se ao poder punitivo estatal a irrealizável missão de tutela de bens jurídicos.

A credibilidade dessa missão ficou a cargo das respostas dadas pelos juristas em determinado momento histórico à pergunta matricial do Direito Penal moderno – *por que punir?* –, pergunta essa para a qual Ferrajoli confere uma resposta bidimensional: nos termos do seu utilitarismo reformado, caberia à pena estatal a função de coação psicológica do não infrator (prevenção geral negativa), tanto quanto a função de prevenção de violência das penas informais, privadas ou ilegais dirigidas contra o acusado ou autor de um delito por parte de atores não legitimados para essa finalidade, após o sequestro estatal do conflito social.

O segundo capítulo esboçará, ainda que de forma sucinta, a afirmação dos direitos humanos e da cidadania no contexto nacional buscando construir elementos capazes de enunciar o problema de sua consolidação, desde a ótica do controle social punitivo. O objetivo será responder qual é, nesse cenário, a missão possível a um projeto político para o Direito Penal que se mostre condizente com o marco de um Estado Social e Democrático de Direito, mas potencialmente eficaz em cumprir suas promessas (funções manifestas) e prevenir ao máximo os efeitos colaterais do sistema penal (funções latentes).

Já no terceiro capítulo, faremos uso de duas matrizes de crítica que poderão, juntamente com o realismo marginal, auxiliar no parto de uma narrativa jurídico-penal alternativa, isto é, um Direito Penal condizente com os pressupostos extraídos do capítulo anterior. Em um primeiro momento buscaremos traçar uma linha dialógica, isto é, uma intersecção entre o realismo jurídico-penal marginal e a teleologia emanada da constituição (a ser trabalhada no capítulo anterior). Já num segundo momento, tentaremos promover a partir de pressupostos éticos uma fundamentação que permita guiar o discurso jurídico-penal em direção à sua emancipação com relação à ambição de segurança, entendida como a missão civilizatória moderna de eliminação da barbárie do crime, ou contenção/coação do bárbaro criminoso. Em ambos os casos, dirigiremos uma crítica à ideologia da defesa social, a partir do acúmulo teórico/empírico gerado pelo criticismo criminológico. Feito isso, retomaremos a teorização acerca do papel que cabe ao bem jurídico-penal, intuindo problematizar e reconfigurar a missão do direito penal a partir dos pressupostos já trabalhados. Buscaremos esboçar, a partir do realismo marginal, uma missão negativa a ser perseguida pela práxis jurídico-penal, agora não mais calcada da ideologia da defesa social ou na crença preventista da pena, mas no necessário reforço do Estado de Direito e contenção do Estado de Polícia.

Por razões de recorte, cumpre afastar questões conexas. Sendo assim, este trabalho, como já dito, concebe o utilitarismo reformado de Luigi Ferrajoli como a síntese arquetípica do projeto político moderno para um controle penal mínimo, deixando de lado outros modelos que certamente mereceriam maiores considerações, o que extrapolaria o esforço aqui intentado. Concentraremos nosso olhar na distinção entre os dois discursos apontados, cientes de que não esgotam a cosmovisão dos juristas acerca de seu ofício, mas crentes de que a contraposição encontra pertinência no que esses projetos simbolizam.

Sendo assim, qual a lógica dessa escolha? O que há de especial em ambos os projetos? A opção por trabalhar a partir do utilitarismo penal reformado está, antes de tudo, no seu grau de adesão, ainda que seletiva e parcial – muitas vezes flagrantemente distorcida ou mesmo maniqueísta –, por parte coletividade dos atores que de diversas formas lidam com as questões relativas ao controle social punitivo nos últimos anos. Tal aceitação é certamente maior do que a concedida ao realismo jurídico-penal marginal⁴. Outro motivo é de ordem qualitativa: é inegável a importância da obra de Ferrajoli ao reformular de início a fim os pressupostos extraídos do pensamento jurídico-penal moderno, desde as suas considerações epistemológicas até as suas orientações axiológicas. Certamente as considerações desse autor constituem uma síntese privilegiada do potencial discursivo da narrativa penal sedimentada, nos moldes da modernidade, ou seja, seu sistema de pensamento personifica de modo criativo a tradição da qual o autor é herdeiro.

De outro lado, a opção por trabalhar a partir das categorias do realismo marginal se deve, antes de tudo, pelo esforço de diferenciação presente na obra de Zaffaroni, quanto aos fins que podem ser esperados crivelmente do Direito Penal e da pena estatal. Este autor produz inegavelmente um vetor de descontinuidade no seio do próprio discurso jurídico-penal, pondo em evidência as aporias que lhe assombram desde seu apogeu, resolvendo diversas contradições inerentes à sua práxis, especialmente na modernidade periférica, conforme demonstraremos a seu tempo.

O método utilizado será primordialmente o dedutivo. No que concerne ao procedimento de pesquisa, o trabalho consistirá em uma revisão bibliográfica, buscando, como dito, contrapor os projetos de Direito Penal mínimo referidos para ao fim demonstrar as fragilidades do discurso jurídico-penal utilitarista, vistas através do realismo marginal e do criticismo criminológico. Desde já, cabe um alerta: o esboço que se fará não pretende ser

⁴ Partindo do microcosmo dos cursos de direito, Batista aponta que a obra de Ferrajoli possui uma penetração certamente muito maior do que as formulações de Zaffaroni ou mesmo Alessandro Baratta (BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 106).

exaustivo, muito menos esgotar as leituras possíveis acerca do tema. Pelo contrário: a leitura que seguirá constitui um esforço de caracterização e crítica do discurso jurídico-penal sedimentado, esforço esse que, por definição, estará *em aberto*. Trata-se de intentar uma revisão bibliográfica profunda, mas levando-se em conta a necessidade de recuperar a artesanania das ciências criminais⁵ e sem dúvida renunciando conscientemente ao fetiche metodológico⁶ que aflige parte da criminologia – e também do saber jurídico-penal – atualmente. Nesse sentido, o trabalho que segue poderá ser descrito como uma leitura idiossincrática, impressionista e “indisciplinada”⁷ acerca do problema ao qual se opõe: a missão de tutela de bens jurídicos e ambição preventiva próprias do utilitarismo, mesmo em sua vertente reformada.

⁵ Nesse sentido, vale o alerta de Ferrell: “o moderno instrumental da criminologia tem atuado de forma a eliminar a artesanania criativa das investigações criminológicas alternativas” (FERRELL, Jeff. Tédio, crime e criminologia: um convite à criminologia cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 82, jan./fev. 2010, p. 350).

⁶ FERRELL, Jeff. Morte ao método: uma provocação. *DILEMAS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jan./fev./mar. 2012, *passim*.

⁷ FERRELL, 2012, p. 159.

1 O MODERNO DISCURSO PENAL E O PRIMADO DA SEGURANÇA

Por *moderno* compreendemos um paradigma político, cultural e epistêmico que é fruto de um impulso de distinção com relação aos *antigos*. Em grande parte esse impulso foi levado a cabo por uma pluralidade de pensadores que, em comum, partilhavam o anseio de fundar um novo sistema de compreensão da experiência humana no ocidente. Este novo paradigma estaria ancorado em uma série de lógicas que deixam antever seus propósitos de organização social e política. Franklin Baumer⁸ descreve seu surgimento como uma revolução silenciosa que têm início no século XVII⁹, consolidando-se em sua plenitude no século XIX, a partir do qual já demonstra os germes de alguns desgastes que se tornam mais evidentes no século seguinte e na atualidade. No entanto, para o propósito desta reflexão, interessa-nos pontuar alguns dos elementos – ou, simplesmente, *ideias*, conforme o desenvolvimento analítico do referido autor – que fizeram parte dessa trajetória e permanecem vivos no momento de sua crise, precisamente o presente

Nas formulações de Baumer, duas categorias formam a chave para seu quadro de análise acerca do pensamento moderno. A partir da historiografia das ideias, ele descreve a modernidade como uma trajetória que vai desde o predomínio do ser – indicando constância e permanência – ao ulterior apogeu do devir. O devir, para o autor, seria um modo de pensar e conceber a experiência humana ocidental como em constante mudança e evolução em direção a algo sempre novo e diferente. Nesse sentido, a partir desse modo de pensar, a modernidade passaria progressivamente a duvidar de toda a fixidez e dos absolutos, bem como das ideias “eternas”¹⁰, sacrificadas em favor do fluxo cada vez mais veloz que toma de assalto a vida do sujeito moderno¹¹. Para o autor, essa trajetória, como não poderia deixar de ser, se conecta

⁸ BAUMER, Franklin. *O pensamento europeu moderno*. Lisboa: Edições 70, 1977a e 1977b, v. 1 e 2.

⁹ Esse marco temporal talvez deva ser ressalvado a partir da força do argumento de Enrique Dussel. Para esse autor, enquanto paradigma epistêmico, ético, social e político, a modernidade esteve umbilicalmente ligada à dominação colonialista levada a cabo após a chegada do europeu ao continente americano em 1492. Segundo sua lógica, essa data marcaria não o *descobrimento*, mas o *encobrimento* do outro, o não europeu, o selvagem, o bárbaro, o não civilizado. Por esta razão, o autor rejeita o modelo de interpretação que compreende a modernidade como um fenômeno exclusivamente europeu e que têm sua gênese atrelada a fatores internos oriundos daquela sociedade. Opõe, portanto, um modelo analítico que compreende a modernidade como um fenômeno estruturado em relação à dicotomia entre “centro” e “periferia”, um fenômeno caracterizado pela *gestão da centralidade* (DUSSEL, 2012, p. 51 e ss.). Como veremos no segundo capítulo, essa dicotomia entre a modernidade central europeia e a modernidade periférica que tem lugar nas demais nações, especialmente as nações da América Latina é o combustível de um ideal civilizatório do qual o discurso jurídico-penal é tributário.

¹⁰ BAUMER, 1977a, p. 37.

¹¹ Essa trajetória é analisada por Baumer em torno de algumas questões que, segundo o autor, seriam perenes, isto é questões que sempre foram formuladas pelas mais diversas culturas, nos mais diversos períodos. “As questões perenes correspondem, por conseguinte, às perguntas mais profundas que o homem pode fazer acerca de si próprio e do seu universo. São perenes porque o homem não pode deixar de as fazer, e são fundamentais

com “as grandes convulsões dos tempos modernos”, ou seja, as grandes revoluções sociais, culturais e epistêmicas “que mudaram a estrutura social tradicional da Velha Europa, aceleraram o ritmo da vida e bombardearam os sentidos com novos e inumeráveis estímulos”¹².

O sucesso do intento moderno desde o início é relacionado ao *uso da razão*, tida como o instrumento natural para erradicar e vencer a dúvida. Essa lógica, poderíamos dizer, é estruturante do pensamento moderno e acaba repercute nos mais variados âmbitos da existência do sujeito cognoscente que procura a partir de então por verdades objetivas, preocupando-se em identificar regularidades e leis universais capazes de explicar fenômenos de toda espécie¹³. Podemos presenciar um dos principais êxitos da modernidade, quanto à distinção da classe de argumentos que poderão coincidir com o paradigma em formação, no espaço demarcado às concepções teológicas. O século XVII, em que pese ainda não seja descrito por Baumer como um período marcadamente hostil às doutrinas religiosas como foram os séculos posteriores¹⁴, abre caminho para a construção de um *pensamento secular*, demarcando espaços de restrição a argumentos teológicos e simultâneo preenchimento desses espaços por respostas condizentes com o novo paradigma em formação¹⁵. Com efeito, as concepções mais contemplativas da natureza e sociedade, mas também do ser humano e da história, entram em crise, dando lugar a um ideal de transformação dessas esferas, através da ação racional dos sujeitos do conhecimento, dirigida a um *fim útil*¹⁶.

Santos¹⁷, por sua vez, caracteriza a modernidade como um paradigma sociocultural que se assenta em uma tensão dialética exercida entre dois pilares, o da *regulação* e o da *emancipação*¹⁸. O primeiro estaria associado aos princípios do Estado, do mercado e da

para a sua orientação cósmica” (BAUMER, 1977a, p. 27). O autor lista cinco dessas questões: deus, natureza, ser humano, sociedade e a própria história.

¹² BAUMER, 1977a, p. 39.

¹³ BAUMER, 1977a, p. 52.

¹⁴ BAUMER, 1977a, p. 208.

¹⁵ BAUMER, 1977a, p. 85.

¹⁶ BAUMER, 1977a, p. 99. Não por acaso o mesmo autor irá falar em um “homem prometeico” (BAUMER, 1977a, p. 108), sujeito que desafia o pensamento posto – pelos antigos – inaugurando “uma nova perspectiva, mais secular, mais crítica das épocas passadas, mais otimista quanto ao presente e ao futuro”, algo que já “deixa entrever a ideia de progresso” (BAUMER, 1977a, p. 139).

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 50.

¹⁸ Notamos que essa dialética caracteriza praticamente a totalidade dos movimentos que ganham vida através do novo paradigma. Conforme Morin, o humanismo da modernidade europeia possui duas facetas, sendo uma delas a dominante (ou, simplesmente, regulatória) e a outra fraternal (emancipatória). Enquanto a primeira faceta corresponde à ilusão prometeica que traz o homem ao centro do universo e lhe autoriza a dominar cada canto do planeta, a segunda se refere ao imperativo de respeito para com todos os seres humanos, sejam quais forem as condições de sexo, raça, cultura ou nação (MORIN, Edgar. *Cultura e barbárie europeias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 45-46).

comunidade. O princípio do Estado se faz presente na existência de uma relação política obrigacional vertical havida entre cidadãos e Estado. O princípio do mercado se revela na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os atores sociais, concorrentes recíprocos. Já o princípio da comunidade, é assente na obrigação política horizontal solidária entre os diversos membros do grupo em questão. De outro lado, o pilar da emancipação é igualmente constituído por três lógicas, quais sejam, o que o autor chama de racionalidade estético-expressiva (movimentos de arte, em geral), a racionalidade cognitivo-instrumental, própria da ciência e tecnologia e, por fim, a racionalidade moral-prática que viveria na ética e no direito modernos.

Ainda, conforme Santos, sendo o projeto moderno um intento ambicioso e revolucionário – já que, ao fim, o esforço de diferenciação com relação aos antigos atingiu as mais variadas esferas da vida, como se conclui pelo trato das questões perenes, já mencionadas – o cumprimento das promessas modernas acabou sendo excessivo em alguns âmbitos, porém deficitário em outros. O importante, no entanto, conforme assinala, é compreender que tanto os excessos quanto os défices estão desde o início inscritos na matriz do paradigma que surge, muito embora a modernidade pretendesse desenvolver os pilares da regulação e da emancipação de forma harmoniosa, chegando ao fim em uma “completa racionalização da vida coletiva e individual”¹⁹. Importante observar que a ambição ilustrada de moldar uma sociedade em conformidade com o império da razão diz muito sobre o empreendimento moderno. Podemos supor que a razão, a partir do Iluminismo tornou-se a antessala do *progresso* e este último profetizava um “paraíso terreno”²⁰, diferentemente do reino divino descrito pela teologia que perdia espaço conforme avançava o impulso da secularização, como vimos.

A atitude dos modernos, no que tange ao problema dos défices e excessos é descrita por Santos como um empreendimento reconstutivo, na medida em que estes acabaram sendo considerados como desvios fortuitos e aqueles como deficiências de caráter temporário, “qualquer deles resolúvel através de uma maior e melhor utilização dos crescentes recursos materiais, intelectuais e institucionais da modernidade”²¹. Desse modo, para o autor, a gestão reconstitutiva dos excessos e défices foi confiada, sobretudo, à *ciência moderna*, mas também, subsidiariamente ao *direito moderno*²².

¹⁹ SANTOS, 2002, p. 50.

²⁰ BAUMER, 1977b, p. 89 e ss.

²¹ SANTOS, 2002, p. 51.

²² SANTOS, 2002, p. 51.

O contexto europeu, especialmente dos três últimos séculos, ajuda a entender a força que toma a doutrina do progresso. Segundo Arendt, a ideia de progresso enquanto evolução da experiência humana não existia antes do século XVII, sendo que no século XVIII tornou-se comum entre os estratos mais instruídos e no século XIX acaba se convertendo em um verdadeiro dogma quase universalmente aceito²³. Lembremos que o velho continente era o berço de uma revolução sem precedentes no modo de produção, tornando as suas principais nações em grandes potências industriais. Os elementos que favoreceram essa vanguarda são próprios da modernidade, especialmente a partir do Neo-Iluminismo (positivismo) e a estratificação social produzida a partir do ideal de ordem e progresso. Os ventos da história indicavam para os modernos do século XIX a possibilidade de uma evolução – social, econômica, epistêmica e política – sem limites, na qual as mazelas de toda espécie, inclusive a *violência*, poderiam ser remediadas²⁴ à medida que o novo paradigma atingia sua maturidade.

Em termos mais socioeconômicos, dirá Santos que “ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua”, ou seja, “o direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social”²⁵ (o de primeira ordem seria para o autor, obviamente, o cientificismo que conquistava um espaço privilegiado na tessitura da modernidade). Desnecessário lembrar que é nesse marco que se edifica o discurso jurídico-penal da modernidade. Sendo assim, *resta evidente que as configurações desse discurso só poderiam se dar em consonância com os objetivos – mas também com os fracassos – do projeto moderno*, com toda a carga de utilitarismo, racionalidade, e a lógica instrumental que lhe é agregada.

Como dissemos anteriormente, o impulso de distinção levado a termo pelos modernos em contraposição à herança legada pelos antigos torna possível a edificação de uma nova forma de se pensar a experiência humana, especialmente no que concerne a natureza e a sociedade. A atitude contemplativa cede espaço a uma *concepção utilitária* e ativista²⁶, a perspectiva moderna por excelência no que diz respeito ao trato dessas e outras questões. Essa perspectiva foi capaz de fundar todo um sistema de eticidade que tem a ver com “uma corporalidade reduzida a ser uma mera subjetividade empírica orientada pelo cálculo meio-fim ao controle de uma felicidade”²⁷ que poderia estar na satisfação de interesses materiais do

²³ ARENDT, Hannah. Da violência. In: *Crises da república*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 111.

²⁴ “O mal é remediável: esta era a mensagem do Neo-Iluminismo” (BAUMER, 1977b, p. 82).

²⁵ SANTOS, 2002, p. 119.

²⁶ BAUMER, 1977a, p. 48.

²⁷ DUSSEL, 2012, p. 108.

sujeito, da sociedade ou da nação moderna. De fato, o sistema de ética próprio do utilitarismo moderno chega a conceber uma espécie secular de “divina providência”, na qual a conduta individual egoísta e o bem comum da sociedade – e, com isso, a prosperidade do Estado moderno – restariam perfeitamente conciliados²⁸.

Tomando a questão do papel do Estado, Baumer demonstra que as diversas correntes do pensamento político que floresceram na modernidade pareciam concordar com a premissa de que o Estado seria “um mecanismo que podia ser manipulado para produzir mais segurança, liberdade e igualdade”²⁹. Esse deslocamento de atitudes não é somente uma mutação no campo das ideias que circulavam naquele momento histórico, mas conecta-se com os imperativos de uma nova ordem socioeconômica que se edificava a partir da modernidade europeia³⁰. Em tal cenário, esta ética utilitarista expõe sua vocação para legitimar e universalizar as necessidades de um capitalismo emergente, sempre pressuposto nesse sistema de eticidade. Para Dussel, “o utilitarismo se move num círculo abstrato da razão instrumental, onde o fim é a felicidade e onde os meios para alcançá-la são calculados formalmente, mas sempre dentro do mercado capitalista como horizonte”³¹.

Mas, sob o prisma do direito moderno em si, como se chegou a esse contexto? Na verdade, os elementos que tornaram possível a atribuição desse papel ao direito no paradigma da modernidade estão, conforme Santos, presentes desde o direito natural racionalista, passando pela teoria contratualista e, especialmente, no positivismo jurídico. O primeiro procura a “fundação de uma nova ‘boa ordem’ segundo a lei da natureza através do exercício da razão e da observação”³². Já no contratualismo o direito atinge o auge de seu caráter utilitário, devendo servir como instrumento de resolução dos conflitos que, no “estado de natureza” pré-contratual, levariam ao caos, guerra e violência disseminados e desmedidos³³.

²⁸ DUSSEL, 2012, p. 109-110.

²⁹ BAUMER, 1977a, p. 254-255.

³⁰ “Esta perspectiva utilitária estava em desacordo com as tradicionais concepções do conhecimento, a aristotélica e agustiniana, que salientavam o conhecimento ou a sabedoria em si. Contudo, era o produto, não só da reação contra uma escolástica acadêmica e árida, mas também de uma sociedade urbana e comercial crescente, interessada em ‘obras’” (BAUMER, 1977a, p. 48).

³¹ DUSSEL, 2012, p. 112-113.

³² SANTOS, 2002, p. 119.

³³ SANTOS, 2002, p. 135. Essa formulação ganha notoriedade a partir da antropologia de Thomaz Hobbes, não por acaso eleito por Santos como o teórico que melhor formulou o “princípio do Estado” no mosaico discursivo da modernidade (SANTOS, 2002, p. 50). Para Hobbes, o Estado – leia-se o Estado Absolutista, em que pese já ancorado em pressupostos secularizados típicos do contratualismo e não da teoria do “direito divino” (cf. BAUMER, 1977a, p. 125) – surge para deter o ímpeto violento do ser humano, completamente sem freios no “estado de natureza” pré-contratual. Essa antropologia é verdadeiramente paradigmática no trato da hipótese moderna do fim da violência – condizente com o ideal de perfeita racionalização do tecido social, como visto –, pois, a partir desse ideal o ordenamento jurídico moderno (e o jurídico-penal em particular) significaria o avanço civilizatório que eliminaria “[...] constante e gradualmente, os resquícios da natureza selvagem do humano” (CARVALHO, S., 2012, p. 165).

Por fim, o positivismo jurídico buscou retirar do caminho todos os empecilhos que se colocavam diante do desenvolvimento social, então reduzido ao desenvolvimento da ordem capitalista³⁴.

Numa tal conjuntura, conforme Santos, o Estado – e o direito estatal – encontra-se “legitimado principalmente pela segurança que pode conferir às relações de propriedade”³⁵. Essa espécie de utilitarismo veio na esteira de um momento em que a ordem almejada se consubstanciava na certeza, previsibilidade e controle que naturalmente rumaria ao progresso e a felicidade na Terra. Necessário observar, no entanto, que nesse contexto onde os objetivos de ordem e progresso apareciam atrelados ao desenvolvimento da experiência humana em todas suas dimensões, era natural que os propósitos conferidos ao direito moderno soassem perfeitamente harmônicos em relação aos objetivos emancipatórios a ele atribuídos originalmente. Para Santos, o que há de complexo no paradigma moderno está no fato de o direito ser ao mesmo tempo “vontade do soberano, manifestação de consentimento e autoprescrição. Pode oscilar entre uma extrema instrumentalidade e uma extrema indisponibilidade, mas é sempre o exercício da regulação em nome da emancipação”³⁶.

Interessante notar, no entanto, na linha do que propõe o mesmo autor, que o esplendor do paradigma moderno põe em curso uma despolitização dos problemas sociais, vistas a partir de então como problemas de ordem técnica ou científica³⁷. Para essa espécie de problemas, o próprio pensamento jurídico moderno acaba transmutando-se em busca de uma cientificidade própria, adequada às necessidades de uma gestão racional e instrumental da sociedade. “Não é o saber pelo saber, mas o saber como instrumento para a ação, para o domínio”³⁸ a premissa que move o pensamento jurídico a partir de certo momento da modernidade. Cumpridas essas necessidades, Santos nos mostra que “a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica”³⁹. Em outras palavras:

[...] a racionalidade moral-prática do direito, para ser eficaz teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência ou ser isomórfica dela. [...] a gestão científica da sociedade teve de ser protegida contra eventuais oposições através da

³⁴ SANTOS, 2002, p. 141 e ss.

³⁵ SANTOS, 2002, p. 136.

³⁶ SANTOS, 2002, p. 138.

³⁷ Na verdade, na medida em que o paradigma moderno se consolida, especialmente a partir do Neo-Iluminismo do século XIX, toda e qualquer reflexão ética acerca das finalidades da práxis e do discurso jurídico passa a ser rechaçada enquanto um postulado metafísico. Nota-se que *essa ideia de metafísica* adquire progressivamente um status desprivilegiado conforme avança espírito da modernidade. Um exemplo disso está na própria construção da historiografia positivista que buscava “[...] exorcizar, de uma vez por todas, os fantasmas da metafísica” (BAUMER, 1977b, p. 90).

³⁸ ZEA, Leopoldo. *Discurso desde a marginalização e a barbárie*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 314.

³⁹ SANTOS, 2002, p. 143.

integração normativa e da força coercitiva fornecida pelo direito. Por outras palavras, a despolitização científica da vida social foi conseguida através da despolitização jurídica do conflito social e da revolta social⁴⁰.

Essa transição do direito, que vai de uma racionalidade moral-prática a uma racionalidade cognitivo-instrumental, ocorre em paralelo a um fenómeno identificado por Santos como *a absorção do pilar da emancipação pelo pilar da regulação*. Tratar-se-ia, assinala, de uma “colonização gradual das diferentes racionalidades da emancipação moderna pela racionalidade cognitivo-instrumental da ciência [que] levou à concentração das energias e das potencialidades emancipatórias da modernidade na ciência e na técnica”⁴¹. Igualmente, no pilar da regulação, conforme o diagnóstico do autor, ao invés de um desenvolvimento paralelo harmónico de seus princípios, obteve-se um desenvolvimento excessivo do princípio do mercado, em detrimento dos outros dois que constituem esse pilar – os princípios do Estado e da comunidade⁴².

A redução da emancipação moderna à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e a redução da regulação moderna ao princípio do mercado, incentivadas pela conversão da ciência na principal força produtiva, constituem as condições determinantes do processo histórico que levou a emancipação moderna a render-se à regulação moderna. Em vez de se dissolver no pilar da regulação, o pilar da emancipação continuou a brilhar, mas com uma luz que já não provinha da tensão dialéctica inicial entre regulação e emancipação – tensão que ainda pode ser percebida, já sob o crepúsculo, na divisa do positivismo oitocentista “ordem e progresso” –, mas sim dos diferentes espelhos que refletiam a regulação. Neste processo, a emancipação deixou de ser o outro da regulação para se converter no seu duplo⁴³.

Apropriando-nos do quadro analítico desenvolvido por Santos, teremos condições de formular uma questão fundamental para os fins dessa reflexão: o que significaria afinal, nos termos do debate a ser travado ao longo da nossa intervenção, a emancipação social ter se convertido em um duplo da regulação social? Que consequências essa análise traz, em particular, ao discurso jurídico-penal moderno na contemporaneidade, no contexto nacional?

1.1 Edificando a narrativa jurídico-penal na atmosfera do utilitarismo ilustrado: da crítica iluminista à sociedade disciplinar

⁴⁰ SANTOS, 2002, p. 52.

⁴¹ SANTOS, 2002, p. 55-56.

⁴² SANTOS, 2002, p. 56.

⁴³ SANTOS, 2002, p. 57.

Tratar criticamente da formação do discurso jurídico-penal na modernidade ocidental significa, em última instância, problematizar o modo glorificante como os penalistas contam a sua história, vista como uma caminhada em direção ao *progresso* das estratégias punitivas⁴⁴. O discurso jurídico-penal surgido com a modernidade atende aos imperativos do novo paradigma, se articulando com os ideais de segurança, economia, racionalidade e humanidade que o acompanham. Em seu bojo, podemos encontrar facilmente os objetivos matriciais de emancipação e regulação social que acompanham a modernidade, como vimos. Trata-se, sobretudo, de uma narrativa linear que descreve as práticas punitivas como em constante processo de humanização, apontando para a razão e a utilidade da intervenção penal. A história do controle punitivo seria, nesse marco compreensivo, a história de sua progressiva racionalização e submissão a limites⁴⁵ traçados pela necessidade dessa forma de intervenção. O projeto moderno mantém em sua *autoimagem idealizada* – que seguramente não mantém correspondência com a realidade histórica, como veremos – o antagonismo do par *civilização (cultura)* e *barbárie*, a partir do qual se opta pela primazia do primeiro polo, restando simplesmente eliminar o segundo⁴⁶, visto como um resquício pré-moderno, um ruído que insiste em confrontar o paradigma nascente.

Desde a formação do Estado de Direito moderno, o discurso jurídico-penal é trabalhado a partir da centralização do poder punitivo no seio da administração estatal. Zaffaroni *et al*⁴⁷ nos mostram que o exercício do poder de punir, nos contornos que ostenta até o presente, surge do confisco do conflito criminal das mãos da vítima, passando a integrar o conjunto de atribuições exclusivamente estatais. Para os autores, *a historiografia jurídico-penal tradicional celebra o progresso que representou essa passagem como o prelúdio da racionalidade do controle punitivo*, tão defendida pelos reformadores da Ilustração, como veremos. A noção de centralização do poder de castigar nas mãos do Estado condiz com o intento moderno de abolir certas violências e extinguir a barbárie, identificadas com a irracionalidade do ser humano quando o mesmo se encontra à margem do processo civilizatório⁴⁸. Esses focos de barbárie haveriam de ser erradicados conforme se aprimora a

⁴⁴ KHALED JR., 2008, p. 79.

⁴⁵ Por todos, cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madri: Universidade Complutense, 1995, p. 38.

⁴⁶ CARVALHO, S., 2012, p. 165.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1, p. 500-501.

⁴⁸ Conforme Zea, esse é o próprio sentido da palavra “bárbaro”, ou seja, aquele que balbucia, aquele que não domina uma determinada linguagem, que está à margem de um determinado sistema de lógica, um *logus* (ZEA, p. 2005, p. 50). Ainda, segundo Morin, “um dos aspectos da barbárie europeia foi chamar de bárbaro o outro, o diferente, em vez de celebrar essa diferença e de ver nela uma ocasião de enriquecimento do conhecimento e da relação entre humanos” (MORIN, 2009, p. 51).

concentração estatal da violência já que o Estado tornar-se-ia o local do uso racional da própria violência assim como o motor do progresso inexorável. Por essa razão, autores como Ferrajoli identificam no confisco estatal do conflito o momento da vitória moderna sobre a “vingança”, ou seja, o autor preconiza uma relação de descontinuidade entre esse exercício punitivo e a pena estatal⁴⁹ – teremos a oportunidade de revisitar esse traço da teoria ferrajoliana mais adiante, apenas adiantamos que essa leitura histórica do direito penal e sua racionalidade, de modo geral representa a cosmovisão jurídico-penal, contra a qual nos insurgimos neste trabalho, como ficará claro.

Nesse contexto, a narrativa jurídico-penal conclama um *monopólio da violência* por parte do Estado moderno que adquire a prerrogativa do exercício racional e utilitário dos meios de coerção. Sem prejuízo de outros meios, o Estado passa até mesmo a ser definido, nos termos indicados por Weber, como o detentor único de um meio específico para a realização de fins diversos. O meio em questão é o uso da violência, o que leva o autor a concluir que “o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o *monopólio do uso legítimo da força física* dentro de um determinado território”⁵⁰. Ao menos no plano discursivo, esse intento de institucionalização – racional e teleológica – da violência é, portanto, uma característica da sociedade moderna⁵¹. Mesmo outros exercícios de violência praticados por atores diversos só se dão por legitimados, no contexto de uma ordem jurídica moderna, a partir da delegação estatal, já que nenhuma outra instituição ostenta com legitimidade o manejo da violência senão pelo consentimento da ordem jurídica que a precede⁵².

Essa comunidade humana que é o Estado moderno estrutura-se em função de uma relação de dominação mantida em parte através da violência considerada legítima, ou seja, inexistente o Estado se a autoridade dos governantes for inócua⁵³ e, para que não o seja, a força

⁴⁹ Conforme o autor, “historicamente, o direito penal nasce não como o desenvolvimento, mas, sim, como *negação da vingança*, em descontinuidade e em conflito com a mesma e não em continuidade, justificando-se não com o propósito de garanti-la, mas com aquele de impedi-la. É bem verdade que a pena substituiu, nas origens do direito penal, a vingança privada, mas esta substituição não é nem explicável historicamente nem tampouco justificável axiologicamente com a finalidade de melhor satisfazer o desejo de vingança, que, por si só, constitui uma ‘culpável e atroz paixão’, mas, ao contrário, com aquela de solucioná-lo e de prevenir-lhe as manifestações. Neste sentido, podemos bem dizer que a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 309-310).

⁵⁰ WEBER, Max. A política como vocação. In: *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 98.

⁵¹ GAUER, Ruth Maria Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (Orgs.). *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 18.

⁵² “Especificamente no momento presente, o direito de usar a força física é atribuído a outras instituições ou pessoas apenas na medida em que o Estado o permite. O Estado é considerado como a única fonte do ‘direito’ de usar a violência” (WEBER, 1982, p. 98).

⁵³ WEBER, 1982, p. 98-99.

de seu domínio requer a prerrogativa de castigar a transgressão. Sendo assim, no âmbito da narrativa jurídico-penal sedimentada, a violência informal ou privada é violência espúria, um ruído que insiste contradizer a autoridade do direito estatal, reconhecida como legítima no advento do novo paradigma. A questão da violência privada – tida como um ruído pré-moderno, um resquício de barbárie destinado a desaparecer diante do esplendor do novo paradigma, como vimos – e os meios para seu enfrentamento ganham, portanto, espaço na reflexão dos modernos. É como resultado dessa reflexão que o projeto político moderno acaba por dotar o Estado e seu controle penal de uma missão civilizatória⁵⁴. Ao fim e ao cabo, *esta é a imagem obtida quando o discurso jurídico-penal da modernidade confronta-se acriticamente com o espelho*. É nesses termos que tratam as diversas formulações que deram vida a essa narrativa, mesmo que essa interpretação não condiga com os efeitos reais produzidos pelo direito penal no marco de sua missão civilizatória.

Conforme Baratta, a gênese do pensamento jurídico-penal moderno pode ser correlacionada à teoria contratualista. Segundo o autor, o pacto social que acompanha a modernidade, assim como o seu projeto jurídico está ligado aos esforços no sentido de conter a *guerra*, mas também de civilizar os atores sociais, submetendo-os, assim como aos conflitos em geral, às regras institucionais⁵⁵. Dessa forma, “en el interior de este proceso, la seguridad de los ciudadanos constituye la promesa central del Estado”, ou seja, “la condición de validez y de eficacia del pacto es la eliminación de la violencia gracias al monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte de un Estado imparcial”⁵⁶. As formulações que deram andamento à narrativa jurídico-penal encaram o poder punitivo como um instrumento capaz de assegurar segurança aos cidadãos, sem se prever, desde o interior dessa narrativa, a exceção de massas populacionais que não terão garantida qualquer segurança, ou, ainda, o extremo zelo conferido ao direito de propriedade, como veremos oportunamente.

Dentre essas formulações discursivas, uma em especial necessita de atenção, em razão da força que adquire no imaginário jurídico-penal do novo paradigma e o bem sucedido empenho em sistematizar um conjunto de ideias que se encontravam dispersas nos sistemas de pensamento de outros autores da Ilustração⁵⁷. Partindo da teoria contratualista, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, identifica a origem das penas e do direito de punir (*jus*

⁵⁴ “As violências, manifestas e, inúmeras e distintas condutas desviantes, impedem a constituição da civilização. O fenômeno da violência representa, portanto, um dos últimos obstáculos a ser extirpado para que o projeto civilizatório se torne pleno” (CARVALHO, S., 2012, p. 166).

⁵⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 175.

⁵⁶ BARATTA, 2004, p. 176.

⁵⁷ KHALED JR., Salah Hassan. A gênese do saber criminológico oitocentista. *JURIS*, Rio grande, v. 12, p. 109-132, 2006-2007, p. 114.

puniendi) no instante do pacto social, ou seja, na necessidade que obriga as pessoas a cederem uma parcela de suas liberdades a fim de constituírem um ente superior capaz de garantir, pelo uso comedido da violência, a segurança no usufruto das liberdades restantes.

É de se notar, no entanto, que essa união de parcelas de liberdade não se trata de um ato de extremo desprendimento do cidadão por duas razões principais: em primeiro lugar, o interesse em ceder uma parcela da liberdade não é totalmente altruísta⁵⁸, mas remonta ao desejo de cada um em usufruir do restante com a necessária segurança, livre da tormenta que seria o “estado de natureza” pré-contratual⁵⁹; em segundo lugar, mesmo nos moldes do referencial contratualista nenhuma pessoa seria capaz de ceder toda a sua liberdade no processo fictício do pacto social. Na verdade, tratar-se-ia de dispor apenas da parcela suficiente para que fosse possível dar vida e movimento ao ente estatal, depositário único do exercício da violência. Dai o completo rechaço do autor à pena de morte, por exemplo, uma vez que ninguém seria capaz, no momento contratual, de ceder toda a sua liberdade em favor do respeito às demais, o que equivaleria à própria morte⁶⁰. Conforme o marquês:

[...] somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas liberdades constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo⁶¹.

⁵⁸ “Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens” (BECCARIA, 2008, p. 18).

⁵⁹ No sistema de pensamento de Beccaria, como, em geral, no restante dos contratualistas, respeitadas as suas diferentes nuances, o surgimento do ordenamento jurídico é o momento que marca a passagem de uma ordem incivilizada pura, um estado generalizado de beligerância a um contexto de primazia das leis, onde as vontades e necessidades dos mais fracos poderiam ser respeitadas. “Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, [os homens] sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança” (BECCARIA, 2008, p. 19).

⁶⁰ “A soberania e as leis nada mais são do que a soma das pequenas partes de liberdade que cada qual cedeu à sociedade. Representam a vontade geral, que resulta da união das vontades individuais. Mas quem já pensou em dar a outros homens o *direito* de lhes tirar a existência? Será o caso de se supor que, por sacrificar uma parte ínfima de sua liberdade, cada indivíduo tenha desejado arriscar a própria vida, o bem mais precioso de todos?” (BECCARIA, 2008, p. 51-52). É interessante notar que, estando o fundamento do *jus puniendi* em Beccaria associado ao referencial contratualista, o autor desenvolve o argumento ao limite de seu potencial retirando da soberania social o direito de dispor da vida dos pactuantes, eis que extrapolaria o que cada qual precisou ceder para a criação do Estado. No entanto, é preciso que se diga que grande parte da crítica do autor à barbárie da pena de morte não se refere à coerência para com a teoria contratualista, mas para com o espírito utilitário moderno. Os argumentos restantes dão conta de demonstrar o quão prejudicial essa prática punitiva podia se tornar, no contexto de uma sociedade ilustrada. Retomaremos essa questão logo após.

⁶¹ BECCARIA, 2008, p. 19-20.

O *espírito utilitário moderno* e seus desígnios ao poder de punir podem ser contemplados em Beccaria, especialmente a partir de sua crítica à inútil desumanidade das práticas penais de seu tempo⁶². Sendo o autor um dos principais representantes da crítica iluminista à tirania dos castigos próprios do Estado Absolutista, não é menos reconhecido por seu esforço em repensar o papel cabível às penas tendo como ponto de referência as luzes da modernidade. Temos no discurso desse autor a versão mais trabalhada do próprio *utilitarismo jurídico-penal iluminista*, pauta política que serviu historicamente para a consolidação política do racionalismo moderno e do Estado Liberal em oposição ao poder do soberano absolutista. A persecução dessa pauta implicava uma tomada de posição em favor da moderação das penas, e nesse objetivo Beccaria merece algum destaque. No que concerne a nossa análise, cumpre referir as configurações que o poder de punir toma na obra desse autor, o que nos permitirá apreciar com maior acerto a autoimagem moderna do discurso jurídico-penal que se sedimentou antes do advento do utilitarismo reformado, que será objeto de reflexão posterior – lembrando, é claro, que a obra de Beccaria sintetiza a maior parte das promessas modernas quanto às penas e ao direito de punir; os rumos tomados por esse exercício de poder e a justificação conferida historicamente pelo penalismo não necessariamente guardam paralelo com essa projeção, como teremos a oportunidade de ver.

Para Beccaria, a finalidade das penas não poderia estar em aniquilar o sujeito desviante, como no contexto do suplício, técnica tida como anacrônica e dispensável. Também não estaria atrelada ao intento de desfazer o crime passado, o que logicamente seria impossível⁶³. Trilhando essas duas alamedas – e isto é fulcral para compreendermos o sistema de pensamento desse autor e de todo o utilitarismo ilustrado – o poder punitivo não se converte em direito de punir. Não há *jus puniendi*, para o autor, quando os castigos visam tais objetivos irracionais, pois se convertem em um poder de fato e não de direito, como já dito. Mas quais seriam então, na ordem de seu pensamento, os fins possíveis de se conferir ao poder de punir para dotá-lo de legitimidade no seio do novo paradigma?

⁶² De fato, todo o corpo de pensamento que formou o chamado garantismo ilustrado tratou de insurgir-se contra as práticas penais, produzindo – querendo ou não – argumentos contra a própria lógica do Estado Absolutista. Essa insurgência representou verdadeiro intuito emancipatório, coerente com o paradigma moderno, portanto. “Do repúdio às arbitrariedades do período absolutista, foram colocados os fundamentos do direito penal moderno, cuja característica era de uma intervenção limitada e restrita, bem como de tutela de liberdades individuais diante de um Estado propenso a violar os direitos fundamentais da pessoa humana. Havia, portanto, um significado humanitário no paradigma, em que estavam previstos limites ao poder de punir face à liberdade individual e em que era empreendida uma racionalização do poder punitivo, buscando garantir o indivíduo contra qualquer intervenção autoritária” (KHALED JR., 2006-2007, p. 114).

⁶³ BECCARIA, 2008, p. 49.

Segundo Beccaria, o fundamento capaz de tornar legítimo o poder punitivo estatal estaria em sua capacidade para perseguir a finalidade única de “obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar seus concidadãos do caminho do crime”⁶⁴. Observa-se, assim, o caráter nitidamente *preventista* que toma conta de seu manifesto. Estando o direito de punir relacionado ao potencial de *prevenção do delito futuro* que o castigo apresentaria, a necessidade de crueldade ou espetacularização das penas, próprias de um anacrônico suplício passa a ser questionada. Para o marquês, “a fim de que o castigo surta o efeito [dissuasório] que se deve esperar dele, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado retirou do crime”, e acrescenta: “qualquer excesso de severidade torna-a [a pena] supérflua e, portanto, tirânica”⁶⁵.

O efeito da pena, para Beccaria, não está necessariamente no grau de sofrimento ou na gravidade da mutilação imposta pelo soberano ao infrator, mas antes na certeza da punição que deveria vir inexoravelmente após o desvio criminoso. “A perspectiva de um castigo moderado, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de impunidade”⁶⁶. Nessa acepção utilitária, mais valeria um castigo leve capaz de prevenir delitos futuros do que a mais degradante das penas, carente de efeito dissuasório. Este juízo *conecta os parâmetros político-epistêmicos do paradigma moderno às condições de legitimidade para a ingerência do poder punitivo, fundando um discurso jurídico-penal condizente com o espírito do Iluminismo*. Em última instância, para que a pena não se resuma a um ato de violência ilegítima contra o cidadão, no marco do utilitarismo moderno-iluminista ela “deve ser, de modo essencial, pública, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”⁶⁷.

O discurso jurídico-penal em Beccaria – como, de resto, nos demais pensadores europeus do século XVIII – se associa, de uma forma ou de outra, ao empreendimento moderno que historicamente acaba questionando o poder do soberano absolutista e permite, desse modo, a fixação de garantias individuais em favor do indivíduo e em contraposição ao Estado que teria limitada a sua ingerência⁶⁸, mesmo que essa não fosse a finalidade que guiou

⁶⁴ BECCARIA, 2008, p. 49.

⁶⁵ BECCARIA, 2008, p. 50.

⁶⁶ BECCARIA, 2008, p. 64.

⁶⁷ BECCARIA, 2008, p. 107.

⁶⁸ Evidentemente esse intento questionador não foi totalmente linear ou sequer consensual. Baumer problematiza a atmosfera do pensamento político do século XVIII, demonstrando que as doutrinas políticas que circulavam não desaguavam necessariamente no Estado Liberal que vem a se consolidar mais tarde. Havia no século XVIII muito do conservadorismo de outrora, de modo que as orientações políticas em questão formavam um verdadeiro caleidoscópio. “Um utilitarista, por exemplo, podia ser liberal, conservador ou revolucionário, assim

a insurgência do autor⁶⁹. O escopo de atuação do soberano, nos moldes desse garantismo iluminista, esbarraria na necessidade do castigo que já não encontra legitimação apriorística na vontade do monarca. De acordo com os novos parâmetros, as penas, para atingirem um mínimo de legitimidade, precisariam estar atreladas a utilidade social possível de ser obtida, nada menos que isso. O utilitarismo penal ilustrado, com Beccaria, caracteriza-se, sob um ponto de vista ideal, em uma pena e um direito penal orientados na busca de “*todo o bem-estar possível para a maioria*”⁷⁰.

Conforme Khaled Jr., os pensadores do garantismo ilustrado buscaram promover uma reelaboração teórica da lei penal, de modo que se abrisse caminho para a implantação de um Estado de Direito moderno em oposição ao Estado Absolutista. No conteúdo dessa revisão teórica encontra-se a disjuntiva entre crime e falta moral ou religiosa, o que indica um intento de secularização da norma penal⁷¹ que guarda relação com a exigência de utilidade do castigo, como condicionante de legitimidade política da intervenção punitiva, formulações já expressas na obra do marquês, como dito. Garantias individuais, racionalidade e utilidade da intervenção penal caminhavam em paralelo no âmago do discurso jurídico-penal do utilitarismo iluminista.

Em que pese à crítica dos reformadores iluministas – Beccaria em especial – tenha repercutido, na circunscrição europeia da modernidade, em uma atenuação e posterior supressão dos suplícios correlacionados a um decadente Estado Absolutista, a compreensão desse fenômeno depende do marco teórico eleito para tanto. Em geral, podemos constatar que os penalistas identificam no empreendimento ilustrado uma agenda de humanização e progresso do controle social punitivo, agenda essa que irá desenhar grande parte dos traços elementares do discurso jurídico-penal na atualidade. Sendo assim, por afeição ao nosso intento de revisitar o discurso jurídico-penal moderno a partir de um referencial crítico, *será necessário retroceder e erigir uma historiografia alternativa que seja capaz de expor as*

como um crente na ‘natureza’ podia apoiar uma versão democrática ou autocrática do contrato social” (BAUMER, 1977a, p. 253). No entanto, o peso de concepções como o direito natural e o próprio contratualismo – independente da radicalidade com que eram tratadas pelos teóricos – não deve ser subestimado. Evidência disso pode ser encontrada no esvanecimento de concepções como o “direito divino” do soberano, descartada mesmo no despotismo (esclarecido) daquele século (BAUMER, 1977a, p. 253-254).

⁶⁹ Não se sugere que a crítica de Beccaria estava dirigida aos regimes absolutistas em geral. De fato, o autor faz questão de esclarecer no prefácio de sua obra que “muito ao contrário de pensar em diminuir a autoridade legítima, constatar-se-á que todos os meus esforços foram no sentido de engrandecê-la; e ela de fato se engrandecerá, quando a opinião pública puder mais do que a força, quando a indulgência e a humanidade puderem fazer com que se perdoe aos príncipes o poder que têm” (BECCARIA, 2008, p. 12). Entretanto, é fato que sua obra produziu uma crítica profunda a uma economia de poder que era própria dessa anatomia política e, por essa razão, soma-se aos abalos levados a cabo pela Ilustração.

⁷⁰ BECCARIA, 2008, p. 16.

⁷¹ KHALED JR., 2006-2007, p. 115.

contradições ocultas desse saber. Podemos supor que a identificação desses paradoxos contidos no próprio discurso do utilitarismo iluminista nos possibilitará compreender os défices e excessos que acometeram esse empreendimento teórico e sua práxis.

Como realizar tarefa tão árdua? De que contradições discursivas padece a narrativa jurídico-penal moderna? Como escapar da armadilha de compreendê-la a partir do viés glorificante e crente em sua progressiva racionalização? Cremos que uma resposta competente só pode se dar a partir do estudo da historicidade do controle penal moderno, concretamente considerado, o que implica um distanciamento inicial com relação ao próprio discurso jurídico-penal que o alberga.

Para Rusche e Kirchheimer, o problema das análises tradicionais quanto à história dos sistemas de punição é que essas apreciações concentram-se na ótica das teorias jurídico-penais (*funções manifestas*) e olvidam as verdadeiras realizações do poder punitivo estatal no tecido social (*funções latentes*). Tanto as teorias absolutas (retributivas) quanto teleológicas (utilitárias) deixam de fornecer mecanismos de compreensão capazes de explicar “a introdução de certos métodos de punição no interior da totalidade do processo social”⁷² – e não a eleição de *outras formas* de se lidar com o fenômeno do desvio. Nesse sentido, os autores sustentam que, ao fim, as teorias penais, mais do aclarar, ajudaram a obscurecer o conteúdo das análises históricas do controle punitivo⁷³.

A par desse argumento, podemos supor que não há futuro para uma crítica dos sistemas de punição, mas também – o que nos interessa nessa pesquisa – do próprio discurso jurídico-penal que os sustenta, sem uma rejeição inicial ao ideal de correspondência entre o Direito Penal (enquanto discurso, narrativa e saber dos juristas⁷⁴) e a concretude das práticas punitivas. “Considerar as práticas penais mais como um capítulo da anatomia política do que uma consequência das teorias jurídicas”⁷⁵, como propõe Foucault, é o esforço que nos move. Na contramão da tradição dominante, precisamos opor um viés que busque compreender a mecânica, mas também a conexão dos regimes de punição com a estrutura econômico-social,

⁷² RUSCHE, Geor; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2004, p. 17-18.

⁷³ RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 18.

⁷⁴ Para os fins deste trabalho utilizaremos, para nos referir ao discurso, programa ou narrativa jurídico-penal, a expressão “Direito Penal”, a partir do referencial de Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia, que rejeitam uma correspondência entre ela e a norma penal ou o poder punitivo estatal (cf. ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 38 e ss.). Quanto ao ordenamento jurídico-penal, entendido como o conjunto de normas penais, nos referiremos, quando oportuno, pela expressão “direito penal” (com minúsculas), para que se evite confusão com o discurso jurídico acerca do crime e do controle penal. Salientamos, desde já, que tomaremos a liberdade de readequar essas expressões nas citações, conforme o autor esteja se referindo ao discurso/programa/saber ou ao ordenamento jurídico-penal.

⁷⁵ FOUCAULT, 2009, p. 31.

epistêmica e política, prescindindo, inicialmente, do foco nas teorias jurídicas da pena – que se concentram nos fins ideais e, portanto, podem ser descritas, na linha do que referem Rusche e Kirchheimer, como *ideológicas*.

Para adotar uma abordagem mais profícua para a sociologia [e historiografia] dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da pena de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico e, por fim, trabalha-la a partir de suas verdadeiras relações. A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre delito e pena impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isto tudo tem que acabar. A pena não é uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais. Nós não negamos que a pena tenha fins específicos, mas negamos que ela possa ser entendida tão somente a partir de seus fins. [...] A pena como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas⁷⁶.

O deslocamento do enfoque exige, assim, a desconstrução da premissa de que as transformações dos sistemas de punição apenas acompanham as demandas de luta contra o crime. Para Rusche e Kirchheimer, essa explicação é insuficiente e, portanto, encobridora do real, já que deixa de analisar o encaixe específico que cada modelo punitivo apresenta com relação à estrutura sócio-política historicamente definida. Importa, para eles, perceber as conexões havidas entre a punição e o modo de gestão de recursos e produção de riqueza que no paradigma moderno será definido nos termos do princípio do mercado que sobrepujou os demais componentes da regulação social, como vimos anteriormente. “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”, afirmam os autores⁷⁷.

Importa, assim, retroceder até o ponto da formação do discurso jurídico penal na linha do utilitarismo ilustrado. Com isso pretendemos aclarar com lucidez e criticismo a funcionalidade apresentada por esse corpo de saber, o que nos forçará a seguir as suas pegadas, mas agora sob um viés exterior aos seus próprios códigos, buscando compreendê-lo a partir de sua inserção histórica no projeto político da modernidade, especialmente no que tange aos embates com o Estado Absolutista e à ascensão de uma nova classe dominante, a burguesia, sob a guarida do Estado Liberal que triunfa historicamente.

⁷⁶ RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 19.

⁷⁷ RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 20.

Foucault, ao narrar a passagem dos suplícios para o que seria a era da “sobriedade punitiva”⁷⁸, nascida com a modernidade e o garantismo reformador do Iluminismo, descreve a transição de uma economia política centrada na vontade do soberano, própria do período absolutista, a uma economia política voltada às necessidades de desenvolvimento do capitalismo. Para o autor, o suplício penal pré-moderno deve ser entendido enquanto uma técnica ou um ritual político⁷⁹ de reafirmação simbólica do poder do soberano. “O crime, além de sua vítima, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe”⁸⁰. O direito de punir, nesse contexto, confunde-se com o direito do soberano de guerrear contra seus inimigos, defender-se de seus ataques.

Em toda infração há um *crimen majestatis*, e no menor dos criminosos um pequeno regicida em potencial. E o regicida, por sua vez, não é nem mais nem menos que o criminoso total e absoluto, pois em vez de atacar, como qualquer delinquente, uma decisão ou uma vontade particular do poder soberano ele ataca seu principio na pessoa física do príncipe⁸¹.

Sendo um ritual político, o suplício trazia ao palco o soberano ofendido e o criminoso ofensor, mas é preciso se ter em mente que nesse cerimonial “o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido”⁸². Devemos atentar, portanto, a uma peculiaridade dessa técnica penal: o suplício intentava incutir o medo ao encenar o aniquilamento do criminoso. Por essa razão, era impróprio que esse ritual fosse manejado em segredo, já que a publicidade e o espetáculo são elementos constitutivos dessa técnica que não poderia atingir seu objetivo se carecesse desses atributos. No entanto, para Foucault, a publicidade do ritual era necessária também por um aspecto menos visível. Segundo o autor, o suplício requeria a presença do povo que, em comunhão com a força soberana, termina por levar o aniquilamento do transgressor às suas últimas consequências, gravando no corpo do supliciado o conteúdo de seu desvio. Nisso consistia o sentido político primordial do suplício, pois não bastava que os espectadores reavivassem o seu medo ante o poder do soberano, o povo deveria testemunhar e garantir a punição e, até certo ponto, haveria

⁷⁸ FOUCAULT, 2009, p. 19.

⁷⁹ FOUCAULT, 2009, p. 47.

⁸⁰ FOUCAULT, 2009, p. 48.

⁸¹ FOUCAULT, 2009, p. 53.

⁸² FOUCAULT, 2009, p. 56.

de tomar parte nela⁸³. Este aspecto do ritual suplicante é fundamental para que se possa compreender a derrocada dessa técnica penal e a reconfiguração de um poder punitivo calcado (ainda que não imediatamente, como veremos) na privação de liberdade, a partir da consolidação do paradigma moderno.

Seguindo a trilha de Rusche e Kirchheimer, diremos que a derrocada dessa penalidade pré-moderna situa-se na sua desmoralização frente às camadas populares que estavam à mercê do uso idiossincrático e desmedido desse método punitivo: “tornou-se difícil distinguir justiça de um capricho individual”⁸⁴ uma vez que o sistema era dado aos imperativos de exclusão dos indesejáveis de toda espécie, sendo a vontade do soberano o índice dessa inconveniência social. A crise desse procedimento punitivo deriva, portanto, de suas disfunções que puseram em evidência o despotismo soberano, assim como impulsionaram uma espécie de solidariedade entre as classes subalternas – vítimas preferenciais da ira soberana – e o supliciado. Conforme Foucault:

[...] em nenhuma outra ocasião do que nesses rituais, organizados para mostrar o crime abominável e o poder invencível, o povo se sentia mais próximo dos que sofriam a pena; em nenhuma outra ocasião ele se sentia mais ameaçado, como eles, por uma violência legal, sem proporção nem medida. A solidariedade de toda uma camada da população com os que chamaríamos pequenos delinquentes – vagabundos, falsos mendigos, maus pobres, batedores de carteira, receptadores, passadores – se manifestou com muita continuidade; atestam esse fato a resistência ao policiamento, a caça aos denunciante, os ataques contra as sentinelas ou os inspetores. E era a ruptura dessa solidariedade que visava sempre mais a repressão penal e policial. Muito mais do que o poder soberano podia essa solidariedade sair reforçada da cerimônia dos suplícios, desta festa incerta onde a violência era instantaneamente reversível⁸⁵.

O autor refere também o surgimento de “um medo político diante do efeito desses rituais ambíguos”⁸⁶, medo esse que não passou despercebido pelos reformadores da ilustração – incluindo Beccaria – que advogaram pelo fim desses rituais, tidos como inúteis e disfuncionais no contexto de uma nova ordem fundada na igualdade e racionalidade política. Segundo Foucault, os reformadores apelam a uma humanidade intrínseca do desviante, independentemente da natureza de seu crime, mas também há um esforço no sentido de traçar limites político-institucionais ao poder soberano, limites que deveriam ser respeitados em razão dessa humanidade, mas no sentido propriamente jurídico que esse atributo adquire. Em

⁸³ FOUCAULT, 2009, p. 57.

⁸⁴ RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 109.

⁸⁵ FOUCAULT, 2009, p. 61.

⁸⁶ FOUCAULT, 2009, p. 63.

outras palavras, a humanidade do delinquente constitui limite e objeção contra a barbárie dos castigos, “mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir”⁸⁷.

De outro lado, é importante compreender que a pulsão reformista ostentava um duplo viés: a limitação do poder soberano reportava-se ao “medo político” dos suplícios, como vimos, isto é, a perigosa solidariedade classista que se gestava progressivamente, alimentando-se do descontentamento das classes populares para com a justiça que mais parecia capricho do monarca; mas, ainda, essas conquistas cidadãs atendiam às necessidades de uma nova classe dominante que se confrontava com a nobreza aristocrática e uma ordem clerical, ainda detentoras dos meios institucionais que asseguravam o poder político. Embora as classes populares se encontrassem em uma posição social muito mais vulnerável ante o poder punitivo ilimitado do soberano, a nascente burguesia industrial europeia preocupou-se em trazer a injustiça das práticas punitivas ao centro do debate, intentando obter para si garantias jurídicas de limitação do poder absolutista, o que se traduzia em maior segurança aos seus integrantes⁸⁸ e aos seus interesses. Nesse sentido a secularização do crime e da punição foi uma pauta intransigentemente defendida menos porque representava uma preocupação humanitária do que pela funcionalidade potencial aos interesses de ascensão da classe burguesa⁸⁹.

Tal como o Estado de Direito nasce de alguma forma sob o primado da desconfiança para com as massas⁹⁰ a atenuação da crueldade dos castigos insere-se num intento de

⁸⁷ FOUCAULT, 2009, p. 72.

⁸⁸ RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 110.

⁸⁹ Conforme Chies: “[...] em que pesem os avanços, o trânsito histórico ao sistema jurídico-penal moderno é um trânsito paradoxal e contraditório. Mesclam-se em sua trajetória tanto saudáveis elementos de secularização (com a distinção entre a moral e o direito, o pecado e o crime) como as perversas necessidades de ‘legitimação’ de exercícios de poder num novo modelo de produção nascente” (CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo de; WANDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 182-183).

⁹⁰ Nesse sentido, é de se recordar o que leciona Rui Cunha Martins, para quem o Estado de Direito origina-se em grande parte para a contenção do “povo”, isto é, das multidões. Conforme o autor, a categoria de preferência para o Estado de Direito, de acordo com suas orientações teleológicas, seria a do indivíduo, singularmente concebido – daí a busca de afirmação e emancipação desse ator frente à violência punitiva no seio do discurso da Ilustração, podemos presumir – mas não as massas. Nos termos da sua metáfora: “[...] o ‘povo’ nunca se apaixonou, nem pouco nem muito, pelo Estado de Direito. Só que, de igual modo, o Estado de Direito, pelo seu lado, também nunca esteve verdadeiramente apaixonado pelo grande número. De certa forma, nasceu e afirmou-se contra o povo concreto, de carne e osso, o povo da passagem ao ato e das turbas ululantes; desconfiou da bondade do Terror revolucionário setecentista e oitocentista e nessa desconfiança de base estribou uma resistência perene à fulguração e ao ímpeto popular; aprendeu – não sem algumas concessões que lhe saíram caras – a resguardar-se do povo em movimento, feito massa, disponível para engrossar revoluções e para acolher populismos e fascismos; omitiu estruturalmente, afinal, a versão pragmática da categoria ‘povo’. A esta versão sempre preferiu a dimensão idealizada do ‘povo’, da qual aliás necessitava para fonte de legitimação; entreteve-se, então, em longos debates sobre o melhor modo de emprestar à criatura o perfil requerido. E se é certo que a gradual afirmação do Estado de Direito é genericamente contemporânea da invenção do ‘povo’ enquanto categoria ôntica e ontológica, virtualmente entificada como motor da história, nem por isso se haveria de dissipar

contenção do ímpeto revolucionário⁹¹ que é tido como potencialmente perigoso aos objetivos de um paradigma ancorado nas ideias de ordem e progresso, medidas pela prosperidade econômica das nações europeias. Desse modo, a Ilustração penal apresenta suas duas faces: nasce de uma revolução (modernidade ocidental) e, ao que parece, não seria possível sem ela e seu ideal de racionalidade, utilidade e humanidade; no entanto, nasce como estratégia que visa garantir os interesses de um “Terceiro Estado” que buscava afirmar-se historicamente em confronto com o Estado Absolutista e o Clero, já em processo de decadência na medida em que o novo paradigma se universalizava.

O apelo à humanidade do desviante representa, sem dúvida, um vetor da reforma, mas não pode ser visto como o único objetivo em curso. Tal interpretação peca por insuficiente, já que a reforma foi possível no contexto de uma transição cultural, política e epistêmica como foi a da modernidade ocidental. Essa transição encarregou-se de despir de sentido uma economia política primitiva baseada na vontade soberana em confronto, num primeiro momento, contra o desviante, mas logo após contra uma população descontente com a ausência de limites ao poder do governante. Nesse sentido, a reforma que culmina na humanização dos castigos não deve ser lida a partir de seus efeitos mais destacados, mas como um intento sutil que visa combater à crise que atingia a economia de poder que deu vida à técnica dos suplícios. “A má economia do poder e não tanto a fraqueza ou a crueldade é o que ressalta da crítica dos reformadores”⁹². O sentido da crítica ilustrada é primordialmente voltado para a edificação de uma justiça penal mais inteligente e vigilante para com o corpo social do que propriamente a humanidade do desviante⁹³.

Interessante observar, desde já, que essa lógica que semeou o discurso do Iluminismo penal se conecta ao estatuto epistêmico do racionalismo moderno. Em outras palavras, o ideal moderno de segurança (das instituições, da pirâmide social, dos interesses burgueses, etc.) integra-se com a revolução epistêmica levada a cabo pelo paradigma da modernidade. Tal

aquela desconfiança de base” (MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64).

⁹¹ RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 114.

⁹² FOUCAULT, 2009, p. 77.

⁹³ FOUCAULT, 2009, p. 76. Uma passagem da obra de Beccaria permite ilustrar esse argumento, já que o marquês empenha-se em correlacionar a crueldade e o espetáculo dos castigos com a virtude (civilidade) ou decadência (barbárie) de uma nação. “São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito rude de um povo que abandona o estado selvagem. Para dominar o leão em fúria é preciso o raio, cujo ruído apenas faz irritá-lo. Contudo, à medida que as almas se tornam mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas precisam ser menos rigorosas” (BECCARIA, 2008, p. 51). Na verdade, esclarece Foucault, a razão dessa nova sensibilidade em torno da punição sequer se referia primordialmente ao criminoso que a sofre ou sua humanidade intrínseca, mas sim “[...] no controle necessário dos efeitos do poder. Essa racionalidade ‘econômica’ é que deve medir a pena e prescrever as técnicas ajustadas. ‘Humanidade’ é o nome respeitoso dado a essa economia e a seus cálculos minuciosos” (FOUCAULT, 2009, p. 88).

como os principais pensadores que trataram de desenhar o novo paradigma buscaram identificar a ciência com o cálculo, a burguesia nascente e seus porta-vozes, os pensadores da Ilustração, intentaram conceber a justiça em termos matemáticos, condizentes com o espírito cientificista reinante⁹⁴ (não por acaso Beccaria já considerava que a única arma para a resolução dos problemas referentes às penas e aos delitos seria a “exatidão geométrica que triunfa sobre a destreza dos sofismas, das dúvidas e das seduções de eloquência”⁹⁵). Talvez já esteja em marcha – ainda que vagarosamente – o processo no qual a racionalidade moral-prática do direito moderno amolda-se à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna, como condição de credibilidade do discurso e do sistema jurídico no marco do paradigma nascente, como vimos.

Foucault refere que o surgimento, em diversos, focos das ideias reformistas não é um acaso histórico, mas algo que se explica pela transição política e epistêmica representada pelo pensamento moderno, já em certo patamar de maturidade. Nesse sentido, a reforma do garantismo iluminista não é uma pauta isolada que obteve êxito, mas um projeto global condizente com os imperativos de uma nova distribuição do poder punitivo:

A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja, dissociando-o do sistema de propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbítrio do poder monárquico). A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova “economia política” do poder de punir⁹⁶.

A partir desse viés poderemos compreender a reforma e o discurso jurídico que a apoia na baliza de uma nova estratégia de manejo do poder punitivo. O discurso jurídico-penal ilustrado traduz as necessidades desse novo paradigma, atento às suas exigências matriciais de *emancipação* – emancipação jurídica do sujeito moderno frente aos humores do soberano – e *regulação social* – neste aspecto o suplício cederá espaço a uma nova técnica punitiva, no entanto, não está em jogo o aspecto quantitativo da punição e sim seu caráter qualitativo, ou seja, “não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade, inserir mais profundamente no corpo

⁹⁴ RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 111. Sobre o ideal matematizante do cientificismo moderno, cuja origem parece remontar a Galileu Galilei, cf. SANTOS, 2002, p. 63 e BAUMER, 1977a, p. 68 e ss.

⁹⁵ BECCARIA, 2008, p. 17.

⁹⁶ FOUCAULT, 2009, p. 76.

social o poder de punir”⁹⁷. Lembramos que em Beccaria a utilidade possível e legítima para a pena estatal se deve à prevenção do delito, como vimos, o que definirá os contornos do *jus puniendi* estatal na moldura do garantismo-utilitarismo iluminista. Esse movimento foi, antes de tudo, um movimento em prol da utilidade do castigo em consonância com os anseios do paradigma moderno.

As evidências desse deslocamento podem ser vistas, portanto, na questão dos fins atribuídos à pena estatal. Deixa-se de lado o imperativo de restauração simbólica do poder soberano em favor de uma racionalidade que buscava utilizar a punição como um meio para determinados fins socialmente necessários. Esse utilitarismo penal moderno assentava-se na ideia que os limites da pena deveriam guardar correlação com a necessidade de se evitar a repetição do delito.

Calcular uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada, mas à desordem futura. Fazer de tal modo que o malfeitor não possa ter vontade de recomeçar, nem possibilidade de ter imitadores. Punir será então uma arte dos efeitos; mais que opor a enormidade da pena à enormidade da falta, é preciso ajustar uma à outra as duas séries que seguem o crime: seus próprios efeitos e os da pena. Um crime sem dinastia não clama castigo⁹⁸.

Necessário sublinhar que esse deslocamento representa uma alteração profunda se comparado à lógica dos suplícios que retiravam da ostentação e do excesso a força de seus efeitos, quando ainda não se avistava o risco político de fomento de revoltas devido à solidariedade de classes cimentada pela violência punitiva contra a qual os estratos desfavorecidos não estavam protegidos. Nesse sentido, Foucault sustenta que o discurso do garantismo ilustrado na verdade preocupou-se em desenvolver “uma tecnologia dos poderes sutis, eficazes e econômicos, em oposição aos gastos suntuários do poder dos soberanos”⁹⁹.

Essa transição epistêmica conecta-se às necessidades de uma nova economia de poder, fruto do racionalismo moderno e impulsionada pela burguesia nascente, como já expusemos. Porém, a modernidade e o discurso jurídico-penal utilitário iluminista que buscavam um desenvolvimento harmonioso entre os pilares da regulação e da emancipação deparam-se agora com novos anseios, novas necessidades que desaguam no funcionamento da justiça criminal logo após o ocaso do Estado Absolutista. Em outras palavras, trocando-se a lógica, isto é, já não fazendo sentido a manutenção de um quadro de poder pelo simples uso da força soberana, mas sim a partir do poder econômico, possível de se desenvolver na trilha do novo

⁹⁷ FOUCAULT, 2009, p. 79.

⁹⁸ FOUCAULT, 2009, p. 89.

⁹⁹ FOUCAULT, 2009, p. 98.

paradigma, a burguesia busca por objetivos políticos que indiretamente beneficiam as classes desfavorecidas, mas apenas na medida em que encontram sentido dentro da arquitetura de poder que estava a surgir. Ou seja, o efeito do discurso do garantismo-utilitarismo ilustrado é o de redimensionar o horizonte das práticas punitivas, sem, contudo, abrir mão do intuito dominador que já estava contido no Estado Absolutista¹⁰⁰.

A burguesia só favoreceu a severidade da ação punitiva através da lei quando a própria ordem social estava ameaçada. Quando tal ameaça não era sentida, a liberdade, essencialmente a liberdade de ir e vir para as classes altas, implicando uma vantagem indireta para as classes subalternas, não poderia ser restringida. [...] A sociedade burguesa emergente estava mais interessada na plenitude, rapidez e reabilitação da justiça penal do que em sua severidade. Essas qualidades poderiam ser conseguidas tão-somente pelo funcionamento racional da administração. Tal objetivo último, portanto, secundarizava o problema da severidade da administração da justiça, constantemente atrasada e desvirtuada por incompetência e corrupção¹⁰¹.

Em que pesem as demandas próprias de um ordenamento jurídico-penal racional, secular, utilitário e minimalista tenham sido dirigidas com o pressuposto da igualdade, ou seja, da satisfação isonômica dos direitos do acusado ou condenado, fosse quem fosse, Rusche e Kirchheimer demonstram que a experiência histórica tratou de desmentir o projeto iluminista: o fato é que as garantias jurídicas estavam prontas a beneficiar a nova classe dominante, mas falhavam em proteger os estratos subalternizados, ainda vitimados por abusos e com extrema dificuldade de defesa materialmente eficaz quando viam-se sob a mira de uma acusação¹⁰². Essa dissimetria de tratamentos deve ser lida à luz das novas necessidades de uma burguesia que solidifica sua hegemonia política.

Podemos, desde já, adiantar que, *convertido o paradigma moderno em um projeto que se reduz aos anseios de desenvolvimento das relações de mercado no sistema capitalista, o controle penal deixa de lado o potencial emancipatório representado pelo discurso de humanização e limitação jurídica dos castigos para converter-se em um aparato de controle social atento aos interesses econômicos de uma nova classe dominante*, vitoriosa ao fim do entrave com o absolutismo monárquico. Nesse sentido, pode-se afirmar que as garantias conquistadas não foram soterradas, mas cada vez mais se tornaram circunscritas aos

¹⁰⁰ “[...] os sistemas jurídico-positivos na sociedade moderna, em que pesem as garantias formais e legais que resultaram consagrar no processo de transição da pré-modernidade à modernidade – fruto indubitavelmente saudável dos processos de secularização e racionalização –, não abriram mão da utilização estratégica do poder que lhes viabilizassem a permanência de seu vínculo de cumplicidade estrutural com a dominação social e política, apenas redimensionaram máscaras para alcançar os níveis de tolerabilidade no uso da violência e no exercício dos poderes a esse vínculo necessários” (CHIES, 2002, p. 185-186).

¹⁰¹ RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 116.

¹⁰² RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 117.

segmentos sociais mais abastados. Com naturalidade, as mesmas garantias que foram conquistadas mediante a ideia de universalidade dos direitos do cidadão frente ao ilimitado poder punitivo soberano tornaram-se privilégio das classes dominantes. O controle penal, a partir de então, tornou-se permeável aos anseios político-econômicos dessa classe hegemônica, especialmente no que tange à repressão da delinquência que predava a propriedade.

Foucault opõe duas formas de ilegalidades que recebiam tratamentos distintos após a reforma. Há a ilegalidade dos direitos – praticada e, portanto, tolerada em grande medida pela classe dominante – e a ilegalidade dos bens – delitos contra a propriedade privada, em geral –, para a qual o controle punitivo deveria apontar suas baterias. Conforme o raciocínio do autor, essa divisão corresponde a uma nítida oposição de classes, na medida em que a ilegalidade de bens era acessível às classes desfavorecidas, ao passo que a ilegalidade de direitos era praticada pelos estratos sociais economicamente privilegiados¹⁰³. Em regra, o controle penal, após a reforma trazida pelo Iluminismo e a supressão dos suplícios em favor da nova racionalidade punitiva, era leniente em perseguir as ilegalidades típicas do modo de vida burguês, mas esforçava-se em reprimir as ilegalidades cotidianas dos estratos subalternos, especialmente quando significavam uma ameaça contra o direito à propriedade que era em teoria um direito universal, mas na prática um privilégio burguês.

A reforma trazida pelo garantismo ilustrado representou, portanto, a necessidade de proteger uma espécie de ilegalidades contra o arbítrio do soberano, ao mesmo tempo em que significou a necessidade de repressão frente à outra espécie de ilegalidade, praticada pelas massas empobrecidas que teriam que suportar os efeitos colaterais do empreendimento capitalista em curso. É nesse sentido e com razão que Gauer afirma que “o direito criminal moderno deve ser lido como uma estratégia para o remapeamento do poder de punir”¹⁰⁴. Essa análise vai de encontro ao momento em que o ideal utópico de emancipação é tragado pela necessidade de regulação social, em nome da nova classe dominante. Foucault mostra que, ambos os objetivos – de limitação do poder soberano e combate às ilegalidades predatórias ao empreendimento burguês – estiveram inscritos nos ideais da reforma iluminista, no entanto, erodido o poder soberano do monarca e seu Estado Absolutista e consolidada a hegemonia da

¹⁰³ As ilegalidades tipicamente burguesas são descritas por Foucault como “a possibilidade de [a burguesia] desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação” margens essas que seriam “previstas por seus silêncios ou liberadas por uma tolerância de fato” (FOUCAULT, 2009, p. 84).

¹⁰⁴ GAUER, 2008, p. 28.

classe burguesa com o Estado Liberal, o objetivo de contenção da criminalidade popular prevaleceu em relação ao de limitação objetiva do poder de punir¹⁰⁵. Em suma:

[...] apesar de ter sido utilizado para impulsionar a ascensão da elite burguesa ao topo da hierarquia social, esse corpo de saber ilustrado logo perdeu boa parte de seu caráter humanista, já que esgotada sua utilidade para o novo grupo dirigente. Nesse ponto, cumpre lembrar que não basta observar apenas a coerência interna de um discurso [uma patologia que ainda acomete a narrativa jurídico-penal, como veremos a seu tempo], mas sim os efeitos por ele produzidos no campo das práticas. Houve decididamente uma desfiguração do modelo na transposição da teoria para uma prática, comprometendo em boa parte os ideais [emancipatórios] do garantismo ilustrado¹⁰⁶.

Cientes dessa desfiguração do discurso do garantismo ilustrado, dispomos agora de condições para promover a retomada da questão formulada anteriormente: de que maneira – falamos especificamente da formação da narrativa jurídico-penal – pôde o ideal ilustrado de regulação social (que sempre esteve presente no discurso do garantismo iluminista) se tornar o duplo do ímpeto (também tipicamente iluminista) de emancipação social? Cremos que uma resposta possível corresponde, na analítica foucaultiana, ao surgimento do que o autor denomina *sociedade disciplinar*, que tem lugar no paradigma da modernidade na aurora do século XIX.

Já que podemos, na trilha de Foucault, Rusche e Kirchheimer, associar a formação do controle penal moderno e o saber que lhe sustentou – o utilitarismo jurídico-penal iluminista – às necessidades do empreendimento capitalista personificadas nas necessidades da nova classe burguesa, cumpre aclarar o estado da arte desse empreendimento na Europa do século XIX. Para Santos, esse período corresponde ao momento em que o paradigma moderno passa a ser duramente testado. Do ponto de vista do autor, trata-se do cume do desenvolvimento industrial das potenciais centrais, impulsionado por uma burguesia que já tinha seu poder político consolidado, vitoriosa após os embates com o Estado Absolutista e seu corpo aristocrático e clerical¹⁰⁷. Ainda que as pautas do novo paradigma tenham possibilitado a ascensão burguesa, as mesmas sofreram uma relativização radical após a consolidação dessa classe nos espaços de poder almejados. Santos aduz, igualmente, que o pensamento político moderno do século XIX é herdeiro dos ideais iluministas que plasmaram outrora, no entanto, “ao entrar na posse desta herança, o Estado minimizou os ideais éticos e as promessas políticas de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal” e

¹⁰⁵ FOUCAULT, 2009, p. 85.

¹⁰⁶ KHALED JR., 2006-2007, p. 116.

¹⁰⁷ SANTOS, 2002, p. 139.

nesse processo “o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se um instrumento dócil¹⁰⁸ na construção institucional e da regulação do mercado”¹⁰⁹. Cremos que o campo das práticas punitivas e o ordenamento jurídico-penal como um todo constituem uma amostra privilegiada desse diagnóstico.

Para compreendermos o surgimento do que Foucault denomina *poder disciplinar* precisamos, primeiramente, compreender que a passagem da economia política que dotava de lógica ao ritual do suplício (Estado Absolutista) para uma nova conjuntura de poder (Estado Liberal de Direito) não representou necessariamente uma transição onde o poder punitivo carecesse de necessidade, como já vimos. É antes uma reafirmação do próprio poder de punir mediante um deslocamento da lógica que fundamenta a sua ingerência. “O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano para à defesa da sociedade”¹¹⁰, nos diz Foucault, mas esse deslocamento, conforme complementa o autor, não necessariamente representa a salvação das classes oprimidas pela tirania do monarca, mormente num contexto onde a força produtiva desses estratos subalternizados era preciosa e necessária ao empreendimento capitalista. Nesse sentido, a reconfiguração do poder punitivo tornado poder disciplinar é perfeitamente condizente com as condições socioeconômicas do empreendimento moderno naquela fase – período oitocentista –, mas não necessariamente sincronizada com a utopia do garantismo-utilitarismo iluminista.

¹⁰⁸ Ainda que extrapole o nosso objeto de investigação, julgamos que para compreender essa mutação do fenômeno jurídico e do controle punitivo, faz-se necessário atentar para o surgimento de um corpo de pensamento que tratou de aprimorar em escala superlativa o pensamento europeu moderno no que se refere a sua inclinação em direção ao pilar da regulação social: o positivismo. Respeitadas as peculiaridades do desenvolvimento do pensamento positivista que sobressai em cada um de seus pensadores, o certo é que esse corpo de ideias obteve eficácia ímpar ao legitimar o eclipse dos ideais emancipatórios em prol das necessidades regulatórias do capitalismo do século XIX. “O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passam a poder coexistir e até conviver com a racionalidade moderna, desde que se apresentem como regularidades. O positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático e a regulação sistemática são as duas faces da ordem. O conhecimento sistemático é o conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é o controlo efectivo sobre a produção e reprodução das regularidades observadas. Formam, em conjunto, a ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controlo. A ordem positivista tem, portanto as duas faces de Janus: é, simultaneamente, uma regularidade observada e uma forma regularizada de produzir a regularidade, o que explica que exista na natureza e na sociedade. Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa” (SANTOS, 2002, p. 141).

¹⁰⁹ SANTOS, 2002, p. 140.

¹¹⁰ FOUCAULT, 2009, p. 87.

Essa distorção não foi fruto do acaso: sua ocorrência se deu de acordo com o que era ou não conveniente para a nova configuração de poder que se estabelecia. O século XIX é um século de grandes tensões sociais, em que o sistema capitalista ainda se encontrava em momento de afirmação. É nesse sentido que a modernidade é decididamente ambígua. O mundo moderno é um mundo de paradoxos. Ou seja, em termos de processo penal e de direito penal, a ruptura entre Absolutismo e Estado de Direito Liberal não foi tão significativa como deveria ter sido. O estabelecimento de um modelo de mera legalidade (em que o critério de validade da norma tinha como único fundamento a autoridade legítima) e a constituição de um aparato carcerário nas margens dessa legalidade são exemplos manifestos dessa ambiguidade. Em termos práticos, a objetificação inquisitória apenas se deslocou de posição, não tendo sido fundamentalmente colocada em questão. Foi operada uma continuidade no campo das práticas punitivas, de algo que havia sido afastado no plano teórico. O que de fato mudou é o parâmetro de exclusão e seleção, que se dava a partir de uma outra lógica de conformação social. Portanto, o que surgiu como um autêntico direito de resistência ao autoritarismo estatal acabou por ser desfigurado em função de uma lógica de conformação da nascente ordem burguesa, descaracterizando em grande margem o chamado garantismo ilustrado, em prol do nascimento da sociedade disciplinar¹¹¹.

A desfiguração do discurso do Iluminismo jurídico-penal que mencionamos anteriormente pode ser percebida, portanto, no próprio papel que a prisão adquire nessa nova economia punitiva. Não é que a prisão estivesse descartada a partir do ideal da Ilustração penal, mas seu lugar na projeção da reforma foi alterado significativamente. No discurso do utilitarismo ilustrado, as breves menções à privação de liberdade¹¹² levam a crer que os reformadores não puderam prever a sua hegemonia no catálogo de castigos legítimos, dentro do paradigma em marcha.

¹¹¹ KHALED JR., 2006-2007, p. 119.

¹¹² Em Beccaria, por exemplo, é fácil notar que a prisão obtinha justificativa muito mais na garantia da punição futura ou da própria elucidação do crime do que como pena em si. É o que se conclui a partir do capítulo “Da prisão”, do qual extraímos o trecho seguinte: “Ainda que a prisão seja diferente de outras penalidades, pois deve, necessariamente, preceder a declaração jurídica do delito, nem por isso deixa de ter, como todos os demais castigos, o caráter essencial de que apenas à lei cabe indicar o caso em que se há de emprega-la. Assim, a lei deve estabelecer, de maneira fixa, por que indícios de delito um acusado pode ser preso e submetido à interrogatório. [...] A prisão não deveria deixar qualquer pecha de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes bárbaros, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem do amor do povo os primeiros cargos do Estado? Por que razão, em nossos dias, é tão diversa a sorte de um inocente preso? A razão está e, que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado” (BECCARIA, 2008, p. 26-27). Do manifesto do marquês sobressalta a preocupação – que era também dos demais reformadores do garantismo ilustrado – com o uso da prisão e seus efeitos. Natural, nessa conjuntura, que à prisão fosse reservada uma posição periférica dentro do rol de violências correlatas ao poder de punir. Uma hipótese explicativa acerca dessa preocupação é dada por Foucault, para quem a desqualificação da prisão estaria ligada ao arbítrio do soberano absolutista (FOUCAULT, 2009, p 114) que frequentemente fazia uso dessa técnica punitiva contra seus opositores, algo em princípio incompatível com a utopia emancipatória do Iluminismo jurídico-penal.

Sem dúvida, a prisão é prevista, mas entre outras penas; é então o castigo específico para certos delitos, os que atentam à liberdade dos indivíduos (como o rapto) ou que resultam do abuso de liberdade (a desordem, a violência). É prevista também como condição para que se possam executar certas penas (o trabalho forçado, por exemplo). Mas não cobre todo o campo da penalidade com a duração como único princípio de variação. Melhor, a ideia de uma reclusão penal é explicitamente criticada por muitos reformadores. Porque é incapaz de responder à especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeito sobre o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios. Porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e corre-se o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiães. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania¹¹³.

É por esta razão que Foucault irá falar de uma “colonização da penalidade pela prisão”¹¹⁴, que não foi prevista pelos intelectuais do iluminismo¹¹⁵, mas que se mostrou funcional ao pilar da regulação, tomado pelo princípio do mercado, como já dito. A sociedade disciplinar de Foucault, em relação de simbiose com o discurso jurídico-penal correccionalista do século XIX, se encarrega de fornecer o insumo humano para o empreendimento capitalista dos oitocentos, procurando docilizar os corpos e as almas das classes desfavorecidas. Nesse arquipélago, o papel conferido ao cárcere – como também a outras “instituições de sequestro”, como denomina o próprio autor, tais como a escola, o quartel, a fábrica –, como Foucault percebe muito bem é o de produzir o sujeito útil ao capitalismo¹¹⁶.

Tem-se, portanto, uma inversão significativa das premissas que orientam o discurso jurídico-penal para que o mesmo pudesse acompanhar a direção do poder punitivo. Foucault nos mostra que se antes a habilitação dessa violência se dava em função de uma necessidade em *ultima ratio* de defesa do tecido social frente à barbárie do crime – devidamente dosada pelos limites jurídicos dessa intervenção – e, portanto, de restabelecimento dos termos do “contrato social”, agora o castigo feito *cárcere* irá buscar, em conexão com uma teia invisível

¹¹³ FOUCAULT, 2009, p. 110.

¹¹⁴ FOUCAULT, 2009, p. 113.

¹¹⁵ “Que a reclusão pudesse como, entre a morte e as penas leves, cobrir todo o espaço médio da punição, é uma ideia que os reformadores não podiam ter imediatamente” (FOUCAULT, 2009, p. 111).

¹¹⁶ Para Cirino dos Santos, “[...] nem a *disciplina* como método de reconstrução de indivíduos nem a *prisão* como dispositivo do poder disciplinar podem ser explicadas por si mesmas ou como produtos do desenvolvimento da imaginação punitiva do ser humano; ao contrário, a *disciplina* nasce da administração capitalista do trabalho na *fábrica*, onde os trabalhadores são submetidos à autoridade do capitalista – e se estende da *fábrica* para a *sociedade*, onde funciona como núcleo ideológico das instituições de controle social da sociedade civil, responsáveis pela formação de um novo tipo humano: a força de trabalho *dócil* e *útil*, à disposição do capital no mercado de trabalho; igualmente, a *prisão* nasce de exigências do mercado de trabalho – o espaço social em que a força de trabalho existe à disposição do capital – e funciona como dispositivo do poder disciplinar instituído para adequar a força de trabalho às necessidades do capital” (CIRINO DOS SANTOS, Juares. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 456).

que o liga a outras instituições e instâncias¹¹⁷, a modificação do sujeito delinquente, para adestrá-lo na moldura do empreendimento capitalista, ou seja, torna-lo “o sujeito obediente, o indivíduo sujeito a hábitos, regras, ordens, uma autoridade que se exerce continuamente sobre ele e em torno dele, e que ele deve deixar funcionar automaticamente nele”¹¹⁸.

Nesse sentido, cabe lembrar que, para Foucault, “é dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado”¹¹⁹. Essa tarefa de aperfeiçoamento do sujeito na régua do capitalismo fica a cargo do saber e da práxis penitenciária¹²⁰ surgida a partir do século XIX e que irá se ocupar de equacionar os métodos para o alcance dessa utilidade. “Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as ‘disciplinas’”¹²¹. Há pouco, dissemos que as práticas punitivas nascidas nos oitocentos constituem um exemplo privilegiado da desfiguração do discurso jurídico-penal da Ilustração e do nascimento de uma sociedade disciplinar. Cabe agora complementar o raciocínio: o saber e a práxis penitenciária desse tempo constituem uma espécie de microcosmos da própria sociedade moderna convertida em regulação capitalista, carente da utopia emancipatória que lhe acompanhava, ou seja, “a prisão é a face mais aguda de uma sociedade que é em si mesma disciplinar e constituída por múltiplos e pulverizados mecanismos de controle”¹²².

Visto que o paradigma moderno passa a colapsar em seu empreendimento reconstrutivo de reequilibrar a balança entre os excessos e os défices em sua performance, entre regulação e emancipação – o que, nos termos da nossa análise, corresponde à sobreposição das necessidades de coibir determinadas delinquências nocivas ao

¹¹⁷ Para melhor entendermos essa aparente dispersão do poder de punir, vale o alerta de Gauer: “[...] na modernidade, o poder de punir tornou-se uma estratégia cujos efeitos de dominação funcionam como disposições, manobras, táticas e técnicas de funcionamento, que retratam uma rede de funcionamentos tensos e complexos. Por outro lado, o poder não se aplica pura e simplesmente em termos de obrigação ou proibição, não se aprofunda dentro da sociedade apenas na relação entre o cidadão e o Estado, mas em toda a sociedade por meio das relações sociais. Ou seja, deve-se ter em conta uma complexa relação onde todo o corpo social é vigiado e controlado” (GAUER, 2008, p. 17).

¹¹⁸ FOUCAULT, 2009, p. 125.

¹¹⁹ FOUCAULT, 2009, p. 132.

¹²⁰ Khaled Jr., pensando a partir de Foucault, refere que simultaneamente surge então um saber disciplinar que aponta, destros de seus objetivos manifestos, para a “regeneração” do delinquente, mas que de fato busca a “correção útil do detento a partir de uma perspectiva administrativa que constitui o corpo como objeto de análise por parte de um saber” (KHALED JR., 2006-2007, p. 117-118), tudo isso para ao fim se obter um corpo docilizado pela práxis correccional do século XIX.

¹²¹ FOUCAULT, 2009, p. 133. Ainda, conforme o autor, o princípio arquitetônico para a otimização do poder disciplinar estaria no panóptico de Jeremy Bentham que, não por acaso, constitui “uma certa utopia política” (FOUCAULT, 2009, p. 167) que estava para além do próprio saber penitenciário, universalizando-se enquanto técnica de poder.

¹²² KHALED JR., 2006-2007, p. 120.

empreendimento capitalista (fazendo pouco caso de outras, funcionais a este sistema de coisas) contra a utopia de resguardar e garantir o cidadão frente ao poder punitivo estatal –, cabe questionar acerca das condições concretas de se atribuir uma missão civilizatória ao controle penal, como o fez o discurso jurídico-penal do utilitarismo ilustrado e como o faz a versão reformada desse discurso, como veremos a seguir. O controle social punitivo, ao fim convertido em uma metástase da regulação social burguesa-capitalista é capaz de suprimir a violência e concluir o intento civilizatório que constou na carta de intenções do pensamento moderno?

Já no fim de sua fala, Gauer¹²³ nos introduz ao diagnóstico de um “cansaço da modernidade”, no que se refere, diremos nós, às possibilidades de realização da segurança ambicionada no marco do projeto político moderno, de exorcizar a barbárie e eliminar a violência que, como será visto oportunamente, constitui a todos nós. Seguindo as pegadas de seu argumento, poderemos concluir que prostrada diante do que há de indomável na realidade para a qual se espera planificação, a modernidade penal deixa de cumprir com suas promessas de caráter emancipatório.

1.2 Ideologia da defesa social, Direito Penal mínimo, e estratégias de domesticação do poder punitivo no marco do utilitarismo reformado

Antes de darmos seguimento aos rumos tomados pela narrativa jurídico-penal após o advento da sociedade disciplinar para, ao fim desta seção, tratarmos da reformulação do utilitarismo penal promovida por Ferrajoli, cumpre chamar atenção para um aspecto demasiado importante que marcou o discurso penal moderno. Há pouco dissemos, a partir de Foucault, que esse discurso representou uma estratégia de redimensionamento do sentido político atribuído ao direito de punir que o deslocou da vingança do soberano absolutista à defesa da sociedade num contexto de laicidade e liberalismo político que começava a surgir na Europa conforme o novo paradigma ganhava impulso. Portanto, cumpre agora aclarar, também, sob um enfoque criminológico o sentido dessa afirmação.

Baratta nos mostra que o discurso preventista¹²⁴ do utilitarismo ilustrado representou o início de uma *ideologia da defesa social*¹²⁵ que, a partir de então, irá se instaurar no discurso

¹²³ GAUER, 2008, p. 34.

¹²⁴ Na verdade, pode-se afirmar que até mesmo os discursos de justificação que impuseram à pena uma finalidade da retribuição não estão livres da ideologia da defesa social. Zaffaroni *et al.* nos mostram que em Kant, por exemplo, a ideologia ganha outros contornos mas está ali, ainda que visando defesa de um imperativo ético (cf. ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 522).

jurídico-penal, mas também no discurso da criminologia etiológica e, inclusive, no senso comum cotidiano (*every day theories*)¹²⁶. O grande momento dessa formulação pode ser identificado na consolidação da metáfora do contrato social, uma vez que os autores que a trabalharam viam-se incumbidos pelas circunstâncias de conjugar discursivamente os ideais de limitação do poder punitivo do soberano ao mesmo tempo em que necessitavam garantir a ordem desejada para favorecer o progresso do novo paradigma, coibindo condutas predatórias a esse intento. Nesse sentido, Zaffaroni *et al.* nos dirão que “os penalistas do contratualismo se movimentaram entre as necessidades contraditórias de legitimar e limitar o poder punitivo”¹²⁷ e, assim, “o lastro de seu pensamento constitui sua teoria da defesa social: a pena era para eles necessária pelo próprio efeito do contrato”¹²⁸.

Apesar das diferenças entre os autores que construíram a narrativa jurídico-penal após a Ilustração, fica claro que todos eles mantêm em seus respectivos sistemas de pensamento essa premissa de equilibrar as exigências de liberdade conjuntamente com uma pressuposta utilidade da pena, a partir da ideologia da defesa social. Seguindo a trilha do itinerário de Zaffaroni *et al.*¹²⁹, de Hobbes e Locke, passando por Kant e Feuerbach – que dotou a pena de uma função de “coação psicológica” destinada ao sujeito não infrator –, chega-se a Romagnosi, o autor a partir do qual a defesa social ganha formulação expressa. Como era de se esperar, o nascimento e a consolidação dessa ideologia no discurso penal do utilitarismo iluminista não pode ser compreendido como um fenômeno meramente intradiscursivo, uma vez que se conecta com as ambições do projeto sociopolítico, econômico e epistêmico do paradigma que lhe dá vida. Por isso, ela nasce tendo como pano de fundo a ascensão da burguesia enquanto nova classe dominante¹³⁰, conforme vimos.

¹²⁵ Por outro lado, Zaffaroni *et al.* identificam a origem do discurso jurídico de defesa social (em sua versão ilimitada) em uma das obras mais importantes do pensamento inquisitório: o *Malleus Maleficarum* (1487) de Kraemer e Sprenger. No entanto, essa versão primitiva da ideologia da defesa social ainda não corresponde à versão aqui tratada. “A *defesa social ilimitada*, que se justificava com a imponente racionalização argumentativa do *Malleus*, correspondia a uma concepção da sociedade como *organismo*. Não se discutia o exercício do poder porque se supunha ser ele *natural*, ou seja, *naturalizava-se* a superioridade dos inquisidores e sua imunidade ao mal. Como a classe industrial em ascensão precisava limitar o poder da nobreza para controlá-la e, depois, deslocá-la em seu discurso, valeu-se do contrato como modelo de sociedade. A um modelo social *natural* (organicista) opôs-se um modelo *artificial* (contratualista) e, por conseguinte, eminentemente modificável. O paradigma do organicismo foi substituído pelo do contrato, de modo que todos tiveram de discutir sobre o assunto no quadro desse novo paradigma, inclusive os defensores do absolutismo, assim como os do socialismo e do anarquismo. A ideia do contrato social não foi um mero recurso liberal, mas o *paradigma da disputa política no espaço aberto pela revolução industrial*” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 518).

¹²⁶ BARATTA, 2002, p. 42.

¹²⁷ ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 532.

¹²⁸ ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 533.

¹²⁹ ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 519 e ss.

¹³⁰ BARATTA, 2002, p. 41.

De acordo com Baratta¹³¹, o conteúdo dessa ideologia pode ser sintetizado em algumas proposições lógicas ou princípios basilares que ela ostenta a partir do utilitarismo penal ilustrado, mantendo-se, na essência, intactos ao longo dos desenvolvimentos teóricos realizados no seio do discurso jurídico-penal: (a) o *princípio da legitimidade*, para o qual o Estado representa a soma das vontades da grande maioria dos cidadãos, vontade essa que se torna violada por condutas desviantes individuais o que legitima esse ente artificial para o exercício da repressão necessária; (b) o *princípio do bem e do mal*, que contrapõe em termos dicotômicos o desvio praticado (o “mal”) à sociedade racionalmente instituída pela vontade geral (o “bem”); (c) o *princípio da culpabilidade*, que concebe o delito como a expressão de uma escolha individual que contraria os valores mais estimados de uma sociedade; (d) o *princípio da finalidade ou da prevenção*, segundo o qual a pena tem a função de prevenir o delito futuro (no caso da “prevenção geral”¹³² isso se expressa na intenção de criar um obstáculo capaz de dissuadir o cidadão – concebido nos termos de um “*homo economicus*” – a não incorrer em uma conduta delituosa); (e) o *princípio da igualdade*, que concebe a lei penal como igual para todos, tanto em sua destinação (criminalização primária) quanto em sua aplicação (criminalização secundária); (f) o *princípio do interesse social e do delito natural* estabelece que o rol de condutas criminalizadas, em sua grande maioria, corresponde ao núcleo de interesses fundamentais de uma sociedade civilizada, interesses que necessitam de proteção Estatal e que são, no fim das contas, condições mínimas para uma convivência pacífica e ordeira.

Fica claro, portanto, que quando tratamos da ideologia da defesa social queremos nos referir, em grande parte, à específica cosmovisão dos juristas, acerca do seu ofício, assim como das condições de legitimidade que lhe são adjacentes.

O conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo Direito Penal moderno. Mais que um elemento técnico do sistema legislativo ou do dogmático, este conceito tem uma função justificante e racionalizante com relação àqueles. Na consciência dos estudiosos e dos operadores jurídicos que se consideram *progressistas*, isso tem um conteúdo emocional polêmico e, ao mesmo tempo, reassegurador. De fato, por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude desta sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo, contra

¹³¹ BARATTA, 2002, p. 42-43.

¹³² Por razões de recorte a finalidade de *prevenção geral* da pena nos interessará mais ao longo dessa pesquisa do que a crítica da *prevenção especial* e das funções *retributivas* da pena ou mesmo das concepções *mistas*. A razão principal dessa eleição não é mera arbitrariedade metodológica, mas o fato de que o utilitarismo penal reformado que trataremos nesse capítulo e ao longo do trabalho acolhe essa concepção e não as demais para a sua teoria de justificação da pena, como veremos.

mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional¹³³.

Ao fim, a ideologia da defesa social serve para manter intacta no imaginário dos juristas a premissa de um progresso da razão dentro do âmago do discurso jurídico-penal e das práticas punitivas que ele legitima. No interior desse discurso “o conceito de defesa social é o ponto de chegada de uma longa evolução do pensamento penal e penitenciário”¹³⁴, uma caminhada secular em direção à vitória da razão e da civilização contra a barbárie do crime e das práticas penais supliciantes do Estado Absolutista.

Para captar as nuances menos visíveis dessa ideologia e suas consequências no saber e na práxis dos juristas necessitamos, outra vez, nos afastarmos momentaneamente das próprias formulações levadas a cabo pelo discurso jurídico-penal. Cremos, ainda, que as formulações criminológicas nos permitem expor com clareza as contradições em que incorre o saber dos juristas, conduzido pela ideologia da defesa social. Para tanto, Baratta opõe uma crítica externa ao próprio saber jurídico-penal, por acreditar que esse acúmulo teórico-empírico (criminologia crítica) satisfaz a necessidade de uma reforma no interior do pensamento do penalismo contemporâneo – segundo o autor, tendo em vista o atraso do discurso jurídico-penal com relação aos demais campos de saber, especialmente da crítica criminológica, uma crítica meramente “interna” provinda do próprio Direito Penal não seria capaz de compensar esse déficit epistêmico¹³⁵.

Buscando exemplificar seu diagnóstico, Baratta problematiza o fato de que as orientações teóricas pós-iluministas que buscaram erigir um modelo integrado de ciências penais não foram capazes de formular uma alternativa crítica à ideologia da defesa social, pelo contrário: acolheram-na, com pequenos reparos, chegando a aperfeiçoá-la conforme as especificidades de cada modelo. Por essa razão o autor vai nos falar de um encontro entre a criminologia e o pensamento jurídico-penal, encontro esse que poderia conduzir a uma superação ou no mínimo a uma atitude crítica com relação à ideologia da defesa social, caso ocorresse (para o autor, infelizmente tal encontro ainda não ocorreu)¹³⁶. Khaled Jr., nos mostra que a narrativa jurídico-penal moderna, contudo, não é unívoca, já que historicamente as direções que toma esse discurso foram objeto de tensão e disputas havidas entre as mais variadas correntes de pensamento. Nesse sentido, o autor demonstra que o discurso jurídico-penal historicamente sempre oscilou entre dois polos. Por um lado, essa narrativa ganhou

¹³³ BARATTA, 2002, p. 43-44.

¹³⁴ BARATTA, 2002, p. 44.

¹³⁵ BARATTA, 2002, p. 45.

¹³⁶ BARATTA, 2002, p. 46.

contornos de *garantia cidadã e individual* frente ao poder punitivo estatal. Nesse sentido, esse corpo de saber é orientado na direção da limitação do próprio poder punitivo. De outro lado, no entanto, esse discurso mantém entranhada a ambição de *defesa social* e combate ao crime:

O discurso penal é por excelência o *lugar* do confronto entre liberdade e anseios de segurança, entre garantias e anseios de prevenção, ou dito de outra forma, entre o limite imposto pela *legalidade* e a *política criminal*, ainda que a legalidade em si mesma esteja perpassada por *construtos* que permitem a sua *suspensão* em nome de uma política criminal de prevenção¹³⁷.

Em sentido similar, podemos acrescentar que os diferentes modelos de Direito Penal que a modernidade apresentou não fogem à regra. Por essa razão, cumpre manter a ideologia da defesa social como uma espécie de índice a partir do qual deveremos valorar um ou outro programa de minimalismo jurídico-penal. Sendo assim, indagaremos, apenas para fixar uma questão pertinente que deverá ser respondida ao longo deste trabalho: no marco do utilitarismo ferrajoliano, qual o lugar da defesa social?

Cabe agora retomar os rumos da narrativa penal após a ascensão do correccionalismo com a sociedade disciplinar. Como dissemos anteriormente, os ideais da Ilustração, em grande parte, foram postos de lado no marco de um projeto político que necessitava dotar de legitimidade as necessidades próprias de um capitalismo emergente e uma burguesia industrial. Nessa senda, o discurso jurídico-penal procurou traçar os contornos de um controle punitivo preocupado em gerar corpos e almas dóceis ao empreendimento burguês, o que foi possibilitado pela investida correccionalista que se hegemoniza no interior desta narrativa. Se não é possível dizer que o ideal correccionalista que acompanha a sociedade disciplinar se afasta do paradigma moderno – especialmente porque, como já vimos, os défices e excessos desse paradigma já estavam desde cedo inscritos em sua formação – é certo, ao menos, que essa resposta punitiva demarca distância dos ideais emancipatórios que constavam no garantismo ilustrado. A nosso ver, a obra de Ferrajoli constitui uma revisita a esse potencial que não foi esgotado, muito pelo contrário, ficou em suspenso no decorrer da modernidade penal. O autor procura reavivar a vocação garantidora do Direito Penal, historicamente sucateada pelas investidas regulatórias, mas ao mesmo tempo (e a nosso juízo, podemos adiantar, esse é seu maior erro) se preocupa em revitalizar a justificação do castigo, nos moldes preventistas condizentes com a ideologia da defesa social. Dito de outra forma: o modelo de Direito Penal mínimo de Ferrajoli possibilitou o desenrolar de um movimento

¹³⁷ KHALED JR., 2012, p. 85.

garantista que procurou dotar os juristas de uma práxis comprometida com a trincheira dos direitos humanos fundamentais¹³⁸, mas simultaneamente forneceu munição teórica justificante ao poder punitivo estatal. Se Andrade acerta quando diz que desde o interior do projeto moderno, o garantismo seria o máximo contributo que o saber penal poderia prestar ao pilar da emancipação¹³⁹, fica claro que a teoria ferrajoliana não recusa a missão.

Qualitativamente, ninguém desenvolveu tanto o sistema de pensamento próprio do utilitarismo jurídico-penal quanto Luigi Ferrajoli. Sua obra eleva ao limite o potencial desse discurso, buscando solver ao máximo as contradições e insuficiências que esta matriz de pensamento começa a apresentar a partir de seu influxo, que historicamente coincide com o nascimento da sociedade disciplinar foucaultiana. Pode-se dizer que seu esforço de revisão do discurso jurídico-penal moderno constitui uma das críticas mais fulminantes ao correccionalismo que ganha impulso com o abandono do ideal emancipatório em torno da narrativa jurídico-penal, sacrificado no altar das necessidades regulatórias do capitalismo industrial do século XIX, como vimos. Nesse sentido, importante compreendermos, mesmo que em apertada síntese, as nuances que esta narrativa adquire após a perspectiva ferrajoliana.

Para construir os alicerces de seu modelo de Direito Penal mínimo, Ferrajoli esforça-se em traçar uma diferenciação entre dois modelos estatais e suas respectivas implicações políticas e jurídico-penais. Em primeiro lugar está o Estado de Direito, concebido pelo autor como um ordenamento jurídico onde as esferas do poder estatal estariam vinculadas à lei penal, tanto processual quanto material. De outro lado, o autor aponta um Estado Absoluto ou Totalitário – não necessariamente idêntico ao Estado Absolutista histórico contra o qual a crítica do Iluminismo foi dirigida –, que corresponderia a um ordenamento jurídico onde não houvesse a aludida vinculação, bem como condições e limites precisos à incidência do poder punitivo¹⁴⁰. Essa divisão mantém uma dicotomia correspondente no plano do discurso e da práxis jurídico-penal, qual seja a de um *Direito Penal mínimo* (adequada ao Estado de Direito) e a de um *Direito Penal máximo* (correlativo ao Estado Absoluto ou Totalitário). Importante ainda referir que o próprio autor atribui um caráter meramente tendencial a ambos os modelos, dado que convivem conjuntamente em uma mesma ordem jurídico-política, um ou outro em maior ou menor grau¹⁴¹.

¹³⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2008, p. 724.

¹³⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2012, p. 217.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, 2014, p. 101.

¹⁴¹ FERRAJOLI, 2014, p. 101-102.

A diferenciação entre esses dois modelos tendenciais também ocorre no plano da “certeza” que a cada um deles corresponde. Para o autor, enquanto o Direito Penal máximo buscaria certificar-se de que nenhum culpado restasse impune, ao custo de que alguns inocentes pudessem ser punidos, o Direito Penal mínimo buscaria a certeza de que nenhum inocente fosse punido, mesmo que isso significasse a incerteza quanto a eventuais culpados que pudessem acabar impunes¹⁴².

Partindo de uma orientação ilustrada e liberal¹⁴³, Ferrajoli opta, obviamente, pela primazia do Direito Penal mínimo em face de um Direito Penal máximo, isto é, pela primazia do Estado de Direito em contraposição ao Estado Absoluto ou Totalitário. Para o autor, um discurso jurídico-penal capaz de limitar e condicionar ao máximo a incidência do poder punitivo corresponderia à maior tutela possível das liberdades dos cidadãos contra ingerências estatais arbitrárias, mantendo, portanto, um nítido ideal de racionalidade¹⁴⁴ que conecta o seu modelo com o conjunto de utopias do paradigma da modernidade. Esse modelo de discurso seria, obviamente, preferível a uma orientação de Direito Penal máximo, já que esta se caracterizaria por excessiva severidade, incerteza e imprevisibilidade, tanto das condenações como das penas, e, portanto, seria “um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação”¹⁴⁵.

É para coibir um modelo desse quilate que Ferrajoli desenvolve um Sistema Garantista (SG) – só possível se conjugado com um modelo de minimalismo jurídico-penal – que seria um conjunto coerente de definições que individualizam os recursos essenciais de um sistema jurídico “perfeito” na defesa dos indivíduos contra os abusos perpetrados pelo Estado¹⁴⁶. Esse

¹⁴² FERRAJOLI, 2014, p. 103.

¹⁴³ Conforme aponta Bovero (BOVERO, Michelangelo. La filosofía política de Ferrajoli. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo*: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008, p. 410). Para o autor, ainda: “Si bien Ferrajoli es consciente de que estas corrientes no son totalmente homogéneas, ni desde la perspectiva de la filosofía, ni desde la perspectiva política, considera que a través de su sucesión se há ido formando un conjunto coerente de principios que, en gran medida, converge en las constituciones y codificaciones modernas. A esta especie de herencia acumulativa Ferrajoli considera su fuente de inspiración. En su opinión, más allá de los referentes histórico-doctrinales, la ilustración consiste, sobre todo, en la postura del pensamiento laico y secularizado que encuentra expresión en la teoría, variamente articulada y argumentada, de la separación entre derecho y moral, mientras que el liberalismo consiste en la concepción antiautoritaria del poder como mal necesario, que encabeza al modelo ideal de Estado de derecho. Pero como dicha separación no se resuelve, según Ferrajoli, en una fractura o en un recíproco aislamiento entre el punto de vista jurídico y el ético, dicho modelo de Estado limitado por el derecho no implica la adopción de una teoría de Estado mínimo, tal como lo entiende la opinion liberal común. Por el contrario, el modelo normativo – quisiera decir, la filosofía política – que surge de las páginas de este libro puede considerarse definida apropiadamente como liberal-socialista” (BOVERO, 2008, p. 410-411).

¹⁴⁴ FERRAJOLI, 2014, p. 102.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, 2014, p. 102.

¹⁴⁶ COSTA, Pietro. Um modelo para um análisis: la teoría del “garantismo” y la comprensión histórico-teórica de la “modernidad” penalista. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo*: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008, p. 5-6.

modelo é trabalhado levando em conta onze termos essenciais¹⁴⁷, os quais (com exceção óbvia da “pena”) dão vida a dez axiomas¹⁴⁸ – proposições prescritivas e não assertivas¹⁴⁹ – que corporificam o modelo garantista de Direito Penal mínimo¹⁵⁰. Cada axioma origina um princípio jurídico¹⁵¹, configurando, cada um deles, uma condição necessária para a habilitação e incidência legítimas do controle punitivo.

Cada uma das implicações deonticas – princípios – de que se compõe todo modelo de Direito Penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma *garantia jurídica* para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual *não* está permitido ou está proibido punir¹⁵².

Ainda, cumpre referir que, para Ferrajoli, a adoção do modelo garantista de minimalismo jurídico-penal pressupõe “uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por ele tutelados”¹⁵³. O conteúdo desses valores, importante que se diga, foi historicamente esboçado pelos pensadores da Ilustração, sendo que as específicas formulações do garantismo primeiramente obtiveram o status de princípios políticos, morais ou de direito natural que buscaram limitar o poder absoluto do soberano (garantismo ilustrado) para logo após serem incorporados às constituições¹⁵⁴ e codificações modernas, convertendo-se, a partir daí, em princípios jurídicos de um Estado de Direito¹⁵⁵.

¹⁴⁷ São eles: “pena”, “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação”, “culpabilidade”, “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa” (FERRAJOLI, 2014, p. 89).

¹⁴⁸ Que são: (A1) *nulla poena sine crimine*; (A2) *nullum crimen sine lege*; (A3) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*; (A4) *nulla necessitas sine injuria*; (A5) *nulla injuria sine actione*; (A6) *nulla actio sine culpa*; (A7) *nulla culpa sine iudicio*; (A8) *nullum iudicium sine accusatione*; (A9) *nulla accusatio sine probatione*; (A10) *nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

¹⁴⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 90.

¹⁵⁰ No entanto, cabe a ressalva de que, enquanto modelo de análise, o Sistema Garantista (tal como o próprio Estado de Direito, como vimos) e seus princípios atinentes, tratam-se, todavia, de um “modelo limite” e tendencial que dificilmente poderia ser plenamente satisfeito no plano da realidade, conforme admite o próprio autor (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

¹⁵¹ Sendo eles: (1) princípio da *retributividade*, (2) princípio da *legalidade*, (3) princípio da *necessidade*, (4) princípio da *lesividade* (5) princípio da *materialidade*, (6) princípio da *culpabilidade*, (7) princípio da *jurisdicionalidade*, (8) princípio *acusatório*, (9) princípio do *ônus da prova* e (10) princípio do *contraditório* (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

¹⁵² FERRAJOLI, 2014, p. 90.

¹⁵³ FERRAJOLI, 2014, p. 90.

¹⁵⁴ Para Costa, “El modelo ‘garantista’ aparece entonces como un ‘lugar’ teórico privilegiado desde el cual es posible moverse en dos direcciones distintas: la que lleva a descifrar el sistema normativo y la que desemboca en la renovación del debate sobre los valores, los vínculos y las reglas éticamente argumentables de la democracia. Sin embargo, existe al menos un punto en el que las dos perspectivas, aunque permaneciendo obviamente diferenciadas, terminan por implicarse más estrechamente: la Constitución republicana, el problema de su función para el jurista intérprete” (COSTA, 2008, p. 11). Para Morais da Rosa, a relação entre o Sistema Garantista e o constitucionalismo é bastante evidente na obra de Ferrajoli: “A *Teoria Garantista* representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da *Constituição* como documento *constituente* da sociedade. Esse resgate

O Sistema Garantista de Ferrajoli constitui, portanto, um desenvolvimento analítico único do legado do Iluminismo jurídico-penal – pretendendo, inclusive, ressignificar a metáfora contratualista que lhe tornou possível¹⁵⁶, como vimos –, já que o autor não poupa esforços em racionalizar e defender de forma criativa as contribuições dessa tradição de pensamento acerca dos direitos humanos fundamentais¹⁵⁷. Mas, nos contornos da teoria ferrajoliana, quais são as configurações específicas que dotam o poder punitivo de um sentido próprio no Estado de Direito de que fala o autor? A partir do Sistema Garantista desenvolvido pelo autor, qual o papel cabível ao poder punitivo estatal após a crise que corrói o ideal disciplinar correcionalista?

Tendo em conta a pergunta matricial do discurso jurídico-penal da modernidade – *por que punir?* –, Ferrajoli identifica dois sentidos possíveis para a sua enunciação que, por sua vez, irão gerar duas classes de respostas distintas. Num primeiro sentido, a pergunta quer se referir ao fenômeno punitivo enquanto fato social, ao “ser”, isto é ao o porquê de existir a pena, empiricamente falando. Num segundo sentido, a pergunta estaria ligada ao problema filosófico da punição, isto é, a valoração ético-política e ao “dever ser” da mesma, ou seja, ao por que se deve punir. No primeiro caso, a questão traçada admitiria *teorias* científicas (criminológicas ou jurídicas) que esboçariam respostas assertivas, valoradas conforme critérios de veracidade ou falsidade. No segundo caso, a questão admitiria *doutrinas* que esboçariam respostas prescritivas, valoradas de acordo com critérios de justiça ou injustiça. Para o autor, o grande problema existente entre as diferentes respostas dadas pelas variantes do discurso jurídico-penal ao longo de sua trajetória seria o *vício metodológico* da confusão entre uma ou outra classe de respostas, o que terminaria gerando respostas *ideológicas*¹⁵⁸.

constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político-jurídico do Estado, aberto ao devir. A *Constituição* é uma disposição fundante da convivência e fonte da legitimidade estatal, não sendo vazio, mas uma coalizão de vontades com conteúdo materializado pelos *Direitos Fundamentais*. A história do constitucionalismo é a progressiva ampliação da esfera pública de direitos, de conquistas e rupturas. Em outras palavras, a *Constituição* nessa concepção *garantista*, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14-15).

¹⁵⁵ FERRAJOLI, 2014, p. 91-92.

¹⁵⁶ Segundo Bovero, “Ferrajoli recupera la sustancia del iusnaturalismo moderno o, mejor aún, de su teoría política, el contratualismo, el cual es entendido como teoría de la justificación del Estado únicamente en cuanto ‘instrumento de tutela de los derechos fundamentales’” (BOVERO, 2008, p. 413).

¹⁵⁷ Conforme Morais da Rosa, a partir do garantismo de Ferrajoli os direitos fundamentais do cidadão devem servir como um parâmetro para a deslegitimação de um Estado (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 12).

¹⁵⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 299.

É interessante, nesse ponto, atentar ao tipo de formulação que Ferrajoli qualifica como ideológica: para o autor poderiam ser adjetivadas dessa forma as respostas que confundiriam o “ser” e o “dever ser”, ou seja, proposições assertivas e proposições normativo-prescritivas, vindo a desrespeitar um princípio metodológico fulcral para que possamos compreender o seu sistema de pensamento, qual seja, a “Lei de Hume”. Segundo esse princípio, estaria vedado extrair ou derivar conclusões prescritivas, atinentes ao “dever ser”, de constatações fáticas, atinentes ao “ser”, ou mesmo, do contrário, ilações descritivas de premissas prescritivas. No primeiro caso, teríamos uma “*falácia normativista*”, no segundo caso se incorreria em uma “*falácia naturalista*”¹⁵⁹.

Também é interessante notar, desde já, a proibição oposta por Ferrajoli à crítica criminológica, eis que a mesma estaria restrita à análise de questões atinentes à operacionalidade do controle social punitivo, impedida, desde sua ótica, de levar a cabo críticas de ordem prescritiva eis que derivadas das constatações empíricas obtidas¹⁶⁰. Para o autor, “as doutrinas normativistas não são sufragáveis nem refutáveis com argumentos construídos por meio da observação, mas somente com base na conformidade ou desconformidade destes com os valores”¹⁶¹. Conclusão similar é obtida quando o autor busca confrontar a argumentação abolicionista, segundo sua lógica, contaminada pela dita falácia naturalista¹⁶². A única exceção à Lei de Hume, capaz de validar tanto os argumentos oriundos de doutrinas abolicionistas quanto da crítica criminológica seria, para Ferrajoli, a hipótese de comprovação empírica da *impossibilidade de realização de um determinado fim justificante da intervenção penal*¹⁶³.

A extrema importância da Lei de Hume enquanto princípio metodológico estruturante do sistema de pensamento desenvolvido por Ferrajoli há de ser, desde já, devidamente salientada. Trata-se, a nosso ver, de uma categoria central, uma espécie de “coluna vertebral” para a sua teoria de justificação da pena. Para o autor, a indevida derivação do “ser” a partir do “dever ser” é o que termina por fulminar o correccionalismo, por exemplo, uma vez que essa finalidade atribuída à pena seria aceita aprioristicamente como satisfeita, mesmo que se

¹⁵⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 300.

¹⁶⁰ Talvez isso se explique pelo fato de que “[...] las breves incursiones inter – o multi – disciplinares que el autor se permite hacer no producen un efecto de dispersión gratuita, sino de enriquecimiento y profundización porque encuentran en el modelo sus puntos de gravitación y de equilibrio”, conforme aduz Pietro Costa (COSTA, 2008, p. 6-7). Entretanto, é de se questionar o lugar da criminologia a partir do modelo de justificação da pena em ferrajoliano, na medida em que as chances de deslegitimação de seus argumentos por parte do criticismo criminológico são precárias se o critério partir do próprio modelo do autor, como veremos a seu tempo.

¹⁶¹ FERRAJOLI, 2014, p. 301.

¹⁶² FERRAJOLI, 2014, p. 302-303.

¹⁶³ FERRAJOLI, 2014, p. 303.

revele, na prática, um objetivo não realizado ou mesmo irrealizável, se consubstanciando, portanto, em uma falácia normativista¹⁶⁴.

É preciso ter claro, no entanto, que o intento de Ferrajoli é bem mais ambicioso do que a pertinente crítica efetuada ao correcionalismo que domina o discurso jurídico-penal a partir do séc. XIX, como vimos. Seu modelo de Direito Penal mínimo constitui um novo parâmetro de aferição da legitimidade do poder punitivo que se difere das variações do utilitarismo da Ilustração que o antecede, mesmo que o autor se declare, e o seja de fato, herdeiro dessa tradição de pensamento. Sob outro enfoque, Ferrajoli caracteriza todo o utilitarismo ilustrado – em todas as suas vertentes, desde as prevenções gerais (positiva e negativa) até às especiais (positiva e negativa) – como um empreendimento “partido ao meio”, uma vez que só considera a variável da máxima utilidade da intervenção punitiva à maioria não desviante – premissa que já estava presente em Beccaria, como já apontamos. Desse modo, a seu juízo, o discurso jurídico-penal moderno restaria amputado, tendente, inclusive, a tentações autoritárias, como prova o controle penal disciplinar oitocentista. Necessário seria, assim, recorrer a um segundo parâmetro utilitário: *o mínimo mal-estar necessário aos desviantes*¹⁶⁵. Nessa trilha, Ferrajoli busca redimensionar o discurso do utilitarismo penal, acrescentando um novo objetivo à irrogação da pena:

[...] trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva mas não penal* – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias à ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. [...] Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas¹⁶⁶.

Pondo em outras palavras: para Ferrajoli e seu *utilitarismo* de tipo *reformado* a pena obtém legitimidade para exercer uma dupla finalidade: em primeiro lugar a de prevenir delitos, especificamente através da “coação psicológica” exercida pela norma penal em

¹⁶⁴ FERRAJOLI, 2014, p. 307. Vale destacar que esse não é o único vício que atinge a prevenção especial positiva, conforme o autor. Soma-se a isso o fato de que os objetivos de “ressocialização” viriam em clara afronta aos direitos de personalidade trazidos pelo paradigma moderno iluminista, além de tratar como “meio” um ser humano, afrontando à máxima kantiana (cf. FERRAJOLI, 2014, p. 246 e ss). Podemos notar, a partir daí, a genuína fidelidade do autor ao referencial filosófico que nutre a sua obra.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, 2014, p. 308.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, 2014, p. 309.

abstrato; em segundo lugar, a pena deveria impedir reações indevidas, vinganças de pessoas ou grupos em face do suposto autor de um delito. No primeiro objetivo teríamos o *limite mínimo* para a pena, ao passo que no segundo estaria o seu *limite máximo*, respeitando assim ao segundo vetor do utilitarismo¹⁶⁷, que já descrevemos. Interessante acrescentar: Ferrajoli chega a referir que, enquanto o primeiro objetivo – prevenção de delitos associada à prevenção geral negativa – permite dúvidas acerca de sua viabilidade, em razão das capacidades concretas do controle social punitivo, o segundo objetivo – da prevenção das penalidades arbitrárias – seria indubitavelmente realizável¹⁶⁸. É assim que, para Ferrajoli, o utilitarismo reformado consistiria em uma estratégia de máxima obtenção da utilidade social da pena justamente porque serviria para minimizar uma dupla violência: do crime e das possíveis reações arbitrárias ao crime. Por essa razão, encara o seu projeto como um mecanismo de proteção do “mais fraco”¹⁶⁹, num primeiro momento o cidadão passível de ser vitimado por uma conduta criminosa, num segundo momento, do autor de um delito, passível de ser linchado ou vingado de qualquer modo¹⁷⁰.

A reconfiguração do utilitarismo em Ferrajoli mostra-se aparentemente condizente com a própria fundamentação garantista que o autor desenvolve para o discurso e a práxis jurídico-penal, já que, a concepção de um modelo garantista estaria associada à tutela de valores e direitos fundamentais, ainda que contrariamente aos interesses de maiorias eventuais, por mais expressivas que fossem¹⁷¹. Conforme o autor, os objetivos discursivamente atribuídos ao controle penal estariam na “imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente a garantia de sua

¹⁶⁷ FERRAJOLI, 2014, p. 310.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 310-311.

¹⁶⁹ Para Anitua, a antropologia que embasa o modelo de Ferrajoli é notadamente pessimista, na medida em que o autor não contempla a possibilidade de um futuro sem poder punitivo, o que se revela em sua recusa enfática à utopia abolicionista. Por conta de sua adesão à hipótese hobbesiana, Ferrajoli identifica um passado onde um “estado de natureza”, ancorado na “lei do mais forte” teria sido eliminado pelo moderno Estado de Direito, que procura ainda fazer valer a “lei do mais fraco”, precisamente o objetivo principal de seu modelo de Direito Penal mínimo, como vimos (ANITUA, 2008, p. 732).

¹⁷⁰ FERRAJOLI, 2014, p. 311.

¹⁷¹ “[...] o Poder Legislativo, na concepção *garantista*, também está limitado/balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo se afastar no contido materialmente na Constituição. E, os vínculos no *Estado Democrático de Direito*, de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível. Isto é, nem mesmo por maioria se pode violar/negar os *Direitos Fundamentais* dos indivíduos” (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 6).

liberdade”¹⁷², objetivos esses que seriam possíveis e desejáveis nos contornos de sua justificação da pena¹⁷³.

Como já dissemos, grande parte do argumento de Ferrajoli preocupa-se em responder à investida da crítica abolicionista. Nesse sentido, para além de demonstrar a superioridade de seu modelo de Direito Penal mínimo com relação às formulações utilitárias esboçadas ao longo da trajetória da narrativa jurídico-penal, o autor procurou demonstrar as deficiências contidas na utopia abolicionista. É nesse sentido que chega a dizer que seu modelo permite antever a cena distópica representada por uma “anarquia punitiva” que teria lugar após a supressão da pena e da norma penal¹⁷⁴.

Em face da alternativa abolicionista¹⁷⁵, Ferrajoli entende que o esforço de contenção e máxima racionalização utilitária da intervenção penal constitui a verdadeira utopia progressista. Portanto, a seu ver, a opção de fato desejável não seria uma alternativa ao controle punitivo, mas uma lei e um sistema penal diferentes, condizentes com os postulados garantistas, ainda que pudessem se revelar imperfeitos na sua concretização¹⁷⁶. Para que fique claro: o autor não se opõe à máxima redução dos espaços de intervenção do poder punitivo; pelo contrário, advoga a favor da sua substituição por formas não penais de prevenção, desde que condizentes com os direitos e garantias – materiais e processuais – esboçadas em seu programa. Não se opõe, inclusive, a sepultar a específica lógica do encarceramento¹⁷⁷, em que pese seu modelo muito pouco contribua para isso, como veremos a seu tempo. Ainda assim, para o bem e para o mal, a resposta do autor denota, o seu foco no tempo presente.

¹⁷² FERRAJOLI, 2014, p. 312.

¹⁷³ “[...] conferindo ao direito penal o objetivo de minimizar as lesões (ou exponenciar a tutela), que dos direitos dos desviantes, quer dos direitos dos não desviantes, o nosso esquema preclui autojustificações apriorísticas de modelos de Direito Penal máximo, consentido somente justificações, *a posteriori*, de modelos de Direito Penal mínimo. Em particular, ele reconhece que a pena, em razão de seu caráter aflitivo e coercitivo, é, de qualquer forma, um mal, que de nada serve envolver com o manto de uma finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e, de fato, ainda mais aflitivo. Entretanto, ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais, imprevisíveis e desproporcionais” (FERRAJOLI, 2014, p. 313). Segundo Anitua, “todo o sistema de Ferrajoli sustenta-se com base em seus pressupostos utilitaristas, e são eles que legitimam também a imposição de castigos. Apesar de toda prova acumulada contra essas ideias justificadoras do castigo, para Ferrajoli a prevenção e a diminuição do desprazer, referindo-se ao bem-estar ou à utilidade não dos governantes, mas dos governados, é o único princípio que está em condições de fundamentar modelos de Direito Penal mínimo e garantista” (ANITUA, 2008, p. 735).

¹⁷⁴ FERRAJOLI, 2014, p. 313.

¹⁷⁵ O autor identifica quatro modelos de controle social possíveis, abrindo-se mão do controle punitivo: (a) o *controle social-selvagem*, (b) o *controle estatal-selvagem*, (c) o *controle social-disciplinar* e (d) o *controle estatal-disciplinar* (este último modelo guarda uma extrema semelhança com a descrição da *sociedade disciplinar* foucaultiana, que já expusemos). Todos os modelos indicados estariam, conforme o autor, ligados à realização dos anseios abolicionistas; todos consistiriam em formas de controle ainda mais violentas, mais aflitivas e, portanto, menos desejáveis (cf. FERRAJOLI, 2014, p. 314).

¹⁷⁶ FERRAJOLI, 2014, p. 318.

¹⁷⁷ Chega a sustentar que “[...] é obviamente possível a abolição daquela específica pena – inutilmente aflitiva e até mesmo criminógena – que é a reclusão carcerária” (FERRAJOLI, 2014, p. 319).

“Enquanto existirem tratamentos punitivos e técnicas institucionais de prevenção que incidam sobre os direitos e as liberdades dos cidadãos, a sua justificação residirá, unicamente, no sistema de garantias penais e processuais que lhe assistirão”, refere o autor¹⁷⁸.

No fim das contas, o modelo de justificação que é dado pelo utilitarismo reformado de Ferrajoli não foge à lógica da atribuição de uma missão civilizatória ao discurso jurídico-penal¹⁷⁹, já que para o autor – e nisso a similaridade com relação à crítica ilustrada de Beccaria é gritante – na medida em que uma sociedade atinge a maturidade civilizatória (em parte, com o auxílio do Direito Penal e da estatização do conflito criminal), o controle punitivo tenderia a se contrair, sendo condizente com as limitações democráticas e reservado a hipóteses diminutas. Como nos demais desenvolvimentos que traçaram os contornos basilares da narrativa jurídico-penal após a Ilustração, o Direito Penal, em Ferrajoli, procura conciliar a utopia garantista de emancipação cidadã e o ímpeto regulatório de defesa social, isto é, defesa dos interesses hegemonicamente plasmados em uma sociedade rendida às necessidades de circulação do capital. Nesse particular, o discurso ferrajoliano não se afasta tanto das formulações que o antecedem.

Zaffaroni nos recorda que tanto os discursos de feição autoritária, que invocam emergências para possam se consolidar e sobrepujar direitos fundamentais de massas populacionais inteiras (ou seja, discursos que se movem em direção à defesa social extremada) quanto os discursos críticos, que contestam e fazem frente ao autoritarismo (pendendo para o polo garantidor, portanto) são o resultado de um confronto pela hegemonia da questão penal. Devemos ter em conta que, sob um determinado ponto de vista, o discurso crítico também possui uma estrutura combativa de modo que aparece para fazer frente a uma dada coalizão de forças, mas, uma vez vencida a luta pela hegemonia, ele próprio pode ser moldado, esquecido ou deformado, conforme convenha à nova conjuntura¹⁸⁰. Cremos que o discurso ferrajoliano obteve um importante papel ao questionar os rumos que o saber e a práxis jurídico-penais tomaram a partir do século XIX, rumos que os conduziram a um caminho autoritário condizente com o anseio disciplinar do sistema capitalista. Mas, na atual conjuntura, seu uso tem potencializado a ampliação dos espaços de ingerência punitiva, especialmente pela sua recusa em ser uma alternativa verdadeira à ideologia da defesa social, opção que corresponderia a livrar o Direito Penal dos elementos que possam dotar o poder

¹⁷⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 319.

¹⁷⁹ Cf. FERRAJOLI, 2014, p. 320.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 171-172.

punitivo de fins legítimos, mascarando inevitavelmente a sua incidência marcadamente ilegítima no marco de um capitalismo neoliberal, como veremos oportunamente.

Em síntese, o discurso acerca do poder punitivo contido no utilitarismo reformado de Ferrajoli representa, sem dúvida, um esforço em limitar a incidência do poder punitivo, conforme um parâmetro emancipatório, expresso no próprio ideal garantista. No entanto, representa uma reformulação do ideal civilizatório que o discurso jurídico-penal historicamente conferiu ao poder punitivo, desde que limitado e utilitariamente direcionado. É, portanto, uma construção teórica que permite certamente exercitar a crítica de modelos irracionais de Direito Penal, mas que, em contrapartida, fornece à pena um novo verniz de utilidade, somando-se ao empenho dos penalistas do Iluminismo, de modo que sua doutrina de justificação da pena e do poder de punir não foge aos princípios da ideologia da defesa social, já aludidos. Se em nível imediato a justificação da pena em Ferrajoli garante a manutenção do ideal de defesa social, insculpido no discurso da modernidade penal, em nível mediato ela possibilita a ampliação das camadas do controle penal, já que lhe confere uma missão de tutela de interesses e valores socialmente relevantes.

1.3 O bem jurídico-penal e sua tutela (I): síntese político-criminal do utilitarismo reformado

A questão das doutrinas de justificação da pena fornecidas no decorrer da narrativa jurídico-penal moderna encontra-se inegavelmente conectada com o próprio discurso de legitimação da norma e do sistema penal a partir da ótica de uma *tutela* de valores ou direitos por meio do poder punitivo. Tratamos, por óbvio, da questão dos *bens jurídicos* e a sua função – algumas vezes restritiva e outras vezes permissiva – de critério reitor da incidência do poder punitivo através da norma penal. É Ferrajoli quem nos recorda que a questão do bem jurídico lesionado em uma conduta delituosa não difere muito da questão maior dos fins atribuíveis ao controle penal. Para o autor, “trata-se da essência mesma do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar”¹⁸¹.

De modo similar, Nilo Batista aclara a questão ao demonstrar que o vocábulo “missão” pode designar a interface pena/sociedade a partir do momento que antecede ao cometimento do crime, ao passo que os “fins” ou as “funções”, manifestas ou latentes, da

¹⁸¹ FERRAJOLI, 2014, p. 428-429.

pena e do controle penal costumam se referir ao momento posterior ao crime¹⁸². Parece-nos, ademais, que o autor está com a razão quando aduz que toda teoria da pena é também uma teoria do direito penal¹⁸³, e isso explica a necessidade de tratarmos da doutrina de justificação da pena fornecida pelo utilitarismo ilustrado antes de nos aventurarmos na missão que Ferrajoli confere ao controle punitivo, seguindo os passos da tradição preventista. Trataremos nesta seção, portanto, da missão discursivamente designada ao poder punitivo a partir da narrativa jurídico-penal moderna que culmina no utilitarismo penal reformado, isto é a missão de *exclusiva proteção de bens jurídicos*¹⁸⁴, “oriundos da realidade social, em sintonia com o quadro axiológico constitucional”¹⁸⁵.

O discurso de justificação do poder punitivo guarda, portanto, correlação estreita com a discussão acerca do papel do bem jurídico-penal ao longo de sua trajetória conceitual¹⁸⁶. Esse discurso ganha contornos diversos no decorrer da modernidade, mas mantém em suas entranhas a ideologia da defesa social, conforme expusemos. Não é nossa intenção discorrer sobre a trajetória conceitual do bem jurídico-penal, o que demandaria um fôlego muito maior que o deste trabalho¹⁸⁷. Importante, entretanto, refletir sobre o trato dessa questão a partir do modelo de Direito Penal mínimo trazido pelo utilitarismo reformado, com o fito de construir as bases para uma revisão crítica das funções cabíveis ao bem jurídico a partir da teleologia constitucional e de um novo compromisso ético, o que será ensaiado no último capítulo.

Para Ferrajoli, se o que se pretende é julgar axiologicamente o conteúdo das proibições penais, será necessário recorrer a “critérios valorativos externos à lei”¹⁸⁸. É nesse sentido que o autor se esforça em caracterizar uma “ética da legislação”¹⁸⁹ capaz de apreciar, desde um ponto de vista externo ao próprio ordenamento e à norma penal, as proibições jurídicas que

¹⁸² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 108.

¹⁸³ BATISTA, N., 2011, p. 108.

¹⁸⁴ A exceção mais lembrada costuma ser a o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs (cf. JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-52). Em que pese nosso intento, a rigor, não abarque o desenvolvimento teórico deste autor, retomaremos essa discussão, mesmo que periféricamente, no último capítulo.

¹⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

¹⁸⁶ O discurso sobre as funções atribuídas ao bem jurídico-penal, por sua vez, guarda relação com o próprio discurso político de justificação do Estado: “[...] el bien jurídico en cuanto expresión que sintetiza el objeto jurídico protegido por la norma penal, aparece indisolublemente vinculado al estado en la medida que es él el que tiene el monopolio de la coerción penal. Es el Estado el que designa los objetos a ser protegidos, la forma y la intensidad de su protección. Em consecuencia, se trata de una decisión política, por lo tanto, de una decisión no neutral la que toma el Estado cuando designa los bienes jurídicos que habrán de ser protegidos penalmente, que serán naturalmente sus bienes jurídicos” (MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 11).

¹⁸⁷ Para uma síntese dessa trajetória, cf. MALAREE, 1992, p. 13 e ss ou, ainda, PRADO, 2014, p. 29 e ss.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 421.

¹⁸⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 422.

recebem o rótulo criminal. Como lembra Baratta, além do nível exegético-dogmático (ou, simplesmente, “interno”), o discurso sobre as proibições penais – discurso sobre os critérios de eleição dos bens jurídico-penais – inevitavelmente necessitará de uma apreciação “externa” ao ordenamento jurídico, que se manifesta através de uma valoração dos objetos de criminalização da norma penal sob um viés ideológico-político¹⁹⁰. O problema um tanto óbvio que subjaz essa espécie de juízo acaba sendo o da relatividade histórico-política dos próprios valores éticos eleitos para um intendo deste tipo. De acordo com Malaree:

[...] el bien jurídico en cuanto producto social es un producto histórico, esto es, que no pertenece a la sociedad en abstracto sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado. Es el producto, en consecuencia, de las condiciones concretas de esa sociedad, de las condiciones específicas de la superestructura social y política y de un ámbito particularizado de ella: de la superestructura jurídico-penal¹⁹¹.

Sendo um produto histórico cambiante de acordo com o fluxo de ideias e os sistemas de pensamento que se sobrepõem uns em relação aos outros de maneira dinâmica, entregue ao devir, é natural que surjam as mais diversas orientações politico-criminais capazes de articular o bem jurídico-penal, desde seu significado até suas funções específicas, em razão de diferentes projetos políticos, ou seja, de orientações axiológicas por vezes discrepantes. No entanto, em face da variabilidade das respostas à questão em apreço, Ferrajoli adverte acerca da impossibilidade de se construir um sistema de proibições perfeito¹⁹²:

A incorporação garantista de princípios morais ou de justiça aos níveis superiores de um ordenamento, por mais ampla que seja, continuará tendo limites extrínsecos. Precisamente o princípio teórico da separação entre direito e moral, aliado à relatividade dos juízos éticos, derivada da autonomia de cada consciência e do princípio metaético da tolerância, impedem que um sistema de proibições penais possa proclamar-se objetivamente justo ou integralmente justificado. De fato, não existem princípios jurídicos que possam garantir a justiça absoluta de um sistema penal, nem mesmo limitando-nos a seus enunciados normativos e deixando de lado seu funcionamento real. Nem são concebíveis sistemas jurídico-penais perfeitos, sendo, como são, irredutíveis tanto a autonomia quanto a pluralidade dos juízos ético-políticos sobre sua imperfeição, assim como a relatividade histórica e política das opções legislativas sobre o que se deve proibir. Nem sequer o fato de que estas opções sejam as da maioria basta para garantir sua justiça ou sua moralidade, senão

¹⁹⁰ BARATTA, 2004, p. 58-59.

¹⁹¹ MALAREE, 1992, p. 151.

¹⁹² De fato, o autor alerta para o risco totalitário contido em um intento dessa magnitude: “[...] a justiça perfeita não é deste mundo, e qualquer pretensão de tê-la realizado por parte de um sistema penal não é só ilusória, como também um sinal da mais perigosa das imperfeições: a vocação totalitária” (FERRAJOLI, 2014, p. 424).

somente sua concordância com os valores e os interesses dominantes. A justiça, como a moral, não é questão de maiorias¹⁹³.

Sabendo que “não existe conduta delituosa que não tenha sido permitida em outros tempos, nem conduta lícita que não tenha sido, outrora, proibida”¹⁹⁴, Ferrajoli fará apelo a critérios negativos limitadores dos âmbitos de habilitação do poder punitivo, critérios que assegurem a consonância das proibições com o marco teórico de um utilitarismo reformado e do seu Sistema Garantista, critérios que seriam necessários mas não suficientes para assegurar a legitimidade das proibições e das penas impostas pela sua desobediência¹⁹⁵. Como era de se esperar em razão da coerência com seu quadro axiológico, o garantismo penal toma a questão do bem jurídico-penal a partir do reconhecimento de uma posição antinômica e desigual do cidadão frente ao poder punitivo estatal, o que é, para Malaree, a marca de uma política penal de exclusiva proteção de bens jurídicos¹⁹⁶.

Retomando o legado do Iluminismo jurídico-penal, Ferrajoli chama atenção ao caráter utilitário que necessariamente deveria orientar a eleição dos objetos a serem tutelados pela lei penal na esteira do seu modelo minimalista, inviabilizando a eleição de condutas não lesivas a interesses legítimos¹⁹⁷. Essa perspectiva, importante notar, serve para exercer uma crítica cirúrgica ao avanço de concepções acerca do bem jurídico e sua função que não aparentem ser aptas a limitar a incidência do poder de punir. Para o autor, a trajetória do bem jurídico-penal “caracteriza-se por uma ininterrupta expansão do seu significado, simultânea ao progressivo desvanecimento tanto de seus referentes empíricos como de sua função garantidora dos limites ou condições que podem justificar a proibição penal”¹⁹⁸, o que sem dúvida significa um risco para um modelo de Direito Penal mínimo e garantista.

Segundo Ferrajoli, na jornada do bem jurídico-penal houve uma espécie de investida “anti-iluminista” e “antigarantista” no seio do discurso jurídico-penal, a partir do século XIX, que obteve como resultado o esvaziamento da função limitadora do bem jurídico, que se converte em um recurso retórico apto a legitimar a mais pura razão de Estado. A partir daí, “desaparecem progressivamente do horizonte das teorias do bem jurídico os interesses materiais dos indivíduos de carne e osso, para deixarem seu lugar, primeiro, aos interesses e a

¹⁹³ FERRAJOLI, 2014, p. 423.

¹⁹⁴ FERRAJOLI, 2014, p. 424.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, 2014, p. 425.

¹⁹⁶ MALAREE, 1992, p. 139.

¹⁹⁷ “A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições” (FERRAJOLI, 2014, p. 426).

¹⁹⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 429.

vontade do Estado, e, depois, à simples ideia do direito e do Estado”¹⁹⁹. No limite, esse desvirtuamento da noção e das funções do bem jurídico-penal serviu, inclusive, para legitimar, especialmente em meados do século XX, as aspirações políticas de regimes totalitários e ditatoriais²⁰⁰ que precisavam exercer a repressão em face de condutas não lesivas, como a mera desobediência²⁰¹.

Mas, como era de se supor, a investida antigarantista que acometeu o conceito de bem jurídico-penal não se prontificou a servir apenas a modelos autoritários de Estado. De acordo com Malaree, o Estado, no instante da seleção dos objetos que a seu juízo seriam merecedores de tutela por meio do poder punitivo é tudo menos neutro. Para o autor, na verdade, o próprio ato de seleção tem constituído, a partir desse sintomático esvaziamento da noção de bem jurídico, um ato de correspondência com relação a critérios que hegemonicamente representam interesses de uma sociedade capitalista²⁰². Desnecessário dizer que essa análise vai ao encontro da descrição que fizemos do apogeu da sociedade disciplinar e do capitalismo regulatório moderno. Conforme Becker, a questão da imposição das proibições através da norma penal não escapa às conjunturas de poder político e econômico²⁰³. Para Juarez Cirino dos Santos, não passa de mero simulacro a igualdade no que se refere às pretensões de tutela dos bens jurídico-penais via controle penal:

[...] as definições de crimes fundadas em *bens jurídicos* próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais. Em consequência, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal – os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos. A proteção das relações de *produção* e de *circulação* materiais da vida social abrange a proteção das *forças*

¹⁹⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 430.

²⁰⁰ Na Alemanha nazista, por exemplo, essa tendência obteve um desenvolvimento monstruoso a partir dos trabalhos da Escola de Kiel que, apesar de inicialmente ter rechaçado a noção de bem jurídico-penal como objetivo de tutela do controle punitivo – e o fizeram justamente por se mostrar inicialmente incompatível com as diretrizes do Terceiro Reich, tanto que o admitiram posteriormente, não sem antes promoverem um completo esvaziamento do seu significado, tornando-o um instrumento inócuo nas mãos do nacional-socialismo (PRADO, 2014, p. 41) – procurou simplificar o conteúdo da intervenção penal a partir das necessidades do Estado, visto como o porta-voz do “povo”. “Si para el Iluminismo el centro es el individuo, para la ideología nacionalsocialista es el pueblo, pero no entendido como la suma de los individuos que viven en comunidad, sino como un ser con identidad propia por encima de los individuos ligado por la sangre y al suelo de las generaciones pasadas, actuales y futuras. El elemento de cohesión es la fidelidad y no la iluminista persecución de intereses de la comunidad. El delito ya no podría plantearse como una lesión de intereses o a las condiciones de vida en común, sino como una traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán” (MALAREE, 1992, p. 69).

²⁰¹ FERRAJOLI, 2014, p. 430-431.

²⁰² MALAREE, 1992, p. 153-154.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 29.

produtivas (homens, tecnologia e natureza) e, assim, certos tipos penais parecem proteger bens jurídicos *gerais* ou *comuns* a todos os homens, independentemente da posição social ou de classe respectiva, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade individual e sexual, a honra, a ecologia etc. Entretanto, a proteção desses valores *gerais* é desigual, como demonstra qualquer pesquisa empírica: a) titulares de bens jurídicos pertencentes às classes ou categorias sociais hegemônicas são protegidos como *seres humanos*, os verdadeiros sujeitos da formação econômico-social; b) titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes ou grupos sociais integrados nos processos de produção/circulação material como *força de trabalho* assalariada são protegidos apenas como e enquanto *objetos*, ou seja, como energia necessária à ativação dos meios de produção/circulação e capaz de produzir valor superior ao seu preço de mercado: a *mais-valia*, extraída do tempo de trabalho excedente; c) titulares desses bens jurídicos pertencentes aos contingentes marginalizados do mercado de trabalho, *sem função* na reprodução do capital (a força de trabalho excedente das necessidades do mercado), não são protegidos nem como *sujeitos*, nem como *objetos*: são destruídos ou eliminados pela violência *estrutural* das relações de produção ou pela violência *institucional* do sistema de controle social, sem consequências penais. Assim, se a criminalização primária (ou *abstrata*) parece *neutra*, a criminalização secundária (ou *concreta*) é diferenciada pela *posição social* dos sujeitos respectivos²⁰⁴.

Ora, fica claro que a funcionalidade do poder punitivo e do sistema penal põe em xeque a idealização acerca das funções que podemos esperar crivelmente do bem jurídico-penal. Devemos acrescentar que não é só a disparidade entre a programação criminalizante e a concretude da intervenção do sistema penal que prejudica o potencial garantidor costumeiramente designado ao bem jurídico-penal. Mesmo em nível abstrato, ou seja, se considerarmos apenas a criminalização primária, o caráter classista da deformação do conceito é evidenciado pela completa disparidade entre o valor/interesse supostamente protegido/tutelado (referente às proibições penais do preceito primário) e a cominação da pena (preceito secundário)²⁰⁵. Segundo Becker, tudo leva a crer que o processo de rotulação criminal não cristaliza um conjunto de proibições universal e homogeneamente aceitas, mas que “constituem objeto de conflito e divergência, parte do processo político da sociedade”²⁰⁶. Ainda assim, nos parece que a crítica sobre o desempenho do conceito de bem jurídico-penal no quadro da realidade punitiva contemporânea não pode ser simplesmente desprezada, sob pena de nos refugiarmos em um idealismo puro e estéril, do ponto de vista da necessidade de retomada da emancipação social. Teremos de levá-la em conta, de modo a readequar nossas expectativas acerca do papel cabível ao bem jurídico, se preciso for. A despeito desse

²⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 11-12.

²⁰⁵ Para um rol extenso dessa patologia, cf. STRECK, Lenio Luiz. Crime e sociedade estamental no Brasil: de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. *Cadernos IHU Ideias*, São Leopoldo, ano 10, n. 178, 2012, p. 9 e ss.

²⁰⁶ BECKER, 2008, p. 30.

diagnóstico, a função precípua do bem jurídico-penal em um Estado Social e Democrático de Direito, com predomínio da teleologia constitucional – que intenta a realização dos altos objetivos do modelo republicano, como lembra Streck²⁰⁷ – deverá estar vinculada à observância da posição concreta das pessoas dentro do quadro de relações sociais, ou seja:

[...] por encima de la observancia de reglas de comportamiento en función de la conservación de la estructura de mercado, ha de tener en cuenta la libertad y dignidad de las personas que integran dicha relación social. En un Estado social y democrático de derecho la determinación de los bienes jurídicos se habrá de hacer considerando los individuos y sus necesidades antes que la conservación y funcionamiento del sistema social²⁰⁸.

É claro que essa exigência não torna fácil a tarefa do discurso jurídico-penal, que normalmente contenta-se em racionalizar as decisões políticas do poder legiferante, como veremos oportunamente, mas, desde o nosso olhar é uma empreitada possível a partir de uma leitura realista marginal. Podemos, assim, concluir que tal como na específica problemática da justificação da pena no marco de um *jus puniendi* estatal, a eleição dos bens jurídico-penais sofre um influxo que acompanha as necessidades de regulação social e, a partir daí, o quadro axiológico da política criminal tende a se afastar da utopia emancipatória que dele fez parte²⁰⁹. O problema específico dos bens jurídicos reflete, igualmente, a tensão que já fizemos menção: de um lado o afã de manter a estrutura social (desigual) condizente com uma sociedade capitalista estratificada e, de outro, há (ainda) o imperativo social e democrático de proteger os indivíduos e o exercício de seus direitos frente a uma potencial ingerência estatal arbitrária, intento que corresponde à formulação de princípios como a lesividade e a intervenção mínima, cada vez mais surrados, diga-se de passagem. Em outras palavras: a questão da missão do direito penal e o papel do bem jurídico-penal nessa equação padecem da dualidade inerente ao discurso jurídico-penal que sempre está situado entre as exigências regulatórias próprias da estratificação necessária à manutenção do sistema capitalista e a utopia emancipatória que quer fazer dele um constructo teórico garantidor dos direitos do cidadão,

²⁰⁷ STRECK, 2012, p. 8.

²⁰⁸ MALAREE, 1992, p. 154.

²⁰⁹ De fato, Cirino dos Santos considera que a própria política criminal – enquanto programa estatal oficial de controle da criminalidade – de sociedades da periferia do sistema-mundo (nas quais aparecem, sob um prisma normativo-constitucional, alguns exemplos de Estado Social e Democrático de Direito, mas sem haver a consolidação de um *Welfare State*) já nasce de certa forma incompleta, pois não inclui em seu horizonte as políticas públicas necessárias para alterar ou reduzir as condições sociais desiguais a que a população está submetida, de modo que a cidadania constitucional não gera considerações de natureza político-criminal. Por derradeiro, o que deveria ser uma política criminal de Estado, plena e abrangente, prevendo a segurança de direitos, acaba se convertendo em uma política meramente punitiva, em cujo eixo encontra-se uma noção pobre sobre a segurança, identificada com o eficientismo do controle penal (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 419).

mesmo que em choque com interesses de outra espécie, oriundos da máquina estatal ou dos segmentos privilegiados no jogo do capitalismo. Nesse marco, infelizmente o utilitarismo reformado pouco agrega no sentido de *superar essa dicotomia*, muito pelo contrário; quando muito, tenta *reequilibrá-la*.

Buscando salvar o conceito (bem jurídico-penal), dando-lhe um verniz democrático e social, condizente com a utopia garantista e com o seu modelo de minimalismo jurídico-penal, Ferrajoli irá traçar alguns critérios para uma política-criminal dirigida ao objetivo de equilibrar a máxima tutela dos bens jurídicos eleitos pela norma penal e as liberdades dos cidadãos. Gostaríamos de chamar atenção para alguns deles, de modo que assim teremos fixadas as condições para uma crítica mais acurada de sua proposta político-criminal, o que se fará no último capítulo. Para começar, sustenta o autor que haveria que se “justificar as proibições somente quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social” e a isso se soma que “nenhum bem justifica uma proteção penal – no lugar de uma civil ou administrativa – se o seu valor não é maior do que o dos bens privados pela pena”²¹⁰.

Para Ferrajoli, deve-se atentar, igualmente, para *a idoneidade potencial de uma proibição, ou seja, a capacidade dissuasória que a habilitação do poder punitivo poderia manter, caso eleito um bem jurídico como objeto de tutela penal*. Esse critério, segundo o autor, é uma decorrência da própria ética utilitária, na medida em que permite valorar como ilegítimas as proibições cuja prática não pode ser impedida pelo Estado, a despeito de qualquer juízo que se faça acerca do conteúdo da própria proibição²¹¹. Ainda, acrescenta Ferrajoli que “uma política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens”²¹², isto é, nos moldes de seu programa minimalista, a atuação estatal deve se dar de maneira proativa – mas não ostensivamente vigilante e disciplinar, como podemos notar a partir de suas críticas aos modelos de controle social ou estatal disciplinar que supostamente viriam acompanhados da abolição do sistema penal – no sentido de evitar as condutas que lesam os bens jurídicos tutelados. Trata-se, como dito, de uma condição de possibilidade, mas também de credibilidade para a própria proibição²¹³.

²¹⁰ FERRAJOLI, 2014, p. 433.

²¹¹ FERRAJOLI, 2014, p. 434.

²¹² FERRAJOLI, 2014, p. 434.

²¹³ Trata-se de uma decorrência lógica do caráter de intervenção mínima que o próprio utilitarismo penal ilustrado já conferia ao controle penal. “El derecho penal no está en condiciones en una sociedad democrática de dar una protección amplia. Puede compartir con otras ramas del derecho la protección de los mismos objetos,

Em geral, a narrativa penal e o problema específico dos bens jurídicos – de seu significado às suas funções – em Ferrajoli, como em outros penalistas contemporâneos, busca o desenvolvimento de “um *referente material* de definição de crime, capaz de exprimir a *negatividade social* das situações conflituais da vida coletiva nas sociedades modernas”²¹⁴. Nesse quadro, fala-se em funções exercidas pelo bem jurídico-penal a partir de um Estado Democrático e Social de Direito como é o nosso caso. Grosso modo, podemos atribuir duas funções principais²¹⁵ ao bem jurídico-penal na esteira do utilitarismo reformado: em primeiro lugar, o conceito de bem jurídico irá servir como *critério de criminalização*; em segundo lugar, tornar-se-á *objeto de proteção ou tutela* por parte do poder punitivo²¹⁶. No primeiro caso, temos o conceito associado a um limite à própria política criminal, vedando criminalizações que não se justifiquem nos conformes de uma dada ordem política e de direitos humanos ou mesmo de um determinado sistema de valoração ética. Já no segundo caso é onde a lógica utilitária torna-se clara: trata-se precisamente da *atribuição de uma finalidade preventista somente realizável se estamos de acordo com os fins conferidos ao poder punitivo pelas doutrinas de justificação da pena, no caso do utilitarismo reformado os fins de prevenção geral negativa e prevenção de punições arbitrárias*.

Ainda que não se resuma a isso, a problemática das condições do exercício de tutela de bens jurídicos – que, a nosso juízo, jamais foi encarada seriamente pela narrativa jurídico-penal que a pressupõe como um dogma (afinal, a eficácia da pena para a realização de alguma das funções declaradas que as doutrinas de justificação lhe conferem tornou-se como que um cânone incontestável a partir do próprio discurso jurídico-penal que, em geral²¹⁷, recusa-se a confrontar os argumentos derivados da criminologia crítica e dos movimentos abolicionistas) é o fator que permite e fomenta o fenômeno a expansão do controle penal, como será visto oportunamente. Em que pese à orientação ferrajoliana acerca do significado e do papel cabível ao bem jurídico-penal tenda a converter-se em uma “navalha descriminalizadora”, na expressão do próprio autor, a porta para novas criminalizações segue aberta, isto porque a

pero por su carácter de *ultima ratio* el ámbito de protección está restringido a los ataques más graves” (MALAREE, 1992, p. 143-144).

²¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 14.

²¹⁵ Prado, a seu turno, irá tratar de desenvolver ao menos quatro funções: (a) uma *função de garantia*, ou de *limitação do jus puniendi*, responsável por limitar a atividade legiferante, (b) uma *função teleológica* ou *interpretativa*, capaz de guiar a interpretação judicial na busca da tutela de um bem jurídico-penal no âmbito da decisão judicial (c) uma *função individualizadora* que serviria de critério de medição da pena quando da sua fixação devendo-se levar em conta a gravidade da lesão ocasionada pelo particular e (d) e uma *função sistemática* que consistiria na classificação dos tipos a partir de um determinado sistema de codificação, o que no nosso caso ocorre na parte especial do Código Penal (PRADO, 2014, p. 62-63).

²¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 15.

²¹⁷ Ferrajoli poderia ser listado como uma exceção, nesse caso, ainda que não se permita radicalizar essa postura, em razão de uma inabalável apego à Lei de Hume, como veremos.

revisão da pauta político-criminal a partir do utilitarismo reformado admite, ou ao menos não coíbe de modo plenamente eficaz, a utilização do controle penal para que se atinjam novos objetivos de tutela:

Um programa de Direito Penal mínimo deve apontar a uma massiva deflação dos “bens” penais e das proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica. É possível, também, que nesta reelaboração fique evidenciada a oportunidade, em função da tutela de bens fundamentais, de uma maior penalização de condutas hoje não adequadamente proibidas nem castigadas²¹⁸.

Já sustentamos que o bem jurídico-penal ostenta um caráter historicamente determinado, sendo inerentemente dinâmico, portanto. Cabe acrescentar que o mesmo atributo da historicidade que marca o conceito, em ares democráticos, lhe impede de manter um caráter estático, “pues siempre estará en el centro de la instancia básica de la decisión política y siempre expuesto a su revisión crítica. Negar este carácter al bien jurídico, significa sustraer de la crítica, esto es de la esencia de la democracia, la política penal del Estado”²¹⁹. Sinteticamente falando, a mesma essência dinâmica e democrática que irá marcar uma teoria material do bem jurídico-penal e que permite uma revisão restritiva, descriminalizante de condutas por ocasião de um revisionismo histórico é a fonte discursiva de novos padrões de criminalização, de novas proibições que tomarão o lugar das anteriores. Nesses termos, ainda que não concordemos inteiramente com as conclusões a que chega o autor, podemos recorrer à síntese de Streck, para quem a questão se resume a de que modo podemos conter as pulsões sociais punitivas, sem tornar o Direito Penal um artefato tirânico e antidemocrático? A nosso ver, cumpre adiantar, a eleição do um modelo de minimalismo penal que coincida com as necessidades emancipatórias é o primeiro passo para que possamos formular uma alternativa jurídica às neocriminalizações que decorrem do credo punitivo da narrativa jurídico-penal, que pressupõe, em nível imediato, a eficácia da pena para cumprir com as suas funções (ainda que as funções, em si, tenham sido um objeto histórico de disputa no interior dessa narrativa) e, em nível mediado, a eficácia do direito penal para a realização de uma missão positiva (hegemonicamente, a tutela de bens jurídicos sociais).

Sendo assim, a questão pertinente parece se dar em relação às condições concretas que o utilitarismo reformado possui para, por paradoxal que seja, reduzir os espaços de incidência do controle punitivo, especialmente na circunscrição que entrega nosso lugar de fala, ou seja, a realidade marginal-periférica. Trocando em miúdos: que o intento de Ferrajoli seja uma

²¹⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 438.

²¹⁹ MALAREE, 1992, p. 143.

radical redução dos espaços de tutela punitiva – redução proporcional ao grau de racionalismo que a lei penal atingiria se obedecidos os parâmetros de seu programa de Direito Penal mínimo – nos parece fora de contestação. No entanto, cabe indagar se a concomitante relegitimação do poder de punir que acompanha o ideal garantista não se mostra contraproducente quanto ao objetivo de diminuição da incidência desse poder, ao passo que permite apor uma missão de tutela dos velhos bens (historicamente associados ao núcleo de condutas consideradas lesivas na atmosfera do Estado Liberal de Direito, como já observamos a partir das espécies de ilegalidades referidas por Foucault) e também dos novos objetos, agora associados ao Estado Social e Democrático de Direito (modelo de organização política cujo reconhecimento constitucional é inegável).

Ainda, muito mais importante do que indagar os rumos que o modelo de Ferrajoli atribui ao bem jurídico-penal e as novas criminalizações que decorrem desse juízo, nos parece que é problematizar criticamente às próprias condições de possibilidade de uma tutela/proteção de quaisquer valores ou interesses imbuídos de espírito democrático e emancipatório. É nessa esteira que a crítica realista marginal prova seu valor, eis que encara o poder punitivo como um fator de estratificação social, servil aos interesses de manutenção de uma conjuntura de poder desigual, própria de um Estado de Polícia, como veremos.

2 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E A MISSÃO DO DIREITO PENAL MARGINALMENTE CONTEXTUALIZADA: DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL À NECESSIDADE DE PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS EM MEIO À DISTOPIA PUNITIVA

No capítulo anterior nos preocupamos em descrever, em linhas gerais e de forma propositalmente não totalizante, a gênese do discurso jurídico-penal, conectando-a com a formação da modernidade na circunscrição europeia. Feito isso, torna-se necessário ressaltar que a contextualização geográfica da narrativa jurídico-penal sedimentada é um problema que merece consideração à parte, pois esta se distancia da historicidade eurocêntrica, ainda que com ela partilhe algumas características. Na verdade, grosso modo, é visível a aptidão do penalismo nacional para uma recepção acrítica de paradigmas teóricos gestados em diferentes contextos, notadamente o eixo europeu-estadunidense. De fato, essa tendência se confirma no campo discursivo do Direito Penal, mas também da política criminal e até mesmo das criminologias²²⁰. Sendo assim, nos propomos, neste capítulo, problematizar a recepção da narrativa jurídico-penal sedimentada, especialmente em sua configuração teórica mais acabada: o utilitarismo penal reformado, já descrito.

Um esforço deste tipo vem imbuído de uma intencionalidade bastante específica: entender as possibilidades, mas também os limites dessa formulação discursiva no contexto de uma cidadania frágil, jovem e, ainda assim, submetida a desafios constantes que não hesitam em testar as condições de sua consolidação. Essa intencionalidade, como parece evidente, ancora-se, por sua vez, na premissa de que a operacionalidade do controle punitivo mantém uma relação inegável com essas referidas condições de consolidação da cidadania, vista a partir dos direitos que lhe compõem.

É corriqueira a ideia de que a formação da cidadania, pelo menos em sua acepção moderna, dá-se a partir da incorporação e concretização em grau razoável de determinados direitos ao ordenamento jurídico. De fato, para os modernos, tanto a noção acerca da cidadania quanto a realidade de sua consolidação encontram-se ligadas organicamente com a ideia de direitos²²¹ e nem sempre remetem a responsabilidade na tomada de deveres,

²²⁰ Cf. DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2004 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.

²²¹ COUTINHO, Carlos Nelson. Notas sobre cidadania e modernidade. *Praia Vermelha*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 145-165, set. 1997, p. 147.

concepção essa que, malgrado seja bastante usual, parece manter raízes na conhecida escala de T.H. Marshall²²², posteriormente retrabalhada e difundida entre nós por Norberto Bobbio²²³.

Partindo do caso inglês, percorrendo a sua específica historicidade, Marshall decompõe a formação da cidadania moderna ao longo de pelo menos três períodos, que, a seu turno, teriam concebido três elementos²²⁴ distintos que, juntos, formariam a compreensão moderna acerca da cidadania²²⁵. Trata-se de um quadro de análise que descreve a cidadania a partir da formação e consolidação desses três grupos de direitos, cada qual nascido em um período específico da história britânica e europeia em geral.

No primeiro momento, cronologicamente situado no século XVIII, teríamos o surgimento dos *direitos civis*. A especificidade desses direitos estaria em sua dimensão absentéista, isto é, na peculiaridade de constituírem uma limitação à ingerência estatal que, a partir de então, estaria proscribida em determinados âmbitos. Direitos como a vida, a liberdade de locomoção, a propriedade privada, a liberdade de crença, a liberdade de professar uma ou nenhuma fé. Todos esses direitos estariam, conforme o quadro de análise marshalliano, agrupados no conjunto dos direitos civis.

O segundo período, que para Marshall inicia no século XIX, estaria caracterizado pelo surgimento e consolidação dos *direitos políticos*. Segundo o autor, na essência, esse grupo de direitos estaria para além da ideia de vedação da intervenção estatal em determinados recintos da vida dos cidadãos: relacionar-se-ia às possibilidades de influência cidadã nas decisões político-governamentais, o que se faz por meio da representação. Sufrágio por meio do voto secreto e universal, condições de organização político-partidária e sindical dentre outras garantias estariam associadas a essa classe de direitos de cidadania.

Por fim, o terceiro período, situado no século XX, seria o responsável pelo advento dos *direitos sociais*. Esse grupo de direitos se refere às condições materiais de

²²² Cf. MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63 e ss. Conforme Coelho, essa característica da ausência de reflexão sobre os deveres inerentes à cidadania pode ser genealogicamente conectada ao modelo de T. H. Marshall, onde a cidadania aparece demasiado centrada no Estado e seus deveres, o que acaba transmitindo a ideia de que os indivíduos são apenas titulares de direitos, concedidos verticalmente ao longo de uma história linear, sempre em evolução (cf. COELHO, Lígia Martha C. Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropológica. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 100, jan./mar. 1990, p. 14 e ss.).

²²³ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25 e ss.

²²⁴ MARSHALL, 1967, p. 63.

²²⁵ Conforme Marshall, a antiga concepção de cidadania também compreendia, em alguma medida, os três elementos que iremos descrever. No entanto, o próprio autor adverte que àquele momento “esses três [tipos de] direitos estavam fundidos num só. Os direitos se confundiam porque as instituições estavam amalgamadas”, o que o leva a concluir que “esse *status* não era de cidadania no moderno sentido da expressão” (MARSHALL, 1967, p. 64). Essa é uma advertência metodológica cara à história das ideias, tanto que Baumer faz questão de tomá-la em conta (cf. BAUMER, 1977a, p. 35) ao tratar da questão referente à mutação temporal das ideias que se formam acerca de um determinado conceito (no seu exemplo o autor pensa o conceito de Estado para os antigos como Platão e para um moderno do século XVII como Hobbes).

desenvolvimento humano, implicando prestações positivas por parte do Estado moderno, prestações que envolveriam um determinado grau de redistribuição dos bens socialmente produzidos, intentando opor correções a algumas desigualdades que subsistem mesmo após a concretização dos direitos civis e políticos. Direitos como a regulação salarial – que “infringia esse princípio individualista do contrato de trabalho livre”²²⁶ – e a educação básica de qualidade²²⁷, ou o acesso à saúde pública podem ser citados como exemplos de direitos sociais.

Esse quadro analítico, como já foi dito, ganha uma notoriedade impar na cosmovisão jurídica a partir da sistematização fornecida por Norberto Bobbio²²⁸, aludindo à jornada histórica da afirmação dos direitos humanos na cultura jurídica ocidental. Fazendo síntese dessa caminhada, o autor assim alude:

[...] o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –,

²²⁶ MARSHALL, 1967, p. 71.

²²⁷ Malgrado possamos entender a formação desses direitos e suas respectivas fases de consolidação como afrontas diretas com relação a direitos consolidados em uma fase anterior, é interessante notar a noção de complementariedade que começa a se formar ao longo da jornada de consolidação dos distintos elementos civil, político e social da cidadania e, nesse aspecto, o direito à educação se afigura um exemplo privilegiado. Conforme Marshall: “A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança a frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado. E, nesse ponto, não há nenhum conflito com os direitos civis do modo pelo qual são interpretados numa época de individualismos. Pois os direitos civis se destinam a ser utilizados por pessoas inteligentes e de bom senso que aprendem a ler e escrever. A educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil” (MARSHALL, 1967, p. 73). Ainda, esta complementariedade deve ser vista como uma condição que deriva das próprias exigências de regulação e emancipação que emanam do paradigma moderno, como vimos. “Tornou-se cada vez mais notório, com o passar do século XIX, que a democracia política necessitava de um eleitorado educado e de que a produção científica se ressentia de técnicos e trabalhadores qualificados. O dever de auto-aperfeiçoamento e de autocivilização é, portanto, um dever social e não somente individual porque o bom funcionamento de uma sociedade depende da educação de seus membros. É uma comunidade que exige o cumprimento dessa obrigação começou a ter consciência de que sua cultura é uma unidade orgânica e sua civilização uma herança nacional” (MARSHALL, 1967, p. 74).

²²⁸ Em que pese este autor pareça classificar de modo diferente as “gerações” descritas por Marshall e, ainda, inclua uma quarta etapa nessa caminhada (cf. BOBBIO, 2004, p. 5-6), na essência é mantida uma concepção geracional dos direitos humanos e, com eles, da cidadania moderna.

como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado²²⁹.

Notamos que esse tratamento teórico direcionado à questão da cidadania é nitidamente calcado numa aceção cronológica da mesma, que termina atrelada à própria historicidade que permitiu a gênese desses direitos. Trata-se de uma sistematização “geracional” visto que consagra “uma evolução linear e cumulativa de ‘gerações’ sucessivas de direitos”²³⁰. De fato, o modelo de análise fruto dos estudos de Marshall compreende a cidadania como uma espécie de acúmulo histórico e linear ou “um desdobrar de atos positivos” que culminam em um “final feliz”²³¹. Interessante notar, no entanto, que essa concepção acaba ocasionando algumas assimetrias devido às próprias diferenças que decorrem da conjuntura histórica que permite o nascimento das sucessivas “gerações” de direitos que compuseram a cidadania europeia. Nessa linha de raciocínio, Sánchez Rubio irá argumentar:

[...] a visão de direitos humanos, como direitos de primeira, segunda e terceira geração, serve para reforçar o imaginário excessivamente eurocêntrico e linear que, apesar de possuir suas virtudes e elementos positivos, acaba por implantar uma cultura excessivamente anestesiada e circunscrita a uma única forma hegemônica de ser humano: a construída pelo Ocidente em sua trajetória e versão de modernidade liberal e burguesa²³².

Conforme o autor, essa concepção de cidadania que, em nível analítico, ganha corpo a partir do paradigma marshalliano, servirá para que a modernidade europeia produza uma espécie de moldura a partir da qual os sujeitos geograficamente alheios teriam de se inserir como condição de êxito na busca da afirmação de seus direitos humanos. Para o autor, “os direitos humanos nascidos com as reivindicações burguesas possuem tanto elementos positivos e emancipatórios como negativos e com lógicas de dominação e império”²³³, ou

²²⁹ BOBBIO, 2004, p. 32.

²³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

²³¹ COELHO, 1990, p. 13.

²³² SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 88.

²³³ SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 94. Nesse particular, à crítica marxista à gênese dos direitos civis, especialmente a partir da elaboração teórica contida em John Locke e sua fundamentação do direito à propriedade, nos fornece um exemplo interessante: “Locke começa definindo o direito de propriedade como o direito aos frutos do nosso trabalho; mas, logo em seguida, diz que – com a invenção do dinheiro, que permite acumular o trabalho passado – tornou-se legítimo comprar a força de trabalho de outro, sobre cujos frutos teríamos também direito à propriedade. Vemos aí um claro exemplo de como um direito universal (todos temos direito aos frutos do nosso trabalho) torna-se um direito burguês, particularista e excludente, restrito aos proprietários dos meios de produção. Foi nesse sentido que Marx criticou os chamados ‘direitos do homem’, no sentido de que – entendidos como direitos únicos e exclusivos – eles se transformam na prática em prerrogativas

seja, a acepção de cidadania consagrada no modelo marshalliano é condizente com o paradigma moderno, para o bem e para o mal²³⁴, já que os direitos que lhe configuram “surgem e nascem partidos e em um contexto específico [...] de hierarquia, divisão social, étnica, sexual, política e territorial do ser humano”²³⁵. Não por outra razão a sistematização fornecida por Marshall afigura-se claramente associada à ideologia liberal, chegando mesmo a ser adjetivada de conservadora por alguns²³⁶.

Nesse sentido, entendemos que, *tal como a narrativa jurídico-penal, a concepção acerca da cidadania reclama uma contextualização crítica, condizente com sua historicidade específica*, escapando o máximo possível de abstrações e generalizações que terminam por produzir paradigmas teóricos desconectados com a especificidade das demandas que decorrem da nossa realidade nacional e periférica. Mas antes de prosseguirmos, julgamos válido indagar: em que consistiria uma acepção de cidadania capaz de mostrar-se condizente com a historicidade nacional e periférica? Que vantagens essa concepção acabaria fornecendo ao nosso intento de revisar a recepção do discurso jurídico-penal desde um local de fala marcadamente marginal?

Não é nossa intenção traçar uma cronologia acurada do desenvolvimento da cidadania no solo brasileiro²³⁷. Trata-se, sobretudo, de esboçar as principais assimetrias que a afastam

apenas de um tipo de homem, o homem proprietário da classe burguesa” (COUTINHO, 1997, p. 151). Retomaremos, mesmo que brevemente, a discussão acerca do tipo específico de sujeito a quem se destina a cidadania moderna. Por enquanto, cumpre salientar que, a nosso ver, o exemplo da gênese teórica dos direitos civis já anuncia a natureza dúbia desse produto da modernidade que contém em si o ideal de emancipação tal como a necessidade regulatória (com nítido predomínio desta em detrimento daquela, como vimos no capítulo anterior), o que de certa forma foi percebido por Marx em seu tempo.

²³⁴ O paradigma moderno de cidadania, para o qual Marshall desenvolve seu modelo geracional de análise, produz algumas falhas quando se vê transplantado a outros contextos que não comungam da historicidade europeia. “O problema surgiu no momento em que outros grupos ou classes sociais questionaram essas mesmas estruturas institucionais elevadas à condição de universalidade, porque consideravam que os marginalizava, alienava ou que suas necessidades não eram atendidas. Intentaram novos processos de luta, semelhantes aos que possibilitaram as conquistas dos direitos e liberdades da burguesia. Porém, foram impedidos de serem conquistados porque foi fechada a possibilidade de que suas necessidades e valores pudessem ser institucionalmente garantidos pelas constituições ou penas declarações universais” (SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 98). Talvez essa seja a principal fratura da concepção elaborada por Marshall, na medida em que o autor pensa a cidadania enquanto “um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*”. O problema, no caso, seria a própria universalidade ou mesmo a eficácia na atribuição desse *status*, que no contexto periférico obedece a uma lógica bastante distinta, como veremos.

²³⁵ SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 95.

²³⁶ Coelho argumenta que inexistente no esboço moderno da cidadania um efetivo compromisso na universalização dos direitos que a compõem, o que torna o modelo de Marshall conservador, quando visto por esse prisma. Nesse sentido, é contundente a indagação da autora: “Sendo o princípio da ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’ a Santíssima Trindade constitutiva da cidadania à época... seriam princípio constituidor e conceito constituído dimensões plenamente alcançáveis por todos/para todos?” (COELHO, 1990, p. 10).

²³⁷ Nesse sentido, cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Há pouco dissemos que a noção moderna de cidadania esteve umbilicalmente atrelada à afirmação de direitos, cumpre agora complementar: “os direitos [também] são fenômenos sociais, são resultado da história” (COUTINHO, 1997, p. 148).

da concepção moderna exposta no paradigma marshalliano. Com isso, esperamos construir subsídios para confrontar a nossa rudimentar cidadania com os rumos que toma a narrativa jurídico-penal no contexto periférico brasileiro e a conflitiva relação havida entre ambas e a atuação dos órgãos de controle punitivo na realidade marginal que nos circunda.

Uma percepção realista da jornada da cidadania no contexto social brasileiro necessariamente tem de reconhecer que, malgrado qualquer vantagem que a evolução geracional traçada por Marshall possua em termos de fornecer uma exposição supostamente didática, a caminhada descrita pelo autor não corresponde à realidade periférica brasileira. Há uma inegável carga de eurocentrismo na exposição marshalliana, razão porque o seu arsenal teórico reclama uma revisão crítica. Como aduz Coelho, “é evidente que toda a construção teórica de Marshall, ao pautar-se pela ideologia liberal e ao assumir a sociedade britânica como modelo, não resiste a uma outra realidade ‘menos perfeita’²³⁸, isso porque “o fenômeno da cidadania é complexo e historicamente definido”²³⁹, o que implica estudá-lo em conformidade com os marcos referenciais que lhe são próprios, recusando, por princípio, uma aceitação acrítica de modelos gestados em outras condições históricas. Para começar, diremos que no cenário brasileiro a construção da cidadania e os direitos que a compuseram encontram-se invertida no que se refere ao quadro de análise marshalliano, nitidamente projetado para descrever a formação da cidadania inglesa ou europeia de um modo geral:

A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em períodos de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo²⁴⁰.

Faz-se necessário aclarar o que foi dito. Conforme o quadro de análise desenvolvido por Carvalho, vieram primeiro²⁴¹ os direitos sociais, concedidos na conjuntura que se formou

²³⁸ COELHO, 1990, p. 21.

²³⁹ CARVALHO, J. M., 2013, p. 8.

²⁴⁰ CARVALHO, J. M., 2013, p. 219-220.

²⁴¹ Para que fique claro: não se questiona aqui a introdução de alguns direitos civis ou políticos no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de sua incorporação legal ou mesmo constitucional, mas sim a sua vigência em grau minimamente relevante para caracterizar o cenário político nacional. Se de um ponto de vista estritamente normativo a cronologia traçada por Marshall sirva para caracterizar, em parte, o nossa história institucional, é certo que sob o prisma da eficácia dos direitos não se pode chegar a essa conclusão. Nesse sentido, pouco valor há no avanço em termos de direitos políticos após a independência, por exemplo, se o regime que se institui

após o fim da República Velha, ou seja, após o golpe de 1930, que inaugura a chamada Era Vargas. Esses direitos foram a marca do período que vai de 1930 a 1945, constando em diversas legislações, algumas ainda remanescentes. No entanto, a sua efetivação se deu em paralelo com uma ambientação onde a participação política e a vigência dos direitos civis sofriam um déficit de efetivação²⁴². Essa prática não esteve restrita à Era Vargas, já que o regime militar que se instaura após 1964 mantém essa característica de cercear direitos políticos e civis ao passo que investia na expansão de direitos sociais²⁴³. Além disso, a própria efetivação desses direitos sociais não obedecia à lógica da afirmação de uma cidadania em construção, mas ostentava um caráter de “privilégio” concedido pelo regime governante a seguimentos específicos da população, conforme a conveniência da política de governo em curso²⁴⁴. Sem dúvida se fazia um uso populista da afirmação dos direitos sociais, o que, apesar de possibilitar alguns avanços em termos de desenvolvimento humano, obteve uma contribuição dúbia no que tange à consolidação da cidadania em solo nacional²⁴⁵.

De um modo geral, apesar do ressurgimento dos direitos políticos após a queda do período ditatorial em 1985, com eleições diretas já em 1989 – e, portanto, um avanço significativo em termos de direitos políticos –, o diagnóstico de Carvalho é o de um déficit significativo quanto à consolidação dos próprios direitos civis, “em termos de seu conhecimento, extensão e garantias”²⁴⁶, de modo que uma teoria da cidadania que queira servir ao nosso intento não pode desconsiderar esse fato. Nesse sentido, vem a calhar o argumento de Wolkmer:

mantém a escravidão, em grave afronta ao ideal liberal que curiosamente foi reivindicado na ocasião (CARVALHO, J. M., 2013, p. 28).

²⁴² CARVALHO, J. M., 2013, p. 110.

²⁴³ CARVALHO, J. M., 2013, p. 170.

²⁴⁴ CARVALHO, J. M., 2013, p. 114-115.

²⁴⁵ É importante, desde já, explicitar nossa acepção acerca do populismo, historicamente praticado no contexto brasileiro, até mesmo para não compactuar com uma visão simplista e muitas vezes conservadora desse fenômeno, de todo complexo: “O populismo, no Brasil, na Argentina, ou no Peru, implicava uma relação ambígua entre os cidadãos e o governo. Era o avanço na cidadania, na medida em que trazia as massas para a política. Mas, em contrapartida, colocava os cidadãos em posição de dependência perante os líderes, aos quais votavam lealdade pessoal pelos benefícios que eles de fato ou supostamente lhes tinham distribuído. A antecipação dos direitos sociais fazia com que os direitos não fossem vistos como tais, como independentes da ação do governo, mas como um favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade. A cidadania que daí resultava era passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora” (CARVALHO, J. M., 2013, p. 126). Necessário lembrar que ao menos o controle social exercido por líderes populistas, grosso modo, “baseava-se em apelos paternalistas ou carismáticos, não em coerção” (CARVALHO, J. M., 2013, p. 147). Nesse particular, cabe lembrar a análise de Zaffaroni, para quem o fenômeno, malgrado seus traços negativos, distingue-se demasiadamente dos regimes ditatoriais que se instauram na América Latina (no Brasil, especificamente, após 1964), eis que “[...] todos los abusos cometidos por los populismos resultan insignificantes em comparación com las atrocidades, violencias, masacres y crueldades de todo orden, llevadas a cabo por quienes usurparon el adjetivo *liberal* y opusieron resistencia a la ampliación de ciudadanía o procuraron demostrar de raíz la obra de extensión de los populismos” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Descolonización y poder punitivo. Revista Comunes*, Caracas, v. 2, p. 9-24, abr. 2013, p. 13).

²⁴⁶ CARVALHO, J. M., 2013, p. 210.

Uma projeção para espaços periféricos como o brasileiro demonstra que as reivindicações e as demandas, legitimadas por sujeitos sociais emergentes, incidem, prioritariamente, sobre direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade²⁴⁷.

Dessa forma, o cerne do nosso argumento, a partir das considerações de Carvalho, pode ser assim sintetizado: ainda que a cidadania compreenda – a partir de sua acepção moderna, consagrada no modelo geracional marshalliano – uma sequência de “gerações” supostamente complementares, a realidade brasileira demonstra que os seus elementos formadores distinguidos por Marshall podem existir de maneira separada, um sem o outro, de pouco valendo a sequência descrita pelo autor. É nesse sentido que Carvalho irá falar em um “cidadão pleno”, sendo aquele sujeito que disfruta de todos os direitos atinentes à cidadania²⁴⁸, justamente o que a história brasileira não consagra para a maioria da população. É precisamente por essa razão que o modelo marshalliano não se aplica à nossa historicidade, servindo-nos, quando muito, para que possamos empreender uma comparação por contraste, pois ainda que o ideal (ou o “ponto de chegada”) desejado possa ser parecido com o que se consolida na cosmovisão eurocêntrica, a caminhada traçada pela história político-social nacional não é linear, não obedece ao mesmo percurso²⁴⁹.

É necessário adotar uma postura “antropofágica” no trato da questão, nos moldes do que propõe Coelho. Para a autora, a assunção pura e simples do paradigma marshalliano se revela extremamente problemática, especialmente num universo em que a maior parte da população tem cotidianamente negados os direitos que lhe fariam cidadãos. Desse modo, a autora concebe o modelo de Marshall como um ponto de partida teórico, mas que deve ser histórico e socialmente contextualizado a fim de que não se incorra em aporias que terminam por prejudicar uma compreensão crítica do fenômeno da cidadania²⁵⁰ e talvez, poderíamos acrescentar, a sua própria concretização.

Importante consignar, no entanto, que a categorização fornecida pelo quadro de análise marshalliano não é única, como se infere a partir da representação da cidadania e dos direitos humanos que a compõem na sistematização descrita por Wolkmer. Partiremos da caracterização fornecida por este autor – ainda que não façamos eco de algumas de suas conclusões –, eis que sua descrição não está ancorada em uma concepção geracional, mas

²⁴⁷ WOLKMER, 2012, p. 34-35.

²⁴⁸ CARVALHO, J. M., 2013, p. 9.

²⁴⁹ CARVALHO, J. M., 2013, p. 11.

²⁵⁰ COELHO, 1990, p. 22.

procura enxergar a formação dos direitos humanos e de cidadania a partir de *dimensões* contíguas e interconectadas. Para o autor, a substituição de vocábulos se justifica na medida em que “esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, de forma unilateral e sequencial, mas resultam num processo material de lutas sociais, fazendo-a e complementando-se. Tampouco possuem conteúdo abstrato, único e permanente”²⁵¹. Ainda, a sistematização proposta pelo autor tem, com relação ao nosso propósito, a nítida vantagem de procurar pensar a formação da cidadania a partir do contexto nacional e suas fontes legislativas, mas também a partir das demandas específicas que puderam gestar as inovações cidadãs no enquadramento nacional²⁵², distanciando-se, em alguma medida, das tipologias eurocêntricas de Marshall e Bobbio, especialmente a partir das últimas dimensões e dos assim chamados “novos” direitos que ganham espaço no debate jurídico nacional contemporâneo.

A sistematização dos direitos humanos de cidadania executada por Wolkmer, diferentemente da tipologia marshalliana, está calcada em cinco dimensões distintas. A *primeira dimensão* compreende os direitos civis e políticos²⁵³. Conforme o autor, o nascedouro desses direitos, estaria relacionado às conquistas da classe burguesa ao edificar-se enquanto nova classe hegemônica na conjuntura da modernidade europeia. São direitos que dizem respeito à afirmação do constitucionalismo político clássico, sintetizado em teses políticas como a da tripartição dos poderes, da universalidade dos direitos e mesmo no ideário do Estado Democrático de Direito, já referido. Acima de tudo, no entanto, são direitos que surgem “como expressão de um cenário histórico de lutas marcado pelo ideário do jusnaturalismo secularizado, do racionalismo iluminista, do contratualismo societário, do liberalismo individualista e do capitalismo concorrencial”²⁵⁴.

A *segunda dimensão* a que se refere o autor engloba os direitos sociais, econômicos e culturais, condizentes com a busca de uma igualdade efetiva e passíveis de serem efetivados pela ação estatal, ou seja, por uma conduta positiva por parte do poder público. Para Wolkmer, a gênese desses direitos está relacionada com as mutações sofridas pelo sistema

²⁵¹ WOLKMER, 2012, p. 21.

²⁵² Segundo o autor “a proposição nuclear aqui é considerar os ‘novos’ direitos como resultante de lutas sociais afirmadoras de necessidades históricas na contextualidade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonomizam uma dada formação societária” (WOLKMER, 2012, p. 34), o que se mostra condizente com a necessidade de um quadro de análise conflitual que compreenda que “a cidadania não é dada aos indivíduos de uma vez para sempre, não é algo que vem de cima para baixo, mas é resultado de uma luta permanente, travada quase sempre a partir de baixo, das classes subalternas, implicando um processo histórico de longa duração” (COUTINHO, 1997, p. 146).

²⁵³ Interessa notar que, nesse particular, a classificação elaborada pelo autor difere um pouco da tipologia marshalliana, para quem a primeira “geração” englobaria os direitos civis, enquanto na segunda “geração” estariam os direitos políticos. De modo similar, a terceira “geração” marshalliana estaria inserida, no quadro analítico descrito por Wolkmer, na segunda dimensão, como se verá.

²⁵⁴ WOLKMER, 2012, p. 22.

capitalista no seio das grandes potências de mercado, mutações que puseram em xeque o modelo econômico liberal, dando lugar a que se pensassem alternativas que ganham expressão a partir do modelo keynesiano de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Em linhas básicas, o Estado passa a mediar relações de produção como a havida entre capital e trabalho, dispondo de mecanismos jurídicos que permitem arrefecer as disparidades inerentes à dinâmica dessas relações²⁵⁵.

No que se refere à *terceira dimensão*, Wolkmer assim a define:

São os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade e direito ao desenvolvimento. A nota caracterizadora desses “novos” direitos é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), pois dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado, mas, agora, a abertura holística da coletividade humana para com a natureza (uma nova “cosmovisão”, que integra seres humanos com “entes vivos”)²⁵⁶.

Sob o prisma de sua específica historicidade, o autor aduz que estes direitos têm lugar a partir do segundo pós-guerra, quando a humanidade começa a vislumbrar a capacidade – antes inexistente – de destruição massiva de pessoas e do meio-ambiente. Os avanços tecnológicos finalmente revelam sua face obscura, de modo que a necessidade de um instrumental jurídico capaz de enfrentar os efeitos nefastos produzidos começa a se evidenciar, inicialmente no âmbito internacional e mais tarde no contexto brasileiro²⁵⁷.

A *quarta dimensão* engloba, conforme Wolkmer, os direitos relacionados à biotecnologia, à bioética ou mesmo à engenharia genética. Tal como na dimensão anterior, esses “novos” direitos estariam correlacionados aos acúmulos técnico-científicos produzidos no século XX, que foram capazes de engendrar discussões pertinentes acerca de seu regime jurídico. Wolkmer assinala que essas discussões ganham espaço, especialmente a partir da tomada de consciência acerca das experiências realizadas pela medicina nazista enquanto perdurou o regime, mas também a partir da evolução nas pesquisas relacionadas à procriação assistida, e clonagem. Para o autor, “o progresso das ciências biomédicas e as verdadeiras revoluções tecnológicas no campo da saúde humana projetaram preocupações sobre a

²⁵⁵ WOLKMER, 2012, p. 23.

²⁵⁶ WOLKMER, 2012, p. 23-24. Nessa dimensão podem ser incluídos também, conforme o autor, novas formas de subjetividades, ou seja, novas demandas de afirmação e empoderamento de sujeitos corriqueiramente postos à margem da moldura de dignidade fornecida pela tradição ocidental. Direitos relacionados a questões de gênero, à questão da criança e do adolescente, dos idosos, deficientes físicos e mentais, direitos das minorias de todo tipo, etc., fazem parte desse contingente (WOLKMER, 2012, p. 26).

²⁵⁷ WOLKMER, 2012, p. 25.

regulamentação ética envolvendo as relações entre a Biologia, a Medicina e a vida humana”²⁵⁸.

Por fim, a *quinta dimensão* diz respeito aos “novos” direitos que advêm do incremento das novas tecnologias relacionadas à internet. Obviamente, a gênese desse nicho de direitos é bastante contemporânea, mas têm promovido discussões interessantes acerca do estado da cidadania no contexto contemporâneo. Para Wolkmer, as configurações do saber jurídico manifestam um inegável descompasso com relação às inovações produzidas em termos de possibilidades no campo da informática. Nesse sentido, o autor sustenta que a regulação desse campo é necessária, a fim de que se possam até mesmo efetivar os direitos inerentes a algumas das dimensões anteriores²⁵⁹.

Os “novos” direitos – alguns nem tão novos assim²⁶⁰ – descritos por Wolkmer põem em evidência uma premissa arguida por Bobbio: “são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexecutáveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido”²⁶¹. Segundo o mesmo autor, a multiplicação ou proliferação de “novos” direitos pode se dar de três modos. De um primeiro modo que tem a ver com o aumento da quantidade de bens mercedores de uma tutela jurídica específica. De um segundo modo, por meio da extensão da titularidade de alguns direitos que antes eram reservados ao sujeito humano. De um terceiro modo, através do reconhecimento da identidade social específica desempenhada por alguns sujeitos, que requer, a sua vez, uma proteção estatal condizente com a busca de uma dignidade para esses atores, que sem ela se veriam excluídos da dinâmica de participação social e política, de

²⁵⁸ WOLKMER, 2012, p. 28.

²⁵⁹ É sintomático, no entanto – e com isso esperamos já adiantar em alguma medida o argumento que irá percorrer este capítulo –, que a busca em transcender esse descompasso entre o saber jurídico e as novas demandas para, dessa forma, efetivar esse “novo” direito esteja alinhada às necessidades de reprodução do poder punitivo, isto é, à sua tendente maximização. Isso porque, conforme o autor: “Urge, pois, que o Direito se aprese em regulamentar a ciência da informática, o direito à privacidade e à informação e o controle dos crimes via rede, ou seja, incitação de crimes de uso de droga, de racismo, de abuso e exploração de menores, pirataria, roubo de direitos autorais, ameaça e calúnia de pessoas, e tantos outros” (WOLKMER, 2012, p. 31).

²⁶⁰ “Ainda que os chamados ‘novos’ direitos nem sempre sejam inteiramente ‘novos’, na verdade, por vezes, o ‘novo’ é o modo de obter direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial –, mas provêm de um processo de lutas específicas e conquistas das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída” (WOLKMER, 2012, p. 35).

²⁶¹ BOBBIO, 2004, p. 70-71. Buscando evidenciar a conexão inegável entre os câmbios sociais e as mudanças tanto teóricas como na práxis dos direitos de cidadania, afirma Bobbio: “Numa sociedade em que só os proprietários tinham cidadania ativa, era óbvio que o direito de propriedade fosse levado a direito fundamental; do mesmo modo, também foi algo óbvio que, na sociedade dos países da primeira revolução industrial, quando entraram em cena os movimentos operários, o direito ao trabalho tivesse sido elevado a direito fundamental. A reivindicação do direito ao trabalho como direito fundamental – tão fundamental que passou a fazer parte de todas as Declarações de Direitos contemporâneas – teve as mesmas boas razões da anterior reivindicação do direito à propriedade como direito natural. Eram boas razões que tinham suas raízes na natureza das relações de poder características das sociedades que haviam gerado tais reivindicações e, por consequente, na natureza específica – historicamente determinada – daquelas sociedades” (BOBBIO, 2004, p. 71).

reconhecimento social e de usufruto da cidadania, em sua plenitude. Cumpre acrescentar que, para o autor, “entre esses três processos existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos *de* (onde ‘de’ indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direito *a* (onde ‘a’ indica o objeto)”²⁶².

O certo é que o incremento no campo da cidadania produziu reflexos em termos político-criminais, reflexos estes que não passaram despercebidos pelo discurso jurídico-penal que, na medida de suas forças, procurou adequar-se a uma nova realidade, constitucionalmente cristalizada na forma de um Estado Social e Democrático de Direito. O modo em que se deu essa adequação e as alternativas teóricas eleitas são, em todo caso, passíveis de reflexão, o que constitui nosso intento neste capítulo. De cara, podemos adiantar que, desde o nosso ponto de vista, o tratamento fornecido no decorrer da construção da nossa narrativa jurídico-penal – desde a margem, isto é, desde um local de produção do conhecimento notadamente periférico em relação ao sistema de poder-saber mundial – encontra-se tendente ao reforço do poder punitivo e, com isso, à maximização dos espaços de ingerência do sistema penal. Em que pese essa adequação intente acompanhar o desenvolvimento dos direitos que compõem a cidadania, acreditamos que a maximização dos espaços de intervenção do poder punitivo termina por acirrar o fosso que a separa de sua efetivação.

Infelizmente, como teremos a oportunidade de argumentar, o modelo de Direito Penal mínimo fornecido pelo utilitarismo penal reformado não é capaz de opor um contradiscurso condizente com a busca de uma práxis jurídico-penal emancipatória. Desde o nosso ponto de vista, essa insuficiência encontra-se localizada em dois vetores: de modo mediato, na crença de um poder punitivo apto a exercer a tutela de bens jurídicos; de modo imediato na justificativa da pena na forma de um *jus puniendi* fornecida por Ferrajoli e os teóricos que o antecedem na linhagem do utilitarismo jurídico-penal moderno.

Mas, feitas essas considerações iniciais, é forçoso fixar algumas questões que serão debatidas a partir daqui. A primeira delas diz respeito à recepção da narrativa jurídico-penal sedimentada no contexto da realidade periférica brasileira. De que modo se dá essa recepção? Quais são as condições de eficácia que acompanham essa recepção – entendendo por “eficácia” o êxito em erigir uma práxis jurídico-penal libertadora, desde um olhar ético, e emancipatória, desde um olhar político-constitucional atento aos direitos humanos fundamentais e à concretização dos objetivos expressos na Constituição Federal de 1988?

²⁶² BOBBIO, 2004, p. 63.

2.1 A assinatura do penalismo brasileiro é a eficácia invertida do sistema penal: assimetria entre o discurso jurídico-penal e a operacionalidade do poder punitivo

O discurso jurídico-penal moderno é uma *razão metonímica*, isto é, tem problemas quanto à articulação entre a *parte* e o *todo*. Para essa razão, toda ação e compreensão, por mais particulares que o sejam, referem-se ao todo e este ganha primazia em relação a qualquer das partes e, dessa forma, opera-se uma homogeneidade entre o todo e as partes, sendo que estas não existem sem aquele²⁶³. O saber jurídico-penal moderno estabelece, assim, as condicionantes do desvio e do castigo, vistas enquanto totalidade, não admitindo assimetrias que neguem sua projeção desde as particularidades históricas, socioculturais e econômicas.

A imposição dos discursos penais hegemônicos ao longo da modernidade europeia não se deve à certeza de seus argumentos ou pelo convencimento sobre seus acertos, mas sim pela via da *violência* e do *silenciamento* de outras respostas legadas aos problemas do desvio e do castigo, como é próprio da razão metonímica. É assim que podemos dizer que a razão penal moderna e metonímica “não é capaz de aceitar que a compreensão do mundo é muito mais do que a compreensão ocidental [e eurocêntrica] do mundo”²⁶⁴. Argumenta-se que esta seria a sua fraqueza²⁶⁵, mas é possível se sustentar, a contrário senso, que a incompreensão e o rechaço imediato a outras respostas destinadas ao binômio crime-castigo conferem a força funesta do discurso penal moderno.

Porque é uma razão insegura dos seus fundamentos, a razão metonímica não se insere no mundo pela via da argumentação e da retórica. Não dá razões de si, impõe-se pela eficácia da sua imposição. E essa eficácia manifesta-se pela dupla via do pensamento produtivo e do pensamento legislativo; em vez de razoabilidade dos argumentos e do consenso que eles tornam possível, a produtividade e a coerção legítima²⁶⁶.

O discurso jurídico-penal moderno sedimenta-se em nossa realidade periférica por meio de várias lógicas que são cultivadas. Dentre elas, está a que Santos denomina *monocultura do tempo linear*, a partir da qual a existência humana consistiria em uma jornada que percorre a barbárie em direção à civilização. Desnecessário referir que, sendo o tempo um

²⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 97.

²⁶⁴ SANTOS, 2010, p. 98.

²⁶⁵ SANTOS, 2010, p. 99-100.

²⁶⁶ SANTOS, 2010, p. 100.

continuum irrefreável, parece razoável imaginar que algumas formações culturais estariam mais a frente nessa marcha, servindo de referência aos que estão atrás. Para essa lógica, conforme Santos, os países centrais – berço do paradigma moderno (se por modernidade entendermos um sistema de pensamento com origem exclusivamente eurocêntrica, leitura que já tivemos a oportunidade de problematizar a partir de Dussel) – estariam posicionados temporalmente à frente, com seu conhecimento, suas instituições e suas formas de sociabilidade específicas, de modo que esta lógica termina “declarando atrasado tudo o que, segundo a norma temporal, é assimétrico em relação ao que é declarado avançado”²⁶⁷.

O discurso moderno se assenta em nossa realidade marginal, sendo que, como já expusemos, sua lógica está fundada em uma missão autoproclamada como civilizatória. A eficácia do discurso jurídico-penal moderno em nossa periferia sempre esteve atrelada ao ideal civilizatório, dele não podendo prescindir, seja em sua vertente teológica (trazendo os cânones eclesiásticos e impondo-os aos nativos, nascidos pecadores), ou na variante secularizada²⁶⁸ (que vai do discurso médico-cientificista do positivismo criminal até o próprio utilitarismo penal reformado de Ferrajoli).

Compreender esse aspecto do discurso jurídico-penal moderno é imprescindível para o nosso intento: por se tratar de uma razão metonímica, calcada em uma monocultura do tempo linear, que descreve uma jornada que vai das trevas da barbárie à civilização ilustrada é que o saber jurídico-penal apresenta em nosso território um potencial de produção de danos incomparável. Não convém esquecer que os insumos teóricos que aqui aportam são gestados em contextos históricos, socioculturais e econômicos próprios de “jardins ordenados”, mostrando-se infrutíferos ou mesmo daninhos quando transplantados para uma realidade periférica de “jardins arrasados”, se quisermos nos valer da metáfora de Zaffaroni, lembrando, ainda, que os países centrais não ostentam essa posição no plano político mundial por um acaso ou qualquer espécie de vocação histórica, mas devido às sucessivas marginações a que os países periféricos foram submetidos, supostamente em seu próprio proveito²⁶⁹. Vale

²⁶⁷ SANTOS, 2010, p. 103.

²⁶⁸ Sobre ambas vertentes como manifestações da retórica da colonialidade, cf. MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade *em* política. *Caderno de Letras da UFF*, n. 34, 2008, p. 293; Para um estudo dessas manifestações dirigido à questão jurídico-penal, cf. SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 2, n. 7, p. 103-135, 2002 (este último traz um rico apanhado do debate havido entre Bartolomé de Las Casas e Juan Gines de Sepúlveda, acerca da atribuição de uma condição humana aos povos indígenas e as suas implicações ao poder punitivo da época).

²⁶⁹ “[...] a questão criminal nos países de jardins ordenados e geométricos ocupa-se do controle social punitivo em conflitos próprios a esses países. Mas esses países podem ter os jardins ordenados porque há muitos outros onde foram arrasados e que, por isso, padecem de uma conflitividade que lhes é própria, pois nesses jardins

acrescentar que o atributo da centralidade não é uma dádiva, mas consiste em um projeto de gestão levado a cabo por atores políticos²⁷⁰.

O saber jurídico-penal moderno, quando transnacionaliza-se²⁷¹, está ligado às necessidades de consolidação de uma geopolítica eurocêntrica e colonial. Não obstante, a adoção acrítica de modelos teóricos e ideológicos oriundos da Europa e dos Estados Unidos não é uma relação unilateral de imposição que procura sujeitar os países periféricos a sistemas de pensamento que em nada lhes ajudam; é, na verdade, levada a cabo com colaboração de “minorias ilustradas”²⁷² da própria região periférica que dão andamento ao projeto moderno-colonial, mesmo que o preço a se pagar seja o reverencialismo com relação a um empreendimento sociopolítico e epistêmico que pouco ou nada favoreça a seus conterrâneos²⁷³. Trata-se de um escolasticismo cientificista²⁷⁴, de todo reverencial para com autores (e autoridades) estrangeiros. Imprescindível notar que esse fenômeno já nos dá uma ideia da cosmovisão do penalismo latino-americano. É como diz Carlos Aguirre: a modernidade europeia refletia (e ainda reflete) “os objetivos, as esperanças e a autopercepção, tanto das elites quanto dos reformadores das prisões na América Latina. A modernidade era seu objetivo último e, ao mesmo tempo, a medida de seus êxitos e fracassos”²⁷⁵.

Essa geopolítica eurocêntrica que fomenta a adoção acrítica de paradigmas teóricos e ideologias penais estrangeiras pelas classes dominantes dos países “atrasados” com relação à “boa-nova” jurídico-penal e criminológica busca atingir, conforme Del Olmo, dois objetivos: o primeiro seria o de erigir uma superestrutura que legitime, solidifique e intensifique suas

convivem plantas nativas e mato, embora, às vezes, também existam flores exóticas cuja beleza os jardineiros geométricos invejam. Os jardins ordenados e os arrasados não são independentes, mas sim *interdependentes*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25).

²⁷⁰ Oportuno lembrar que a Europa nem sempre ostentou uma posição central. De fato, durante os três primeiros dentre os quatro estágios dos sistemas inter-regionais de que nos fala Dussel, a Europa assume uma posição nitidamente periférica (DUSSEL, 2012, p. 21).

²⁷¹ DEL OLMO, 2004, p. 109 e ss.

²⁷² DEL OLMO, 2004, p. 94.

²⁷³ DEL OLMO, 2004, p. 159.

²⁷⁴ DEL OLMO, 2004, p. 160. Como exemplo, podemos pensar a própria adoção de um dos paradigmas teóricos que mais se enraizou no penalismo e na criminologia latino-americana: o positivismo criminológico proveniente da escola positivista italiana. Para Del Olmo, o fenômeno em questão correlaciona-se a inexistente confrontação das elites intelectuais latino-americanas com sua própria história, tornando-se uma espécie de mecanismo de fuga de um passado a ser esquecido: “As palavras de Lombroso, Ferri ou Garofalo eram sagradas para os latino-americanos e tinham que ser assimiladas sem que se levasse em conta que a história da Itália, e portanto de sua delinquência, era muito distinta da nossa. Mas precisamente, era porque persistia a recusa em aceitar nossa história que se voltava o olhar para o europeu. Por sua vez, o caráter dependente dessas sociedades contribuía para a recusa de nossa própria história” (DEL OLMO, 2004, p. 161).

²⁷⁵ AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Cristina Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (Orgs.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro, Rocco, 2009, v. 1, p. 36.

relações enquanto classe dominante local com os próprios países centrais²⁷⁶; o segundo objetivo estaria atrelado à consolidação, na ordem interna, do poder e da posição dominante dessas mesmas elites com relação às classes subalternas da própria região periférica²⁷⁷.

Notamos, portanto, que o correlato da modernidade é o projeto colonial que lhe subjaz, um não existindo sem o outro²⁷⁸. Partindo dos teóricos da dependência, Zaffaroni irá concluir que a historicidade da nossa teoria jurídico-penal, assim como do próprio controle punitivo, reflete um projeto de “atualização histórica”, e não de “aceleração histórica”²⁷⁹. O autor emprega essas categorias com fulcro na obra de Ribeiro, que caracteriza a atualização histórica como um processo “que supõe a perda da autonomia étnica dos núcleos engajados, sua dominação e transfiguração [...], estabelecendo as bases sobre as quais se edificará daí em diante a sociedade brasileira”²⁸⁰. Nesse contexto, o controle punitivo favorecido pelas ideologias jurídico-penais desempenhou um papel relevante no intento de controlar e disciplinar a população, reduzindo os níveis de insurgência.

Esse processo é parte da nossa história jurídico-penal, sendo que nele Zaffaroni identifica três momentos. O primeiro momento, que seria o *colonialismo em sentido estrito*, reflete o intento de transformar a América Latina e o Brasil em particular num imenso “campo de concentração”, fazendo-se uso do poder punitivo. Para o autor, esse período se desgasta a partir da Revolução Industrial que forçou o empreendimento colonialista, levado a cabo pelas potências ibéricas, a modificar-se de acordo com as circunstâncias. Dado que a hegemonia do sistema-mundo passa para as potências do centro e do norte europeu²⁸¹, o empreendimento colonial é afetado, dando início a uma nova lógica de colonialidade. Necessário destacar que mesmo este período não foi isento de resistências, seja por parte dos nativos que terminaram massacrados, seja por parte dos militantes que conceberam a “Pátria Grande” intentando um genuíno esforço de descolonização, e, para tanto, buscaram, com o arsenal teórico que dispunham à época – notadamente o espírito liberal –, a contenção do poder punitivo²⁸².

²⁷⁶ Infere-se a partir daí o motivo de Zaffaroni referir-se a essas elites como “proconsulares” (ZAFFARONI, 1988, *passim*).

²⁷⁷ DEL OLMO, 2004, p. 162.

²⁷⁸ DUSSEL, 2012, *passim*.

²⁷⁹ ZAFFARONI, 2001, p. 118.

²⁸⁰ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 67.

²⁸¹ Essa mudança, para Dussel, corresponde a uma alteração havida na própria gestão da centralidade do sistema-mundo. Antes as potências ibéricas, agora Holanda, Inglaterra e França estão no “centro” desse sistema, ostentando a hegemonia na atribuição de marginações (DUSSEL, 2012, p. 60-61).

²⁸² ZAFFARONI, 2013, p. 12. É válido notar que mesmo um corpo teórico notadamente crítico como foi o marxismo europeu não soube compreender o valor desse movimento. De fato, “Marx e Engels consideravam que tanto Bolívar como seus semelhantes eram nefastos aos povos que estavam à margem da Europa, do mundo ocidental, do sistema capitalista criado pela burguesia. Consideravam como estorvo à entrada desses povos no

Ao segundo período, Zaffaroni chama de *neocolonialismo*, que consistiria na etapa posterior às proclamações de independência do século XIX, consolidando-se com força total a partir das repúblicas oligárquicas que se criam na região (no caso brasileiro, a República Velha²⁸³). Cronologicamente, essa etapa coincide com os esforços de implementação do correccionalismo que se funde com a criminologia positivista²⁸⁴, engendrando uma série de tentativas de adaptação do nosso sistema penal, para que fosse otimizada a sujeição dos desviantes no marco epistêmico e econômico daquele tempo, ou seja, esse movimento chamou atenção para “a necessidade da disciplina e da obediência como elementos decisivos para a possível regeneração do delinquente”²⁸⁵. O fenômeno do correccionalismo na penologia brasileira certamente mereceria um desenvolvimento mais acurado – o que excede o escopo desta pesquisa –, mas cabe aclarar que a formação das repúblicas oligárquicas na América Latina esteve em uma espécie de encruzilhada, onde, conforme Aguirre, o que se intentava era a imposição dos ideais do republicanismo, liberalismo e o império da lei, ao passo que se convivia com estruturas sociais autoritárias, racistas e excludentes. Para o autor, “de trás da fachada legal da república de cidadãos, o que existiam eram sociedades profundamente hierárquicas e discriminatórias”²⁸⁶. A resistência ao poder punitivo durante essa etapa ficou a cargo dos movimentos que buscaram a ampliação da cidadania, mesmo que por uma via marcadamente populista²⁸⁷, como já expusemos. A ultima investida do neocolonialismo

mundo que a ação da burguesia estava originando [...] Marx e Engels, em relação ao humanismo que havia de derivar-se da experiência da Europa, dificilmente compreenderiam outros homens que, em situações diversas, buscavam soluções que não necessariamente tinham de ser europeias. Esses povos não podiam esperar que a Europa se desfizesse de seus males para resolver os próprios. Novamente a divisão entre civilização e barbárie, humanismo e barbárie, que mantinha povos e homens marginalizados por natureza” (ZEA, 2005, p. 294-295). A questão em comento era, para Marx e Engels, a impossibilidade de que a revolução proletária surgisse a partir da periferia, já que os autores sustentavam que a história percorria etapas, sendo que a história europeia encontrava-se avançada com relação à latino-americana. Por essa razão, Engels irá dizer-se contente com a vitória dos Estados Unidos contra o México em 1847, dado que a conquista territorial por parte de um Estado onde o capitalismo mostrava-se avançado, se converteria em benefício da própria classe proletária no momento da sua libertação. Nesse sentido, esses autores acreditavam que a América Latina “incorporar-se-á à linhagem dos povos que marcham para o socialismo por meio da subordinação a povos como os saxões do Norte, que farão por eles o que a colonização ibera não fez, colonização já anacrônica, fora da rota que está conduzindo à nova sociedade” (ZEA, 2005, p. 291).

²⁸³ ZAFFARONI, 2013, p. 12.

²⁸⁴ “As políticas de Estado, influenciadas pelo positivismo, compartilhavam, entre outras coisas, um mesmo impulso para a busca de soluções científicas aos problemas sociais, uma férrea confiança na superioridade dos modelos ocidentais e, de modo mais ambíguo, uma crença na natureza hierárquica das divisões raciais” (AGUIRRE, 2009, p. 54). Este período registra uma série de medidas que buscaram compatibilizar o discurso médico com o estudo do delito, no marco epistêmico da criminologia etiológica racista, dentre as quais se destaca a instalação de “gabinetes de investigação” ou “gabinetes antropométricos” dentro das próprias prisões, cujo uso estaria destinado aos jovens pesquisadores criminologistas que buscavam compreender às razões do delito e as formas de seu tratamento (AGUIRRE, 2009, p. 55; DEL OLMO, 2004, p. 183).

²⁸⁵ DEL OLMO, 2004, p. 87.

²⁸⁶ AGUIRRE, 2009, p. 37.

²⁸⁷ ZAFFARONI, 2013, p. 13.

parece ter sido a ascensão dos regimes militares, calcados na ideologia da segurança nacional²⁸⁸.

O terceiro período, por fim, é o *tardo-colonialismo*, sendo o momento atual do penalismo latino-americano. Para Zaffaroni, o signo distintivo dessa etapa estaria na disputa pelo exercício do poder mundial encampada pelos representantes políticos e as grandes corporações econômicas, com nítido predomínio da vontade das últimas. Nesse período, o espírito liberal é reduzido ao liberalismo econômico sem freios, sendo que “la *libertad de mercado* así entendida se traduce en *libertad para explorar al prójimo* y, cuando este se cansa y resiste, en cancelación de todas las libertades y ejercicio ilimitado de poder punitivo”²⁸⁹. O período registra ainda, na atualidade, duas tendências que correspondem a anseios caros ao tardo-colonialismo: em primeiro lugar o intento de aniquilar com a formação de uma consciência latino-americana; em segundo lugar, a destruição de laços sociais horizontais e comunitários, trocados por vinculações de natureza vertical²⁹⁰, por vezes autoritária e, sobretudo, punitiva. Em síntese, desde o ponto de vista da funcionalidade dos nossos sistemas penais assim como dos discursos de sustentação do poder punitivo, acompanhamos o raciocínio de Andrade:

Não parece, de modo algum, haver uma descontinuidade ou ruptura, como sustentado pela historiografia (evolucionista) oficial, entre o passado (concebido como pré-moderno) e o presente (moderno), o que, aliás, também se verifica no centro ocidental, mas apesar das diferenças contextuais, o que subsiste é um *continuum* metódico punitivo, desde a colonização, o mercantilismo e a escravidão, até a globalização do capitalismo²⁹¹.

No capítulo anterior descrevemos o momento em que o imperativo de regulação social se sobrepõe e utopia emancipatória, no marco da modernidade. No caso latino-americano e brasileiro, é possível sustentar que os anseios de regulação social próprios do capitalismo após a Revolução Industrial sempre se impuseram com predominância, reduzindo a utopia emancipatória a um conto de fadas. Estudando os distintos paradigmas em criminologia que nos são trazidos desde o centro do poder mundial, Del Olmo comprova a funcionalidade euro-centrada das práticas punitivas e dos métodos de tratamento da questão penal. Para a autora, o momento de importação dos discursos do nascente saber criminológico coincide com a etapa

²⁸⁸ ZAFFARONI, 2013, p. 14.

²⁸⁹ ZAFFARONI, 2013, p. 15.

²⁹⁰ ZAFFARONI, 2013, p. 15-16.

²⁹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2012, p. 107-108.

de internacionalização do capitalismo. Nesse sentido, cumpre observar que “se a lei econômica da extração da mais-valia é internacionalizada, com maior razão ocorrerá o mesmo com a lei moral da disciplina – condição necessária da anterior”²⁹², já que o crescimento econômico, como quer o discurso eurocêntrico moderno, seria um objetivo racional e inquestionável, não podendo ser questionados, igualmente, os critérios que maximizem esse crescimento²⁹³. Esse processo, no entanto, não poderia ser exercido como mero ato de poder, despido de intenções compatíveis com a paisagem de uma civilização ilustrada, necessitando de um verniz discursivo apto a favorecer a sua reprodução ideológica.

Interessante notar, ainda, que esse processo de colonialismo teórico²⁹⁴ não é uma simples consequência da internacionalização da delinquência, como poderia se chegar a crer através de uma leitura míope, mas está relacionado ao intento de transnacionalização do controle punitivo, em conformidade com a agenda dos países centrais²⁹⁵, que desde cedo impuseram a sua pauta nos assimétricos debates em torno da questão criminal e seu controle por via do poder punitivo²⁹⁶. Essa prática contribui para uma crescente marginalização e desqualificação de contribuições que não partilhem ou se mostrem críticas com relação ao corpo de saber jurídico-penal moderno-colonial.

Tendo explicitado a forma como o saber jurídico-penal chega a nossa realidade periférica, cabe agora nos questionarmos quanto ao enunciado que nomeia esta seção: afinal, porque razão a assinatura da nossa realidade marginal é a própria eficácia invertida do sistema penal? Como no capítulo anterior, buscaremos uma resposta tendo em conta a operacionalidade concreta do nosso controle penal, prescindindo, inicialmente, das justificações conferidas à pena e ao poder punitivo estatal, mesmo por que nossa compreensão não é outra que não a de uma evidente ilegitimidade desses discursos, ao menos na circunscrição periférica que estabelece nosso lugar de fala.

²⁹² DEL OLMO, 2004, p. 289.

²⁹³ SANTOS, 2010, p. 104.

²⁹⁴ Apenas para pontuar, a partir de Zaffaroni podemos listar alguns dos modelos teóricos importados e que representaram alguns dos capítulos da narrativa jurídico-penal na nossa realidade periférica: (a) o positivismo criminológico italiano (Lombroso, Ferri, Garofalo); (b) o positivismo alemão (V. Liszt); (c) o neokantismo (Mezger); (d) o ontologismo finalista (Welzel); (e) o funcionalismo (Roxin); (f) o funcionalismo sistêmico (Jakobs). Conforme o autor, cada um desses modelos corresponde a um contexto histórico, político, econômico e sociocultural, mas isso é simplesmente ignorado no processo de transnacionalização (cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 81 e ss.).

²⁹⁵ DEL OLMO, 2004, p. 256.

²⁹⁶ Referindo-se aos congressos realizados para que se “debatesse” a temática, Del Olmo conclui: “Os temas de discussão foram sempre eleitos pelos representantes dos países desenvolvidos, respondendo às necessidades dos países que exercem a hegemonia dentro do capitalismo e, portanto, no seio destas sociedades” (DEL OLMO, 2004, p. 21).

Para Zaffaroni, as racionalizações tradicionalmente conferidas e reiteradas no campo do Direito Penal moderno pelas nossas “fábricas ideológicas” que são as universidades²⁹⁷, já não conseguem lidar com fatores como a dor e as mortes produzidas pelo nosso sistema penal. Trata-se, assim, para o autor, de “um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade”²⁹⁸. Por mais sofisticada que possa se apresentar uma dada formulação teórica, temos que a mesma só alcança êxito em justificar o poder punitivo na forma de um *jus puniendi* se abdica de considerar o que a realidade operacional dos nossos sistemas penais evidencia diariamente, ou seja, o retrato fiel do desespero. Não por outra razão esse insolvente sistema é caracterizado por Khaled Jr. como um verdadeiro Holocausto²⁹⁹:

[...] se a finalidade do sistema penal e em particular da pena é a produção de sofrimento e a imposição de dor [...], poucos discordariam da constatação de que no Brasil chegamos ao estado da arte dos suplícios contemporâneos. A questão penitenciária retrata um inominável cenário de barbárie que se aprofundou de forma cada vez mais aguda nas últimas décadas. Sem dúvida, se existe algo que se aproxima do título de Holocausto penitenciário, certamente é a estrutura punitiva brasileira³⁰⁰.

Para Zaffaroni, sempre se soube da falsidade do discurso jurídico penal na periferia do sistema-mundo, a diferença é que está cada vez menos crível a ideia de que essa falsidade não passava de um momento, perfeitamente superável a médio ou longo prazos na medida em que se interiorizam as racionalizações fornecidas pelos teóricos centrais e se converteriam em uma práxis punitiva civilizada³⁰¹. Para o autor, no momento atual adquirimos consciência de que a

²⁹⁷ O autor não concebe o desempenho da nossa intelectualidade universitária com otimismo: “Na América Latina, não existe um esforço de racionalização legitimante original do sistema penal, mas copiam-se as racionalizações diretamente elaboradas pelos sistemas centrais, combinando-as da forma desejável” (ZAFFARONI, 2001, p. 132). Interessante notar que, de fato, as teorias centrais – em que pese nos sejam introduzidas como se tratando da “última moda” intelectual gestada na Europa ou nos Estados Unidos – são, na verdade, deformadas de acordo com algumas das específicas necessidades de racionalização impostas pela realidade marginal (DEL OLMO, 2004, p. 171).

²⁹⁸ ZAFFARONI, 2001, p. 12.

²⁹⁹ Podemos encontrar outra descrição interessante da situação que caracteriza a historicidade do controle penal na modernidade colonial latino-americana na aproximação que Zaffaroni efetua entre a ideia de “colônia” com relação à “instituição de sequestro”, no sentido foucaultiano (ZAFFARONI, 2001, p. 74-75). Para o autor, enquanto no centro do sistema-mundo o modelo de sociedade seria o panóptico Jeremy Bentham, conforme o argumento de Foucault, na realidade periférica o modelo estaria mais próximo do biologicismo de Lombroso, eis que a população latino-americana, em sua ampla maioria, preenchia satisfatoriamente as características do delinquente atávico enunciadas pelo médico italiano, o que no solo europeu era constatado apenas em uma minoria. É nesse sentido que o autor dirá que, na América Latina, o cárcere constitui uma instituição de sequestro menor dentro de outra maior, a própria colônia, que cumpriria a função de estabelecer uma espécie de “apartheid criminológico” (ZAFFARONI, 2001, p. 77-78).

³⁰⁰ KHALED JR., Salah Hassan. Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da pena e ao mito da ressocialização. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 84, p. 44.

³⁰¹ ZAFFARONI, 2001, p. 14.

realidade operacional dos nossos sistemas penais não consegue amoldar-se à planificação fornecida pelos discursos jurídico-penais legados pela modernidade colonial, assim como, temos agora condições de observar que os diversos sistemas penais possuem características e peculiaridades próprias em nível estrutural e que seu exercício é capaz de cancelar o próprio discurso jurídico-penal, o que são marcas de sua essência, não passíveis de ser simplesmente eliminadas, a menos que seja abolido o próprio sistema penal³⁰².

Não obstante, nos permitiremos complementar a observação do autor: na verdade o discurso jurídico de sustentação da pena de prisão encontra-se falseado desde o nascimento dessa técnica punitiva na própria realidade central. Conforme Foucault, as críticas que desde o início se projetaram ao aparelho penitenciário – a saber, as de que (a) as prisões não conseguem diminuir a criminalidade, de que (b) o cárcere termina por provocar a reincidência, de que (c) a própria prisão fabrica, inevitavelmente, delinquentes, de que (d) a prisão torna possível, ou mesmo favorece a organização de uma subcultura criminal, uma solidariedade que permite formas de cumplicidade criminal futura, de que (e) as condições dirigidas aos detentos recém libertos acabam condenando-os à reincidência, e, por fim, de que (f) a prisão fomenta a delinquência, na medida que atinge à família do detento – são, a rigor, as mesmas que a ela se dirigem até o presente³⁰³. Desnecessário dizer que todas essas críticas podem ser dirigidas à realidade operacional dos sistemas penais periféricos sem muito esforço argumentativo, o que apenas reforça ainda mais a necessidade de encontrarmos pressupostos alternativos para uma valoração da eficácia real dos nossos sistemas punitivos.

Retomando a crítica desde o ponto de vista marginal-periférico, cabe atentar para uma diferenciação trabalhada por Zaffaroni: para o autor uma coisa é falar acerca da legalidade do discurso jurídico-penal, outra muito diferente está em tratar da sua legitimidade. Ainda que o atributo da legalidade mostre-se um tanto obvio, o autor esforça-se por esclarecer o que entende por legitimidade deste saber. Para ele, esse atributo estaria atrelado à racionalidade projetada ou não pelo discurso e essa, por sua vez, decompõe-se em duas características: em primeiro lugar, para se mostrar racional e legítimo, o discurso jurídico-penal precisaria ostentar uma boa dose de *coerência interna*; como a coerência interna não é suficiente para alçar o saber penal ao patamar de um discurso fidedigno, cumpre também atentar ao grau de *verdade quanto à operacionalidade do sistema penal que ele habilita*³⁰⁴.

³⁰² ZAFFARONI, 2001, p. 15.

³⁰³ FOUCAULT, 2009, p. 251 e ss.

³⁰⁴ ZAFFARONI, 2001, p. 16.

Notamos, portanto, que para o autor, o “ser”, isto é, os dados acerca da real operacionalidade do nosso sistema penal, torna-se uma variável imprescindível para que se valore o discurso jurídico-penal do ponto de vista de sua legitimidade. Um discurso que deixe de se conectar com os dados fornecidos pelo saber criminológico acerca da realidade operacional dramática do nosso sistema punitivo genocida, conforme o autor, necessariamente converte-se em um embuste, na medida em que sua concretização se mostra irremediavelmente idealista, o que inclusive o torna perverso, pois enuncia um exercício de poder irreal que acaba ocultando, na perspectiva da cosmovisão dos juristas e atores do sistema penal, a percepção dos problemas reais que atingem esse exercício de poder³⁰⁵.

No capítulo anterior, demonstramos que a verdadeira eficácia do sistema penal no contexto dos países centrais é, para Foucault, a gestão das ilegalidades, bem como o adestramento dos corpos, na medida em que se espera que cumpram uma função no marco do capitalismo avançado. Sabendo que a diferença entre a operacionalidade dos sistemas penais periféricos com relação aos centrais não é só quantitativa, mas qualitativa³⁰⁶, temos agora condições de nos perguntarmos se esse controle punitivo central guarda paralelo com a realidade em nível periférico. Portanto, se abdicarmos das funções declaradas enunciadas pelas inúmeras racionalizações jurídico-penais trazidas pelos ventos da modernidade, atendo-nos, assim, às funções latentes produzidas pelo sistema penal, de que forma iremos conceber esse exercício de poder?

Para Zaffaroni, a verdadeira face do poder punitivo é terminantemente ignorada pelas teorias jurídicas de justificação da pena. Conforme sua ótica, na realidade marginal, esse poder manifesta-se enquanto um *poder configurador*, habilitando uma crescente vigilância que acaba sendo projetada contrariamente às camadas empobrecidas ou aos dissidentes mais incômodos³⁰⁷. Para o autor, enquanto o saber jurídico-penal projeta sua atenção às funções repressoras negativas exercidas pelo sistema penal, acaba perdendo de vista uma função positiva, a que denomina poder configurador³⁰⁸.

Ainda que a maior fratura do discurso jurídico-penal esteja contida na sua deslegitimidade, Zaffaroni aponta que mesmo a legalidade sequer é respeitada no âmbito dos nossos sistemas penais. Trata-se de reconhecer que as hipóteses legais de habilitação do poder punitivo (criminalização primária) superam em muito as condições reais de seu exercício pelos órgãos policiais e judiciais (criminalização secundária), já que a seletividade não é uma

³⁰⁵ ZAFFARONI, 2001, p. 19.

³⁰⁶ ANDRADE, 2012, p. 106-107.

³⁰⁷ ZAFFARONI, 2001, p. 24.

³⁰⁸ ZAFFARONI, 2001, p. 22-23.

característica conjuntural superável, mas um atributo estrutural do nosso sistema penal³⁰⁹. Assim, enquanto o poder legiferante alça uma imensidão de condutas ao *status* de crime, as agências executivas apenas conseguem satisfazer uma pequena parcela dessa demanda, em geral concentrando suas forças nos estratos sociais mais desfavorecidos³¹⁰, o que já expõe a flagrante ilegalidade no funcionamento do poder punitivo, vista sob o prisma da igualdade constitucional³¹¹, o mínimo que se espera de uma cidadania efetiva. Para o autor, mesmo que a disparidade entre o a programação criminalizante fornecida pela lei penal e as condições operativas do sistema seja abissal, essa precariedade chega a ser até mesmo desejável, uma vez que, “se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população”³¹².

Como se não bastasse, os altos níveis de corrupção e violência arbitrária exercidos pelos agentes que manipulam os órgãos do nosso sistema penal concorrem para retirar a legitimidade dos discursos de sustentação do poder punitivo³¹³, ou seja, as teorias justificadoras da pena³¹⁴. Não convém ignorar que, para além do *sistema penal aparente*, a nossa realidade apresenta a formação histórica de um *sistema penal subterrâneo* – que não se mostra muito preocupado com aspectos como os limites da intervenção punitiva ou as

³⁰⁹ ZAFFARONI, 2001, p. 27.

³¹⁰ Apesar de termos claro que as vítimas preferenciais do controle punitivo são os mesmos de sempre (população jovem, negra, residente de localidades pobres) não ignoramos que o poder punitivo deteriora seus próprios agentes, pois “a ambiguidade dos processos de criminalização faz da polícia que mata a mesma polícia que também é violentada e morre, e o mesmo se diga em relação aos agentes penitenciários, pois o sistema penal não viola unicamente os direitos humanos dos criminalizados, mas também os dos seus próprios operadores, deteriorando regressivamente os que manejam tal sistema ou creem manejá-lo” (ANDRADE, 2012, p. 284). Se tivermos em conta que os agentes que atuam no sistema penal, grosso modo, são oriundos das mesmas classes baixas de suas vítimas em potencial (ZAFFARONI, 2001, p. 138), temos que reconhecer que a despeito da imagem bélica projetada pelo exercício do poder punitivo que polariza de forma maniqueísta a sociedade entre os “bons” (que normalmente coincidem com os estratos médios e altos) e os “maus” apenas encobre a realidade: são pobres matando pobres (ZAFFARONI, 2013, p. 58).

³¹¹ Sobre a questão, Batista anota: “o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário)” (BATISTA, N., 2011, p. 25). Ainda, além da seletividade, o autor aponta a repressividade e estigmatização como características-chave para que se possa compreender o funcionamento do sistema penal brasileiro (BATISTA, N., 2011, p. 26).

³¹² ZAFFARONI, 2001, p. 26.

³¹³ Vale lembrar, com Arendt, que o poder punitivo em si já é um exercício de violência. Para a autora, a violência caracteriza-se pela ideia de meio-fim, mas com a peculiaridade de que os fins perseguidos sempre estão em perigo de ser sobrepujados pelos meios (ARENDR, 2013, p. 94). No caso da realidade marginal, podemos sustentar que a incapacidade do poder de punir para a realização dos fins conferidos pelas doutrinas de justificação da pena, mesmo no caso do utilitarismo reformado, como veremos oportunamente, é simplesmente flagrante, basta que nos reportemos ao exercício concreto do nosso sistema penal.

³¹⁴ ZAFFARONI, 2001, p. 29.

garantias individuais e os direitos de cidadania em geral³¹⁵ –, de modo que os atores que os representam mostram-se intercambiáveis, isto é, ora atuam em prol do sistema penal oficial (cumprindo diligências supostamente em conformidade com a legalidade) e ora atuam em prol do sistema penal subterrâneo, onde a ilegitimidade e ilegalidade são indiscutíveis. Nesse aspecto, soa incrivelmente convincente a assertiva de que entre nós “ao lado da pena oficial de prisão como pena vertebral da modernidade, vigora a pena de morte informal ou subterrânea para a colonialidade”³¹⁶.

Apesar da insofismável verdade evidenciada pelas críticas ao exercício do poder punitivo na América Latina e no Brasil em particular, a planificação projetada pelo discurso jurídico-penal segue angariando adeptos, crentes nas possibilidades de se chegar ao cume civilizacional seguindo as coordenadas do mapa que o saber penal moderno-colonial nos fornece. *Mesmo que as fraturas oriundas do real desempenho do poder punitivo na realidade periférica se façam notar, o discurso jurídico-penal segue buscando uma conciliação entre os objetivos matriciais do paradigma moderno, ou seja, a utopia emancipatória e as necessidades de regulação.* Andrade, que não vê com bons olhos esse intento de compatibilidade entre objetivos tão ambíguos³¹⁷, qualifica o discurso penal moderno como um “garantismo prisioneiro”³¹⁸, isto é, um projeto político-criminal que vê a si mesmo nos grilhões da necessidade regulatória, ao passo que não consegue desempenhar a proteção das garantias constitucionais conquistadas no marco da nossa cidadania contemporânea. Essa

³¹⁵ Para Lola Aniyar de Castro, o sistema penal subterrâneo se presta, historicamente, à perseguição de dissidentes políticos e indesejáveis ou os estratos sociais desfavorecidos. Para os primeiros, “[...] há uma criminalização de facto [...], operada pelos serviços de inteligência policial, que operam com uma certa discricionariedade, variável de acordo com os diferentes regimes, e com uma autoridade sustentada na impunidade de fato” (CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2005, p. 129); quanto aos segundos, lhes são destinados toda espécie de “procedimentos diferenciados” que incluem “[...] violações de domicílio; violências policiais; violação do direito à própria imagem no tratamento informativo; prisões e detenções preventivas por prazo indeterminado; execução penal à margem dos direitos humanos; carência de condições dignas de vida, de acesso à informação, à comunicação, a atividades culturais e esportivas, etc., e sofrimentos físicos e morais que ultrapassam os previstos em lei” (CASTRO, 2005, p. 131-132). Ao comodismo do discurso jurídico-penal sedimentado pode soar estranho se falar em um sistema-penal subterrâneo, entretanto julgamos plenamente pertinente a provocação de Batista: “Quais as verdadeiras normas processuais a ditadura militar durante nossos ‘anos de chumbo’: aquelas que constavam do Código de Processo Penal Militar e de dispositivos da Lei de Segurança Nacional, ou outras que nunca poderiam ser lidas em nenhuma biblioteca, mas permitiram a tortura, a morte e a ocultação do cadáver de indiciados? A face ilegal do sistema penal, com suas detenções arbitrárias, espancamentos e execuções capitais, em nada nos interessa? Somente as formas penalmente típicas (sequestro qualificado, custódia indevida, maus tratos, violência arbitrária, por exemplo) do exercício abusivo dos controles psiquiátricos e disciplinares nos dizem respeito, e não a urdidura normativa subterrânea que articula sua aplicação intensiva contra grupos minoritários ou dissidentes?” (BATISTA, N., 2011, p. 56-57).

³¹⁶ ANDRADE, 2012, p. 285.

³¹⁷ ANDRADE, 2012, p. 207-208.

³¹⁸ ANDRADE, 2012, p. 210.

constatação encontra-se correlata ao que a autora chama de “eficácia invertida” do exercício do poder punitivo periférico-marginal. Em outros termos:

Nas sociedades capitalistas, o exercício de poder dos sistemas penais é marcado, para além de suas intervenções contingentes, por uma lógica estrutural de operacionalização que, implicando a violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade) dos direitos humanos, não apenas viola sua programação normativa (os princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais) e teleológica (fins atribuídos ao direito penal e à pena), mas, num plano mais profundo, é oposta a ambas, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação. A potencialidade deste desenvolvimento contraditório está, todavia, inscrita nas bases fundacionais do próprio sistema, expressando a tensão entre um projeto jurídico-penal tendencialmente igualitário e um sistema social fundado na desigualdade real de acesso à riqueza e ao poder; entre a igualdade formal e a desigualdade social. O limite do sistema é, nesse sentido, o limite da própria sociedade³¹⁹.

Essa ambiguidade que transborda desde a matriz do discurso jurídico-penal apresenta no cenário marginal uma assimetria superlativa entre os já comentados défices e excessos do contidos no saber penal. Para Andrade, a subprodução (défice) de segurança aos criminalizados corresponderia a um fracasso garantidor, enquanto que a sobreprodução (excesso) de seletividade se converte no sucesso regulatório³²⁰. Diante desse diagnóstico, para a autora cabe o reconhecimento de que o ideal projetado para o exercício do controle punitivo, tanto as funções declaradas da pena quanto uma missão de tutela de bens jurídicos (ambos os expoentes da ideologia da defesa social), está muito além de suas capacidades³²¹.

A partir do contato com a realidade distópica – em que o poder punitivo foi e ainda é utilizado como artefato bélico a serviço do capitalismo internacionalizado que insiste em se disfarçar de modernidade – descabem quaisquer tentativas de legitimação idealista, ou de atribuição de funções civilizatórias a este poder. A desgastada realidade periférica demanda a construção de um saber penal que prescindia do ideal civilizador do penalismo eurocêntrico por compreender que em suas entranhas mora o germe do genocídio. É provável que a realidade periférica tenha fornecido o testemunho mais conclusivo da verdade sintetizada por Walter Benjamin quando disse que “nunca houve um monumento da cultura que não fosse também um monumento da barbárie”³²².

³¹⁹ ANDRADE, 2012, p. 222.

³²⁰ ANDRADE, 2012, p. 223.

³²¹ ANDRADE, 2012, p. 229.

³²² BENJAMIN, 1987, p. 225.

Acreditamos, não obstante, que esse caminho libertário implica uma libertação dentro do próprio discurso jurídico-penal, se nos propusermos pensar a partir da lógica de Dussel³²³. No geral, mesmo as versões mais refinadas do saber jurídico-penal, como o utilitarismo reformado ferrajoliano, apõem ao Direito Penal uma história romanceada de si própria (questionável mesmo a partir da própria historicidade europeia, como expusemos no primeiro capítulo), cujo início se dá com a modernidade. Essa perspectiva olvida que é a própria modernidade que atribui ao poder punitivo um caráter civilizatório – em última instância a justificação da pena não é outra coisa que não a confiança no potencial civilizatório do poder de punir –, permitindo que o mesmo vitime em nome dessa promessa de eliminação da violência. Apropriando-nos da conclusão de Batista acerca da criminologia latino-americana, diremos que o problema do Direito Penal é deixar de ser colonial, isto é, libertar-se das amarras da grande narrativa³²⁴.

Há pouco dissemos que o saber jurídico-penal moderno cultiva uma ideia de tempo linear, como uma jornada na qual os países centrais estariam posicionados na dianteira, cumprindo aos países periféricos alcança-los, seguindo seus passos, naturalmente. Tendo aclarado que o nosso horizonte compreensivo não compactua com essa assertiva, faremos eco das palavras de Darcy Ribeiro quando manifesta sua preocupação com a ausência de um corpo teórico fundado em nossa experiência histórica, capaz de interpretá-la em nossos próprios termos, recusando teorizações eurocêntricas que seriam incapazes de nos caracterizar visto que, para o autor, “nosso passado não tendo sido o alheio, nosso presente não era necessariamente o passado deles, nem nosso futuro um futuro comum”³²⁵.

2.2 A ascensão do medo e perspectivas em segurança após 1988

Tendo descrito a assinatura do sistema penal desde um olhar periférico, caracterizada pela sua eficácia instrumental invertida, o que inevitavelmente prejudica os discursos jurídicos de legitimação do poder punitivo – discursos que, como vimos, guardam pouca relação com a historicidade da margem do sistema-mundo, sendo invariavelmente gestados e

³²³ “De fato, uma filosofia da ‘libertação’ (genitivo objetivo: seu tema) parece que deveria antes de tudo partir de uma libertação *da própria ‘filosofia’* (genitivo subjetivo: o sujeito que exerce e o próprio discurso exercido)” (DUSSEL, 2012, p. 67).

³²⁴ BATISTA, Vera Malaguti. O Realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (Org.). *Sociologia e direito: explorando as interseções*. Niterói: Editora da UFF, 2007, p. 143.

³²⁵ RIBEIRO, 2006, p. 13.

desenvolvidos em países centrais – dispomos agora de subsídios teóricos para avançar em nosso intento.

Nesta seção nosso enfoque será dirigido à percepção social da insegurança, assim como à dimensão constitucional da segurança, e isso por duas razões: em primeiro lugar, por se tratar de uma digressão necessária para que possamos compreender e traçar chaves explicativas para a expansão do controle penal na contemporaneidade, o que será tratado ainda neste capítulo; por outro lado, julgamos que essa rota propicia contrapor a ideologia da defesa social desde um núcleo constitucional de hostilidade ao poder punitivo. De antemão, podemos adiantar o que isso significa para o nosso intento: estando evidenciado um eixo de rechaço ao *jus puniendi* a partir da Constituição Federal, teremos condições de revisar o discurso jurídico-penal (historicamente reverente para com a ideia de um “direito penal subjetivo”, anterior ao momento legislativo, seja a partir da perspectiva do direito natural, seja através de um verniz contratualista³²⁶), apontando uma alternativa que permita pensar o saber e a práxis dos juristas a partir de outros pressupostos que não os de uma relegitimação discursiva da pena e, com isso, do insolvente sistema penal e sua ineficácia quando se trata de cumprir com suas funções autodeclaradas. Em outros termos, se é certo que todas as justificações da pena constituem variantes de uma tentativa de legitimação da defesa social³²⁷, ao fim teremos caminhado na direção de um modelo de Direito Penal mínimo que não entenda como sua a obrigação de fornecer qualquer espécie de justificativa discursiva para o poder punitivo e que dessa forma apresente condições de ultrapassar a própria ideologia de defesa social.

Um esboço do que entendemos por segurança no quadro da teleologia constitucional necessita de uma análise contextual que atente para a feição contemporânea do conceito, desde um ponto de vista sociocultural. Cremos, todavia, que essa análise pode perfeitamente começar a partir do seu negativo, ou seja, da *insegurança*. Podemos afirmar, igualmente, que a percepção exacerbada da insegurança ou, em termos mais simples, o próprio *medo*, guarda uma relação antitética com o projeto moderno. Se o paradigma moderno, como vimos, foi historicamente associado ao objetivo de construir uma sociedade segura, um paraíso terreno que forneceria felicidade e alento a todos os seus habitantes – sendo reservado à ciência e ao direito (no caso, ao ordenamento jurídico-penal) um papel de destaque nessa planificação –, é indubitável que esse projeto não se coaduna com uma sociedade temerosa. Pelo contrário,

³²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 103-104.

³²⁷ ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 114.

vimos que o paradigma moderno promete certezas, calculabilidade, previsibilidade dos fenômenos e, por decorrência, a emancipação do sujeito de toda a carga de incerteza, e, como se sabe, o “‘medo’ é o nome que damos a nossa *incerteza*: nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser *feito* – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrenta-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance”³²⁸. Para Bauman, no entanto, a obsessão moderna com a construção de uma sociedade segura, obteve, como contrapartida, a total frustração dessa expectativa o que contemporaneamente se traduz em medo disseminado³²⁹.

O que aconteceu? De que modo podemos interpretar um desvio de rota dessa magnitude? Uma pista para que possamos compreender esse fenômeno, a nosso juízo, pode ser encontrada nas metamorfoses do próprio pensamento moderno, desde o horizonte de análise da historiografia das ideias. Retornamos à Europa do século XIX, mais especificamente o período que Baumer chama de “Fim de Século”, onde a compreensão de que a modernidade deixa a desejar – a evidência de seus défices, como diria Santos – adquire uma indigesta notoriedade. A partir de então, os fracassos quanto a algumas das promessas modernas já não podem mais ser discursivamente escamoteados. Em geral, esse período inaugura um refluxo na ideia de progresso como uma lei histórica inabalável, que, como vimos, tornou-se um dos pilares do paradigma moderno. Esse descrédito na crença do progresso como um elemento inscrito no destino da modernidade, de algum modo, “fazia parecer [...] que o mundo histórico era menos dependente, menos sensível ao cálculo e ao controlo racional, e menos previsível”³³⁰. Nem mesmo o inegável avanço ocorrido no âmbito da técnica e das ciências foi capaz de reconciliar os europeus com a crença no progresso, vindo a comprometer a sua própria cosmovisão (talhada com maestria por um discurso prometeico e uma ética utilitarista, como vimos) que não saiu ilesa dessa crise³³¹.

No século seguinte a situação se agrava. Para Baumer, o século XX registra o “triumfo do devir” que acaba triturando as certezas construídas com afincamento ao longo de pensamento europeu após o século XVII. Segundo o autor:

[...] nunca antes houvera uma revolução tão radical, no sentido de que destruiu, num espaço de tempo comparativamente pequeno, quase todos os “ídolos” que tinham sido construídos com tanto esmero, não só pela Idade Média, mas também pelos

³²⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 8.

³²⁹ BAUMAN, 2008, p. 169.

³³⁰ BAUMER, 1977b, p. 156.

³³¹ De acordo com Baumer, “no século XIX, os Europeus tinham comido da árvore da ciência e, agora, viam mais claramente do que antes o modo como as coisas eram: o homem, aparentado com os animais, perdido num grão de areia num universos imenso e indiferente, privado da noção de sua própria identidade e infinidade, sentia, agora que perdera a inocência, ‘o trágico absurdo de viver’” (BAUMER, 1977b, p. 160).

tempos “modernos”. Foi uma época em que uma espécie de modernidade deu lugar, por fim, a outra. [...] A “nova” modernidade, no entanto, afastou o ser, deixando os homens sem pontos de referência e colocando-os à deriva num mar infinito de devir³³².

As duas guerras mundiais deixaram um gosto amargo no pensamento europeu, produzindo ondas cada vez mais inavergáveis nesse “mar de devir”, de modo que a incerteza conquista um espaço imprevisível: “o homem tornou-se problemático e não apenas bom, mau ou indiferente, como nos debates passados. O universo tornou-se misterioso, difícil de compreender ou decifrar e a natureza tornou-se longínqua”³³³. São tempos de “desespero epistemológico”³³⁴ para os europeus, o que contribuiu para fixar uma autoimagem pessimista ou ao menos inteiramente descrente, que já não ecoa as grandes utopias que moveram o sujeito moderno ao longo dessa jornada.

A corrosão do paradigma moderno sem dúvida está associada ao apogeu do medo na contemporaneidade. Os modernos nutriam uma verdadeira fé na erradicação do mal, quaisquer que fossem as suas muitas facetas³³⁵, inclusive a da violência, como já dissemos. A partir de então, ao menos no âmbito da teoria social e do pensamento mais erudito, ganha impulso a consciência de que “a violência é um elemento estrutural, intrínseco ao fato social e não um resto anacrônico de uma ordem bárbara em vias de extinção”³³⁶. E, no entanto, o catálogo de promessas da modernidade assumia sem hesitar o compromisso de universalizar a segurança, atingindo a totalidade de seu desempenho:

[...] a promessa singularmente moderna e a convicção generalizada que gerou de que, com a continuação das descobertas científicas e das invenções tecnológicas, além das habilidades adequadas e dos esforços apropriados, seria possível atingir a segurança “total”, uma vida completamente livre do medo – que “isso pode ser feito” e que “podemos fazê-lo”. Mas as ansiedades crônicas sugerem obstinadamente que tal promessa não pode ser alcançada – que “isso *não* foi feito”. Quando isso se combina com a convicção de que tal coisa *poderia* ser feita, a frustração das esperanças acrescenta ao dano da insegurança o insulto da impotência – e canaliza a ansiedade para um desejo de localizar e punir os culpados, assim como de ser indenizado/compensado pelas esperanças traídas³³⁷.

De modo sintético, podemos afirmar que ao invés de trazer a segurança em nível máximo, tal qual o prometido, os tempos modernos nos oferecem agora uma gama de

³³² BAUMER, 1977b, p. 167.

³³³ BAUMER, 1977b, p. 175.

³³⁴ BAUMER, 1977b, p. 185.

³³⁵ BAUMAN, 2008, p. 80.

³³⁶ GAUER, 2008, p. 13.

³³⁷ BAUMAN, 2008, p. 170.

incertezas e medo que normalmente acabam sendo projetados nas relações interpessoais, isto é, no encontro com o *outro*,³³⁸ de modo que “o espírito inquieto da modernização garante a existência de um número sempre crescente, já que automultiplicador, de portas a serem trancadas”³³⁹. Comparando essa conjuntura com os avanços no campo da termodinâmica moderna, Vera M. Batista traça um paralelo pertinente a partir da ideia de instabilidade, segundo a qual a coexistência dos corpos não pode se dar de maneira neutra, gerando turbulências e transformações que não podem ser revertidas. Dessa forma, a ordem e o equilíbrio teriam como resultado a entropia, ao passo que as mudanças se equivaleriam à “morte térmica”. Tem-se, assim, um juízo que opõe caos e ordem e que, quando transposto para o campo da subjetividade moderna, termina por identificar o caos como o portador da destruição, de modo que a ordem restaria ameaçada pelo encontro com o outro, o que faria do sujeito moderno um indivíduo aterrorizado pelo estranho³⁴⁰.

Ainda que a modernidade tenha trazido consigo, em especial no que tange aos avanços no campo da ciência e da técnica, uma gama de novos riscos até então impossíveis de se constatar, para Silva Sánchez é na dimensão subjetiva, isto é, na maneira de vivenciar os novos riscos e perigos³⁴¹ que o tempo presente expressa sua marca distintiva, não por outra razão o autor irá descrever as sociedades pós-industriais como “sociedades de insegurança sentida” ou simplesmente “sociedades do medo”³⁴². Não é exagero traçar um paralelo entre o que Baumer chamou de “triunfo do devir” e a *aceleração* que foi produzida pelas sucessivas revoluções (dos transportes, das comunicações, etc.) providas pelos avanços tecnológicos, o que tem sido a fonte de incertezas e insegurança³⁴³. O fluxo cada vez mais veloz que caracteriza a vida moderna a esta altura garante o fim das certezas mais sólidas, sejam elas

³³⁸ “Podemos dizer que a variante moderna da insegurança é marcada pelo medo principalmente da maleficência *humana* e dos malfeitores *humanos*. É desencadeada pela suspeita de motivos malévolos da parte de certos homens e mulheres específicos, ou mesmo grupos ou categorias específicos de homens e mulheres” (BAUMAN, 2008, p. 171).

³³⁹ BAUMAN, 2008, p. 101.

³⁴⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 33-34.

³⁴¹ Para um emprego correto destas categorias, vale recorrer à diferenciação efetuada por Bauman: “A ideia de ‘risco’ reapresenta de maneira indireta, e reafirma tacitamente, o pressuposto da regularidade essencial do mundo. Sob esse pressuposto é que os riscos podem ser em tese, de acordo com sua própria definição, *calculados* – e só enquanto esse pressuposto se sustenta é que é possível tentar, com certo grau de sucesso, minimizá-los por meio da ação ou inação. [...] O que torna nosso mundo vulnerável são principalmente os perigos da probabilidade *não-calculável*, um fenômeno profundamente diferente daqueles aos quais o conceito de ‘risco’ comumente se refere. *Perigos não-calculáveis parecem, em princípio, em um ambiente que é, em princípio, irregular*, onde as sequências interrompidas e a não repetição de sequências se tornam a regra, e a anormalidade, a norma. *A incerteza sob um nome diferente*” (BAUMAN, 2008, p. 129-130).

³⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

³⁴³ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 41.

ético-valorativas, epistemológicas ou políticas, legando aos modernos um vazio referencial. Mais uma vez, Silva Sánchez nos fornece uma chave interpretativa do fenômeno, quando trabalha o que chamou de *perplexidade do “relativismo”*:

Vivemos em uma sociedade na qual se constata a ausência de referenciais de “auctoritas” ou de princípios generalizáveis, enquanto prevalece o pragmatismo do caso ou da busca da solução consensual, sem premissas materiais a partir das quais se possa buscar o consenso. Agora vejamos, [...] se tudo é igualmente verdadeiro, então acaba a força impondo-se como argumento mais poderoso. E, ante tal constatação, é forçoso convir que é difícil não sentir insegurança³⁴⁴.

O importante é compreender que o medo se torna, na contemporaneidade, certamente maior do que os riscos e perigos em si mesmo considerados³⁴⁵. Para Bauman, ao menos nos países desenvolvidos do centro do sistema-mundo, vive-se um momento privilegiado em termos de segurança, isto é, em termos de defesas objetivas em face das diversas ameaças trazidas neste limiar da modernidade e mesmo assim “nós – as pessoas mais mimadas e paparicadas de todas – nos sentimos mais ameaçados, inseguros e atemorizados, mais inclinados ao pânico e mais apaixonados por tudo o que se refira a segurança e proteção”³⁴⁶. Ao que todas as evidências apontam, é demasiado duvidoso que o medo sentido pelas camadas sociais mantenha-se em paralelo com a existência objetiva de riscos e perigos a espreita³⁴⁷ (assim como é bastante provável que a intensidade do medo projetado nas relações entre sujeitos seja inversamente proporcional ao grau de contato havido com o outro³⁴⁸). Dessa forma, parece haver uma espécie de patologia da sensibilidade, onde a percepção subjetiva termina por superar a existência objetiva das ameaças³⁴⁹, em especial a da vitimização por conta de um delito.

Busquemos, mais uma vez, uma aproximação marginal-periférica com relação ao fenômeno do medo: de que modo ele se correlaciona com a nossa historicidade, nossas instituições, nossa cidadania e nosso poder punitivo? Ainda na trilha de Batista, diremos inicialmente que o medo sempre esteve presente ao longo da formação do nosso penalismo,

³⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 43.

³⁴⁵ Ainda, como lembra Silva Sánchez, o problema não é só o aparecimento dos novos riscos – eles simplesmente não podem ser neutralizados por completo –, mas sim a injusta distribuição dos mesmos (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 37). Fica claro, portanto, que na periferia do sistema-mundo essa distribuição atinge um grau de injustiça superlativo, de modo que os segmentos populacionais menos favorecidos ou historicamente abusados certamente recebem um quinhão maior.

³⁴⁶ BAUMAN, 2008, p. 133.

³⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 45.

³⁴⁸ BARATTA, 2004, p. 217.

³⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 46.

recorrendo à legitimação por intermédio de discursos jurídico-penais e criminológicos, projetando práticas punitivas disciplinares e excludentes. Para a autora:

No Brasil a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de neutralização e disciplinamento planejado das massas empobrecidas. O ordenamento introduzido pela escravidão na formação socioeconômica sofre diversos abalos a qualquer ameaça de insurreição. O fim da escravidão e a implantação da República (fenômenos quase concomitantes) não romperam jamais aquele ordenamento. Nem do ponto de vista socioeconômico, nem do cultural. Daí as consecutivas ondas de medo da rebelião negra, da descida dos morros. Elas são necessárias para a implantação de políticas de lei e ordem. A massa negra, escrava ou liberta, se transforma num gigantesco Zumbi que assombra a civilização; dos quilombos ao arrastão nas praias cariocas³⁵⁰.

Em outras palavras, a difusão do medo serve historicamente para a manutenção de uma hegemonia conservadora em favor das classes dominantes que, dispondo desse artifício, destilam políticas penais repressivas³⁵¹. Os exemplos históricos dessa conjuntura evidenciam que as classes detentoras dessa hegemonia procuram difundir a imagem de uma luta contra a barbárie como condição para a formação de uma sociedade ordeira e civilizada³⁵². Na atualidade, essa construção de sentido tem se mostrado funcional para a manutenção de um *status quo* calcado na desigualdade fática do acesso aos direitos que, dessa forma, consegue conviver paradoxalmente com a igualdade jurídica insculpida no texto constitucional. Podemos argumentar que num contexto desse relevo a cidadania não impera já que tem a ver com a concretização de um determinado senso de igualdade, ainda que em oposição às classes sociais produzidas por um sistema capitalista que termina por naturalizar as desigualdades³⁵³.

³⁵⁰ BATISTA, V. M., 2003, p. 21.

³⁵¹ BATISTA, V. M., 2003, p. 23.

³⁵² Um exemplo trabalhado por Batista é a Revolta dos Malês (1835), em Salvador, onde alguns escravos se insurgem contra a opressão vivida, sendo brutalmente coibidos. Segundo a autora, o movimento foi encarado pelas elites da época como similar à Revolução Haitiana, de modo que o medo de uma tomada do poder pelos escravos fomentou uma paranoia social que culminou em medidas jurídicas de contenção, intuindo coibir outros focos de insurreição (BATISTA, V. M., 2003, p. 25-26). O senso comum da época concebeu a revolta e sua contenção enquanto uma investida de “bárbaros” e um contra-ataque legítimo dos “cidadãos brasileiros”, que personificavam a civilização, a cultura (BATISTA, V. M., 2003, p. 27). Mais uma vez a cruzada civilizatória contra a barbárie torna-se o combustível histórico da aniquilação da outridade. Leopoldo Zea concebe a barbárie e a marginalização a partir da existência de um *logos* que assim qualifica outras culturas, outros estilos de vida, outras raças – lembrando que a raça enquanto categoria biológica carece de uma especificidade que possa ser considerada importante, mas historicamente legitima-se enquanto categoria discursiva excludente (HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 62-63) – de modo que esse *logos* contribui enormemente para o emudecimento do “bárbaro”: “o bárbaro não pode se expressar, se fazer entender desde a sua própria linguagem, só pode fazê-lo desde a linguagem de quem se considera homem por excelência” (ZEA, 2005, p. 61).

³⁵³ Essa disparidade foi observada pelo próprio Marshall, quem procurou uma saída conciliatória entre o *status* cidadania e as desigualdades produzidas por uma sociedade como a nossa. Para o autor, “as diferenças de *status* podem receber a chancela da legitimidade em termos de cidadania democrática, desde que não sejam muito profundas, mas ocorram numa população unida numa civilização única; e desde que não sejam expressão de

Nesse estado de coisas, a difusão do medo encontra respaldo político em uma suposta “desordem”. Para Batista, a ideia de desordem clama por um intervencionismo punitivo por parte do Estado que faz uso do controle penal tentando cumprir um papel disciplinador para com as populações insurretas, tal qual o poder configurador de que nos fala Zaffaroni. Esse projeto configurador-disciplinar e até mesmo biopolítico³⁵⁴ é o que se faz presente nas tentativas de coibir a ocupação de espaços públicos pelos estratos sociais mais pobres³⁵⁵. Para Batista, o senso comum punitivo considera que a linha que separa “favela” e “asfalto” é a mesma que divide a “barbárie” da “civilização”. Não por outra razão as regiões empobrecidas são vistas enquanto o “lôcus do mal” ou como um verdadeiro “viveiro de monstros”³⁵⁶.

A essa altura torna-se necessário elucidar de que maneira a exclusão social e o medo andam lado a lado ou qual seria a natureza dessa estranha harmonia. Desde o nosso olhar a resposta tem a ver com a configuração que o sistema capitalista adquire do século XX até a atualidade, especialmente com a hegemonia do pensamento neoliberal. Ainda agora dissemos que o sistema capitalista acaba naturalizando as desigualdades, tornando-as uma característica que não pode ser combatida ou, pior, que deve ser perseguida. Conforme Anderson, a doutrina político-econômica do neoliberalismo acredita no valor positivo da desigualdade, classificando como nefastas às tentativas estatais de combatê-la. Buscando a diminuição dos gastos sociais, seus defensores argumentam que a preservação de uma taxa “natural” de desemprego, por exemplo, contribuiria para a formação de um “exército de reserva” útil ao mercado de trabalho e que permitiria a superação das crises cíclicas do sistema capitalista³⁵⁷.

O receituário neoliberal dispõe de algumas pautas que, em maior ou menor medida, acabaram sendo implementadas, tanto nos países do centro como na periferia do sistema-mundo. Para Anderson, no campo social a doutrina neoliberal obteve algumas concretizações, sendo que os maiores êxitos na execução da sua agenda estão contidos na formação de

privilégio hereditário” (MARSHALL, 1967, p. 108). Essa leitura provavelmente denuncia o próprio lugar de fala do autor, na medida em que sufraga um lugar-comum neoliberal que enxerga as desigualdades enquanto permitidas (como veremos) na conjuntura de um Estado de Direito, onde existem cidadãos mais ou menos capacitados, sendo que aos “menos aptos” o Estado “concede” direitos sociais com vistas à manutenção de um mínimo de dignidade, enquanto que os “mais aptos” recebem, por merecimento próprio, uma fatia maior das riquezas socialmente geradas (COELHO, 1990, p. 19).

³⁵⁴ Cf. RAUTER, Cristina. O estado penal, as disciplinas e o biopoder. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 69-75.

³⁵⁵ BATISTA, V. M., 2003, p. 24.

³⁵⁶ BATISTA, V. M., 2003, p. 110-111.

³⁵⁷ ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 10-11.

sociedades marcadamente desiguais e na consolidação da sua hegemonia política e ideológica, que disseminou a ideia de que não há alternativas fora dessa receita³⁵⁸.

A hegemonia desse corpo de pensamento produz, a partir da naturalização do fator desigualdade, um senso de “ordem” (e com ele um paradigma de “segurança”) muito peculiar. Conforme Bauman, a ideia ordem, em nosso tempo, está associada à “pureza” e essa, a sua vez, implica um estado de coisas onde cada elemento seja colocado em seu devido lugar, ou seja, onde a cada qual caiba uma determinada circunscrição espacial, cultural ou mesmo política. “Não são as características intrínsecas das coisas que as transformam em ‘sujas’, mas tão-somente sua localização e, mais precisamente, sua localização na ordem de coisas idealizada pelos que procuram a pureza”, nos diz Bauman³⁵⁹. Não é precipitado pensar que pureza e ordem formam em nossos dias uma projeção de fronteiras bem delimitadas.

Quando nos propomos pensar a correlação da pureza e da ordem buscadas na conjuntura atual com a hegemonia neoliberal, nos parece claro que a naturalização das desigualdades econômicas e sociais termina por contribuir para uma planificação social onde as fronteiras produzidas por essas mesmas desigualdades sejam mantidas a todo custo. A história brasileira demonstra esse princípio de modo taxativo. Para Vera Batista, “a liberdade irrestrita do capital financeiro despedaçou as redes de segurança societárias, detonando um processo de polarização”³⁶⁰, mas essa polarização não pode ser lida como um produto secundário, um efeito colateral: ela é constitutiva de um *status quo* condizente com receituário neoliberal, que procura enxugar os deveres assumidos pelo Estado, condenando assim os precários avanços em termos de combate às desigualdades, produzidos ao longo da nossa história. Toda essa reflexão não pode deixar de levar em conta a utilidade propriamente mercadológica do medo. Se o receituário neoliberal depende de uma economia calcada no consumo “os consumidores que precisam ser produzidos para os produtos destinados a enfrentar o medo são temerosos e amedrontados, esperançosos de que os perigos que temem sejam forçados a recuar graças a eles mesmos (com ajuda remunerada, obviamente)”³⁶¹.

Para Batista, o projeto neoliberal que nos é vendido consolida uma espécie de “desamparo”, onde os problemas reais – em última análise, o déficit de eficácia dos direitos constitutivos da cidadania – são transpostos a um plano secundário, ao passo que a eleição de inimigos, de sujeitos ou grupos problemáticos ou disfuncionais – em última análise, o *discurso do medo* –, termina por colonizar o debate político, isso porque, “nesse desamparo,

³⁵⁸ ANDERSON, 1995, p. 23.

³⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 14.

³⁶⁰ BATISTA, V. M., 2003, p. 80.

³⁶¹ BAUMAN, 2008, p. 15.

concentrar o medo numa parte da população que pode ser nomeada, reconhecida e localizada é absolutamente estratégico”³⁶², isto é, torna-se funcional à manutenção da hegemonia neoliberal e das desigualdades que lhe acompanham, já que a orfandade de direitos acaba ofuscada pelo “perigo” sempre descrito como iminente e cada vez mais onipresente.

Ainda agora dissemos que o paradigma moderno, já em sua fase mais desgastada, carente de utopias, descrente no progresso, projeta o feixe de insegurança e medo nas relações interpessoais. O sujeito moderno, na atualidade, desconfia por princípio do *outro*, visto como o *estranho*, capaz de roubar-lhe os raros instantes de sossego. É preciso notar, igualmente, que o estranho nessa conjuntura é a própria personificação da desordem, da impureza³⁶³. Com a manutenção do desamparo, é como se os canais de reivindicação por soluções efetivas se fechassem, nos deixando como alternativa a busca de “alvos substitutivos para descarregar o medo existencial excedente que teve cortado o acesso a seu escondouro natural”³⁶⁴, o que nos remete, novamente, a *produção de estranhos*.

Mas quem são os estranhos? Segundo Bauman, os estranhos e “impuros” se resumem, no quadro da hegemonia neoliberal, a uma classe de pessoas: os *consumidores falhos*, ou seja, as classes empobrecidas, que não dispõem de recursos que os habilitem a participar do jogo do consumo, a se inserirem na lógica do mercado, pessoas não “livres”, conforme um senso de liberdade ditado pelo poder de compra. Em síntese, “eles são os novos ‘impuros’, que não se ajustam ao novo esquema de pureza. Encarados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes – verdadeiramente ‘objetos fora do lugar’”³⁶⁵. Não se pode ignorar que na história brasileira recente, após a redemocratização, mesmo as políticas públicas que buscaram a inclusão social o fizeram, hegemonicamente, pela via do consumo³⁶⁶ e não pelo incremento da cidadania, como era de se esperar, mesmo no caso de governos de viés dito “popular” ou supostamente alinhados à esquerda do cenário político.

Se a aceção de ordem, na atmosfera da hegemonia neoliberal, remonta à preservação das desigualdades e das fronteiras ditadas pelo poder de consumo, é lógico pensarmos que a noção de segurança que acompanha esse estado de coisas associa-se à segurança do próprio modelo, ou seja, à salvaguarda das assimetrias construídas ao longo da história brasileira. No fim das contas, a “segurança” perseguida pelo nosso controle punitivo tem a ver com a manutenção da hegemonia conservadora a que já fizemos menção. Como dito, para essa

³⁶² BATISTA, V. M., 2003, p. 97.

³⁶³ BAUMAN, 1998, p. 19.

³⁶⁴ BAUMAN, 2008, p. 186.

³⁶⁵ BAUMAN, 1998, p. 24.

³⁶⁶ NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 118.

hegemonia o desamparo gerado pela redução das funções estatais no combate às desigualdades e na afirmação da cidadania universal é funcional e estratégico. Em resumo, mesmo que a eleição de inimigos e a perseguição de classes ou grupos inteiros não sejam capazes de diminuir o fardo da insegurança, “o importante é que canalizem a raiva e o medo e gerem quadros passageiros e frustrantes que nunca satisfaçam as verdadeiras e reais demandas por segurança coletiva”³⁶⁷. Se a incerteza e os medos possuem causas mais profundas, talvez relacionadas à carência de consolidação dos direitos de cidadania insculpidos no texto constitucional, nos tratados internacionais e na legislação infraconstitucional, é certo que interessa aos estratos privilegiados e à classe política em especial que se desvie a atenção dessas causas e dessa complexidade. Mais funcional parece ser a adoção de pretensas “soluções” nitidamente epidérmicas, normalmente dirigidas contra os inimigos da vez³⁶⁸, já que nos problemas de fato não se cogita intervir³⁶⁹.

Bauman trabalha a espiral ascendente de medo nesse estágio da modernidade a partir do dismantelamento do Estado de Bem-Estar Social – “perto do qual nunca se passou no Brasil”³⁷⁰, diga-se de passagem –, identificando uma correlação orgânica entre esses dois fenômenos. Segundo o autor, a redução extrema das políticas destinadas a suprir o desamparo de direitos, tidas como benéficas e, portanto, fomentadas no curso desse modelo de Estado, tornam difícil a consolidação de uma segurança, tanto do ponto de vista objetivo quanto no campo da subjetividade. Sendo assim, o dismantelamento das funções do Estado nessa seara favorece um deslocamento dos esforços políticos, que agora são empregados em focos que não se mostram adequados para aplacar as verdadeiras fontes de insegurança que assombram o sujeito moderno. Por essa razão o autor vai identificar um círculo vicioso do medo e das ações que ele inspira, ou seja, uma dinâmica de aumento da insegurança que infelizmente não tem perdido vigor³⁷¹. Pondo em outras palavras:

³⁶⁷ BATISTA, V. M., 2003, p. 98.

³⁶⁸ Talvez aqui seja o caso de cogitarmos a existência de coisas ou pessoas para as quais não há um lugar na planificação excludente da sociedade atual, na trilha do que nos fala Bauman: “Há, porém, coisas para as quais o ‘lugar certo’ não foi reservado em qualquer fragmento da ordem preparada pelo homem. Elas ficam ‘fora do lugar’ em toda parte, isto é, em todos os lugares para os quais o modelo de pureza tem sido destinado. O mundo dos que procuram a pureza é simplesmente pequeno de mais para acomodá-las. Ele não será suficiente para muda-las para outro lugar: será preciso livrar-se delas uma vez por todas [...]. A dificuldade com essas coisas é que elas cruzarão as fronteiras, convidadas ou não a isso. Elas controlam a sua própria localização, zombam, assim, dos esforços dos que procuram a pureza ‘para colocar as coisas em seu lugar’ e, afinal, revelam a incurável fraqueza e instabilidade de todas as acomodações” (BAUMAN, 1998, p. 14-15).

³⁶⁹ BATISTA, V. M., 2003, p. 99.

³⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 11, 2003, p. 24.

³⁷¹ BAUMAN, 2008, p. 174.

Como a rede de proteção dos direitos sociais está se enfraquecendo e não se confia que dure o tempo necessário para oferecer uma estrutura sólida para planos futuros, retorna o veneno da insegurança e do medo, que a visão do Estado social propunha eliminar de uma vez por todas – mas agora é obrigado a buscar outros remédios, e em outros lugares. [...] E os mercados, notoriamente, atuam em direção oposta às intenções do Estado social. O mercado prospera em condições de insegurança; ele aproveita os medos e o sentimento de desamparo dos seres humanos³⁷².

Compreender essas circunstâncias é, a nosso ver, importante para que possamos entender a acepção de segurança no contexto nacional pós-constituente, momento em que a cidadania brasileira ganha expressão consagrada no texto constitucional mais dedicado à afirmação dos direitos humanos da nossa história institucional, razão por que foi chamado de “Constituição Cidadã”, tamanho o entusiasmo nacional ao concebê-lo³⁷³. Sendo assim, de que forma poderemos arquitetar um projeto político-criminal de segurança alinhado com o objetivo constitucional de concretização da cidadania?

Para que tenhamos êxito em expor um argumento contundente capaz de lançar luz sobre a questão fixada acima cumpre refinar o objeto da nossa investigação nessa fase de seu desenvolvimento. Grosso modo, podemos pensar a segurança, em termos político-criminais, a partir de dois modelos³⁷⁴. No primeiro – sem dúvida o paradigma hegemônico, tanto no âmbito da teoria jurídico-penal quanto na agenda dos gestores e demais atores relacionados ao controle punitivo – há uma evidente adesão à ideologia da defesa social, o que se verifica pela presunção de uma eficácia do controle penal no que toca às suas funções manifestas. Essa projeção assume, invariavelmente, alguma das teorias jurídicas de justificação da pena e geralmente se mostra simpática à designação de uma missão de tutela de bens jurídico-penais ao controle punitivo estatal³⁷⁵.

³⁷² BAUMAN, 2008, p. 176.

³⁷³ CARVALHO, J. M., 2013, p. 7.

³⁷⁴ Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 199 e ss.

³⁷⁵ A exceção contemporânea mais digna de nota está no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, autor que dispensa a missão de exclusiva proteção de bens jurídicos penalmente relevantes, mas a substitui por uma missão de garantia da vigência da norma penal (cf. JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-52). Por menos ortodoxa que possamos considerar sua teoria, é fundamental notar que nela a ideologia da defesa social resta intacta, mesmo porque o autor confere uma justificação discursiva da pena, legitimada a partir de uma prevenção geral positiva. Apesar de destoar sensivelmente do cânone estabelecido pela missão de exclusiva proteção de bens jurídico-penais, Jakobs não se afasta da dinâmica da narrativa jurídico-penal sedimentada que historicamente produziu toda sorte de argumentos que pudessem conferir um *jus puniendi* ao Estado. De fato, há que se considerar que, sob o ponto de vista da hipertrofia do controle penal, sua obra sequer aparenta estar tão distante da missão de tutela de bens jurídicos, tanto é que ambos modelos compartilham uma gama considerável de problemas. Conforme aduz Silva Sánchez, “os problemas que afetam a proposta de Jakobs o fazem em medida não muito distinta daquela em que incidem sobre a teoria dominante acerca do bem jurídico como objeto de proteção do direito penal. Tais problemas são, em primeiro lugar, a indefinição do critério em virtude do qual se determina que certas normas pertencem ao núcleo da identidade normativa da sociedade (isto é, na outra terminologia, a indefinição acerca de

O paradigma hegemônico enxerga a segurança como *um direito em si*, nos contornos típicos da modernidade, apropriando-se especialmente de sua fé na razão (cientificismo moderno) e sua ética utilitária (que costura todos os ramos do direito moderno). No horizonte do modelo hegemônico, temos, portanto, a segurança enquanto um bem que pode ser provido graças a uma intervenção humana utilitariamente dirigida, calcada no conhecimento legado pelo paradigma moderno acerca do delito e do delinquente; é também uma projeção centrada no ideal de perfeito equilíbrio entre os pilares da regulação e da emancipação, sendo quase desnecessário acrescentar que historicamente veio a privilegiar o primeiro em detrimento do segundo. A nosso ver, isso se dá em virtude da adesão do paradigma em comento à ideia de “ordem”, o que lhe faz recair em toda a problemática da acepção desse conceito no quadro da contemporaneidade neoliberal, como vimos.

Propondo uma leitura crítica do ofício estatal no que se refere à segurança pública, Rolim aduz que a associação desse conceito ao ideal de manutenção da ordem expressa uma noção altamente genérica que paradoxalmente produz consenso precisamente por sua indefinição. Diante disso, o autor questiona: “‘manter a ordem’ pode ser uma missão eticamente sustentável se a ordem real está alicerçada em uma injustiça flagrante?”³⁷⁶. Em sentido similar, Coutinho e Carvalho analisam o fenômeno neopunitivo a partir do caso novaiorquino (onde, na década de 1990, instaura-se a política de “tolerância zero”, alicerçada na chamada “teoria das janelas quebradas”) de maneira a problematizar a acepção maniqueísta que fornece ao Estado a atribuição de manter a ordem, a favor dos “cidadãos ordeiros”, contrariamente aos “criminosos desordeiros”. Conforme os autores, a ideia de ordem não se sustenta – ao menos sem doses cavalares de cinismo discursivo – enquanto pilar das políticas de “lei e ordem”, na medida em que seu exemplo histórico mais lembrado não pôde abrir mão da violência e da arbitrariedade para impor-se. Além do mais, atingindo o cerne da questão, os autores inferem que, por conta de sua indefinição, o conceito de desordem se presta a legitimar a intervenção punitiva em uma variedade imensurável de situações (como greves, manifestações artísticas ou simplesmente pobreza e desemprego). Por outro lado, argumentam

quais sejam exatamente os bens *jurídico-penais*). Em segundo lugar, a indeterminação dos elementos que hão de concorrer em uma dada conduta para *desestabilizar* tais normas (isto é, a falta de concreção da teoria da proteção *fragmentária*). E, em terceiro lugar, a ausência de um critério claro acerca do porquê de responder a tal desestabilização (lesão) precisamente com um *pena concreta*” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 141).

³⁷⁶ ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 21.

que, a depender do critério adotado, a “ordem” pode ser assegurada por toda espécie de tirania política que possua força suficiente para coibir qualquer insurgência³⁷⁷.

O paradigma que enxerga a segurança como um direito a ser assegurado mostra-se problemático, ainda, em função da compatibilidade perversa com o desamparo de direitos produzido na conjuntura neoliberal³⁷⁸. Por ser calcado no ideal abstrato de ordem – e, como vimos, o conceito correlato à ordem é a “pureza” – e, estando a ordem vigente associada, na atmosfera do pensamento neoliberal, à hegemonia das classes enriquecidas na realidade marginal brasileira, está claro que o modelo usual de segurança permite e fomenta a intervenção do poder punitivo na mira dos “estranhos” socialmente produzidos, que no caso são os estratos sociais historicamente subalternizados. Desse modo, opera-se uma dinâmica onde a exclusão³⁷⁹ é acirrada em função da própria intervenção do sistema penal, costumeiramente invocado a cada manifestação “desordeira” por parte dos clientes preferenciais desse sistema:

[...] en general y en distintos países, crecen simultáneamente la riqueza y la pobreza y la distancia entre ricos y pobres; es decir, entre la inclusión en el desarrollo y la exclusión. Esta distancia determina los estereotipos del diferente y del peligroso, el contenido específico del sentimiento de inseguridad de los grupos sociales asegurados y una política de seguridad dirigida exclusivamente al control de la población reducida en papeles precarios del proceso productivo o sin ningún papel. La espiral de exclusión se eleva, con la paradoja de que el control del riesgo aumenta el riesgo y la seguridad de los asegurados se vuelve precaria. En lugar de aumentar la seguridad de pocos crece la inseguridad de todos³⁸⁰.

³⁷⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 11, 2003, p. 25-26.

³⁷⁸ O paradoxal, conforme Baratta, é que na atualidade o Estado manifesta uma aparente preferência pela segurança, nos termos do paradigma hegemônico, convertida em neocriminalizações, ao invés de presar pela segurança dos direitos. O que parece não estar claro para essa opção é que ela convive com uma sociedade que produz cada vez mais insegurança em nível estrutural, se por segurança entendermos a satisfação dos direitos de cidadania. Para o autor: “de garante de la certeza del Derecho (o sea de las reglas del juego y del espacio jurídico en el que se realizan las relaciones de producción y los relativos conflictos), el Estado se transforma en garante de la seguridad de los bienes, administrador de los riesgos anexos a la producción de ellos y de los conflictos que los acompañan” (BARATTA, 2004, p. 70).

³⁷⁹ Vale destacar que a “exclusão” não pode ser equiparada à “exploração”. Para Khaled Jr., quando tratamos desta última, há ao menos o pressuposto da integração, ainda que sob condições de participação extremamente assimétricas, o que não se dá com relação à primeira: “Para os excluídos sequer se prevê exploração, mas gestão da pobreza: é contra eles que o sistema penal preferencialmente atua. O explorado ainda está integrado, ainda que sob o signo da dominação, ao sistema capitalista. O excluído está fora e por isso deve ser isolado e neutralizado. Dessa forma, o problema social deve ser ‘resolvido’ com aparato policial. Não chega a ser uma novidade neste país, pois desde a República Velha já vem sendo dito que ‘a questão social é um caso de polícia’” (KHALED JR., Salah Hassan. Justiça social e seletividade penal: ensaio de desconstrução da narrativa de justificação do poder punitivo. In: LOBATO, Anderson O. C.; BRAUNER, Maria Claudia C. (Orgs.). *Direito e justiça social: a construção jurídica dos direitos de cidadania*. Rio Grande: Editora da FURG, 2015, p. 140-141).

³⁸⁰ BARATTA, 2004, p. 210-211.

Em face da seletividade estrutural que marca o sistema penal, a construção teórica que pressupõe um “direito à segurança” só é possível se ignorar o fato que essa projeção acaba selecionando alguns direitos, notadamente os de grupos socialmente privilegiados, a partir dos quais a intervenção do poder punitivo é pautada, o que, logicamente, se choca com a teleologia constitucional que assegura não só a cidadania, mas a igualdade³⁸¹. Como se não bastasse, capitaneado pelo discurso midiático, o modelo hegemônico impõe uma falsa opção entre segurança e liberdade, conforme aponta Zaffaroni. Para o autor, esta construção é uma verdadeira armadilha discursiva que não parte de uma descrição fiel do fenômeno em questão: “nenhuma vítima tem um *direito*, suposto e abstrato, à *segurança* afetado, mas um direito, real e concreto, à vida, à integridade física, à liberdade sexual, à propriedade etc. Se alguém duvida disso bastaria perguntar a qualquer vítima de violência o que é que lhe afetou”³⁸².

Explorando a temática por outro viés, Baratta conclui que a cooptação do conceito de segurança, no marco do paradigma hegemônico, por parte dos atores políticos induz um uso perverso do fenômeno criminal e da imagem bélica fornecida pelo discurso jurídico-penal calcado na ideologia da defesa social de modo que as demais frustrações sociais são deixadas de lado, ao passo que as expectativas sociais terminam canalizadas para a necessidade de estar seguro diante da criminalidade, custe o que custar³⁸³. Dessa forma se projeta um estado de coisas onde se constata “um círculo vicioso do apocalipse e da desordem: desordem gera medo, medo gera crime, crime gera desordem. É o reino, por evidente, da manipulação das premissas”³⁸⁴.

Diante da densidade das críticas dirigidas ao modelo imperante de segurança, é de se questionar acerca do lastro democrático que o mesmo deveria apresentar. Para Baratta, no entanto, não cabe dúvida: a segurança entendida enquanto um direito em si não ostenta um caráter democrático, mas tecnocrático, já que não é capaz de se associar às tentativas de empoderamento cidadão – ou seja, o desenvolvimento do poder de participação dos grupos ou classes mais débeis – constituindo-se um conjunto de políticas de administração de um *status quo* neoliberal que convive com as desigualdades profundas, historicamente produzidas, especialmente na periferia do sistema-mundo³⁸⁵. Sendo assim, a imaginação jurídico-penal deve dar-se ao trabalho de conceber um modelo de segurança que não recaia nas aporias

³⁸¹ BARATTA, 2004, p. 202.

³⁸² ZAFFARONI, 2012, p. 463.

³⁸³ BARATTA, 2004, p. 214.

³⁸⁴ COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 27.

³⁸⁵ BARATTA, 2004, p. 211-212.

próprias do paradigma dominante que sem dúvida se mostra contraproducente em face do intento de realização da cidadania constitucional.

Um modelo distinto – que a nosso ver representa uma alternativa viável em relação ao primeiro – concebe a segurança enquanto *satisfação de necessidades*, o que, juridicamente se traduz na *concretização de direitos de cidadania* e, dessa forma, prescinde por completo da ideologia da defesa social. Isso significa que na esteira desse paradigma a segurança não é vista como um direito ou uma necessidade em si, mas como a segurança dos direitos e das necessidades, isto é, como uma necessidade acessória que visa dar concretude às necessidades primárias (os próprios direitos que compõem a cidadania)³⁸⁶. Há que se acrescentar que, ao contrário do paradigma dominante, esse modelo alternativo demonstra condições suficientes de factibilidade, já que é uma opção correspondente a uma política de proteção integral dos direitos de cidadania³⁸⁷ e não um projeto calcado no sistema penal, reconhecidamente insolvente, eis que historicamente nunca foi capaz de cumprir as missões ou funções que a coletividade do pensamento jurídico-penal lhe atribuiu.

Rolim³⁸⁸ acrescenta ainda que este modelo alternativo que vislumbra a segurança pública (o autor parte especificamente do ofício policial, mas o argumento pode ser perfeitamente generalizado com relação ao sistema penal) enquanto um esforço estatal dirigido à garantia da satisfação de direitos do cidadão possui ainda a vantagem de não conceber a segurança a partir da ideia weberiana do “monopólio estatal da violência”, cujo uso deveria ser extremamente comedido e não cotidiano. Em outras palavras, se pensa a segurança pública a partir da sua concretização diária, empiricamente visível, e não a partir de uma particularidade desse exercício, que estaria localizada no tal “monopólio legítimo da coerção”, o que no Brasil nunca passou de uma falácia³⁸⁹. Ainda assim, se no início dessa reflexão expusemos que nosso intento estava em desenvolver, partindo da cidadania constitucional, um eixo axiológico de enfrentamento ao *jus puniendi* e à ideologia da defesa social a partir da aceção que pode ser conferida à segurança, se torna fundamental indagar: dentre os projetos descritos, qual, afinal de contas, encontra-se consagrado em matéria constitucional?

³⁸⁶ BARATTA, 2004, p. 201.

³⁸⁷ BARATTA, 2004, p. 203.

³⁸⁸ ROLIM, 2009, p. 29.

³⁸⁹ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 74. Novamente, uma leitura marginalmente contextualizada prova seu valor: no caso brasileiro, nosso histórico é de um “direito penal privado” em paralelo com o ordenamento punitivo estatal, como lembra Batista (cf. BATISTA, N., 2002, p. 149).

A resposta não é simples, especialmente pela ambiguidade presente no próprio texto constitucional, conforme aponta Andrade: o art. 144, dispositivo que trata do tema, reconhece a segurança como um “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos” e, ainda, a mantém vinculada à ideia de “ordem pública”, o que, para a autora, representa a manutenção do “germe da estrutural seletividade e arbitrariedade do controle penal de rua”³⁹⁰, pois situa a segurança no horizonte do “combate ao crime” e em última instância no campo do controle penal. Mas a permanência do espírito autoritário não se mostra contraditória com o marco político-institucional que emerge a partir da Constituição Cidadã? Sem dúvida. De fato, Andrade identifica uma contradição estrutural entre a teleologia constitucional – dirigida à consolidação da cidadania e à concretização da igualdade – e o modelo de segurança pública que se denota de uma leitura apressada do dispositivo em comento – que capacita um sistema penal que acirra as desigualdades e a verticalização social, justamente o oposto do que se espera de um contexto de império da cidadania, já que:

[...] segurança pública tem sido fundamentalmente *segurança* (dos estratos médios e altos) *contra esta criminalidade* (dos baixos estratos sociais) real ou potencial e, neste sentido, tem sido a antítese da construção social da cidadania *destes criminalizados ou criminalizáveis*, pois, enquanto aquele é um modelo de duplicação da marginalização social pela marginalização ou exclusão penal, esta é um movimento de inclusão social³⁹¹.

A ambígua opção entre uma Constituição rica na afirmação de direitos fundamentais e um projeto de segurança pública enquanto direito em si, vinculado à “ordem pública” e às defesas do Estado e suas instituições democráticas (Título V) traz à tona, como dissemos, uma contradição estrutural, que merece elucidação. No entanto, cremos que uma abordagem que vise conferir ao campo da segurança pública um sentido democrático e condizente com o patamar de cidadania que se espera da teleologia constitucional nos obriga a enfrentar o tema buscando uma contextualização histórica não reducionista, da mesma forma que procuramos empreender com a narrativa jurídico-penal – e o conceito de segurança é sem dúvida um componente constitutivo dessa narrativa.

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 é o produto normativo que decorre da superação de um período histórico marcado por uma ditadura civil-militar que acometeu a América Latina na segunda metade do século XX. Há pouco dissemos que esse período (que no quadro de análise traçado por Zaffaroni corresponde a última etapa do neocolonialismo)

³⁹⁰ ANDRADE, 2012, p. 362.

³⁹¹ ANDRADE, 2012, p. 365.

representa uma investida autoritária contra uma conjuntura institucional onde a cidadania avançava, ainda que sob as condições impostas por uma economia ditada pelo centro do sistema-mundo. Nesse cenário, o texto constitucional preocupa-se profundamente em assegurar um rol de direitos e garantias fundamentais (Título II) – dentre os quais constam uma gama considerável de garantias do cidadão em face do poder punitivo –, a fim de dar concretude aos objetivos fundamentais adotados pela Constituição – dentre os quais se localizam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, juntamente com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e, por fim, a promoção do bem comum, sem discriminações de raça, sexo, cor e idade (art. 3º, Título I). Há que se atentar que talvez a introdução de um sistema de garantias tão dirigente não seria viável politicamente não fossem os abusos estatais perpetrados ao longo do período ditatorial, onde a luta contra o fantasma do comunismo parecia requerer, aos olhos dos dirigentes militares e de camadas da sociedade civil, um retrocesso a práticas punitivas que já haviam sido atacadas pelo discurso do garantismo ilustrado, como vimos. Nesse contexto a Constituição emerge como receptáculo de esperanças de todos os interessados na contenção do poder punitivo.

Falamos, até então, acerca de um núcleo normativo marcadamente hostil ao poder punitivo, traçando limites precisos à intervenção do sistema penal e, dessa forma, conferindo propulsão à cidadania. No entanto é preciso ir além e problematizar essas inferências desde um horizonte específico que é o já aludido projeto de segurança pública constitucional. Conforme Fabretti, o projeto constitucional de segurança pública visto de maneira panorâmica não é isento de ambiguidades já que o texto constitucional não opta explicitamente por nenhum dos dois paradigmas já aludidos, podendo admitir tanto a leitura que aproxima a segurança pública do modelo hegemônico – ao qual o autor denomina de “paradigma bélico”, eis que se presta a identificar e neutralizar inimigos potenciais – quanto uma interpretação alternativa que procura lhe situar no paradigma alternativo, onde, no fim das contas, se trata de proteger e afirmar a cidadania e não de trabalhar pelo incremento do sistema penal. Assim, por exemplo, se o texto concebe a segurança como um “direito e responsabilidade de todos”, e lhe destina à preservação da “incolumidade das pessoas e do patrimônio”, dando a entender que a concepção alternativa de segurança para a cidadania floresceu, em outro momento a mesma norma mantém a militarização de boa parte das polícias e ainda lhe atribui o caráter de

“formas auxiliares e reservas do Exército” (art. 144, § 5º)³⁹², para não falar novamente na vinculação desse projeto à ideia de “ordem pública”³⁹³.

A ambiguidade presente no texto constitucional merece ser elucidada e, na esteira de Fabretti, acreditamos que uma hipótese explicativa pode ser formulada a partir da conjuntura política do processo constituinte. Para esse autor, no que tange à segurança pública, a presença de setores das forças armadas na Assembleia Nacional Constituinte foi decisiva para ditar os contornos da contraditória arquitetura normativa desse campo. Por conta da pressão desse grupo, somada à ausência de um projeto sólido e minimamente homogêneo para este setor oriundo dos movimentos ditos “progressistas”, prevaleceu um delineamento que tentou conciliar ambos os projetos³⁹⁴. Tenha-se em mente que a gênese da nossa Constituição Federal foi marcada pelo assim chamado “Centrão”, um grande bloco suprapartidário que foi determinante para a recepção ou rechaço aos projetos políticos que dominaram o debate da constituinte³⁹⁵. A partir desse alinhamento de forças, prevalece uma lógica conciliatória e que fragmenta diversos projetos, posicionando-os muitas vezes em flagrante choque ideológico³⁹⁶, como demonstra o próprio campo da segurança pública.

Partindo do reconhecimento de um choque de projetos que espelham as diretrizes constitucionais na área da segurança pública, emerge a necessidade de promover uma leitura não reducionista e que seja capaz de conferir objetivos realizáveis à segurança, ou seja, uma leitura que esteja ciente do verdadeiro potencial das instituições estatais, o que implica reconhecer a insolvência do sistema penal para o trato do fenômeno criminal. É de se notar, entretanto, que as formulações teóricas que concebem a segurança nos moldes do paradigma hegemônico, ou seja, como um direito abstrato à segurança, garantido por meio da intervenção do Estado através de seu aparato penal, deixam antever os pressupostos da ideologia da defesa social, que constituem o discurso jurídico-penal desde muito cedo. Ora,

³⁹² Para Carvalho a lógica inerente a uma polícia militarizada simplesmente não condiz com o quadro teleológico de uma cidadania plena, onde a instituição policial se destina à assegurar proteção aos cidadãos, sem distinção. Conforme o autor, manutenção das polícias militares enquanto forças auxiliares do Exército e a manutenção do espírito militar nessa instituição foram fatores que mantiveram a porta aberta ao descontrole dos governadores estaduais e aos conhecidos excessos de violência. A lógica é a seguinte: “O soldado da polícia é treinado dentro do espírito militar e com métodos militares. Ele é preparado para combater e destruir inimigos e não para proteger cidadãos. Ele é aquartelado, responde a seus superiores hierárquicos, não convive com os cidadãos que deve proteger, não os conhece, não se vê como garantidor de seus direitos” (CARVALHO, J. M., 2013, p. 213).

³⁹³ FABRETTI, 2014, p. 87.

³⁹⁴ FABRETTI, 2014, p. 85-86.

³⁹⁵ NOBRE, 2013, p. 50.

³⁹⁶ Para Nobre, “o processo constituinte sob a égide do PMDB e do Centrão impôs-se à fragmentação das reivindicações de transformação. Na ausência de um programa político unificado no campo popular e com a dominância da fragmentação hierarquizada do PMDB, o objetivo primordial de cada movimento social passou a ser conseguir inserir no texto constitucional o tema que lhe concernia mais diretamente, sozinho ou em aliança heterogênea com outros grupos. Mas, de qualquer maneira, em uma lógica bastante fragmentária” (NOBRE, 2013, p. 52).

por estar atrelada a tais pressupostos, essa leitura incorre nas mesmas aporias das quais sempre padeceu a narrativa jurídico-penal: a assimetria entre o que o sistema penal declara em termos de agenda e o que de fato cumpre historicamente. É nesse sentido que a busca de uma leitura alternativa, que faça eco de uma concepção distinta acerca da segurança se revela pertinente e salutar, especialmente se obtiver êxito ao conectar o conceito de segurança à cidadania constitucional. Conforme aponta Fabretti,

[...] a submissão das leis e dos atos administrativos não se limita ao art. 144, mas sim a todo o sistema constitucional, de forma que devem ser especialmente observados os princípios constitucionais fundamentais (a república, a democracia, o estado de direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana), bem como os direitos fundamentais (a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, etc.). Assim, para compreender, normativamente, o conceito de “segurança pública”, o art. 144 deve ser interpretado de acordo com o núcleo axiológico do sistema constitucional, em que se situam esses princípios fundamentais, pois somente assim será possível a formulação de um conceito constitucionalmente adequado³⁹⁷.

Em síntese: se o resultado obtido ao fim do processo constituinte foi o da formulação de um projeto ambíguo, incapaz de livrar-se totalmente de aspectos autoritários, isso não pode significar que a Constituição Federal de 1988, como um todo, seja um texto normativo autoritário, mas tão somente que o seu potencial democrático não foi levado às últimas consequências³⁹⁸, de acordo com Fabretti. Em última instância, para este autor há que se promover uma interpretação do art. 144 em conformidade com os demais dispositivos que consagram (sobre isso não resta dúvida) a exigência de respeito a uma cidadania plena, a fim de que se evite uma leitura isolada desse dispositivo³⁹⁹, o que certamente se choca com o restante da teleologia constitucional. Trata-se de compreender o campo da segurança pública (e também o papel do sistema penal) de acordo com a Constituição em sua totalidade, e não o contrário.

Sopesando algumas das implicações dessa orientação, Fabretti conclui que a ideia hegemonicamente aceita para a “ordem pública” não se encaixa na conjuntura de império dos

³⁹⁷ FABRETTI, 2014, p. 88.

³⁹⁸ Para Carvalho, é notório que a estrutura funcional da nossa segurança pública, mesmo após a redemocratização não se presta a atuar em condições mínimas de igualdade, de modo que a segurança é distribuída pelos segmentos populacionais de acordo com indicadores nem um pouco democráticos: “A população ou tema o policial, ou não lhe tem confiança. Nos grandes centros, as empresas e a classe alta cercam-se de milhares de guardas particulares para fazer o trabalho da polícia, fora do controle do poder público. A alta classe média entrincheira-se em condomínios protegidos por muros e guaritas. As favelas, com menos recursos, ficam a mercê de quadrilhas organizadas que, por ironia, se encarregam da única segurança disponível. Quando a polícia aparece na favela é para trocar tiros com as quadrilhas, invadir casas e eventualmente ferir ou matar inocentes” (CARVALHO, J. M., 2013, p. 214).

³⁹⁹ FABRETTI, 2014, p. 89.

direitos de cidadania, já que no fundo se trata de um conceito “indefinido, indeterminado, impreciso, elástico, plástico, instável, etc.”⁴⁰⁰. Todavia, por estar inserido no texto constitucional, o conceito merece uma leitura capaz de lhe dar um sentido harmônico com relação ao núcleo de cidadania que irradia dessa norma fundamental. Essa leitura, portanto, deve estar calcada na proteção de direitos e não no sentido puramente repressivo que o conceito pode remeter⁴⁰¹. Pensando nisso, há que se compreender a ordem pública constitucional como uma atmosfera social, econômica e jurídica que promova condições para a concretização dos direitos do cidadão⁴⁰², ideia que em muito difere dos rumos ditados pelo capitalismo neoliberal e sua estética de pureza medida pelo consumo. A essa altura torna-se importante lembrar, seguindo a trilha de Baratta, que a diferença entre o paradigma alternativo e o modelo hegemônico de segurança não se expressa num nível meramente conceitual, mas pelo contrário, trata-se de uma verdadeira disjuntiva acerca das pretensões políticas⁴⁰³ que se extrai de cada um: de um lado vislumbramos um modelo teórico que visa favorecer a concretude do tal “direito à segurança” dos estratos sociais favorecidos – sobretudo o direito à propriedade – e que por conta disso redundaria na capacitação do poder punitivo; de outro lado, há um modelo que se destina a assegurar o direito de todos, sem as exceções ditadas pela hegemonia da lógica neoliberal ou pela posição sociopolítica historicamente afirmada por alguns sujeitos, em desfavor de um contingente de explorados e excluídos, por óbvio⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ FABRETTI, 2014, p. 93.

⁴⁰¹ FABRETTI, 2014, p. 103.

⁴⁰² Uma tal aceção traz consequências desejáveis do ponto de vista político-criminal, já que a partir dela só há violação da ordem pública quando houver uma lesão ou um perigo concretos aos bens jurídicos mais fundamentais, o que capacita a práxis jurídico-penal no caminho da contenção do poder punitivo por meio da aplicação de princípios como o da lesividade, subsidiariedade e fragmentariedade – atente-se, desde já, que pensar o Direito Penal desde um olhar que não lhe atribua a missão de proteção de bens jurídicos não significa abrir mão desses princípios, como lembra Nilo Batista (BATISTA, 2013, p. 113). Não custa recordar, fazendo eco de Khaled Jr., que a aplicação desses princípios também significa a realização do Direito Penal, conforme se supere a ideia de sua correspondência para com a pena e o poder punitivo: “será possível conceber-se que o *único aspecto consequencial* da intervenção jurídico-penal é a imposição de penas? Não terá sido *realizado* o Direito Penal quando é reconhecida a existência de uma causa de justificação, como a legítima defesa? Não será a teoria do delito – que estabelece o crime como *fato típico, antijurídico e culpável* – um *formidável construto narrativo* de contenção do poder punitivo, quando devidamente respeitada?” (KHALED JR., 2008, p. 91).

⁴⁰³ Há que se acrescentar, segundo o autor, que a legitimidade do paradigma alternativo em segurança não está somente no seu acordo com relação às constituições que implementam um Estado Social e Democrático de Direito, mas também por outra razão: “una reconstrucción así permitirá establecer, desde los puntos de vista empírico y normativo, que la política de prevención del delito y el derecho penal no pueden tomar el puesto de una política integral de derechos por el contrario son eficaces y legítimas sólo en cuanto operen como un componente parcial y subsidiario de esta política” (BARATTA, 2004, p. 2004).

⁴⁰⁴ BARATTA, 2004, p. 211. Para o autor, ainda: “Esa es, también y sobre todo, una lucha contra la exclusión social y contra los mecanismos inhumanos y esclavizantes¹⁰ de acumulación impuestos por la globalización neoliberal de la economía; una lucha, en suma, por una sociedad basada sobre la realización de las necesidades reales, es decir, de las potencialidades de desarrollo de los individuos y de los pueblos” (BARATTA, 2004, p. 204-205). Trata-se, dessa forma, de uma projeção que leva em conta as condições que tornam factível a aplicação do princípio ético dusseliano que visa à proteção e ao desenvolvimento da vida de cada sujeito em comunidade, como já vimos.

A diferença entre ambos os projetos, em termos de narrativa jurídico-penal, está no fato de que o paradigma hegemônico alia-se ao ideal de defesa social por via do controle penal, o que só é possível se ignorarmos cinicamente a eficácia invertida produzida pelo poder punitivo na conjuntura marginal. Conforme Khaled Jr., “devemos desconfiar da aptidão para bem que é proposta como vocação de um corpo normativo voltado para a utopia de segurança”⁴⁰⁵, ou seja, acreditar na bondade ou na eficácia do poder punitivo para cumprir com suas funções declaradas apenas eleva a contradição estrutural entre o projeto constitucional de cidadania e a realidade do controle penal. Trata-se de tomar uma rota alternativa que busque aliar a segurança aos pressupostos axiológicos e teleológicos emanados da Constituição da República e condizentes com um Estado Social e Democrático de Direito, mas isso requer uma revisão do papel do Direito Penal.

2.3 A expansão do poder punitivo como refluxo paradoxal: ampliação dos espaços de tutela

Partindo da evidência do clímax de medo na contemporaneidade brasileira, assim como a sua utilização histórica, é pertinente problematizarmos alguns aspectos da política criminal contemporânea. A este ponto dispomos de subsídios teóricos para afirmar que a percepção dos riscos e perigos, agravada nesse estágio da nossa história por conta do dar-se conta da falência do projeto de segurança contido no discurso moderno – o triunfo de devir, o fluxo incontrolável e as incertezas correlatas, mas totalmente imprevistas na gênese desse discurso – descreve os traços de uma política criminal caótica, onde o discurso jurídico-penal tenta lidar com os devaneios do poder legiferante, racionalizando-os a todo custo⁴⁰⁶, mesmo que para isso precise sacrificar sua coerência interna ou o seu grau de veracidade quando comparado com a realidade operativa do poder punitivo. Por mais paradoxal que pareça, a ciência da ineficácia do sistema penal – que pode ser associada à tomada de consciência do

⁴⁰⁵ KHALED JR., 2013, p. 553.

⁴⁰⁶ Vale lembrar, na trilha de Zaffaroni (2001, p. 1885), que o discurso jurídico-penal moderno tem seu objeto de reflexão definido e circunscrito por um ato de poder de outra agência (legislativa), de modo que se esforça em fazer desse objeto um corpo de normas coerente com os pressupostos constitucionais de uma cidadania plena. Extrai-se daí a importância de analisar – sem incorrer em qualquer espécie de fetichismo – a legislação penal como produto político criminal que move os esforços da narrativa jurídico-penal. Apesar de o Direito Penal (saber ou discurso jurídico) não poder ser equiparado ou resumido à legislação penal, esta também fornece algumas das condições para se estudar e compreender os discursos que lhe fornecem fundamentação (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Política criminal e direito penal: histórico e tendências contemporâneas*. In: WANDERLICH, Alexandre (Org.). *Política criminal contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49).

exaurimento do próprio projeto de segurança pública⁴⁰⁷ que decorre do discurso moderno – alimenta as tentativas de ampliação dos espaços de ingerência do poder de punir, algo como aumentar a dosagem de um remédio que jamais demonstrou efeito esperado.

A já descrita “perplexidade do relativismo” e os avanços da técnica e das ciências (que criaram ou trouxeram à superfície os novos riscos socialmente percebidos⁴⁰⁸) associados ao senso de oportunidade de alguns *empreendedores morais*⁴⁰⁹ (que inclui grupos de mídia, grupos de pressão e até atores políticos), fornecem as ferramentas políticas para a chamada *expansão* ou hipertrofia das normas penais, fenômeno que marca profundamente a política criminal contemporânea. Trabalhando a temática, Silva Sánchez⁴¹⁰ se refere à expansão do controle penal⁴¹¹ como:

[...] uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”⁴¹².

⁴⁰⁷ Tomando como exemplo o ofício policial e as políticas públicas voltadas a segurança, poderemos refletir, a partir de Rolim: “Muitas vezes, diante dos indicadores pouco recomendáveis de eficiência no trabalho policial, imagina-se que, em lugar de nova receita, o que se precisa é aumentar os ingredientes da mesma fórmula. O que se observa, invariavelmente, é uma forte pressão para que se faça mais do mesmo, uma espécie de ‘isomorfismo reformista’. Os gestores, então, em vez de alterarem o discurso falam as mesmas coisas só que em tom cada vez mais estridente. Assim, as ‘políticas de segurança’ reconhecidamente fracassadas costumam ser retomadas com mais ânimo e alarde a cada nova gestão, quando novos investimentos são anunciados, medidas ‘de impacto’ ocupam os noticiários, trocam-se chefias, promessas de ordem e rigor são seladas e tudo, rigorosamente tudo o que importa permanece como está. O desafio, por isso, não é o de ‘ajustar’ o modelo atual de policiamento, nem o de investir mais recursos nele, mas sim o de construir um novo modelo, dotado de uma nova racionalidade” (ROLIM, 2009, p. 44). O diagnóstico do autor vai ao encontro do alerta de Vera Andrade, quem deposita pouca esperança na formulação de novas políticas de segurança quando se sabe que costumam estar atreladas ao velho paradigma de segurança pública por meio do sistema penal. Para a autora, mais interessante do que mudar essas políticas é romper com o paradigma hegemônico (ANDRADE, 2014, p. 367).

⁴⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 35.

⁴⁰⁹ Sobre a noção de empreendedor moral e sua relação com o processo de rotulação criminalizante, cf. BECKER, 2008, p. 153 e ss.

⁴¹⁰ De imediato, cabe alertar: ainda que nossa análise se utilize de autores como Garcia-Pablos de Molina e Silva Sánchez, de maneira nenhuma se vincula às suas prescrições: o primeiro por ratificar a missão de exclusiva proteção de bens jurídicos como o horizonte legítimo de atuação do direito penal (cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 40-41 e ss.); o segundo por identificar “um espaço de ‘expansão razoável’ do direito penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 34), o que não se coaduna com a proposta deste trabalho, muito menos com a teleologia realista marginal da qual nos nutrimos.

⁴¹¹ Baratta aponta dois fenômenos correlatos, que seriam a *expansão* do controle penal, correspondente à habilitação do poder punitivo através da lesão aos “novos” direitos, e a sua *antecipação*, que transmite a ideia de uma ingerência punitiva que reage mais ao perigo do que ao dano concreto a um bem jurídico-penal (BARATTA, 2004, p. 75).

⁴¹² SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 28.

Para o autor, ainda, o discurso político oficial (e nesse aspecto os discursos provindos de setores conservadores ou dos setores associados à esquerda muito pouco se diferenciam, aí estando um dos aspectos da crise democrática contemporânea⁴¹³) identifica a necessidade de “atualizar” a norma penal para combater a “nova delinquência” que supostamente é refratária aos mecanismos tradicionais do controle penal moderno. Entretanto, a promessa que passa a ser refeita é de que a dita atualização viria acompanhada de uma densa descriminalização apontando para tipos penais obsoletos, que não teriam lugar no horizonte político-criminal contemporâneo. Entretanto, o que se vê é a mera expansão, sem qualquer espécie de contrapartida capaz de contrabalancear o peso do incremento do controle punitivo⁴¹⁴.

Na verdade, parece haver um consenso acerca das supostas virtudes do controle penal: acredita-se que o poder punitivo dá conta de proteger os cidadãos, tutelando os bens jurídicos mais elementares da sociedade de massas, e, apesar das suas sucessivas demonstrações de ineficácia, essa premissa se integra às demandas por “lei e ordem”⁴¹⁵ sem se preocupar com as consequências dessa inconstância, que fatalmente se traduzem em extinção de vidas humanas, hipertrofia carcerária em um contexto de mais de meio milhão de presos⁴¹⁶ e alargamento da malha do controle penal em sua face configuradora – até mesmo medidas que pressupunham uma minimização do controle penal como os chamados “substitutivos penais” (um dos últimos esforços legislativos no sentido de um minimalismo penal⁴¹⁷) acabam desvirtuadas de seu propósito, contribuindo para o alargamento da malha penal ao invés de sua contração, como se previa⁴¹⁸.

Silva Sánchez adverte, no entanto, que as causas da expansão do controle penal não podem ser simplificadas nos moldes de uma atitude política impulsionada pelos

⁴¹³ Para Touraine, essa indistinção entre as pautas de direita ou de esquerda que marca a política contemporânea contribui para acirrar a crise do modelo democrático liberal-moderno (TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 80). No campo da política criminal essa crise atinge uma dimensão ainda maior do que a questão da representatividade política, como veremos a seu tempo.

⁴¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 28-29.

⁴¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 32.

⁴¹⁶ Contando-se os presos do sistema penitenciário conjuntamente com os que estão sob a custódia policial, conforme dados de 2012 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Cf. *Anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo, ano 7, 2013, p. 54.

⁴¹⁷ AZEVEDO; AZEVEDO, 2008, p. 51-52.

⁴¹⁸ Carvalho demonstra que a aplicação dos substitutivos penais acabou somando-se às já elevadas taxas de encarceramento. Ao invés de personificarem uma alternativa à pena de prisão, acabaram se convertendo em mecanismos aditivos que são aplicados em paralelo à mesma, sem, no entanto, desafogar o sistema prisional. (cf. CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, v. 2, p. 146-171). Por essa razão, não concordamos com Silva Sánchez quando aduz que o problema não está na expansão do direito penal, como um todo, mas sim na expansão das hipóteses de incidência da pena privativa de liberdade (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 181). Na verdade, o alargamento da rede punitiva é expressão da faceta configuradora do poder punitivo, e, por essa razão, não deve ser ignorada enquanto mecanismo tendente a produção de danos.

empreendedores morais. Para o autor há uma verdadeira demanda por segurança via sistema penal, o que de certa maneira explica o movimento dos atores políticos na direção do incremento do poder punitivo⁴¹⁹. Há que se ponderar, todavia, que a manipulação do medo historicamente levada a cabo como mecanismo para a legitimação de um *status quo* desigual na realidade marginal brasileira, como vimos, não pode ser ignorada, de modo a que se atribua legitimidade a esses movimentos político-criminais por conta de uma distorcida noção de representatividade democrática⁴²⁰.

Mas, ao nível do discurso jurídico-penal, quais seriam as causas desse fenômeno? Para Silva Sánchez há a confluência de três fatores: em primeiro lugar está conformação ou generalização de “novas realidades”, inexistentes anteriormente. Em segundo lugar, há a deterioração de bens sociais anteriormente abundantes. Por fim, soma-se o acréscimo de valor socialmente atribuído a alguns bens por conta de mudanças socioculturais⁴²¹. Seja como for, a resposta político-criminal dirigida a esses fatores invariavelmente tem se dado dentro do paradigma punitivo.

Se imaginarmos a expansão do controle punitivo nas sociedades contemporâneas como um fenômeno amplo e multifacetado, cumpre indagar acerca dos contornos que ele apresenta nas sociedades periféricas, para que possamos compreender suas peculiaridades e avançar em nosso intento de revisão da narrativa jurídico-penal. Para Azevedo e Azevedo, a legislação penal produzida a partir do advento da Constituição Federal de 1988 reflete ao menos duas tendências mais marcantes: a utilização de *mecanismos penais de “emergência”* (ou o assim chamado “*direito penal de emergência*”⁴²²) e a *hipertrofia ou inflação na produção de normas penais* que não mais se restringem a um núcleo mínimo de bens que historicamente ditaram a direção do poder punitivo a partir do ideal ilustrado, mas penetram âmbitos da vida social que não eram costumeiramente regulados por mecanismos punitivos, o que acaba aprofundando o intervencionismo penal. Para os autores, se a pretensa solução punitiva é utilizada pelo poder político como resposta apriorística para toda espécie de conflito social, a criminalização “se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado frente às demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem

⁴¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 29-30.

⁴²⁰ Até porque uma democracia verdadeira não se consolida quando se descuida dos direitos fundamentais legados pela modernidade e a limitação de poderes dos governantes que esses direitos necessitam (TOURAINÉ, 1996, p. 45), de modo que a atribuição de legitimidade às demandas expansivas não pode se dar observando tão somente o critério da representatividade que elas angariam, mas também pelo grau de compatibilidade que essas pautas ostentam com relação aos pressupostos de uma cidadania plena.

⁴²¹ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 33-34.

⁴²² Segundo Baratta, as normas penais cada vez mais se transformam em respostas contingentes e pontuais às novas “emergências” (BARATTA, 2004, p. 68-69).

relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito”⁴²³.

Segundo Garcia-Pablos de Molina, o uso simbólico da legislação penal é um fenômeno que se caracteriza pela produção de um consenso precário que tende a afirmar um estado de espírito que, para os empreendedores morais se traduz em satisfação, enquanto que para os eleitores toma o aspecto de confiança e tranquilidade. Para o autor esse modo de uso é mais presente em situações de crise e deve ser interpretado como uma patologia que macula a legitimidade da norma penal, não por se tratar de um fenômeno ilegítimo em si – o autor admite que o ordenamento jurídico-penal necessariamente produzirá certa simbologia, não podendo expressar-se de outra forma – mas por prejudicar o uso instrumental desse ramo do ordenamento jurídico, que desde o seu ponto de vista estaria localizado na tutela de bens jurídico-penais⁴²⁴. Para o autor, ainda, o uso simbólico da legislação punitiva não se dirige ao infrator, buscando sua dissuasão, mas ao conjunto de não infratores, buscando transmitir-lhes uma sensação de segurança, ainda que totalmente artificial e inevitavelmente efêmera já que não se adentra a questão da eficácia instrumental da nova legislação. Opera-se uma nítida manipulação do medo do delito e da insegurança que se dá em relação a tipos específicos de delito e em geral clama por um rigor desproporcional⁴²⁵. Não por acaso Baratta associa o uso simbólico do direito penal a uma espécie de empreendimento *mágico* que busca como que o *exorcismo* dos problemas⁴²⁶.

Mesmo o uso simbólico do sistema e da legislação penal está associado a uma teia de fenômenos que produzem consenso punitivo. Apenas para exemplificar, podemos fazer menção ao conceito de *esquerda punitiva*, desenvolvido por Maria Lúcia Karam. Segundo a autora, movimentos populares (como as variações do feminismo ou os movimentos ecológicos, por exemplo) representaram o primeiro momento do flerte de setores significativos da militância de esquerda com a lógica punitiva de repressão da criminalidade. Esses movimentos plasmaram “reivindicações de extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal”⁴²⁷, manifestando, assim, um endosso do poder punitivo, ainda que buscassem utilizá-lo de forma alternativa.

Seja no combate às lesões produzidas pela chamada criminalidade de “colarinho branco”, à criminalidade de massas, à criminalidade “organizada” ou à corrupção e violência

⁴²³ AZAVEDO; AZEVEDO, 2008, p. 53.

⁴²⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 50.

⁴²⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 51.

⁴²⁶ BARATTA, 2004, p. 179-180.

⁴²⁷ KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro, n. 1, 1996, p. 79.

perpetradas pelas polícias, Karam identifica uma performance nitidamente contraditória exercitada pelos atores da esquerda que historicamente produziram as primeiras e talvez mais profundas fissuras na ideologia da defesa social e no discurso punitivo em geral. Para a autora, “optando pela falsa e fácil solução penal, não enxergam aqueles setores da esquerda a contradição (que, em tempos outros, se diria *antagônica*) entre a pretendida utilização de um mecanismo provocador de um problema como solução para este mesmo problema”⁴²⁸. Até mesmo autores notadamente menos críticos do poder punitivo, reconhecem que a deslegitimação do sistema penal, por um lado, e a busca de se utilizá-lo como mecanismo provedor de justiça social, por outro, acaba sendo irremediavelmente contraditória⁴²⁹.

A crítica cabível à postura apresentada por estes movimentos não é nova, consistindo em dar-se conta de que os mesmos operam agora com a lógica de que os novos fins atribuídos ao sistema penal justificariam os velhos meios punitivos. De posse desse princípio, chega-se mesmo a romper com conquistas históricas do garantismo ilustrado, como as garantias de liberdade individual, primeira dimensão de qualquer acepção de cidadania. O argumento subjacente de que os setores da “criminalidade dourada”, por exemplo, fazem uso de tais garantias de modo que terminam blindados de qualquer espécie de prestação de contas por seus atos, simplesmente não pode ser aceito na medida em que, em primeiro lugar, a lógica do sistema capitalista vigente⁴³⁰ – em especial a partir da hegemonia do pensamento neoliberal⁴³¹ – permite com que esses setores da criminalidade façam melhor uso de tais garantias, o que não significa que os entraves enfrentados pelos que combatem suas práticas esteja localizado na existência em si de tais garantias jurídico-penais. Ainda, há que se recordar que *o desprezo manifestado por estes setores da esquerda com relação às conquistas do garantismo obtém*

⁴²⁸ KARAM, 1996, p. 85.

⁴²⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 87.

⁴³⁰ Como lembra Andrade, a tentativa de controle da criminalidade das elites redundava em legislação penal simbólica e na máscara de que “algo está sendo feito”, enquanto que, em nível de criminalização secundária o sistema segue blindando este tipo de delinquência (ANDRADE, 2012, p. 170).

⁴³¹ Conforme Karam, por uma grande ironia histórica, “[...] estes setores da esquerda parecem estranhamente próximos dos arautos neoliberais apregoadores do fim da história, não conseguindo perceber que, sendo a pena, em essência, pura e simples manifestação de poder – e, no que diz respeito, poder de classe do Estado capitalista – é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder” (KARAM, 1996, p. 81). À constatação da autora soma-se o diagnóstico de Anderson, para quem uma das evidências mais expressivas da hegemonia do pensamento neoliberal está na repercussão de suas receitas mesmo em setores tradicionalmente associados à esquerda do panorama político (ANDERSON, 1995, p. 14). Por preferir ignorar o potencial imenso do sistema capitalista vigente para cooptar as resistências que lhe são dirigidas (FERRELL, Jeff; HAYWARD, Keith. Possibilidades insurgentes: as políticas da criminologia cultural. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, jul./dez. 2012, p. 12), a esquerda punitiva acaba condenando algumas de suas pautas históricas, já que a sua consolidação acaba prejudicada pelo não enfrentamento das questões essenciais que envolvem a privação de contingentes populacionais inteiros do circuito da cidadania constitucional. Andrade vislumbra, inclusive, uma espécie de cooperação mimética entre direita e esquerda punitivas, no contexto do capitalismo neoliberal, já que ambos os projetos atribuem ao controle penal um lugar canônico, sendo visto como provedor de segurança e proteção (ANDRADE, 2012, p. 175).

um resultado no mínimo contraproducente: a retirada ou enfraquecimento das garantias materiais e processuais repercute inevitavelmente nos setores mais vulneráveis da população, justamente os que historicamente obtêm uma dificuldade extrema no que se refere à satisfação de seus direitos frente ao poder punitivo estatal. A esquerda punitiva não é capaz de se dar conta de que a perseguição e eventual condenação de algum representante da criminalidade dos poderosos terminam por legitimar o incremento do controle penal como um todo⁴³². Aliás, alcançar o próprio efeito dissuasório buscado por esses movimentos torna-se algo bastante questionável ao passo que a prisão de eventuais representantes dessa espécie de criminalidade mais se presta a assegurar a regra da imunidade desses sujeitos do que a promover as necessárias mudanças que são de cunho estrutural, extrapolando em muito as possibilidades do poder punitivo⁴³³.

Sem prejuízo dos intentos de uso promocional da legislação penal⁴³⁴, podemos afirmar que a sua utilização simbólica é a consequência inesperada, porém inevitável, do fenômeno da esquerda punitiva. Ainda assim, pode-se dizer que seu efeito nefasto não se resume a isso – o que já não é pouco –, pois o direcionamento do sistema penal contra alguns poucos autores de condutas combatidas por esses setores da esquerda acaba gerando uma sensação passageira de alívio que não condiz com a busca de soluções efetivas aos problemas estruturais, servindo tão somente para aplacar o medo contemporâneo, só que de um tipo específico⁴³⁵. Desse modo, o enfoque punitivo desvirtua o debate político do caminho que lhe é devido: *ao fazer opção pelas neocriminalizações a sociedade como um todo perde a oportunidade de refletir sobre o déficit de efetivação de determinados direitos e pela precária consolidação da cidadania constitucional.* Isso por que a linguagem punitiva encerra o problema nos moldes

⁴³² Para Silva Sánchez, o ideal persecutório da esquerda punitiva carrega consigo o inconveniente de traduzir-se em um reforço da perseguição político-criminal justamente das camadas mais desfavorecidas: “[...] a aposta, que parece decidida, por uma expansão do direito penal, que conglome a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos *poweless*, ao que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 70-71). Ainda, é preciso ter claro que o que diferencia o ideal da esquerda punitiva do conservadorismo penal é apenas o alvo preferencial, contra o qual o poder punitivo deve contrapor (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 86).

⁴³³ KARAM, 1996, p. 80-81.

⁴³⁴ Para Garcia-Pablos de Molina, a função promocional atribuída ao ordenamento jurídico-penal consiste em tentar torna-lo um motor que dinamize a ordem social, de modo que promova mudanças estruturais tidas como necessárias, algo que parece descrever bem o ideal de alguns adeptos da esquerda punitiva. Cumpre notar, entretanto, que a ilegitimidade dessa função promocional é evidente: a natureza subsidiária da norma penal e o princípio da intervenção mínima acabam tendo de ser sacrificados, já que deixa de ser a *ultima ratio* para tornar-se um catalisador (de eficácia bastante duvidosa) de mudanças sociais, o que parece incompatível com o projeto de um minimalismo jurídico-penal, cujas raízes remontam ao garantismo-utilitarismo ilustrado, como vimos. De outra banda, Garcia-Pablos aduz que a função promocional inspira inevitavelmente uma ordem jurídico-penal de caráter intervencionista, não se prestando a limitar o poder punitivo, o que não se pode admitir no horizonte democrático de um Estado de Direito (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 51-52).

⁴³⁵ KARAM, 1996, p. 82.

de uma lógica binária de delito e pena, o que não serve para traduzir complexamente o desamparo de direitos. O mais paradoxal é que o fenômeno sem dúvida acirra a crise de legitimidade do sistema político vigente, vulnerando inclusive os ideais da esquerda de outrora, que não admitiam nada menos do que uma profunda mudança da sociedade:

Sofrendo mais diretamente aquela decepção enfraquecedora das utopias, conseqüente ao desmoronamento das traduções reais do socialismo, amplos setores da esquerda voltam-se para objetivos mais imediatos, abandonando a perspectiva de construção de uma nova sociedade e se entregando a um pragmatismo político extremamente distante dos princípios e ideais que a viram nascer. O equivocado discurso sobre a criminalidade, encerrando a entusiasmada crença no sistema penal e as reivindicações repressoras, na linha deste pragmatismo político-eleitoral, sem princípios e sem ideais, favorecedor da ampliação do poder punitivo do Estado, hoje faz de amplos setores da esquerda uma reacionária massa de manobra da “direita penal” e do sistema de dominação vigente, parecendo dar suporte aos que enganadoramente sustentam que a contraposição entre direita e esquerda teria perdido sua razão de ser. [...] Não há como alcançar sociedades mais generosas e solidárias, utilizando-se dos mesmos métodos que se quer superar⁴³⁶.

Para Azevedo e Azevedo, se deve considerar que o controle penal como instrumento de combate à chamada “criminalidade dos poderosos”, assim como para a tutela de bens caros aos movimentos tradicionalmente associados à esquerda do cenário político é aceita *a priori*, sem grandes questionamentos sobre a inflação penal, produto óbvio dessa tendência. No entanto, os autores sustentam que esses fenômenos não passam de um sintoma de algo maior, ou seja, a guinada do discurso do “eficientismo” que é também “simbólico” já que converte a legislação penal em uma tecnologia de poder dentro do sistema político onde a ilusão de segurança é vendida a preço de votos⁴³⁷. Para os autores, o fenômeno neopunitivo alia-se a uma lógica “gerencial”, ou seja, uma visão peculiar do sistema penal enquanto mecanismo de gestão eficiente de alguns problemas contemplados pelo medo coletivo. Essa lógica termina por desconectar o Direito Penal dos valores e a teleologia que o moldaram ao longo da modernidade, agora vistos enquanto empecilhos ao “bom funcionamento” do sistema, programado para punir em grau máximo. No campo discursivo, essa lógica encontra-se alicerçada em um discurso criminológico que enxerga o controle penal desde um ponto de vista atuarial, onde o cálculo dos custos e benefícios prepondera sobre um juízo crítico acerca das condições concretas de atuação das agências punitivas. Interessante notar, ainda, que esse discurso conforma um projeto político que não pode ser confundido com a sociedade

⁴³⁶ KARAM, 1996, p. 91.

⁴³⁷ AZEVEDO; AZEVEDO, 2008, p. 58.

disciplinar foucaultiana, eis que o modelo atuarial já não pretende tanto a concretização de um projeto disciplinar dos corpos e almas dos desviantes, mas aceita os perigos enquanto inevitáveis, procurando enfrentá-los com técnicas de gestão, normalmente destinadas a classes e populações inteiras⁴³⁸, o que remonta a ideia – também foucaultiana⁴³⁹ – de um *biopoder*.

Ciente dos limites que a noção de poder disciplinar pode remeter ao buscar caracterizar o lugar do poder punitivo na estrutura social de uma realidade marginal em tempos de hegemonia do pensamento neoliberal, Rauter busca na noção de biopoder (do qual as disciplinas são um dos polos) uma chave explicativa para o fenômeno. A autora admite que no quadro da hegemonia neoliberal tenha havido um reordenamento dos espaços onde flui o poder disciplinar – as instituições de sequestro –, de modo que a noção de sua falência adquira propulsão⁴⁴⁰. No entanto, a despeito do que Foucault parecia prever⁴⁴¹, as prisões e a lógica carcerária não se encontram em decadência (a curva ascendente da população prisional brasileira o demonstra de forma irrefutável), nem a rede de disciplinas que operam fora do cárcere desenvolveram-se a ponto de torna-las algo supérfluo. Nesse sentido, a autora faz eco da tese de Wacquant⁴⁴², que tem o mérito de apontar o lugar da prisão a partir da conjuntura do Estado mínimo neoliberal, concluindo que o projeto carcerário periférico brasileiro

⁴³⁸ AZEVEDO; AZEVEDO, 2008, p. 59.

⁴³⁹ Cumpre advertir, desde já, que recuperar a noção de biopoder a partir do desenvolvimento dado por Foucault ou seus principais interlocutores (nesse sentido, cf. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, v.1, ou, ainda, AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010) extrapola demasiado o escopo desse trabalho, razão porque nos deteremos à apropriação criminológica do conceito, na medida de sua utilidade para que possamos compreender os rumos do controle penal na realidade marginal no início deste século XXI.

⁴⁴⁰ Para Rauter, as disciplinas compõem uma espécie de rede de produção de individualidades dóceis e ao mesmo tempo úteis, de modo que se dirigem a todo o tecido social e não somente aos estratos mais desfavorecidos economicamente, o que conduz a reflexão de que a possibilidade retirada do Estado do centro da órbita punitiva é uma de suas características mais marcantes. No atual contexto de predomínio da lógica neoliberal, o Estado adquire uma importância acessória em relação ao mercado e não é preciso dizer que matizar a centralidade estatal, em condições mínimas de democracia, significa a erosão da própria vontade social. Assim, para a autora, as disciplinas, enquanto mecanismos que compõem uma rede de produção da submissão estão presentes, ainda que com características peculiares: “A ação dos dispositivos disciplinares não diz respeito apenas a efeitos concretos sobre o corpo do apenado, mas também nos discursos que se difundem no campo social. Assim, é possível que existam no Brasil prisões onde se amontoa indivíduos sem que se saiba ao certo seu número, o que seria certamente um absurdo numa instituição panóptica no sentido estrito do termo. No entanto, mesmo nesses espaços nada *panópticos*, os efeitos de docilização e assujeitamento dos que cumprem pena não deixam de se fazer sentir, graças, por exemplo, à difusão no campo social de certas categorias como a de periculosidade e a de psicopatia, vinculando o crime a um mal incurável. Ou quando programas diários de televisão e novela julgam e condenam. Quando Foucault propôs o conceito de poder disciplinar, ele não estava se referindo apenas ao que se passa no interior da escola, do hospital, da prisão e de outras instituições, mas também ao que se passa em todo o campo social, nessa rede que constitui as disciplinas” (RAUTER, 2012, p. 70).

⁴⁴¹ Escrivendo na década de 1970, enquanto o correccionalismo ainda imperava, o autor acreditava que os dispositivos disciplinares tenderiam progressivamente a alastrar-se retirando a centralidade da prisão enquanto mecanismo de produção de submissão, na forma de um grande “arquipélago carcerário” (Cf. FOUCAULT, 2009, p. 281 e ss).

⁴⁴² Cf. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 77 e ss.

apresenta uma gradação entre o projeto disciplinar caracterizado por Foucault e uma planificação de controle de massas insurrectas que se aproxima do poder configurador zaffaroniano, ao qual já fizemos menção:

Se as disciplinas cedem espaço a novas estratégias de controle a céu aberto, esse processo não se dá de modo a substituir um tipo de controle por outro, mas de modo a diversificar as modalidades de controle de modo que elas possam recobrir o mais possível a totalidade do campo social. Ali onde não há mais ou nunca houve disciplina, advirá o controle sobre a população. O advento de outras formas de controle não significa o fim das disciplinas, apenas a adoção de uma multiplicidade de estratégias, tal como foi sempre o caso, no Brasil, onde parecem se conjugar o mais moderno e o mais arcaico, sem que a norma deixe de ser implantada. Mesmo que as prisões se tornem apenas espaços de armazenamento sem qualquer intenção educativa, mesmo assim haverá, noutros pontos da engrenagem, outras estratégias de poder, essas sim, de cunho educativo de um novo tipo, e dirigidas a todos e a qualquer um⁴⁴³.

Dentre as estratégias de disciplinamento do corpo social, a autora destaca a incitação ao consumo, que produz um efeito homogeneizador que não deve ser ignorado, especialmente no contexto da hegemonia neoliberal⁴⁴⁴, mas talvez o sucesso histórico desse biopoder configurador entre nós esteja localizada precisamente na formação de uma crença segundo a qual uma parte da população – geograficamente situada de forma bastante nítida, especialmente nas grandes metrópoles – que está “de tal forma fadada ao crime que poderia ser perfeitamente matável, em defesa da sociedade”⁴⁴⁵.

Retomando a questão do eficientismo penal que parece colorir a lógica punitiva na realidade marginal brasileira, requerendo o controle de amplos seguimentos populacionais, nos parece pertinente acrescentar que o eficientismo instaura um “eixo de continuidade” com relação ao que está posto, tendo em conta que a leitura que faz da “crise” do discurso jurídico-penal⁴⁴⁶ quanto às suas promessas é totalmente conjuntural⁴⁴⁷ e por conta disso considera que

⁴⁴³ RAUTER, 2012, p. 71.

⁴⁴⁴ RAUTER, 2012, p. 71-72.

⁴⁴⁵ RAUTER, 2012, p. 72.

⁴⁴⁶ Para Khaled Jr. a própria ideia de “crise” da narrativa jurídico-penal merece uma elucidação. Segundo o autor, devemos compreender a verdadeira face da crise que assombra o discurso jurídico-penal moderno: não se trata de uma crise contemporânea ou conjuntural, para a qual se espera que o tempo forneça uma solução, mas sim de uma crise *genética* já que deriva de impasses constitutivos desse próprio corpo de saber que terminam por comprometer seu potencial emancipatório de garantia frente ao genocídio punitivo (KHALED JR., 2012, p. 86). Ainda, sob outro viés, seria até mesmo equivocado se falar em uma “crise” por conta da contradição entre a programação discursivamente pautada para o poder punitivo e a sua realidade operacional, eis que não passa de uma utopia (no pior sentido) pensar que a realidade do funcionamento do sistema penal possa sequer se aproximar da programação criminalizante – dentro da perspectiva igualitária, imposta pela ideologia da defesa social (KHALED JR., 2013, p. 541).

⁴⁴⁷ ANDRADE, 2012, p. 287.

o déficit de segurança se conecta à deficiência de controle penal⁴⁴⁸. É importante, portanto, compreender que a leitura promovida pelo eficientismo assegura a capacidade do sistema penal para cumprir com funções positivas, o que restaura a crença no paradigma punitivo e esta termina por assegurar a perfeita razoabilidade da expansão do controle penal, uma armadilha em que o próprio utilitarismo reformado de Ferrajoli acaba incorrendo⁴⁴⁹. Para Baratta, do eficientismo penal não se infere apenas uma leitura equivocada do sistema penal e suas potencialidades, mas também dos conflitos sociais. Trata-se de encará-los na perspectiva de um código binário que os resume ao binômio crime/pena e acaba despolitizando-os na medida em que ideologicamente polariza uma realidade conflitual extremamente complexa que passa a ser dividida entre o “bem” e o “mal”⁴⁵⁰.

Buscando harmonizar os direitos fundamentais de cidadania e o controle punitivo⁴⁵¹, há autores⁴⁵² que sustentam a atribuição de uma missão provedora ao poder punitivo, no sentido de torna-lo uma via para o enfrentamento dos novos riscos e perigos socialmente percebido e para a consolidação dos “novos” direitos que emergem no cenário jurídico contemporâneo – a nosso ver, dois aspectos de uma mesma problemática, como já vimos – seja através de mandados constitucionais, seja em virtude dos pactos e convenções dos quais o Estado brasileiro é signatário⁴⁵³. Para Feldens, a transição histórica havida entre os Estados de Direito, de matriz liberal e absentéista, para os atuais Estados Sociais e Democráticos de Direito, representa uma mutação na lógica da afirmação dos direitos humanos fundamentais. Se anteriormente esses direitos possuíam um caráter limitador da ingerência estatal, no panorama político atual eles requerem também prestações positivas por parte do ente estatal.

⁴⁴⁸ “A partir desse vocabulário, a crise é percebida como mau funcionamento do sistema, por não combater eficientemente a criminalidade, já que a sintomatologia da crise – que aparece na forma de alarma midiático – é identificada, sobretudo, com o aumento dos seus índices” (ANDRADE, 2012, p. 288).

⁴⁴⁹ Cf. FERRAJOLI, 2014, p. 433 e ss.

⁴⁵⁰ BARATTA, 2004, p. 181.

⁴⁵¹ FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, v. 1, p. 410.

⁴⁵² Nessa linha, cf. FELDES, 2008; STRECK, 2012; SARLET, 2008; PRADO, 2014.

⁴⁵³ Partindo da repercussão do caso de Damião Ximenes Lopes, marcado pela omissão estatal na apuração de um delito e punição dos autores, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o autor sustenta que o ideal de limitação do poder punitivo estatal decorrente do discurso do garantismo ilustrado deve ser explicado à luz de uma Europa pré-revolucionária que buscava, na limitação do poder soberano, condições políticas necessárias e favoráveis à consolidação dos ideais do Iluminismo. No entanto, para o autor a conjuntura atual caracteriza-se pela consolidação dos direitos humanos pela via constitucional, o que presume outro olhar para a questão das funções ou missões da pena e do controle penal (FELDENS, 2008, p. 414-415): “em tempos de *Damião* o *Leviatã* já está encilhado; ademais, tem seus condutores escolhidos pelo voto à base de compromissos superiores (Estado Democrático de Direito). Reclama-se, agora, por prestações *positivas* (Estado Social), as quais permitam tornar realidade, na maior medida possível e ao maior número de pessoas, as promessas encartadas nas Declarações e Constituições que marcam a História da segunda metade do século XX” (FELDENS, 2008, p. 417).

Segundo o autor, a partir do constitucionalismo contemporâneo os direitos fundamentais pressupõem duas diferentes posturas: em primeiro lugar, preserva-se a postura negativa, isto é, de limitação de intervenções ilegítimas, postura que concebe os direitos fundamentais enquanto defesas do particular frente ao Estado; por outro lado, haveria também uma postura positiva que confere ao Estado alguns mandados de tutela, o que requer dele uma atuação ativa para a garantia desses direitos⁴⁵⁴. Segundo Sarlet, a função dos direitos fundamentais no quadro de um Estado Social e Democrático de Direito não se restringe mais ao caráter subjetivo de restrições negativas à ingerência estatal, representando igualmente diretrizes constitucionais objetivas capazes de guiar o poder público à sua realização⁴⁵⁵. Para o autor, o caráter objetivo impõe, portanto, um marco delimitador para a política criminal, em conformidade com a axiologia constitucional⁴⁵⁶. Retomando o quadro de análise descrito por Wolkmer, podemos imaginar que a postura negativa/subjetiva pode ser associada aos direitos de primeira dimensão, ao passo que a postura positiva/objetiva estaria relacionada aos direitos humanos enquadrados nas demais dimensões.

A decorrência lógica que pode ser extraída da exigência de atuação proativa do Estado no sentido de fornecer tutela mínima a alguns direitos, para alguns autores, é a proibição de insuficiência ou proteção deficiente⁴⁵⁷, descrita como uma “categoria que encerra uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma *omissão*⁴⁵⁸, total ou parcial – vulnera um direito fundamental”⁴⁵⁹. A premissa que ancora a proibição de insuficiência é a de uma suposta alteração histórica na relação entre Estado e sociedade. Conforme Sarlet, de detrator dos direitos fundamentais, o Estado passa a condição de garantidor dos mesmos, hipótese que o autorizaria a utilizar a máquina penal desde que em conformidade com essa nova função⁴⁶⁰. Em sentido análogo, sustenta Streck:

⁴⁵⁴ FELDENS, 2008, p. 420-421.

⁴⁵⁵ SARLET, 2008, p. 212.

⁴⁵⁶ SARLET, 2008, p. 216.

⁴⁵⁷ A proibição de tutela deficiente esta associada à questão da eficácia de um meio para a consecução de um fim político e juridicamente desejado. Uma vez feita a opção pela tutela de um determinado direito, “a proibição de insuficiência tematiza o ‘como’ essa proteção deve efetivar-se de modo a permitir a realização do direito fundamental” (FELDENS, 2008, p. 424). Conforme Sarlet, a proporcionalidade enquanto proibição de insuficiência “atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção” (SARLET, 2008, p. 225).

⁴⁵⁸ “A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz respeito ao cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nessa dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, de uma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)” (SARLET, 2008, p. 226).

⁴⁵⁹ FELDENS, 2008, p. 423.

⁴⁶⁰ SARLET, 2008, 217.

Se nos quadros de um modelo de Direito Liberal fazia algum sentido o privilégio da defesa do patrimônio e segurança individuais – e isso já estava presente em John Locke –, agora nós devemos (deveríamos) ter em mente a presença de novos bens jurídicos, típicos da tradição que se forja no Estado Democrático de Direito, no qual não há (mais) oposição entre Estado e sociedade. A defesa do Estado (isto é, de um Estado que passa da condição de “inimigo” para a de “amigo dos direitos fundamentais”, bem entendido) é a defesa da cidadania. E, no interior dessa “reviravolta”, é evidente que as baterias do direito penal deve(ria)m ser voltadas para aquelas condutas que se coloquem como entrave à concretização do projeto constitucional. Nesse contexto, surge [...] uma nova criminalidade a ser combatida, aquela que atinge bens jurídicos supraindividuais, que afetam toda a coletividade. [...] Se o patrimônio individual é algo a ser protegido (e segue sendo a propriedade um direito fundamental, algo que se lembra para evitar mal-entendidos – art. 5º, XXII da CR), inclusive via direito penal, então não pode haver dúvida de que o tratamento deve ser ainda mais rigoroso quando a lesividade atinge o patrimônio da coletividade⁴⁶¹.

Tomando por consolidados os ideais iluministas que procuraram restringir o arbítrio estatal, Feldens argumenta em favor de uma “ambivalência funcional do Direito Penal”, na medida em que o ordenamento jurídico-penal precisaria conciliar essas limitações com os pressupostos mínimos de uma atuação proativa, capaz de garantir tutela aos bens jurídicos supostamente protegidos pela intervenção punitiva⁴⁶². Para o autor esse equilíbrio seria perfeitamente possível no horizonte de um minimalismo jurídico-penal, já que “um direito penal de intervenção *necessariamente mínima* não se contrapõe conceitualmente a um direito penal de intervenção *minimamente necessária*”⁴⁶³. Além do reconhecimento expresso nos próprios direitos constitucionalmente assegurados, Sarlet encara, ainda, a proibição de insuficiência, na esfera punitiva, como um corolário da própria anatomia do Estado de Direito, já que este seria detentor exclusivo tanto do monopólio da força quanto da prerrogativa de solução dos conflitos criminais (excetuando-se, obviamente, hipóteses raras

⁴⁶¹ STRECK, 2012, p. 8.

⁴⁶² Talvez os mesmos pressupostos que autorizam o alargamento do controle penal em virtude da crença em um poder punitivo provedor de segurança para os novos direitos também se verifique no utilitarismo reformado de Ferrajoli precisamente em virtude da leitura política que o autor efetua das funções estatais nos atuais ordenamentos jurídicos, que em pouco diferem do argumento de Feldens. Como já dissemos a partir de Bovero, a orientação política de Ferrajoli pode ser qualificada como liberal-socialista, já que para o autor ambos os polos são variantes do Estado de Direito. Enquanto o Estado Liberal de Direito estrutura-se em torno de proibições para os poderes estatais e afirmação dos direitos individuais, o Estado Social de Direito pressupõem obrigações estatais intentando a superação das desigualdades e afirmação dos direitos sociais. Desse modo, é na conjuntura de garantias de cunho liberal (negativas) e social (positivas) que percorre o modelo garantista de Ferrajoli (BOVERO, 2008, p. 415). É claro que a simples atribuição de um caráter social ao Estado não implica, por si só, a necessidade de expansão do controle penal, entretanto quando esta orientação política soma-se à crença na eficácia do poder punitivo em tutelar bens jurídico-penais que adquirem importância nessa etapa da nossa história como os direitos de segunda, terceira, quarta e quinta dimensão, têm-se a porta aberta para a formação de uma política criminal que busca responder às novas demandas de segurança, o que favorece a hipertrofia da legislação penal.

⁴⁶³ FELDENS, 2008, p. 436-437.

como a da legítima defesa, que constituiriam uma delegação estatal excepcional ao particular, prevista inclusive no modelo weberiano, como vimos)⁴⁶⁴.

Desnecessário acrescentar que para esse conjunto de autores o poder punitivo é um instrumento necessário – em que pese insuficiente – para a concretização desses “novos” direitos de cidadania, restando presumida a eficácia de seu instrumental, em algum grau⁴⁶⁵. Conforme Gloeckner e Amaral, a gênese da confusão que permite se pensar política criminal e controle penal a partir da proibição de insuficiência reside justamente na perversão que a construção de um “direito à segurança” permite, já que um juízo político-criminal que equipara segurança a uma suposta eficácia da pena quanto aos seus fins declarados só pode culminar na ideia de que quanto mais habilitação se der ao poder punitivo, mais seguros estaremos⁴⁶⁶, o que ajuda a elucidar as leituras que apõem ao direito penal a missão de tutela dos “novos” direitos.

Para Carvalho, a partir da afirmação formal dos “novos” direitos que representam o desenvolvimento da cidadania nessa fase da modernidade, o Estado lança mão de políticas públicas para assegurar a sua efetivação. No entanto, em paralelo a isso, há que se considerar que a legislação penal passa também a contemplar esse desenvolvimento dos direitos humanos, ampliando o catálogo de criminalizações. Com isso, a atribuição de uma romântica missão de tutela de bens jurídicos termina por ampliar o rol de condutas puníveis, sob o argumento de que dessa forma se estaria assegurando a vigência dos “novos” direitos e tornando segura uma sociedade órfã de sua efetivação, entretanto, nessa direção, a eficácia do poder punitivo jamais chega a ser seriamente contestada, ao menos no interior do discurso jurídico-penal. Por essa razão, percorrendo viés diametralmente contrário à lógica dos autores que advogam pelo incremento do poder punitivo (e que dessa forma, querendo ou não, endossam a ideologia da defesa social) como via para a realização dos “novos” direitos, Carvalho identifica na transição do Estado Liberal aos contemporâneos Estados Sociais e Democráticos de Direito um “influxo de reversibilidade ideológica”⁴⁶⁷ dos direitos humanos de cidadania, já que a sua afirmação paradoxalmente acaba possibilitando a própria violação, por exemplo, dos direitos de primeira dimensão⁴⁶⁸, tão arduamente conquistados (e nunca terminantemente consolidados na cultura punitiva brasileira, como parece pressupor Feldens).

⁴⁶⁴ SARLET, 2008, p. 219.

⁴⁶⁵ FELDENS, 2008, p. 425.

⁴⁶⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013, p. 182.

⁴⁶⁷ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 113.

⁴⁶⁸ CARVALHO, S., 2010, p. 116.

É fundamental perceber que a afirmação dos “novos” direitos que infelizmente ainda carecem de consolidação tem apresentado um efeito nefasto: a ampliação dos espaços de intervenção punitiva. Por conta de inúmeras patologias – como o uso simbólico da legislação penal, o advento da esquerda punitiva, o fenômeno do eficientismo – a política criminal da realidade marginal brasileira acaba revivendo o pacto punitivo, de modo que a eficácia instrumental do poder de punir e do sistema penal passa longe de considerações mais sérias. Infelizmente, as dificuldades de efetivação dos direitos de cidadania acabam conduzindo, talvez por uma ausência de reflexão criminologicamente orientada, o plano político na direção mais comprovadamente ineficaz: a crença na capacidade provedora do poder punitivo. Ainda que as intenções sejam imbuídas de um espírito democrático e cidadão – o contrário não se cogita –, a nosso juízo o incremento do controle penal não ostenta um potencial emancipatório, convertendo-se em artifício regulatório, apto traçar uma linha de continuidade com relação ao quadro de desigualdades próprio da conjuntura capitalista neoliberal. Essa é a razão de nossa desconfiança para com o argumento de Streck, por exemplo, quando aduz que o direito penal deve voltar suas baterias às condutas lesivas aos “novos” direitos, isto é, aos bens jurídicos que transcendem o caráter liberal-individualista que historicamente tem orientado a política criminal e o controle penal⁴⁶⁹. Por razões de equanimidade, o autor considera que não pode haver privilégios de ordem político-criminal para os estratos enriquecidos⁴⁷⁰. Ora se é certo, como vimos a partir de Foucault, que o poder punitivo tende a organizar uma espécie de gestão diferencial das ilegalidades (reprimindo ilegalidades praticadas pelas massas empobrecidas e fechando os olhos para as ilegalidades praticadas pelos estratos economicamente favorecidos) não é menos certo que a seletividade estrutural simplesmente o impede de ser diferente. Dito de outra forma: a perseguição de segmentos populacionais vulneráveis nos parece como que uma condição de possibilidade do exercício do poder punitivo para que seja realizada a sua função configuradora, a única que não excede seu campo de possibilidades. Nesse sentido, a nosso ver o acúmulo criminológico produzido

⁴⁶⁹ Para Streck, historicamente o controle penal na realidade marginal brasileira esteve atrelado ao imperativo de reprimir massas empobrecidas ou os segmentos populacionais desfavorecidos em geral, ao passo que os estratos privilegiados conseguiriam imunizar-se do alcance do poder punitivo. Desse modo, o autor encara que o foco da criminalização (primária ou secundária) esteve dirigido aos bens jurídicos individuais, especialmente o patrimônio privado, esquecendo-se dos bens jurídicos de natureza transindividual o que reflete a vocação político-criminal para a preservação dos interesses de elites econômicas, ao custo da repressão de camadas precarizadas (STRECK, 2012, p. 4). Para o autor, a ausência de interesse na repressão da criminalidade dos poderosos explica-se, historicamente, porque “o establishment jamais legisla ‘contra si mesmo’”, e além do mais a repressão da população pobre se mostra como um eficiente meio de manutenção de uma conjuntura calcada na desigualdade, benéfica ao empreendimento capitalista (STRECK, 2012, p. 5).

⁴⁷⁰ STRECK, 2012, p. 23.

na realidade marginal aponta para a necessidade de traçar rotas alternativas *ao* poder punitivo e não *no* poder punitivo.

Não custa lembrar, na trilha de Mir Puig, que a crítica direcionada à expansão do controle penal nada tem a ver com uma tentativa desqualificação dos direitos de cidadania, quaisquer que sejam as suas dimensões. Não se trata de negar importância aos “novos” direitos que florescem na contemporaneidade, mas sim de um exercício de coerência que se dá desde o interior da própria narrativa jurídico-penal sedimentada: um controle penal que deveria ser mínimo – princípio que se verifica desde o garantismo-utilitarismo ilustrado até o Sistema Garantista de Ferrajoli – agora expande continuamente seu horizonte de intervenção⁴⁷¹. De outro lado, é o apego à concretude do poder punitivo que nos impede de depositar esperanças no controle penal para o trato dos novos riscos e perigos, mais evidentes nesta fase da modernidade, como vimos. Com efeito, parece-nos que o poder punitivo não deve ser uma etapa na busca pela concretização da cidadania constitucional, mas, muito pelo contrário, as chances de êxito na eficácia dos “novos” direitos dependem da imaginação política no sentido de semear soluções diversas e alternativas à lógica da defesa social. Desde o nosso olhar – como ficará claro no último capítulo –, o Direito Penal deve orientar-se na tentativa de reduzir danos e o incremento do controle penal, mesmo que traduza esperanças de ordem democrática e cidadã, representa a dilapidação da teleologia constitucional, eis que o poder punitivo não é apto a realizar o projeto emancipatório de direitos humanos contido na Constituição. Afinal, cogita-se que a pena (mormente nas condições que a acompanham na realidade marginal brasileira) sirva para a realização dos objetivos fundamentais cristalizados no art. 3º, ou que contribua para a satisfação das garantias contidas no art. 5º? De outra banda, devemos ignorar que os direitos a que se referem os artigos 6º, 7º e 8º foram conquistados, em grande medida, pelo persistente confronto de diversos atores sociais que restaram duramente reprimidos pelas baterias do controle penal? Parece-nos que uma resposta afirmativa para as essas questões apenas traduz a simplificação produzida pela ideologia da defesa social, as doutrinas de justificação da pena e a atribuição de uma missão positiva/proativa ao controle penal, na linha da proteção dos (“novos”) bens jurídicos.

⁴⁷¹ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 152-153. Vale salientar que o autor, apesar de se posicionar criticamente com relação ao fenômeno da expansão do controle penal (como o descrevemos a partir de Silva Sánchez), incorre em uma postura que não nos parece adequada, especialmente pela semelhança evidente com relação ao utilitarismo reformado ferrajoliano: para Mir Puig, o controle penal em um Estado Social e Democrático de Direito deve dar-se em direção à exclusiva proteção de bens jurídico-penais, mediante a atribuição de função preventiva (utilitária) à pena (MIR PUIG, 1994, p. 37).

2.4 A contração punitiva como condição à cidadania

Problematizar a atribuição de missões positivas, civilizatórias ou de alguma forma provedoras ao controle penal – notadamente, a missão de tutela de bens jurídico-penais – necessariamente implica a assunção de um lugar de fala: desde o nosso horizonte de compreensão, longe de prover segurança o poder punitivo é o maior violador histórico de bens jurídicos⁴⁷², de modo que nossa orientação não poderia se coadunar com a crença em sua “bondade”, por assim dizer. É nosso intento, ao contrário, ressuscitar um vetor de desconfiança com relação à lógica punitiva, algo que inclusive já foi feito – ainda que com algumas limitações – pelo garantismo ilustrado e mesmo pelo Sistema Garantista ferrajoliano. Desde o nosso olhar, essa é uma tarefa necessária para a consolidação da cidadania constitucional, pois a limitação dos espaços de alcance do sistema penal afigura-se indispensável para tanto. Mas de que modo o poder punitivo é capaz de representar uma ameaça à cidadania?

Antes de adentrarmos a questão, é preciso retomar a acepção marshalliana acerca da cidadania de modo a identificar outra insuficiência em seu paradigma, o que nos permitirá avançar nossa linha de argumentação. Para Marshall, há como que uma relação de dependência entre a cidadania que emerge historicamente e o Estado, uma vez que os direitos que a compõem são, desde a sua ótica, aparentemente “concedidos” pelo ente estatal⁴⁷³. Isso reflete o fato de que o autor não é capaz de enxergar o cidadão enquanto o cerne desse processo histórico, o que nos faz indagar, a partir de Coelho, se o seu paradigma serve para conceber a cidadania enquanto um conceito emancipador ou apenas para caracterizar modelos de Estado ao longo da história europeia⁴⁷⁴.

Sob um enfoque nacional, percebe-se que a questão não é trivial ou um mero preciosismo acadêmico: como dissemos, Marshall sintetiza a acepção moderna de cidadania, de modo que sua abordagem reflete⁴⁷⁵ em alguma medida a cosmovisão política e jurídica da

⁴⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2011, p. 120.

⁴⁷³ COELHO, 1990, p. 15.

⁴⁷⁴ COELHO, 1990, p. 16.

⁴⁷⁵ Como um intelectual de seu tempo, é claro que Marshall sintetiza ideias que circulavam no contexto histórico, cultural e socioeconômico que deu origem aos seus escritos, ou seja, ideias que preexistem e tem quase uma vida própria para além da voz dos intelectuais que as formulam. Desse modo, por pertencer à classe intelectual, podemos dizer, a partir de Baumer, que suas ideias aproximam-se muito mais de um “espelho” do que de uma “torre de marfim”, já que reflete a experiência de grupos sociais ou de toda uma Inglaterra da metade do século XX, pois não pode haver uma classe de ideias que esteja totalmente desconectada dessa premissa ou que seja fruto de uma genialidade tal que não é devedora dos sistemas de pensamento históricos (BAUMER, 1977a, p. 22-23). O mesmo ocorre com a narrativa jurídico-penal (cf. ANDRADE, 2012, p. 206).

modernidade europeia. Desse modo, a concepção de uma cidadania concedida pelo Estado (uma “estadania”⁴⁷⁶, por assim dizer) não satisfaz a necessidade de um paradigma conflitual, onde os direitos de cidadania nascem por via de lutas travadas pela diversidade de atores sociais. Nesse particular, nos valeremos da definição de Coutinho:

Cidadania é a capacidade conquistada por alguns indivíduos, ou (no caso de uma democracia efetiva) por todos os indivíduos, de se apropriarem dos bens socialmente criados, de atualizarem todas as potencialidades de realização humana abertas pela vida social em cada contexto historicamente determinado. [...] A cidadania não é dada aos indivíduos de uma vez para sempre, não é algo que vem de cima para baixo, mas é resultado de uma luta permanente, travada quase sempre a partir de baixo, das classes subalternas, implicando um processo histórico de longa duração⁴⁷⁷.

Desse modo, Coelho nos dirá que a cidadania não é “um receptáculo de oferendas a uma massa amorfa”, mas algo que nasce através da mediação (nunca livre de tensões, muitas vezes extremas) entre o Estado e a sociedade, por suas mais variadas camadas⁴⁷⁸. De fato, as grandes conquistas da cidadania inclusive parecem ocorrer em afronta aos interesses estatais que historicamente têm refletido os interesses das classes dominantes⁴⁷⁹. Um paradigma de análise que compreenda a essência conflitual por traz da gênese dos direitos de cidadania é fundamental para um estudo que busque verificar o papel do poder punitivo nessa equação.

Para Zaffaroni, podemos pensar em dois modelos típicos e antagônicos de sociedade: o primeiro refere-se à comunidade – com laços e relações predominantemente horizontais, respeito profundo à dignidade e aos direitos que conferem o *status* de cidadão aos seus membros –, enquanto que o segundo modelo diz respeito às sociedades hierarquizadas – tendente ao desrespeito aos direitos do cidadão e com nítido predomínio de relações verticais. Conforme o autor, o controle penal historicamente tem favorecido ao segundo modelo, de modo que para que possamos desenvolver uma sociedade que se aproxime do modelo comunitário torna-se mister a limitação do poder punitivo⁴⁸⁰. De fato, foram as sucessivas lutas pelo avanço da cidadania que tornaram o Estado burguês permeável para com as reivindicações das classes subalternizadas⁴⁸¹, e esse processo só foi possível em virtude das demandas por restrição do poder de punir, como expusemos no primeiro capítulo ao descrever

⁴⁷⁶ Carvalho a define como uma “cultura orientada mais para o Estado do que para a representação” (CARVALHO, J. M., 2013, p. 221).

⁴⁷⁷ COUTINHO, 1997, p. 146.

⁴⁷⁸ COELHO, 1990, p. 17.

⁴⁷⁹ COUTINHO, 1997, p. 153.

⁴⁸⁰ ZAFFARONI, 2013, p. 11.

⁴⁸¹ COUTINHO, 1997, p. 164.

a gênese do garantismo da Ilustração. Precisamente por essa razão Zaffaroni argumenta que a retomada da militância em prol de um direito penal de garantias é tão fundamental: o poder punitivo é instrumento indispensável para os que buscam deter o avanço dos direitos de cidadania⁴⁸², atualmente os arautos do Estado mínimo.

Percorrendo a historicidade brasileira, fica fácil visualizar a representação: as grandes investidas de forças populares em favor da cidadania foram duramente reprimidas pelos governos, de modo que a difusão do medo do “caos” parece ser o ingrediente dessas estratégias de manutenção das desigualdades. Para Batista, a cada chance histórica de avanço real da cidadania, o medo é trabalhado enquanto recurso para empreender políticas repressivas e deter essas investidas populares, interrompendo o curso das conquistas⁴⁸³. Os exemplos são abundantes se tivermos em conta que as grandes revoltas populares dos tempos do império ou da era republicana – que não eram rebeliões apáticas, mas manifestações com discernimento político, sim⁴⁸⁴ – se deram de maneira reativa, a partir da insurreição de camadas populares contra medidas funcionais à manutenção desigual do poder político, que não beneficiava essas classes⁴⁸⁵. Desde a Balaiada, a Cabanagem ou a Revolta dos Malês, é nítido o componente da afirmação de direitos e denuncia de injustiças suportadas por segmentos sociais desfavorecidos que não enxergam opção além de entrar em confronto com um ambiente repressor e desigual, ou seja, o que se vê é justamente o oposto do que se espera de uma cidadania plena⁴⁸⁶.

Argumenta-se, ainda, que esses movimentos populares necessitaram opor suas reivindicações às margens das mediações institucionais do sistema político⁴⁸⁷ – que nem sempre foi favorável à representação popular, mesmo em tempos republicanos – justamente pelo seu caráter de desconfiança com relação ao ente estatal, o que favorece a formação de uma “cidadania em negativo”⁴⁸⁸. Segundo Batista, é próprio dessa formação negativa da cidadania o conhecimento, pelo povo, do braço repressor do Estado, sem que se desfrute dos direitos de cidadania que a modernidade parecia significar. Para a autora, “esses setores vulneráveis, ontem escravos, hoje massas marginais urbanas, só conhecem a cidadania pelo avesso, na ‘trincheira auto-defensiva’ da opressão dos organismos do sistema penal”⁴⁸⁹.

⁴⁸² ZAFFARONI, 2013, p. 24.

⁴⁸³ BATISTA, V. M., 2003, p. 51.

⁴⁸⁴ CARVALHO, J. M., 2013, p. 70.

⁴⁸⁵ CARVALHO, J. M., 2013, p. 75.

⁴⁸⁶ CARVALHO, J. M., 2013, p. 68-69.

⁴⁸⁷ CARVALHO, J. M., 2013, p. 67.

⁴⁸⁸ CARVALHO, J. M., 2013, p. 83.

⁴⁸⁹ BATISTA, V. M., 2003, p. 102.

É possível que essa conjuntura esteja ligada à formação peculiar da modernidade brasileira, já que, conforme Batista, as nossas elites “incorporam pragmaticamente alguns aspectos da modernidade, mas garantindo permanências do autoritarismo absolutista”⁴⁹⁰, especialmente o manejo do poder punitivo. Esse traço da formação cultural e institucional da realidade marginal brasileira repercute na gênese da nossa cidadania, de modo a fazer dela uma verdadeira cilada para as classes populares que, na letra da lei, ganham garantias e liberdades individuais que em tese poderiam ser utilizadas frente ao poder punitivo, mas seguem tendo de lidar com um sistema de hierarquização social e racial que priorizava muito mais a propriedade privada do que a dignidade humana dos cidadãos⁴⁹¹. No fundo, a necessidade de regulação e controle das formações urbanas extrapola em demasia o potencial emancipatório que o liberalismo poderia ter atingido entre nós⁴⁹².

Essa cilada é visível mesmo na conjuntura atual, onde parece inquestionável a opção do poder constituinte originário em favor de um Estado Social e Democrático de Direito. Por qual razão? Não é fácil sustentar uma hipótese, especialmente se encararmos o desafio de contornar leituras que atribuem ao problema um conjunto de explicações que tendem a achar que a modernidade enquanto projeto *ainda* não esgotou seu potencial – e pensam que esse quadro de desigualdades e marginalizações está fadado a desaparecer, na medida em que o novo paradigma se enraíze no imaginário e na práxis, por exemplo, dos atores do sistema penal brasileiro, hipótese que já rechaçamos a partir de Zaffaroni – ou apenas reproduzem lugares-comuns. Acreditamos, no entanto, que a hipótese de Loïc Wacquant afigura-se suficientemente sólida, especialmente em razão do mérito de buscar compreender o lugar da prisão na conjuntura neoliberal. Para o autor, os grupos que se encarregaram da difusão desse corpo de pensamento também possuem uma agenda para o controle penal. A nova doxa punitiva, por defender a redefinição das missões do Estado na esfera social, necessita de um recrudescimento punitivo condizente com o abandono das lutas pela consolidação de direitos de cidadania.

Na descrição de Wacquant, *o neoliberalismo vem acoplado ao neopunitivismo, constituindo, ambos os conceitos, uma extensão simbiótica*. Nesse cenário, políticas de “lei e ordem” ou de “tolerância zero”, como instrumental político-criminal desse novo senso comum são abertamente importadas, apontando suas baterias contra os pobres e “incivilizados”, buscando “defender a sociedade” das desordens, mesmo as de inexpressivo

⁴⁹⁰ BATISTA, V. M., 2003, p. 124.

⁴⁹¹ BATISTA, V. M., 2013, p. 135.

⁴⁹² BATISTA, V. M., 2013, p. 143.

potencial lesivo⁴⁹³. O autor projeta sua atenção às tendências do complemento funcional e estrutural entre o novo punitivismo e as políticas de austeridade neoliberais. A hipótese central é a de que “à *atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal*: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolvente do outro”⁴⁹⁴.

Em tempos de hegemonia da lógica neoliberal e enxugamento (ao menos no campo das políticas públicas de efetivação) do já precário Estado Social brasileiro, a prisão exerceria, para Wacquant, ao menos três funções interdependentes: (a) *regulação do mercado de trabalho*: caberia ao cárcere contribuir para regular os segmentos inferiores do mercado de trabalho, isto é, por um lado comprimir artificialmente o índice de desemprego subtraindo a força de trabalho de milhões que estão à busca de emprego e por outro, produzindo um aumento do emprego no setor de bens e serviços carcerários⁴⁹⁵; (b) *substituição e complementariedade do “gueto”*: conforme o autor, a prisão exerce a função de substituição do gueto “como instrumento de encarceramento de uma população considerada tanto desviante como supérflua, no plano econômico [...] assim como no político”⁴⁹⁶. Wacquant argumenta que a função historicamente exercida pelo gueto – no caso da urbanização brasileira, fica claro que as favelas e regiões suburbanas realizam esse papel – foi a de segregação da população considerada supérflua. É a partir daí que o autor conclui que prisão e gueto na atualidade “se acoplam e complementam, no sentido de que cada uma serve, à sua maneira, para assegurar a ‘colocação à parte’ (*segregare*) de uma categoria indesejável, percebida como provocadora de uma dupla ameaça, inseparavelmente física e moral”⁴⁹⁷; (c) *prisão e assistência social*: há uma interpenetração entre a prisão e a assistência social, de modo que a lógica da primeira coloniza e subjuga a segunda, adaptando-a ao seu modo de intervenção⁴⁹⁸. Essa atuação tende a submeter “os beneficiários da ajuda pública a um fichamento intrusivo, instaurando uma rígida supervisão de suas condutas”⁴⁹⁹, de modo a que

⁴⁹³ WACQUANT, 2001, p. 51.

⁴⁹⁴ WACQUANT, 2001, p. 80.

⁴⁹⁵ WACQUANT, 2001, p. 96-97. Talvez não seja mero acaso que nas eleições presidenciais de 2014 um candidato com votação expressiva e chances reais de se eleger tenha adotado a privatização de presídios como uma de suas principais pautas para a área da segurança pública.

⁴⁹⁶ WACQUANT, 2001, p. 98.

⁴⁹⁷ WACQUANT, 2001, p. 98.

⁴⁹⁸ Imaginando uma célula familiar ordinária, o autor refere que esta missão consiste em: “[...] vigiar e subjugar, e se precisar punir e neutralizar, as populações insubmissas à nova ordem econômica segundo uma divisão sexuada do trabalho, seu componente carcerário ocupando-se prioritariamente dos homens ao passo que seu componente assistencial exerce tutela sobre (suas) mulheres e filhos” (WACQUANT, 2001, p. 100).

⁴⁹⁹ WACQUANT, 2001, p. 99.

se exerça também aí uma forma de controle⁵⁰⁰, que não pode ser vista como desvinculada da nova orientação neoliberal.

Pelo que expusemos, fica claro que o incremento punitivo encontra condições de possibilidade na atualidade mediante o abandono dos esforços políticos na direção da consolidação de uma cidadania plena. Conforme Baratta, poder punitivo é muito mais apto a favorecer as relações desiguais de poder e sua produção ideológica do que a proteger os direitos humanos de cidadania⁵⁰¹. Mais do que isso: por trabalhar de forma seletiva, o poder de punir atinge os estratos mais desprezados historicamente o que não contribui para a afirmação deficitária de seus direitos de cidadão, mas ao contrário os fragiliza a cada incursão policial em bairros pobres, a cada pré-julgamento midiático, a cada condenação a privação de liberdade em estabelecimentos que jamais respeitaram a legalidade e os limites constitucionais para a execução das penas. Como se não bastasse, o controle penal deteriora biografias, chegando mesmo a ser criminógeno, na medida em que a prisão tende a intensificar a miséria de quem é atingido pelo controle penal⁵⁰². Por tudo isso, julgamos pertinente a síntese de Andrade:

[...] a criminalização pela justiça penal (exercício institucionalizado do poder punitivo) é dimensão de controle e regulação social, em cujo centro se radica a reprodução de estruturas e de instituições sociais e não a proteção do sujeito, ainda que em nome dele fale e se legitime. Enquanto a cidadania é dimensão de construção de direitos e necessidades, a justiça penal é dimensão de restrição e violação de direitos e necessidades. Enquanto a cidadania é dimensão de luta pela afirmação da igualdade jurídica e da diferença das subjetividades, a justiça penal é dimensão de reprodução da desigualdade e de desconstrução das subjetividades. Em definitivo, enquanto a cidadania é dimensão de inclusão, a justiça penal é dimensão de exclusão social⁵⁰³.

Tratar de mecanismos aptos a contrair o poder de punir é, portanto, tratar de condições de vida para os direitos de cidadania. O grande desafio, portanto, parece o de estruturar uma narrativa jurídico-penal cidadã que se dê conta de que as formulações extraídas da narrativa penal sedimentada – em qualquer dos dois momentos aqui trabalhados, ou seja, o utilitarismo penal da Ilustração e o utilitarismo reformado – muito pouco contribuem para concretizar os direitos humanos fundamentais, de modo que uma práxis jurídico-penal comprometida com a

⁵⁰⁰ Segundo a sua hipótese, o acoplamento entre as instituições de assistência e o sistema punitivo produz um upgrade do panóptico foucaultiano – que mais do que um modelo de arquitetura carcerária seria um modelo de gestão social, como já dissemos – dirigido contra as populações suspeitas (WACQUANT, 2001, p. 122).

⁵⁰¹ BARATTA, 2004, p. 301.

⁵⁰² WACQUANT, 2001, p. 143-144.

⁵⁰³ ANDRADE, 2012, p. 246-247.

cidadania não pode descurar da missão de limitar o controle penal. Conforme aponta Batista, “o discurso do Direito Penal, que tem a pretensão de exercer-se como locução legítima, numa linguagem oficial, está permanentemente produzindo sentidos que viabilizem a expansão do sistema penal”⁵⁰⁴. A rota legada pelas posturas utilitárias de defesa social – com sua missão de tutela de bens que crescem por atacado e suas doutrinas de justificação da pena, de eficácia empírica duvidosa, na melhor das hipóteses – infelizmente tem conduzido ao abismo de uma realidade carcerária inacreditável.

Ainda, a já mencionada descoberta dos novos riscos e perigos pouco contribui, sob o prisma jurídico-penal, para alavancar a cidadania constitucional. De acordo com Silva Sánchez, “o medo do delito aparece como uma metáfora da insegurança vital generalizada” e, desse modo, “em medida crescente, a *segurança* se converte em uma pretensão social a qual se supõe que o Estado e, em particular, o direito penal, devem oferecer uma resposta”⁵⁰⁵. Segundo o autor, ainda, esse efeito ajuda a configurar uma sociedade de “sujeitos passivos”⁵⁰⁶, o que nos parece um claro sintoma de erosão da cidadania, vista a partir de um ângulo conflitual e reivindicante: “é como se em nossas sociedades fosse sempre necessário, diante da produção do dano, o valor simbólico-comunicativo da imputação”⁵⁰⁷, ou, em última análise, “os déficits de dívida social e de cidadania são ampla e verticalmente compensados com excessos de criminalização”⁵⁰⁸.

Tendo tratado do lugar do poder punitivo na configuração política neoliberal, precisamos agora nos ocupar de articula-lo com a formação da cidadania da realidade marginal, já que recusamos as tentações da simplificação marshalliana. Para Souza, a peculiaridade da formação histórica e periférica da nossa cidadania encontra-se na emergência de um *habitus*, no sentido bourdieusiano, segundo o qual certos segmentos da população, por estarem desde o fim da escravidão abandonados a própria sorte⁵⁰⁹, deixam de apresentar o perfil humano requerido pela ambição modernizadora e por essa razão não demonstram qualquer perspectiva de utilidade no panorama social aos olhos dos dirigentes políticos e das

⁵⁰⁴ BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do sistema penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002, v. 1, p. 148.

⁵⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 50.

⁵⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 52.

⁵⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 62. Ainda, conforme o autor: “à sensação de insegurança se soma, pois, em nosso modelo social, a existência de protótipo de vítima que *não assume a possibilidade de que o fato que sofreu derive de uma “culpa sua” ou que, simplesmente, corresponda ao azar*. Parte-se do axioma de que sempre há de existir um terceiro responsável a quem imputar o fato e suas consequências, patrimoniais e/ou penais” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 59).

⁵⁰⁸ ANDRADE, 2012, p. 247.

⁵⁰⁹ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 160.

classes dominantes. Dá-se então a formação do que o autor chama de “ralé estrutural” que conforma uma *subcidadania* em paralelo com o ideal de cidadania plena⁵¹⁰. Como enfocamos a partir de Rauter, a formação da nossa modernidade penal não prima pela assunção e efetivação de garantias individuais, mas pelo controle dessas massas populacionais, massas de subcidadãos.

Em diálogo com Florestan Fernandes, Souza argumenta que essa ralé é o produto de uma forma peculiar de integração da população negra e os dependentes de qualquer cor após o período escravagista – há quem diga, diga-se de passagem, que a escravidão prolongada representou o grande entrave para a consolidação de uma cidadania plena no Brasil⁵¹¹. Para o autor, mais do que o preconceito racial forma-se um olhar que atribui ao negro – mas não só a ele, já que “não é, antes de tudo, um preconceito de cor, mas sim um preconceito que se refere a um certo tipo de ‘personalidade’ julgada como improdutiva e disruptiva para a sociedade como um todo”⁵¹² – a pecha da inutilidade e inadequação ao projeto de um Brasil moderno que ganha impulso notável a partir da década de 1930. Precisamente por essa razão, Souza argumenta que marginalização que irá desaguar na formação dessa ralé subcidadã não pode ser explicada unicamente pelo preconceito racial – existente em abundancia, é claro – mas principalmente pela disseminação de concepções morais e políticas que permitirão julgar o outro conforme a sua inadequação aparente nesta planificação⁵¹³. Retomando o ideal de ordem trabalhado a partir de Bauman, é como se aglomerados humanos inteiros não encontrassem para si um lugar apropriado no projeto moderno periférico.

Para Souza, o *habitus* precário⁵¹⁴ no qual os negros libertos e outras parcelas da população⁵¹⁵ foram historicamente lançados não aparentava utilidade aos anseios de modernização dos dirigentes políticos e das classes dominantes, para quem a esperança do “progresso” brasileiro deveria estar em um tipo humano nos padrões funcionais ao desenvolvimento capitalista (indivíduos ordeiros, disciplinados, poupadores, com raciocínio prospectivo, etc.), o que não se via nesses segmentos populacionais, desde cedo submetidos a

⁵¹⁰ SOUZA, 2012, p. 158.

⁵¹¹ CARVALHO, J. M., 2013, p. 19.

⁵¹² SOUZA, 2012, p. 159.

⁵¹³ SOUZA, 2012, p. 160-161.

⁵¹⁴ Definido pelo autor como “aquele tipo de personalidade e de disposições de comportamento que não atendem às demandas objetivas para que, seja um indivíduo, seja um grupo social, possa ser considerado produtivo e útil em uma sociedade de tipo moderno e competitivo, podendo gozar de reconhecimento social com todas as suas dramáticas consequências existenciais e políticas” (SOUZA, 2012, p. 168).

⁵¹⁵ Pensando a partir de Dussel, Silva Filho lista o contingente de marginalizados contra quem o furor punitivo se dirigiu historicamente na periferia do sistema-mundo: índios, mestiços, crioulos, camponeses, operariado urbano e os marginalizados das cidades somam-se aos já mencionados descendentes de escravos como os vários “rostos” latino-americanos, hoje subcidadãos (cf. SILVA FILHO, 2002, p. 123 e ss.).

uma anomia existencial⁵¹⁶. Partindo desse pressuposto, o autor encontra na chamada “ideologia do desempenho” de Kreckel, os mecanismos favorecedores da distinção social⁵¹⁷ no contexto atual, onde a inadaptação dessa expressiva parcela da população é percebida enquanto um fracasso pessoal e não como um fenômeno histórico e estrutural no capitalismo periférico brasileiro⁵¹⁸.

Essa distinção projeta uma cidadania amputada no caso brasileiro, já que não se ancora em um compartilhamento de noções como a de igualdade, não as encara enquanto valores universalizáveis. Dessa forma, o tratamento jurídico-penal dispensado aos subcidadãos formados por essa ralé estrutural não pode se dar nos mesmos termos do que é dirigido aos demais cidadãos, já que “para que haja eficácia legal da regra da igualdade é necessário que a percepção da igualdade na dimensão da vida cotidiana esteja efetivamente internalizada”⁵¹⁹. Surge, como produto dessa distinção nos tempos de capitalismo selvagem, um sistema de responsabilização penal dual, que assegura aos poucos cidadãos plenos pegos pelos tentáculos do sistema penal uma variedade de opções para que possam neutralizar o problema, o que não está à disposição da ralé subcidadã, por óbvio⁵²⁰.

Se no nível jurídico formal a igualdade consta constitucionalmente assegurada, quando nos reportamos ao campo da realidade, fica perfeitamente claro que uma fração enorme da população recebe o estigma de sub-humano⁵²¹ – para Souza, o grande consenso que possibilita a cidadania no Brasil (e nisso há uma clara diferença comparativa com relação aos

⁵¹⁶ SOUZA, 2012, p. 162.

⁵¹⁷ SOUZA, 2012, p. 169.

⁵¹⁸ SOUZA, 2012, p. 172.

⁵¹⁹ SOUZA, 2012, p. 167-168.

⁵²⁰ De acordo com Batista, trata-se de um sistema de dupla face: “para os consumidores, alternativas à privação de liberdade, transação penal, suspensão condicional do processo, e diversos outros dispositivos para que ele possa cumprir sua pena no *shopping*, com ou sem pulseira eletrônica. Para os consumidores falhos, suspeitos ou convictos desses crimes aos quais uma estúpida quizila de constituintes denominou hediondos, um encarceramento neutralizante” (BATISTA, N., 2002, p. 154-155).

⁵²¹ Para que fique claro e para que o argumento do autor não seja tomado pelos mais afoitos como um devaneio conspiratório, cabe lembrar que Souza trabalha a partir da noção bourdieusiana de *habitus*: “Não se trata de intencionalidade aqui. Nenhum brasileiro europeizado da classe média confessaria, em sã consciência, que considera seus compatriotas das classes baixas não europeizadas ‘subgente’. Grande parte dessas pessoas votam em partidos de esquerda e participam de campanhas contra a fome e coisas do gênero. A dimensão aqui é objetiva, subliminar, implícita e intransparente. Ela é implícita também no sentido de que não precisa ser linguisticamente mediada ou simbolicamente articulada. Ela implica [...] toda uma visão de mundo e uma hierarquia moral que se sedimenta e se mostra como signo social de forma imperceptível a partir de signos sociais aparentemente sem [...]. O que existe aqui são acordos e consensos sociais mudos e subliminares, mas, sim por isso mesmo tanto mais eficazes que articulam, como que por meio de fios imperceptíveis, solidariedades e preconceitos profundos e invisíveis” (SOUZA, 2012, p. 175-176).

países centrais⁵²²) é precisamente o não valor humano de alguns sujeitos –, sendo dessa forma tratada⁵²³, especialmente pelo controle penal, altamente seletivo, como sabemos.

Ao iniciar nossa argumentação neste capítulo, pensando a partir de Wolkmer, tivemos a oportunidade de afirmar que as dificuldades de consolidação dos direitos humanos fundamentais na realidade marginal brasileira requerem uma análise condizente, que escape à tentação alienante de dar por consolidados direitos de primeira dimensão, por exemplo. Buscamos ao longo desta argumentação fazer uso de um insumo teórico que estivesse atento a essa premissa, o que nos permite perceber, a exemplo do que argumenta Carvalho, que o padrão de efetividade dos direitos de cidadania no Brasil assume um déficit gritante de consolidação das liberdades individuais frente ao poder de agentes do Estado⁵²⁴, algo que poderia passar despercebido por adeptos de uma “teoria geracional”, cujo enfoque crítico se destina muito mais aos direitos de dimensão posteriores à primeira – no imaginário jurídico desconectado com a realidade do poder punitivo naturaliza-se a ideia de que as garantias fundamentais funcionam, restando apenas efetivar os direitos sociais, por exemplo.

Para Carvalho, é a concepção geracional predominante que encara os direitos de cidadania enquanto concessões estatais e não como conquistas asseguradas em relações de conflito, o constructo teórico que permite que se escalonem as sucessivas “gerações”, atribuindo-lhes diferentes pesos na ordem de uma agenda de governo. Dessa forma, ao partir do modelo hegemônico de segurança e de uma determinada noção de ordem, há quem defenda, com o beneplácito de parcela significativa dos intelectuais que trabalham hoje discurso jurídico-penal sedimentado, a relativização de conquistas históricas expressas na forma das garantias individuais de primeira dimensão, em nome do “bem comum” expresso nas dimensões que sucedem⁵²⁵. Opera-se uma manipulação discursiva que faz com que os direitos de cidadania de uma coletividade abstrata sirvam de fundamento para lesões aos direitos fundamentais de indiciados, réus ou condenados⁵²⁶. Pior ainda: produz-se um quase consenso de que os direitos em jogo pertencem às instituições e não aos cidadãos, o que

⁵²² Segundo o autor, é precisamente a efetiva consolidação de um padrão mínimo de condições para a cidadania (incluindo um consistente senso de igualdade e dignidade universal) que impedem que a subcidadania seja, neles, um fenômeno de massas, como ocorre em sociedades periféricas como a brasileira (SOUZA, 2012, p. 177).

⁵²³ SOUZA, 2012, p. 174-175.

⁵²⁴ CARVALHO, J. M., 2013, p. 211.

⁵²⁵ CARVALHO, S., 2010, p. 117.

⁵²⁶ CARVALHO, S., 2010, p. 118.

converge para a sua relativização sempre que os interesses governamentais mais espúrios assim requeiram⁵²⁷.

Ainda que o tratamento que o Estado penal confere à ralé subcidadã tome formas flagrantemente desumanas e eventualmente possa receber reprimendas (sempre pontuais e não generalizantes) de alguns gestores, Souza refere que a desigualdade e a precariedade a que estão submetidos esses segmentos encontram-se demasiado naturalizadas e essa naturalização, no Brasil, é tão forte que a opressão sequer é vista como tal. Nesse contexto, uma espécie de “ideologia espontânea do capitalismo” – que a nosso ver conecta-se com a hegemonia do pensamento neoliberal – traveste a opressão e o sofrimento, dando-lhe ares de universalidade e neutralidade⁵²⁸, o que não reflete a atuação extremamente seletiva e cada vez mais violenta do sistema penal.

A esta altura a tese de Loïc Wacquant adquire uma relevância analítica impar. Se nos permitirmos pensar a formação da subcidadania e a naturalização das desigualdades de tratamento punitivo enquanto um fenômeno que sobrevive historicamente – apesar da investida constitucionalista e da opção, em nível formal, por um modelo de Estado Social e Democrático de Direito⁵²⁹ – conectado à ideologia do desempenho e aos mantras neoliberais, nos parecerá que a inefetividade da cidadania plena tem como corolário a patologia do eficientismo penal⁵³⁰, ou seja, o mais Estado penitenciário de que fala o autor. Isso ocorre porque ampliação da cidadania se choca com a lógica do capital, venerada pelos defensores do Estado mínimo, a quem nada agrada a efetivação de direitos sociais⁵³¹. Por essa razão, Zaffaroni aduz que a maior cidadania necessariamente corresponde à contenção da violência e

⁵²⁷ Conforme Carvalho “a cisão inerente à perspectiva geracional conduz à contraposição dos titulares dos direitos, criando oposição fictícia que perfaz em situação fática contenciosa entre indivíduos (titulares dos direitos individuais) e sociedade civil (titular dos direitos sociais e transindividuais), bem como entre estes (indivíduos e/ou sociedade civil) e Estado (instrumentalizador da efetivação dos direitos e titular dos direitos institucionais). Este *método de despedaçamento*, típico da obsoleta concepção cartesiana, que funda a ciência moderna, e que obtém como efeito concepção beligerante entre os interesses reivindicados e entre seus legítimos titulares, obscurece o pensamento e a ação voltada à efetivação dos direitos humanos. Obtém, contudo, como produto, a legitimidade dos discursos de exceção que absolutizam o combate à criminalidade e tornam reféns os direitos e as garantias individuais” (CARVALHO, S., 2010, p. 120). Para o autor, a alternativa para que possamos superar esse impasse é a desvinculação dos direitos de cidadania do acervo das instituições (o que é bastante lógico, já que eles devem poder ser utilizados até mesmo contra elas), enxergando-os como uma espécie de patrimônio comum da humanidade (CARVALHO, S., 2010, p. 123).

⁵²⁸ SOUZA, 2012, 179-180.

⁵²⁹ Para Azevedo e Azevedo, a última investida nessa direção, em nível de política criminal, parece ter se dado na reforma da parte geral do Código Penal, nos idos de 1984 (AZEVEDO; AZEVEDO, 2008, p. 51-52), o que nos fornece uma ideia das condições de possibilidade para se falar em um Direito Penal mínimo neste século.

⁵³⁰ Para Baratta, o fenômeno do eficientismo conecta-se a dois fenômenos adjacentes: a crise do sistema econômico-social e a crise da representação (BARATTA, 2004, p. 179).

⁵³¹ COUTINHO, 1997, p. 158. Por essa razão o autor chega inclusive a sustentar que, em última instância, uma sociedade de classes seria incompatível com uma cidadania plena (COUTINHO, 1997, p. 159), de modo a se diferenciar radicalmente da postura de Marshall, como vimos.

o poder punitivo é sem dúvida o campeão secular da produção de violências⁵³². Talvez por tudo isso as ácidas palavras de Batista traduzam uma angústia que merece reflexão desde o horizonte do discurso e práxis jurídico-penais:

O individualismo levado ao âmbito da culpabilidade converte o episódio criminal numa questão ético-pessoal; o desempregado já vive num estado de culpa, pelo delito de “incompetência”, e basta seguir vivo para aproximar-se de outros. Mais do que nunca, o sistema penal contribui para dar coerência a este estado de necessidade permanente feito projeto político, moldando sentimentos, expectativas e moralidades, que acabam por configurar-se como estética. [...] O sistema penal de um projeto político que tem na insegurança econômica seu dogma fundamental é incapaz de prover segurança jurídica [...], quando o único poder que resta ao Estado é o poder punitivo, a história acabou⁵³³.

O controle punitivo atinge a ralé estrutural subcidadã – os “elementos” sempre presentes no discurso policial e judiciário⁵³⁴ – como se fosse teleguiado por uma correlação de forças que o obriga a recair em uma espécie de gente e imunizar outra. Mas, para além das aparências, caber notar que essa tendência não obedece a uma lei natural ou histórica imutável; é antes, o produto de opções políticas que produzem um perfil de genocídio carcerário, o que nos diz que a construção de uma realidade diversa não é impossível⁵³⁵. Sendo certo que o neopunitivismo atinge a periferia do sistema-mundo de forma muito mais visceral do que o resto do globo⁵³⁶, também nos parece que é desde essa localidade que um contradiscurso jurídico-penal comprometido com a efetivação dos direitos de cidadania pode surgir, orientando uma práxis ético-emancipatória.

⁵³² ZAFFARONI, 2013, p. 23.

⁵³³ BATISTA, N., 2002, p. 156.

⁵³⁴ CARVALHO, J. M., 2013, p. 216-217.

⁵³⁵ Cf. CHRISTIE, Nils. Elementos para uma geografia penal. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 13, p. 51-57, nov. 1999.

⁵³⁶ WACQUANT, 2001, p. 19.

3 ERGUENDO O DIQUE: RECONSTRUINDO O MINIMALISMO JURÍDICO-PENAL A PARTIR DA REALIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER E DE UM AGIR ÉTICO

Ao concentrarmos nossos esforços de racionalização na questão do que o controle penal *poderia fazer* (funções declaradas), dotado ideologicamente de uma ambição de defesa social e de uma missão de tutela dos bens jurídicos fundamentais de toda a sociedade, tragicamente tendemos a escamotear a questão fulcral sobre o que o sistema penal efetivamente *faz* (funções latentes), movidos que somos por um idealismo que abdica de pôr em xeque o poder punitivo. Deixamos de constrangê-lo pela disparidade entre suas promessas e o sofrimento que produz e esse tem sido o curso da narrativa jurídico-penal com exceção de alguns poucos instantes de lucidez. E pior: os juristas justificam discursivamente a precariedade de seu poder e sua diminuição cada vez maior⁵³⁷. Sob outro viés não menos importante, notamos que, seguindo esse caminho, tragicamente tendemos a ignorar o potencial do poder jurídico, se canalizado na direção de objetivos alcançáveis. Renunciamos à construção de um discurso não legitimante, em cujo epicentro estariam as possibilidades concretas de intervenção social pelo poder jurídico para que se possa concretizar a cidadania constitucional e dessa forma proteger bens jurídicos: nesse caso, os bens jurídicos ameaçados pelo avanço do poder punitivo, a começar pelos direitos fundamentais da sua clientela preferencial.

Este capítulo se dedica a traçar as linhas fundamentais de um discurso jurídico-penal que abdica do ideal de defesa social que coloniza o utilitarismo penal, seja em sua vertente ilustrada, seja em sua forma reformada, com Ferrajoli. Para tanto, dentre os diversos caminhos possíveis de se seguir, optaremos por desenvolver uma crítica ao utilitarismo penal reformado a partir de dois vetores que, a nosso juízo, terminam por complementar-se reciprocamente: na primeira seção será feito um esboço no sentido de conectar o projeto realista marginal com alguns dos eixos teleológicos contidos na Constituição Federal de 1988, notadamente o seu projeto de cidadania e justiça social e sua diretriz para a segurança, ambos já trabalhados no capítulo anterior; já na segunda seção trataremos de desenvolver uma defesa do modelo de Direito Penal mínimo contido no realismo marginal em nome de um agir ético, recusando as abstrações teóricas fornecidas pela narrativa jurídico-penal sedimentada.

⁵³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. 1. ed. Caracas: Monte Avila, 1993, p. 43.

Mas do que falamos quando nos referimos a uma crítica eticamente orientada? Para que não corramos o risco de cair em abstrações metafísicas ou orientações vazias de conteúdo precisamos refinar o marco teórico que nos permitirá erigir uma crítica ética. Nesse sentido, cabe mencionar que falar em ética, longe de sugerir um corpo de pensamento e práxis homogêneo e consensual, significa falar em *sistemas de eticidade*⁵³⁸ que se encontram presentes em toda espécie de discurso, sendo que a narrativa jurídico-penal não é exceção. Já nos referimos, ainda que sucintamente, à ética utilitarista que está presente no discurso penal da Ilustração e também na versão desenvolvida por Ferrajoli, queira-se ou não. Não se trata, portanto, de abraçar ou recusar “a ética”, mesmo porque uma postura desse quilate simplifica demais as coisas. Trata-se, no entanto, de especificar “qual ética”, ou seja, deixar claro a qual sistema de eticidade o discurso realista marginal, aqui revisitado, pode ser associado.

Como a própria eleição de um fundamento ético necessita de elucidação, não podendo se dar a esmo, cabe alertar que o esboço do nosso argumento se dará a partir das obras de Benjamin, Dussel e Timm de Souza, e seus respectivos interlocutores, isso por se tratar de três autores que procuraram pensar o problema do agir ético a partir de um marco alternativo ao cânone moderno. Esperamos ter esclarecido satisfatoriamente que se trata de um percurso condizente com as eleições teóricas que movem esta pesquisa e não o único percurso. No entanto, acreditamos que os fundamentos trazidos pelos autores mencionados se prestam a pôr em outros termos a questão que nos toca – o *jus puniendi* estatal e missão de tutela de bens jurídicos pelo controle penal – recusando as aparências modernas e os ornamentos de racionalidade próprios da narrativa jurídico-penal, e é através dessa particularidade que buscaremos uma aproximação condizente com o realismo jurídico-penal marginal. Se toda filosofia constitui crítica das razões vigentes, como aponta Timm de Souza⁵³⁹, não seremos nós o ponto fora da curva. Parece-nos que é chegada a hora de uma crítica aos modelos de justificação do poder de punir, o que inclui a obra de Ferrajoli.

Todavia, a crítica não se dá a partir de um marco zero, nem mesmo a crítica ética. É preciso, portanto, assumir um lugar de fala, expor honestamente em favor do que nos insurgimos. Essa pesquisa se soma ao ideal de redução de danos inerentes ao sistema penal e o faz em razão de um princípio ético fundamental que é o de preservação e desenvolvimento

⁵³⁸ Claro que tal posicionamento requer um preço a ser pago: conceber a ética de forma não totalitária, procurando escapar das formas ditadas pela modernidade implica uma mente aberta para que se reconheçam sistemas de eticidade onde o pensamento moderno só identificou a não razão (nesse sentido, cf. SANTOS, 2002 e 2010 e, ainda, DUSSEL, 2012).

⁵³⁹ TIMM DE SOUZA, Ricardo. O nervo exposto: por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: D'ÁVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 25.

da vida humana em comunidade⁵⁴⁰. Esse princípio não é uma retórica vazia, mas o fundamento da ética da qual buscamos nos nutrir nesse capítulo, ou seja, empregaremos nosso argumento de modo que a vida humana adquira centralidade, mesmo que em oposição a constructos teóricos que satisfaçam as condições de legitimação ditadas pelo legado moderno. Trata-se, de um ato de insurgência narrativa⁵⁴¹ que intenta evitar a produção de vítimas e por isso as mantém em posição central.

Mas é possível insurgir-se narrativamente em favor das vítimas produzidas pelo sistema penal? E ainda: a narrativa jurídico-penal sedimentada, em função de seu discurso humanista que remonta ao garantismo ilustrado, já não o faz? Em que sentido uma crítica ética se diferencia dos critérios de deslegitimação de qualquer sistema penal moderno, fornecidos pelo Sistema Garantista de Ferrajoli? Todas essas questões serão enfrentadas ao longo deste capítulo e aqui iniciaremos pela primeira delas.

Insurgir-se narrativamente, desde o nosso olhar, implica pôr em questão a maneira como a história – no caso a história de um sistema de pensamento e seus efeitos concretos – é contada pela crônica oficial. Dussel observa, por exemplo, que a narrativa moderna implica um fechamento eurocêntrico da história perante os povos que não partem do mesmo lugar de fala do europeu colonizador⁵⁴². No entanto, ainda que as diversas expressões fornecidas pelos povos subalternizados hajam sido caladas violentamente, é dever do cronista resgatar suas memórias ou, no mínimo, elucidar o processo de invisibilidade que lhes recai. Estamos falando de contar a história sob um viés que contemple as violências produzidas e ignoradas pela crônica oficial e isso já é uma postura insurgente.

Benjamin refere que a leitura hegemônica da história – a que chama de historicismo – há muito fez sua opção em favor dos vencedores históricos e seus herdeiros no presente. Nesse sentido, a história contada a partir dessa perspectiva assemelha-se a um “cortejo triunfal” dos vencedores, no qual são carregados os despojos, ou seja, os bens culturais produzidos ao longo dessa trajetória. A leitura que propõe recusa-se a adotar tal ponto de vista, associando-se aos vencidos e desnudando a verdadeira face desses bens culturais, ou seja, expondo o horror e a barbárie que lhes subjaz. Nesse sentido, o autor reflete acerca de

⁵⁴⁰ DUSSEL, 2012, p. 93.

⁵⁴¹ No sentido que Khaled Jr. emprega à expressão (cf. KHALED JR., 2008, p. 76).

⁵⁴² Para o autor, “esta *simplificação* da complexidade abarca a totalidade do mundo da vida, da relação com a natureza (nova posição ecológica e tecnológica, não ideológica e a partir de uma razão instrumental), diante da própria subjetividade (nova autocompreensão da subjetividade consciente), diante da comunidade (a individualidade como nova relação intersubjetiva e política) e, como síntese, nova atitude econômica (a posição prático-produtiva do capital)” (DUSSEL, 2012, p. 60).

uma relação dialética entre cultura e barbárie⁵⁴³, que se implicam mutuamente, razão pela qual um modelo de história comprometido eticamente com os oprimidos deve evitar seduzir-se pelos encantos fornecidos por estes bens culturais. Em Benjamin, a barbárie não aparece como a ausência de eficácia dos bens culturais fornecidos pelo pensamento moderno, mas antes como “um subproduto da vida em determinado contexto social e histórico”⁵⁴⁴, o que a situa inclusive no berço desse sistema de pensamento. Mesmo assim, é pertinente lembrar, com Morin, que reconhecer a ambivalência e a complexidade intrínsecas à civilização e à barbárie não serve para justificar os atos de barbárie, mas para que possamos evitá-los⁵⁴⁵. Para Benjamin, a história deve ser “escovada a contrapelo”⁵⁴⁶ o que, segundo Löwy, significa que o cronista comprometido com os vencidos deve – em um sentido historiográfico – recusar-se a integrar o cortejo triunfal dos vencedores, ou seja, a continuidade histórica da dominação através dos bens culturais legados, além de – em um sentido político – dar impulso à transformação da realidade planejada de modo a favorecer os vencedores ao custo da opressão de amplas camadas da população, em outras palavras, subverter o estado das coisas lutando contra a própria opressão⁵⁴⁷.

Fica claro então que para o filósofo frankfurtiano a crônica oficial não está ao lado das vozes caladas, mas serve, querendo ou não, aos processos de extermínio que vêm com a própria modernidade, apesar de suas reiteradas promessas de emancipação social. Refletindo a partir da representação de Klee, Benjamin enxerga a história como uma catástrofe única ou um acúmulo de ruínas, cujo juízo histórico não consegue reparar em razão da crença no progresso, marcadamente moderna, como vimos⁵⁴⁸. O que a leitura benjaminiana procura é “inverter essa visão da história, desmistificando o progresso e fixando um olhar marcado por uma dor profunda e inconsolável – mas também por uma profunda revolta moral – nas ruínas

⁵⁴³ Para Löwy, “em vez de opor a cultura (ou a civilização) e a barbárie como dois polos que se excluem mutuamente, ou como etapas diferentes da evolução histórica [...] Benjamin os apresenta dialeticamente como uma unidade contraditória” (LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 75), o que vai ao encontro do sentido que autores como Leopoldo Zea fornecem aos termos (cf. ZEA, 2005, p. 57 e ss.). Ainda assim, vale o alerta de que para Benjamin, em que pese os bens culturais produzidos mantivessem a faceta secreta da opressão sofrida pelos vencidos, seria um erro reduzi-los, de modo generalizado, a meros instrumentos reacionários, já que muitos deles fornecem uma imprevista munição à luta dos vencidos (LÖWY, 2005, p. 79).

⁵⁴⁴ HOBBSAWM, Eric. Barbárie: manual do usuário. In: *Sobre história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 347.

⁵⁴⁵ MORIN, 2009, p. 37-38.

⁵⁴⁶ BENJAMIN, 1987, p. 225.

⁵⁴⁷ LÖWY, 2005, p. 74.

⁵⁴⁸ BENJAMIN, 1987, p. 226.

que ele produz”⁵⁴⁹, para que dessa forma a luta dos oprimidos ganhe chances e impeça a continuidade do fluxo de catástrofes.

Acreditamos, portanto, que a insurgência pela via narrativa é possível no campo do discurso jurídico-penal, mas para isso deve seguir as diretrizes de um compromisso ético com os vencidos, com os estratos mortificados ou violentados pelas intervenções do sistema penal. Isso requer a clareza de discernimento – que não pode ser outro que não um discernimento crítico-criminologicamente orientado – para que se possa identificar a produção sistemática de vítimas pelo controle penal e pensá-la para além das reiterações da narrativa sedimentada que apreende o sofrimento humano como um mal passageiro, destinado a ser superado pelo progresso da razão moderna, como vimos. Se a narrativa jurídico-penal sedimentada serve ao cortejo triunfal dos vencedores, precisamos pensar em pressupostos alternativos e nesse aspecto a leitura realista marginal nos auxilia fortemente.

3.1 O realismo marginal e a inversão da narrativa jurídico-penal sedimentada: enfática recusa ao *jus puniendi* e intersecções com a cidadania constitucional

Pela expressão *marginal* pretendemos nos referir a um modelo de discurso que se caracteriza por um lugar de fala historicamente encoberto, eis que a marginalização não é um atributo intrínseco, mas uma característica que se efetiva “desde um centro de poder que qualifica a partir de sua própria situação e linguagem”⁵⁵⁰ o restante da experiência humana. Nesse sentido, a periferia do sistema mundo acaba condenada a projetar discursos que, ou se enquadram no cânone do paradigma moderno – e dessa forma adquirem certa carga de legitimidade que só pode ser desqualificada quando apresente desvantagens comparativas com relação a outras forças discursivas provindas da mesma matriz de pensamento – ou não se enquadram na moldura fornecida por esse paradigma e, assim, pagam antecipadamente o preço da desqualificação⁵⁵¹. Como dissemos a partir de Santos, o discurso moderno em geral e a narrativa jurídico-penal em especial são razões metonímicas, justamente porque encaram a

⁵⁴⁹ LÖWY, 2005, p. 92.

⁵⁵⁰ ZEA, 2005, p. 66.

⁵⁵¹ Essas duas atitudes traduzem aproximadamente a diferenciação que Mignolo faz entre *identidade na política*, que corresponde à opção de continuidade por entre os caminhos abertos pela razão moderna (que ainda é essencialmente colonial) e a *identidade em política*, que se afigura uma opção descolonial que decorre daquilo que o autor chama de “desobediência epistêmica”. Para ele, “a identidade *em política* é crucial para a opção descolonial, uma vez que, sem a construção de teorias políticas e a organização de ações políticas fundamentadas em identidades que foram alocadas (por exemplo, não havia índios nos continentes americanos até a chegada dos espanhóis; e não havia negros até o começo do comércio massivo de escravos no Atlântico) por discursos imperiais [...], pode não ser possível desnaturalizar a construção racial e imperial da identidade no mundo moderno em uma economia capitalista” (MIGNOLO, 2008, p. 289).

si mesmas enquanto totalidade: nada há para além, ou, ao menos, nada digno de nota. A narrativa jurídico-penal moderna nas configurações ditadas a partir do Iluminismo afirma-se como uma identidade discursiva superior a outras formas de conceber o desvio e os conflitos e de lidar com eles, de modo que traduções alternativas para esses signos são prontamente expelidas da esfera do “real”⁵⁵².

A obra de Zaffaroni, entretanto, nos proporciona uma leitura diferenciada sobre o discurso jurídico-penal e seus fundamentos. Para Khaled Jr., Zaffaroni promove “um grande esforço de depuração dos espaços de interdição libertária do discurso jurídico-penal, localizando de forma perspicaz boa parte dos seus impasses”⁵⁵³, ou seja, trata-se de um verdadeiro giro epistemológico⁵⁵⁴ na cosmovisão jurídico-penal. Sem cair nos encantos da narrativa penal hegemônica, o autor subverte o sentido das formulações, apropriando-se criativamente de elementos que favoreçam a assunção de um novo objetivo para o Direito Penal: a contenção do poder punitivo. Seu modelo de minimalismo jurídico-penal é chamado de *realismo marginal*⁵⁵⁵ e procura fundar-se em uma harmonia de pressupostos com a crítica criminológica, recusando-se enfaticamente a adotar uma atitude relegitimante como resposta às investidas de outros saberes. Para Zaffaroni, se nos países centrais, com seus constructos teóricos reverentes ao poder de punir, o discurso jurídico-penal sedimentado consegue perpetuar-se com relativa facilidade na cosmovisão jurídica, a realidade periférica exige um paradigma teórico capaz de conectar Direito Penal e criminologia⁵⁵⁶. Seu modelo busca estabelecer uma ponte entre essas leituras do sistema penal, mas de modo a evitar a subalternidade da crítica externa, ou seja, admitindo-se a penetração de argumentos criminológicos, por mais que sejam fulminantes ao comodismo jurídico.

Vale lembrar, na linha de Andrade, que a recepção da criminologia crítica em solo latino-americano replicou e desenvolveu criativamente os conceitos e a crítica centrais, chegando a formular uma nova constelação de hipóteses explicativas acerca do fenômeno criminal e do controle social na realidade periférica do sistema-mundo. Construiu-se, conforme a autora, uma identidade própria capaz de distinguir o criticismo criminológico proveniente da América Latina de sua ascendente europeia⁵⁵⁷, algo que não foi realizado no campo do Direito Penal, como vimos. Cumpre ressaltar que esse acúmulo teórico não se

⁵⁵² MIGNOLO, 2008, p. 291.

⁵⁵³ KHALED JR., 2013, p. 539.

⁵⁵⁴ BATISTA, V. M., 2007, p. 147.

⁵⁵⁵ Expressão que resume também o seu conjunto de propostas para uma criminologia latino-americana (cf. ZAFFARONI, 1988, *passim*). Ainda, mais recentemente o autor tem trabalhado o conceito e as implicações de uma criminologia *cautelar* (cf. ZAFFARONI, 2012, *passim*).

⁵⁵⁶ ZAFFARONI, 2001, p. 35.

⁵⁵⁷ ANDRADE, 2012, p. 83.

restringiu à elaboração de chaves interpretativas do controle punitivo, mas configurou um verdadeiro movimento transformador da realidade, que uniu biografias em torno de um projeto que não é unívoco, mas certamente orientado em busca da emancipação social da realidade marginal⁵⁵⁸. Esse projeto, contudo – apesar de autêntico –, ficou inacabado já que ainda não foi levado às suas últimas consequências⁵⁵⁹.

Ainda assim, nos parece que acerta Andrade quando aduz que esse projeto não está morto, cabendo aos saberes criminológico e jurídico-penal retomá-lo e lhe dar seguimento⁵⁶⁰. A interação entre o saber jurídico-penal e o acúmulo criminológico gestado a partir da nossa realidade periférica ainda é possível, a depender das opções teóricas que se mostram a essa altura. Se antes um Direito Penal de garantias – o que inclui, claro, a sistematização de autores como Ferrajoli – representaria a síntese mais efetiva (ainda que pouquíssimo efetiva, bastando nos reportarmos à realidade das práticas punitivas e ao encarceramento massivo para percebê-lo) desse projeto e da parceria entre criticismo criminológico e o discurso jurídico-penal⁵⁶¹, a pauta agora é “não permitir que o criticismo se esgote no garantismo, ou que este colonize aquele”⁵⁶², o que inclui promover uma abertura inclusive às hipóteses e à criatividade abolicionista⁵⁶³, o que, a nosso ver, só é possível quando dotamos o Direito Penal de um contradiscurso crítico, livre das amarras da ideologia da defesa social, como é sugerido pelo modelo do realismo marginal zaffaroniano. A esta altura está claro que modelos utilitários, como o de Ferrajoli, não fogem às armadilhas da razão penal metonímica que confunde a particularidade histórica europeia com a totalidade da experiência punitiva, como vimos – o que felizmente não ocorre com relação ao criticismo criminológico, desde sempre atento às particularidades da realidade periférica e engajado no combate emancipatório⁵⁶⁴.

⁵⁵⁸ Para uma excelente síntese acerca desse projeto e o papel desempenhado pelos seus atores (assim como as vidas que ficaram pelo caminho ao tentar corajosamente desenvolvê-lo), cf. CASTRO, 2005, p. 19 e ss.

⁵⁵⁹ ANDRADE, 2012, p. 85.

⁵⁶⁰ ANDRADE, 2012, p. 95.

⁵⁶¹ ANDRADE, 2012, p. 97.

⁵⁶² ANDRADE, 2012, p. 100.

⁵⁶³ ANDRADE, 2012, p. 101.

⁵⁶⁴ Conforme Andrade, não há uma disjuntiva entre a recepção do paradigma da criminologia crítica europeia e a construção da latinidade criminológica. Há, isto sim, uma relação de *complementariedade* na medida em que essa recepção não se deu de modo marcadamente subalterno e reverencial, muito menos atendendo às conveniências do projeto de transnacionalização do controle penal, como já discutimos a partir de Del Olmo. Tratou-se de uma recepção criativa que projetou pautas nitidamente comprometidas com a realidade periférica (ANDRADE, 2012, p. 113). Como vimos, o mesmo não pode ser dito da criminologia etiológico-positivista e da narrativa jurídico-penal sedimentada. Nesse sentido, vale o alerta de Batista: “a nossa perspectiva é oswaldiana e antropofágica: como recebemos e digerimos as teorias do centro hegemônico. É esse o dilema da reconstrução das criminologias críticas, suas *traduções traidoras*, seus objetos transplantados, suas metodologias reinventadas. De que maneira a criminologia faz parte da grande incorporação colonial no processo civilizatório? Quantas rupturas criminológicas serão necessárias para reconstruir nosso objeto, nossa metodologia, a nosso ver?” (BATISTA, V. M., 2012, p. 17).

Para Zaffaroni, o discurso relegitimante da narrativa jurídico-penal hegemônica exclui os dados fornecidos pela realidade, voltando suas forças para o objetivo de fundar uma completude lógica impecável para esse sistema de pensamento⁵⁶⁵. Os teóricos que escrevem a história do Direito Penal, mesmo na periferia do sistema-mundo, temem o risco do que consideram um “reducionismo sociológico” do poder de punitivo⁵⁶⁶, de modo que a crítica externa é encarada com injustificável ceticismo ou simplesmente ignorada⁵⁶⁷. É como se o discurso jurídico-penal sedimentado buscasse se esquivar da problemática da deslegitimação do exercício do poder punitivo pela via mais fácil e ao mesmo tempo precária que podemos imaginar: a pura e histórica negação (como se negar o problema o fizesse desaparecer)⁵⁶⁸.

Ora, se o discurso jurídico-penal, que em ultima instância é o programa de ação dos atores jurídicos, não fornece respostas contundentes às evidências da eficácia invertida do controle penal, é de se presumir que os próprios atores que personificam o sistema penal em suas várias etapas acabam perdidos, sem pressupostos teóricos que confirmam legitimidade à sua práxis. Gera-se, para Zaffaroni, uma atitude relegitimante meramente burocrática que afasta a ação jurídica de qualquer juízo ético – os atores judiciais acabam fazendo uso de argumentos como o de que a legitimidade do sistema penal não é problema que lhes cabe, ou então que só cumprem ordens, não possuem responsabilidade direta⁵⁶⁹ – e também dos próprios pressupostos jurídico-constitucionais e democráticos que deveriam estruturar suas ações. Se Arendt está certa ao considerar a atitude burocrática como uma espécie de “crime perfeito”, já que prevalecendo ela ninguém pode ser considerado responsável por coisa alguma – a autora refere-se às camadas da cadeia burocrática como um “domínio de Ninguém”⁵⁷⁰ – a desmoralização da narrativa jurídico-penal e por via de consequência da práxis judiciária implica também a desmoralização das instituições democráticas que deveriam assegurar a cidadania constitucional.

Então qual seria um fundamento racional para conduzir o discurso e a práxis jurídico-penais? Zaffaroni ensaia uma resposta: o único fundamento apto a fornecer legitimidade para o Direito Penal – mormente na margem do sistema-mundo⁵⁷¹ – está presente na necessidade

⁵⁶⁵ ZAFFARONI, 2001, p. 80.

⁵⁶⁶ ZAFFARONI, 2001, p. 82.

⁵⁶⁷ Wacquant já advertia que a atitude negacionista de alguns segmentos político-criminais atualmente encaram a crítica criminológica como um discurso desmoralizador e “desresponsabilizante”, desculpas sociológicas para justificar comportamentos individuais e que, dessa forma, não poderiam ser confundidas com prescrições jurídico-penais (WACQUANT, 2001, p. 61-62).

⁵⁶⁸ ZAFFARONI, 2001, p. 83.

⁵⁶⁹ ZAFFARONI, 2001, p. 83-84.

⁵⁷⁰ ARENDT, Hannah. Da violência. In: *Crises da república*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 118.

⁵⁷¹ Já referimos que Zaffaroni trabalha, a partir das categorias de Darcy Ribeiro, a questão do desenvolvimento peculiar da realidade marginal-periférica. Para o autor, se não acharmos uma alternativa que corresponda a uma

de pautar as decisões judiciais em acordo com o ideal de redução de danos que decorre do imperativo constitucional, reforçando assim o poder dos juristas. E mais: a adoção desse postulado não implica necessariamente a assunção de um modelo de justificação do poder de punir, mas requer a canalização do poder jurídico na direção contrária, ou seja, na própria contenção desse poder⁵⁷². Conforme Carlés, ao propor a incorporação ao discurso jurídico-penal dos dados da realidade do controle penal, o realismo marginal encara uma consequência inevitável, qual seja a completa deslegitimação do poder punitivo. Entretanto, longe de acarretar qualquer imobilismo conformista, o discurso e a práxis jurídico penal são reconstruídos a partir de uma teleologia diferente, no caso, a contenção do próprio poder punitivo deslegitimado⁵⁷³. Sem romper com conquistas do garantismo (ilustrado ou Ferrajoliano), Zaffaroni ergue um modelo que leva em conta as críticas produzidas pela criminologia, inclusive as vertentes abolicionistas⁵⁷⁴.

Para Zaffaroni, o poder jurídico não pode ser confundido com o poder punitivo. Apesar de o discurso jurídico-penal sedimentado ter buscado historicamente um alinhamento entre esses dois poderes é preciso que sejam apartados analiticamente. O poder punitivo precede ao poder jurídico, na medida em que o ato de criminalização primária é político, exercido por um poder legiferante e não jurídico⁵⁷⁵. Como já expusemos, Zaffaroni considera sintomático que um ato de poder legislativo sirva para pautar o horizonte teórico e prático dos juristas. Para ele, ao invés de debruçar-se sobre as neocriminalizações buscando adequá-las, com muito esforço, aos fins discursivamente fornecidos pela narrativa penal sedimentada, os juristas deveriam empenhar-se em erigir um contradiscurso que seja capaz de limitar os âmbitos de incidência desse ato de poder e adequá-lo aos ditames constitucionais e legais.

O que está em jogo nessa tarefa? Desde o nosso olhar a própria cidadania constitucional tem a ganhar com uma reformulação dessa natureza, pois as mais notórias funções não declaradas, mas efetivamente cumpridas pelo sistema penal consistem em criar e aprofundar os antagonismos e as contradições sociais o que corresponde ao enfraquecimento

aceleração evolutiva (o que contrasta com a *adaptação histórica* a que fomos submetidos) o projeto tardocolonialista e suas implicações neopunitivas e eficientistas seguirá seu curso, destruindo vidas pelo caminho. Por conta disso, um projeto de desenvolvimento baseado nesses pressupostos alternativos tem de primar pela contenção do poder punitivo (ZAFFARONI, 2001, p. 122-123), historicamente necessário à empreitada colonial, seja qual for o seu momento (ZAFFARONI, 2013, p. 10).

⁵⁷² ZAFFARONI, 2001, p. 106-107.

⁵⁷³ CARLÉS, 2012, p. 267.

⁵⁷⁴ ANITUA, 2008, p. 738.

⁵⁷⁵ Conforme Batista “o elemento que transforma o *ilícito* em *crime* é a decisão política – o ato legislativo – que o vincula a uma pena. Esse é o substrato das definições formais de crime, e ele nos revela que a pena não é simples ‘consequência jurídica’ do crime, mas sim, antes disso, sua própria *condição de existência jurídica*” (BATISTA, N., 2011, p. 42).

ou mesmo destruição de vínculos comunitários e relações sociais horizontais, necessários à cidadania⁵⁷⁶, como vimos. Para Zaffaroni, os direitos de cidadania são um programa de transformação do *status quo* e não devem ser encarados de maneira banal. Sendo um programa, intentam uma realização concreta, precisamente a cidadania constitucionalmente afirmada, de modo que não devemos aceitar tentativas de manipulação teórica do conceito, tendentes a esvaziar seu potencial emancipatório. Mas, refere ainda o autor, enquanto os direitos humanos do cidadão assinalam um programa que se dedica a concretizar a igualdade, os sistemas penais são instrumentos históricos que favorecem uma correlação de forças sociais assimétrica, ou seja, apenas consagram e cristalizam a desigualdade de direitos em todas as sociedades⁵⁷⁷.

O realismo jurídico-penal marginal, dessa forma, constitui um modelo de Direito Penal mínimo sincrético, isto é, uma resposta discursiva que seleciona elementos teóricos variados, desde que conduzam a uma leitura competente da nossa realidade periférica e se mostrem aptos a transformá-la, ou seja, elementos teóricos que integrem o ideal de emancipação social, historicamente sonogado pelo paradigma moderno. Em outras palavras:

Com a elaboração e a completude lógica das respostas centrais, nossas respostas marginais sempre aparecerão como defeituosas. Como dependemos de referências teóricas centrais e de seus elementos, torna-se demasiadamente titânica a tentativa de criar algo semelhante a um marco teórico que permita uma aproximação da nossa realidade. Esta dependência nos obriga a lançar mão desses elementos, selecionando-os e combinando-os de acordo com algum critério que, em nosso caso, nos permita “ver” os componentes teóricos – ou úteis – necessários para hierarquizar e defender a *vida humana* e a *dignidade do homem*. A partir desta premissa seletiva – à qual denominamos “realismo marginal” – obtemos, obviamente, uma referência teórica *sincrética*⁵⁷⁸.

Se os elementos teóricos que orientam o modelo de resposta realista marginal devem ser condizentes com o exercício do poder punitivo, fica claro que há no modelo zaffaroniano uma abertura significativa aos argumentos fornecidos pelas vertentes críticas da criminologia, assim como um fechamento enfático para com elementos que visem mais a completude lógica no marco de um ou outro modelo teórico do que a verossimilhança com o exercício do poder de punir⁵⁷⁹. O modelo realista marginal atende à sugestão de Del Olmo, para quem ambos saberes (criminológico e jurídico-penal) necessitam se complementar, especialmente na

⁵⁷⁶ ZAFFARONI, 2001, p. 145.

⁵⁷⁷ ZAFFARONI, 2001, p. 149.

⁵⁷⁸ ZAFFARONI, 2001, p. 160-161.

⁵⁷⁹ ZAFFARONI, 2001, p. 163.

realidade latino-americana, para que se possa pensar em políticas criminais alternativas que evitem a marginalização de amplos contingentes populacionais⁵⁸⁰.

Deve-se levar em conta, sob outra perspectiva, que um determinado elemento teórico-discursivo pode parecer minimamente apto para descrever ou prescrever o exercício do poder punitivo quando circunscrito à realidade central, mas se revela disfuncional à realidade periférica. Nesse caso, para Zaffaroni, a teoria jurídico-penal comprometida com a margem do sistema-mundo deve impor-se, recusando a adoção sem critérios dessa espécie de discurso⁵⁸¹. Uma atitude desse tipo não implica um isolamento teórico, mas uma tomada de posição em favor da vida (sua preservação e desenvolvimento, como diremos a seu tempo) e do potencial emancipatório contido na cidadania constitucional, a partir de outro ponto do poder planetário, considerando que a rede de poderes é a mesma e as ações implicam-se mutuamente em escala planetária⁵⁸².

Para Zaffaroni, o Direito Penal, ancorado em uma ou mais teorias de justificação da pena é incapaz de projetar uma pauta condizente com o ideal emancipatório, eis que desdenha dos dados da realidade⁵⁸³ ou os incorpora em posição extremamente servil e secundária⁵⁸⁴. A assimetria entre as funções declaradas da pena (e as missões conferidas ao controle penal) e a maximização dos danos produzidos pelo poder punitivo, especialmente nesta fase do desenvolvimento capitalista, dão conta de demonstrar o lugar da crítica criminológica no marco teórico do Direito Penal moderno, que ainda se sustenta não se sabe como. O discurso jurídico-penal que tem lugar a partir de então, acaba não levando em consideração a natureza do poder punitivo, de modo que as teorias jurídicas, desde o utilitarismo ilustrado até o reformado, procuraram historicamente justificá-lo e não compreendê-lo. O modelo realista marginal, no entanto, não se esquiva de fornecer uma hipótese para essa questão e o faz a partir de uma sincera problematização do *jus puniendi*.

⁵⁸⁰ DEL OLMO, Rosa. Criminología y derecho penal: aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 37, 1987, p. 90.

⁵⁸¹ ZAFFARONI, 2001, p. 165.

⁵⁸² ZAFFARONI, 2001, p. 174.

⁵⁸³ Não se sugere que a construção de um discurso jurídico-penal em simetria com os dados da realidade operacional dos sistemas penais latino-americanos é uma tarefa fácil. Conforme Batista, “as dificuldades do realismo não são poucas: o encontro com o empírico vai lidar com a falta de recursos proporcionalmente inversos à concentração de recursos nas pautas importadas das elites financeiras. [...] É através do encontro com o empírico, com o conhecimento da realidade nua e crua dos nossos sistemas penais letais que podemos reconstruir nosso saber crítico” (BATISTA, V. M., 2007, p. 142). A questão principal não diz respeito à dificuldade – inerente à margem do sistema-mundo – em produzir os dados confiáveis para conduzir políticas criminais emancipatórias. Para além desse aspecto está o completo fechamento dos penalistas em uma espécie de “realidade” à parte da que vivemos, justamente a postura contra a qual o realista marginal se insurge. Para Carlés, o modelo realista marginal – em que pese reconheça a existência de graus de realismo e de idealismo, em cujos extremos estriam posições reducionistas ou solipsistas – previne a criação dessa “realidade” cujos limites não ultrapassam o imaginário dos juristas, estando aí um de seus grandes méritos (CRLÉS, 2012, p. 266-267).

⁵⁸⁴ ZAFFARONI, 2001, p. 183-184.

Zaffaroni busca inspiração para enfrentar a questão do moderno “direito de punir” a partir da obra de Tobias Barreto, que talvez tenha sido o primeiro penalista a desvelar o problema das teorias de justificação da pena, por ele tidas como “bolhas de sabão teoréticas” ou postulados inerentemente metafísicos⁵⁸⁵. Mesmo reconhecendo, a partir da leitura kantiana, que a enunciação metafísica de questões relevantes é impossível de ser extirpada totalmente de um campo do conhecimento – por se tratar de uma tendência humana, antes de tudo –, Barreto sustenta que o Direito Penal deve esforçar-se para manter certa distância dessa espécie de formulação, tendo em conta o potencial de produção de danos que pode se dar a partir da invasão metafísica nos discursos sobre o poder punitivo⁵⁸⁶.

Barreto advoga em favor de uma radical contextualização histórica do *jus puniendi*, de modo a recusar uma leitura que o situe no tempo do “era uma vez”, como nos diz Benjamin⁵⁸⁷. Por essa razão, o autor se desobriga de adotar as abstrações do “velho racionalismo jurídico”, que no nosso quadro analítico corresponde ao utilitarismo ilustrado. Para ele, buscar descobrir no fenômeno jurídico um elemento apriorístico que seja anterior e superior a toda a experiência histórica não é apenas um erro indesculpável, mas o testemunho de uma pobreza teórica⁵⁸⁸. Se Batista está correto quando afirma que questionar acerca das formas de aparecimento histórico do Direito Penal e do controle punitivo é a melhor maneira para contornar os riscos idealistas que o discurso jurídico-penal sedimentado acaba perpetrando⁵⁸⁹, a leitura de Tobias Barreto certamente nos propicia um olhar diferenciado para o fenômeno jurídico-penal. Barreto aduz que compreender esse fenômeno como uma dádiva divina ou mesmo como o corolário insofismável da inteligência e da razão humana – como o fez o jusnaturalismo contratualista – corresponde a uma ilusão, já que ao fim trata-se apenas de um fenômeno sedimentado historicamente⁵⁹⁰, uma leitura certamente muito adiantada com relação aos penalistas de seu tempo⁵⁹¹.

Ao contrário da leitura ferrajoliana que concebe vingança e pena como dois momentos completamente distintos, separados pelo progresso histórico, Barreto enxerga um liame de continuidade entre esses dois fenômenos, de modo a identificar a pena e o sacrifício humano

⁵⁸⁵ BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado direito de punir. In: *Menores e loucos em direito criminal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003 p. 125-126.

⁵⁸⁶ BARRETO, 2003, p. 127-128.

⁵⁸⁷ BENJAMIN, 1987, p. 231.

⁵⁸⁸ BARRETO, 2003, p. 134.

⁵⁸⁹ BATISTA, N., 2011, p. 17.

⁵⁹⁰ BARRETO, 2003, p. 134.

⁵⁹¹ BATISTA, N., 2011, p. 18.

vindicativo, este último fenômeno como a contra face bárbara do primeiro⁵⁹². As condições do ato sacrificial podem variar conforme o grau de civilidade das práticas punitivas, mas para o autor inevitavelmente se está diante do sentimento de vingança, mesmo após o advento da modernidade penal⁵⁹³. Mesmo que não esteja livre de lacunas e contradições⁵⁹⁴, à obra de Barreto devemos um dos argumentos mais devastadores da cultura jurídico-penal, ou seja, a ousadia de situar o *jus puniendi* estatal em um lugar historicamente condizente: o da política, isto é, no campo das conveniências (classistas, vale complementar) por trás da execução de um ato de poder, o que vai ao encontro da leitura de autores como Foucault, Rusche e Kirchheimer, como vimos. Para Barreto:

O Conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das theorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência de direito, logicamente fundada [...] Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra⁵⁹⁵ (sic).

Por conceber a pena e o poder punitivo para além das formulações ditadas pelas doutrinas de justificação, a obra de Barreto se propunha contribuir para instaurar uma militância jurídica e combater a ideologia penal neocolonialista (hoje tardo-colonialista, como vimos), de modo que o objetivo político de transformação do *status quo* é evidente em seus escritos, como afirma Zaffaroni⁵⁹⁶. Sob outro viés, fica claro que a recusa aos modelos teóricos centrais de justificação do poder punitivo na forma de um direito de punir soa estranha a uma cultura jurídica formatada por essa razão metonímica. De fato, o exercício reiterado dessa razão – seu empreendimento reconstrutivo, conforme vimos no primeiro capítulo – é tendente a desqualificar os argumentos elencados por Barreto em nome da coesão

⁵⁹² Para o autor: “E esta ideia da vindicta, que vigorou no direito penal dos romanos, que estendeu-se mesmo á tempos muito posteriores, não foi arredada, como costumam afigurar-se, pelas chamadas theorias do direito de punir; theorias que, como todas do mesmo gênero, não fazem mais do que procurar prender ás leis da racionalidade moderna uma velha cousa barbara e absurda, posto que necessária, qual é a pena, sem que d’ahi resulte a minima alteração na natureza do facto. [...] Os criminalistas que ainda julgam se obrigados a fazer exposição dos diversos systemas engendrados para explicar o direito de punir, o fundamento jurídico e o fim racional da pena, commettem um erro, quando na frente da serie collocam a vindicta. Por quanto a vindicta não é um systema; não é, como a defeza directa ou indirecta e as de mais formulas explicativas ideadas pelas theorias *absolutas, relativas e mistas*, um modo de conceber e julgar, de accordo com esta ou aquella doutrina abstracta, o instituto da pena; a vindicta é a pena mesma, considerada em sua origem de facto, em sua gênese histórica, desde os primeiros esboços de organização social, baseada na communhão de sangue e na communhão de paiz, que naturalmente se deram logo depois do primeiro albor da consciência humana” (sic) (BARRETO, 2003, p. 138-139).

⁵⁹³ BARRETO, 2003, p. 136-137.

⁵⁹⁴ cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAÚJO JR., João Marcelo (Org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 176.

⁵⁹⁵ BARRETO, 2003, p. 143-144.

⁵⁹⁶ ZAFFARONI, 1982, p. 180.

interna do discurso jurídico-penal, mesmo que a natureza do poder de punir não corresponda ao seu lugar nessa estrutura de pensamento. Enquanto o utilitarismo da Ilustração, calcado na metáfora do contrato, identificava o poder punitivo como um poder jurídico exercido pela soma das vontades temerosas do retorno do mítico estado de natureza, o penalista sergipano encarava o poder punitivo despido dessa espécie de ornamento, e o que restava era o puro exercício de poder⁵⁹⁷, atualmente orientado para certas finalidades que diferem substancialmente da agenda declarada pelo discurso jurídico-penal.

Apesar da pouca atenção que o trabalho de Tobias Barreto parece ter obtido pelos seus contemporâneos, a força de seus argumentos foi mais tarde retomada por Raúl Zaffaroni que conjuga a sua crítica ao *jus puniendi* juntamente com a leitura realista marginal. Se as razões da pouca penetração do pensamento de Barreto no campo da narrativa jurídico-penal se devem à desconexão entre seus pressupostos e os fundamentos filosóficos que conduziam esse discurso⁵⁹⁸, a partir do desenvolvimento realista marginal sua crítica ganha propulsão. Para Zaffaroni, é preciso construir um Direito Penal que seja orientado pelos dados da realidade do exercício do poder punitivo e não uma nova reiteração metafísica da sua legitimidade por meio de uma postura refratária aos mesmos. Além disso, essa construção é perfeitamente possível a partir da teleologia constitucional, podendo prescindir das abstrações das doutrinas de justificação da pena⁵⁹⁹.

Vimos que Barreto refere que o fundamento da pena estaria presente no próprio fundamento da guerra, o que expõe a natureza política do poder de punir. Essa analogia merece ser explorada e o que se extrai dela possui valor imenso para a leitura realista marginal. Zaffaroni enxerga a guerra como um fato de poder deslegitimado, ou seja, um exercício de poder que não pode ser justificado, sob qualquer viés, dado que inevitavelmente conduz ao extermínio de vidas humanas e também por conta do consenso internacional acerca da sua ilegitimidade. Nesse caso, porém, há que se ressaltar que o direito humanitário, através

⁵⁹⁷ Para Batista, a natureza política do Direito Penal e do controle punitivo é mesmo uma decorrência lógica do fato de que ele é concebido para a realização de determinados fins do marco estatal (BATISTA, N., 2011, p. 20), algo que parece ser ignorado pelos penalistas em geral.

⁵⁹⁸ A partir de Zaffaroni, podemos especular que a hipótese capaz de explicar as contradições e lacunas no pensamento de Tobias Barreto elucida também a necessidade de uma atitude realista marginal no que tange aos modelos teóricos centrais: “As contradições de Tobias provem da falta de elementos filosóficos com os quais opôs-se ao avanço do positivismo autoritário e racista do sul. Estas carências são comuns até hoje: é impossível opor uma ideologia num marco teórico coerente – ao nível de coerência dos países centrais – desde os países periféricos, por causa das limitações dos meios e da informação, que é disponível nos países centrais e que não têm os cientistas sociais dos nossos países. Os marcos teóricos feitos na periferia do poder planetário ficam, pelo menos em boa parte, contraditórios. Hoje sabemos que o complexo ‘poder-saber’ é indivisível e o maior mérito não é a impossível construção de um marco teórico perfeito (segundo os controles de qualidade acadêmicos dos países centrais), mas a clareza na percepção do sentido do exercício do poder” (ZAFFARONI, 1982, p. 181).

⁵⁹⁹ ZAFFARONI, 2001, p. 186-187.

de organismos como a Cruz Vermelha, que atua em condições conflituvas, mas sem aderir à violência levada a cabo por qualquer dos atores envolvidos (nem mesmo tratando de justificá-la), encontra-se perfeitamente legitimado. Pondo em outras palavras, apesar de a guerra – o exercício bélico do poder – carecer de legitimidade, os atores que buscam contê-la, desde que atuem nesse sentido, operam legitimamente. A analogia com o Direito Penal é mais do que evidente: estando a pena (assim como a guerra) deslegitimada em razão da falsidade de seu discurso, o poder jurídico, por sua vez, encontra-se legitimado para atuar na contenção de seus efeitos, ou seja, o poder jurídico seria, nesse modelo de minimalismo jurídico-penal, a “Cruz Vermelha” que se dedica a limitar a projeção do poder punitivo⁶⁰⁰. Por essa razão o Direito Penal do realismo marginal não implica uma relegitimação do sistema penal, mas muito antes o contrário: é na contenção do poder de punir que os atores jurídicos adquirem sua legitimidade e é assim que produzem um incremento de seu poder, pois se recusam a trabalhar a partir da posição servil que o processo de criminalização lhes confere⁶⁰¹.

Dissemos que essa opção traduz uma tomada de posição em favor da cidadania constitucional. Devemos agora retomar essa trilha. O realismo marginal de Zaffaroni estrutura-se analiticamente a partir de uma contraposição histórica entre dois polos, quais sejam: o *Estado de Direito* e o *Estado de Polícia*. Zaffaroni *et al.* reconhecem que esses polos não devem ser lidos enquanto categorias típicas perfeitas, mas de forma aproximativa, ou seja, não existiriam Estados de Direito “puros”, mas configurações jurídico-políticas que desempenhem melhor ou pior a sua função precípua. E qual seria essa função? Para os autores o Estado de Direito deve ser compreendido como uma barreira que contém (nunca completamente) os efeitos do Estado de Polícia. Enquanto o Estado de Direito seria a submissão de todos os cidadãos e das instituições estatais à lei e aos ditames constitucionais, o Estado de Polícia nutre um desprezo pelas garantias da cidadania e se afigura como um estado de coisas onde os habitantes são subordinados ao poder dos estratos hegemônicos. Há, portanto, uma relação dialética que parece descrever os rumos históricos do próprio Direito Penal: na medida em que contém o avanço do Estado de Polícia (e lembremos que o poder punitivo é um instrumento histórico para produzir submissão, de variadas formas), o discurso

⁶⁰⁰ ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 109.

⁶⁰¹ Cf. ZAFFARONI, 2001, p. 196 e ss. Ainda, para o autor, “não são os juízes que exercem o poder punitivo, mas sim as agências executivas, de acordo com o maior ou menor espaço que lhes concedam as agências políticas (legislativas) e que o poder jurídico (*judicial*) não lhes pode suprimir. O poder de que os juízes dispõem é de contenção e, às vezes, de redução” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 40).

e a práxis jurídico-penais alcançam excelência relativa de seu desempenho, alcançam, portanto, a legitimidade do ponto de vista da cidadania constitucional⁶⁰².

Conforme Zaffaroni, “o discurso jurídico-penal sempre foi político, e afirmá-lo abertamente não implica ‘politizá-lo’, mas fazê-lo consciente de sua natureza”⁶⁰³, ou seja, dotar o poder jurídico de um contradiscurso político não o torna “menos jurídico”, por assim dizer⁶⁰⁴. Nesse sentido, a postura realista marginal reconhece o horizonte de ação do poder jurídico, recusando frontalmente o narcisismo jurídico-penal⁶⁰⁵, e buscando dirigir suas forças à utopia emancipatória, ao reforço do Estado de Direito e à concretização da cidadania constitucional, mesmo porque o Estado penal forte equivale ao Estado politicamente fraco, por ser refém das demandas punitivas⁶⁰⁶ que não levam em conta a inaptidão do sistema penal para a resolução de conflitos⁶⁰⁷. Surge então a conhecida *metáfora do dique*: para o realismo jurídico-penal marginal, o Direito Penal deve comportar-se programaticamente como uma espécie de dique de contenção dos excessos de poder punitivo (já que a contenção total extrapola suas possibilidades de ação, como vimos). O preço a se pagar, no entanto, está na recusa aos modelos de justificação da pena (recusa ao *jus puniendi*)⁶⁰⁸ devido a uma tomada de consciência quanto aos danos produzidos pelo controle penal: sendo a cidadania o projeto constitucional de justiça social contra uma ordem capitalista excludente e hierarquizante, cabe reconhecer que o controle penal “promove rotineiramente a injustiça social”⁶⁰⁹, trabalhando precisamente em favor dessa conjuntura nefasta. Batista, ao pensar a questão do papel cabível

⁶⁰² ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 41 e ss.

⁶⁰³ ZAFFARONI, 2001, p. 207.

⁶⁰⁴ Khaled Jr. não vê mal em que se promova a politização e um novo pacto ético em torno do discurso jurídico-penal, uma vez que: “[...] uma *cultura jurídica* – da qual a narrativa jurídico-penal é apenas uma *parte* – é integrada por elementos que *extrapolam* o direito positivo: o direito é simultaneamente *produzido pelo político e produtor do político*. É elemento-chave dentro de uma determinada *anatomia política* sem a qual a cultura jurídica é *impensável e incompreensível* e que se situa em um espaço móvel de *luta e confronto* no qual a *homogeneidade não é a regra*. Sua dinâmica se dá em um *espaço permeável, fluído, em perpétua construção*, constantemente em *mobilidade, adaptação e disputa*, que é marcado por *espaços de dominação, discordância e resistência*, ainda que esses espaços sejam restritos em alguma medida face aos limites do direito positivo. Portanto, uma vez que está inserida nessa dinâmica de *perpétuo fluxo e movimento*, nada poderia estar mais distante da *fixidez a-histórica* do que uma *cultura jurídica*, que é por excelência perpassada por elementos sociais, políticos, culturais e econômicos que *extrapolam* o texto legal” (KHALED JR., 2012, p. 95).

⁶⁰⁵ Para Carvalho, que pensa a partir das categorias de Freud, o Direito Penal moderno sofre de um inegável narcisismo, e por essa razão acumula ao menos duas “feridas narcísicas”: (a) a primeira delas diz respeito à constatação das *cifras ocultas* que provam que, a despeito da crença dos juristas, há uma profunda discrepância entre a atuação das agências do sistema penal e as taxas reais de criminalidade, ou seja, “obtem-se o diagnóstico da baixa capacidade de o sistema penal oferecer resposta adequada aos conflitos que pretende solucionar” (CARVALHO, S., 2010, p. 93); (b) soma-se à primeira ferida narcísica, a evidência da incapacidade de tutela de valores ou interesses (bens jurídicos) por parte do poder punitivo, uma espécie de delírio de grandeza que atinge o imaginário jurídico-penal (CARVALHO, S., 2010, p. 108-109).

⁶⁰⁶ ANDRADE, 2012, p. 177.

⁶⁰⁷ Lembremos, com Arendt, que o domínio da pura violência parece ter lugar quando a resolução política e dialógica das questões conflituais pendentes já não impera (ARENDDT, 2013, p. 130).

⁶⁰⁸ ZAFFARONI, 2001, p. 197.

⁶⁰⁹ KHALED JR., 2015, p. 133.

ao intelectual no momento histórico do encarceramento massivo (a autora refere-se em especial ao criminólogo, mas a advertência pode se estender ao penalista, mormente no marco do realismo marginal), identifica dois horizontes de possibilidade: trabalhar a favor da manutenção da ordem do capitalismo neoliberal ou avocar a função de dique utópico contra essa ordem⁶¹⁰. O realismo jurídico-penal marginal deve, obviamente, optar pela alternativa que mantenha a dignidade humana e a cidadania constitucional em primeiro plano.

Em Zaffaroni, a pena aparece como um ato de poder deslegitimado pelos próprios fatos e essa leitura não é isenta, muito pelo contrário, já que a partir dela cabe ao jurista comprometido politicamente com a utopia emancipatória interrogar-se quanto à melhor maneira de realizar o seu ofício e, assim, legitimar a sua própria atuação no horizonte do Estado de Direito. Nesse sentido, o uso racional do poder jurídico equivale ao emprego racional de seus recursos para que se contenha esse fato de poder deslegitimado que é o controle social punitivo. Já que suprimir esse exercício de poder está para além das possibilidades do poder jurídico, a legitimidade de sua práxis só pode se dar nesses termos⁶¹¹. Entretanto, a limitação do poder punitivo, à medida que se concretize, acarreta o próprio reforço do poder jurídico, o que também é um horizonte legítimo dentro do marco constitucional, eis que ao poder judiciário também cabe assegurar os direitos de cidadania⁶¹².

Nessa arquitetura de pensamento, como já sublinhamos, podemos notar o rechaço às teorias de justificação do poder punitivo⁶¹³, a partir da admissão de que a pena não resolve os conflitos sociais – pois o confisco do conflito pelo sistema penal, tão celebrado por Ferrajoli, deixa de fora a vítima que passa a ser elemento secundário da equação punitiva, ou seja, o sofrimento da vítima se transmuta em mero fator autorizador da irrogação da pena –, podendo quando muito mantê-los em suspenso e esperar que o tempo se encarregue de dissolvê-los⁶¹⁴. Paralelo a isso, o realismo marginal compreende a seletividade como elemento estrutural

⁶¹⁰ BATISTA, N., 2007, p. 135.

⁶¹¹ Conforme sintetizam Gloeckner e Amaral, a tarefa é a de “[...] programar o exercício do poder jurídico, por meio do Direito Penal, como um dique, levando-se em conta que os níveis das águas das arbitrariedades sempre os ultrapassam. Deve-se procurar minimamente filtrar essas pulsões ‘irracionais’, reduzindo os danos causados a partir de uma contrapulsão jurídica ao poder punitivo do estado policial, ou seja, como um claro limite a seu transbordamento, para que não afogue o Estado de Direito. A postura do operador jurídico, não apenas do magistrado, deve estar ciente de seu caráter trágico, sempre resistindo ao poder punitivo” (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 67).

⁶¹² ZAFFARONI, 2001, p. 196.

⁶¹³ “A teoria da pena, nos moldes que tradicionalmente exercita o jurista, nada mais acarreta do que o próprio suicídio do seu discurso. Engolfado e em transe, agarra-se à teoria da pena como se ela não fosse na realidade o refúgio mais escondido em que repousa seu auto encantamento pela imagem do monopólio de punir. [...] Sob outro aspecto, não nos damos contado quão fragilizado fica o discurso jurídico quando empreendemos esforços para legitimar o poder alheio, ou seja, das demais agências. Paradoxalmente, quanto mais se legitima o poder punitivo, mas reduzida torna-se a função das agências judiciais” (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 71).

⁶¹⁴ ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 41-42.

inevitável quando as agências policiais estão subordinadas a uma programação criminalizante de dimensões abissais como a nossa, de modo que se a seletividade opera por indicadores nada condizentes com a cidadania constitucional – critérios de classe, raça, sexo, idade – como criminologicamente se sugere, o incremento do poder punitivo só pode significar incremento da vulnerabilidade de segmentos sociais historicamente abusados, ou seja, uma evidente estratificação e hierarquização social⁶¹⁵. Não por outra razão, se sugere que o sistema penal opera como uma epidemia: só atinge quem está com suas defesas baixas⁶¹⁶. É o império do Estado de Polícia, realidade indubitavelmente mais acentuada em sociedades periféricas⁶¹⁷.

O realismo marginal constitui um modelo de minimalismo jurídico-penal marcadamente crítico à ideologia da defesa social, uma vez que não concebe a sociedade e os conflitos sociais a partir das simplificações próprias da narrativa jurídico-penal sedimentada, mesmo em Ferrajoli. Baratta já chamava atenção à ausência de contextualização que alimenta essa formação ideológica, já que a partir dela a sociedade é caracterizada como uma totalidade de valores e interesses abstrata e a-histórica⁶¹⁸. Para Zaffaroni *et al*, não há como ser diferente quando se parte do legado da narrativa penal sedimentada, já que qualquer legitimação do poder punitivo só é possível com a ideia de defesa social, por mais que a concepção tipicamente contratualista que encara o controle penal como uma resposta à guerra de todos contra todos não apresente nenhum lastro empírico⁶¹⁹.

A partir de Zaffaroni *et al.*, podemos encarar o que parece ser a raiz da incoerência da narrativa jurídico-penal sedimentada e o fator que lhe obrigou a não prescindir da ideologia da defesa social: a ambição dos penalistas em satisfazer duas necessidades terminantemente contraditórias que são as de legitimar e ao mesmo tempo limitar o poder de punir. A necessidade da pena, como pressuposto coerente dessa formação ideológica, simplesmente ignora fatores como a seletividade estrutural do controle penal, um erro que o realismo jurídico-penal marginal não comete⁶²⁰.

Para Zaffaroni *et al.*, o discurso jurídico-penal moderno é erguido sobre os alicerces de uma imagem bélica que faz da segurança – compreendida a partir do paradigma hegemônico, já descrito⁶²¹ – um valor absoluto⁶²², o que tende a degradar a cidadania constitucional⁶²³. Ora,

⁶¹⁵ ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 46-47.

⁶¹⁶ ZAFFARONI, 1993, p. 42.

⁶¹⁷ ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 50.

⁶¹⁸ BARATTA, 2002, p. 47.

⁶¹⁹ ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 527.

⁶²⁰ ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 532-533.

⁶²¹ Conforme Khaled Jr., o realismo marginal zaffaroniano se projeta a partir de outros pressupostos, buscando um genuíno diálogo com a realidade operacional dos sistemas penais – através de uma incorporação sincera das análises fornecidas pelas criminologias de viés crítico – e se estrutura a partir dela, o que lhe permite romper

se na conjuntura atual o discurso jurídico-penal reduz a segurança a um direito que deve ser provido pelo Estado por meio do controle penal e este, por sua vez, apresenta uma eficácia invertida, ao fim e ao cabo o que temos é um quadro absurdamente desigual, em que a segurança que só respeita os ditames do capitalismo neoliberal, onde quem dispõe de mais recursos a alcança, ao passo que os segmentos desfavorecidos (cada vez mais majoritários) não obtêm a concretude de seus direitos⁶²⁴. Como se não bastasse, as agências de controle penal – talvez como reflexo de sua atitude relegitimante burocrática, como vimos – tendem a trabalhar apenas pela segurança dos estratos mais favorecidos, contrastando com a teleologia constitucional que prevê a igualdade no gozo de direitos de cidadania:

Tal polarização da segurança cria uma estratificação social da vulnerabilidade vitimizante, cujo efeito é deixar mais expostas as zonas urbanas com menor rentabilidade. A classe média em seus estratos inferiores, os trabalhadores manuais e desocupados forçados, e particularmente as crianças, os velhos e as mulheres destes setores são mais vulneráveis à vitimização. Uma dinâmica social que detém e reverte o desenvolvimento humano, que polariza riqueza e expele da classe média amplos segmentos da população, produz automaticamente mais candidatos à criminalização e à vitimização. Este fenômeno provoca um efeito político perigoso para qualquer Estado de Direito: as classes mais desfavorecidas são mais vitimizadas e acabam apoiando as propostas de controle social mais autoritárias e irracionais⁶²⁵.

Para Khaled Jr., o verdadeiro impasse pode ser sintetizado dessa forma:

Temos um sistema que para muitos é voltado para o combate ao crime, mas que continuamente amplia a esfera do que é classificado como crime, fazendo com que cada vez mais aspectos da vida humana sejam criminalizados em nome da irrealizável promessa civilizatória. Com isso a imagem bélica do sistema penal é continuamente fortalecida, o que legitima o poder punitivo por via da absolutização do valor segurança, debilitando os vínculos sociais horizontais e reforçando os verticais⁶²⁶.

com as típicas generalizações efetuadas pelo saber jurídico-penal e romper com o ideal de segurança nos termos do paradigma hegemônico ao qual este discurso esteve historicamente associado (KHALED JR., 2013, p. 540).

⁶²² Para Andrade, “o conceito de segurança experimenta inequívoca prioridade diante da proteção da liberdade, tendo origem num processo de contínua erosão do direito” (ANDRADE, 2012, p. 164-165).

⁶²³ ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 59.

⁶²⁴ Para Khaled Jr., “a hipertrofia da legislação penal e a seletividade de sua realização parcial conformam uma lógica perversa, que opera de forma diametralmente oposta ao projeto constitucional de solidariedade social” (KHALED JR., 2015, p. 141-142). Sendo assim, para o autor: “O direito penal deve funcionar como saber jurídico destinado a conter o Estado de Polícia e impulsionar o estado constitucional de direito, promovendo a realização constitucional da solidariedade e combatendo a seletividade, em todas as suas dimensões. Para que isso ocorra, temos que rechaçar as leituras que legitimam a injustiça social” (KHALED JR., 2015, p. 136).

⁶²⁵ ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 54-55.

⁶²⁶ KHALED JR., 2013, p. 540-541.

Se a atribuição de legitimidade ao poder punitivo se converte em reforço do Estado de Polícia, fica claro que, também por esse motivo, o realismo marginal não pode trabalhar a partir da noção de um *jus puniendi* estatal⁶²⁷. Para Zaffaroni *et al.*, a noção de que o Estado possuiria um “direito penal subjetivo”, acaba se revelando contraproducente, eis que a tendência óbvia é a de que se extrapolem as barreiras de garantia do cidadão em favor do direito de punir estatal – mormente quando se concebe os direitos de cidadania enquanto “concessões” verticais, patologia que parece atingir o paradigma de Marshall, como vimos. Nessa trilha, o penalista deve compreender que a irrupção de garantias constitucionais frente ao poder punitivo não equivale à admissão de que o Estado possui um *jus puniendi*, mas sim um arsenal normativo que se dedica justamente a conter os abusos desse fato de poder⁶²⁸. Alias, é a própria existência dessas garantias que põem em evidência uma premissa já arguida no capítulo anterior: a história comprova que os avanços em torno da dignidade humana se deram contra o poder punitivo, limitando-o e circunscrevendo-o em espaços menores, de modo que os conflitos surgidos pudessem ser resolvidos sem a devastadora intervenção do controle penal⁶²⁹.

Khaled Jr. identifica três versões distintas de legitimação do controle punitivo na perspectiva do *jus puniendi*. A primeira versão (*clássica* ou *jusnaturalista*) pensa o direito de punir como uma decorrência do contrato social; já a segunda versão (*juspositivista*) não parte da metáfora do contrato, mas identifica um direito de punir como decorrência das próprias normas; por fim, a versão contemporânea – que parece obter uma síntese privilegiada em Ferrajoli, que apesar de não empregar expressamente o termo *jus puniendi* pensa a metáfora do contrato como uma metáfora para a democracia – é na verdade uma versão híbrida das duas primeiras, de modo que, mesmo crente em um direito penal subjetivo, ao menos busca levar em consideração os direitos fundamentais como limites ao seu exercício⁶³⁰. Entretanto é necessário ter em consideração que a identificação de um direito penal subjetivo é tecnicamente inútil e politicamente perigosa, já que favorece a plenitude do potencial autoritário inevitavelmente contido em qualquer Estado (lembremos que o Estado de Polícia vive nas entranhas do Estado de Direito, este último, quando muito, apenas consegue limitá-lo) como aponta Batista. É por essa razão que o autor procura dirigir o foco para os direitos

⁶²⁷ ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 96.

⁶²⁸ ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 97-98.

⁶²⁹ ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 98-99.

⁶³⁰ KHALED JR., 2013, p. 548.

fundamentais do cidadão, como instrumentos democráticos capazes de conter a incidência do poder de punir⁶³¹.

Os penalistas em geral encontram-se diante dessa encruzilhada: há quem procure novas articulações discursivas para legitimar o poder punitivo na forma de um direito penal subjetivo do Estado ou simplesmente um *jus puniendi*⁶³² (as expressões variam, ainda que seu conteúdo se mantenha) e, na contramão, há modelos de minimalismo jurídico-penal que não intentam fornecer justificção teórica para a pena, ou seja, buscam outros pressupostos para programar o desempenho dos atores jurídicos⁶³³. O que posições tão díspares nos revelam sobre si? Que assimetria de fundamentos e pressupostos está por trás dessa dissidência? A nosso ver, uma importante diferença de conteúdo entre a narrativa jurídico-penal sedimentada e o realismo marginal zaffaroniano encontra-se na apreensão que esses horizontes de pensamento efetuam da história do controle penal e da própria modernidade. A narrativa penal sedimentada encara o controle penal como uma canalização racional dos conflitos, retirando-os das mãos sanguinárias dos particulares, surgida com pretensão a resolvê-los de maneira humanizada e econômica, compatível com o estatuto de racionalidade do Iluminismo; o realismo marginal, por sua vez, entende que a expropriação estatal dos conflitos corresponde a um intento de dominação por parte de um Estado que procurava se afirmar e que, desse modo, significações como a de um direito penal subjetivo cumpriam a função de legitimação desse corpo de poder⁶³⁴. Estamos diante de visões de história distintas, portanto, o que nos remete novamente às considerações de Benjamin.

Khaled Jr., identifica um horizonte de compatibilidade a ser explorado entre as teses benjaminianas e o realismo marginal. Em comum, há um esforço de radicalização, que é capaz de elevar o potencial subversivo do pensamento jurídico-penal, o que permite aos penalistas promover fissuras e aberturas contra o dogmatismo e assim situar o Direito Penal

⁶³¹ BATISTA, N., 2011, p. 106.

⁶³² Para Batista, esses intentos ainda não são capazes de superar duas dificuldades básicas: fundamentar a faculdade de punir do Estado e a obrigação do súdito de sofrer a pena (BATISTA, N., 2011, p. 104).

⁶³³ O modelo do realismo marginal de Zaffaroni não é o único, por óbvio, que não se preocupa em justificar a pena. A obra de Alessandro Baratta também nos fornece o exemplo de um modelo de minimalismo penal que abdica das teorias de justificção do poder punitivo. Para Carlés, “tanto Baratta como Zaffaroni, aunque por caminos distintos, llegan a la misma conclusión: coinciden en la necesidad de una revisión de la ciencia penal desde su interior, desde su propio aparato conceptual, para producir una dogmática que no se base en la asunción de la legitimidad del sistema, sino que reconozca la ilegitimidad del poder punitivo que se deriva de la distancia entre su programa y funciones declaradas, y su real aplicación” (CARLÉS, 2012, p. 269-270), ou seja ambos os modelos coincidem em muitos pontos, em que pese também difiram em algumas de suas conclusões.

⁶³⁴ Vale lembrar que “o direito de punir costuma ser reconhecido historicamente e incorporado narrativamente como elemento-chave dos saberes penais. Essa incorporação demonstra que não houve ruptura e sim continuidade discursiva no mecanismo de fundamentação e legitimação do poder punitivo: trata-se da mesma estrutura de pensamento que sustentava a anatomia política absolutista, renovada através de novas alegorias discursivas e incorporada ao discurso jurídico-penal moderno” (KHALED JR., 2013, p. 547).

como um local conflitual no campo da política⁶³⁵, o que contribui para compreendê-lo como um corpo de saber histórico e processual e não “uma evolução progressiva da barbárie à civilização, das trevas às luzes”, como aponta Andrade⁶³⁶ – não custa lembrar que “a barbárie nos ameaça, por trás das próprias estratégias que supostamente se opõem a ela”⁶³⁷. Para os penalistas orientados pelo materialismo histórico benjaminiano, o realismo marginal representa um verdadeiro oásis ante a aridez desértica da narrativa jurídico-penal sedimentada, considerando que apesar de constantemente serem ressuscitadas as mesmas instituições repressoras e seus mecanismos discursivos, Zaffaroni toma o cuidado de nunca legitimá-las de qualquer maneira⁶³⁸.

Já dissemos que a leitura benjaminiana requer que o cronista encare a tarefa de “escovar a história a contrapelo”, mas agora devemos aclarar de que modo a narrativa jurídico-penal pode ser trabalhada dessa forma. Khaled Jr. enxerga na reescrita da narrativa jurídico-penal um ato de insurgência contra um modelo de história contada pela ótica do opressor, ou seja, uma visão dedicada a glorificar seus triunfos. Para o autor, esse é o sentido amplo que os penalistas podem e devem extrair da ideia de “escovar a história a contrapelo”. Restaria, portanto, reconhecer que a barbárie não pôde ser erradicada pelo progresso técnico, científico ou industrial, mas que o próprio progresso trouxe consigo a barbárie⁶³⁹. Dito de outro modo: “a agonia que as práticas punitivas contemporâneas provocam desmente de forma flagrante e escandalosa a *construção discursiva* que afirma a sua *contínua e progressiva racionalização*”⁶⁴⁰. Para Khaled Jr., ainda, talvez o efeito mais nefasto produzido pela crença incondicional no progresso técnico e científico (progresso da razão, em última instância) seja a ausência de iniciativas gerada, ou seja, uma atitude indecentemente passiva perante ante a “*angustia* que caracteriza a concretude do real, esquecido em nome da idolatria sedutora pelo *fetichismo dogmático*”⁶⁴¹. Talvez ocorra um déficit de olhar trágico, no sentido nietzschiano, dirigido à concretude do poder punitivo, como refere Carvalho⁶⁴², de modo que

⁶³⁵ KHALED JR., 2013, p. 543.

⁶³⁶ ANDRADE, 2012, p. 185.

⁶³⁷ MORIN, 2009, p. 106.

⁶³⁸ KHALED JR., 2013, p. 550.

⁶³⁹ KHALED JR., 2012, p. 77-78.

⁶⁴⁰ KHALED JR., 2012, p. 82.

⁶⁴¹ KHALED JR., 2012, p. 83.

⁶⁴² “A postura trágica importa, portanto, não apenas ter presentes os limites do agir (humano, científico), mas o convívio e a interlocução com a alteridade que coloca crises, com o outro que desestabiliza, com a diferença radical que gera mal-estar. Neste quadro, o potencial do trágico se justifica plenamente, pois se a ciência [jurídico-penal] (dramática/romântica) impõe métodos estáveis e ascéticos voltados ao desenvolvimento e ao progresso da cultura (civilização), a arte inventa formas de manifestação contraculturais, ou seja, apresenta-se perante o saber oficial como o outro marginal, desestabilizador, detentor de verdades outras” (CARVALHO, S., 2010, p. 65).

os penalistas têm optado pela relegitimação desse poder, ainda que para isso necessitem sacrificar o já escasso contato com a realidade operativa do sistema penal.

Fica claro, portanto, que o discurso jurídico-penal sedimentado tem se comportado como uma verdadeira *razão ardilosa*, no sentido que Timm de Souza⁶⁴³ refere:

Imbuída da difícil tarefa de sustentar a violência e vulgaridade do mundo, essa massa volátil e espasmódica, ao estilo de um exoesqueleto altamente cerebral, é e tem de se mostrar inteligente; o meio-tom intelectual é seu registro, pois não pode mostrar a que veio, mas apenas o que transparece em sua retórica de intenções. Sua violência é adocicada; justifica o injustificável, legitima o ilegítimo a partir da seiva argumentativa que destila desde a profundidade de seus interesses estratégicos; ao organizar os meios disponíveis com relação à meta de atingir determinados fins, exerce de modo extremamente organizado a violência instrumental, pois enuncia o alibi perfeito para dispensar a moral em nome da técnica. A razão ardilosa, contraponto exato da razão vulgar e, simultaneamente, sua outra face, sabe exatamente em que consiste e a que veio; mas sua subsistência depende de sua simultânea habilidade em escamotear tanto suas *razões* reais quanto suas *reais* finalidades, ou seja, em *escamotear a realidade*, aquilo que dá o que pensar: a quantificação violenta do mundo e a anulação do tempo, ou seja, a redução do outro ao mesmo. Dá conta do que lhe perguntam, mas *apenas disso*; oferece conforto a quem navega nos mares tempestuosos da existência; demarca desde sempre seu âmbito de validade, destilando algo que se costuma interpretar como modéstia e prudência e que a torna tão atrativa para espíritos inteligentemente medianos [...] Seduz pela razoabilidade e equilíbrio de seus sábios enunciados – e essa é sua primeira e maior habilidade, a da hipocrisia – em um mundo no qual a *própria ideia* de razoabilidade e equilíbrio é indecente⁶⁴⁴.

Se precisássemos localizar, dentre as artimanhas da narrativa jurídico-penal moderna, aquela que seria o epicentro dessa matriz de pensamento, e o germe bárbaro com aparência de monumento de civilidade e ao mesmo tempo o constructo teórico que desempenha o exercício da razão ardilosa, diríamos que a ideia de um direito de punir subjetivo do Estado satisfaz a todos esses requisitos. Khaled Jr. irá falar em um “mito do *jus puniendi*” cuja aceitação no

⁶⁴³ O autor trabalha uma contraposição entre duas razões, que seriam a *razão ardilosa* e a *razão vulgar*. Se nos apropriarmos das categorias trabalhadas pelo autor, diremos que a política criminal genocida com a qual nos deparamos é o exercício desenfreado de uma *razão vulgar*, esta definida enquanto uma razão medíocre, simplória, pouco pensante e pouco sofisticada: “Razão servir, a razão vulgar é o campo de concentração do pensamento, onde são agrupados os estímulos incapazes de sobreviver à dinâmica feroz da dialética dos interesses; seu único argumento é não ter argumento nenhum e disso se orgulhar. Será racista, se a maioria o for; apoiará o populismo punitivo, pois penderá sempre à obriedade; correrá a linchar alguém, se essa for a vontade da *massa*; clamará por pena de morte, pois em nenhuma hipótese pretende compreender o que está para além do mais raso dos discursos que se adereça om o lustro de argumentos capciosos que não resistiriam a um grão de crítica, se ela ainda existisse no campo das possibilidades da vulgaridade” (TIMM DE SOUZA, 2011, p. 27). Apesar de manter-se em clara hegemonia, a razão vulgar não existe sem um suporte que não pode passar despercebido aos olhos de um exercício crítico: a *razão ardilosa*. Esta é definida pelo autor como um exercício de razão que cria constructos mais distintos e sofisticados que acabam servindo, de forma insuspeita, para alicerçar a razão vulgar (TIMM DE SOUZA, 2011, p. 28).

⁶⁴⁴ TIMM DE SOUZA, 2011, p. 28-29.

âmbito da narrativa jurídico-penal moderna acaba determinando sua antinomia constitutiva que ocorre por conta do conflito entre sua finalidade garantidora e ao mesmo tempo preventiva. A partir dessa correlação conflitual, a orientação que prevalece é certamente no sentido de favorecer os fins preventivos em nome da utopia de segurança ao custo do sacrifício, em medida cada vez maior, do potencial garantidor do Direito Penal⁶⁴⁵. Como já dissemos, esse desequilíbrio guarda paralelo com a própria trajetória da modernidade na medida em que a solução regulatória sobrepuja o potencial emancipatório. Para Khaled Jr., além um artifício teórico completamente a-histórico⁶⁴⁶ – como o são também as noções que se extraem da ideologia da defesa social, como vimos a partir de Baratta – essa categoria se mostra funcional ao efficientismo penal e à degradação da cidadania constitucional:

O termo *jus puniendi* conforma um vetor legitimante da atuação verticalizada que caracteriza o comportamento das agências de punitividade no contexto da cultura jurídica do penalismo latino-americano. Seus defensores acabam servindo – conscientemente ou não – ao propósito de reprodução ideológica, como propulsores e fundamentadores de uma ideologia de perseguição aos inimigos sociais, com alto índice de seletividade⁶⁴⁷.

A noção de *jus puniendi* estatal, nos demonstra Khaled Jr., termina por desconsiderar a complexidade do real em nome de uma pura vontade de sistema própria da razão artilosa, já referida. Com isso, o autor afirma que se subtrai do pensamento aquilo que “dá o que pensar”, de modo que o Direito Penal é descolado do tempo vivido, para ser tragado pela violência punitiva⁶⁴⁸. Para Carvalho, é a armadilha da fundamentação consensual (própria da ideologia da defesa social) o que impede teorias como o utilitarismo reformado de superar construções teóricas como a de um *jus puniendi* estatal⁶⁴⁹. O realismo jurídico-penal marginal representa, portanto, uma tentativa de resgate da história dos vencidos, para além da ilusão moderna de que a narrativa penal sedimentada deve ser a história da racionalização progressiva do controle penal. O penalista orientado por esses pressupostos recusa-se a compactuar com o cortejo triunfal da modernidade jurídico-penal, dirigindo seu olhar às necessidades específicas que compreendem a emancipação social no contexto latino-americano, mesmo porque *a*

⁶⁴⁵ KHALED JR., 2013, p. 549.

⁶⁴⁶ “No discurso jurídico-penal sedimentado, o *jus puniendi* perde-se nas brumas de um tempo que é narrativamente a-histórico por definição: trata-se de um direito que é curiosamente afirmado como existente desde sempre, eis que situado em um tempo não datado, o tempo mítico do “*era uma vez*”, que é o tempo do contrato social” (KHALED JR., 2013, p. 548-549).

⁶⁴⁷ KHALED JR., 2013, p. 546.

⁶⁴⁸ KHALED JR., 2012, p. 76.

⁶⁴⁹ CARVALHO, S., 2013, p. 158.

*dialética entre regulação e emancipação não merece esforços de reequilíbrio, como encara Santos: a alternativa deve ser emancipatória, predominantemente, do contrário não será possível reverter o quadro de dominação regulatória em que recaiu a modernidade a partir do século XIX*⁶⁵⁰, como vimos. Encarar o desafio de erigir uma resposta emancipatória a partir do Direito Penal implica, no entanto, livrá-lo de constructos que favoreçam o potencial regulatório, justamente o que o realismo marginal procura fazer. A orientação do discurso jurídico-penal deve estar alinhada com a sugestão de Batista: “um *jus puniendi*, um direito subjetivo do estado de punir, isso não existe; o que existe é um poder punitivo, que toca ao Direito Penal controlar”⁶⁵¹.

3.2 A reconfiguração do discurso jurídico-penal sedimentado como condição ética: crítica ao utilitarismo reformado

Pensando no modelo ferrajoliano, Zaffaroni exprime uma questão fulcral que é trabalhada em alguns de seus escritos: se para Ferrajoli não há dúvida de que um Direito Penal fundamentado em pressupostos éticos deixa de ser cognitivo, assumindo distância de seu Sistema Garantista – em razão de um suposto déficit de separação entre direito e moral, tão cara ao pensamento desse autor, já que o juízo ético acerca do delito e do imputado poderia tender ao reforço do poder punitivo –, é menos verdadeiro que os próprios atores jurídico-penais necessitam pautar sua ação redutora do poder de punir conforme pressupostos éticos? Nesse caso, continua Zaffaroni, não teríamos que encarar o desafio de reconciliar a ética com o Direito Penal?⁶⁵²

Nesta seção buscaremos ensaiar um modelo de fundamentação propriamente ética para o Direito Penal guiado pelo paradigma realista marginal. Como já dito, a ética que buscamos desenvolver é antes de tudo uma ética da vida, conforme a acepção de Dussel, e por definição ela deve contrapor-se a um sistema que tem na morte o seu traço distintivo. O controle penal latino-americano assemelha-se a uma fábrica que produz submissão e morte e contra isso o Direito Penal deve projetar um agir ético. Conforme Zaffaroni, se o único dado irrefutável que assombra os penalistas e criminólogos da margem é o número massivo de cadáveres produzidos pelos nossos sistemas penais, é necessário reconhecer que os mortos, mesmo emudecidos pelas circunstâncias, nos dizem algo, clamam pela descontinuidade com o que

⁶⁵⁰ SANTOS, 2011, p. 78.

⁶⁵¹ BATISTA, N., 2011, p. 107.

⁶⁵² ZAFFARONI, 2008, p. 405.

está posto⁶⁵³. O realismo marginal esforça-se em reconhecer, dentre os diversos sistemas de pensamento que chegam à realidade periférica, os elementos úteis à preservação da vida e a diminuição dos níveis de violência, rejeitando, assim, elementos teóricos que se mostrem capazes de maximizar esses fenômenos. Zaffaroni compara esse intento à visita a uma biblioteca: claro que pode haver obras benéficas e úteis aos que se interessam pela contenção do poder punitivo e seus massacres, mas há uma imensidão de aportes teóricos capazes de produzir danos, especialmente na periferia do sistema-mundo. Entretanto, a única prevenção possível é saber onde situar as ideias que tantos danos acabaram provocando, ou seja, poder dizer de que estante provém o livro que caiu em nossas cabeças⁶⁵⁴.

Muito mais do que erguer um sistema de pensamento tecnicamente avançado e impecavelmente coerente em seu interior, o olhar realista marginal preocupa-se em fazer avançar um contradiscurso capaz de deter as mortes que são o subproduto de uma junção de atos de poder e discursos que lhes legitimam⁶⁵⁵, o que implica uma revisita crítica aos mesmos, partindo do ponto de vista dos vencidos. Como provoca Batista, o realismo marginal não deve aceitar a ideia de que à historiografia não caberia o comprometimento com os segmentos vencidos, já que o historiador das formas de controle penal não é um antiquário ou um colecionador de coisas velhas. O que impulsiona essa reescrita é o momento presente. Diremos, a partir da autora que, no fim das contas, se trata de investigar como corpos de ideias tão contrários à emancipação social periférica conseguem criar raízes e uma permanência tão sólida em nosso imaginário jurídico-penal⁶⁵⁶.

Para o realismo jurídico-penal marginal, a prevenção de massacres e o resguardo da vida humana transcendem o horizonte de um dever jurídico imposto pelo ordenamento jurídico que emana da Constituição e dos pactos internacionais de direitos humanos – o que certamente há e sem dúvida importa muito – para tornar-se também em um compromisso ético com *uma utopia possível*, como a concebe Dussel⁶⁵⁷. Segundo Zaffaroni:

⁶⁵³ ZAFFARONI, 2012, p. 28.

⁶⁵⁴ ZAFFARONI, 2012, p. 24.

⁶⁵⁵ “O que nos interessa não é optar por decisões de poder acadêmico, corporativo ou político, mas sim nos aproximar da compreensão de uma *realidade*. [...] As urgências da nossa margem e os gritos dos cadáveres que nos dizem que estão mortos nos exigem que pelo menos os olhemos, e que, por mais horrível que seja o espetáculo, não voltemos a vista para o outro lado, que não os ignoremos, e que se bem devamos nos ocupar dos discursos e em particular das *palavras letais*, não o façamos como especulação, justamente porque essas palavras são capazes de incidir em sua produção” (ZAFFARONI, 2012, p. 35).

⁶⁵⁶ BATISTA, N., 2007, p. 136.

⁶⁵⁷ “É uma imaginação transcendental ao sistema: se o ‘atual’ não permite que se viva, é preciso imaginar um ‘mundo onde seja possível viver’. A ‘esperança’ como motivação (instinto de vida, do prazer, o dionisíaco de Nietzsche, corrigido como ‘desejo metafísico’ de Lévinas, etc.) diante do futuro *possível*. É a ‘utopia’ *possível*. Deve-se então explicitar um projeto; posteriormente um programa pormenorizado, uma utopia alternativa que ilumine o caminho” (DUSSEL, 2012, p. 476).

Timidamente, os penalistas afirmam que o saber penal nada pode fazer diante das decisões do poder, e por isso é preferível refugiar-se no compromisso supostamente pragmático. Essa objeção subestima o poder do discurso, que é precisamente o ponto em que os juristas não devem ceder. O poder se exerce com o discurso, o que os ditadores sempre souberam, pois de outra forma as censuras nunca teriam existido. Embora não seja o mesmo poder de que as agências executivas do sistema penal dispõem, o certo é que estas, sem o discurso, ficariam deslegitimadas e o poder sem discurso, embora possa causar grave dano antes de ser derrubado, definitivamente, não se sustenta muito tempo. [...] Se o penalismo em massa lhes retirasse o texto, a incitação pública à vingança ficaria reduzida ao que é: pura publicidade midiática, empenhada em destruir, até suas raízes, qualquer tentativa de ressurgimento do Estado social, mas com as limitações que toda publicidade de produto comercial conhece⁶⁵⁸.

A tarefa ética de retomar a batalha discursiva em prol da emancipação dos sujeitos oprimidos já não pode ser recusada por um modelo de Direito Penal que entre em contato com a realidade da opressão punitiva. Trata-se de honrar os mortos buscando reparar a narrativa que fez de suas mortes uma circunstância excepcional, um preço banal ou um sacrifício necessário perto da promessa de progresso infinito que a modernidade representa⁶⁵⁹. Mas trata-se igualmente de preservar a vida contra um sistema mortífero que recebe justificção de uma razão ardilosa que descola a experiência jurídico-penal do campo da realidade. Passado e presente, nesse caso, são dois tempos e duas frentes de uma mesma batalha que os penalistas têm historicamente negligenciado, conforme Khaled Jr. São duas tarefas complementares e de extrema importância para os que se preocupam em extirpar do Direito Penal os artifícios discursivos aptos a legitimar violências. A reinterpretção e reescrita do passado, mas também a luta no presente: ambas as frentes se referem a um combate emancipador que deve ser travado, de modo que “o presente *ilumina* o passado e o passado iluminado torna-se uma *força* no presente”⁶⁶⁰. Para Benjamin, o passado busca no presente a redenção, a transformação radical no sentido de rememorar e reparar o sofrimento humano e as violências perpetradas contra os alvos da opressão, de modo que não nos é lícito recusar essa missão⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ ZAFFARONI, 2012, p. 412.

⁶⁵⁹ “O progresso é, sem dúvida, um dos artigos mais sérios e complexos da feira de superstições de nosso tempo”, comenta Arendt. (ARENDR, 2013, p. 114).

⁶⁶⁰ KHALED JR., 2012, p. 79.

⁶⁶¹ Importante notar que o autor concebe essa força messiânica como o combustível capaz de gerar essa redenção histórica, mas não lhe atribui – isso é uma marca de seu pensamento – um caráter determinista: para Benjamin, “a redenção não é inteiramente garantida, ela é apenas uma possibilidade muito pequena que é preciso saber agarrar” (LÖWY, 2005, p. 52).

Segundo o autor, cada geração recebe “uma frágil força messiânica para a qual o passado dirige um apelo” e tal apelo “não pode ser rejeitado impunemente”⁶⁶².

Maturando suas reflexões, Khaled Jr. nos convida a promover um reencontro com o potencial subversivo contido em estado de coma no discurso jurídico-penal. Se cada momento histórico carrega uma potencialidade revolucionária, o autor crê que o penalista pode apelar ao potencial emancipatório contido no saber jurídico-penal, ainda que eclipsado pelo imperativo regulatório que fez desse discurso um artifício subalterno com relação às necessidades de manutenção de determinadas conjunturas de poder e de um *status quo* marcadamente desigual – em outras palavras, fez da narrativa jurídico-penal uma arma a serviço dos vencedores em detrimento dos vencidos:

Parece-nos que o sentido que pode ser extraído das reflexões de Benjamin está no reencontro com o *potencial subversivo* do discurso jurídico-penal, no reencontro com sua *potencial aptidão* para conter os excessos de um poder punitivo que deve ser reconhecido como concretamente existente, mas *ilegitimável por definição e por exigência ética*. É justamente esse *potencial subversivo* da narrativa jurídico-penal que precisa ser resgatado das *profundezas* em que se encontra *submerso*. Para liberar essa *energia* e ir ao encontro dela, é necessário *destruir* as amarras discursivas que impedem que a narrativa jurídico-penal atinja sua *vocação libertária*. Se esse empreendimento for bem sucedido, o Direito Penal pode adquirir outra significação que não a de *meio institucionalizado de manifestação* da violência do poder punitivo. [...] Não se esquivar de empreender a tarefa de *dissolução* dos sistemas de pensamento que falaciosamente tornam *suportável o insuportável*: eis aí a função que cabe ao intelectual desempenhar face ao *sonambulismo dogmático* que assola o saber jurídico *hermeticamente sedimentado*⁶⁶³.

Para Benjamin, não é interessante que encaremos a história como “uma marcha no interior de um tempo vazio e homogêneo”, mas sim como “um tempo saturado de ‘agoras’”, de modo que se percebam os instantes subversivos que podem ser usados pelos que lutam a favor dos oprimidos. É dessa forma que se pode interromper a marcha da opressão, ou, simplesmente, “explodir o *continuum* da história”: tomando a força inspiradora do passado opressor e fazendo valer cada um desses momentos revolucionários⁶⁶⁴. Não se fala de um caminho já traçado por qualquer horizonte teórico ou de uma vocação metafísica que habilita as vítimas a livrarem-se da opressão sofrida dia após dia. Em Benjamin, a quebra de expectativas – interrupção do acúmulo de catástrofes – é uma aposta, inevitavelmente ética, na emancipação e na transformação do *status quo*⁶⁶⁵.

⁶⁶² BENJAMIN, 1987, p. 223.

⁶⁶³ KHALED JR., 2012, p. 80.

⁶⁶⁴ BENJAMIN, 1987, p. 229-230.

⁶⁶⁵ LÖWY, 2005, p. 156-157.

Importante ressaltar, na trilha de Khaled Jr., que projetar uma crítica ao saber jurídico penal que se sedimenta a partir da modernidade não é o mesmo que desconhecer seus “momentos messiânicos”, para usar a terminologia benjaminiana – o mesmo paradigma que nos traz a barbárie travestida de cultura e civilização é o que nos fornece alguns “antídotos culturais e ideias emancipatórias”, capazes de conter, em alguma medida, a sua violência, conforme assinala Morin⁶⁶⁶ –, ou seja, reconhecer que esse corpo discursivo também realizou fissuras na racionalidade que opta por legitimar a violência punitiva. O problema, conforme o autor, é que essas fissuras surgiram, mas não triunfaram e, além disso, frequentemente se tornaram “ruínas” que vão se acumulando. Ainda assim, é necessário rejeitar o pessimismo imobilista e pensar que isso não significa que esses momentos estejam fadados a jamais triunfar. Conforme o autor, “é necessário visitar novamente esses momentos e valer-se da força deles para quem sabe, triunfar no presente”⁶⁶⁷.

Mas, além da crítica às crônicas simplificadoras da razão ardilosa, que conteúdo específico um levante ético e solidário em favor dos vencidos e das vítimas do poder punitivo deve conter? A nosso ver, Dussel é quem mais se aproxima de uma resposta. Em nível ético, é possível prevenir a pretensão ou mesmo *ilusão* de completude lógica dos diversos sistemas de pensamento que compõem o mosaico moderno, especialmente quando este se afigura uma razão ardilosa. Em Dussel, a intensão é claramente a de “justificar a luta das vítimas, dos oprimidos pela sua libertação, e não pretender argumentar racionalmente para fundamentar a razão por causa dela mesma”, já que, para o autor “a razão é apenas a ‘astúcia da vida’ do sujeito humano – e não o inverso – e como tal a usamos e a defendemos diante de necrófilos”⁶⁶⁸. Em outras palavras: não há apego à *razão*, em que pese não se abra mão de certa racionalidade⁶⁶⁹, mas essa *racionalidade ética* prima pela luta dos oprimidos mais do que pela completude lógica de qualquer sistema de pensamento, o que é, a nosso ver, capaz de lançá-la para longe do território da razão ardilosa⁶⁷⁰ e da vontade de sistema que estão

⁶⁶⁶ MORIN, 2009, p. 59.

⁶⁶⁷ KHALED JR., 2013, p. 552.

⁶⁶⁸ DUSSEL, 2012, p. 94.

⁶⁶⁹ Morin reconhece haver uma racionalidade crítica imbricada no humanismo europeu, por exemplo, de modo que nos resta dar propulsão a essa racionalidade, evitando incorrer no artilho da “racionalização” regulatória, que historicamente predomina. Para o autor, “as doenças da razão não se explicam pela própria racionalidade, mas pela sua perversão em racionalização e pela sua quase-deificação” (MORIN, 2009, p. 56).

⁶⁷⁰ Não se ignora que há também uma razão vulgar a quem devemos atribuir parte da responsabilidade pelo nosso *status quo* punitivo. Para Khaled Jr., razão vulgar e razão ardilosa se articulam em uma dinâmica de reprodução do mesmo, isto é, esforçam-se em produzir um estado de anestesia diante da dor provocada pelo sistema penal, o que só é possível mediante o emprego de ardis discursivos e ornamentos falaciosos que adoçam e tentam tornar suportáveis as violências produzidas (KHALED JR., 2012, p. 88). Mas, para Timm de Souza, a razão ardilosa acaba fornecendo munição argumentativa para a razão vulgar, estando aí o seu perigo, pois acaba servindo como um vetor de continuidade com o que está posto. Mesmo que se finja de mortificada com os

presentes no discurso jurídico-penal sedimentado. Para Dussel, a vida humana constitui o *modo de realidade* do sujeito ético. Isso quer dizer que, em um horizonte ético, a vida humana fundamenta normativamente uma ordem, pois tem exigências próprias, ou seja, exigências de conteúdo, as quais, se negligenciadas, acarretam na inexistência desses sujeitos⁶⁷¹. A vida humana precede qualquer espécie de racionalidade, por mais reluzente que esta aparente ser. A razão deve servir à vida, não o contrário. Tal é o significado que devemos extrair da vida enquanto critério fonte⁶⁷² e modo de realidade do agir ético. Sobre isso, anota Ludwig:

[...] a vida humana concebida não como valor. Ela não é um horizonte ontológico, não é trabalho apenas, não é mera sobrevivência, não se esgota na cultura, não é condição de ser, não se esgota na consciência, não é condição de possibilidade da argumentação, não é só um direito, e não é condição de possibilidade, mas modo de realidade. Nesse sentido é precisamente fonte e conteúdo de onde emana, inclusive, a racionalidade como momento do ser vivente humano. Assim, a vida humana orienta as ações em geral, razão pela qual nenhum sistema ou subsistema (inclusive o subsistema direito) pode deixar de ter como referência o conteúdo o sujeito vivente⁶⁷³.

Ainda, conforme Dussel é prerrogativa ética operar a desconstrução do estado de coisas para dar passagem ao novo⁶⁷⁴. Isso se faz ao denunciar a *totalidade* de um determinado sistema de pensamento, julgando-o negativamente a partir do sofrimento produzido na corporalidade das vítimas e a partir do extermínio dos estratos oprimidos:

A ética *propriamente dita* [...] é a que a partir das vítimas *pode julgar criticamente* a “totalidade” de um sistema de eticidade. Tentar situar-se *diante* de um sistema de

horrores produzidos – não eventualmente com o beneplácito da razão vulgar – a razão ardilosa representa “a possibilidade mais profunda de morte da reatividade criativa a esses horrores” (TIMM DE SOUZA, 2011, p. 29). Se a razão vulgar está presente a cada esquina, por ser, por definição, uma constelação de lugares-comuns, a razão ardilosa, por sua vez, “é o modelo de razão hegemônico nas altas esferas do pensamento bem-comportado” (TIMM DE SOUZA, 2011, p. 30). Precisamente por isso Timm de Souza declara que a superação dessa conjunção entre os exercícios de razão vulgar e ardilosa depende da irrupção de uma racionalidade ética (TIMM DE SOUZA, 2011, p. 32).

⁶⁷¹ DUSSEL, 2012, p. 131.

⁶⁷² Conforme Ludwig, “a vida humana –*critério-fonte*– não aparece propriamente como um direito. Como no caso de ter ‘direito à vida’, por exemplo. Trata-se de um nível mais abstrato. Nesse sentido, a *vida* não é um direito, mas *fonte* de todos os direitos” (LUDWIG, 2015, p. 121). Ou seja, “em sentido estrito e último, uma norma ou máxima não pode ser ‘boa’. A norma pode ser verdadeira praticamente, válida normativamente ou factível. A norma é ‘parte’ de um todo ao qual corresponde o predicado ‘bom’. Só o *ato humano* – e em referência ao sujeito ou ator ético; o ‘bom’ – pode atribuir-se ‘bondade’. [...] Só a práxis pode ser ‘boa’” (DUSSEL, 2012, p. 281), e essa é a razão de termos optado por analisar a crítica ética do Direito Penal em um plano à parte, separado (ao menos analiticamente) da questão da efetivação dos direitos de cidadania. Ainda assim, é de se observar que a vida (enquanto princípio ético material) pode ser deduzida juridico-normativamente de dispositivos constitucionais como os artigos 1º, 3º e 170, conforme lembra Moraes da Rosa (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 27), o que sugere mais uma vez a convergência entre esses dois planos distintos, no sentido de cobrar um discurso jurídico-penal que parta de outros pressupostos e não ideia de defesa social.

⁶⁷³ LUDWIG, 2015, p. 121.

⁶⁷⁴ DUSSEL, 2012, p. 301.

eticidade empírico, captado como totalidade e pretender julgá-lo [...] é o próprio da *crítica* ética estrita. O que permite situar-se a partir da *alteridade* do sistema, no mundo da vida cotidiana do sentido comum pré-científico, mas não cúmplice eticamente, é o saber adotar a perspectiva das *vítimas* do sistema de eticidade dado [...] as *vítimas* são reconhecidas como sujeitos éticos, como seres humanos que não podem reproduzir ou desenvolver sua vida, que foram excluídas da participação na discussão, que são afetados por alguma situação de morte⁶⁷⁵.

Para esse juízo ético da negatividade, Dussel propõe que se parta dos elementos materiais ou de conteúdo do sistema de eticidade vigente que impedem a concretude do princípio ético material, ou seja, que impedem a produção e desenvolvimento da vida em comunidade dos sujeitos dominados⁶⁷⁶. Através do juízo crítico, se pode então notar que o projeto de “vida boa” do sistema estabelecido representa a negação da vida de alguns segmentos, de modo que a transformação se torna um imperativo ético. Em outras palavras, a “verdade” de um determinado sistema de eticidade é negada a partir da impossibilidade de vida digna para estratos oprimidos⁶⁷⁷. Notamos, então, que para Dussel a existência da vítima é a própria refutação da verdade do sistema⁶⁷⁸ e, sendo assim, “o sistema que em sua reprodução impede o desenvolvimento humano deverá ter na razão crítica a exigência de sua transformação”⁶⁷⁹. É por essa razão que, em última instância, na América Latina a deslegitimação do sistema penal e a falsidade do discurso jurídico que lhe ampara podem ser verificadas e eticamente refutadas pelo fato morte. Para Zaffaroni, é a consciência ética que faz o interprete transcender a totalidade do discurso jurídico-penal sedimentado e o impede de escamotear ou ignorar a magnitude do fato morte que demonstra que na realidade marginal a deslegitimação é manifesta⁶⁸⁰.

Fica claro, portanto, que a fundamentação ética do Direito Penal não é vazia de significado ou inerentemente subjetiva, ao gosto do interprete. Para Zaffaroni, ela decorre do “milagre” de se estar vivo em um quadro de circunstâncias que fomentam a morte e o genocídio em marcha. Estar vivo e enquadrar-se em um lugar de fala privilegiado do ponto de vista do discurso jurídico-penal, isto é, ter condições de influir em seus rumos, para o autor,

⁶⁷⁵ DUSSEL, 2012, p. 302-303.

⁶⁷⁶ “É a partir da *positividade* do critério de verdade e do princípio ético material de reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito ético que a *negatividade* da morte, da miséria, da opressão da corporalidade pelo trabalho alienado, da repressão do inconsciente e da libido, em particular da mulher, da falta de poder político dos sujeitos diante das instituições, da vigência de valores invertidos, da alienação do sujeito ético, etc., pode agora cobrar *sentido ético* cabal. [...] O sistema vigente, como ‘natural’, legítimo, *aparece agora*, diante da consciência crítico-ética, transfigurado no sistema negativo de Horkheimer, nas ‘instituições disciplinares que excluem’ como estruturas de micropoder de Foucault, no ‘tempo vazio’ de Benjamin” (DUSSEL, 2012, p. 315).

⁶⁷⁷ DUSSEL, 2012, p. 314.

⁶⁷⁸ DUSSEL, 2012, p. 375.

⁶⁷⁹ LUDWIG, 2015, p. 121.

⁶⁸⁰ ZAFFARONI, 2001, p. 39.

significa simplesmente o dever de fazê-lo, o dever de insurgir-se com o que está posto, tendo a vida humana como norte. “É a vida como resistência que se volta contra o próprio poder, e é a resistência ao poder que se transforma em poder de vida”, conforme postulam Gloeckner e Amaral⁶⁸¹. Dessa situação decorre, portanto, o imperativo de lutar pelos que não puderam usufruir desse milagre⁶⁸²:

Do alto deste milagre privilegiante, basta olhar ao redor para notar que foram muitos aqueles que frustraram sua esperança de vida ou aqueles que, sem frustrá-la, de modo algum puderam sequer aproximar-se dessa situação de privilégio. Esta visão, que põe a nu o desprezo pela vida humana praticada pelo exercício de poder no qual o juiz ou o catedrático erige-se como operador, cria um imperativo de consciência iniludível, um compromisso com todos aqueles que não puderam ser beneficiados pelo *milagre* – pelo menos com uma parcela mínima deste –, com aqueles que não puderam ou não souberam transpor os perigos que fazem com que *seja um milagre* tanto estar vivo na América Latina como, ainda mais, ter acesso a certo grau de saber. Diante desta constatação, um operador consciente não pode deixar de vivenciar a possibilidade de que este milagre acabe no segundo seguinte, de que, para além da consideração metafísica da morte, *em nossa região marginal há uma aceleração da morte que está muito abaixo desta consideração universal* e que este fenômeno, em sua posição milagrosa, compromete este agente com a vida no sentido de exigir-lhe uma resposta à violência que torne sua existência menos milagrosa e sua posição menos privilegiada⁶⁸³.

Entretanto, cabe nos perguntarmos com sinceridade se a atribuição de um fundamento ético para o Direito Penal não implica, de algum modo, uma reversão em sua teleologia redutora de danos, conforme dispõe o realismo marginal. Afinal, a associação de concepções éticas ou morais ao poder punitivo não representou alguns dos momentos mais nefastos das práticas punitivas e do controle penal, feito persecutório e altamente substancialista, como a política criminal nazista que obteve justificação jurídico-penal da elite acadêmica da dogmática alemã da primeira metade do século XX⁶⁸⁴? De fato, a provocação encontra certa pertinência, entretanto é necessário refletir para além das aparências. A proposta de um novo pacto ético que aqui se sugere em nada se assemelha àquilo que Zaffaroni chama de “*antiga*” *etização do Direito Penal*, fundamentada por alguns autores, dentre eles Hans Welzel. São frequências muito distintas.

A antiga etização diz respeito à atribuição de uma “função pedagógica” ao controle penal, mediante a qual caberia ao ordenamento jurídico-penal assegurar a conservação de

⁶⁸¹ GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 88.

⁶⁸² ZAFFARONI, 2001, p. 153.

⁶⁸³ ZAFFARONI, 2001, p. 154.

⁶⁸⁴ Em especial a figura de Edmund Mezger. Cf. MUÑOZ CONDE, Francismo. *Edmund Menzger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

valores ético-sociais considerados fundamentais⁶⁸⁵. Conforme Garcia-Pablos de Molina, essa função pedagógica, ou *ético-social*, representa o intento profundo e ambicioso de incidir sobre a própria consciência do cidadão, reforçando as proibições penais, tidas como um mínimo-ético do qual o Direito Penal não poderia abrir mão, e dessa forma se poderia prevenir o delito⁶⁸⁶. Nota-se que essa missão chegava mesmo a transcender à ideia corriqueira de tutela de bens jurídico-penais, pois a subsumi: a proteção dos bens jurídicos do corpo social viria como consequência lógica do reforço dos mandamentos éticos contidos na norma penal⁶⁸⁷.

Mesmo admitindo que o ordenamento penal, em alguma medida, exerce um caráter ético-social, que se reflete na criação e configuração de determinados costumes, Garcia-Pablos questiona o quão legítimo pode ser atribuir programaticamente ao controle penal tal tarefa em uma sociedade plural⁶⁸⁸. Conforme o autor, ao poder punitivo estatal não pode ser conferida a tarefa de moralizar os cidadãos nem melhorar a ética social, especialmente em circunstâncias democráticas. Quando muito, seriam funções cabíveis a outras instâncias. Um exercício dessa espécie caracterizaria uma ingerência abusiva e imprópria do controle punitivo, representando um verdadeiro perigo, pois confundiria as fronteiras entre direito e moral. Além disso, é inegável o potencial expansivo do poder punitivo que se verifica nesse discurso⁶⁸⁹. Essa problematização certamente é compartilhada pelo próprio Ferrajoli (ao menos é o que se depreende de sua crítica à chamada *prevenção geral positiva*), quem aduz que um Direito Penal que parta do legado do liberalismo político – e mesmo o modelo realista marginal procura aproveitar os elementos restritivos do poder punitivo, contidos nesse legado⁶⁹⁰ – não pode admitir uma intromissão na subjetividade dos sujeitos⁶⁹¹. Além disso,

⁶⁸⁵ ZAFFARONI, 2001, p. 109.

⁶⁸⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 43.

⁶⁸⁷ ZAFFARONI, 2001, p. 209.

⁶⁸⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 43.

⁶⁸⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 48.

⁶⁹⁰ Por essa razão Zaffaroni procura refundar o Direito Penal liberal através de outros alicerces, ressuscitando a sua teleologia garantidora. O autor não nega a necessidade de retomada e radicalização no desenvolvimento dos pressupostos liberais que envolvem o Direito Penal, ao contrário, enxerga no Sistema Garantista de Ferrajoli (o que não é o mesmo que o seu utilitarismo reformado, onde reside seu discurso de justificação da pena, vale lembrar) uma formulação útil nesse sentido, de modo que intenta revitalizar o potencial do liberalismo penal (ZAFFARONI, 2008, p. 392). Para Silva Sánchez, no entanto, o modelo de Direito Penal liberal cujo potencial se busca resgatar através do realismo marginal nunca existiu enquanto tal, em parte “porque a rigidez das garantias formais que nele era possível observar não representava senão o contrapeso do extraordinário rigor das sanções impositivas”, que já não fariam parte do catálogo de práticas punitivas dessa altura da modernidade (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 177). Devemos ter consciência, no entanto, que ainda que práticas penais extremas tenham sido proscritas do ordenamento jurídico-penal formal, na realidade marginal brasileira elas sobrevivem no âmbito da execução das penas, formando um verdadeiro estado de exceção punitiva, no sentido benjaminiano, conforme vimos. Ainda, a rejeição ao insumo do Direito Penal liberal que parece se dar em autores como Silva Sánchez, conforme Zaffaroni *et al.* apenas contribuem para impulsionar as presumidas necessidades de tutela punitiva dos novos riscos da sociedade do medo, o que não é mais do que a aposição de uma função simbólica ao controle penal (ZAFFARONI *et al.* 2011, p. 630-631).

Zaffaroni afirma que a antiga etização obviamente não pode ser sustentada, mormente diante da deslegitimação evidente dos sistemas penais da América Latina⁶⁹² que simplesmente atuam como vetores de um genocídio e não como agentes de uma pedagogia ética.

No entanto, a nova etização, isto é, o *novo pacto ético* ao qual nos referimos não se refere às pessoas envolvidas nos conflitos criminalizados, mas serve como prescrição ética dirigida à própria agência judicial e seus operadores, mas também aos programadores doutrinários, conforme argui Zaffaroni⁶⁹³. O conteúdo dessa nova etização só pode estar na redução da violência⁶⁹⁴, de modo a satisfazer a necessidade de preservação da vida ante um sistema de morte. Conforme o autor, o novo modelo de fundamentação ética para o Direito Penal “implica projetar um exercício de poder em contradição com o sistema penal”⁶⁹⁵, enquanto totalidade que impede e prejudica a vida plena de grandes segmentos populacionais.

Almejamos um discurso jurídico-penal condizente com uma tática presidida por uma estratégia cujos objetivos sejam eticamente impostos, sendo o principal *salvar vidas humanas*. Reduzir os níveis de violência significa salvar vidas, e isso, no atual contexto genocida, é revolucionário, é parte de uma revolução pela vida, indispensável à nossa subsistência⁶⁹⁶.

Quais seriam, então, algumas das implicações que uma crítica ética poderia surtir em face da razão justificadora do poder punitivo, em especial o discurso do utilitarismo reformado? Para empreendermos essa reflexão é fundamental que retomemos alguns aspectos da crítica da própria modernidade. A esta altura devemos ter claro que o novo paradigma não representou a racionalização irrefutável do Estado e seus aparatos repressivos por via da secularização: representou a vitória de um tipo de racionalidade específica (a racionalidade técnica e instrumental⁶⁹⁷) em detrimento de uma racionalidade ética, seguindo as exigências históricas regulatórias, próprias de um sistema capitalista em desenvolvimento. Os objetivos preventivos conferidos ao controle penal desde cedo mostraram a sua verdadeira face, ou seja,

⁶⁹¹ Cf. FERRAJOLI, 2014, p. 256 e ss.

⁶⁹² ZAFFARONI, 2001, p. 211.

⁶⁹³ ZAFFARONI, 2001, p. 212.

⁶⁹⁴ “O conteúdo ético do discurso jurídico-penal (que lhe devolveria a racionalidade perdida) seria fornecido por seu geral objetivo de limitar, controlar e reduzir o nível de violência do sistema penal, o que implica que o direito penal, concebido como direito humanitário em conjuntura política, teria uma função político-criminal [...] como um passo no caminho rumo à utopia. O sentido político e o cunho marcadamente ético do discurso jurídico-penal desembocariam em uma programação orientadora e decisória a ser nutrida constantemente por dados fornecidos pela criminologia” (ZAFFARONI, 2001, p. 213).

⁶⁹⁵ ZAFFARONI, 2001, p. 214.

⁶⁹⁶ ZAFFARONI, 2001, p. 218.

⁶⁹⁷ Para Dussel, o problema central que subjaz à razão instrumental é “quando o [...] âmbito formal de meios-fins esse autonomiza, se totaliza, e o que *se pode fazer* com ‘eficácia’ (técnico-economicamente) determina o que se operará, como *critério último* de ‘verdade’ e ‘validade’ teórico-poiética” (DUSSEL, 2012, p. 266).

converteram-se em constructos teóricos que privilegiaram a necessidade de regulação social e ofuscaram a utopia emancipatória. O Direito Penal, portanto, mostrou-se um saber regulatório e tecnicamente orientado, fruto das exigências históricas que marcam sua jornada⁶⁹⁸, que descarta dos danos produzidos pelo poder punitivo a quem confere legitimidade através das chamadas teorias da pena. Nesse sentido, corpos teóricos como o utilitarismo reformado de Ferrajoli infelizmente se mostram condizentes com a produção de cadáveres, devido ao fato de não superarem a ideologia da defesa social, insculpida no discurso jurídico-penal pelo menos desde o utilitarismo da Ilustração.

No entanto, a modernidade penal só se estabeleceu em razão da crença da intelectualidade jurídico-penal em um progresso irrefreável, uma força através da qual a humanidade alcançaria a maturidade civilizacional, podendo inclusive erradicar determinados males como o próprio crime. Para Khaled Jr., no entanto, foi o progresso – desde cedo desmascarado por autores como Benjamin e Arendt⁶⁹⁹ – quem acabou por produzir o extermínio massivo de vida humana que conhecemos por Holocausto, uma das maiores catástrofes que a história pôde registrar. Portanto, devemos ter lucidez para reconhecer que esse fenômeno não é uma mancha na trajetória gloriosa da modernidade, com sua racionalidade e progresso infinitos. Trata-se, sobretudo, de uma expressão extremada de uma catástrofe que só foi possível pela ênfase na racionalidade técnica, que perverteu signos como a igualdade e a segurança, projetando políticas de extermínio da diferença⁷⁰⁰.

Entretanto, Khaled Jr. assevera que as circunstâncias que produziram o fenômeno em questão, longe de terem desaparecido, permanecem na atualidade. Para Arendt, por mais que a violência, após as duas grandes guerras do século XX, tenha se tornado um instrumento incerto e dúbio aos olhos da política das relações internacionais, ela foi progressivamente ganhando a simpatia dos governantes para lidar com assuntos internos⁷⁰¹, o que é facilmente demonstrado pelo incremento do neopunitivismo enquanto resposta político-criminal. Isso se dá graças a artifícios discursivos que dotam a barbárie punitiva de um aspecto de técnica

⁶⁹⁸ Conforme Andrade, “o poder produz saber adequado à ordem; o saber, a sua vez, reproduz o poder e a ordem que o produziram” (ANDRADE, 2012, p. 208).

⁶⁹⁹ A autora desenvolve a ideia de que o progresso técnico possa ter atingido um ponto sem retorno: “o progresso da ciência não somente cessou de coincidir com o progresso da humanidade (o que quer que isto signifique), mas também poderia até mesmo designar seu fim, da mesma forma que o progresso ulterior da especialização pode levar à destruição de tudo que a fazia valer a pena” (ARENDR, 2013, p. 115). Nesse sentido, soma-se a crítica de Morin: “a época contemporânea nos revela uma técnica que se libera, escapando à humanidade que a produziu. Nós nos comportamos como aprendizes de feiticeiros. Além disso, a técnica traz com ela a sua própria barbárie, uma barbárie do cálculo puro, fria, glacial, que ignora as realidades afetivas propriamente humanas” (MORIN, 2009, p. 13).

⁷⁰⁰ KHALED JR., 2014, p. 40.

⁷⁰¹ ARENDR, 2013, p. 100.

racional, em constante crescimento graças ao progresso da ciência e do discurso jurídico, voltados ambos para a promessa de segurança, entendida nos moldes da doxa punitiva, em perfeita harmonia com a ideologia da defesa social. Para o autor, portanto, será necessário abandonarmos o apego a um projeto civilizatório que entre nós significou o extermínio de estratos disfuncionais e indesejáveis a uma estética de totalidade da razão moderna⁷⁰². É necessário que tenhamos do poder punitivo uma imagem cristalina: não é um ato de poder utilitariamente dirigido e juridicamente controlado, ainda que certamente sirva à determinados interesses, de determinados grupos, que ostentam hegemonia na correlação de forças da sociedade atual. O poder punitivo e a pena são atos políticos que correspondem às criminalizações primária e secundária, sendo que o poder jurídico não os controla (quando muito pode limitá-los e garantir o avanço do Estado de Direito), ao contrário do que crê a ampla maioria dos atores que escrevem a narrativa jurídico-penal nesse momento. Nesse caso, a legitimação discursiva do poder exercido arbitrariamente – e todos sabem o quão arbitrariamente; como já dissemos com Zaffaroni, na América Latina sempre se soube da falsidade do discurso jurídico-penal – só pode significar um misto das razões vulgar e arditosa. Perguntando-se de que forma essas duas razões trabalham para manutenção do que está posto, Khaled Jr., lança uma hipótese:

[...] mediante um conjunto de *perguntas-respostas* nos quais os penalistas em geral creem – e a palavra certa é *crença* – piamente. Assim, diante da afirmação – *aqui enfaticamente sustentada e levada ao seu extremo* – de que o Direito Penal deve ser um dique de contenção da torrente do poder punitivo, alguns deles – quase *todos* – poderão perguntar, de forma vulgar ou arditosa: como assim, conter o poder punitivo? Como pode o Direito *Penal* conter o poder punitivo? E o pior de tudo é ter que reconhecer que a pergunta não é despropositada, em função do *sentido* que a maioria dos penalistas atribui ao Direito Penal. [...] Afinal, não é o Direito Penal o ramo do ordenamento jurídico que define as condutas lesivas aos bens jurídicos – ações ou omissões – e estabelece as sanções correspondentes, penas ou medidas de segurança? A *especificidade* do Direito Penal não está no que a nomenclatura lhe *designa*, a aptidão de aplicar *penas*, sendo isto o que o *diferencia* dos demais ramos do direito? Não é o Direito Penal o meio de controle social formal que visa à tutela de bens jurídicos, estipulando sanções às lesões mais graves aos bens mais importantes? Poucos ousariam insurgir-se contra esses *truísmos* tantas vezes afirmados, a ponto de tornarem-se *dogmas inatacáveis*. Quem ousar fazer isso será seguramente taxado de *irracional*, como se a racionalidade – a *única* racionalidade aceitável ou possível – fosse aquela que apenas *nada de acordo com a corrente*. Ora, essas *perguntas-respostas* não são inofensivas. Demarcam um *sentido*, um *lugar* de atuação e os *postulados* de um saber. São encontradas em praticamente *todos* os tratados, cursos e manuais de Direito Penal e reproduzidas em *coro unísono, monossilábico e magisterial* pelos seus narradores. [...] São construções que *confundem* – propositalmente ou não – o Direito Penal com o poder punitivo,

⁷⁰² KHALED JR., 2014, p. 41-42.

enquanto ele deve ser o instrumento de *contenção*, de *manifestação regrada*, *limitada e coibida* do poder punitivo⁷⁰³.

Fica claro, portanto, que esse conjunto de perguntas e respostas de que fala Khaled Jr. configuram a última trincheira do credo punitivo que, utilizando-as com prontidão consegue livrar-se do dever ético de mirar os cadáveres que ficam pelo caminho. Os malabarismos das razões vulgar e ardilosa sem dúvida expõem a miséria do penalismo contemporâneo que se esquiva de uma realidade de dor e morte para remontar as peças de um quebra-cabeça irresolúvel. É dessas amarras, dessa racionalidade técnica situada no tempo homogêneo e vazio de que nos fala Benjamin que a razão ética procura livrar-se. Provocar abalos no edifício do discurso jurídico-penal, impregnado de racionalidade vulgar e ardilosa é muito mais do que uma tarefa científica; é um empreendimento que se situa no nível de uma racionalidade ética, que não admite que o Direito Penal possa ser outra coisa senão um programa de contenção da barbárie punitiva⁷⁰⁴ e é urgente, como argumenta Carvalho, que o Direito Penal assumira essa responsabilidade ética pela realidade na qual opera, de modo que não termine se eximindo dos efeitos genocidas que acaba legitimando, querendo ou não⁷⁰⁵. Mas, dentre os incontáveis elementos teóricos trazidos pela razão ardilosa jurídico-penal sedimentada, quais serão aqueles sobre os quais a racionalidade ética deverá urgentemente projetar a sua crítica desconstrutiva? Imaginamos que o campo de projeção da crítica ética para o Direito Penal é vasto e percorrê-lo certamente extrapola as possibilidades deste trabalho. Entretanto, a nosso ver, há que se dirigir com urgência o arsenal ético-crítico contra dois elementos discursivos, legitimantes do quadro de morte instaurado em nossa realidade periférica: imediatamente, as teorias de justificação da pena e, em nível mediato, a atribuição de uma missão de tutela ao controle penal.

Encaremos agora o desafio de criticar eticamente a doutrina de justificação da pena inculpada no utilitarismo penal reformado. Como já dissemos, a justificação do castigo em Ferrajoli se dá a partir de duas funções às quais a pena supostamente poderia satisfazer: a prevenção de delitos, mediante uma coação psicológica como formulado por Feuerbach (prevenção geral negativa) e a prevenção de vinganças e castigos arbitrários que teriam lugar caso o Estado não impusesse uma pena regrada, precedida pelo devido processo legal. Ao formular essa dupla finalidade, Ferrajoli encara que ambas satisfazem um princípio lógico conhecido como Lei de Hume, que proíbe o interprete de deduzir juízos prescritivos

⁷⁰³ KHALED JR., 2012, p. 89-90.

⁷⁰⁴ KHALED JR., 2012, p. 90-91.

⁷⁰⁵ CARVALHO, S., 2013, p. 147.

(referentes ao “dever ser”) de constatações fáticas (relativas ao “ser”) e vice versa. Dito de outra forma: para Ferrajoli a Lei de Hume é o critério lógico-formal a partir do qual se opera a justificação ou desqualificação de uma determinada função que se atribui à pena. O interprete não está livre para deduzir à eficácia da pena a partir de uma função idealizada (falácia normativista), como também não o está para deduzir uma possível função para a pena a partir de um juízo fático quanto ao seu real funcionamento (falácia naturalista). A única exceção à falácia naturalista admitida pelo autor seria a constatação da impossibilidade fática de a pena atingir um determinado objetivo e para Ferrajoli, ao que parece, esse é o único caso em que a crítica criminológica (que costuma se situar na verificação das funções reais do sistema penal) poderia surtir efeito e refutar desde um ponto de vista externo a atribuição e justificação de uma determinada função para a pena, pelo discurso jurídico-penal⁷⁰⁶.

Larrauri argumenta que a exceção à Lei de Hume exposta por Ferrajoli, na verdade se trata de uma tarefa impossível de levar a cabo. Ora, de que modo, questiona a autora, pode a crítica criminológica comprovar que uma determinada finalidade – como as de coação psicológica e prevenção de vinganças privadas – está fora do alcance do poder punitivo quando o debate se dá nos termos ditados pelo neopunitivismo? Para o eficientismo penal, como já vimos, a ineficácia preventiva da pena de prisão está sempre associada à suposta aplicação diminuta, o que leva a autora a manifestar ceticismo diante da proposição de Ferrajoli⁷⁰⁷. A exceção admitida por Ferrajoli para que se escape à falácia naturalista simplesmente não prospera, criminologicamente falando, já que é impossível saber quando nos encontramos frente a um objetivo apenas ainda não realizado ou que jamais poderá ser realizado, a depender das circunstâncias⁷⁰⁸. A autora adverte que ainda que tenhamos sucesso em demonstrar que a pena não previne, é simplesmente inviável, nos moldes que quer Ferrajoli, confrontar o argumento tipicamente eficientista de que isso se deve a uma aplicação deficiente. Ou seja, o pensamento crente na ideologia da defesa social sempre poderá argumentar que a ausência de eficácia preventiva⁷⁰⁹ poderia ser revertida caso a pena fosse

⁷⁰⁶ De fato, Carvalho identifica a raiz da interdição do diálogo entre a crítica criminológica e o Direito Penal, precisamente na Lei de Hume. Para o autor, o teórico comprometido com a crítica criminológica – como é o caso do realismo marginal – deve abandonar a devoção a essa máxima metodológica, de modo que a vida das pessoas que sofrem os efeitos do controle penal, sem contar com o socorro da asséptica narrativa jurídico-penal sedimentada, viria em primeiro plano (CARVALHO, S., 2013, p. 145-146).

⁷⁰⁷ LARRAURI, 2005, p. 16.

⁷⁰⁸ “Hay argumentos plausibles que cuestionan que la prisión sea capaz de prevenir delitos, pero no hay una demostración empírica irrefutable. Si alguien exige demostrar que no previene y ‘nunca puede prevenir’ para deslegitimar la pena de prisión, debiera especificar en que condiciones se cree que la prevención sería posible y porqué la pena es el medio menos lesivo para conseguir este fin” (LARRAURI, 2005, p. 34).

⁷⁰⁹ Lembrando que o sistema penal é absolutamente inadequado para exercer as funções instrumentais que lhe conferem legitimidade no marco de uma ideologia da defesa social (BARATTA, 2004, p. 302).

aplicada em maior quantidade – e, de fato, a razão vulgar caminha incansavelmente nessa direção, sem se dar conta de que mais de meio milhão de presos não é “pouco”, ou seja, aumentar a dosagem da medicação só trará morte por overdose⁷¹⁰.

A nosso juízo a chamada Lei de Hume é a espinha dorsal da teoria de justificação da pena em Ferrajoli⁷¹¹. Aliás, para Carvalho é em nome dessa assepsia metodológica que o discurso jurídico-penal se cala frente ao grande encarceramento contemporâneo. Segundo o autor, esse discurso encontra-se escravo das demandas neopunitivas precisamente pela opção do silêncio comodista que recusa a crítica criminológica, neutralizada de imediato pela Lei de Hume⁷¹², encarando a deslegitimação externa como uma falácia naturalista⁷¹³:

[...] o discurso do Direito Penal só aparentemente vincula sua construção teórica com a realidade do sistema punitivo, pois não apenas delega a análise da vida fenomênica à criminologia como, na maioria das vezes, invocando a Lei de Hume, descarta seus resultados na edificação dos seus sistemas. Dessa forma, mesmo que de forma não explícita, o real funcionamento das agências do sistema penal é inescrupulosamente excluído das problematizações dogmáticas⁷¹⁴.

Naturalmente, essas propostas de desacordo entre a crítica externa criminológica e a construção do discurso do Direito Penal não representa a totalidade dos penalistas. Para Batista, por exemplo, não há razão para que se promova qualquer cisão entre os saberes criminológico e jurídico-penal. Trata-se, aliás, de uni-los evitando para o Direito Penal “um desprezo olímpico pela realidade” que leva “a um intencional isolamento”, pois, para o autor, “*ser e dever ser* relacionam-se como fato e valor, numa relação de totalidade dialética [...] e por essa perspectiva o saber criminológico e o saber jurídico-penal comunicam-se permanentemente”⁷¹⁵, o que nos parece uma postura muito mais condizente

⁷¹⁰ LARRAURI, 2005, p. 33-34.

⁷¹¹ Aliás, parece ser a principal oposição ferrajoliana ao modelo do realismo marginal, apontado como violador da Lei de Hume. Conforme Ferrajoli: “este rechazo de Zaffaroni a cualquier doctrina de justificación depende de la reducción de las doctrinas de justificación a la justificación misma” (FERRAJOLI, 2008, p. 520), um erro do qual o seu utilitarismo reformado pretende escapar.

⁷¹² Em apertada síntese, diríamos que ao fim e ao cabo, a Lei de Hume se presta a blindar a pena das críticas quanto à sua justificação no caso da dupla finalidade que Ferrajoli apõe. Nesse caso, a crítica de Larrauri se mostra precisa: “Debo manifestar mi grandísima dificultad en entender el porqué de la constatación de que la pena de prisión no previene no se puede extraer la consecuencia de que ésta no está justificada (de acuerdo a una teoría que precisamente la defiende por ser preventiva). Si el argumento es que del hecho de que la pena de prisión no previene no puede extraerse la consecuencia de que no esté justificada pues ‘bien aplicada’ podría tener efectos preventivos, dieberan especificarse cuales son los requisitos necesarios para que esté ‘bien aplicada’. Si el argumento fuera el de que la prisión no previene no puede extraerse la conclusión de que ninguna pena previene, debiera especificarse qué penas concretas aparecen justificadas de acuerdo a los principios de eficacia (en la prevención) y necesidad (por ser las menos lesivas) y cuáles no” (LARRAURI, 2005, p. 33).

⁷¹³ CARVALHO, S., 2013, 148-149.

⁷¹⁴ CARVALHO, S., 2013, p. 160-161.

⁷¹⁵ BATISTA, N., 2011, p. 28.

com o ideal ético de um Direito Penal voltado à emancipação social e à busca da concretização da cidadania constitucional.

Em resumo: a nosso ver, a crítica ao modelo de justificação da pena ferrajoliano, necessariamente requer uma crítica ao princípio lógico-formal que o sustenta e é precisamente nessa esfera que a crítica ética prova o seu valor. Já dissemos que a ética, para Dussel, estrutura-se a partir da vida humana, como modo de realidade do sujeito ético e o preço a se pagar é, eticamente, a preservação da vida humana em qualquer circunstância, o que para nós requer a deslegitimação de qualquer modelo ético, jurídico-positivo ou teórico que negue a vida e seu pleno desenvolvimento comunitário, em qualquer de seus aspectos. Partindo dos aportes da neurobiologia de Humberto Maturana, Dussel identifica nas funções superiores do cérebro humano a razão de termos passado de uma mera natureza biológica ou social pré-linguística a uma existência ética. Para o autor, o acúmulo empírico fornecido por esse campo nos últimos anos é capaz de demonstrar que a evolução produz, em nível cerebral, condições aptas a fundamentar dialética e materialmente o fenômeno da ética⁷¹⁶. Sob esse viés, o autor chega mesmo a opor uma crítica contundente à chamada falácia naturalista, da qual Ferrajoli e seu modelo de minimalismo penal procuram distanciar-se a todo tempo:

Esta falácia, [...] como exercício da razão formal, abstrata e instrumental, indica com razão que não é possível deduzir juízos de fatos, por derivação lógico-analítica, juízos normativos. Penso que a objeção agora perde sua evidência, e tornar-se-ia uma falácia redutiva, caso se tentasse a “passagem” por fundamentação material (de conteúdo) de um juízo de fato a um juízo normativo, num plano concreto, sob o exercício do que denominamos razão prático-material, neste caso já não há *dedução* analítica, mas *fundamentação* dialética por conteúdos, e exige o desenvolvimento de outros aspectos lógicos materiais em geral mal estudados. Com efeito, sendo o sistema avaliativo-afetivo um momento constitutivo do funcionamento cerebral, sistema que cumpre com as exigências da reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito humano, este sistema realiza continuamente a “passagem” de juízos de constatação, descritivos ou de fato (“Isto é veneno”) para juízos de “dever-ser” (“Não devo comer isto”), como mediações necessárias e obrigatórias para o “ser” vivente, sob pena de suicidar-se culpavelmente (porque aqui estamos sempre falando do “ser” humano). Da mesma maneira, se falo: “tenho sede”, trata-se de um enunciado descritivo. O ser humano, como vivente, precisa beber líquidos potáveis para viver; se não conseguisse beber nenhum líquido, morreria. O sistema avaliativo cerebral, como sistema de alarme julga a situação de “sede” como de “perigo” para a existência da vida, e enuncia: “Eu *devo* beber líquidos” para sobreviver. Enquanto exigência subsumida num sistema avaliativo, que é também e sempre racional, ético-cultural, o enunciado descritivo vital humano se torna normativo: é um dever⁷¹⁷.

⁷¹⁶ DUSSEL, 2012, p. 105-106.

⁷¹⁷ DUSSEL, 2012, p. 106-107.

Dussel está tratando da passagem dos enunciados descritivos aos normativos, único meio que o permite desenvolver o princípio ético material universal (momento prescritivo, de “dever ser”) que se fundamenta a partir do critério ético material universal (momento assertivo, relativo ao “ser”) localizado na produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana de cada sujeito ético em comunidade, como já dissemos. Assim, o autor propõe que a Lei de Hume, que aparentemente poderia vedar essa pretensão – por não aceitar a derivação de enunciados normativos ou prescritivos a partir de constatações fáticas ou descritivas (a chamada falácia naturalista) – se situa num nível lógico-formal abstrato; entretanto, a sua ética situa-se, por sua vez, em nível prático-material, razão porque merece um desenvolvimento livre das amarras desse postulado metodológico⁷¹⁸:

Quer dizer, sobre o “*há vida humana*” pode-se “fundamentar” (racional, prático-material e reflexivamente) o *dever-ser ético* (que pode ser emitido como “enunciado normativo” ou “juízos éticos de realidade”), com pretensão de verdade, como exigências deonticas de produzir, reproduzir e desenvolver a própria vida do sujeito ético. A partir do *ser-vivente* do sujeito humano pode-se fundamentar a exigência do *dever-ser* da própria vida, e isto porque a vida humana é reflexiva e autorresponsável, contando com sua vontade autônoma e solidária para poder sobreviver. Eis aqui a fragilidade, mas ao mesmo tempo a necessidade da ética, em seu nível deontico, como normativa! Se a humanidade perdesse essa consciência – e parece que está perdendo, como se pode verificar na insensibilidade diante do assassinato do Outro, diante da miséria da maioria de seus membros no Sul do planeta Terra – poderia precipitar-se nem suicídio coletivo. O *viver* transforma-se assim de um *critério* de verdade prática numa *exigência* ética: *no dever-viver*⁷¹⁹.

Fica claro, portanto, que para a ética como a concebe Dussel, “a *passagem* do juízo de fato material ao juízo normativo é feita pela razão prático-material que funda a ‘obrigação’ ética na ‘necessidade’ biológico-cultural”⁷²⁰ de preservar e desenvolver a vida humana em plenitude. Portanto, a partir de uma crítica ética, o Direito Penal não somente pode como deve ultrapassar as delimitações impostas pela falácia naturalista, e deve fazê-lo como condição para uma práxis jurídica que intente salvar vidas, conforme aponta a teleologia realista marginal. Se a vida humana como modo de realidade do sujeito cobra sentido ético ao obrigar-nos a preservá-la e desenvolvê-la plenamente de acordo com as condições históricas das quais partimos, é evidente que isso pressupõe ultrapassar e julgar negativamente elementos e aportes teóricos que não favoreçam o princípio ético material dusseliano ou, o que dá no mesmo, que favoreçam o fato morte. É através desse caminho que deverá trilhar a

⁷¹⁸ DUSSEL, 2012, p. 138.

⁷¹⁹ DUSSEL, 2012, p. 141.

⁷²⁰ DUSSEL, 2012, p. 142.

crítica ética ao utilitarismo reformado: arrancando do discurso jurídico-penal funções jamais realizadas pela pena e missões tutelares designadas ao controle penal, eis que a justificação do poder punitivo em Ferrajoli “não raro traveste um problema valorativo (ideológico) de assunção do paradigma de prevenção sobre uma máscara de impedimento empírico (problema fático)”⁷²¹. Para Carlés, um modelo realista e marginal de Direito Penal mínimo orientado de acordo com as particularidades da América Latina não pode deixar de levar os pressupostos da crítica até as suas últimas consequências⁷²². Trata-se de uma exigência ética, tendo em vista a crítica criminológica que não cansa de demonstrar não apenas a ineficácia do sistema penal, mas a sua eficácia invertida, produtora de vítimas e de cadáveres. Mas contornar as amarras da Lei de Hume é apenas metade do caminho; por honestidade intelectual cabe direcionar a crítica ética aos dois horizontes de justificação da pena em Ferrajoli e nesse particular o acúmulo criminológico crítico nos proporciona elementos de sobra.

A começar pela crítica à prevenção geral negativa, diremos que a justificação ferrajoliana entra em colapso por algumas razões. Partindo da psicanálise, por exemplo, Gloeckner e Amaral identificam na antropologia que subjaz essa tese (*o homo economicus*⁷²³, como já apontamos) o problema de desconsiderar a inexistência de autocontrole absoluto por parte dos sujeitos. Ainda, conforme os autores, o medo da coação não é um fator incondicional e equânime, mas algo que depende de variáveis que nada tem a ver com a pena em si, como a personalidade dos sujeitos a quem se dirige o contra impulso dissuasório⁷²⁴. Para Larrauri, a prevenção geral negativa traduz uma concepção simplificada de ser humano, que ajuda a mascarar a ineficácia preventiva da pena em casos como quando o sujeito não obtém recompensas suficientes para uma atitude de conformidade, acredita que não sofrerá a pena devido ao acúmulo de experiência prática em uma dada modalidade delitiva ou mesmo quando assume a possibilidade de sofrer a pena, mas a encara como um preço a ser pago⁷²⁵.

Segundo Larrauri, ainda, o núcleo de verdade empírica que se extrai da tese preventista geral radica no fato de que o comportamento humano pode ser modificado em virtude de incentivos externos. Entretanto, dessa premissa não se extrai a necessidade irreduzível da ameaça penal, já que os desincentivos podem partir de medidas preventivas, como as de caráter educativo ou mesmo ações de prevenção situacional⁷²⁶. Para a autora,

⁷²¹ GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 65.

⁷²² CARLÉS, 2012, p. 265.

⁷²³ Não custa lembrar que “na base dessa antropologia está uma lógica de mercado” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 117).

⁷²⁴ GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 63.

⁷²⁵ LARRAURI, 2005, p. 27.

⁷²⁶ LARRAURI, 2005, p. 29.

outro aspecto da crença na prevenção geral negativa está presente na ideia de que se a ameaça de pena nos intimida, intimidará a todos. Entretanto, cabe refletir que essa dinâmica de pensamento oculta a internalização de normas de cunho ético ou moral, dando a entender que a coação penal seria o único vetor de controle social do desvio. Curiosamente, ressalta a autora, quando nos perguntam o motivo de não termos praticado uma determinada conduta delituosa tendemos a apresentar razões morais, mas quando a pergunta se refere aos demais manifestamos a crença de que só não delinquemos por causa da ameaça de pena⁷²⁷, o que já serve para demonstrar o credo punitivo diluído no senso comum da razão vulgar⁷²⁸. Além disso, se optamos por considerar a pertinência desse núcleo de veracidade da teoria, há que se atentar para a produção de efeito reverso, igualmente plausível. Conforme Zaffaroni *et al.*, sabendo que a criminalização secundária opera apenas nas obras toscas da criminalidade (as exceções só comprovam a regra), é de se notar que a pena poderia estimular o aperfeiçoamento na execução de uma determinada modalidade de delito, ao invés de incidir de maneira a desestimular seu cometimento⁷²⁹.

Apesar das críticas mencionadas, a engenhosidade da tese preventista geral está em tornar essa função a mais perfeita das ideologias penais já que empiricamente não pode ser comprovada e nem desmentida e como consequência sempre se pode ressuscitá-la para justificar a intervenção punitiva⁷³⁰. A prevenção geral negativa não pode ter sua eficácia submetida à verificação por uma série de razões, sendo que a primeira delas diz respeito ao próprio desconhecimento social quanto às proibições penais. Ora, se para prevenir o delito a norma penal necessita ser conhecida ou ao menos intuída socialmente, fica claro que contra o imenso catálogo de tipos penais que não correspondem às proibições sociais emanadas de normas morais (como os óbvios delitos contra a vida, a propriedade ou a integridade física) a ameaça de pena oferece pouca ou nenhuma serventia. Além disso, quanto aos delitos que costumeiramente permanecem no campo da “cifra obscura” e sequer chegam a enfrentar a

⁷²⁷ LARRAURI, 2005, p. 29-30.

⁷²⁸ Conforme Zaffaroni *et al.*, “é verdade que eventualmente, e em especial nos delitos de menor gravidade, a criminalização primária pode ter um efeito dissuasivo sobre alguma pessoa [...], mas esta exceção não autoriza a generalizar tal consequência, estendendo-a de modo arbitrário a toda a criminalidade estatisticamente significativa, inclusive a mais grave, onde sua comprovação empírica é completamente excepcional e nem sequer o protagonista poderia afirmá-lo com certeza. O êxito da teoria advém de sua pretensa comprovação por introspecção em infrações leves ou patrimoniais; esse procedimento, no entanto, não é metodologicamente correto: quem procede por introspecção não pode afirmar, a partir de seu *status* social e ético, se o efeito dissuasivo está na pena ou na estigmatização social devido ao fato em si. Isso se deve a que tal discurso parte da ilusão de um *pan-penalismo* jurídico e ético, que *confunde o efeito do direito em geral e de toda a ética social com o do poder punitivo*: em suma, tal discurso identifica o poder punitivo com a totalidade da cultura” (ZAFFARONI *et al.*, 2013, p. 118).

⁷²⁹ ZAFFARONI *et al.*, 2013, p. 117.

⁷³⁰ LARRAURI, 2005, p. 29.

criminalização secundária, a capacidade preventiva da pena é nula, nos moldes da prevenção geral negativa⁷³¹.

Se demonstrar a eficácia da pena para a função de prevenção geral negativa já é difícil, conforme Larrauri, a prova da sua ineficácia é impossível de ser obtida, especialmente quando se soma ao problema a necessidade de demonstrar que a ausência de pena não implicaria o aumento de vinganças extrapenais, de tipo privado. Desse modo, a autora adverte sobre uma contradição intrínseca ao pensamento de Ferrajoli, na medida em que seu sistema de justificação foi pensado para projetar uma legitimidade *a posteriori*, ou seja, quando estivesse minimamente satisfeita a exigência de comprovação empírica da eficácia da pena, o que não ocorre de fato com relação à prevenção geral negativa. Sendo assim, indaga a autora, a pena não restaria deslegitimada em virtude de não dar mostras de seu potencial preventivo e utilitário? Estranhamente Ferrajoli desconsidera essa crítica, apesar de admitir a impossibilidade quanto ao cálculo da eficácia da pena nessas situações⁷³², o que sem dúvida expõe uma incongruência de seu modelo⁷³³, conforme sugere Larrauri⁷³⁴.

Zaffaroni *et al.* também consideram que no plano político a justificação da pena nos moldes da prevenção geral negativa se mostra perigosa ao intento de consolidação do Estado de Direito. Conforme os autores, a dissuasão total é simplesmente ilusória, de modo que seguindo essa caminhada, o fim da linha seria a pena de morte para todos os delitos, menos porque dessa forma se alcançaria a dissuasão do que pelo fato de que assim se esgotaria o conjunto de respostas penais capazes de produzir ameaça ao futuro delinquente. É de se notar que essa consequência ressuscita a arquitetura do Estado Absolutista, enquanto uma técnica de poder apta a edificar uma ordem calcada na obediência incondicional dos súditos⁷³⁵. Entretanto, justiça seja feita ao modelo ferrajoliano, já que o autor reconhece essa tendência⁷³⁶ e chega mesmo a mostrar-se preocupado, a ponto de elencar um segundo parâmetro utilitário

⁷³¹ LARRAURI, 2005, p. 26.

⁷³² FERRAJOLI, 2014, p. 312.

⁷³³ Em síntese: “[...] para não cairmos, segundo Ferrajoli, numa falácia (ideologia) normativista, não basta elegermos o fim de prevenção de delitos para que a pena seja justificada, mas deve haver a demonstração de que isso se cumpre. Questiona-se, em contraposição: mas como fazê-lo se ele mesmo a coloca em xeque, como aludido, e assume a dificuldade de sua comprovação empírica?” (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 128).

⁷³⁴ LARRAURI, 2005, p. 32.

⁷³⁵ ZAFFARONI *et al.*, 2013, p. 119.

⁷³⁶ “Com efeito, o objetivo da eficácia das proibições penais não condiciona, de nenhuma forma, a quantidade e a qualidade das penas. Ao contrário, sugere a máxima crueldade punitiva. [...] a prevenção geral através da ameaça legal da pena, embora ofereça garantias contra o terrorismo penal judiciário, não impede o terrorismo penal legislativo, claro estando que a ameaça penal devendo servir como ‘contraforça’, ‘contramotivo’ ou ‘coação psicológica’, é tão mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas cominadas” (FERRAJOLI, 2014, p. 260).

para a pena que, a seu ver, satisfaz o crivo da Lei de Hume e seria capaz de dosar as tendências arbitrárias da coação psicológica⁷³⁷.

De modo similar, a tese ferrajoliana de que caberia à pena prevenir focos de violência privada (justamente o traço distintivo entre o seu utilitarismo penal reformado e o incompleto utilitarismo penal ilustrado) também não prospera em razão da ineficácia do poder punitivo para esse intento. Para Gloeckner e Amaral, “continuamos na mesma balada. Talvez a vertigem do professor esteja no tamanho do peso argumentativo, ou confiança (quicá ingenuidade?) dada à ciência penal como meio de evitar tais consequências”⁷³⁸. Antes de apontarmos as dificuldades de justificação da pena na esteira dessa função, necessitamos problematizar a própria noção ferrajoliana acerca do objeto preventivo atribuído a pena nesse caso. Larrauri deixa claro que não compartilha da análise histórica contida na obra de Ferrajoli, no que se refere à transição para a modernidade penal, que para o autor significaria a troca de um sistema de “vingança privada” em favor de uma “pena pública”, ditada pelas opções axiológicas do garantismo-utilitarismo ilustrado. Contrariando o consenso iluminista, a autora demonstra que a própria ideia de que a chamada “vingança privada” significaria apenas um conjunto de respostas punitivas sangrentas, proscritas a partir da era moderna, se afigura simplista e não condiz com um juízo histórico complexo. Para a autora, equiparar as penas privadas às “vinganças de sangue” é um equívoco histórico, já que a possibilidade de matar o ofensor não era a única opção do catálogo de penas dos tempos pré-modernos (inclusive era proibida dependendo da natureza da ofensa e da envergadura social do ofensor), havendo possibilidades reparatórias e compensatórias que não chegam a ser consideradas seriamente por Ferrajoli⁷³⁹.

Para a autora, a presunção de Ferrajoli de que a troca da “vingança privada” para a “pena pública” – e inclusive a insistência do autor em separar a todo custo essas duas categorias, fazendo apologia da segunda como se representasse a superação inegável da primeira – significou uma diminuição da violência e um progresso na racionalização das práticas punitivas é no mínimo questionável. Nesse sentido, é mais pertinente reconhecer que em ambos os casos o que se vislumbra são respostas mais ou menos brutais a depender do contexto histórico e não do titular do exercício punitivo. Em suma: o Estado, mesmo praticando a pena pública, consegue por vezes superar os índices de brutalidade da imaginação punitiva pré-moderna, levando a cabo atrocidades impensáveis em escala

⁷³⁷ FERRAJOLI, 2014, p. 308-309.

⁷³⁸ GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 62.

⁷³⁹ LARRAURI, 2005, p. 18-19.

simplesmente impossível, mesmo para o mais feroz vingador pré-moderno⁷⁴⁰. Ao que parece o discurso de Ferrajoli recusa-se a reconhecer a barbárie como um componente da própria civilização ilustrada, imputando-a a outros tempos, juízo histórico que não se sustenta em face de um olhar mais complexo⁷⁴¹. De fato, a realidade latino-americana é a comprovação de que o aparelho estatal pode ser utilizado para uma produção sistemática e massiva de cadáveres. Ademais, a tese implícita da evolução das penas a partir da modernidade, presente em Ferrajoli, se esquece de levar em conta que a própria expropriação do poder de punir – tão celebrada pelo autor – não foi um processo inocente, reativo e pacífico, mas sim uma tendência que favoreceu os interesses das classes dirigentes europeias (monarquias absolutistas), que precisavam concentrar o poder frente à nobreza local ou ao corpo eclesiástico. A concentração do monopólio da violência nas mãos do soberano foi um processo conflituoso e violento, voltado muito mais à satisfação dos interesses dos Estados Absolutistas do que à pacificação e justiça universal⁷⁴².

Transpondo o foco para a realidade atual, conforme Larrauri, os exemplos que dispomos acerca da permanência da vingança privada tão temida por Ferrajoli, não contribuem para a tese de que o poder punitivo sirva para limitá-la. Pensando a partir dos estudos de Steinert com foco na sociedade norte-americana, a autora aponta que é justamente nos estados em que a pena de morte está prevista e é aplicada onde se registram as taxas mais altas de linchamentos, por exemplo, o que sugere que a ânsia punitiva não necessariamente mantém uma correlação tão simples com o desempenho do sistema penal. A seu juízo, portanto, a presunção de que a pena evita vinganças privadas parece ignorar que a hipótese contrária de que as demandas por punição se moldam de acordo com a resposta do sistema penal é igualmente plausível. Além disso, a demanda por severidade penal se dá geralmente por parte de pessoas e grupos que não necessariamente são diretamente vitimados pelos delitos contra os quais se insurgem⁷⁴³.

A crença que transparece na obra de Ferrajoli é a da total aptidão da pena para prevenir esse tipo de manifestação (lembramos que, para o autor, se a prevenção geral negativa é questionável devido às dificuldades de sua verificação, a prevenção dessa classe de violência é simplesmente um dado irrefutável). No entanto, nos empenharemos em elevar o

⁷⁴⁰ LARRAURI, 2005, p. 20.

⁷⁴¹ Conforme Chies, “[...] não se pode admitir inequívoca a associação entre a ‘barbárie’ pré-moderna e uma forma de resolução de conflitos ‘penais’ de índole privada, ou mesmo imputar a expressão ‘vingança privada’ como indeclinável ‘rótulo’ das intervenções e resultados das formas jurídicas características do modelo punitivo através de ‘poderes penais’ difusos ou dispersos que antecede à apropriação do conflito por parte do ‘Estado’” (CHIES, 2002, p. 179).

⁷⁴² LARRAURI, 2005, p. 20-21.

⁷⁴³ LARRAURI, 2005, p. 22-23.

grau de complexidade do fenômeno dos linchamentos⁷⁴⁴ para ver o que remanesce da justificção do autor. A nosso ver, a presunção de Ferrajoli quanto à eficácia da pena para essa espécie de prevenção implica outra crença correlata, precisamente a de que, na ausência de pena, os rituais de linchamento poderiam se disseminar de forma insustentável para uma cultura jurídica que prese as garantias cidadãos e os direitos fundamentais. No entanto, essa crença parece simplificar demasiado o fenômeno em questão, já que não há evidências conclusivas sobre as suas causas, ou seja, os estudos sociológicos ainda trabalham no campo das hipóteses. Aliás, a ideia de que a não incidência do poder punitivo em todos os de casos de desvio constatados daria lugar a esse tipo de ritual simplesmente não prospera⁷⁴⁵. Martins desenvolve a hipótese de que até pode haver ceticismo social quanto ao alcance do poder punitivo (ou, o que dá no mesmo, ceticismo com relação às agências do sistema penal) contra os desviantes, mas não se está diante de uma causa capaz de explicar o fenômeno⁷⁴⁶, o que já serve para abalar a tese ferrajoliana. Para Martins, é mais certa a suposição de que o “mal” que representa determinados desvios sobre os quais recai a fúria popular simplesmente não pode ser reparado pelas instituições formais, o que inclui o sistema penal; isso estaria para além de sua capacidade, conforme a ótica popular. Ainda, a tese de que o ceticismo comunitário quanto ao funcionamento das agências penais não explica, por exemplo, a grande quantidade de linchamentos que ocorrem em presídios ou estabelecimentos carcerários⁷⁴⁷, situações em que a justiça penal formal evidentemente está atuando e não é omissa. Para o autor, certamente existe uma postura popular cética, em grande parte por conta do pelo midiático com relação a algumas modalidades criminais, mas isso não está na raiz do fenômeno, podendo ser, quando muito, um fator correlato⁷⁴⁸.

Poderia se objetar que a pena estatal (ou melhor, a sua ausência) não precisaria estar correlacionada ao fenômeno, pois a sua justificativa, na esteira da prevenção de violências arbitrárias, residiria simplesmente no fato de que ela separa o criminalizado do meio social e, dessa forma, o preserva do furor popular, mas tal premissa simplesmente não leva em conta que na periferia do sistema-mundo as condições da execução penal simplesmente não alcançam esse intento, sendo que, entre nós, a pena é provavelmente o meio mais seguro de um sujeito sofrer toda sorte de abusos em seus direitos fundamentais se comparado com a

⁷⁴⁴ Para efeitos deste trabalho, nos serviremos da obra de Martins, mesmo porque à escassez de literatura especializada nesse campo é constatada pelo próprio autor (cf. MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015, p. 15 e ss.).

⁷⁴⁵ As evidências empíricas sugerem que os linchamentos ocorrem em determinadas classes de crimes, mas são raríssimos em outras (cf. MARTINS, J. S., 2015, p. 51-52).

⁷⁴⁶ MARTINS, J. S., 2015, p. 92.

⁷⁴⁷ MARTINS, J. S., 2015, p. 94.

⁷⁴⁸ MARTINS, J. S., 2015, p. 96.

possível ação de multidões enfurecidas. Quando se trata da realidade marginal latino-americana, é muito difícil imaginar um caso em que a pena privativa de liberdade efetivamente constitua um “mal menor” ou o “mínimo mal estar necessário” aos desviantes, o que, nos parece, prejudica a intenção de justificá-la a posteriori, como quer Ferrajoli.

A resposta de Ferrajoli quando busca matizar essa deficiência de sua teoria de justificação projetando atenção para as reações de tipo policial – isto é, perpetradas por agentes estatais – ilimitadas, supostamente evitadas pela pena pública nos moldes de seu utilitarismo reformado⁷⁴⁹, padece, conforme Larrauri, de três aporias: em primeiro lugar, o argumento não parece válido para salvar sua teoria de justificação da pena por que se trata apenas de substituir uma modalidade de punição por outra que pode ser tão cruel quanto (a autora exemplifica: estaríamos de acordo quanto à adoção da pena de morte para evitar a atuação de grupos de extermínio, ainda disseminados na realidade marginal brasileira, acrescente-se⁷⁵⁰?); em segundo lugar, a imposição de limites jurídicos à atuação de agentes do Estado é salutar, sem dúvida, mas não necessariamente implica tornar a política criminal refém do temor de que possa haver manifestações ilegítimas por parte dos mesmos. Em outras palavras, impor freios aos agentes estatais não requer necessariamente adesão ao poder punitivo, mas pode se dar de outras formas⁷⁵¹; em terceiro lugar, é questionável a eficácia instrumental do sistema penal para deter focos de violência arbitrária, já que alguns de seus episódios não sugerem qualquer relação com a aplicação ou não de penas⁷⁵².

Por fim, Larrauri chama atenção, ainda, para outra falha na teoria de justificação da pena em Ferrajoli: ainda que aceitemos, por hipótese, a eficácia instrumental da pena para deter focos de vingança privada e nos filieiros, também por hipótese, à doutrina de justificação ferrajoliana, o que dizer sobre os chamados “delitos sem vingança”, ou seja, aquela classe de delitos contra os quais não se espera mais do que uma reação social apática

⁷⁴⁹ FERRAJOLI, 2008, p. 509.

⁷⁵⁰ Cf. HUMAN RIGHTS WATCH. *Lethal force: police violence and public security in Rio de Janeiro and São Paulo*. Nova Iorque: Humans Rights Watch, 2009, p. 2 e ss.

⁷⁵¹ Neste ponto, Larrauri identifica uma fragilidade na doutrina de justificação ferrajoliana que nos parece de todo central: “Entiendo como un avance de la teoría de Ferrajoli que no declare la pena justificada hasta que no se pruebe empíricamente la correspondencia entre el fin que debe servir y la función que efetivamente cumple, superando con ello la creencia de que basta la alegación de la prevención de delitos para creer que la pena está justificada (falacia normativista). Ahora bien, esta comprobación requiere no solo demostrar que la pena (en concreto de prision) previene sino que previene al menor coste que outro medio punitivo menos lesivo. En este caso no consigo convencerme de porqué la pena de prisión es el medio menos lesivo para garantizar el fin de prevención de delitos o de venganzas privadas respecto de outro tipo de medidas preventivas o coactivas de severidad inferior. Yo pienso, además, que la comprobación empírica que se nos pide es imposible (prevención de delitos y venganzas a um menor coste que si la pena no existiera), pero ello sólo hace que destacar que lo que aparece como uma demonstración fáctica es en el fondo uma opción valorativa. Y por tanto, en atención a distintas posiciones ideológicas, puede defenderse que la pena de prisión siempre representa um costo mayor, o presumirse que éste es menor” (LARRAURI, 2005, p. 15).

⁷⁵² LARRAURI, 2005, p. 23-24.

(seja porque a sociedade não os conhece, como os crimes econômicos, não encara a si mesma como vítima, como os delitos contra o consumidor ou não consegue identificar-se com a vítima, como os delitos contra minorias)? Reside aí uma das mais notáveis contradições do justificacionismo fornecido pelo utilitarismo reformado, já que mesmo admitindo a existência dessa gama de delitos e a desnecessidade da pena para prevenir reações arbitrárias, Ferrajoli recorre à finalidade de prevenção de delitos – na forma da prevenção geral negativa, como vimos – para salvar o poder punitivo⁷⁵³ da deslegitimação. Em que pese ambas as funções – prevenção das violências arbitrárias e prevenção de delitos – devessem se complementar e dosar mutuamente em seu sistema de pensamento, como vimos, fica claro que na ausência de uma delas o autor faz ressurgir a outra como critério exclusivo de justificação⁷⁵⁴.

O modelo realista marginal, no entanto, não pretende ignorar a necessidade de uma resposta estatal a esse tipo de manifestação punitiva, mas encara o desafio de fornecê-la sem a necessidade de aderir ou legitimar o poder punitivo, fazendo uso de institutos como a coerção direta. Conforme Zaffaroni *et al.*, a coerção direta seria uma ingerência estatal administrativa para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva já em curso, de modo que não pode ser confundida com o poder punitivo – este encontra-se deslegitimado em razão de sua irracionalidade; aquela encontra-se justificada enquanto um meio racional para redução de danos, o que a torna harmônica com relação a teleologia realista marginal. Apesar de reconhecerem que a coerção direta pode ser deturpada pelos agentes estatais que a levam a cabo, tornando-a um puro exercício de poder arbitrário, para os autores é inquestionável que enquanto se está diante de uma atividade delituosa o Estado ostenta legitimidade em buscar refreá-la, desde que atue com uso comedido da força, de modo que a coerção direta só se confunde com poder punitivo quando cessa essa atividade, mas não a ação dos agentes estatais⁷⁵⁵. Fica claro, portanto, que as situações excepcionais que requeiram atuação estatal para deter vinganças ou linchamentos “seria mais um caso de coerção direta [...], mas de nenhum modo poderia generalizar-se até converter-se em argumento legitimante do poder punitivo ou, menos ainda, em uma teoria positiva da pena”⁷⁵⁶.

Notamos, portanto, que as evidências no campo criminológico apontam para a incapacidade de a pena produzir os efeitos esperados por Ferrajoli, o que deveria servir para retirar-lhes a justificativa no nível do discurso jurídico-penal, não fosse o constante apelo à Lei de Hume que felizmente pode e deve ser contornada em nome do princípio ético material

⁷⁵³ FERRAJOLI, 2008, p. 517-518.

⁷⁵⁴ LARRAURI, 2005, p. 25.

⁷⁵⁵ ZAFFARONI, *et al.*, 2013, p. 104.

⁷⁵⁶ ZAFFARONI, *et al.*, 2013, p. 107.

de produção, reprodução e desenvolvimento comunitário da vida de cada sujeito ético, como vimos. Entretanto, não se sustenta aqui que a crítica ética produza efeitos inequívocos para o Direito Penal. Ora, tal conclusão só seria possível mediante uma simplificação grosseira, atitude que lamentavelmente nos conduziria aos caminhos das razões ardilosa ou vulgar, justamente o que se espera evitar. É evidente que a própria ética não é um aporte unívoco, como já sublinhamos e seu desenvolvimento é impossível sem algum grau de conflitividade. Com efeito, necessitamos expressar ao menos uma ressalva que nos parece pertinente para que possamos avançar em nosso intento de revisar a narrativa jurídico-penal.

Dussel preocupa-se em diferenciar duas categorias, a fim de situar a sua ética. Para o autor, *coação* e *violência* são atitudes distintas, sendo que a primeira pode tornar-se a segunda quando carece de legitimidade. O autor aduz que essa diferenciação é importante para que possamos compreender que uma ordem instituída – no caso, o Estado Social e Democrático de Direito – necessita de meios de coação legítima, desde que estejam dispostos de forma apta a cumprir o princípio ético material. Em outras palavras, a aceitação subjetiva de cada membro de uma comunidade ética está para além das possibilidades humanas, o que torna a coação legitimada para que se possam cumprir as exigências éticas material, formal e de factibilidade, ou seja, que seja assegurada a vida de todos os sujeitos afetados por uma determinada disposição, que possam participar simetricamente das decisões e mediações que se mostrem factíveis em um dado momento histórico. Satisfeitas essas exigências, Dussel encara que não se está diante de violência, mas de coação legítima que é por isso mesmo *ética*⁷⁵⁷. Em que pese o autor reconheça que a coação “legal” do sistema vigente foi historicamente um fator de entrave aos movimentos que buscaram a emancipação social (e, por isso, em nível ético acabou se convertendo em violência, já que não se dedica a assegurar as condições éticas listadas), conforme Gloeckner e Amaral, o erro de Dussel está em admitir o cárcere como instrumento coativo e não necessariamente violento, desde que subsumido pelos critérios e princípios que compõem o panorama de sua ética⁷⁵⁸, o que se choca com a leitura realista marginal, segundo a qual a prisão alimenta-se seletivamente da vulnerabilidade e não cumpre as funções dadas pelas doutrinas de justificação da pena. Portanto, conforme os autores, nesse aspecto a ética dusseliana merece ser ressaltada. A incumbência de uma finalidade ética à pena, como apontam, já se revelou extremamente perigosa aos seus alvos preferenciais e isso Dussel parece não ter claro. Além disso, a recusa a atribuir uma finalidade (qualquer finalidade) positiva à pena afigura-se o meio mais capaz de prevenir à

⁷⁵⁷ DUSSEL, 2012, p. 545.

⁷⁵⁸ DUSSEL, 2012, p. 546.

reversibilidade dos direitos de cidadania que passariam então a pressupor uma tutela penal, potencialmente requisitando artifícios como a proibição de insuficiência o que acaba em inflação penal e recrudescimento do poder punitivo⁷⁵⁹. Se o que buscamos é uma fundamentação ética para o Direito Penal que se distancie da “antiga” etização de que nos fala Zaffaroni, é evidente que o preço a se pagar é evitar dotar o poder punitivo de qualquer finalidade proativa, mesmo que essa se refira a um suposto reforço ético da sociedade.

Ainda assim, desde o nosso olhar, acertam Gloeckner e Amaral quando afirmam que “o sistema punitivo na América Latina, a fim de se despertar para a preservação do princípio ético anunciado por Dussel, pode se coadunar com a resposta de Zaffaroni, de um realismo marginal”⁷⁶⁰, na medida em que há inegavelmente um eixo comum capaz de articular ambos os horizontes teóricos para que se percorra um caminho emancipatório com relação às vítimas da periferia do sistema-mundo. De outro modo, nos permitiremos especular que a adesão de Dussel à justificação do poder punitivo talvez seja mais aparente do que real, eis que, nos parece, os conceitos que o autor utiliza para estruturar seu quadro de análise – *violência* (ilegítima) e *coação* (legítima) – podem ser aproximados, respectivamente, a categorias como *poder punitivo* (ilegítimo) e a já mencionada *coerção direta* que para o realismo marginal permanece justificada, desde que não seja deturpada e tornada equivalente ao poder punitivo. Aliás, fica claro que a capacidade instrumental da coerção direta, para Zaffaroni *et al.*, não é nula⁷⁶¹, revelando-se um meio eficaz de garantir, inclusive, o princípio ético dusseliano. Também é notório o esforço que Dussel promove para diferenciar a sua coação legítima do paradigma weberiano⁷⁶², a que já mencionamos como sendo o protótipo da justificação política do poder punitivo com o surgimento do próprio ente estatal. Em suma: “o que se deve evitar é o germe da ideologia da defesa social, nó teórico e político fundamental do sistema punitivo”⁷⁶³, mesmo que para isso precisemos adequar a fundamentação ética dusseliana no sentido de torná-la capaz de contribuir à teleologia realista marginal.

⁷⁵⁹ GLOCKNER; AMARAL, 2013, p. 168-169.

⁷⁶⁰ GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 178.

⁷⁶¹ Segundo os autores, “enquanto uma atividade lesiva perdurar a força empregada para detê-la não constitui pena, mas sim coerção direta” (ZAFFARONI *et al.*, 2013, p. 105).

⁷⁶² Para o autor, “admitir a coação legítima não é aceitar a dominação como constitutiva da legitimidade, como pressupõe Max Weber. Além disso, a legitimidade não é só o consentimento produto da melhor argumentação pela participação simétrico-discursiva dos afetados, mas também a aceitação da ordem institucional na medida em que consegue a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana dos membros do dito sistema” (DUSSEL, 2012, 546). Ou seja, a legitimidade de uma determinada medida coercitiva também deve estar vinculada ao princípio ético material, e só isso já é capaz de provocar abalos nas estruturas de justificação do poder punitivo na América Latina.

⁷⁶³ GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 134.

Chegamos agora a um ponto central para a reflexão realista marginal: se a pena enquanto ato de poder político encontra-se injustificada em razão de sua incapacidade para cumprir com as funções positivas designadas pelo utilitarismo reformado de Ferrajoli (e por qualquer outra tese justificadora, anote-se), o que sobra é atuar como dique utópico de contenção da violência punitiva, o que demanda uma perspectiva negativa e *agnóstica* da pena. Ao mirarem a falência do discurso jurídico de justificação da pena, ou seja, a cominação de funções positivas a serem satisfeitas pelo poder punitivo, Zaffaroni *et al.* buscam objetar um discurso jurídico-penal pautado por uma *teoria negativa da pena*, ou seja, uma construção teórica que têm lugar a partir do fracasso reconhecido das próprias teorias positivas e suas funções manifestas. Para os autores, o intento se justifica enquanto uma postura apta a dotar o Direito Penal de um fundamento sem fornecer legitimação ao avanço do Estado de Polícia⁷⁶⁴. Entretanto, a assunção de uma postura agnóstica para a pena e o poder punitivo não traduz uma opção pela vontade de sistema que acompanha as doutrinas de justificação da pena, mas exige a incorporação dos dados da realidade (referências ônticas), justamente para que seja possível pautar a práxis dos atores jurídico-penais⁷⁶⁵, a partir de um horizonte ético não legitimante. Conforme os autores:

Ao incorporarmos as referências ônticas, podemos construir o conceito levando em consideração que *a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos eminentes*. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos (não faz parte da coerção estatal reparadora ou restitutiva nem da coerção estatal direta ou policial). Trata-se de *um conceito de pena que é negativo* por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão [...]. É *agnóstico* quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la⁷⁶⁶.

Adentramos agora um ponto importante, mas que naturalmente não é livre de polêmica. Para Cirino dos Santos, a opção por uma teoria agnóstica da pena equivaleria a uma atitude agnóstica – de negação, desconhecimento ou mesmo ceticismo – não só sobre as funções declaradas pelo Direito Penal, mas também quanto às funções reais cumpridas pelo controle penal, ou seja, pelos próprios danos produzidos pelo poder punitivo e seu lugar na

⁷⁶⁴ ZAFFARONI *et al.*, 2013, p. 98.

⁷⁶⁵ ZAFFARONI *et al.*, 2013, p. 99.

⁷⁶⁶ ZAFFARONI *et al.*, 2013, p. 99-100.

estrutura social do capitalismo neoliberal⁷⁶⁷. Segundo o autor, o componente negativo da teoria agnóstica, presente no rechaço às funções declaradas e legitimadas pelas doutrinas de justificação da pena, é salutar e deve ser levado em conta, mesmo porque condiz com a postura da criminologia crítica cuja ascendência encontra-se no materialismo histórico-dialético. Entretanto, esse componente negativo da teoria agnóstica quanto às funções reais produzidas pelo sistema penal na estrutura do capitalismo representaria, para o autor, um desinteresse científico sobre a realidade operativa do sistema penal e, dessa forma, romperia com o legado do criticismo criminológico, o que não contribui para um modelo de Direito Penal mínimo⁷⁶⁸:

[...] a pura e simples *negação* das funções *declaradas* ou *manifestas* e a atitude *agnóstica* em face das funções *reais* ou *latentes* da pena criminal – que definem a teoria negativa/agnóstica da pena criminal –, parecem cancelar as dimensões de *realidade* e de *ilusão* das formas ideológicas de controle social das sociedades de classes sociais antagônicas, com o abandono da crítica criminológica fundada na dialética das funções *declaradas* ou *manifestas* da ideologia penal – que legitimam o discurso oficial sobre crime e controle social – e das funções *reais* ou *latentes* do sistema penal – que garantem as relações sociais fundadas na separação *força de trabalho/meios de produção* das sociedades capitalistas⁷⁶⁹.

A provocação é de ser levada em conta, especialmente pelo que o autor representa e o aporte teórico que lhe ampara. Entretanto, a nosso ver, o realismo marginal não rompe com o legado do criticismo criminológico, mas, pelo contrário, o incorpora ao seu modelo de minimalismo penal em escala sem dúvida superior a do utilitarismo reformado ferrajoliano, para exemplificarmos de acordo com o recorte deste trabalho. Para Gloeckner e Amaral, a oposição sustentada por Cirino dos Santos não prospera, já que a teoria agnóstica não implica obliteração das funções reais do controle penal, muito pelo contrário. Os autores apontam que um traço sem dúvida característico da leitura realista marginal e agnóstica do poder punitivo consiste justamente em vislumbrar, como um dos diversificados problemas do justificacionismo, que as doutrinas de justificação da pena, por legitimá-la em nível ideológico, terminam por desfocar o olhar de seu real funcionamento, ou seja, da operacionalidade do poder punitivo. O realismo marginal, ao contrário, procura se nutrir das leituras fornecidas pelo referencial criminológico de tipo crítico, o que se verifica, por exemplo, na compreensão diferenciada que faz da seletividade, como atributo estrutural e não conjuntural do poder punitivo. Aliás, é dessa forma que a orientação agnóstica fornece aos

⁷⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 432-433.

⁷⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 434.

⁷⁶⁹ CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 435.

penalistas a munição teórica para romper com as teorias de justificação e orientar uma atuação pautada na contenção do poder punitivo⁷⁷⁰. Conforme apontam os autores:

Evidentemente, quanto mais forem reconhecidos os funcionamentos ilegítimos da pena, mais legítimas serão as decisões das agências judiciais. Contudo, isso nada diz respeito a pautar as decisões das agências judiciais a um fim da pena. Não se fala em afastar o estudo – que é imperativo – das relações de poder que estão em jogo pontualmente na punição. Dizer que as funções latentes não são conhecidas em sua generalidade – e não o são mesmo, ao menos que víssemos o enorme complexo de poder relativo à pena de forma estática e obedecendo ao mesmo regime de forças permanentemente – não é ignorá-las ou descuidar de sua análise; é simplesmente abrir mão de elaborar um campo positivo para repousar a pena, afastar, em outras palavras, uma atuação justificada para a cominação de dor. Uma teoria agnóstica da pena não é ingênua para deixar de estudar as peripécias do poder vigilantista nas funções manifestas, no entanto é agnóstica menos por não conhecer “A” função que se dá à pena, do que por pensar que a atribuição de alguma função definitiva seja incabível e desnecessária no panorama da construção do conceito⁷⁷¹.

Gloeckner e Amaral especulam que a incompreensão da premissa agnóstica por parte de Cirino dos Santos pode se dar, talvez, em razão do referencial teórico do qual parte o autor, no caso a leitura materialista histórica e dialética da pena. Para os autores, há um horizonte de comunicabilidade entre esse referencial (quase sempre presente nas criminologias de matriz crítica) e uma postura realista marginal, de modo que ambas as leituras possuem mais em comum do que qualquer divergência poderia insinuar. No entanto, aduzem os autores, cabe perceber que a leitura materialista histórica da pena, sempre bem vinda para integrar o arsenal teórico dos penalistas comprometidos eticamente com a cidadania e a contenção da violência punitiva, não pode crer-se a única leitura autorizada a descrever as funções reais da pena, algo que parece claro para o realismo marginal. Trata-se de levar em conta as contribuições da criminologia crítica e do materialismo histórico, mas sem arrogar qualquer meta-narrativa ao campo da totalidade, postura que simplesmente não contribui para enunciar o que quer que seja sobre um fenômeno complexo e multifacetado como o poder punitivo⁷⁷².

Conforme Carlés, o realismo no âmbito da filosofia jurídica traduz a noção de que as normas jurídicas devem ser compreendidas de acordo com sua eficácia empírica. Por essa razão o autor entende o realismo marginal, antes de tudo, como um princípio epistemológico a ser seguido pelo Direito Penal. O controle penal, nessa linha, não é identificado a um conjunto de enunciados ideais, e isso requer um enfoque transdisciplinar que concatena uma

⁷⁷⁰ GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 79.

⁷⁷¹ GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 79-80.

⁷⁷² GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 80-81.

pluralidade de saberes que deem conta de informar aos juristas sobre o fenômeno sobre o qual se pretende intervir, além de manter presente a real eficácia do discurso jurídico e o cotidiano do controle punitivo. Por essa razão, o autor argui que um modelo de Direito Penal mínimo em que os saberes criminológicos funcionem no máximo como disciplinas “auxiliares” ao saber jurídico simplesmente não atende às necessidades de um realismo jurídico-penal marginal, que encara a tarefa de erigir um discurso crítico alimentado pela crítica criminológica⁷⁷³. Portanto, a nosso ver a assunção de uma postura agnóstica não significa deixar de lado as funções realmente exercidas pelo controle penal na sociedade capitalista neoliberal e tardo-colonial, mas, no máximo encará-las, por exclusão, assumindo a extrema complexidade que caracteriza o poder punitivo, o que requer leituras de diversos aportes críticos, entre eles o materialismo histórico. Na verdade, o realismo marginal procura justamente distanciar-se das abstrações jurídicas, e para tanto recorre aos dados da realidade. Nesse sentido, Carlés sintetiza a preocupação realista marginal da seguinte forma: “podemos incursionar en el terreno de las complejas abstracciones de la fina dogmática europea, pero no podemos permitir que el árbol nos impida ver el bosque”⁷⁷⁴.

Superada essa questão, nos permitiremos chamar atenção para uma convergência entre a leitura ética e agnóstica do poder punitivo e a teleologia constitucional, tratada no capítulo anterior. Para Carvalho, apesar de a Constituição da República de 1988 expressar uma opção política no sentido de que haverá penas e privação de liberdade, ela não proíbe, por exemplo, uma práxis abolicionista, ou seja, não descarta a redução progressiva e radical dos âmbitos de habilitação do poder punitivo, em nível político criminal⁷⁷⁵, algo que nos parece compatível com uma teleologia abolicionista⁷⁷⁶. Para Carvalho, ainda, apesar da opção legislativa feita em favor da prevenção especial positiva, projeto político-criminal cristalizado na Lei de Execuções Penais de 1984, a partir da vigência da nova ordem constitucional isso muda. O texto constitucional não apresenta qualquer discurso legitimante da pena, resumindo-se a um

⁷⁷³ CARLÉS, 2012, p. 261-262.

⁷⁷⁴ CARLÉS, 2012, p. 271.

⁷⁷⁵ CARVALHO, S., 2010, p. 146.

⁷⁷⁶ Acrescente-se que a oposição terminante entre abolicionismo e modelos de minimalismo penal se mostra falsa. Para Postay e Ávila, carece de lógica a ideia de que a deslegitimação abolicionista prejudica qualquer hipótese de alianças estratégicas com correntes jurídico-penais minimalistas que estejam abertas para soluções alternativas aos conflitos (POSTAY, Maximiliano E.; ÁVILA, Keymer. Abolicionismo penal latinoamericano: la “no pena” regionalmente contextualizada: realismo marginal o utopia de la utopia?. In: POSTAY, Maximiliano E. (Org.). *El abolicionismo penal em América Latina: imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires: Del Puerto, 2012, p. 55). Devemos ter claro, no entanto, que a discussão entre redução ou abolição do sistema penal não pode fazer perder de vista que a necessidade de redução dos espaços de ingerência do poder punitivo é imediata e a demora pode ser contada em vidas humanas (ZAFFARONI, 1993, p. 44).

extenso rol de limitações jurídicas ao poder punitivo⁷⁷⁷. Interessante notar que, apesar de outras constituições contemporâneas não abdicarem de fornecer alguma justificação positiva ao poder de punir, no nosso caso o poder constituinte originário não se preocupa em responder ao “por que punir?”, mas preocupa-se demasiado em delimitar o “como punir?”, o que para o autor denota uma perspectiva absenteísta e uma vocação para um projeto político-criminal de redução de danos⁷⁷⁸.

É a partir dessa constatação que Carvalho identifica uma convergência entre a Constituição Federal e a perspectiva agnóstica, própria do realismo jurídico-penal marginal. Ora, ao recusar-se a fornecer justificativa para a pena, a principiologia constitucional supera as finalidades historicamente declaradas e concebe uma política criminal ciente dos danos que o poder punitivo é capaz de produzir. Aliás, acrescenta o autor, os dispositivos limitadores são o produto lógico de um reconhecimento da tendência natural do poder punitivo de transbordar as limitações jurídicas do Estado de Direito e livrar o Estado de Polícia de sua contenção⁷⁷⁹. Em suma, os penalistas eticamente comprometidos com a preservação da vida contam também com aportes normativos em nível constitucional que favorecem a assunção de uma postura agnóstica, orientada pelo realismo jurídico-penal marginal em direção à utopia abolicionista, o que certamente é mais do que o utilitarismo reformado nos oferece.

Conforme Zaffaroni, o modelo de Ferrajoli encontra-se impermeável em relação à grande parte da crítica ou à utopia abolicionista, precisamente porque não admite – ou pouco admite – uma deslegitimação com base na experiência empírica, justamente o substrato que nutre o referencial abolicionista. O ideal, para Zaffaroni, seria, sim, um modelo de sociedade estruturado em uma sociabilidade comunitária e solidária, que buscasse uma solução reparatória ou restitutiva (portanto racional, diferentemente da lógica punitiva) e o autor não enxerga a razão de essa utopia se traduzir necessariamente, para Ferrajoli, em uma “anarquia punitiva”⁷⁸⁰, como já expomos. Para Zaffaroni, ao contrário, há que se construir um modelo de minimalismo jurídico-penal que se afigure “um momento do caminho abolicionista”⁷⁸¹, hipótese inadmitida por Ferrajoli, já que seu modelo é de um minimalismo penal em si

⁷⁷⁷ Como exemplos, o autor lista os incisos XLV, XLVI, XLVII (e suas alíneas), XLVIII e XLIX do art. 5º (CARVALHO, S. 2010, p. 148).

⁷⁷⁸ CARVALHO, S., 2010, p. 147-148.

⁷⁷⁹ CARVALHO, S., 2010, p. 148.

⁷⁸⁰ ZAFFARONI, 2001, p. 104.

⁷⁸¹ ZAFFARONI, 2001, p. 105.

mesmo, ao passo que o realismo marginal seria um minimalismo penal tendente à abolição do sistema penal⁷⁸², conforme Andrade⁷⁸³.

Como já mencionamos, Ferrajoli encara a eficácia de um Direito Penal mínimo e garantidor como a verdadeira utopia a se perseguir, de modo que a abolição do sistema penal lhe soa perigosa em face dos conflitos sociais dos quais se espera solução⁷⁸⁴. A nosso ver, a razão desse juízo tem a ver com a própria leitura que o autor faz da crise de legitimidade do controle penal contemporâneo, ou seja, como uma ilegitimidade conjuntural e não estrutural, que corresponderia às leituras abolicionistas e realista marginal, por exemplo, conforme Andrade⁷⁸⁵. De fato, ao precisar pronunciar-se sobre a brutalidade dos sistemas penais da realidade marginal periférica, Ferrajoli sugere que seu modelo (e não uma alternativa a ele) se mostraria condizente com o intento de reversão da barbárie punitiva⁷⁸⁶. A isso poderíamos objetar, a partir de Postay e Ávila que o fato de termos presenciado o que há de pior e mais bárbaro em termos de controle penal não pode ser um fator para desqualificar os projetos de orientação abolicionista – e com isso comprar a utopia minimalista justificante do utilitarismo reformado, acrescenta-se –, mas é antes um estímulo para que seus pressupostos sejam conhecidos, debatidos e aplicados⁷⁸⁷. Para os autores, os penalistas latino-americanos paradoxalmente utilizam a realidade como escusa ideológica para não ter de se confrontar com os argumentos lançados pelas vertentes do abolicionismo penal. Esse artifício é sintomático da pobreza de argumentos da intelectualidade jurídico-penal, na medida em que parece nutrir um princípio metodológico segundo o qual a maior violência social deve corresponder à maior violência institucional e, desse modo, a libertação das amarras da lógica

⁷⁸² De fato, para Chies, o realismo jurídico-penal marginal zaffaroniano é um modelo de orientação preponderantemente abolicionista, mas que se defronta com a necessidade de propor estratégias viáveis, isto é, “operacionalizáveis” que conduzam à utopia abolicionista no âmbito da periferia do sistema-mundo (CHIES, 2002, p. 164). Nesse sentido, parece-nos que a leitura realista marginal procura levar em conta a factibilidade, no sentido dusseliano, do projeto de crítica ética ao Direito Penal: “Nem sempre o justo pode fazer o ato de justiça. O critério de factibilidade de alguma possível transformação consiste na consideração das capacidades ou possibilidades empíricas, tecnológicas, econômicas, políticas, etc., tendo como referência direta a negação da negatividade da vítima, graças ao cálculo prático feito pela razão instrumental e estratégica críticas. Quer dizer, o critério para determinar a possibilidade de transformar o sistema formal que vitimiza consiste em avaliar bem a capacidade estratégico-instrumental da comunidade das vítimas de realizar tal empresa *diante* do poder vigente do sistema dominante” (DUSSEL, 2012, p. 560). Notamos que, para Dussel, a libertação ética deve ficar a cargo da própria comunidade de vítimas, sem dispensar o auxílio dos intelectuais engajados, por óbvio. Zaffaroni considera que a canalização da vingança através do sistema penal é um traço da cultura contemporânea, de modo que a sua superação demandaria um novo modelo de sociedade, o qual não cabe somente à crítica do Direito Penal construir (ZAFFARONI, 2012, p. 462).

⁷⁸³ ANDRADE, 2012, p. 265.

⁷⁸⁴ Talvez para o autor não esteja tão claro que a negativa abolicionista – e também realista marginal, diremos – a adotar uma lógica punitiva não equivale a nada fazer (LARRAURI, 2005, p. 21).

⁷⁸⁵ ANDRADE, 2012, p. 268.

⁷⁸⁶ FERRAJOLI, 2008, p. 521.

⁷⁸⁷ POSTAY; ÁVILA, 2012, p. 45.

punitiva se torna impossível. Ainda, para a cultura jurídico-penal parece evidente, conforme os autores, que quaisquer avanços em termos de soluções alternativas e mais efetivas devem provir das potencias centrais⁷⁸⁸, o que não nos soa razoável.

Devemos ter claro, no entanto, que do ponto de vista da realidade operativa dos nossos sistemas penais⁷⁸⁹, assim como do lugar de fala historicamente conferido à periferia do sistema-mundo, não há razão alguma para imaginarmos que a abolição do sistema penal seja mais utópica do que a eficácia de um controle penal que sirva para acabar com a impunidade dos poderosos⁷⁹⁰, por exemplo, ou que simplesmente cumpra qualquer das funções positivas atribuídas à pena, tais como a prevenção geral negativa e a prevenção das violências penais informais conforme atribui Ferrajoli. Nesse caso, julgamos que a assunção de uma resposta não legitimante é o primeiro passo de um compromisso ético por parte do Direito Penal, ainda que possamos admitir que o impasse entre abolicionismos ou modelos de minimalismo é, na verdade, uma falsa oposição⁷⁹¹. Com Andrade, diremos que é perfeitamente possível e inquestionavelmente necessária uma aliança militante entre os referenciais do Direito Penal mínimo e as vertentes abolicionistas, mormente porque o verdadeiro inimigo na contemporaneidade é o eficientismo penal⁷⁹², já referido. Trata-se de reconhecer, no entanto, que as respostas de cunho relegitimante terminam por produzir a própria eficácia invertida do controle penal, precisamente por tomarem a sua crise como algo conjuntural. São leituras que lamentavelmente favorecem o eficientismo penal e seus artifícios discursivos, tais como a já mencionada proibição de insuficiência ou de tutela deficiente.

A oxigenação do discurso jurídico-penal, conforme Khaled Jr., não implica uma reorganização dessa narrativa no sentido de manutenção de um saber fechado, calcado em categorias coerentes entre si, mas que terminam por substituir a realidade que se procura conhecer e também transformar. É a violência concreta produzida pelo cotidiano punitivo que evoca a desconstrução da narrativa jurídico-penal para que se desvelem suas camadas de putrefação. Contudo, o autor alerta que esse intento de desconstrução não pode ser uma porta aberta ao caos, não pode significar a simples destruição desse corpo de pensamento. Há de significar, pelo contrário, uma nova maneira de concebê-lo, um novo pensar sobre o Direito Penal para que se revelem os componentes que interditam o seu potencial emancipatório.

⁷⁸⁸ POSTAY; ÁVILA, 2012, p. 53-54.

⁷⁸⁹ “Las patéticas condiciones de la vida carcelaria, la prisión preventiva como casi único castigo, la violencia policial normalizada, las ejecuciones extrajudiciales, y un largo etcétera, hacen que la realidad de los sistemas penales latinoamericanos sea más deslegitimante que cualquier teoría o postulado técnicoacadémico” (POSTAY; ÁVILA, 2012, p. 52).

⁷⁹⁰ ZAFFARONI, 2001, p. 108.

⁷⁹¹ ANDRADE, 2012, p. 269.

⁷⁹² ANDRADE, 2012, p. 269-270.

Trata-se de recusar uma postura irracional em prol de uma racionalidade alternativa – uma racionalidade ética – o que requer a revisão desta tradição que é a narrativa jurídico-penal moderna⁷⁹³. É nesse sentido que o realismo marginal aproveita o legado garantista⁷⁹⁴ de ascendência liberal, mas recusa-se a admitir qualquer possibilidade de justificação da pena na forma do *jus puniendi*, o que soa estranho à Ferrajoli, para quem não é possível pensar as garantias cidadãs em face do controle penal sem abrir mão da justificação da pena⁷⁹⁵.

Para Zaffaroni, as teorias de justificação da pena sempre se resumiram a teorizações da defesa social⁷⁹⁶, tida como factível através do controle penal. O autor argumenta que esse acabou sendo o grande “germe antiliberal” que paradoxalmente sempre esteve presente no discurso do liberalismo penal, desde o utilitarismo iluminista até o reformado. Por essa razão, manifesta a sua preocupação: para ele é necessário de certa forma retomar os pressupostos limitadores do poder punitivo, contidos no discurso liberal, mas o risco de fazê-lo é precisamente o de se incorrer exatamente nos mesmos erros, não superar as amarras da ideologia da defesa social, contentar-se em justificar a pena discursivamente, ignorando a sua eficácia invertida⁷⁹⁷. No fim das contas, conforme Andrade⁷⁹⁸, o necessário é promover uma

⁷⁹³ KHALED JR., 2012, p. 84.

⁷⁹⁴ Para Carvalho, o ponto de convergência entre o Sistema Garantista e a teoria agnóstica estaria na imposição de limites ao poder de punir (CARVALHO, S., 2010, p. 132).

⁷⁹⁵ “[...] justificación y garantismo están estrictamente conectados. Hasta tal punto que el paradigma de justificación que he propuesto vale también, y sobre todo, como esquema de deslegitimación: allí donde un determinado derecho penal resulte inidóneo a tales fines y produjese daños mayores o, en todo caso, no menores de quanto previene, entonces estaría injustificado” (FERRAJOLI, 2008, p. 519). Essa vinculação necessária entre a justificação da pena e as garantias penais parece o cerne do argumento de Ferrajoli ao não enxergar as vantagens dos projetos abolicionistas, dentre elas a substituição do sistema penal por mecanismos alternativos de resolução dos conflitos. Contra o argumento de Ferrajoli, segundo o qual a verdadeira utopia apta a mover a intelectualidade jurídico-penal só pode estar no seu Sistema Garantista – ainda que o preço a se pagar fosse o de admitir a justificação do poder punitivo, como uma espécie de mal menor ante a anarquia punitiva, supostamente corolário das propostas abolicionistas – objetamos, a partir de Larrauri, que o debate em torno das alternativas ao justificacionismo não pode ter fim simplesmente porque as garantias jurídico-penais são necessárias, delas não se podendo abrir mão. Não se discute isso, nos parece. Na verdade, frente a qualquer pensamento alternativo ao discurso penal sedimentado sempre se contrapõem argumentos que não evidenciam mais do que temor pelo que é novo, como se se buscasse um retorno à posição fetal do Iluminismo penal, onde todos se dizem defensores dos direitos de cidadania contra a barbárie punitiva (ANDRADE, 2012, p. 164) eminente e personificada em discursos que vislumbrem a quebra do ciclo da mesmice (LARRAURI, 2005, p. 11). Para Larrauri, não bastam respostas que se limitem a demonizar propostas de alternativa ao poder punitivo, normalmente contidas em referências abstratas à “ausência de garantias” que delas decorre, mas há que se demonstrar em concreto quais são, afinal, as garantias a que se renuncia e quais são as vantagens que soluções alternativas apresentam em troca dessa suposta diminuição de garantias (LARRAURI, 2005, p. 12). É claro que a preocupação de Ferrajoli em submeter o poder punitivo a limites é salutar e mais do que legítima no horizonte de um Estado de Direito, mas ela não implica necessariamente admitir a legitimação da pena. Em outros termos, podemos sim aderir aos pressupostos de seu Sistema Garantistas sem, no entanto, adotar sua teoria de justificação da pena nos moldes de um utilitarismo reformado. Trata-se de perspectivas distintas que não necessitam estar acompanhadas (LARRAURI, 2005, p. 35).

⁷⁹⁶ Conforme o autor, “todas las ‘teorías de la pena’ enunciadas o explicadas por los viejos ‘padres liberales’ son no solo falaces, sino también pelogrosas, por su contenido antiliberal que en alguna medida siempre nos lleva a la ‘defensa social’” (ZAFFARONI, 2008, p. 397).

⁷⁹⁷ ZAFFARONI, 2008, p. 395.

“ecologia de saberes”⁷⁹⁹, no sentido que Santos confere à expressão⁸⁰⁰, que favoreça a utopia emancipatória e retire do Direito Penal os artifícios que podem comprometer seu caráter garantidor, o que implica livrar o discurso jurídico-penal da ideologia da defesa social e seus componentes.

Deve ficar claro que o nosso intento de utilizar a contribuição realista marginal para revisar a narrativa jurídico-penal sedimentada, com enfoque no desenvolvimento promovido pelo utilitarismo reformado, não condiz com uma estratégia de terra arrasada, mesmo porque um compromisso ético com as vidas destroçadas ou em vias de serem tragadas pelo sistema penal não condiz com uma atitude desconstrutiva meramente performática, incapaz de enxergar as virtudes ou os momentos messiânicos que o próprio discurso jurídico-penal nos trouxe. Ao tratarem da obra de Ferrajoli, Zaffaroni *et al.* concluem que o autor leva a cabo aquela que talvez seja a investigação mais meticulosa do penalismo do século XX e que permite uma revitalização dos pressupostos liberais do garantismo ilustrado, devidamente acoplados e desenvolvidos no seio de seu sistema de Direito Penal mínimo. No entanto, para os autores, Ferrajoli termina preso às armadilhas discursivas dessa narrativa, o que prejudica o seu modelo de minimalismo penal quando confrontado com a realidade contemporânea, já que, ao que tudo leva a crer, um poder punitivo que se posiciona ao lado do mais fraco (esse é o intento do utilitarismo “completo” de Ferrajoli, lembramos) é como uma contradição em termos⁸⁰¹. Nossa posição está em dar vida a um “garantismo crítico, criminologicamente fundado”, conforme sugere Andrade⁸⁰², o que não pode admitir qualquer horizonte de justificação da pena, como faz Ferrajoli. Entretanto, é inegável que a defesa das garantias, pauta central no pensamento desse autor, favorece a edificação de um Direito Penal tendente ao reforço do Estado de Direito e contenção do Estado de Polícia, e nesse particular o Sistema

⁷⁹⁸ ANDRADE, 2012, p. 300.

⁷⁹⁹ Iremos nos permitir acrescentar que junto à “ecologia dos saberes” de que fala Santos, devemos aliar o que Morin chama de uma “ecologia da ação”, para que se evite que ações politicamente direcionadas repercutam de modo simetricamente inverso ao planejado (MORIN, 2009, 67).

⁸⁰⁰ SANTOS, 2010, p. 137 e ss.

⁸⁰¹ ZAFFARONI *et al.*, 2013, p. 646.

⁸⁰² ANDRADE, 2012, 234.

Garantista de Ferrajoli demonstra suas virtudes ao realismo marginal⁸⁰³, eticamente comprometido⁸⁰⁴ em salvar vidas:

El defecto de legitimidad no se produce respecto del discurso penal como discurso sobre los límites. Al “derecho penal” no le falta legitimidad como *discurso sobre los límites*, sino cuando pretende asumir la función de *discurso acerca de la extensión y la justificación* del poder punitivo, porque el poder punitivo carece de legitimidad. [...] La selección punitiva es un carácter estructural del poder punitivo, y selección significa violencia. La violencia, sin más, es justificada tendencialmente con el argumento de la “guerra sucia”, deducido a su vez de la “defensa social”. Todos estos argumentos son relativos al poder, no al derecho: no hay legitimación jurídica para la violencia de la “guerra sucia” de la “seguridad ciudadana”⁸⁰⁵.

Finalmente, nos permitiremos pontuar uma questão indigesta, porém fundamental que diz respeito às condições de possibilidade do empreendimento ético que nos move. Trata-se da problemática do “estado de exceção” de que nos fala Benjamin. O autor inicia a sua reflexão sobre o tema aduzindo que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade”. Por estar ciente dessa verdade, Benjamin identifica como premente a tarefa de “originar um verdadeiro estado de exceção” para reforçar a luta contra o fascismo⁸⁰⁶, que deve ser entendido em sentido amplo⁸⁰⁷. Aqui novamente Benjamin contrapõe os dois modelos de historiografia já tratados: o primeiro, comprometido com os vencedores, identifica na ideia de *progresso* o eixo de sua leitura, concebendo a normalidade histórica como uma marcha irrefreável em direção a conquistas como democracia, liberdade, cidadania, etc.; já o segundo modelo, ao qual o autor faz apologia, conecta-se à tradição dos oprimidos, o que lhe permite perceber que na verdade a opressão dos vencidos é a regra

⁸⁰³ Conforme Anitua, “Zaffaroni insiste em evitar o erro de liberar as penas daquele pensamento jurídico-penal [ilustrado e liberal], já que este – embora burguês, formalista e mantenedor da desigualdade ao tentar reduzi-la – é o único instrumento de que se dispõe para defender as vítimas do poder punitivo. O caminho a percorrer não é o de eliminar as palavras da lei para logo mudar os fatos, mas sim, ao contrário, somente à medida que os conflitos vão ficando fora do alcance do poder punitivo do Estado (submetidos a uma solução menos violenta ou liberados, caso não seja necessária uma solução) será possível contrair o discurso jurídico-penal que o limita” (ANITUA, 2008, p. 739).

⁸⁰⁴ Para Morais da Rosa, há uma compatibilidade entre as exigências garantistas formuladas na obra de Ferrajoli e a ética dusseliana, de modo que este “deve servir de norte material das decisões penais, invertendo-se a lógica da opressão, em nome da construção de um projeto factível que desvele a real existência do *outro*, constituindo-se o Sistema Garantista (SG) em um sendeiro, fixando-se um critério material – a vida – à formulação de Direitos Fundamentais”. Estamos de acordo. Na verdade, nos parece que a proposta realista marginal não chega a rejeitar o arsenal do garantismo ferrajoliano, apenas toma o cuidado de não conjugá-lo com qualquer horizonte de justificação do poder punitivo (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 45).

⁸⁰⁵ ZAFFARONI, 2008, p. 402.

⁸⁰⁶ BENJAMIN, 1987, p. 226.

⁸⁰⁷ Conforme Agamben, o estado de exceção “não é de modo algum patrimônio exclusivo da tradição antidemocrática” (AGAMBEN, 2004, p. 30).

histórica que merece ser transformada⁸⁰⁸, ou seja, o *verdadeiro estado de exceção* só poderia significar, para essa leitura, a configuração de um presente livre de opressão ou dominação, próprias de uma sociedade estratificada⁸⁰⁹, já que ela tem sido a regra histórica inalterada e atualmente encontra-se em seu auge⁸¹⁰.

Perguntando-se sobre as decorrências que podem ser extraídas da ideia que Benjamin faz acerca do estado de exceção, Khaled Jr., reconhece: “se o estado é efetivamente de exceção não há como negar que isso fragiliza o argumento de que os juristas devem conter o poder punitivo e impulsionar o estado constitucional de direito”⁸¹¹. Inspirando-se em Derrida, o autor pondera, no entanto, que reconhecer o estado de exceção como regra no âmbito das práticas punitivas⁸¹² não pode conduzir a um abandono da luta no campo do discurso e da práxis jurídico-penais, dado o potencial catastrófico que essa atitude pode gerar. Desse modo, ainda que a categoria benjaminiana evidencie que a militância jurídico-penal no horizonte da contenção do poder punitivo não está livre de limites, não se deve abandonar o campo de batalha, já que uma escolha dessa natureza viria a calhar para que a história do Direito Penal siga sendo a história dos vencedores. Pondo em outras palavras: mesmo que o argumento do estado de exceção termine por abalar a crença no poder jurídico⁸¹³ (o qual o realismo marginal espera dotar de uma pauta ética emancipatória), “o fato é que o sistema penal que temos é este e provavelmente assim permanecerá sendo por muito tempo”⁸¹⁴. Temos que lidar com ele.

Mas como podem agir os juristas eticamente comprometidos com o reforço do Estado de Direito e, dessa forma, com a irrupção do “*verdadeiro estado de exceção*”, no sentido que Benjamin atribui ao termo? Ora, “no mínimo devem se recusar a compactuar com a opressão, deixando de celebrá-la como cortejo triunfal”⁸¹⁵, justamente uma das maiores diferenças

⁸⁰⁸ LÖWY, 2005, p. 83.

⁸⁰⁹ LÖWY, 2005, p. 85.

⁸¹⁰ “O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente o seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito” (AGAMBEN, 2004, p. 131).

⁸¹¹ KHALED JR., 2013, p. 555.

⁸¹² Ainda, problematizar o poder punitivo sob a luz do estado de exceção benjaminiano implica reconhecer que este está para além do horizonte de domínio estatal, ou seja, é exercido por uma coletividade de atores que não necessariamente estão democraticamente subordinados à administração dos poderes públicos, como por exemplo, das universidades e, em medida cada vez maior, os meios de comunicação que não enfrentam qualquer espécie de regulação que filtre o sensacionalismo punitivo (KHALED JR., 2012, p. 94).

⁸¹³ Infelizmente a problemática que enfrentamos é extremamente complexa e não há dúvida de que supera a força do próprio saber jurídico, que sequer dá conta de reconhecê-la. Conforme Agamben “o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação” (AGAMBEN, 2004, p. 48).

⁸¹⁴ KHALED JR., 2013, p. 556.

⁸¹⁵ KHALED JR., 2013, p. 556-557.

existentes entre a leitura de Zaffaroni e Ferrajoli⁸¹⁶. Para o autor, isso só pode se dar se tratarmos de efetuar o quanto antes um reencontro com o potencial subversivo do discurso jurídico-penal para extirpá-lo de todo e qualquer conformismo. Para tanto, se deve recuperar – e jamais descartar – o potencial garantidor do discurso jurídico-penal, descartando sua utopia preventista que reduz a segurança constitucionalmente assegurada à defesa social⁸¹⁷. Mesmo que essa utopia tome os ares de um utilitarismo de tipo reformado, ela ainda se vincula à ideologia da defesa social e, como tal, é tendente a legitimar um sistema penal que produz cadáveres em escala superlativa. conforme Khaled Jr., a falha dos juristas em proporcionar a contenção do poder punitivo – o que corresponde em sua falha ao erigir um corpo de pensamento e uma programação voltados para este objetivo – proporciona a manutenção do estado de exceção no âmbito das práticas punitivas⁸¹⁸.

O sentido que os penalistas podem absorver do intuito e “explodir o *continuum* da história” e de “escová-la a contrapelo”, para Khaled Jr. está em recusar apreender a modernidade como uma progressiva e irrefreável racionalização das práticas punitivas, o que se faz ao romper com um modelo de história jurídico-penal que termina por celebrar os monumentos de cultura, ignorando a sua dualidade, ou seja, ignorando a sua face produtora de barbárie de violência. Ao fazer essa opção ética, o penalista poderá associar-se à perspectiva dos vencidos e não a dos vencedores⁸¹⁹. Pensando a partir de Dussel e Benjamin, Gloeckner e Amaral sustentam que no fim das contas trata-se de devolver a voz e a capacidade de fala, historicamente retiradas das vítimas oprimidas por essa narrativa perversa⁸²⁰. Fica claro, portanto, que estruturar o Direito Penal a partir de uma crítica ética atenta à necessidade de salvar vidas implica livrar essa narrativa desses monumentos de cultura (por todos, a noção de um *jus puniendi*) que servem para produzir cadáveres e garantir uma estrutura social opressora e verticalizada. A nosso ver, o realismo jurídico-penal marginal permite que se promova com o estado de exceção permanente ignorado pela narrativa penal sedimentada o que Andrade chamou de *um grande pacto de descontinuidade* de modo que através dele temos como utopia possível a abolição do sistema penal, mas assumindo a metodologia

⁸¹⁶ O viés historiográfico voltado aos vencidos – presente em Benjamin e também em Zaffaroni – é perfeitamente consciente de que o poder punitivo do Estado foi quem historicamente mais violou a segurança dos particulares. Por esta razão, Khaled Jr., sustenta que as leituras presentes em Zaffaroni e Ferrajoli são definitivamente distintas e não se coadunam, já que enquanto o primeiro pensa em uma continuidade da vingança através das mediações jurídico-institucionais o segundo irá pensar em uma ruptura completa com esse ideal, feita por amor à razão e ao progresso utilitário das práticas punitivas (KHALED JR., 2013, p. 544-545).

⁸¹⁷ KHALED JR., 2013, p. 557.

⁸¹⁸ KHALED JR., 2012, p. 93.

⁸¹⁹ KHALED JR., 2012, p. 97.

⁸²⁰ GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 166.

imediatamente factível do minimalismo jurídico-penal⁸²¹, tentando reduzir os danos inerentes ao poder punitivo e salvar vidas humanas.

3.3 O bem jurídico-penal e sua tutela (II): possibilidades e implicações éticas para além do narcisismo jurídico-penal

Uma requalificação do papel que cabe ao bem jurídico-penal a partir de um modelo alternativo que leve em conta os pressupostos discutidos anteriormente não deve ignorar a provocação de Baratta, para quem a busca centrada nos bens jurídicos que mereceriam uma tutela por via do poder punitivo não só acaba naturalizando o controle penal como instrumento apto para esse desempenho como demonstra o inconveniente de inverter a lógica das coisas: ao invés de se procurar por soluções adequadas aos problemas, se busca pelos problemas correspondentes a um padrão de soluções pré-concebido, nesse caso o padrão punitivo⁸²². A provocação é pertinente, pois põe em primeiro plano o debate sobre as potencialidades da tutela penal, tida como canônica, inquestionável, inatacável nos moldes da narrativa jurídico-penal sedimentada, mesmo a partir do desenvolvimento ferrajoliano. De fato, o tratamento teórico da questão dos bens jurídicos, desde sua gênese em Feuerbach e Birnbaum até o utilitarismo reformado, foi capaz de blindar o poder punitivo da crítica criminológica que logrou demonstrar o seu potencial de eficácia diminuto para a solução dos conflitos. No fim das contas, a tutela efetiva dos bens jurídicos que inspiram a tipificação de condutas através da habilitação do poder punitivo, ou seja, a sua proteção por meio de pena, é simplesmente inverificável em escala socialmente relevante.

Desse modo, propomos que a busca de um referente material para o bem jurídico-penal, em que pese seja um momento importante para a delimitação dos espaços de ingerência do controle punitivo, não pode esgotar a problemática do bem jurídico-penal ou das missões do direito penal. Isso porque, conforme lembra Baratta, o desenvolvimento em torno da teoria do bem jurídico-penal não fez mais do que garantir político-criminalmente uma relegitimação circular e reificante do poder punitivo⁸²³. Para o autor, essa circularidade constante no discurso jurídico-penal reflete o escasso diálogo transdisciplinar e uma autorreflexão parcial

⁸²¹ ANDRADE, 2012, p. 299.

⁸²² BARATTA, 2004, p. 297.

⁸²³ Conforme o autor: “[...] se deduce la llamada “fragmentariedad” del sistema penal de la relevancia de ciertas materias y no de otras, mientras al mismo tiempo la relevancia de ciertas materias se deduce del hecho de que éstas, y no otras, son objeto de la intervención de aquel sistema” (BARATTA, 2004, p. 64).

desse corpo de pensamento⁸²⁴ que jamais chega a discutir seriamente o potencial do controle penal para exercer tutela de qualquer interesse ou valor alçado ao patamar de bem jurídico.

Podemos estruturar uma crítica criminologicamente orientada para a ideia de tutela punitiva estatal ao menos a partir de três vetores distintos. No primeiro deles, cabe problematizar a própria produção da norma penal, isto é, a criminalização primária. A narrativa jurídico-penal, em geral, parte da crença de uma correspondência entre a produção das regras proibitivas e a performance democrática. Infelizmente essa postura reduz a complexidade desse processo, na medida em que as criminalizações – mormente no cenário contemporâneo – não necessariamente expressam vontade e interesses voltados a satisfação de direitos de cidadania, mas frequentemente personificam interesses idiossincráticos de atores ou grupos que obtém sucesso ao impor determinadas regras. Conforme Becker:

Regras sociais são criação de grupos sociais específicos. As sociedades modernas não constituem organizações simples em que todos concordam quanto ao que são as regras e como elas devem ser aplicadas em situações específicas. São, ao contrário, altamente diferenciadas ao longo de linhas de classe social, linhas étnicas, linhas ocupacionais e linhas culturais. Esses grupos não precisam partilhar as mesmas regras e, de fato, frequentemente não o fazem. Os problemas que eles enfrentam ao lidar com seu ambiente, a história e as tradições que carregam consigo, todos conduzem à evolução de conjuntos diferentes de regras. À medida que as regras de vários grupos se entrecrocaram e contradizem, haverá desacordo quanto ao tipo de comportamento apropriado em qualquer situação dada [...] Embora se possa afirmar que muitas regras ou a maioria delas conta com a concordância geral de todos os membros de uma sociedade, a pesquisa empírica sobre uma determinada regra em geral revela variação nas atitudes das pessoas. Regras formais, impostas por algum grupo especialmente constituído, podem diferir daquelas de fato consideradas apropriadas pela maioria das pessoas. Facções de um grupo podem discordar quanto ao que chamei de regras operantes efetivas. Mais importante para o estudo do comportamento de hábito rotulado como desviante, as perspectivas das pessoas que se envolvem são provavelmente muito diferentes das visões daquelas que o condenam. Nesta última situação, uma pessoa pode sentir que está sendo julgada segundo normas para cuja criação não contribuiu e que não aceita, normas que lhe são impostas por outsiders⁸²⁵.

Há que se ter em conta que “diferenças na capacidade de fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenciais de poder (seja legal ou extralegal). Aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras”⁸²⁶, o que sem dúvida abala a presunção bem comum expresso nas proibições penais, que costuma contaminar a narrativa jurídico-penal. Note-se que, ainda que Ferrajoli busque livrar o

⁸²⁴ BARATTA, 2004, p. 65.

⁸²⁵ BECKER, 2008, p. 27-28.

⁸²⁶ BECKER, 2008, p. 29-30.

ordenamento jurídico-penal de proibições que afrontem a separação entre direito e moral, pauta sempre lembrada em seu Sistema Garantista e sem dúvida benéfica aos que se comprometem com a contenção do poder punitivo, seu utilitarismo penal reformado pouco contribui para problematizar a esfera da gênese da norma penal, o que só pode se dar pela assunção de um quadro conflitual típico da criminologia crítica. Devemos ter em mente que as neocriminalizações, em grande medida encontram sustentação nos discursos eficientistas próprios do neopunitivismo, muitas vezes empreendidos por atores sociais que não ditam a sua pauta por critérios democráticos, mas sim pela vontade de implemento do Estado mínimo neoliberal (e erosão das nossas precárias políticas de afirmação da cidadania, especialmente em sua dimensão social), conforme aponta Wacquant quando critica o “consenso de Washington” e a agenda de seus institutos de fomento (os *think tanks*)⁸²⁷, que já aportam na nossa realidade marginal⁸²⁸.

Sob outro prisma, devemos reconhecer que a narrativa jurídico-penal sedimentada não costuma requerer evidências mínimas da capacidade de tutela punitiva dos bens jurídicos que recebem relevância penal. De um modo geral, o discurso jurídico-penal sequer leva em conta a verdadeira eficácia do poder punitivo, ou seja, a gestão diferencial de ilegalidades apontada por Foucault ou a configuração verticalizada da sociedade, tal como trabalhado por Zaffaroni, como vimos. O saber penal perde-se nos meandros de uma imagem idealizada do poder punitivo, pois continuamente o habilita para exercer funções das quais não dá conta. Quando confrontado com a realidade operacional do poder punitivo, o utilitarismo reformado refugia-se na necessidade de separação entre proposições assertivas e prescritivas (Lei de Hume), talvez sem se dar conta de que essa postura entrega os rumos da política criminal ao neopunitivismo, cuja leitura da ineficácia do controle penal se dá invariavelmente no sentido de reduzi-la ao signo da “impunidade”, requisitando, dessa forma, o incremento do controle penal, já nitidamente inflacionado.

Por fim, vimos no primeiro capítulo, a partir de Santos, que o direito moderno perde os traços de uma racionalidade moral-prática para adequar-se aos moldes de uma racionalidade cognitivo-instrumental, buscando assemelhar-se ao cientificismo moderno. No decorrer desse processo, o preço a ser pago foi a despolíticação dos conflitos, vistos a partir de então como

⁸²⁷ WACQUANT, 2001, p. 20 e ss.

⁸²⁸ Cf. o prefácio da edição brasileira, onde o autor manifesta a sua preocupação em face do avanço do neopunitivismo em terras brasileiras: “em última análise, o que está em jogo na escolha entre a edificação, por mais lenta e difícil que seja, de um Estado social e a escalada, sem freios nem limites uma vez que se auto-alimentam, da réplica penal é simplesmente o tipo de sociedade que o Brasil pretende construir no futuro: uma sociedade aberta e ecumênica, animada por um espírito de igualdade e de concórdia, ou um arquipélago de ilhotas de opulência e de privilégios perdidas no seio de um oceano frio de miséria, medo e desprezo pelo outro” (WACQUANT, 2001, p. 13).

problemas de ordem técnica, para os quais o saber (ciência) jurídico deveria projetar soluções. No que toca a problemática da tutela dos bens jurídicos, a nosso ver a presunção de eficácia da pena e de aptidão do direito penal para cumprir com missões positivas tende a encerrar o debate acerca dos conflitos criminalizados, prejudicando assim a imaginação não punitiva e a busca de soluções alternativas efetivas, justamente a marca da militância abolicionista. O realismo marginal, em que pese não avoque para si a tarefa de construir um modelo alternativo de sociedade – o que extrapola o horizonte de possibilidades do poder jurídico – ao menos intenta estar em constante diálogo com o criticismo criminológico, inclusive suas vertentes abolicionistas⁸²⁹, garantindo assim espaço para que a imaginação não punitiva possa alavancar respostas de tipo reparatório, restitutivo, compensatório, etc.

O reencontro do Direito Penal com seu potencial subversivo, como aponta Khaled Jr., requer que se promova de forma urgente desde dentro deste corpo de saber o banimento de categorias que comprometam sua funcionalidade única no marco de um Estado de Direito. O autor adverte que fazer a opção em favor da contenção do poder punitivo abdicando das doutrinas de justificação da pena e da atribuição de missões positivas ao sistema penal significa reconhecer em termos de antinomia as funções de prevenção e contenção, algo que a maioria dos juristas (movidos pelos encantos da razão artilosa) acaba por desconsiderar, preferindo crer na possibilidade de compatibilidade dessas funções, ignorando a crítica externa. Como exemplo desse ideal de expulsão dos germes genocidas da narrativa jurídico-penal, o autor lista um que nos interessa particularmente: a “proibição de insuficiência” ou de “tutela deficiente”⁸³⁰ que acaba atentando contra a potencialidade emancipatória do saber jurídico-penal em nome de uma infundada crença na tutela de bens jurídicos através do poder punitivo⁸³¹. Entretanto, nos parece que um questionamento competente não deve se resumir à suficiência ou deficiência da dita tutela penal; cumpre problematizar a própria noção de *tutela*, sem dúvida um corolário da ideologia da defesa social, contra a qual este trabalho procura se insurgir.

O desenvolvimento acerca da proibição de insuficiência da tutela penal se dá em grande medida a partir de um imperativo de realização dos “novos” direitos que entram no cenário jurídico brasileiro reforçando a cidadania. Para Streck, é urgente “um

⁸²⁹ Para Zaffaroni *et al.*, a proposta (objetivo) abolicionista deve ser levada a sério, em que pese se tenha consciência de um déficit do ponto de vista tático (cf. ZAFFARONI *et al.* 2011, p. 651).

⁸³⁰ Para Baratta, não devemos nos contentar em remodelar o sistema penal conforme os ditames constitucionais, mas em assegurar a cidadania desenhada na própria Constituição, dando vida a uma política de proteção integral dos direitos (BARATTA, 2004, p. 186-187). Esse é o único sentido que o autor admite para a expressão “garantismo integral” (BARATTA, 2004, p. 191-192).

⁸³¹ KHALED JR., 2012, p. 91-92.

redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos como forma de adaptá-los à sua dignidade constitucional”⁸³². Há um consenso quanto à necessidade de o controle penal não dar as costas aos desafios que correspondem à concretização dos direitos de cidadania correlatos ao modelo político consagrado na Constituição da República. Conforme Sarlet, a proporcionalidade enquanto proibição de insuficiência “atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção”⁸³³, direitos estes que indubitavelmente emanam do texto constitucional. Parte-se do pressuposto de que os mandados constitucionais de tutela jurídica dos direitos de cidadania – que estão lá, certamente – correspondem ao dever de criminalização de condutas lesivas à concretização dos mesmos (do contrário estaríamos diante de uma omissão estatal quanto a um dever constitucionalmente prescrito⁸³⁴), na linha do que propõe Streck:

Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito. Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Nesse ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional⁸³⁵.

Pelo exposto até aqui, fica claro que a construção teórica da proibição de tutela penal deficiente só é possível se estamos de acordo com a eficácia preventiva da pena, instrumento por excelência do direito penal. É nesse ponto que podemos desvelar as incongruências dessa formulação. Ora, não há qualquer comprovação de que o controle penal exerça alguma “tutela”, suficiente ou deficiente, de bens jurídicos relevantes, pelo contrário: as evidências fornecidas pela crítica criminológica o tomam como um instrumento de manutenção da verticalização social, razão porque não nos parece lógico dotá-lo de uma missão de garantia da igualdade ou para cumprir com os objetivos fundamentais da República, enfrentando os novos riscos e perigos percebidos por uma sociedade temerosa e assegurando os “novos” direitos de cidadania.

⁸³² STRECK, 2012, p. 26.

⁸³³ SARLET, 2008, p. 225.

⁸³⁴ A “omissão” aqui referida deve ser percebida em sentido amplo: “A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz respeito ao cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nessa dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, de uma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)” (SARLET, 2008, p. 226).

⁸³⁵ STRECK, 2012, p. 30.

O mais estranho é que autores que defendem a proibição de insuficiência consideram a necessidade como elemento legitimador da intervenção punitiva, o que só é possível logicamente quando se compartilha do credo da eficácia da pena em relação a alguma de suas funções manifestas (algo que as criminologias de corte crítico trataram de desconstruir pelo menos desde a década de 1970, o que apenas comprova que Baratta estava correto quando argumentava que o encontro entre Direito Penal e a crítica criminológica ainda não ocorreu, como vimos). Em outras palavras: quando se fala em proibição de insuficiência, não se abre mão de um juízo de eficácia quanto à proteção de bens jurídicos por meio do controle penal⁸³⁶. Desde o nosso olhar, entretanto, opera-se uma presunção acerca da eficácia preventiva da pena, o que, no caso do utilitarismo reformado só é possível ante o isolamento da narrativa jurídico-penal da crítica externa. Como já observamos o germe da expansão do controle penal no interior do utilitarismo penal reformado se deve aos constantes apelos de Ferrajoli à Lei de Hume que não aceita as denúncias de caráter criminológico, tidas como uma falácia naturalista a não ser que tenham sucesso em demonstrar o indemonstrável, ou seja, que a pena não só deixa de cumprir com suas funções autodeclaradas como jamais poderá fazê-lo. É claro que essa constatação não é isenta, mas demarca o nosso lugar de fala que é o de uma crítica ética ao Direito Penal, que nos permite ultrapassar as fronteiras da metodologia do minimalismo ferrajoliano para impulsionar um contradiscurso em prol da vida humana, sua produção, reprodução e desenvolvimento comunitário digno. Se há futuro para a cidadania

⁸³⁶ Cf. SARLET, 2008, p. 230-231. Ainda, o autor identifica três etapas para guiar a análise acerca da suficiência ou deficiência de uma determinada tutela: (a) a primeira etapa diz respeito ao exame quanto a adequação ou idoneidade das medidas adotadas para a proteção de um determinado bem jurídico. Ou seja, trata-se de averiguar de o meio utilizado (no caso, o poder punitivo) mostra-se apto a satisfazer o mandado constitucional de tutela; (b) a segunda etapa refere-se à averiguação da existência ou inexistência de meios igualmente aptos à assegurar a proteção do bem jurídico em questão, porém menos restritivos aos direitos fundamentais. Em outras palavras, trata-se de aferir se, dentre os modelos conhecidos de resolução do conflito, há algum igualmente eficaz, mas menos grave em relação aos direitos fundamentais dos envolvidos, o que nos remete à própria ideia de *ultima ratio*; (c) por fim, a terceira etapa busca averiguar se o impacto das medidas tomadas é tolerável em relação a um juízo de ponderação sopesando os demais direitos e bens jurídicos individuais ou coletivos passíveis de sofrer afetação (SARLET, 2008, p. 234). Em certa ocasião, no entanto, Sarlet parece desconectar à narrativa de justificação da pena dos pressupostos orientadores da intervenção punitiva, recaindo em uma espécie de presunção acerca da eficácia do poder de punir para evitar lesões a bens jurídicos de terceiros (de forma aproximada à ideia de prevenção especial negativa através da neutralização do agente de uma lesão passada) o que nos parece inteiramente equivocado: “Por mais que se possa discutir se a finalidade primeira do direito penal é, ou não, a proteção de determinados bens jurídicos (e se apenas bens fundamentais – ou menos determinados bens fundamentais! – são dignos de tutela por meio do direito penal), certo é que a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos pessoais e sociais sempre tem por efeito – pelo menos em princípio e de algum modo, especialmente quando se trata da coibição temporária da prática de delitos – a sua proteção, não importando (nesse contexto) o quão efetiva é a proteção, quais os seus limites e até mesmo se existe para tanto uma justificativa legitimadora”. Tal premissa, vale lembrar, só é possível se estivermos de acordo cum um juízo de “futurismo” no qual o responsável pela prática de crime (supondo-se que não reste dúvida quanto à sua culpa) naturalmente deverá incidir em prática similar, caso não seja detido. Ora, nos parece que tal juízo desconsidera, inclusive, a diferença entre a intervenção punitiva e a coerção direta administrativa que se destina à evitar ou parar uma prática delitiva em curso (SARLET, 2008, p. 221-222).

constitucional e para a emancipação social nos parece que ele passa longe da resposta punitiva e da ideologia da defesa social.

É claro que a busca de um referente material para o bem jurídico-penal carrega em si um potencial restritivo do poder punitivo e por isso não deve ser deixada de lado. De fato, a expansão e antecipação da incidência penal, em grande medida, são fenômenos que se conectam com a elasticidade do juízo axiológico sobre a relevância penal de uma nova gama de bens, especialmente os “novos” direitos de cidadania, como vimos. Entretanto, nos parece que o problema é mais profundo e precisamos realizar uma imersão radical que sirva para aclará-lo. Essa postura se torna necessária inclusive para que se evitem juízos apressados acerca dos novos bens jurídicos correspondentes à ampliação positiva dos direitos de cidadania, problema que parece acometer a obra de autores como Silva Sánchez, para quem um modelo de Direito Penal mínimo só seria condizente com um Estado também mínimo no sentido dos direitos sociais e as dimensões que o sucedem historicamente⁸³⁷, crença que não nos soa razoável, especialmente por sua contrariedade à já discutida tese de Wacquant, que identifica o Estado penal como contra face do Estado mínimo neoliberal.

Para Baratta, o problema que o Direito Penal enfrenta com a expansão do controle punitivo não se resolve, por exemplo, com o rechaço *a priori* dos bens coletivos, difusos ou indeterminados da esfera de habilitação do poder punitivo. Embora isso possa se mostrar uma atitude madura do ponto de vista político-criminal, não basta. O risco, para o autor, é de que com isso se promova uma aceitação acrítica, igualmente apriorística, dos demais bens jurídico-penais sem que se submetam a uma comprovação empírica da idoneidade da lei penal para protegê-los⁸³⁸. Devemos encarar que a problemática envolve outra variável, talvez imperceptível ao credo punitivo que acompanha a narrativa penal sedimentada:

La legitimación de ciertos objetos de tutela y no de otros, sobre la base de su “relevancia penal”, deja abierto el problema de la legitimación del derecho penal sobre la base de su cualidad instrumental. Por más que sea loable cualquier operación teórica y política dirigida a reducir cuantitativamente los sistemas penales y a contener su tendencia expansiva, el déficit de verificación cualitativa de la legitimación instrumental del sistema no será jamás saneado por los resultados cuantitativos de aquella operación⁸³⁹.

Notamos, dessa forma, que *a controvérsia da expansão do controle punitivo não pode se resumir a quais classes de conflitos sociais mereceriam uma pretensa tutela através do*

⁸³⁷ Cf. SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 69.

⁸³⁸ BARATTA, 2004, p. 62.

⁸³⁹ BARATTA, 2004, p. 63.

poder de punir; um raciocínio dessa espécie acaba nos obliterando o problema qualitativo da eficácia instrumental do sistema penal que na realidade marginal brasileira está nitidamente invertida, como já expusemos. Por esta via seguiremos no esquema analítico daquilo que Carvalho denominou de narcisismo jurídico-penal⁸⁴⁰, sendo que através dele o discurso jurídico não conseguirá libertar-se das amarras da lógica punitiva, esquecendo-se das evidências trazidas de fora. Assim sendo, nossa jornada de revisão crítica da narrativa jurídico-penal deverá trilhar um caminho alternativo, em sintonia com os dados da realidade operativa do sistema penal e não reverente a constructos teóricos que terminam fazendo do discurso jurídico-penal um artefato regulatório, a serviço do Estado de Polícia.

A primeira medida necessária na tentativa de problematizar a noção de *tutela* para o bem jurídico-penal, a nosso juízo, é simplesmente a de não temer politizar o discurso jurídico-penal e seus componentes, já que o saber penal, como já foi dito, é inerentemente político e nessa altura da modernidade tem servido primordialmente às exigências regulatórias de um quadro de desigualdade: precisamos urgentemente retomar a caminhada em direção à utopia emancipatória, e o Direito Penal, através da leitura realista marginal, nos possibilita dar os primeiros passos. Batista percebe que o direcionamento dado ao bem jurídico-penal é capaz de guiá-lo na direção das exigências regulatórias de dominação ou no caminho de imperativos emancipatórios de segurança jurídica dos direitos da clientela preferencial do sistema penal; tudo depende de se tratamos de um *bem jurídico tutelado* penalmente ou de um *bem jurídico lesado*⁸⁴¹. No primeiro caso, mantêm-se a porta aberta para construções teóricas que favoreçam a eficácia invertida do sistema penal e o estado de exceção punitivo permanente e no segundo caso o que temos é uma categoria nitidamente dedicada a restringir a ingerência do poder punitivo e plenamente de acordo com uma teleologia redutora de danos.

⁸⁴⁰ Lembramos que para o autor a segunda *ferida narcísica* do Direito Penal corresponde ao delírio de grandeza do controle penal ao ver-se como bastião da tutela de interesses diversos, cuja única relação seria estarem abarcados pela fortaleza punitiva: “O projeto jurídico-penal do terceiro milênio, em processo contínuo de auto encantamento, impõe verdade de tal ordem que adquire contornos de equívoco, vista a excessiva crença na capacidade de o instrumental dogmático atingir a proteção dos interesses coletivos e transindividuais. Daí porque absolutamente narcisista a retórica do Direito Penal contemporâneo que realiza, com todas as forças, incisivo investimento pulsional em si mesmo. [...] Possível considerar, portanto, que o discurso da dogmática penal, ao manifestar o delírio de grandeza messiânico de responsabilizar-se pela proteção dos valores mais importantes à Humanidade – chegando ao ponto de assumir o encargo de garantidor do futuro da civilização através da tutela penal das gerações futuras –, estabelece relação que transforma a si mesmo em objeto amoroso. Mantém-se o discurso punitivo em uma espécie de narcisismo infantil cuja onipotência incapacita a percepção dos seus limites, inviabilizando relação madura com os outros ramos do saber. Neste aspecto, a abertura transdisciplinar e a crítica criminológica expõem a nova ferida narcísica do saber penal, revelando a todos sua absoluta incapacidade de proteção de quaisquer valores, dos mais importantes ao de menor significância social” (CARVALHO, S., 2010, p. 108-109).

⁸⁴¹ BATISTA, Nilo. Posfácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 322.

A confusão entre as noções de bem jurídico *lesado* e bem jurídico *tutelado*, para Zaffaroni, remonta às formulações do garantismo ilustrado, uma vez que esses autores não dispunham de constituições ou de mecanismos como o controle de constitucionalidade em seu arsenal discursivo limitativo do poder de punir. Por não poderem apelar às constituições, esses penalistas fizeram uso do jusnaturalismo liberal que permitia circunscrever o campo de atuação do poder punitivo à tutela de certo conjunto de direitos (ou, simplesmente, de *bens jurídicos*), afastando ingerências excessivas, próprias do fantasma do Estado Absolutista. O preço a se pagar, no entanto, estava na adoção de alguma teoria preventiva como função justificadora da pena⁸⁴². Conforme o autor:

[...] em vez de derivar o *princípio da ofensividade penal* do princípio político geral que um modelo de Estado impõe, a carência de lei suprema obrigou os penalistas liberais do século XIX a derivarem a limitação política da legitimação do poder punitivo como *tutor* de *bens jurídicos* (e da pena como prestadora de prevenção). Em outras palavras: *não derivaram o princípio penal do constitucional, mas sim constituíram um conceito penal (bem jurídico tutelado) para dele deduzir o requisito político constitucional do bem jurídico lesado*. Desse modo, os dois planos – o constitucional e o penal – não se vincularam hierarquicamente, e sim se *fundiram* (e *con-fundiram*) num conceito elaborado no terreno penal: o bem jurídico tutelado⁸⁴³.

Para Zaffaroni, do pressuposto de que haja um bem jurídico penalmente relevante lesado não se pode deduzir mais do que uma limitação ao poder punitivo estatal. Não se trata de presumir-se – como o faz o utilitarismo reformado – uma *tutela* do bem jurídico lesado por intermédio do controle penal. Conforme o autor, a expressão “bem jurídico *tutelado*” consegue ser, simultaneamente, equivocada e redundante, dado que um valor ou interesse se torna um bem jurídico precisamente por sua tutela estatal, que só pode ocorrer, com eficácia minimamente verificável, por mecanismos não penais (por exemplo, as tutelas civil, trabalhista, administrativa, etc.)⁸⁴⁴. Não pode haver a presunção de aptidão do poder punitivo para tutelar qualquer interesse que não os do Estado de Polícia:

[...] a afirmação de que o poder punitivo *tutela ou protege* penalmente o bem jurídico é um juízo fático. O único que se exige no tipo é que este seja ofendido. Não se sabe se o poder punitivo, que é habilitado com essa condição, também o *tutela ou protege*, porque depende de uma verificação no plano da realidade social.

⁸⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anotações sobre o bem jurídico: fusões e (con)fusões. In: PINHO, Ana Cláudia B.; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coords.). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 16.

⁸⁴³ ZAFFARONI, 2014, p. 16-17.

⁸⁴⁴ ZAFFARONI, 2014, p. 13.

Aqui o *salto lógico* é antes uma queda do trapézio de jogos circenses da mais estrita normatividade, pois esconde uma ficção: só se presumirmos *juris et de jure* que a pena cumpre uma função *preventiva* poderemos afirmar a *tutela penal ao bem*. Mas a presunção *juris et de jure* é apenas um recurso que responde à razões pragmáticas e que dá por certo o que não é certo. Sustentar uma tese *preventiva*, em qualquer das suas variantes, e ao mesmo tempo afirmar que o dado social (ôntico) a respeito não interessa, revela um normativismo tão radical que beira o solipsismo jurídico⁸⁴⁵.

Uma das mais irrefutáveis evidências da impossibilidade de se atribuir uma tutela do bem jurídico lesado ao controle penal está na imprecisão acerca da titularidade do bem supostamente protegido. Zaffaroni mostra-se cético quanto à possibilidade de se efetuar qualquer tutela punitiva de um bem jurídico lesado cujo titular seja o sujeito passivo da conduta delituosa. Não é por menos: o poder punitivo só se manifesta quando a conduta delituosa já foi perpetrada, de modo que o titular do bem jurídico lesado não poderia, nesse caso, ser a vítima, eis que o dano já foi causado. Se nos permitirmos adentrar outra vez o campo da ficção, talvez possamos dizer que o bem jurídico tutelado não seria o concretamente atingido pela conduta criminosa, mas um bem jurídico abstrato, pertencente ao corpo social como um todo e dessa forma a aporia estaria solvida já que o poder punitivo garantiria (supondo que cremos na eficácia *preventiva* da pena, por óbvio) a sua proteção. Entretanto, Zaffaroni argumenta que há bens jurídicos que não representam o interesse de todos (muitas vezes apenas de uma ínfima camada da população) e que nem por isso são excluídos do rol da criminalização primária e seguem habilitando a incidência do poder punitivo, sempre que as agências responsáveis pela criminalização secundária exercem seu poder. Nesse caso, conforme o autor: “o *titular* não seria o *indivíduo*, mas um *nós* no qual este se funde, isto é, o bem jurídico *espiritualizar-se-ia* num *interesse* presumidamente comum, mas encarnado pelo *Estado*”⁸⁴⁶, o que supera qualquer grau razoável de abstração⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ ZAFFARONI, 2014, p. 13-14.

⁸⁴⁶ ZAFFARONI, 2014, p. 14.

⁸⁴⁷ As abstrações no campo do discurso jurídico-penal, lembramos, não são inocentes. Por exemplo, Baratta aponta dois problemas que atingiram a teoria do bem jurídico-penal: em primeiro lugar, os interesses e valores externos ao discurso acabam sendo definidos na moldura do discurso punitivo que enxerga a sociedade como uma comunidade homogênea de valores e interesses que apenas se defende de uma minoria de indivíduos que atenta contra esses valores e interesses (bens jurídicos), na forma da ideologia da defesa social. Em segundo lugar, a atenção do discurso termina voltada para duas classes de conflitos sociais: os conflitos interindividuais ou os conflitos entre indivíduos e sociedade, restando excluídos os conflitos sociais de natureza estrutural e mesmo os conflitos grupais. Desse modo, para o autor, parece evidente que esses problemas influenciam a valoração política sobre a negatividade social e, assim, produz-se uma visão deformada e parcial dela, que se mostra incapaz de prover critérios eficazes para a valoração crítica dos sistemas punitivos existentes, bem como de fornecer subsídios para a formulação de uma política criminal alternativa e eficaz. Portanto, a visão consensual da sociedade e a ótica parcial dos conflitos acabam sendo duas abstrações características do discurso punitivo (BARATTA, 2004, p. 61).

O Direito Penal, enquanto programação da práxis dos juristas no sentido da contenção do poder punitivo – que *ameaça os bens jurídicos demarcados pela cidadania constitucional* – visa proteger todos os bens jurídicos, pois se não existisse, a realidade estaria entregue ao Estado de Polícia e a cidadania não teria condições de se consolidar. Ou seja: “sim, o Direito Penal (discurso programador) protege bens jurídicos. O poder punitivo, por outro lado, fere eles”⁸⁴⁸ e isso precisa ficar claro para que tenhamos êxito em depurar a narrativa penal, livrando-a de componentes facilitadores da manifestação do Estado de Polícia. Trata-se da única inferência empiricamente possível de se fazer, tendo em mente a atuação das agências do controle penal e do desempenho constitucionalmente esperado do poder jurídico, dedicado à salvaguarda da cidadania constitucional.

Já dissemos que o tratamento que o utilitarismo reformado delega à questão dos bens jurídicos passíveis de tutela, em que pese busque frear a hipertrofia penal com uma descriminalização radical, acaba sendo permissivo com algumas das neocriminalizações, eis que Ferrajoli encara a hipótese de se constatar a emergência de bens jurídicos de maior valor do que outrora era atribuído, o que autorizaria a sua inclusão no catálogo de tipificações condizentes com o seu modelo. Entretanto, devemos perceber que este sequer é o problema central na teoria do autor: ao justificar a pena enquanto mecanismo preventista, Ferrajoli transmite a ideia de que a mesma possui alguma eficácia, seja para prevenir delitos ou para coibir manifestações vingativas informais, e desde o nosso olhar essa postura faz com que seu modelo recaia na patologia descrita logo no início dessa reflexão, ou seja, a naturalização do poder punitivo como instrumento apto a qualquer coisa que não seja a estratificação social. Na verdade, parece-nos, inclusive, que a problemática da expansão do controle penal acaba se conectando com o problema da presunção de eficácia da pena, ou seja, a primeira não seria possível sem a segunda. Tratando da perversão do conceito (a que Ferrajoli chamou de “parábola involutiva”) Zaffaroni conclui que a noção de delito como ofensa a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico-penal se converte em um mecanismo facilitador da expansão do controle penal, já que a descoberta de novos riscos e perigos trouxe à superfície uma nova gama de bens carentes de tutela efetiva e, nesse contexto, *parte-se do pressuposto de que uma tutela penal seria a mais intensa que se poderia cominar a esses bens*, o que é desmentido pelos dados da realidade e pela atuação seletiva do sistema penal⁸⁴⁹, mas nitidamente reafirmado pela atribuição de funções e missões positivas à pena e ao direito penal, respectivamente.

⁸⁴⁸ ZAFFARONI, 2014, p. 15.

⁸⁴⁹ ZAFFARONI, 2014, p. 19.

Ora, desde o nosso olhar, as conclusões fornecidas pela criminologia crítica lograram demonstrar que o sistema penal é um instrumento que garante uma correlação de forças marcadamente desigual, especialmente nessa fase neoliberal do sistema capitalista. O poder punitivo, portanto, atende a exigências não democráticas, simetricamente opostas ao quadro da cidadania insculpida na Constituição. Encarar essas conclusões não é apenas radicalizar as contribuições da crítica externa, como faz o realismo marginal: é também buscar construir as estruturas para um modelo de discurso que não recaia nos idealismos próprios da cosmovisão jurídico-penal e orientar um modelo de Direito Penal mínimo que não tente domesticar o poder punitivo, mas que trabalhe na sua contenção, reduzindo seus danos inerentes para que os direitos constitucionalmente assegurados avancem em direção à sua concretização.

Para Baratta, os intentos de se erigir uma teoria limitadora do poder punitivo têm falhado em pelo menos três aspectos: do ponto de vista *histórico*, as orientações político-criminais subjacentes ao bem jurídico têm prioritariamente se comportado de modo expansivo e não restritivo. Segundo o autor, a partir dos anos setenta há uma convergência entre os movimentos “progressistas” e conservadores quanto à necessidade de uma investida expansionista a fim de acompanhar todo o arco de desenvolvimento da doutrina dos bens jurídicos. Por essa razão esta tem sido a história da extensão da habilitação do poder punitivo, que vai da esfera dos direitos individuais em direção aos interesses transindividuais, difusos, etc.; do ponto de vista *normativo*, as novas orientações redutoras – dentre elas, claro, podemos incluir o utilitarismo reformado de Ferrajoli, mas também das vozes que constroem os caminhos da narrativa jurídico-penal brasileira⁸⁵⁰ – não se dão conta do caráter ambíguo do que pode ser extraído da teleologia político-criminal em nível constitucional. Ao mesmo tempo em que a Constituição não estabelece que o catálogo dos “novos” direitos dignos da suposta tutela punitiva, não chega a vedar a ingerência do sistema penal quando se busca a sua consolidação, o que acaba se transferindo à esfera decisória do poder legiferante, seguramente aberto ao clamor neopunitivista; já pelo ponto de vista *epistemológico*, o autor entende que as

⁸⁵⁰ Para Streck, se estamos de acordo que todas as normas constitucionais possuem validade – e quanto a isso não temos dúvida –, o mesmo se dá em relação à busca dos objetivos fundamentais de combate à pobreza, busca da igualdade e afirmação da dignidade humana, o que por si só traçaria, a seu ver, uma diretiva à política criminal: não se deveria, no caso, ignorar a proibição de tutela deficiente de bens jurídicos caros à concretização desse projeto constitucional, de modo que o controle penal deveria atuar de maneira proativa na busca de sua realização (STRECK, 2012, p. 28). Desde o nosso olhar, no entanto, a busca de uma política criminal condizente com os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/1988) não expressa necessariamente uma diretiva ao controle penal, muito pelo contrário: requer a imposição de freios ao poder punitivo para que sejam possíveis resoluções horizontais para os conflitos, compatíveis com o espírito de uma cidadania plena, o que não ocorre com a redução punitiva do conflito. A nosso ver o erro do autor está em reduzir a política criminal (que parte, por exemplo, da utilização de políticas públicas que intervenham de maneira preventiva em determinadas dinâmicas de criminalidade) a uma política meramente penal, um reducionismo que infelizmente contamina a narrativa penal sedimentada, conforme aponta Andrade (ANDRADE, 2012, p. 227).

orientações de Direito Penal mínimo não conseguem colocar-se verdadeiramente “fora” da lógica punitiva própria do sistema penal, como condição para o exercício de uma crítica realista⁸⁵¹, capaz de pôr em xeque a sua eficácia instrumental e coibir ao máximo as neocriminalizações que alimentam a eficácia invertida desse sistema⁸⁵². A nosso ver, o utilitarismo reformado ferrajoliano, por pressupor a aptidão da pena para cumprir com suas funções declaradas, incide nos três aspectos salientados por Baratta. Conforme Batista, “se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficácia e da oportunidade de cominá-la para tal e qual ofensa”⁸⁵³, ou seja, devemos impor um juízo restritivo do ideal utilitário da pena, o que Ferrajoli só faz parcialmente, pois no fim das contas partilha do credo utilitário. Segundo Baratta, ausência de evidências empíricas acerca da realização das funções declaradas da pena acaba prejudicando a atribuição de uma missão de tutela de bens jurídicos ao controle penal⁸⁵⁴, o que infelizmente Ferrajoli não parece dar-se conta, em grande medida pelo apelo à Lei de Hume que acaba, querendo ou não, desqualificando as críticas externas.

No primeiro capítulo deste trabalho dissemos que, grosso modo, o bem jurídico cumpre pelo menos duas funções no interior da narrativa jurídico-penal, sendo a primeira delas uma função restritiva do poder punitivo – *bem jurídico enquanto critério de criminalização*, conforme os princípios da ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade, que claramente decorrem da teleologia constitucional⁸⁵⁵ – e a segunda delas tendencialmente permissiva com relação à manifestação do poder punitivo – *bem jurídico enquanto objeto de tutela*. Podemos adiantar que, a nosso ver, a primeira função corresponde ao ideal realista

⁸⁵¹ Baratta considera que a questão dos conteúdos da tutela, posta em termos de uma qualidade intrínseca dos bens jurídicos em questão, ao fim se revela uma questão impossível de ser resolvida e, portanto, em vã. Desse modo, para o autor, há que se adotar como princípio metodológico para avaliar a racionalidade político-criminal de uma determinada norma penal duas condições: em primeiro lugar, deve-se afastar, mesmo que provisoriamente, os conceitos de pena e delito e mesmo a existência de um controle penal, concedendo espaço para a imaginação sociológica e novos métodos de resolução dos conflitos criminalizados; ainda, se deve considerar, entre as situações conflitivas, as provocadas pelo próprio sistema penal (BARATTA, 2004, p. 66). Para Zaffaroni *et al.*, Baratta leva a cabo “*uma verdadeira liberação da imaginação sociológica e política diante de uma cultura do penal que coloniza amplamente o modo de perceber e construir os conflitos e problemas sociais em nossa sociedade*” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 642). Entretanto, em sendo obedecidas as condições que propõe o autor, Zaffaroni considera que dificilmente restaria alguma matéria que a imaginação não punitiva não pudesse subtrair do sistema penal, designando, assim, modelos alternativos de resolução dos conflitos em questão (ZAFFARONI, 2001, p. 96-97).

⁸⁵² BARATTA, 2004, p. 76-77.

⁸⁵³ BATISTA, N., 2011, p. 84.

⁸⁵⁴ BARATTA, 2004, p. 80.

⁸⁵⁵ Para Batista, não há necessidade de que os critérios que determinam uma intervenção mínima – fragmentária e subsidiária – para o controle penal constem expressa e literalmente no texto constitucional, por tratar-se de decorrência lógica da teleologia que emana dessa norma. Segundo o autor, “*uma republica que tenha como fundamento ‘a dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III) e como objetivos a construção de ‘uma sociedade livre, justa e solidária’ e a promoção do ‘bem de todos’, (art. 2º, I e IV CR), deve conter, pelo menos, a inflação penal*” (BATISTA, N., 2011, p. 83).

marginal, enquanto que a segunda termina por se afastar dele, razão pela qual deve ser recusada, em nome da redução de danos.

Mas devemos nos perguntar honestamente: é possível estruturar um discurso jurídico-penal que prescindia do ideal de tutela de bens jurídicos? Em que pese assumamos uma postura marcadamente crítica com relação à projeção de tutela dos bens jurídico-penais via controle penal, Cirino dos Santos encara que a sustentação do conceito de bem jurídico como objeto de tutela ainda não se revela de todo falseada, ou seja, o autor acredita que a missão de exclusiva proteção dos bens jurídico-penais mediante poder punitivo do Estado continua sendo uma das razões de ser do referido conceito. Para o autor, ainda, o bem jurídico só se afigura um critério de criminalização porque também constitui o objeto de proteção por meio do controle penal. Sua lógica reside em que a tutela punitiva ainda seria uma resposta legítima para a proteção contra atentados a um núcleo de bens jurídicos que de fato configurariam a base de qualquer modelo de Direito Penal mínimo, ou seja, o autor não crê que para ações voltadas contra esse conjunto seletivo de bens jurídicos pudesse haver outra resposta que não a punitiva. Conforme a sua leitura, ainda, a rejeição ao bem jurídico-penal enquanto objeto de uma suposta proteção pelo controle penal poderia acarretar o inconveniente de um vazio legal preenchível pela vontade de poder dos atores políticos ou mesmo aproximar o discurso jurídico-penal de modelos que ignorem por completo a noção de bem jurídico, tanto como critério de criminalização quanto como objeto da tutela punitiva – o autor refere o modelo funcionalista sistêmico de Jakobs⁸⁵⁶.

Apesar de o modelo funcionalista sistêmico não integrar o escopo da nossa reflexão, nos permitiremos adentrar, ainda que brevemente, o exemplo que preocupa o autor; cremos que isso nos permitirá não só contrapor o seu argumento como também situar a proposta realista marginal em seu devido lugar. É verdade que Jakobs considera a missão de exclusiva proteção de bens jurídicos uma aporia, dado que a perda de determinados bens ou sua deterioração pode ocorrer naturalmente, sem que o Estado tenha chance de evitá-la, ou seja, por questão de coerência do discurso caberia ao controle penal, não assegurar a proteção genérica de determinados bens, mas sim um padrão de condutas que deveria reger as relações intersubjetivas. A este ponto, o autor intenta mudar o enfoque da lente jurídico-penal: não mais os direitos, valores ou interesses, mas sim a própria norma enquanto “bem” a ser tutelado pelo poder punitivo estatal⁸⁵⁷. Para o autor, nem o conceito de bem jurídico lesado nem o de bem jurídico tutelado parecem obter qualquer relevância, do ponto de vista jurídico-

⁸⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 15-16.

⁸⁵⁷ JAKOBS, 2005, p. 33-34.

penal, mas sim a estabilização de expectativas sociais normalmente ditadas. Seria esse o objeto da tutela punitiva⁸⁵⁸.

Precisamente: o funcionalismo sistêmico – cujo avanço entre nós justificadamente preocupa Cirino dos Santos – em que pese realize uma ruptura com o objeto de tutela *não prescinde do ideal de tutela*, ou seja, a ambição de proteção via poder punitivo, ao que nos parece, termina deslocada do bem jurídico-penal para a vigência da norma. O que a revisão realista marginal do bem jurídico-penal propõe não é comparável, sob nenhum aspecto, com a formulação de Jakobs já que esse autor não se livra da ideologia da defesa social, o que podemos notar pelo fato de que não consegue perquirir seriamente acerca do potencial preventista da pena – apenas toma o cuidado de adotar como doutrina de justificação, a prevenção geral positiva⁸⁵⁹, por uma questão de coerência com a arquitetura de seu modelo.

De fato, desde o nosso ponto de vista, a manutenção do bem jurídico enquanto critério de criminalização e seu rechaço enquanto objeto de tutela, por se afastar da ilusão preventista e dar a devida atenção à crítica criminológica externa, aparenta ser a medida mais adequada para produzir um saber penal garantidor do cidadão em face do poder punitivo do Estado e de sua atuação desigual e seletiva e que não termine voltado ao critério da racionalidade do sistema punitivo, que necessariamente trará consigo a produção de um discurso jurídico-penal condizente com o ponto de vista do Estado, ou seja, exatamente a preocupação que move as formulações críticas e a militância de Cirino dos Santos quando questiona o papel dos juristas na contemporaneidade⁸⁶⁰. Nesse sentido o realismo jurídico-penal marginal se presta a contribuir para o avanço da cidadania constitucional e não para uma guinada ao sistemismo ou, menos ainda, para a manutenção de um *status* neopunitivo classista e regulatório. Conforme aponta Batista:

Definitivamente é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos limites entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe. Tal constatação permite o aproveitamento crítico do conceito de bem jurídico, no amplo espectro de funções que [...] lhe corresponde. Podemos assim, ao ouvirmos dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena, retrucar que numa sociedade dividida em classes o

⁸⁵⁸ “De acordo com o entendimento da teoria dos sistemas, é o que abordo agora, a sociedade é comunicação. Dessa perspectiva, por exemplo, a questão do social em um homicídio não é a lesão da carne da vítima, ou a destruição de sua consciência, e sim a afirmação contida de modo conclusivo e objetivada no fato punível de não dever respeito ao corpo e à consciência da vítima como elementos pertencentes a outra pessoa, ou seja, de poder tratá-los como um contexto com características diferentes. Mediante essa afirmação, a norma é questionada, ou seja, a regulamentação entre pessoas, portanto, o delito a desautorização da norma, ou, voltando a referir à pessoa delinquente, há falta de fidelidade ao ordenamento jurídico” (JAKOBS, 2005, p. 48-49).

⁸⁵⁹ Cf. ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 121 e ss.

⁸⁶⁰ CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 454.

direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados gerais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução daquelas relações⁸⁶¹.

Entretanto, adverte o autor:

Questionar uma função tutelar ou protetiva de bens jurídicos (não só pelo proverbial “atraso” com o qual o direito penal chega aos conflitos, mas também porque numa sociedade de classes tais bens são concebidos para a reprodução de relações de dominação) não significa transigir com a exigência central do princípio da lesividade: não pode haver crime sem ofensa a um bem jurídico⁸⁶².

Sendo certo que no horizonte de um Estado Social e Democrático de Direito – que procura conjugar as conquistas respectivas dos modelos de Estado Liberal e Social e dessa forma compensar suas insuficiências – a pena e a política criminal adquirem uma específica configuração que deve manter paralelo com a teleologia política que lhes embasa⁸⁶³, nos parece claro que a contração do poder punitivo é a única missão possível a um Direito Penal comprometido com a preservação e o desenvolvimento da cidadania constitucional, ou seja, o reforço do Estado de Direito em permanente confronto com o Estado de Polícia. Não só isso: é essa a mesma razão que faz dela um exercício eticamente orientado, já que não sucumbe aos ornamentos discursivos da razão ardilosa, mas encara as coisas como são, ou seja, a barbárie punitiva deixa de ser o produto de uma era remota superada pelos avanços da razão para se tornar o presente de opressão e extermínio⁸⁶⁴. Zaffaroni conclui que se deve derivar o modelo de Direito Penal da opção política por um Estado de Direito e, nesse caso, há que se ter um discurso jurídico-penal como programa de limitação jurídica do poder de punir, ideia que deve permear todas as categorias do saber jurídico-penal e isso inclui a noção de bem jurídico-penal. Uma opção dessa natureza implica abandonar a ambição de tutela de bens jurídicos (seja de que titularidade for) por via do poder punitivo, em prol do reforço da necessidade democrática de um bem jurídico-penal efetivamente lesado, eis que serve ao ideal

⁸⁶¹ BATISTA, N., 2011, p. 113.

⁸⁶² BATISTA, N., 2011, p. 113.

⁸⁶³ MIR PUIG, 1994, p. 31.

⁸⁶⁴ Esse é um dos sentidos que Khaled Jr. destaca para a revisão da narrativa jurídico-penal conforme o imperativo ético de subversão discursiva, cuja inspiração encontramos na obra de Benjamin: “Escovar a história a contrapelo não é apenas uma questão de *memória*, mas de *insurgência*: de engajamento contra a (re)produção da violência institucionalizada e chancelada pelo Estado (de exceção). Não há aqui qualquer *saudosismo impensado*, ou *nostalgia do não-vivido*. Não há pretensão de resgate de um *caráter original e puro*, de um *discurso de origem* que se perdeu nas *brumas do tempo*. Pelo contrário: é necessário romper com a *identificação automática* que os penalistas têm com uma história do Direito Penal que *glorifica e celebra* o próprio Direito Penal, como se a arbitrariedade do poder punitivo estivesse *plenamente contida*, ou como se um núcleo moderno e putrefato de pensar pudesse significativamente contê-la”. (KHALED JR., 2012, 96).

constitucional de limitação dos espaços de ingerência punitiva e de consolidação dos direitos de cidadania⁸⁶⁵.

A atribuição de missões positivas ao controle penal – que só é possível mediante o socorro de uma das doutrinas de justificação da pena – se mostra tendente à expansão dos espaços de intervenção do poder punitivo. Desse modo, conceber a pena como um instrumento hábil para prover segurança e proteger bens jurídicos não é uma atitude meramente desconectada com a realidade operacional do sistema penal: é uma postura tendente à maximização dos danos e multiplicação das vítimas desse sistema, uma postura conectada, ciente disso ou não, à manutenção do estado de exceção permanente. Parece-nos que Baratta está coberto de razão quando assinala que um Direito Penal coerente com seus princípios garantistas é um discurso instrumental, porém liberto da ilusão instrumental da pena e do controle penal⁸⁶⁶. Por essa razão, “é necessário reforçar o núcleo de hostilidade ao poder punitivo”⁸⁶⁷. Trata-se, com o vetor do realismo marginal, de interromper o percurso dessa história de acúmulo de tragédias e instaurar o verdadeiro estado de exceção histórico que, por ironia, acaba sendo o próprio Estado de Direito e seu máximo desempenho.

⁸⁶⁵ ZAFFARONI, 2014, p. 28.

⁸⁶⁶ BARATTA, 2004, p. 88.

⁸⁶⁷ KHALED JR., 2013, p. 558.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A narrativa jurídico-penal sedimentada é um produto da modernidade, guardando em si os compromissos matriciais desse paradigma sociocultural, político e epistêmico, quais sejam, as promessas de emancipação e de regulação sociais. Trata-se de uma narrativa movida por uma ética utilitária, que irá conferir ao controle penal toda espécie de missões, tendo em conta a crença incondicional nas aptidões regulatória e emancipatória do poder punitivo. O discurso jurídico-penal moderno, ao buscar a antítese das práticas punitivas que lhe precederam, deu vida a um utilitarismo ilustrado, trabalhado nos contornos do Iluminismo, tendo o contrato social como metáfora matricial. Imaginava-se construir, por meio da intervenção regrada e utilitária do poder punitivo estatal, uma sociedade segura, livre da violência do delito e da barbárie punitiva, tida como um produto do Estado Absolutista. Projetam-se, desse modo, as condições utilitárias para a concretização de um “direito de punir” estatal (*jus puniendi*) condizente com a ideologia da defesa social que irá costurar os diversos discursos jurídicos de legitimação do poder punitivo até o presente.

A partir do século XIX, no entanto, a crise do paradigma moderno começa a se evidenciar, de sorte que o discurso jurídico-penal passa por constrangimentos, dado que o potencial regulatório do poder punitivo suplanta em demasia as promessas emancipatórias que lhe foram atribuídas. Trata-se do momento em que a regulação se torna o “duplo” da emancipação social, o que transfigura o controle punitivo nos moldes de uma sociedade disciplinar, atenta às necessidades de um capitalismo industrial mais avançado e, por conseguinte, olvidada das promessas de prevenção da violência, proteção dos direitos fundamentais e emancipação dos sujeitos quanto à tirania de um poder punitivo sem freios.

Ainda assim, o século seguinte não declara – ao menos no interior do saber jurídico-penal, desconsiderando-se, portanto, as contribuições das criminologias de viés crítico – a falência do utilitarismo penal, marca distintiva do discurso jurídico-penal moderno. Ao contrário: o período registra um conjunto considerável de intentos discursivos que buscam a relegitimação da pena, o instrumento por excelência do poder punitivo estatal. Em última análise, a narrativa jurídico-penal não consegue exceder os limites da ideologia da defesa social, intensificando o potencial regulatório do controle social punitivo.

Dentre os discursos de justificação do poder punitivo que surgem nas últimas décadas um deles merece uma apreciação mais acurada. O utilitarismo penal reformado de Ferrajoli nasce de um duplo intento: fornecer uma resposta às doutrinas justificacionistas que lhe precedem, mas, ainda assim, refutar as doutrinas abolicionistas que ousaram pôr em questão a

legitimidade do controle punitivo em geral e da pena em especial (o próprio *jus puniendi* ou “direito penal subjetivo” estatal). Nessa esteira, Ferrajoli advoga pela legitimidade do poder punitivo, desde que dirigido a satisfazer uma dupla finalidade: em primeiro lugar, a pena (cominação em abstrato) deveria voltar-se à “coação psicológica” do futuro infrator; como este critério, por si só, não garante a legitimidade do castigo, Ferrajoli lhe agrega uma finalidade complementar, que estaria situada na contenção da violência privada (violência de fato, mas não de direito), ou das penalidades informais. Com o acréscimo dessa última função, Ferrajoli considera que seu modelo de Direito Penal mínimo não seria “incompleto” como o que decorre do utilitarismo ilustrado.

No que se refere à planificação político-criminal, o discurso do utilitarismo reformado caracteriza-se por uma adesão à doutrina da “exclusiva proteção de bens jurídico-penais”, típica dos discursos de justificação contemporâneos. Ainda que o autor procure trazer um conjunto de advertências aptas a conter eventuais devaneios político-criminais e prevenir o uso simbólico ou tirânico da norma penal, seu discurso termina por reconhecer um espaço de legitimidade para o controle penal no seio de um Estado Social e Democrático de Direito. De fato, o autor chega mesmo a encarar como razoáveis algumas das pautas político-criminais contemporâneas que expressam um incremento da legislação penal, ainda que, no geral, seu propósito esteja situado na busca de uma “navalha descriminalizante”, que permita a extinção de tipos penais que não satisfaçam as condições de legitimidade trazidas pelo seu Sistema Garantista (SG).

Neste particular Ferrajoli não escapa à tradição utilitária que lhe precede, apresentando-se como a síntese mais acabada deste horizonte compreensivo e ideológico. Ainda que seu sistema de Direito Penal mínimo, em razão do reforço das garantias jurídicas, indubitavelmente demonstre contribuições para o ideal de contenção da intervenção penal e de afirmação dos direitos de cidadania, é inegável que sucumbe a anseios neopunitivos. De fato, ao promover uma nova justificação da pena, Ferrajoli termina por ceder a algumas das tentativas de maximização do controle penal, como fica claro quando testamos a legislação punitiva das sociedades, centrais ou periféricas, pós-industriais contemporâneas de acordo com os preceitos de seu sistema de pensamento: vistas através da lente do seu utilitarismo reformado, diversas pautas contemporâneas de criminalização – típicas das “sociedades de insegurança sentida”, tais como as leis penais que buscam tutelar os novos riscos ou novos perigos – afiguram-se perfeitamente condizentes, razoáveis e até mesmo desejáveis. Fica claro, desde então, que a contrapartida esperada pelo autor, qual seja, a de uma simultânea descriminalização de outras condutas – o que, a seu ver, compensaria o apogeu desses novos

objetivos de “tutela” penal –, infelizmente não se verifica. A balança político-criminal contemporaneamente pende para um incremento qualitativo e quantitativo do poder de punir, e mesmo os tão discutidos “substitutivos penais” não fogem a essa regra, uma vez que apresentam um caráter aditivo e não alternativo, representando um alargamento da malha punitiva quando deveriam traduzir uma alternativa à pena.

Pôr em questão o modelo de Direito Penal mínimo trazido pelo utilitarismo reformado adquire uma pertinência inegável na atmosfera de um Estado Social e Democrático de Direito, cujo texto constitucional expressa uma cidadania plena, ainda carente de concretização. Isto porque partimos da premissa de que o poder punitivo historicamente apresenta-se enquanto um violador contumaz dos direitos de cidadania, tanto é que esses mesmos direitos usualmente buscaram afirmação em face do aparelho repressor estatal brasileiro, e não com o seu auxílio. A cidadania brasileira – especialmente no contexto contemporâneo onde se fala em “novos” direitos, que transcendem as dimensões da cidadania de tipo liberal-burguesa própria do paradigma marshalliano – requer uma problematização que contemple o raio de intervenção do controle penal, para que a teleologia constitucional obtenha maior concretização. Em síntese: os direitos de cidadania afirmam-se apesar do sistema penal e do poder punitivo e não por conta dos mesmos.

O poder punitivo, historicamente, expressa a cisão entre a garantia de direitos para as classes sociais privilegiadas (em especial o direito à propriedade privada) e a violação de outros direitos para os estratos populares, empobrecidos, subalternizados e vitimados de toda forma (direitos como a inserção social, integridade física, a dignidade, a imagem, a própria vida). De fato, o controle penal nunca demonstrou qualquer aptidão empiricamente verificável para cumprir com sua agenda (funções declaradas), mas não cansa de dar mostras de seu potencial destrutivo, expresso, na sociedade periférica brasileira, em um poder configurador (funções latentes/ocultas). Ainda assim, a narrativa jurídico-penal sedimentada chega ao contexto marginal-periférico como uma monocultura do tempo linear, ou seja, como uma história autocelebrada que enxerga o Direito Penal como a progressiva racionalização e humanização das práticas punitivas, cada vez mais canalizadas utilitariamente para a diminuição da violência criminal e garantia igualitária da segurança de todo o tecido social. Infelizmente esse juízo histórico não encontra um grau mínimo de veracidade, na medida em que o poder punitivo e seu discurso de justificação foram transplantados de maneira violenta no processo de construção da modernidade periférica brasileira.

A partir daí, torna-se oportuno questionar acerca da promessa de segurança contida na narrativa jurídico-penal sedimentada. Trata-se de um delineamento discursivo que vê na

segurança um direito a ser assegurado por uma legítima intervenção punitiva estatal e de uma projeção político-criminal que pressupõe *a priori* a eficácia da intervenção penal na garantia da segurança prometida pela modernidade e seu discurso jurídico-penal. Em nenhum momento a eficácia do poder punitivo é questionada, em nenhum momento a constatação da sua “eficácia invertida” chega a ser incorporada ao debate político-criminal. Ademais, constructos como a proibição de tutela deficiente acabam se somando aos argumentos que apontam para o incremento da intervenção penal, mesmo quando partem do utilitarismo reformado, já que esse modelo alinha-se, em alguma medida, ao ideal moderno de segurança (enquanto direito individual a ser assegurado pelo Estado por meio do sistema penal).

De outro lado, há que se perceber que o modelo de segurança calcado na intervenção penal não satisfaz a cidadania constitucional, já que concretamente se choca com alguns de seus principais eixos teleológicos. Dito em outras palavras: a exigência de justiça social constante na Constituição Federal de 1988 é flagrantemente violada pela atuação concreta do poder punitivo e este é rotineiramente legitimado pelas mais variadas doutrinas de justificação, inclusive pelo utilitarismo reformado de Ferrajoli. É nesse quadro que a busca de um modelo de segurança alternativo torna-se fulcral. De nossa parte, cremos que esse modelo não deve partir da ideia de segurança enquanto um direito (por estar, dessa forma, nitidamente aberto às narrativas de justificação do *jus puniendi* assim como à ideologia da defesa social). Afastando-se desse lineamento, poderemos conceber a segurança enquanto a garantia da satisfação de outros direitos, precisamente a cidadania constitucional. Desse modo poderemos conceber um modelo de segurança que se afaste da missão de tutela de bens jurídico-penais, pois fica claro que o potencial de tutela do poder punitivo é diminuto, contingente ou mesmo inexistente, a julgar pelo acúmulo criminológico existente a esse respeito. Nesse horizonte, a segurança passa a ser compreendida em uma perspectiva alinhada à cidadania inculpada no texto constitucional, assim como aos “novos” direitos que ganham um merecido espaço na contemporaneidade e não mais como um produto da intervenção do aparato punitivo.

Cientes disso, cumpre então apontar um modelo discursivo que corresponda a esse ideal, ou seja, um modelo alinhado à concretização da cidadania e da justiça social constitucionais, um modelo que se afaste da ideologia da defesa social e que não se preocupe em fornecer uma justificativa do poder de punir. Nesse sentido, não cabe dúvida de que o minimalismo penal trabalhado por Zaffaroni satisfaz as exigências mencionadas. O autor parte de uma contraposição dialética entre Estado de Direito (uma ordem jurídica onde a cidadania e a justiça social podem alcançar concretização) e Estado de Polícia (visto como um estado de coisas onde o poder punitivo atinge índices mortíferos, por estar sem freios,

estratificando a sociedade e sepultando os vínculos horizontais), dois vetores que se confrontam historicamente, numa relação pendular. A partir dessas categorias o autor conclui que historicamente os juristas (Ferrajoli não escapa a essa conclusão) foram responsáveis, querendo ou não, por fornecer munição discursiva ao Estado de Polícia, mesmo que, por vezes, também tenham militado em favor do Estado de Direito. O combustível teórico que mais favoreceu o Estado de Polícia e a conseqüente corrosão do Estado de Direito foram as doutrinas de justificação da pena que concederam ao ente estatal um “direito de punir”.

Para Zaffaroni, o *jus puniendi* não passa de uma falácia discursiva, eis que nenhuma das diversas teorias da pena foi capaz de satisfazer as condições de legalidade e legitimidade (entendida enquanto a soma da coerência interna de um discurso com o grau satisfatório de verdade ou verificabilidade que sua planificação deve apresentar). Nessa esteira, o autor enxerga o utilitarismo reformado e sua dupla função ao castigo como um embuste. Segundo sua lógica, a “coação psicológica” é uma doutrina perigosa, já que tendente à maximização da intervenção punitiva, assim como a agudização do castigo que terá de ser cada vez mais cruel, a fim de que consiga dissuadir o tecido social. De outro lado, a “prevenção da violência” sequer poderia ser cogitada diante das condições do cárcere nas sociedades periféricas, em especial a brasileira. Ora, as mortes que a pena viria a prevenir já ocorrem rotineiramente no interior dos nossos presídios, assim como os linchamentos que se multiplicam (sem estar necessariamente associados a um déficit de intervenção punitiva) mesmo com a banalização da norma penal e indiscutível inflação carcerária. No que se refere à prevenção dos extermínios perpetrados por agentes estatais, é notório que mesmo a hipertrofia punitiva contemporânea (a chamada *era do grande encarceramento*) pela qual passamos não foi capaz de diminuir as mortes provocadas pelo nosso sistema penal subterrâneo, e nada leva a crer que um dia será. De fato, Zaffaroni aduz que a falsidade do discurso jurídico-penal contemporâneo já não pode mais ser negada ou afastada sob o argumento de que um dia o nosso controle penal se dará nos moldes das planificações discursivas que lhe atribuem legitimidade.

Ciente da falsidade da narrativa jurídico-penal, o autor propõe uma postura agnóstica, isto é, a assunção de ignorância com relação a qualquer fundamentação do poder punitivo, na medida em que todas elas até o momento se ancoram em pressupostos metafísicos, nunca em uma eficácia empiricamente verificável. Sendo assim, Zaffaroni propõe uma nova ética para o discurso jurídico-penal – totalmente diferente da anterior, que atribuía à pena uma função de afirmação de valores ético-sociais – na qual a vida humana seja tida como fim primordial. Assim como em Dussel, Zaffaroni buscará na vida humana o critério-fonte da nova eticidade

do Direito Penal, vindo daí a concluir que a práxis dos juristas deve estar a serviço da comunidade de vítimas historicamente perseguidas pelos tentáculos do poder punitivo. Segundo o autor, os juristas devem abdicar de fornecer arsenal teórico ao poder punitivo, organizando seu atuar no horizonte da contenção desse poder. Só assim o Direito Penal mínimo exposto no seu realismo marginal terá condições de “escovar a história a contrapelo” e produzir um *verdadeiro estado de exceção*, no sentido benjaminiano, ou seja, instaurar um vetor de descontinuidade para com o que está posto, mesmo que necessite ultrapassar o véu nefasto da razão ardilosa que teima em atribuir ao poder punitivo funções que lhe são estranhas. Curiosamente, essa é a única estratégia que assegura um reforço do poder jurídico propriamente dito, na medida em que a imensidão de casos de incidência do poder de punir (criminalização primária e secundária) sequer chega aos seus cuidados, já que o poder judicial trabalha com uma cifra ínfima e seletivamente talhada (de acordo com indicadores nada democráticos de classe, raça, etnia, sexo/gênero, idade, etc.) de hipóteses típicas.

Essa nova eticidade, em comunhão com o acúmulo teórico-empírico produzido pela criminologia de viés crítico latino-americana, nos permite uma readequação da missão a ser conferida ao Direito Penal (enquanto narrativa, discurso e saber dos juristas que se destina orientar uma práxis aos atores do sistema penal), qual seja a contenção do poder punitivo (que se traduz indiretamente em afirmação da cidadania, justiça e emancipação social). Não se trata de abdicar dos bens jurídicos enquanto critério de criminalização, já que nesse particular o conceito demonstra um inequívoco potencial restritivo da intervenção penal, localizado nas exigências de lesividade, subsidiariedade e fragmentariedade. No entanto, deve-se sim abdicar da noção de bem jurídico-penal enquanto objetivo de tutela, eis que esse delineamento não consegue livrar-se da ideologia da defesa social. Abdicando-se das teorias de justificação da pena, adotando-se um modelo de segurança condizente com o marco da cidadania e da justiça social trazido pela Constituição de 1988 e livrando-se da ideologia da defesa social, é possível enxergar que os únicos bens jurídicos que o ordenamento jurídico-penal de fato pode assegurar são os direitos individuais do próprio imputado. Trata-se da única missão cabível e factível para o poder jurídico, sendo igualmente desejável no horizonte de um Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Cristina Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (Orgs.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro, Rocco, 2009, v. 1, p. 35-77.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9-23.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2012.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/2015: o estado dos direitos humanos no mundo*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional Brasil, 2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2008.

ARENDT, Hannah. Da violência. In: *Crises da república*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 91-156.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Política criminal e direito penal: histórico e tendências contemporâneas. In: WANDERLICH, Alexandre (Org.). *Política criminal contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2002.

_____. *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004.

BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado direito de punir. In: *Menores e loucos em direito criminal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003 p. 125-145.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do sistema penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002, v. 1, p. 147-158.

_____. Posfácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 319-324.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. O Realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (Org.). *Sociologia e direito: explorando as interseções*. Niterói: Editora da UFF, 2007, p. 135-148.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMER, Franklin. *O pensamento europeu moderno*. Lisboa: Edições 70, 1977a, v. 1.

_____. *O pensamento europeu moderno*. Lisboa: Edições 70, 1977b, v. 2.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da História. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 222-232.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOVERO, Michelangelo. La filosofia política de Ferrajoli. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo com Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008, p. 409-417.

CARLÉS, Roberto Manuel. Ver el árbol o ver el bosque? el realismo jurídico penal marginal como principio epistemológico fundamental para um modelo integrado de las ciencias penales en América Latina. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 261-271.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CARVALHO, Salo de. A hipótese do fim da violência no discurso da modernidade penal. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012, 165-172.

_____. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Revista Polis e Psique*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 143-164, 2013.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, v. 2, p. 146-171.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2005.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo de; WANDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 161-219.

CHRISTIE, Nils. Elementos para uma geografia penal. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 13, p. 51-57, nov. 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

COELHO, Lígia Martha C. Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 100, p. 9-30, jan./mar. 1990.

COSTA, Pietro. Um modelo para um análisis: la teoría del “garantismo” y la comprensión histórico-teórica de la “modernidade” penalista. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008, p. 1-12.

COUTINHO, Carlos Nelson. Notas sobre cidadania e modernidade. *Praia Vermelha*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 145-165, set. 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 11, p. 23-29, 2003.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2004.

_____. Criminología y derecho penal: aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 37, p. 75-96, 1987.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, v. 1, p. 409-437.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Notas críticas y autocríticas em torno a la discusión sobre “derecho y razón”. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo com Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008, p. 475-545.

FERREL, Jeff. Morte ao método: uma provocação. *DILEMAS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 157-176, jan./fev./mar. 2012.

_____. Tédio, crime e criminologia: um convite à criminologia cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 82, p. 339-360, jan./fev. 2010.

FERRELL, Jeff; HAYWARD, Keith. Possibilidades insurgentes: as políticas da criminologia cultural. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 206-218, jul./dez. 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2014, v. 8.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *História da sexualidade: a vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, v.1.

_____. *Vigiar e punir*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidade Complutense, 1995.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (Orgs.). *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 13-35.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

HOBBSAWM, Eric. Barbárie: manual do usuário. In: *Sobre história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 347-364.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Lethal force: police violence and public security in Rio de Janeiro and São Paulo*. Nova Iorque: Humans Rights Watch, 2009.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-52.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, 1996.

KHALED JR., Salah Hassan. A gênese do saber criminológico oitocentista. *JURIS*, Rio grande, v. 12, p. 109-132, 2006-2007.

_____. Justiça social e seletividade penal: ensaio de desconstrução da narrativa de justificação do poder punitivo. In: LOBATO, Anderson O. C.; BRAUNER, Maria Claudia C. (Orgs.). *Direito e justiça social: a construção jurídica dos direitos de cidadania*. Rio Grande: Editora da FURG, 2015, p. 133-175.

_____. O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: reencontro subversivo com a história política do direito penal. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). *Controvérsias criminais: estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia*. Jacaranguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013, v. 1, p. 539-562.

_____. Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da pena e ao mito da ressocialização. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 84, p. 38-63, fev./mar. 2014.

_____. Por uma nova racionalidade jurídico-penal ou manifesto de insurgência contra o pensamento que anestesia o pensar. *JURIS*, Rio Grande, v. 13, p. 75-98, 2008.

LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudios Criminales*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 20, p. 11-38, 2005.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*. São Paulo: Boitempo, 2005.

LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia da libertação, crítica jurídica e pluralismo: uma justificação filosófica descolonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone F. M. (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015, p. 117-127.

MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. *Caderno de Letras da UFF*, n. 34, p. 287-324, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORIN, Edgar. *Cultura e barbárie europeias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francismo. *Edmund Menzger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

POSTAY, Maximiliano E.; ÁVILA, Keymer. Abolicionismo penal latinoamericano: la “no pena” regionalmente contextualizada: realismo marginal o utopia de la utopia?. In: POSTAY, Maximiliano E. (Org.). *El abolicionismo penal em América Latina: imaginación no punitiva y militância*. Buenos Aires: Del Puerto, 2012, p. 43-58.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAUTER, Cristina. O estado penal, as disciplinas e o biopoder. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 69-75.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

RUSCHE, Geor; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, v. 1, p. 207-244.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 2, n. 7, p. 103-135, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

STRECK Lenio Luiz. Crime e sociedade estamental no Brasil: de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. *Cadernos IHU Ideias*, São Leopoldo, ano 10, n. 178, p. 3-35, 2012.

TIMM DE SOUZA, Ricardo. O nervo exposto: por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: D’ÁVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 25-32.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WEBER, Max. A política como vocação. In: *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 97-153.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15-48.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anotações sobre o bem jurídico: fusões e (con)fusões. In: PINHO, Ana Cláudia B.; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coords.). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 11-28.

_____. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.

_____. Descolonización y poder punitivo. *Revista Comunes*, Caracas, v. 2, p. 9-24, abr. 2013.

_____. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAÚJO JR., João Marcelo (Org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 175-185.

_____. El renacimiento del derecho penal liberal o la “cruz roja” judicial. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008, p. 392-405.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005.

_____. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. 1. ed. Caracas: Monte Avila, 1993.

_____. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Inst. Carioca de Criminologia, 2011.

ZEA, Leopoldo. *Discurso desde a marginalização e a barbárie*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.