



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



RICARDO C. DE CARVALHO RODRIGUES

HUMANIZAÇÃO DAS IDÉIAS PENAIIS?
Uma análise sobre a racionalidade das idéias penais iluministas a partir
da filosofia política e da criminologia crítica

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Recife
2010

RICARDO C. DE CARVALHO RODRIGUES

**HUMANIZAÇÃO DAS IDÉIAS PENAIS?
Uma análise sobre a racionalidade das idéias penais iluministas a partir
da filosofia política e da criminologia crítica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/ Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito.

Linha de Pesquisa: Tutela penal dos bens jurídicos e teoria da sanção penal.

Orientadora: Profa. Dra. Anamaria Campos Tôres.

Recife
2010

Rodrigues, Ricardo C. de Carvalho

Humanização das idéias penais? Uma análise sobre a racionalidade das idéias penais iluministas a partir da filosofia política e da criminologia crítica / Ricardo C. de Carvalho Rodrigues. – Recife : O Autor, 2010.

173 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Humanização - Idéias penais. 2. Direito penal moderno - Sistema penal moderno. 3. Racionalidade - Ideologia - Humanidade - Humanitarismo - Sistema penal - Michel Foucault - Criminologia crítica - Marquês de Beccaria. 4. Cesare de Bonesana, Marquês de Beccaria - Idéias revolucionárias - Humanitárias - Direito penal Humanista. 5. Garantia (Direito). 6. Sistema penal - Deslegitimação - Criminologia crítica. 7. Abolicionismo penal - Minimalismo penal - Direito penal mínimo - Distinção - Relação. 8. Criminologia crítica. 9. Descriminalização. 10. Filosofia política. I. Título.

343

CDU (2.ed.)

UFPE

345

CDD (22.ed.)

BSCCJ2010

-048

Ricardo C. de Carvalho Rodrigues

“HUMANIZAÇÃO DAS IDÉIAS PENAIIS? Uma análise sobre a racionalidade das idéias penais iluministas a partir da filosofia política e da criminologia crítica”.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração : Teoria e Dogmática do direito

Orientadora: Dr^a. Anamaria Campos Tôrres

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: _____

Professor Dr. **Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas** (Presidente - UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professora Dr^a. **Marília Montenegro Pessoa de Mello** (1^a Examinadora - UNICAP)

Julgamento: aprovado Assinatura: _____

Professor Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão** (2^o Examinador - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: _____

Recife, 27 de agosto de 2010.

Coordenador Prof.^o Dr. **Marcos Antonio Rios da Nóbrega**

A Alice, minha mãe de coração
In Memoriam

AGRADECIMENTOS

A ninguém é dado o direito de afirmar que escreveu algo sozinho e isolado, temos sempre o carinho de poucos que apoiam, incentivam e de alguma forma se dedicam para a realização do sonho alheio, somente assim é possível escrever qualquer coisa. Por outro lado, ninguém escreve para uma multidão, pelo menos, escrevi para poucos, porque há, infelizmente um filtro hierarquizante na estrutura da sociedade, onde poucos podem fazer uma graduação e menos ainda são os que conseguem pós-graduar-se. E, mesmo entre todos esses, são poucos os que lêem a produção acadêmica. Portanto, gostaria de agradecer aos poucos para quem escrevi.

Agradeço, principalmente, a Lana a quem me uni com “um laço de fita”, como o balanço de dois cachos da mesma trança que não se misturam e que não se separam. Amote Sulany de Carvalho Rodrigues.

Agradeço a Eduardo França, que mesmo parido de outras entranhas foi o irmão que escolhi; a Hugo Leonardo, um grande amigo atencioso, gentil e primeiro crítico.

Agradeço à professora Dra. Anamaria Campos Tôrres pela atenção que dispensou aos meus escritos, ao professor Dr. Cláudio Brandão por transmitir ciência e humanidade, ao professor Dr. Ricardo de Brito por fazer uma leitura da ciência penal inspiradora e pela disponibilidade, à professora Dra. Marília Montenegro, minha orientadora da graduação, que abriu as portas para a criminologia e ao professor Dr. Luciano Oliveira pelas aulas sempre instigantes e provocadoras que remeteram a novas leituras.

Agradeço às mestras e colegas de turma Érica Babini, Kalina Alpes e Regina e aos doutores Ivan Silva e Teodomiro Noronha.

Agradeço ao servidores da Pós-graduação, principalmente Josi, Carminha e Gilka pelo empenho, zelo e paciência.

Por fim, agradeço a meus pais, José Petrócio Rodrigues e Rosália Maria de Carvalho Rodrigues pela dedicação, carinho e por sofrerem junto comigo nos momentos mais difíceis.

O homem não nasceu para resolver os problemas do mundo, mas para indagar o ponto onde eles surgem e se manter depois nos limites do compreensível.

Goethe

As mulheres usam dentes de marfim os naturais lhe faltam e, em vez de sua verdadeira tez, forjam outra de alguma maneira estranha... embelezam-se com uma beleza falsa: assim faz a ciência (e até mesmo no nosso direito tem, ao que dizem, ficções legítimas sobre as quais se fundam a verdade e a justiça).

Montaigne

RESUMO

RODRIGUES, Ricardo C. de Carvalho. **Humanização das idéias penais?** Uma análise sobre a racionalidade das idéias penais iluministas a partir da filosofia política e da criminologia crítica. 164 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

Esta dissertação teve como objetivo analisar o processo de “humanização” das idéias penais. O método utilizado foi o histórico, pois, se cada tempo e cada sociedade possui sua forma de analisar seus fenômenos e eventos históricos, é preciso lançar mão de um que possa caminhar livremente e refazer todo o percurso de construção das idéias. Foi preciso também estabelecer um marco teórico como ponto de partida, e não poderia ser outro senão o alicerce de todo direito penal moderno, “*Dei delitti e delle pene*” do Marquês de Beccaria, que se apresenta como espelho das idéias iluministas traduzidas para o direito penal. Logo, o homem transforma-se no foco dessa dissertação como signo definidor sobre a humanidade das idéias que pretendem assegurar direitos contra o Estado, não apenas no utilitarismo de Beccaria, mas sobretudo nos escritos de Michel Foucault quanto nos da criminologia crítica. Para isso, é fundamental questionar essa “humanização” sob essas duas óticas distintas, mas que se complementam: racionalidade da ilustração e o real funcionamento do sistema penal. Uma procura desconstruir as razões filosóficas a partir da análise do sistema penal, que leva-a negar as idéias iluministas como um legado “humanitário”, momento propício para distinguir filosoficamente poder e violência e verificar se há, de fato, um processo civilizador em curso. Outra, utiliza-se da própria racionalidade iluminista para desconstruir o sistema penal, primeiro propondo uma mudança paradigmática no seu objeto de estudo que passa a ser o processo de criminalização e, depois, identificar se exerce funções latentes, seletivas e estigmatizantes. Por isso são complementares e foram aqui utilizadas para testar de maneira total a “humanidade” das idéias iluministas catalizadas por Beccaria.

Palavras-chave: idéias penais; humanização; sistema penal; criminologia crítica; filosofia política.

ABSTRACT

RODRIGUES, Ricardo C. de Carvalho. **Humanization of criminal ideas?** An analysis of the rationality of the criminal illuminist ideas from political philosophy and critical criminology. 164 f. Dissertation (Master in Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

This dissertation aims to analyze the process of "humanization" of criminal ideas. The method used was historic, because if every time and every society has its way of analyzing its phenomena and historical events, one must resort to one that can walk freely and redo the entire course of construction of ideas. It was also necessary to establish a theoretical mark as a starting point, and could not be other than the foundation of all modern criminal law, "*Dei delitti e delle pene*" of the Marquis of Beccaria, who presents himself as a mirror of Enlightenment ideas translated into law criminal. Soon, the man becomes the focus of this dissertation as a defining sign of humanity on the ideas they plan to ensure you have rights against the state, not the utilitarianism of Beccaria, but greatly in the writings of Michel Foucault and the critical criminology. Thereunto, it is essential to question this "humanization" under these two distinct optical, but complementary: the rationality of illustration and the real functioning of the criminal justice system. One seeks to deconstruct the philosophical reasons from the analysis of the penal system, which leads to the denial of the illuminist ideas as a legacy "humanitarian," a propitious moment to distinguish philosophically power and violence and see if there are really a civilizing process underway. Another, it uses the illuminist rationality itself to deconstruct the criminal justice system, first proposing a paradigm change in its object of study becomes the process of criminalization, and then identify whether exercise latent functions, selective and stigmatizing. So here are complementary and were used to test all manner of "humanity" of the illuminist ideas catalyzed by Beccaria.

Keywords: criminal ideas; humanization; penal system, critical criminology, political philosophy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO**1. IDÉIAS PENAIIS: HISTÓRIA, BECCARIA E ALGUNS FUNDAMENTOS DO HUMANISMO E DO DIREITO PENAL MODERNO**

- 1.1. Marchas e contramarchas da história das idéias penais 14
- 1.2. Formação do Estado liberal: entre o terror e a ascensão da burguesia..... 19
- 1.3. Marquês de Beccaria, a tomada da “Bastilha da razão humana!”?..... 36
- 1.4. Utilitarismo: uma outra versão para o humanismo..... 45
 - 1.4.1. Entre a utilidade do humanismo e o humanismo utilitário..... 45
 - 1.4.2. Justa medida entre homem e pena 51
 - 1.4.3. Finalidade da pena é a utilidade da sociedade..... 53
- 1.5. Um teste para qualquer humanidade: Da pena de morte e da tortura..... 60

2. NEGAÇÃO DA TRADIÇÃO ILUMINISTA: UM “ANTI-HUMANISMO”?

- 2.1. Definição de poder: uma distinção a partir da proporcionalidade entre poder e violência..... 68
- 2.2. Entre o corpo e a alma, a mudança do objeto e a “sensibilidade moderna”: Uma “suavização dos costumes”?..... 82
- 2.3. Crise da razão iluminista: o debate entre o “processo civilizador” e a “sociedade disciplinar” 106

3. DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL: A CRÍTICA DE UMA GUERRA TRAVADA PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

- 3.1. A mudança do paradigma criminológico: o sistema penal é o novo objeto de análise..... 125
- 3.2. Há uma oposição entre o abolicionismo penal, o minimalismo penal e o direito penal mínimo? 137
 - 3.2.1. Abolicionismo: um movimento de teoria e práxis e as razões críticas para uma proposta abolicionista radical..... 137
 - 3.2.2. Do minimalismo radical ao garantismo do direito penal 145
 - 3.2.3. Falácia da oposição entre abolicionismo e minimalismo..... 150

4. CONCLUSÃO 154**REFERÊNCIAS 159**

INTRODUÇÃO

Já se tornou corriqueiro o “manualismo”¹ penal referir-se ou sugerir uma divisão do direito penal em duas etapas estanques – direito penal do terror e o direito penal humanitário – provocada por uma abrupta mudança epistemológica calcada na defesa do homem. Diversamente, isto sempre me² pareceu equivocado, no mínimo, um exagero gnoseológico em matéria penal. Por quê? Por que “no nosso caso, conformar-se equivaleria a construir novos cárceres. Também não estou disposto a renunciar a idéia de que a repressão pertence à esfera de decisão política”,³ e como tal não pode ser parálitica senão fluida.

Some-se a isso o fato de que, mesmo as guinadas mais revolucionárias, que propunham a destruição total daquilo que lhe antecedia, contraditoriamente, não conseguiram esquivar-se de toda herança. E as bases de uma e outra, são sempre sobrepostas. Os franceses fizeram “em 1789 o maior esforço que um povo já empreendeu, a fim de, por assim dizer, cortarem em dois seu destino e separarem por um abismo o que haviam sido até então do que queriam ser dali em diante”⁴, queriam tornar-se irreconhecíveis. Talvez não tenham conseguido abandonar de uma vez por todas tantos hábitos políticos e costumes característicos do Antigo Regime, mas não há dúvidas de que, não só a França, mas todo o mundo adquiriu uma nova face após a Revolução Francesa.

¹ Expressão crítico-irônica tomada por empréstimo do professor Luciano Oliveira. OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurabi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. *In: Sua excelência o comissário* e outros ensaios de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 143 e ss.

² Não desconheço a tradição e os bons costumes na pesquisa em direito. Mas se escrevo em primeira pessoa é muito para evitar erros e equívocos no uso de próclises, ênclises e mesóclises, tão requisitadas pela forma indeterminada, e muito por acreditar que o texto fluirá mais para o leitor. A preferência de utilizar a primeira pessoa do singular é porque não possuo, por exemplo, procuração de Beccaria, Foucault, Arendt ou Baratta para interpretar desta ou daquela maneira suas obras. Por outro lado, acredito que o “plural da humildade” é apenas o sintoma de uma certa modéstia ou de uma falsa modéstia. Quem é esse “nós”? Se o que escrevo não tiver qualidade não terei motivos para ser humilde – senão admitir meus equívocos. Se houver um pouco de qualidade só poderei agradecer em meu nome. Inclusive, o sociólogo Renato Janine Ribeiro defende que as dissertações e teses sejam escritas em primeira pessoa. Mas não quero exagerar nesta dose por dois motivos: acreditar que ainda estamos em terreno movediço, que a tradição fala mais alto; e para não perder a força do “eu”. Então, conscientemente e não por erro ou equívoco, utilizarei a primeira pessoa do plural, mas sempre que a dose de contribuição pessoal for maior falarei em primeira pessoa do singular.

³ PAVARINI, Massimo. Processos de recarcerização e “novas” teorias justificativas da pena. *In: Ensaios Criminológicos*. (org.) ZOMER, Ana Paula. Trad. Laurem Pauletti Stefanini. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 140.

⁴ TOCQUEVILLE, Aléxis de. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, prefácio.

Será que essa nova face significa uma nova humanidade? Esse é o problema central que tentarei enfrentar aqui.

Nesta dissertação, no esteio de Michel Foucault e de uma breve “arqueologia do saber”⁵ penal, verificarei se as idéias “revolucionárias” e, a um só tempo, “humanitárias” de Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria, constituíram-se, além de um divisor de águas, a pedra de toque da emergência de um direito penal mais humanista⁶. Não restam dúvidas que as idéias beccarianas ínsitas em “*Dei delitti e delle pene*” – menos uma obra de direito penal que um manifesto político – lançaram outras luzes sobre o crime, o criminoso e, especialmente, sobre a pena. Tanto, que muitos de seus postulados constituem, até hoje, a base para reivindicações, pois ainda precisam ser realizadas. Minha função, como incipiente “arqueólogo do saber” é questionar se tais idéias faziam, ou não, parte de um projeto maior dirigido por uma classe, a burguesia, para conquista e preservação do poder. Para isso, examinarei como essas idéias se formaram ao passar dos anos até chegarem ao cume na “queda da Bastilha”, e como se lançaram no tempo e alcançou o cotidiano de nossos crimes. Todavia, estarei atento à advertência de Norbert Elias, para quem a nossa forma de pensar nos leva a procurar começos, “mas não há em parte alguma, no desenvolvimento da pessoa, um ‘ponto’ antes do qual poderíamos dizer: até aqui não havia ‘razão’ e agora ela ‘surgiu’ (...) Não há um ponto zero de todos esses dados. Mas tampouco faz justiça aos fatos dizer: tudo esteve sempre lá, como agora”.⁷

Para Goethe, “Quer se tenha de punir, quer de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente”. Portanto, o homem avulta-se como foco desta dissertação. Digo, baliza para perceber e diferenciar o conhecimento que sobre ele se projetou no marco revolucionário iluminista. Questionar essa racionalidade luminar não significa esposar os mais variados conceitos sobre a racionalidade – de Platão a Hegel; de Kant a Marx – senão verificar se o utilitarismo que caracterizava as idéias penais surgidas no século XVIII se

⁵ Metodologia utilizada pelo pensador francês para observar a história e tentar compreender os processos pelos quais fomos e somos conduzidos a viver. Assim, trama contra as sacralidades da origem para desnaturalizar o presente, onde o resultado é uma reorganização das forças e, por isso mesmo, arbitrário, mas não necessariamente justo ou racional.

⁶ Os termos “humanidade” e “humanitarismo” serão aqui utilizados em relação, respectivamente, ao conjunto dos homens e ao conjunto das idéias iluministas. Não que tais não possam ser utilizados como sinônimos – assim como utilizarei “humanismo” como sinônimo de “humanitarismo” – mas porque o leitor conseguirá acompanhar o raciocínio sem qualquer dúvida acerca do que se refere o argumento. Advirto, todavia, que algumas citações compiladas podem não trazer esta desprezível distinção, mas, posteriormente à referência não tardarei em sublinhá-la.

⁷ ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, v.2, p. 230.

coadunavam com o “humanitarismo” que se pretendia alcançar nesse e nos séculos vindouros.

A racionalidade das idéias penais será aqui compreendida como um processo de profissionalização e burocratização dos órgãos encarregados em administrar o poder penal⁸. O surgimento de tais órgãos provoca o conseqüente nascimento do que hoje denominamos de sistema penal. Pois esse institucionaliza o poder punitivo do Estado, seja como máquina estatal, seja como interação com a sociedade.

Somente o método empírico da criminologia crítica não fará contraponto suficiente às idéias da ilustração⁹, isto, inclusive, seria metodologicamente anacrônico, uma vez que a ilustração utilizou-se fundamentalmente da filosofia política para instituir suas idéias, e, por isso, nessa seara precisarei também fazer incursões. Pois, como indica Ricardo de Brito: “a filosofia política não é apenas útil, porém indispensável ao desenvolvimento das denominadas ciências criminais”¹⁰, muito porque não é um saber estanque, mas um conhecimento que possibilita relacionar teoria e práxis, mais também porque os saberes que integram as ciências criminais – dogmática, política criminal e criminologia – não conseguem abraçar a totalidade do fenômeno criminal, e, por fim, porque os conceitos utilizados pelas ciências criminais necessitam de sua definição na dimensão filosófica, principalmente, a partir das relações políticas que faz com seu objeto de estudo.

Pensar filosoficamente a história e a política requer, de alguma sorte, refletir sobre o papel que o poder e a violência desempenham nos negócios humanos. A história das idéias penais estimula a tais reflexões, além de sublinhar enormes mudanças que marcam as sociedades ocidentais modernas. São essas mudanças espelhadas sobre a questão penal que nos interessam. E não podemos nos afastar da idéia de que não é apenas a sociedade que muda, os homens a fazem mudar e mudam com ela. Seus interesses, suas necessidades,

⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 39.

⁹ Adotarei nesta dissertação a distinção proposta por Sérgio Paulo Rouanet entre “ilustração” e “iluminismo”. O sociólogo paulista sugere a utilização de “ilustração” apenas para as idéias surgidas no seio do século XVIII, enquanto que o “iluminismo”, mais abrangente, designa uma tendência intelectual não afeita ou restrita a uma época, que nem começou com a ilustração, nem findou com ela, vive e sobrevive, a partir de dois vetores: a crítica e a razão. A ilustração foi sim uma grandíssima realização do iluminismo, mas, sem qualquer dúvida, não foi a primeira tampouco a última. Assim, Sérgio Paulo Rouanet qualifica como pensadores iluministas anteriores à ilustração, por exemplo, Luciano, Lucrécio e Erasmo, e como seus “herdeiros”, Marx, Freud, Adorno, Foucault e Habermas. ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

¹⁰ FREITAS, Ricardo de Brito. A importância da filosofia política para as ciências criminais. *In: Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, n. 14. Recife: UFPE, 2004, p. 244.

seus objetivos são fatores de relevo. E quando muda a sociedade, lenta e gradualmente se mudam os costumes, essa segunda natureza do homem. Ou talvez seja mesmo a primeira, pois é possível que não identifiquemos no gênero humano nenhum caráter intrínseco ou imanente a ele – como sentimento de bondade ou maldade, para ser sucinto. Ou, como sentenciava William Shakespeare na peça “Hamlet”, “o hábito revela o homem”. À parte isso, “sou homem: a nada do que é humano me considero estranho”.¹¹ E, assim, não me é estranho mortes, torturas, prisões etc. Promovidas pelo homem ou pelo Estado. Entretanto, é preciso concentrar-se naquelas conduzidas pelo Estado, pois este possui o dever de respeitar e garantir direitos e não eventuais homens autores de crimes.

Outra questão: o Estado deveria pautar-se pelos princípios penais nascidos nos alvissareiros idos do século XVIII. Pois, para atribuição e execução das penas era necessário um sistema penal eivado de agências e – ninguém poderá negar – de poder. Assim, questionarei se este sistema penal está a serviço do homem, da utilidade e/ou de alguns interesses particulares, de classe, ou mesmo se fazem parte de um progresso silencioso pelo qual, inexoravelmente passou e passa o homem.

Sobre o sistema penal, debruçou-se a criminologia crítica a partir da década de setenta do século XX. Com ela levantarei questões sobre a real função do sistema penal e apoderamento do direito de punir, isto é, o *jus puniendi* passa a ser um conceito distinto da prática de sua efetivação. A crítica da “nova criminologia” é mordaz e destrutiva, seja por que vertente for, mas principalmente pelo seu viés marxista. Este, e todos sabem, propunha uma nova sociedade construída a partir dos escombros da que lhe antecede. Portanto, verificarei qual ou quais as respostas penais preservam direitos e garantias, historicamente conquistados, que se coadunam com a sociedade em que vivemos e se são distintos dos que serão desenvolvidos para uma nova sociedade.

O passado não emergirá, aqui, com a ingenuidade de simplesmente referir-se a um fato histórico, a um período, a uma revolução. Não. Todos estes estão rejuvenecidos em nossos dias, pois a história da criminologia se confunde com a história “sobre a exclusão, os genocídios, o racismo, todas as discriminações com os seres humanos que trataram de

¹¹ Terêncio, em Latin: “*homo sum: humani nil a me alienum puto*”. *apud* RIBEIRO, Renato Janine. Apresentação: Uma dialética do sentido. In: ELIAS, Norbert. **O processo civilizador...** *Op. Cit.*

hierarquizar-se, como também todas as respostas com que se pretenderam conter ou deslegitimar todos esses crimes e aberrações”.¹²

Para contar uma outra história das idéias penais através dos doutos signos da ciência, da racionalidade e da ideologia¹³, e, assim, contar uma outra história da humanidade e do “humanitarismo” do sistema penal, haverá, nesta pesquisa, a presença dos seguintes marcos teóricos: a partir das idéias de Michel Foucault (primeiro) e da criminologia crítica (segundo), tencionarei ao máximo possível as idéias da modernidade representadas pelo Marquês de Beccaria (terceiro), para testar ou verificar a sua capacidade de resistência, sua força. É pôr à prova o “humanismo” das construções teórico-penais modernas.

O sentido de utilizar-me, principalmente, destes referenciais teóricos encontra-se no fato de que Michel Foucault levantou-se contra a racionalidade da ilustração, embora o tenha feito a partir do “estado da arte” das prisões francesas dos séculos XVIII e anteriores. Analisou a razão a partir do corpo, esse último uma metonímia do sistema penal. Por outro lado, mas sobre o mesmo corpo, a criminologia crítica estudou a racionalidade, não das idéias, mas do funcionamento do próprio sistema penal. Então, ao utilizá-los não confundo seus métodos – que são distintos, embora ambos tenham um quê de materialismo-histórico – pois a “arqueologia do saber” de Foucault aproxima-se, se não o for inteiramente, da filosofia política, enquanto que a criminologia crítica racionaliza através da colheita de dados empíricos sobre os quais propõe a modificação ou destruição do próprio sistema penal – conforme for sua vertente, abolicionista e minimalista, que não confundimos com direito penal mínimo. Enfim, o que importa é exponenciar a possibilidade de resistir das construções das idéias penais e do sistema penal moderno.

São nítidas as repercussões que tais teorias provocam sobre o sistema penal, se e quando adotadas por uma política penal. A função da pena é exemplo disto, uma vez que pode traduzir o rumo que determinado agrupamento humano pretende tomar, quais são os objetivos humanos daquela sociedade a serem perseguidos.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. Prólogo. *In*: ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 12

¹³ Segundo Alessandro Baratta, o termo “ideologia” pode ter concebido a partir de dois pontos de vistas distintos. O primeiro, em um significado positivo proposto, por Karl Manheim, que se refere aos programas de ação. O segundo, proposto por Karl Marx, possui um sentido negativo ao referir-se à ideologia como uma “falsa consciência” que legitima as instituições e atribuem a elas funções ideais que, na realidade, não a exercem. Aqui, assim como no texto de Baratta, será utilizado o termo “ideologia” em sua segunda acepção ao referir-se a ideologia penal, que se identifica com a ideologia da defesa social. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 41.

Talvez os iluministas tenham buscado cobrir com seu “humanitarismo” a história, mas talvez tenham conseguido apenas encobrir a história da desumanidade das penas. Embora não tenha sido sua pretensão. É o que veremos. Pois, “a humanidade é uma invenção do século XVIII, que pode ter tido seus sinais precursores ao longo dos tempos, mas que somente com a extensão da dignidade da pessoa humana a círculos cada vez mais vastos, com o desenvolvimento ademais do humanismo, é que veio ter o alcance e a dimensão que lhe conhecemos”,¹⁴ mas até hoje continuamos a reclamar por esse “humanismo” perdido, que ninguém sabe onde se encontra, onde se escondeu ou foi escondido.

Há um problema sobre o qual acredito dever posicionar-me: a neutralidade axiológica. Essa não quer dizer, certamente, que o pesquisador seja politicamente neutro, não sejamos ingênuos em sustentar a pureza das formas, pois “nenhuma forma é pura forma, porque toda ela carrega um conteúdo...”¹⁵. Todavia, no momento de sustentar seu argumento é preciso adotar uma metodologia neutra, como condição de possibilidade indispensável para construção de um trabalho científico e distanciar-se do mero discurso ideológico.

Por isso, não me ponho em lugar politicamente “neutro”, valoro a todo momento – como é natural que todos os façam – os conceitos que utilizo. Pois concordo e discordo deles, a partir de meus pontos de vista e de meus valores. Mas buscarei no percurso desta dissertação encontrar-me com a “neutralidade axiológica” de que fala Luciano Oliveira. Tanto que foi um certo ceticismo intelectual que me conduziu a esta dissertação, a esta investigação crítica.

Seria ingênuo acreditar na possibilidade de haver um distanciamento necessário do meio ao qual pertence, e fazê-lo seu objeto de pesquisa alienado de seus interesses particulares. A busca desenfreada pela racionalidade tomou proporções de fé, e Deus foi, nesse caso, substituído pela razão. A racionalidade torna-se uma nova forma de crença na produção do conhecimento. O homem renasce e ressuscita para sua própria história.

É o que, alegoricamente, afirmou Goldthorpe, “algo como se uma ameoba saltasse rapidamente da lâmina de um microscópio para o visor, e do visor para lâmina, tentando

¹⁴ RIBEIRO, Renato Jeanine. Apresentação: Uma dialética do sentido. In: ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, v.2.

¹⁵ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurabi! *Op. Cit.* p. 142.

observar a si própria”.¹⁶ Crer nisto é transformar o homem nesta ameba. Isso também não é racionalidade.

Não se deve olvidar que o pano de fundo do discurso da “neutralidade” nas ciências sociais é estendido pela ideologia, que desempenha papel significativo para a construção das idéias das ciências sociais adotadas pela classe dominante. A ideologia procura cunhar de científico as propostas destinadas à manutenção das estruturas sociais. Nesse sentido afirma Juarez Cirino dos Santos que a “neutralidade da ciência, ou a objetividade do conhecimento de problemas sociais, nas sociedades divididas é uma expressão mitológica articulada por uma perspectiva de classe, integrada à subjetividade do cientista pela ação real da ideologia dominante”,¹⁷ onde secularizar o mito da neutralidade depende de uma análise eminentemente crítica.

As idéias penais e sua história passam por esses mesmos processos de auto-definição como ciência, de escolha e estabelecimento de método e objeto. A racionalidade é sempre uma arma (ou a promessa dela) contra a barbárie, contra todo e qualquer ato dito inculto, incivilizado, ou simplesmente carente de razão. A ideologia está sempre a ocultar-se como a natureza, como a essência das coisas, se é que as coisas possuem alguma essência. É como ensinava Parmênides, “*Physis* ama ocultar-se”. A ideologia também possui um quê de natureza.

A brevíssima revisão histórica que tento fazer está longe de ser definitiva, esgotar as possibilidades, ou encontrar a “verdade” escrita nas páginas amareladas do passado. Não. No máximo, reconstrói criticamente um certo passado de nossas “verdades”, sem maiores pretensões. Talvez, as “verdades” enganem. No passado, importa, sobremaneira, os “acidentes” e os “eventos” que se encontram nas raízes de muitos problemas que hoje se conhece e existe. É desnecessário remontar todo passado para querer encontrar uma continuidade histórica ou sua pretensa evolução.

A história deixou de ser um sistema interligado de verdades, para transformar-se numa hipótese de trabalho, mediada pelos sentidos e pela razão, que se modifica em consonância com os resultados e cuja validade depende não de sua revelação, mas pelo fato de funcionar ou não. Geralmente descobrimos que as coisas, os fatos, não possuem uma

¹⁶ *Apud* THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** O crime e o criminoso: Entes políticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 27.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão.** Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 25.

essência que “atrás das coisas há ‘algo inteiramente diferente’: não seu segredo essencial e sem data, mas o segredo de que elas são sem essência, ou que eram estranhas. A razão? Mas ela nasceu de uma maneira inteiramente ‘desrazoável’ – do acaso”. A única coisa que encontramos na origem das coisas “é a discórdia entre as coisas, é o disparate”¹⁸

A razão já foi dada por bom senso, que é “a coisa mais bem distribuída do mundo: pois cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer outra coisa não costumam desejar mais bom senso do que têm”.¹⁹ O bom senso ou a razão é a única coisa que nos torna homens e nos distingue dos outros animais. Mas, então, o que distinguia a razão da desrazão se todos nós possuímos parcelas iguais de bom senso? Certamente o método, a via que se escolhe para argumentar, para conduzir os pensamentos. Não utilizarei, aqui, a razão como o sinônimo de bom senso, embora também acredite possuí-lo, pois não é um critério devidamente seguro. Como já disse, o problema está na forma como a razão é consultada.

É nesse sentido que tentarei levar adiante a advertência quanto ao método. A racionalidade de Renè Descartes, quiçá unicamente formal ou metódica, me será bastante útil, na medida que seguir as quatro regras do método cartesiano, sempre um bom caminho.²⁰ Assim: não aceitarei coisa alguma como verdadeira sem que a reconheça evidentemente como tal, desde que devidamente testada pela dúvida; dividirei as dificuldades em partes, em capítulos, para que sejam examinadas em tantas parcelas quantas forem possíveis e necessárias para tentar resolver os problemas; ordenarei meu pensamento começando pelos mais remotos, mais simples e, em termos, mais fáceis de conhecer, até conseguir chegar aos mais complexos; e, em tudo, buscar fazer revisões que exponham as contradições e posicionar-me ante elas.

A razão sempre esteve atrelada a realidades transcendentais como posições políticas, partidos, pátria, religião, família e Estado, e por isso demasiadamente foi repudiada e até mesmo negada como uma forma velada de irracionalismo. O problema, hoje, se fia no fato da razão ter um novo senhorio, o poder. Comprometida com o poder seria a “razão o principal agente da repressão” e não mais um órgão que quer arrebentar os grilhões das liberdades? É fundamental dizer que somente a razão é crítica, na verdade razão e crítica

¹⁸ FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história. In: **Microfísica do poder**. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 18.

¹⁹ DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 5.

²⁰ DESCARTES, René. **Discurso do método**. *Op. Cit.*, pp. 33-35.

são equivalentes, o que constitui a pedra angular para distinção de qualquer irracionalismo, sempre conformista, embora “não podemos mais aceitar a idéia de uma razão soberana, livre de condicionamentos materiais e psíquicos”.²¹

Não pretendo repetir nesta dissertação as grandes narrativas do discurso iluminista, tampouco grandes sínteses filosóficas, ambas com pretensões de emancipação, ora pela revolução, ora pelo saber e pela razão. Pretendo sim revisar o passado naquilo que ainda possa ser “novo” para o presente, como forma de uma possibilidade político-filosófica encoberta, transmitida pelos juristas como um consenso inabalável, mas que somente a própria filosofia política poderá desentranhar problemas que se perpetuam no direito. Por óbvio, também não pretendo declarar uma nova verdade, nem poderia, na medida que é um equívoco crer na verdade, essa “espécie de erro que tem a seu favor o fato de não poder ser refutada, sem dúvida porque o longo cozimento da história a tornou irrefutável”.²²

A busca do homem para encontrar o seu humanismo perdido deve considerar três elementos: ciência; racionalidade; e ideologia. Assim, o humanismo empunha a razão e chama de ciência aquilo que ao passar dos lustros será chamado de ideologia. Tanto que não há como sustentar um paralelismo perfeito entre a ideologia e um modelo de Estado, como somos tentados a imaginar. Muito pelo contrário, “o mesmo modelo pode servir para apoiar teses políticas opostas, e a mesma tese política pode ser apresentada com modelos diversos”. É o que podemos verificar na adoção do contrato social que se desdobrou em três formas distintas de governo: o monárquico (Hobbes); o democrático (Spinoza e Rousseau); e o constitucional ou representativo (Locke e Kant). Já sobre a ideologia política teríamos, também, a apresentação de três formas, uma conservador (Hobbes), outra liberal (Spinoza, Locke e Kant) e a última revolucionária (Rousseau).²³

Haverá, então, um marco para o bastante encontro desses três grandes seres em-si-mesmos, que é a ciência, a razão e a ideologia, no que diz respeito às idéias penais? Certamente que há. O “marco” encontra-se no Estado absolutista, onde floresceram os ideais iluministas que se contrapuseram a esse mesmo Estado. Primeiramente, para expor a racionalidade das idéias da ilustração utilizarei a obra do Marquês de Beccaria. É o que posso dizer sobre sua importância para a construção “humanitária” das idéias penais,

²¹ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, pp. 11-12.

²² FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história. *Op. Cit.*, p. 19.

²³ BOBBIO, Norberto. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. Trad. Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, pp. 85 e 87.

assemelha-se com o que um personagem de “O Alienista” de Machado de Assis disse sobre Simão Bacamarte, que ele era a “Bastilha da razão Humana!”, mas o Marquês seria tomada dessa Bastilha. Será mesmo?

Uma coisa é certa: é com ele que se funda o direito penal moderno e, a partir deste, o sistema penal moderno. E quanto ao “humanitarismo” que se pretende atingir com “*Dei delitti e delle pene*”? Que fizemos dele? Esse libelo “em defesa do homem” nos lega princípios que até hoje nos servem para não criar tribunais de exceção como os de Nurembergue e Tóquio; para que os homens não sejam presos sem um justo julgamento como em Abu-Graibe; para que não haja pena de morte, com ou sem julgamento, como o Massacre do Carandiru; para que não haja tortura, seja como pena seja como prova, como nos requintados salões do DOI-DOPS; para que entre os homens não haja, ao menos perante a lei, distinções de classe, ou distinções pela forma da vida, senão que os homens sejam julgados e condenados conforme sua conduta, como os foros privilegiados ou as imunidades parlamentares; E há mais princípios que... é melhor esquecer. O problema não estava em anunciar princípios gerais, mas nas exceções neles contidas, implícita ou explicitamente, ou na (im)possibilidade de excetuá-los. Por outro lado, talvez essas exceções sejam meros acidentes. Mas o que quero sublinhar é que estes “acidentes” são recorrentes e tomam proporções bem maiores que a regra.

Seja como for, antecipadamente, o que posso afirmar é que o homem é tomado pelas teorias de Michel Foucault e da criminologia crítica como meio de estruturar o sistema penal, em todo seu aparato e funcionalidade, e também como fim máximo do mesmo. Ambas construções teóricas possuem o sistema penal como seu objeto de estudo. Todavia, uma utiliza o sistema penal como meio para destronar a racionalidade iluminista, enquanto que a outra utiliza a racionalidade iluminista – entre outras – para desconstruir o próprio sistema penal.

Então, que há em comum entre Beccaria, Foucault e a criminologia crítica? Ora, o sistema penal tal como ele é hoje, aperfeiçoado em sua (des)humanidade, com a razão iluminista na proa deste barco desgovernado, é palco, ou teatro de arlequim, ou mesmo máximo resultado de toda transformação ocorrida na passagem de um direito penal do terror para um direito penal moderno. Devemos atribuir ao Excelentíssimo Marquês, principalmente, mas sem prejuízo de outros, a construção dessa engenhosa ponte de ouro.

Desta feita, cuidarei no primeiro capítulo das idéias iluministas que tiveram no Marquês de Beccaria um vetor, um catalisador humano sensível às idéias “humanitárias” que vicejavam. Será importante ambientá-lo, isto é, localizá-lo no momento histórico de extrema transformação da sociedade e o significativo papel que desempenhou para essa mudança. Por isso, é de extrema importância aliar à exposição das idéias o processo de formação e transformação que houve até chegar o Estado liberal, a questão da ascensão da burguesia como classe dominante, dos interesses que defendia e, claro, da filosofia política que lhe fundamentava.

Estritamente sobre as idéias do Marquês de Beccaria, ainda no primeiro capítulo, destacarei, sobretudo, seu utilitarismo por ser a idéia central e transversal que perpassa todos os outros elementos como a medida da pena e sua gradação, a finalidade da pena, além da emergência de procedimentos que renunciavam à tortura e à pena de morte.

Em outro ponto, agora no segundo capítulo, tratarei das idéias de Michel Foucault impressas em “Vigiar e Punir” e nos artigos da sua “Microfísica do poder”, que se prestam a dismantelar a dita racionalidade dos fundamentos sob os quais se erigiu o sistema penal moderno. Assim, é correto afirmar que o conjunto crítico apresentado por Foucault é o conteúdo ou componente desvelador daqueles fundamentos, pois atacam sua razão sem atribuir-lhes irracionalidade. Lança luzes sobre elementos cobertos por sombras, justificadamente ou não, como o poder, por exemplo, e principalmente.

Este será o cerne do segundo capítulo. É dizer, o poder nas suas diversas manifestações. Como justificção e argumento. A construção teórica das idéias iluministas fundava-se, também, em querer encontrar uma nova forma de explicar a reação ao crime, o que serve como uma luva para a classe emergente – a burguesia – que não só queria conquistar o poder, mas desde já preocupava-se em mantê-lo.

Analisarei, então, a proposta político-criminal do Marquês de Beccaria sob a ótica foucaultiana e sob a orientação de que sua construção carecia de propostas e aspectos técnicos – mesmo porque pretendia ser um libelo “em defesa do homem”. Ao contrário, a posterior aplicação de sua política-criminal careceu, contraditoriamente, da própria idéia base de “defesa do homem”. Seja como for, havia, sobretudo, a defesa do poder e a pretensão em preservá-lo.

A partir da distinção entre “poder” e “violência” feita por Hannah Arendt, questionarei, ainda no segundo capítulo, se a atribuição e execução das penas, a partir do

sistema penal iluminista e observado o *ius puniendi* estatal, são mesmo uma expressão do poder ou se constitui uma violência propriamente dita, mesmo que aplicada pelo Estado.

Por fim, questionarei se houve, após a publicação de “Dos delitos e das penas”, uma “humanitarização” das penas, se houve, talqualmente propunha Nibert Elias, uma evolução, um progresso natural e irresistível pelo qual o homem atravessa, ou se, ao lado de Michel Foucault, houve apenas a mudança do objeto sobre a pena a qual se destina – deixa o corpo e pesa sobre a alma. E, nesse sentido, comporia o projeto de uma “sociedade disciplinar”. Esta seria a crise da razão iluminista.

Já quanto à criminologia crítica, será figurante nesse palco de racionalidades opostas? Evidentemente que não. Como disse, não é somente o moderno direito penal que se levanta cheio de si e de princípios “humanitários”, mas soergue-se com ele todo um aparato, um sistema penal para que tudo que foi teorizado desça do mundo das idéias e possua vida secular e terrena, no mundo físico da materialidade. Assim, a criminologia crítica busca desvelar a ineficácia ou eficácia invertida do sistema penal, pois expõe uma contradição entre suas funções declaradas e suas funções latentes ou não declaradas, que impede o sistema penal de funcionar como um instrumento de proteção aos direitos. Longe disso, o sistema penal funciona como a principal forma de violação de direitos do homem. A única missão desse sistema seria realizar a hegemonia de uma determinada classe sobre outra mais débil. Isso se verifica através do seu funcionamento, que por meio da seletividade e estigmatização escolhe sua clientela penal.

Essa será a tônica do terceiro capítulo, que iniciará com a exposição de uma criminologia que se pautará por uma moderna concepção de ciências criminais. E seguiremos com a mudança paradigmática provocada e defendida pela criminologia crítica, é dizer, deixa-se de analisar o crime e o criminoso para a relevante análise dos processos de criminalização. Embora isso demonstre o funcionamento do sistema penal, não é tão simples, nem tão pacífico, pois a criminologia crítica se auto-afirma como crítica final e total do sistema penal, pois seria o ponto de superação desse sistema.

Apresentarei, ainda nesse capítulo, a distinção e a relação entre o “abolicionismo penal”, “minimalismo penal” e o “direito penal mínimo”, com o escopo de demonstrar que a oposição entre eles é puramente falaciosa, que apenas cuida em obnubilar o verdadeiro problema provocado pelo sistema penal, o desrespeito a direitos e garantias fundamentais. Tanto que a “seleção” e “estigmatização” são conceitos descobertos e encobertos, na

medida que a criminologia crítica passou a identificar o processo de criminalização como objeto de estudo da criminologia, a produzir não apenas o crime, mais também o criminoso. Isso, por sua vez, provoca uma abertura no sistema penal que permite construções teóricas, profundamente seletistas e estigmatizantes, como o “direito penal do inimigo”. É o “novo dilema” se o autor de crimes é um inimigo ou apenas um selecionado. É o velho dilema normativo que se renova entre a estabilização de expectativas e a função simbólica do sistema penal – “que descende do papel do sistema de justiça penal clássico na reprodução das diferenças sociais, isto é, na conservação da realidade social desigual”.²⁴

Mas, que quero com tudo isto? Qual o fio condutor da pesquisa que unirá Beccaria, Foucault e criminólogos críticos, além do uso ou pretensa utilização da racionalidade acerca de crimes e castigos? Sem dúvidas, o que todos nós até hoje procuramos: um filigrama de “humanismo” no sistema penal. Este não é o único argumento desta dissertação. Há mais: procurarei verificar se a racionalidade das idéias “humanitárias” de Beccaria estavam a serviço do poder de uma classe e de sua hegemonia; se essas idéias eram menos por motivação humanistas que pela verve utilitária; se o sistema penal, criatura dessa racionalidade criadora, não carrega em-si-mesmo qualquer “humanidade”, pois perpetua-se como agência penal da manutenção do poder, através da violência, que não se confunde com poder, mas integra um projeto da sociedade disciplinar, e não um processo civilizatório, pois esse não comporta mecanismos de seleção e estigmatização, na medida que esses perpetuam a exclusão de grandes parcelas de homens hipossuficientes.

Enfim, Luciano Oliveira, em tom de paródia a Michel Foucault²⁵, afirma que “Somos bem menos iluministas do que pensamos...”.²⁶ E nesta dissertação meu argumento encontra-se condensado nessa frase, pois pretendo questionar o “humanismo” das idéias iluministas, a partir de sua própria racionalidade. E, assim como Gabriel Ignácio Anitua, “creio que aqui farei criminologia, embora recorra para tal ao direito, à sociologia, à filosofia, à política e à história”²⁷.

²⁴ PAVARINI, Massimo. Da perda da pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma “procura”. In: **Ensaio criminológicos**. (org.) ZOMER, Ana Paula. Trad. Laurem Pauletti Stefanini. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 98.

²⁵ Disse Foucault: “Somos bem menos gregos do que pensamos”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 205.

²⁶ OLIVEIRA, Luciano. A “justiça de Cingapura” na “casa de Tobias”: Opinião dos alunos de direito do Recife sobre a pena de açoite para pichadores. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 14, n. 40, jun/99, pp. 53-61.

²⁷ ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. *Op. Cit.* p. 18.

1. IDÉIAS PENAIS: HISTÓRIA, BECCARIA E ALGUNS FUNDAMENTOS DO HUMANISMO E DO SISTEMA PENAL MODERNO

1.1. Marchas e contramarchas da historicidade das idéias penais

Estudar a história das idéias penais viabiliza um processo de tomada de consciência das mudanças ocorridas na modernização do direito penal que chega aos nossos dias. Deve-se aliar o desenvolvimento do direito penal às transformações sociais da história, pois ele não é fruto do acaso, senão determinado por grandezas intransponíveis: tempo e espaço.

Certamente, não se deve falar em continuidade histórica no direito penal. Isso, porque sua história é uma constante luta entre a negação e o reconhecimento da pessoa humana. A história que acreditamos conhecer não surgiu a um só golpe, ao contrário, sofreu as oscilações do tempo e do espaço. A compreender aqui suas marchas e contramarchas.²⁸ É nesse sentido que Pavarini relaciona tempo e cárcere: “Fixar o presente carcerário obriga a medir-se com uma imagem estática que pouco ou nada pode dizer, senão comunicar uma sensação dolorosa de um mal que parece não ter história”.²⁹ Além do mais, como adverte Aníbal Bruno³⁰, não há como negar a existência, mesmo que mínima, de períodos anteriores ao direito penal moderno, principalmente quando consideramos crime e pena.

Seria uma tentativa esdrúxula a de vivificar o passado com os olhos do presente, embora com o nobre objetivo de reconstruí-lo, de forma totalizante e com pretensões eternas, para um futuro glorioso do direito penal, sem excessos ou extravagâncias, eficiente, nunca moroso, objetivo na resposta (no corpo) e subjetivo no conceito (na alma), sem contradições entre seus princípios e normas. Tudo isto não só retira, como também desconsidera, por motivos temporais e espaciais, as variáveis impostas como limites para o

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

²⁹ PAVARINI, Massimo. Processos de recaracterização e novas teorias justificativas da pena. *Op. Cit.*, p. 127.

³⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo I, p. 53.

futuro, que são o próprio tempo e espaço.³¹ Sobrepor-se ao passado e impor-se ao futuro jamais será melhor opção que compreendê-los. Talvez, o que os historiadores do direito penal, criminólogos e humanistas de diversos ramos não possam perder de vista é “essa contemporaneidade com o amanhã dos que não tem ontem nem hoje”, como preocupava-se, em versos, Vinícius de Moraes, no poema “O haver”.

No século XVIII, o homem tornou-se objeto das preocupações da filosofia política. Um dos aspectos filosóficos desenvolvidos no período da ilustração era a preocupação com a quantidade e qualidade da pena infligida ao homem. Além do posterior questionamento sobre se era útil ou não. As idéias iluministas também buscaram construir uma alternativa ao direito penal vigente. Mais humanista? Talvez. Mas certamente mais útil e com uma finalidade política bem definida e clara. Portanto, ao historiar as origens do direito penal é fundamental considerar não a legislação criminal do século XVIII, mas, sobretudo, o seu conteúdo, isto é, a filosofia, que ao tornar-se ideologia, fundamentava as propostas de reforma no direito penal.

Mas estes pensamentos – ainda não-científicos – foram capazes de, “ao atrair a atenção do homem estudioso ao ordenamento jurídico-penal como objeto de preocupação, dar lugar à formação da ciência do direito penal”.³² Pois, “nenhum outro período na história do espírito europeu foi, até hoje, mais agitado de idéias, mais rico de tendências contrárias e mais revolucionário do que o século XVIII”.³³ É este pensamento reformador e liberal que salvaguardava as garantias individuais e que, posteriormente, se constituiu como “Escola Clássica”.

A característica comum das leis que vigiam em toda Europa durante o século XVIII poderiam ser resumidas assim: “desde um ângulo de justiça pura, era um direito gerador de desigualdades, carregado de privilégios que permitia julgar os homens considerando sua condição social”³⁴, o direito ainda excessivamente rigoroso e cruel, fundava-se sob os pilares da expansão moral e da intimidação coletiva.

³¹ Ao lado das limitações temporais e espaciais existem outras tantas enumeradas por Montesquieu como a relação das leis com o clima, com a geografia do terreno, os costumes e a maneira de um povo, com o comércio, com as revoluções, com o número de habitantes, com a religião e com a política externa. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. **Do espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

³² CANTERO, José A. Saínz. **La ciencia del derecho penal y su evolución**. Barcelona: Boch, 1970, p. 45.

³³ CABRAL DE MONCADA, L.. **Filosofia do direito e do estado**. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 195.

³⁴ CANTERO, José A. Saínz. **La ciencia del derecho penal y su evolución**. *Op. Cit.*, p. 46.

As ideologias, outra variável, relacionam-se estreitamente com o direito penal. Chegam mesmo a fundá-lo, pois a idéia de construir regras está umbilicalmente ligada à idéia de exercício do poder. Críticas positivas e negativas, legitimação e deslegitimação, garantismo ou antigarantismo, cidadão (amigo) ou inimigo... Formas intrínsecas de idéias penais, apenas possíveis, porque inscritas naquele tempo e espaço. Se as idéias possuem fundamento sociológico, biológico, funcional, disciplinar, civilizatório, entre outros, estas são as variáveis humanas, fruto de uma racionalidade, nem sempre humanista, mas que fazem do tempo e do espaço duas variáveis da própria humanidade.

É preferível ter sempre próximo a advertência de Voltaire, para quem as leis “não podem deixar de ressentir-se da fraqueza dos homens que as fizeram. Elas são variáveis como eles”.³⁵ Mas também sua obra para posteridade. Vejamos o que diz o encontro de três grandes historiadores do humanitarismo, pois é Edmund Wilson comentando sobre as influências de Giovanni Vico na obra de Jules Michelet:

‘mundo social é certamente obra do homem; e daí segue-se que se pode e deve encontrar os princípios desse mundo nas modificações da própria legislação humana’. E mais: ‘Os governos se adaptam necessariamente à natureza dos governados; são resultado mesmo dessa natureza’. É que Vico (...) lhe permitira apreender pela primeira vez o caráter orgânico da sociedade humana e a importância de reintegrar, através da história, as diversas forças e fatores que compõem a vida humana ³⁶

Dois grandes períodos marcam a história da evolução do direito penal, o terror e o humanitário ou liberal. Conforme qualquer manual, o primeiro se caracterizava pela total negligência com a humanização da repressão penal. Sobre estes dois períodos trago um breve excerto que ilustra bem a cisão entre o fanatismo que predominava no direito penal pré-liberal – esse todo indistinto composto pela Moral, Religião e Direito – e a racionalidade, pelo menos onde ela brilhou, nas idéias que fundamentam, até hoje, o que chamamos de direito penal moderno. E não seria mais emblemático que nos socorrer da ironia de Voltaire, para quem os tempos haviam mudado da seguinte forma: “que o que era bom outrora não era bom agora. O mundo continuava dividido entre quem acreditava na magia e quem mandava queimar quem acreditava. Até que pararam de queimar os feiticeiros, e eles desapareceram da face da terra”.³⁷

³⁵ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. Trad. Ivone Castilho Beneditti. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 7.

³⁶ WILSON, Edmund. **Rumo à estação Finlândia**: escritores e atores da história. Trad. Paulo Henrique Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 11.

³⁷ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.* p. 44.

De outra sorte, o período liberal funda a fase racionalista do direito penal. É com o estabelecimento da “humanização” das penas, e, principalmente, a busca por um fundamento legal para punir, que emerge propriamente o direito penal das luzes. A pena, por traduzir-se na forma mais violenta que o direito se utiliza, deve ser por isso mesmo a menos usual, a última *ratio*. Assim, a pena somente era usada quando o crime violava bens jurídicos extremamente importantes para a vida em sociedade.

O que importa é compreender que a pena também implica em um mal posterior ao crime à qualquer violação por parte do autor do crime. Para Francesco Carnelutti, “a pena, do mesmo modo que o delito, é um mal, ou em termos econômicos, um dano”³⁸.

A centralidade das preocupações penais com a pessoa humana, a constante procura pelo fundamento do direito de punir e da legitimidade da pena, são os elementos que formam, a um só tempo, o desejo e a necessidade de haver o direito penal como produto da racionalidade humana e da filosofia política, visto os horrores praticados aos homens, em nome de Divindades, Deuses, Deus, que caracterizaram as diversas sociedades em seus primeiros passos rumo ao “humanitarismo” da ilustração, como justificação, ou mesmo simples ausência de fundamento legal para punir, embora eles não sejam qualquer tipo de fundamento legal.

Tobias Barreto defendia a cientificidade do *jus puniendi* estatal da seguinte maneira: “O direito de punir é um conceito científico, isto é, uma fórmula, uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase quotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social”. E ainda em concórdia com Tobias, se há o direito de punir significa questionar “se a sociedade, empregando medidas repressivas contra o crime, procede de um modo racional e adaptado ao seu destino, se satisfaz assim uma necessidade que lhe é imposta pela mesma lei de sua existência”? E sigo balouçando a cabeça, afirmativamente, com outras palavras conclusivas à esta pergunta: “o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu próprio desenvolvimento”.³⁹ O que provoca dissenso

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. **O problema da pena**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 12.

³⁹ BARRETO, Tobias. Algumas Idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: **Menores e loucos**. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, pp. 128-129. Advirto que adaptei ao português corrente.

com Tobias é não equivaler racionalidade e necessidade, na medida em que o necessário se apresenta como única possibilidade e, diversamente, a racionalidade é produto crítico de uma ponderação entre desejar e resignar-se.

Sem dúvida, tanto o direito penal do terror quanto o liberal são profundamente humanos – pois construído por homens e, portanto, nada lhe é estranho, nem excessos nem amenidades – o que, todavia, não significa dotá-los de humanismo. Certamente a transformação de um (terror) no outro (liberal) segue as características da dialeticidade hegeliana, como uma forma do terror se perpetuar no iluminismo ou por não sabermos diferenciar “poder” e “violência”, que sempre estão presentes em qualquer filosofia política ou em qualquer política criminal. E onde mais se manifestar o poder, menos teremos violência, assim como também será verdadeira a afirmação inversa, de que onde mais se avistar a violência menos o poder será visível. Vejamos o que nos diz o ilustrado Marquês de Beccaria:

As paixões de um século são a base moral dos séculos futuros, que as paixões fortes, filhas do fanatismo e do entusiasmo, fracos e corroídos dirão assim, do tempo, que reduz todos os fenômenos físicos e morais ao equilíbrio, tomando pouco a pouco a pouco a prudência do século em um instrumento útil na mão do forte e do perspicaz. Deste modo, nasceram as obscuríssimas noções de honra e de virtude, que assim são porque se transmudam com as revoluções dos tempos que fazem sobreviver os nomes às coisas, se transmudam como os rios e com as montanhas que são bem próximas aos confins, não só da física, mas da moral geográfica.⁴⁰

A racionalidade penal nasce com a ilustração, inegavelmente. E essa razão traz consigo a idéia de um “progresso humano”, da capacidade da humanidade em auto-perfeiçãoar-se, e que as sociedades passam por fases sucessivas de desenvolvimento, e esta ilustração, assim como Vico, “imaginava a história como uma série de ciclos que se repetiam”.⁴¹ Será mesmo? Esta também é a idéia central de outros homens, nossos contemporâneos, não menos ilustrados, não menos iluministas, como Nobeit Elias e seu “processo civilizador” ou como Nietzsche e o “eterno retorno”.

Portanto, tomaremos como exemplo, e ponto de partida, a formação do Estado secular, pois a “construção racional do Estado avança *pari passu* com o processo de secularização da autoridade política e, em geral, da vida civil”. E mais, o Estado precisa ser

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Aléxis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 48-49.

⁴¹ WILSON, Edmund. **Rumo à estação Finlândia**. *Op. Cit.*, p. 13.

potente e autônomo ou não será nada. Tal potência e autonomia somente virão sob o estatuto da razão, uma vez que as “razões do Estado são, no final das contas, as razões da razão: a racionalização do Estado se converte na estatização da razão, e a teoria da razão de Estado se torna a outra face da teoria do Estado racional”.⁴²

Há, portanto, no Estado o bastante encontro entre tempo, espaço e idéias. É nesta convergência que surgem os princípios penais, nascedouro do direito penal moderno, símbolos da passagem do escuro penal das torturas e sofrimentos do corpo às mais iluminadas masmorras das almas. “O século prometia ser, desde o seu princípio, um século de críticos e de demolidores”.⁴³

1.2. Formação do Estado liberal: entre o terror e a ascensão da burguesia

Os testemunhos corporais conservados através do tempo, por meio de documentos oficiais, registros de pesquisadores e pelas máquinas-de-fazer-sofrer que sobreviveram aos seus torturados fazem parte da história da sanção penal primitiva, seu período mais sangrentos. Certamente, subtraiu mais vidas que todas as guerras juntas.⁴⁴ Os castigos desse período foram os mais aberrantes e cruéis possíveis e, portanto, mais susceptíveis em atingir a “sensibilidade humana” – a capacidade em se colocar e sentir a dor do outro – do que a própria guerra.

O crime, nas sociedades primitivas, é algo abstrato e materialmente só podemos puni-lo com “a destruição simbólica do crime”. Não importa quem será atingido pela pena, o agente verdadeiro, seu familiar ou outro qualquer, até mesmo um objeto poderia ser punido. “É a responsabilidade flutuante, em busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza que o crime contaminou”.⁴⁵

As sociedades primitivas não se caracterizavam por uma anomia ou ausência de normas em qualquer intensidade, apenas não conheciam o princípio da legalidade, o que não os impedia de possuírem normas escritas ou consuetudinárias que traduziam a severidade da punição, característica desse período. As normas e as penas variavam,

⁴² BOBBIO, Norberto. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. *Op. Cit.*, pp. 89 e 91.

⁴³ CABRAL DE MONCADA, L. **Filosofia do direito e do estado**. *Op. Cit.*, p. 198.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. *Op. Cit.*, p. 175.

⁴⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. *Op. Cit.*, p. 53.

obviamente, no tempo e no espaço, como reflexo da cultura de um povo e do seu estágio de desenvolvimento, quiçá civilizatório.

A história do direito penal e sua evolução “não possuem um significado absolutamente cronológico e sim cultural, revelando ou sendo ajustado ao nível ou grau de cultura de civilização de um povo”.⁴⁶

Característica talvez premente da sociedade primitiva foi o hibridismo entre Direito, Religião, Moral e Cultura. O enlace entre tais elementos era tamanho que, em verdade, não havia distinção entre um e outros. Total sincretismo. Como um todo indissociado. Esta é a característica comum ao período da “vingança penal” que compreende a “vingança divina”⁴⁷, a “vingança privada”⁴⁸ e a “vingança pública”.

Interessa, neste momento, a vingança pública, pois essa é o espelho do Estado. Surge com uma melhor organização social e com a presença do Estado assumindo o monopólio do poder-dever de manter a ordem e a segurança social. Primeiramente, esse tipo de vingança, que sempre manteve a relação entre o poder divino e o poder político, serviu para a manutenção do *status quo* e dos interesses do soberano.

Não eram unicamente os fortes vínculos com a superstição e a religião da sociedade primitiva que afastavam o Estado de uma racionalidade punitiva. Mas também, um sem número de práticas brutalizadas introjetadas como costume, onde inexistia o respeito pelo homem e por sua dignidade. Melhor, onde se colocava a sociedade como um bem superior em nome da qual tudo se justifica. Tanto que Voltaire escreve:

O teatro infernal foi iniciado na pequena cidade de Salen, como na capital da França por um sacerdote chamado Paris e por algumas convulsões. Tal energúmeno imaginou que todos os habitantes estavam possuídos pelo diabo, e disso convenceu todos. Metade do povoado acorrentou,

⁴⁶ ALVES, Roque de Brito. **Programa de direito penal**: Parte geral. Recife: FASA, 1986, p. 13.

⁴⁷ Significava a violação do tabu – o sagrado e o proibido – de caráter mágico ou religioso. A pena era imposta como reação social, e não uma mera vingança individual ao crime para afastar a ira divina sobre o agrupamento humano ao qual o infrator participava; de não retirar o poder protetor da divindade; de garantir a continuidade e o bem-estar dos habitantes da tribo. Por isso, o tabu deveria ser punido neste mundo. Tudo isto nos remete ao caráter sacramental da pena e sua função expiatória em ofertório à divindade. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 23.

⁴⁸ A vingança privada envolve desde o indivíduo isolado até seu grupo social. Este tipo de vingança é muito mais um ato de guerra que uma pena. (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. *Op. Cit.*, p. 56). Provocava batalhas sangrentas e, muitas vezes, a eliminação de grupos inteiros. Assim, para evitá-la, quando um membro do grupo cometia crime contra outro membro punia-se com o banimento ou “perda da paz”, era ausência de proteção social do grupo sobre aquele que cometia o crime, onde qualquer que o molestasse ou mate não sofreria sanção alguma. A Lei do Talião surgiu para evitar que as tribos se dizimassem. E seu princípio “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue” foi, nos limites de seu tempo, talvez, a primeira tentativa de humanização das penas e exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima.

exorcizou a outra (...); matou em meio a suplícios velhos, mulheres e crianças, para depois ser acorrentada, exorcizada, torturada e morta por sua vez: a província ficou deserta; foi preciso enviar-lhe nova população. Nada de mais incrível, nada de mais verdadeiro. Quando pensamos em todos os males que foram produzidos pelo fanatismo, sentimos vergonha de sermos humanos.⁴⁹

Sem dúvida, há momentos, ainda hoje, que a vergonha de Voltaire é a minha. Dessa forma, encarar o direito penal criticamente é reinventá-lo adequadamente às necessidades de liberdade e justiça do homem. Todavia, não há idéias que se perpetuem em sua verdade. A verdade plena de uma idéia é o indício de que ela não foi verdadeiramente criticada. Assim como são as idéias são os reinos. Não há Império que dure para sempre. O *Reich*, do nacional-socialismo, não durou 50 anos, ao contrário da propaganda de Joseph Goebbles: “O terceiro *Reich* durará mil anos”.

O Feudalismo ergueu-se das cinzas do Império Romano do Ocidente. E os Estado Absolutistas sucederam o modo de produção feudal. Este, bastante heterogêneo⁵⁰, respeitava as particularidades das regiões onde se instalava. Sim, regiões. Pois não haviam ainda os Estados-nacionais, seja enquanto concepção de unidade entre povo e nação seja como circunscrição territorial.

O direito penal romano desmantelou-se com a queda do Império Romano Ocidental, o que sobrou desse direito passou a ser aplicado pelo senhor feudal por meio de critérios arbitrários que culminavam na aplicação de penas cruéis. Ademais, foi na Idade Média que, embora não houvesse ainda um direito penal propriamente dito, surgiram os primeiros textos exclusivamente penais, bem como os primeiros penalistas, a exemplo de Beccaria.

O feudalismo não se caracteriza por mera oposição de interesses à monarquia, senão por uma tática utilizada pelo próprio monarca para permanecer no poder, mesmo que ele fizesse diversas concessões para mantê-lo. Exemplo disso é a aliança entre monarca e

⁴⁹ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.*, p. 40.

⁵⁰ Todavia é possível sistematizar algumas características recorríveis que possibilitam denominar aquele modo de produção como feudal: unidades economicamente autônomas e um feudo auto-suficiente; ausência de um cetro político forte; uma nobreza fundiária exercendo o domínio sobre o campesinato, onde ela se apropriava do excedente produzido; a sociedade feudal era basicamente agrária; seu modo de produção mantinha-se e reproduzia-se com o auxílio de instituições jurídicas como a servidão, onde o camponês não era escravo tampouco homem livre; o sistema feudal era escalonado, isto é, o senhor feudal era vassalo de um nobre e assim sucessivamente; o reino era a unidade de uma parte mais ampla e universal, o reino da cristandade. FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**: Fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 7 e ss.

burgueses, que findou na derrocada da nobreza feudal⁵¹, na emancipação das cidades e, principalmente, no surgimento da burguesia enquanto classe social economicamente relevante, pois seu papel político somente se consolidaria no Estado Liberal. Isso foi crucial para a sorte dos interesses da burguesia, pois os interesses na nobreza agrária eram, em tudo, opostos aos burgueses.

A característica originária dos burgueses é a posse de bens e meios de circulação, o que posteriormente, grosso modo, tornou-se meio de produção – elemento essencial do modo de produção capitalista. A tática da burguesia para ampliar sua força foi aglutinar camponeses egressos do feudo, que migraram para os centros urbanos, a formar as cidades. Mais tarde, esses mesmos camponeses lutaram ao lado da burguesia, um pouco por seus direitos naturais durante a Revolução Francesa, mas muito mais, e certamente, para não tornarem à condição de servos. Mas não estavam devidamente advertidos, nem podiam, do que realmente significaria a Revolução Francesa.

Vejo prontamente que se tratará de uma das mais vastas e mais perigosas revoluções que jamais terão surgido no mundo. Os que amanhã serão suas vítimas nada sabem dela. Acreditam que a transformação total e súbita de uma sociedade tão complicada e tão velha pode operar-se sem convulsões, por meio da razão e apenas por sua eficácia. Que infelizes! Esqueceram até aquela velha máxima de quatrocentos anos antes (...): ‘Por exigir franquia desmedida e liberdades, homem cai em servidão desmedida’.⁵²

As relações jurídicas feudais se baseavam no costume, na economia fechada e politicamente hierarquizada e descentralizada, além da jurisdição ser exercida pelo senhor feudal. Tal forma de direito era desvantajosa em uma sociedade em transição, porque para a burguesia, era o direito que deveria adequar-se à dinâmica econômica e social. Nesse sentido, a ascensão da burguesia “não acarretou nenhuma grande transformação específica no direito penal, todavia, é certo que influenciou com extremo vigor várias mudanças de conteúdo jurídico mais geral que afetaram a própria estrutura do feudalismo”⁵³.

⁵¹ Para compensar a aristocracia, o absolutismo lhe atribuiu alguns privilégios como julgar em última instância as questões locais. A aristocracia ocupou a maioria dos cargos públicos, o que desagradou bastante a burguesia. Outro benefício foi o foro privilegiado para a aristocracia e o clero, além da imunidade tributária concedida aos mesmos. Por outro lado, cabia à burguesia quase todo o peso do pagamento dos tributos para a manutenção da burocracia e máquina do Estado Absoluto, também o camponês livre-proprietário sofreu com tais tributos. (FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 31).

⁵² TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, p. 59.

⁵³ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 31

Entretanto, não se pode afirmar que no feudalismo o costume foi a única fonte do direito, posto que eram perceptíveis as influências do direito romano, a depender da região. E, como se buscava uma maior segurança nas relações mercantis, o direito romano tornou-se mais influente, pois ele possibilitava tal segurança. O “direito consuetudinário favorecia a manutenção das relações feudais, enquanto o direito romano, pelo menos nas mais altas cortes de justiça onde foi aplicado inicialmente, tendia a beneficiar a longo prazo a burguesia”⁵⁴. O direito romano ainda legou a racionalidade das provas, a magistratura profissional e, principalmente, a propriedade privada.

A Idade Média e o Monarca imprimem no direito penal as conseqüências do seu tempo, caracterizando-o pelo rigor das penas e a arbitrariedade em sua execução. Pois o crime ataca, além de bens vitais imediatos e de uma vítima imediata, a própria pessoa do soberano e sua vontade como tal, onde a força da lei e a força do Príncipe se confundem. Gradação das penas? Isto é para os que possuem meio-poder ou é meio-Príncipe. Aqui, o máximo era, sem dúvida, o mínimo, pois se protegia o poder do soberano. Portanto, a prática dos suplícios funcionava como um verdadeiro agente político, em que o soberano manda, direta ou indiretamente, executar os castigos, posto que é ele o maior atingido pelo crime. E, claro, o mais insignificante criminoso é, pelo menos em potencial, um regicida. Nesse sentido:

O que até então sustentava essa prática dos suplícios não era a economia do exemplo (...), mas a política do medo: tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a presença encolerizada do soberano. O suplício não restabelecia a justiça: reativava o poder. No século XVII, e ainda no começo do XVIII, ele não era, com todo o seu teatro de terror, o resíduo ainda não extinto de uma outra época. Suas crueldades, sua ostentação, a violência corporal, o jogo desmensurado de forças, o cerimonial cuidadoso, enfim todo o seu aparato se engrenava no funcionamento político da penalidade.⁵⁵

Voltaire colaciona exemplo de uma jovem de dezoito anos que havia subtraído de uma taberneira dezoito toalhas, porque esta não lhe havia pago o salário. A pena deste furto: enforcamento. Então, pergunta-se o pensador francês: “Qual é o efeito dessa lei desumana que põe assim na balança uma vida preciosa contra dezoito toalhas? O efeito é multiplicar os roubos”. Em seu modo de ver, não haveria mais patrão que ousasse acusar empregado de furto diante de tal pena. Limitar-se-ia, apenas, a expulsá-lo. Expulso, o

⁵⁴ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 15.

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, Nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 36ª ed., 2009, p. 49

empregado haveria de subtrair alhures, e, muitas vezes, findaria por transformar-se em ladrão por profissão. “E a lei o terá feito assim; ela é culpada de todos os seus crimes”. Por fim, pergunta-se Voltaire o porquê da lei ser tão severa e inabilmente desproporcional: “Será para reparar o prejuízo causado ao rei? Certamente é ele quem, no reino, menos empobrece se roubado. Será por se ver o delinqüente como um filho que roubou o pai? Um pai perdoaria. Será por ter o escravo roubado seu amo? Devo calar-me; teria coisas demais a dizer”.⁵⁶

Durante a Idade Média, o julgador era a síntese de todas as competências penais. Isto significava acusar, julgar, incriminar e apenar sem qualquer previsão legal, principalmente porque a mais utilizada “tipologia” penal era a conduta “lesa majestade”, que não possui uma definição penal certa e concreta, utilizar-se da tortura como meio processual de obtenção da verdade. Sublinhe-se que pena e tortura não eram sinônimos, por mais que os resultados fossem quase sempre os mesmos, a morte. Para Mommsen⁵⁷, “os sofrimentos impostos ao acusado para lhes arrancar confissões ou delações eram de tal sorte agudos, que a sentença condenatória terminava por ser desejada pelo imputado como verdadeira libertação – ainda quando se tratasse da pena capital”.

A ascensão da burguesia “apresenta, desde o seu nascedouro, uma enorme capacidade de moldar o conteúdo do direito e do sistema mediante o qual é aplicado aos seus interesses”,⁵⁸ e ainda calhou de ter toda a construção de uma filosofia política em sua defesa. Mas de fato, não possuía outro poder senão a força das moedas e dos bens. Assim, negociou seu apoio ao monarca, em troca da maior proteção ao patrimônio e o maior rigor aos crimes que lhe afetam. Por esse motivo, o patrimônio sempre foi defendido e hoje é o bem jurídico mais protegido.

A falência do feudalismo não é provocada pelo advento do Estado Monárquico absolutista. Melhor, o novo – Estado Monárquico – ainda não tem força suficiente para se impor, e o velho – Feudalismo – não consegue mais se manter sobre as mesmas bases. Por isso, ocorre uma aliança econômica entre o monarca e a burguesia, na forma de concessões mútuas, que servem, a um só tempo e no mesmo espaço, para o novo acumular força e para o velho postergar sua derrota final.

⁵⁶ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.*, p. 11.

⁵⁷ *Apud* BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. *Op. Cit.* p. 26.

⁵⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 16.

Exemplo frisante dessa etapa transitória em que conviviam o velho e o novo foi Hobbes, defensor da monárquica absolutista e totalitária, mas que em contrapartida “amava-se já a liberdade, sem dúvida, mas não havia ainda a coragem de a reclamar como o primeiro de todos os bens sociais; a liberdade era um *prius* teórico, mas não ainda um *prius* ético e político”.⁵⁹

O *ancien régime* era formado pela simbiose entre o novo e o velho. Foi o resultado do somatório entre a força política do monarca e a força econômica burguesa. A economia servia à política como sustentação. Tanta força junta e concentrada só poderia descambar em absolutismos penais. Penas crudelíssimas. Inexistência da proporcionalidade.

O Estado absoluto é fruto de uma pluralidade de interesses. Ademais, esse Estado representava a transição do Estado Feudal para o Estado Liberal-burguês. Isso explica porque, excepcionalmente, o poder político estava dissociado do poder econômico no Estado absoluto – mediador da luta de classe entre a nobreza feudal e a burguesia.

Ora, se é imperfeito falarmos em um único modelo feudal, maior é a impropriedade em mencionarmos um único tipo de monarquia absoluta, pois cada uma dessas representava a superação de uma formação social distinta, temporal e espacialmente, feudal ou não. Todavia, pode-se considerar o absolutismo francês como um modelo, pois era “a monarquia absoluta aristocrática mais poderosa, eminente e influente, em uma palavra, a mais clássica”,⁶⁰ além do que, foi contra ele que se ergueu a Revolução Francesa – a mãe das revoluções – capitaneada por aqueles que unicamente detinham o poder econômico e, obviamente, almejavam o poder político para consumir-se plenamente vitoriosos. Cabe, aqui, um parêntesis:

A Revolução Francesa não foi uma revolta propriamente popular. Tratou-se, sim, do momento em que o controle do poder estatal deslocou-se do rei e de seu séquito de nobres para a burguesia, ou seja, uma classe social eminentemente urbana (constituída nos “burgos”, ou cidadelas cercadas), que – montada na circulação de bens e prestação de serviços, num sistema econômico capitalista florescente – concentrou poder econômico e, por conseguinte, potencializou sua conversão em poder político.⁶¹

⁵⁹ CABRAL DE MONCADA, L.. **Filosofia do direito e do estado**. *Op. Cit.*, p. 199.

⁶⁰ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**. Europa 1789-1848. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Panchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 4ª ed. 1982, p. 41.

⁶¹ GUARAGNI, Paulo André. Da tutela penal de interesses individuais aos supraindividuais: dialogando com Beccaria. *In*: BUSATO, Paulo César. **Ler Beccaria hoje**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 42.

É claro que a ascensão da burguesia está relacionada com o surgimento do Estado-Nação absoluto, bem como com o desenvolvimento do capitalismo mercantilista, que reclamava um Estado que protegesse mais e mais a propriedade e o livre comércio. Disto decorre a “dupla-revolução” – é dizer, as revoluções industrial e iluminista – portanto não é exagero atribuir aos burgueses revolucionários franceses o que foi dito aos protagonistas da Revolução Industrial: “No geral, todavia, o dinheiro não só falava como governava. Tudo que os industriais precisavam para serem aceitos entre os governantes da sociedade era bastante dinheiro”.⁶² Lembremos, só há mercantilismo, como expressão do capitalismo, porque há centralidade de poder na pessoa do monarca. Tais condições serviram para o enriquecimento da burguesia em detrimento da nobreza agrária, embora essa fosse compensada, cada vez mais, com privilégios, maior participação no governo e designados como os principais servidores do monarca. Enfim, a modernização do Estado não era o desejo de uma só classe, mas uma composição de interesses:

Reciprocamente, as classes médias e instruídas e as empenhadas no progresso quase sempre buscavam o poderoso aparelho central de uma monarquia iluminada para levar a cabo suas esperanças. Um príncipe necessitava de uma classe média e de suas idéias para modernizar o seu Estado; uma classe média fraca necessitava de um príncipe para quebrar a resistência ao progresso, causada por arraigados interesses clericais e aristocráticos.⁶³

O direito, como forma de manutenção das relações sociais, foi amplamente utilizado pelo Estado absoluto com o vigor que se pretende para a defesa do Príncipe, que a burguesia tencionava e que o capitalismo exigia. Por outro lado, foi da negação do direito penal pré-liberal (feudal) que surgiu o direito penal moderno, que, querendo ou não, precisou acumular homens tanto quanto acumulou capitais, não pelo simples fato de utilizar o homem como braço de uma mais-valia, mas muito mais pela possibilidade de um lucro político e econômico que o controle das novas tecnologias insinuavam.

Se a decolagem econômica do Ocidente começou com os processos que permitiram a acumulação do capital, pode-se dizer, talvez, que os métodos para gerir a acumulação dos homens permitiram uma decolagem política em relação a formas de poder tradicionais, rituais, dispendiosas, violentas e que, logo caídas em desuso, foram substituídas por uma tecnologia minuciosa e calculada da sujeição. Na verdade os dois processos, acumulação de homens e acumulação de capital, não podem ser separados; não teria sido possível resolver o problema da acumulação de homens sem o crescimento de um aparelho de produção capaz ao mesmo tempo de mantê-lo e de utilizá-los; inversamente, as técnicas que

⁶² HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 48.

⁶³ HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 39.

tornam útil a multiplicidade cumulativa de homens aceleram o movimento de acumulação de capital.⁶⁴

A ideologia da centralidade do poder político fundamentava-se no direito divino. O monarca, representante e elo entre Deus e o povo, e seu reino, o maior templo “a serviço” de Deus, lhe permitiu, posteriormente, impor-se aos outros senhores feudais. Ora, se Deus é onipotente, onipresente e onisciente, não haveria contradição em considerarmos ilimitado os poderes do Rei estendido por todo seu reino, onde a verdade era a palavra de Deus dita pela boca do Rei. É fácil notar porque se dizia: “Eu sou o Estado”. Mas tanto fazia se fosse dito: “Eu sou Deus”. O problema é que o monarca não contou com o fator do poder econômico. Talvez nesse tempo e espaço – século XVIII na França – fosse insignificante para o poder da santa trindade, Deus, monarca e Estado. Certo é que esta questão deveria ser equalizada brevemente, pois os “deuses e os reis do passado eram impotentes diante dos homens de negócios e das máquinas a vapor do presente”.⁶⁵

É frisante o fato de que provocada a queda do edifício social do antigo regime pela Revolução Francesa, a centralidade do poder – a única coisa que muitos teimam em anunciar como uma conquista revolucionária – é na verdade um produto do próprio *ancien régime*, que sobreviveu à Revolução, não por essa não ter conseguido destruí-lo, mas “porque era a única que podia adaptar-se ao novo estado social que essa Revolução criou”; “porque ela própria era o começo dessa revolução e seu sinal”; “e a centralização encontrava tão facilmente seu lugar na sociedade que a revolução formara que facilmente se pôde tomá-la por uma de suas obras”.⁶⁶

O absolutismo promoveu o monopólio do Estado em criar o direito ou reconhecê-lo, e, até hoje, perdura tal identificação entre o Estado e o direito. Foi a concentração do poder político quem possibilitou tomar o direito das mãos de qualquer pessoa, desde que não autorizada pelo Estado para construir o direito ou efetivá-lo.

Lenta e gradualmente, o absolutismo monárquico inibiu a distribuição da justiça como expressão das relações feudais, isto é, o vínculo para julgar entre senhor feudal e vassalo cindiu-se, pois o soberano controlava as atividades legislativas e judiciárias. Assim, sob esta forma absoluta o monarca tornou-se o grande patrono de um pacto social

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 208.

⁶⁵ HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 69.

⁶⁶ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, pp. 40 e 69.

que objetivava a própria ordem e segurança do reino, e não mais a do senhor entre os senhores.

O que distinguia o direito penal feudal do direito penal absolutista não era a finalidade geral de regular condutas, mas a sua finalidade específica, porque o penalismo feudal era utilizado para manutenção das relações sociais feudais, um freio ao próprio desenvolvimento do capitalismo que ali dava seus primeiros passos, pois o direito preserva e reproduz a ordem política e social, e, com muito mais eficiência, o direito penal. Por outro lado, o direito penal absolutista visava assegurar ao Estado o cumprimento de suas tarefas de autoproteção e mobilização das forças produtivas a proteger a propriedade e possibilitar a expansão capitalista e, por isso, tornou-se necessário.

A ausência de proporcionalidade entre os delitos praticados e a execução da pena, o desconhecimento do princípio da legalidade como limite para a atuação criminosa e aplicação de pena são os mais relevantes exemplos do funcionamento do direito penal a serviço do Estado Absolutista, pois “onde a monarquia mostrou-se mais reacionária, o direito penal fez-se mais refratário a mudanças, o que demonstra a forte relação existente entre os campos da política e do direito”.⁶⁷ O verdadeiro caráter das penas era de vingança e intimidação. Sua finalidade preventiva geral reclamava penas cruéis para inibir o criminoso a voltar ao crime. Tudo com o feitiço de espetáculo. Tudo realizado despoticamente, como uma forma de governar através do medo e da despolitização dos seus cidadãos, do tratamento animalesco dispensado aos homens, como submetê-los à brutalidade policial, ao uso e abuso do poder desmedido e às leis caprichosamente desconhecidas.

O despotismo era tamanho que Voltaire nos lembra sobre o caso de um pai que, em tempos de fome, furtou alguns ornamentos de uma Igreja – um cálice, um cibório, um ostensório – pra poder alimentar sua família, tendo, por isso, que expurgar seu pecado a queimar na fogueira. E o pensador francês se faz os seguintes questionamentos:

se o culpado teve a intenção de cometer um ultraje contra Deus, se é possível ultrajá-lo, se Deus precisa de um cibório, se o ladrão sabia o que é um cibório, se esse cibório de prata dourada não estava abandonado por negligência, o que atenuaria o delito. O sacristão que criou essa lei terá pensado que um homem queimado vivo não pode mais arrepende-se e reparar a suas faltas?⁶⁸

⁶⁷ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 46.

⁶⁸ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.*, p. 12.

Não fosse Voltaire não saberia que é um cibório – vaso onde se guarda as hóstias ou partículas consagradas. Afora isso, o relevante concentra-se no fato de o emergente direito penal absolutista pôr em crise a concepção do direito como pecado, como fundamento religioso. O Estado deixa de reger-se em nome da Fé ou da Religião, e passa a conduzir-se em nome de si próprio.

Mais tarde, a queda do feudalismo, provocada pela Revolução Francesa, não foi homogênea. Respeitou as transformações sociais de cada região. Todavia, pode-se creditar às características essenciais do feudalismo a função reveladora dos caminhos percorridos pelos europeus para chegarem no século XIX com a efetiva possibilidade de consolidar o Estado e construir um direito penal moderno.

Em França, a transição do absolutismo para o liberalismo também possuiu seu tom radical, de ruptura entre burguesia e real aristocracia. Revolução Francesa: “O desenvolvimento do próprio capitalismo em contradição com o regime absolutista selou a sorte do Estado monárquico absoluto”.⁶⁹ Foi essa transição que deu cabo aos resquícios das relações feudais ainda existentes no absolutismo. Realmente, o que “de fato aboliu as relações agrárias feudais em toda a Europa Ocidental e Central foi a Revolução Francesa, por ação direta, reação ou exemplo, e a revolução de 1848”⁷⁰. Como já disse, o Estado liberal surge da conjugação entre os interesses da burguesia e da concentração de poder pelo monarca. Tudo isto fez a burguesia fortalecer-se como classe social.

A monarquia absoluta, apesar de teoricamente livre para fazer o que bem entendesse, na prática pertencia ao mundo que o iluminismo tinha batizado de *feudalité* ou feudalismo, termo mais tarde popularizado pela Revolução Francesa. Uma monarquia deste tipo pronta a usar todos os recursos disponíveis para fortalecer sua autoridade aumentar a renda tributável dentro de suas fronteiras e seu poderio fora delas, e isto bem poderia levá-la a fomentar o que de fato eram as forças da sociedade em ascensão.⁷¹

A verdadeira consequência da eclosão da revolução na França foi, sem dúvida a chamada “reação feudal”, pois: A monarquia absoluta, inteiramente aristocrática e até mesmo feudal no seu *ethos*, já tinha destituído os nobres de sua independência política e responsabilidade e reduzindo ao mínimo suas velhas instituições representativas, entretanto “as forças da mudança burguesa eram fortes demais para cair na inatividade. Elas

⁶⁹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 47.

⁷⁰ HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 40.

⁷¹ HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 39.

simplesmente transferiram suas esperanças de uma monarquia esclarecida para o povo ou a nação”.⁷²

Porém, não podemos reduzir os objetivos da Revolução Francesa, apenas, em mudar o governo antigo e, desta forma, abolir a forma de organização daquela sociedade. A “mãe das revoluções” pretendeu, simultaneamente, atacar “todos os poderes estabelecidos, demolir todas as influências reconhecidas, apagar as tradições, renovar os costumes e os usos e, por assim dizer, esvaziar o espírito humano de todas as idéias nas quais se havia fundamentado até então o respeito e a obediência”.⁷³ Mas há mais: desses escombros emerge um poder central imenso, uma nova potência.

Liberdade, igualdade e fraternidade são *slogans* do iluminismo, mas não tardaram a tornarem-se brados da Revolução Francesa. O reinado da liberdade individual anunciava a boa-nova, o progresso e a transformação do mundo através do signo da razão. Por isso, Edmund Wilson ao comentar sobre algumas passagens da obra de Jules Michelet – que afirmava ter a guerra, entre o homem e a natureza, nascido com o próprio mundo – dizia que “A história não é mais que o registro desse conflito interminável. O cristianismo dera ao mundo o evangelho moral; agora cabia à França pregar o evangelho social”.⁷⁴

Ainda embotada de uma certa religiosidade, e junto com Tocqueville, podemos afirmar que a Revolução Francesa tratou o homem desse mundo, assim como as religiões fazem com o homem do outro mundo, como um ser abstrato, apartado de todas as implicações pessoais relativas à sociedade, país ou época. Universal. E, portanto, não “indagou apenas qual era o direito particular do cidadão francês, mas quais eram os deveres e os direitos gerais dos homens em matéria política”. Ao fim ao cabo, tornou-se ela também uma nova religião “imperfeita, é verdade, sem Deus, sem culto e sem outra vida, mas que ainda assim, como o islamismo, inundou toda a Terra com seus soldados, apóstolos e mártires”.⁷⁵

Para a burguesia, o Estado ocupava o espaço da liberdade. Assim, o liberalismo voltou-se para limitação dos poderes do Estado e a conseqüente construção de um Estado mínimo. “O liberalismo econômico influenciou o conteúdo do direito liberal”.⁷⁶ A tarefa

⁷² HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 74.

⁷³ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, p. 12.

⁷⁴ WILSON, Edmund. **Rumo à estação Finlândia**. *Op. Cit.*, p. 14.

⁷⁵ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, p. 15 e 16.

⁷⁶ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 48.

do direito seria tão somente a de proteger os direitos individuais e abster-se do curso livre da economia. O liberalismo combinava o reconhecimento de direitos naturais com a igualdade de todos perante a lei, o que implicou na quebra de privilégios da aristocracia, e resultou no fato de que os súditos deram lugar aos cidadãos. A lei tornou-se fruto da vontade geral, produto da razão humana. Tudo isso, lembre-se, também era compatível com o regime da monarquia constitucional.

Segundo Hobsbawm, “o burguês liberal clássico de 1789 não era um democrata, mas sim um devoto do constitucionalismo, o Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários”.⁷⁷ Nasce com todas as revoluções os seus próprios demônios, tanto que a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, promulgada em 1798, em seu artigo 17, consagra a propriedade privada como um direito sagrado e inviolável. Ou na forma sintética e literária de Oscar Wilde, a “propriedade é um roubo”. Mas um roubo lícito, legal e legítimo. Para Locke, um dos ideólogos iluministas fundadores do Estado liberal, entre os direitos inalienáveis do homem estão, “antes de tudo: a propriedade privada, a vida e a segurança pessoal, o direito de resistência e a liberdade de consciência e de religião”⁷⁸.

Podemos falar qualquer coisa sobre o direito penal iluminista, menos que ele não era garantista. Muito pelo contrário, já é senso comum chamá-lo de garantidor. É preciso agora definir o que é essa garantia; definir que estrutura social se constrói ou se preserva a partir da utilização de um poder limitado.

Primeiramente, não resta dúvidas de que a sociedade política burguesa surge para preservar a propriedade privada. Para isto, o homem precisou ceder parcela da liberdade que possuía no estado de natureza, colocando-se voluntariamente sob o poder e soberania do Estado. É sobre o estatuto contratualista que a burguesia conseguiu preservar outras liberdades e alguns direitos contra o Estado, como a crença religiosa e a consciência.

Segundamente, o poder limitado ainda não havia definido a contento o que, posteriormente, viria a ser bem jurídico. Isso reflete uma função não tão nobre como encobrir a essencial função de manutenção do poder, do *status quo*. De um lado, segue o discurso de proteção do indivíduo contra os arbítrios do poder estatal, do outro, a realidade desautoriza tal discurso, pois essa proteção jamais se efetivou, restando, unicamente, seu

⁷⁷ HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 77.

⁷⁸ CABRAL DE MONCADA, L. **Filosofia do direito e do estado**. *Op. Cit.*, p. 214.

substrato retórico e simbólico. Da mesma forma, a função de censura, realidade que o sistema penal moderno cuida em não demonstrar, é apenas pressuposta, pois não atua mais como coação psicológica, senão como em um conjunto de respostas fictas que serve para acalmar o imaginário coletivo.

O que resta, então, para a pena criminal é apenas a retribuição, pois a coação psicológica, que tem por escopo evitar a prática de crimes futuros contra a propriedade privada sobrecarregada não funciona. Seja como for, o direito penal transformou-se num verdadeiro instrumento de proteção de bens jurídicos, mas não quaisquer bens jurídicos, senão os pertencentes a uma determinada classe social, a burguesia.

Os primeiros filósofos do direito penal moderno foram influenciados por Locke quanto à origem do direito de punir. Todavia, a tese do direito de punir é explicada por Montesquieu e pela separação dos poderes que, embora construída para a monarquia, adequou-se perfeitamente às Repúblicas e foi devidamente recepcionada pelo Estado liberal-burguês. Liberalismo não significa democracia. O governo que Locke propunha não era o da maioria, mas de poucos detentores dos meios de produção, a burguesia. Esta teoria adequou-se em absoluto aos interesses da burguesia.

É inegável que as concepções políticas de Locke encaixavam-se como uma luva às pretensões da burguesia por dar-lhes uma fundamentação filosófico-jurídica às liberdades individuais, ao mesmo tempo em que justificavam a necessidade da imposição de limites ao poder do Estado⁷⁹.

O Estado liberal-burguês necessitou, para que pudesse legitimar-se, que a burguesia apresentasse seus interesses como se fossem promotores de interesses universais e não de uma só classe. Por esse motivo, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” em nome de todos, em benefício da própria humanidade, pois em “teoria seu objetivo era libertar todos os seres humanos. Todas as ideologias humanistas, racionalistas e progressistas estão implícitas nele, e de fato surgiram dele”,⁸⁰ o Iluminismo.

Essa “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” falava, logo em seu primeiro artigo, na liberdade e igualdade de todos perante a lei: “Os homens nascem e vivem livres e iguais perante a lei”. Todavia, distinguia e excetuava liberdade e igualdade: o limite delas era sua utilidade política. É fácil ver que qualquer direito estava sempre acompanhado por um porém, um todavia. E seguia essa Declaração a afirmar que “todos os

⁷⁹ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 54.

⁸⁰ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 38.

cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração das leis, pessoalmente (porém; todavia) ou através de seus representantes”. Os direitos sempre careciam de muletas. Os direitos possuíam, melhor, acompanhavam as pessoas e suas classes. Havia classes de direitos e direitos de classe. Ainda hoje... enfim, deixemos o “futuro”. E esses eram todos burgueses. As liberdades não foram universalizadas e efetivadas na prática, pois estas também exigiam muletas, o requisito de possuírem a propriedade dos meios de produção. Faltava à maioria dos homens terem posses, serem burgueses. É neste sentido que Wilson cita e comenta a obra de Michelet:

‘O homem foi levado a moldar sua alma conforme sua situação material. Que coisa extraordinária! Agora temos a alma do pobre, a alma do rico, a alma do comerciante. (...) O homem parece não passar de acessório de sua posição’. E sua concepção de povo, que por vezes parece algo místico, no final das contas reduz-se a uma coisa aparentemente idêntica à humanidade: ‘O povo, em sua idéia mais elevada, é difícil de encontrar no povo. Quando o observo aqui e ali, o que vejo não é o povo em si, porém uma classe, uma forma parcial do povo, efêmera e deformada. A sua forma autêntica, na mais elevada potência, só se manifesta no homem de gênio; nele reside a grande alma’.⁸¹

E a lei, fetichizada pelos burgueses, servia apenas como limite ao arbítrio do governante e como garantidora das liberdades individuais, principalmente a propriedade. Logo, vê-se que aqueles que nada possuíam, senão sua força de trabalho, não foram regados pelo sangue derramado nos idos de 1789, pois “a Revolução liberal definitivamente não foi feita em seu favor, limitando-se o seu papel nas radicais transformações operadas pela burguesia a servir de massa de manobra para a vitória do liberalismo”⁸². Para Edmund Wilson, as diferenças ou igualdades não passaram de um momento:

Creio que em nenhum outro momento o coração do homem foi tão amplo e espaçoso – em nenhum outro momento as distinções de classe, fortuna e facção foram mais completamente esquecidas. Porém, foi apenas um momento; depois o refluxo dos velhos instintos e interesses em meio aos objetivos e esperanças do novo viria a ocasionar anos de confusão e desordem.⁸³

É-se verdade que a Revolução Francesa não foi capitaneada por um partido ou movimento organizado, tampouco por homens, líderes, munidos por um programa estruturado, como foram as revoluções do século XX. Também é verdade haver um

⁸¹ WILSON, Edmund. **Rumo à estação Finlândia**. *Op. Cit.*, p. 35.

⁸² FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 60.

⁸³ WILSON, Edmund. **Rumo à estação Finlândia**. *Op. Cit.*, p. 22.

“surpreendente consenso de idéias gerais entre um grupo social bastante coerente que deu ao movimento revolucionário uma unidade efetiva”.⁸⁴ Era o grupo da burguesia. Sua classe. Suas idéias: liberalismo clássico. Iluministas. Podemos, então, concluir acertadamente que foram os filósofos os responsáveis pela revolução. Mas o que foi de fato a Revolução Francesa? As idéias fundamentaram críticas, responderam a novos desejos e necessidades, uniu uma classe, mas, principalmente, empunhou armas. Foi o último vento que embalou Ulisses de volta para Ítaca

O que a Revolução Francesa foi menos que tudo é um acontecimento fortuito. Pegou o mundo de surpresa, é bem verdade, e entretanto era apenas o complemento do mais longo trabalho, o encerramento súbito e violento de uma obra na qual dez gerações de homens haviam trabalhado. Se não tivesse acontecido, o velho edifício social não teria deixado de cair em todo lugar, aqui mais cedo, ali mais tarde; apenas teria continuado a cair parte por parte em vez de desmoronar de um só vez. A Revolução conclui bruscamente, por um esforço convulsivo e doloroso, sem transição, sem precaução, sem complacência, o que teria se encerrado pouco a pouco por si mesmo ao longo do tempo. Essa foi sua obra.⁸⁵

Para o Iluminismo, é o estado da razão que deve conduzir a sociedade e não os costumes e tradições. “O direito penal moderno é decorrente da influência produzida pelo iluminismo em toda a Europa”.⁸⁶ Este movimento filosófico-político forneceu os argumentos necessários para a burguesia (terceiro Estado) combater os privilégios da nobreza (primeiro estado) e do clero francês (segundo estado) que colidiam com a concepção nacional da organização da sociedade.

As mesmas teorias abstratas e gerais, os mesmos sistemas completos que produziram a Revolução também geraram livros sobre o governo. Sempre o mesmo espírito original e originário que pretende criar novas instituições e constituições inteiras. A Revolução Francesa foi, em verdade, um “Espetáculo assustador! Pois o que é qualidade no escritor às vezes é vício no estadista e as mesmas coisas que freqüentemente levaram a escrever belos livros podem levar a grandes revoluções”.⁸⁷

A influência iluminista não causou uma extinção imediata ao direito penal absolutista, pois mesmo com o Estado liberal-burguês preservou-se o direito penal pré-liberal. Por outro lado, não se precisou esperar a revolução liberal para serem acolhidos certos aspectos do direito penal liberal. A própria monarquia absolutista começou a

⁸⁴ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 77.

⁸⁵ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, p. 24.

⁸⁶ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 63.

⁸⁷ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, pp. 162-163.

implementar muitas das propostas, e não tardou a ser conhecida como “esclarecida”. Basta lembrarmos que Voltaire menciona, reiteradamente, a contribuição que Frederico II havia dispensado às leis criminais da Prússia. Pois, “se, como os ingleses, eles (filósofos iluministas) pudessem, sem destruir suas antigas instituições, mudar-lhes gradualmente o espírito pela prática, talvez não imaginassem de tão bom grado outras totalmente novas (...) Parecia que fosse preciso tudo suportar ou tudo destruir na constituição do país”.⁸⁸

Mas o tempo da ilustração estava por acabar, “estava morrendo a partir do momento em que a burguesia francesa atingira seus objetivos sócio-econômicos”.⁸⁹ Várias formulações dos iluministas não pretendiam romper com a tradição absolutista, ao contrário, o Estado monárquico absoluto mostrou-se capaz de se compatibilizar com algumas teses iluministas, o que permitiu ao direito penal absoluto sofrer algumas modernizações parciais, atitude que traduz o chamado despotismo esclarecido, como já disse, que de tão anacrônico “permitia coexistir a idéia das luzes de que o século se vangloriava, com a realidade das fogueiras, onde se fazia perecer os hereges e as bruxas”⁹⁰.

Sob o despotismo esclarecido, a justiça penal deveria, então, ter um conteúdo racional, o que implicaria necessariamente em uma reavaliação dos fins e conteúdos do direito penal. Tal atitude permitiu a absorção de parte das teses expostas, por exemplo, por Beccaria em ‘Dos Delitos e das Penas’ (...) Mas os déspotas esclarecidos não precisaram aguardar por Beccaria para promover as suas reformas.⁹¹

Era o direito penal que ainda não havia sido limitado pelo princípio da legalidade. Sem feudos, o fim do direito penal era a preservação e continuidade da monarquia absolutista. Terror penal era sinônimo de temor em rebelar-se contra o regime, haja vista que o crime afrontava a própria pessoa do soberano.

O carrasco era o único elo entre o soberano e o povo; ordem e direito penal; crime e castigo; expiação e suplício. Para Aníbal Bruno, “Esses mesmos excessos iriam criar na consciência comum a exigência irreprimível da imediata reforma das lei penais”⁹². Por conseguinte, e com a razão na proa, foi Cesare de Bonesana, Marquês de Beccaria quem buscou, em certo momento, governar esse barco à deriva das penas, do direito e de seu humanismo. Em meio às turbulências, surge, como nos disse um qualquer personagem

⁸⁸ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, pp. 156-157.

⁸⁹ WILSON, Edmund. **Rumo à estação Finlândia**. *Op. Cit.*, pp. 28 e 44.

⁹⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Curso de derecho penal**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1963, Tomo I, p. 46

⁹¹ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 67.

⁹² BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. *Op. Cit.*, p. 76.

machadiano de “O Alienista” sobre Simão Bacamarte: ele é a “Bastilha da razão humana!”. Pois, a “humanidade” de Beccaria pode ser a derrubada dessa bastilha da razão humana! Sem mais esperar, os próximos dois pontos versarão sobre o Marquês de Beccaria. O primeiro sobre os fundamentos iluministas que o influenciaram, o seguinte sobre algumas repercussões do iluminismo no direito penal.

1.3. Marquês de Beccaria, a tomada da “Bastilha da razão humana!”?

Muitos foram os suplícios e as súplicas nos séculos que antecederam as luzes. Todavia, o momento político do século XVIII era favorável às novas idéias que vicejavam e que propunham uma nova tecnologia de punir. O iluminismo não apenas foi uma escola filosófica senão um estado de espírito crítico e racional que se materializou nesse século, e suas idéias possuíam um caráter eminentemente revolucionário.

É mais correto chamarmos o iluminismo de ideologia revolucionária, apesar da cautela e moderação política de muitos de seus expoentes continentais (...) Pois o iluminismo implicava a abolição da ordem política social vigente na maior parte da Europa. Era demais esperar que os *ancien règimes* se abolissem voluntariamente. Ao contrário, como vimos, em alguns aspectos eles estavam se fortalecendo contra o avanço das novas forças econômicas e sociais. E suas fortalezas eram as próprias monarquias em que os iluministas moderados depositavam sua fé.⁹³

Em tempos de ilustração, não tardou para o surgimento de um catalisador desse belo horizonte. Em 1764, o Marquês de Beccaria, publica o seu célebre opúsculo “Dos delitos e das penas”, que mudou a história do direito penal. Mas nele não havia novidades, havia a tradução das idéias iluministas para o âmbito do direito penal. Uma sistematização que, mesmo incipiente, foi capaz de levar a boa-nova para os da feira, para os intelectuais e para os práticos do direito. Muitos entenderam a necessidade de um direito penal orientado pela dignidade humana e por um certo “humanismo”. Era preciso abandonar o patíbulo. Afinal de contas, “apesar de tudo, é possível abster-se de matar homens”!⁹⁴

A obra de Beccaria não era o produto original e individualmente racionalizado de uma mente genial. Era sim o vetor que confluía as idéias de todo um movimento que se

⁹³ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 38.

⁹⁴ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.*, p. 16.

concretizaram pelo punho e pela pena do Marquês. Para Cantero, o livro do napolitano “não é um livro de direito, é um livro de guerra”.⁹⁵

O pensamento iluminista destaca-se na reforma do direito penal vigente nas legislações européias. Não somente o Marquês produziu críticas à legislação penal vigente ao seu tempo, mas também iluminados como Voltaire, Montesquieu, Hobbes, Locke e Rousseau. Desses, Beccaria herdou o contrato social, “o Evangelho da Revolução Francesa”⁹⁶, princípio basilar da ilustração, e o conceito sobre o qual suas principais idéias se espelham e se desdobram, como o utilitarismo das penas, elemento que percorrerá toda sua obra. Mas, criminologicamente, o que significava aderir ao contrato social? Talvez a manifestação do espírito liberal que acompanhou as filosofias dos mais diversos iluministas, que agora eram traduzidas para o direito penal. Mas, certamente, o fundamento teórico para a salvaguarda da burguesia e o controle social amparado pela utilidade.

Historicamente a teoria do contrato social pode considerar-se um marco ideológico para a proteção da burguesia que surgia, em especial da ingerência feudal. Isto é assim, porque a teoria do contrato social – por sobre todas as coisas – insistia em recompensar a atividade virtuosa e em castigar a viciada. Assinalavam-se características positivas e negativas às diferentes ordens de comportamento segundo sua utilidade para uma nova sociedade fundada na propriedade privada.⁹⁷

O contrato social é aquele pelo qual “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”.⁹⁸ A desobediência à vontade geral justifica o corpo social constranger o indivíduo a obedecê-la. É nesse sentido que o homem, ao pactuar, abre mão de sua liberdade natural em nome da liberdade civil; substitui o direito ilimitado sobre tudo que deseja e possa adquirir, pela propriedade de tudo o que já possui. Mas, violado o pacto social, o homem retorna aos seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural. Pois, “chega um momento em que o homem verifica que é preciso, no seu próprio interesse, renunciar a uma parte de sua liberdade natural, ou mesmo a toda ela, para conseguir uma outra espécie de liberdade e sobretudo uma maior segurança”.⁹⁹

⁹⁵ CANTERO, José A. Saínz. **La ciencia del derecho penal y su evolución**. *Op. Cit.*, p. 52.

⁹⁶ CABRAL DE MONCADA, L.. **Filosofia do direito e do estado**. *Op. Cit.*, p. 228.

⁹⁷ TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock. Trad. Adolfo Crosa. **La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada**. Buenos Aires: Amorrortu, 2007, p. 21.

⁹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 22 e 21.

⁹⁹ CABRAL DE MONCADA, L.. **Filosofia do direito e do estado**. *Op. Cit.*, p. 230.

Embora essa seja a essência do contrato social, é preciso advertir, espaldado em Rousseau, que a liberdade natural apenas se pode renunciar em parcelas. A renúncia total atingiria direitos fundados na natureza e, por conseguinte, comprometeria a própria qualidade de homem. Não podemos afirmar jamais que, ao adquirir a liberdade civil, o indivíduo possui mais liberdade do que tinha quando sua liberdade era natural. Como afirma Freud, a “liberdade do indivíduo não constitui um dom da civilização”, ela era maior e anterior a essa civilização que, em verdade, é quem impõe restrições a ela, é assim que o homem civilizado troca uma “parcela de suas possibilidades de felicidade por uma parcela de segurança”.¹⁰⁰

Beccaria não foi apenas um tributário do contratualismo. As idéias luminares devem à Beccaria a consagração de, pelo menos, dois grandes méritos. A primeira, a popularização das críticas, o que fez gerar uma demanda por direitos e reivindicações políticas de reformas. Dessa feita, as idéias iluministas transcenderam o ambiente intelectual e acadêmico. Outro mérito, a propositura de um direito penal positivo como objeto de estudo. Esse foi o produto de sua racionalidade, que se apartava de leis divinas, naturais e universais.

Os três tipos de leis que Beccaria julga haver estão em harmonia, todavia, como as duas primeiras (lei divina e lei natural) são perenes e imodificáveis, além de superiores às leis positivas, as quais são modificáveis pela razão humana. Essa última é relativamente independente das leis divinas e naturais, e, por isso, constituem-se como objeto do seu estudo, pois os defeitos das leis positivas impediriam-na de adequar-se ao direito natural perfeito, imutável e constante. O direito positivo pode exigir do homem algo que não foi prescrito pelo direito natural.¹⁰¹ Ou melhor, como sintetiza Voltaire, “a moral é uma só, vem de Deus; os dogmas são diferentes, vem de nós”.¹⁰²

Há, ainda, nas idéias Iluministas traduzidas para o direito penal por Beccaria, uma bastante separação entre o poder político e o religioso, este alicerçado no poder divino. Sem deixar de reconhecer a forte influência jusnaturalista de sua obra, podemos afirmar que o contratualismo se sobrepõe, em Beccaria, ao instintivo direito natural.

¹⁰⁰ FREUD, Sigmund. **Mal-estar na civilização**. Trad. Jotávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1969, vol. XXI, pp. 116 e 137.

¹⁰¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 35.

¹⁰² VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.*, p. 2.

As leis são condições com as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de desfrutar uma liberdade tributada inútil pela incerteza de conservá-la. Aqueles que sacrificam uma parte da liberdade para desfrutarem o restante com segurança e tranqüilidade.¹⁰³

O indivíduo não era apenas o foco das preocupações de Beccaria, mas sobre seus ombros – como Atlas – depositava-se a única condição de possibilidade em superar o estado de natureza. Esta era a responsabilidade do indivíduo e não de uma classe social. Seu próximo obstáculo seria superar a própria forma absolutista de estado, esta era a responsabilidade de uma classe e não do indivíduo.

Essa visão notadamente individualista espelha as aspirações burguesas de classe, e o anúncio de argumentos jurídico-filosóficos como fundamento para construção de uma ideologia universal, teoricamente aplicável a todos. Lembremos a seguinte advertência de que seria “impossível entender o alcance político de suas teses sem perceber que o seu fundamento radica no fato de que os homens pactuaram nas condições do contrato social nos moldes lockeanos”,¹⁰⁴ digo, individualista.

Aderir ao contrato social significa não apenas aceitar a imposição de limites ao Estado quanto ao seu poder de punir, isto é, somente as leis podem definir o que é delito e fixar qual sua respectiva pena. Ladeia a esta consequência outra, também derivada do contratualismo social e do fundamento da igualdade entre os homens, a necessidade da punição, seja à autodefesa do Estado, seja à preservação dos direitos individuais. Ou isso ou então este governo será tirânico. Assim como qualquer outra forma de contrato, o contrato social obriga as duas partes, e esta “obrigação que desce do trono até o campo, que deixa iguais o maior e o menor dentre os homens, não significa outra coisa senão que é interesse de todos que os pactos úteis ao maior número sejam observados. A violação, ainda que de um só, começa a autorizar a anarquia”.¹⁰⁵

“Dos delitos e das penas” foi um duro golpe contra o arbítrio do *jus puniendi* estatal. Fundado no contrato social, as idéias dos penalistas herdeiros do iluminismo, principalmente, do Marquês de Beccaria, fizeram derivar três consequências fundantes do que, posteriormente, viria a se tornar os elementos de unidade da dita “Escola Clássica”: separação dos poderes; princípio da legalidade; e utilidade do castigo.

¹⁰³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 41.

¹⁰⁴ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 74.

¹⁰⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 42.

Montesquieu defende a doutrina da separação de poderes, onde o poder uno e indiviso é exercido através de três distintas funções: legislativa; executiva; e judiciária. Tese aceita e seguida por Beccaria. Logo, o direito de punir deve ser exercido com exclusividade pelo poder judiciário, pois tal poder pertence ao Estado e não ao indivíduo. Some-se a isto que a atribuição de julgar deve ser exercida com independência e imparcialidade, o que impede o arbítrio do Estado em prejuízo do indivíduo.

Beccaria, ainda por influência de Montesquieu, afirmou que unicamente o legislador poderá criar o direito, jamais o juiz. Este aplica a lei sem desenvolver qualquer atividade interpretativa, senão de forma meramente silogística. Ora, para o Marquês, a interpretação é uma fonte inesgotável de injustiças, tanto que “os mesmos delitos punidos diferentemente em épocas diferentes, pelo mesmo tribunal, por este ter consultado não a voz imutável e consoante da lei, mas a errante instabilidade das interpretações”.¹⁰⁶ O juiz se limita a realizar um silogismo no caso concreto, onde a premissa maior é a lei, a menor é o fato e a conclusão é a condenação ou absolvição do acusado. Fora disso, reinaria a incerteza e o arbítrio.

A igualdade unicamente formal de todos ante a lei penal não é suficiente para solucionar o problema da arbitrariedade do juízo penal. Rousseau assevera haver uma desigualdade material, onde pululam privilégios que alguns gozam – por serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos – em detrimento de outros. Fato é que essa desigualdade emerge de uma convenção a ser estabelecida ou, pelo menos, de uma autorização ou consentimento dos homens. Mas de que trata, afinal, esse “Discurso” de Rousseau?

De apontar, no progresso das coisas, o momento em que, sucedendo o direito à violência, a natureza foi submetida à lei; de explicar por qual encadeamento de prodígios o forte pôde resolver-se a servir o fraco e o povo a comprar uma tranqüilidade imaginária pelo preço de uma felicidade real.¹⁰⁷

A questão da igualdade é formulada de maneira mais liberal por Beccaria que por Montesquieu. Embora este tenha afirmado que “todos os homens são iguais no governo republicano; são também iguais no governo despótico: no primeiro, por serem tudo; no segundo, por serem nada”. Nesse trecho apenas podemos ver uma igualdade formal, bem

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 44.

¹⁰⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 160.

como um profundo comprometimento do francês com a aristocracia e não com a ruptura ao modelo feudal, tanto que ao falar sobre o conflito entre privilégios concedidos, mesmo que por lei, e a liberdade, Montesquieu declara: “A prática dos povos mais livres que já existiram sobre a terra faz-me acreditar que existem casos em que é mister, por certo tempo, colocar um véu sobre a liberdade, tal como se esconde a estátua dos deuses”.¹⁰⁸

Já Beccaria, embora tivesse origem aristocrática, defendia outros interesses, como já foi dito, o da burguesia e, conseqüentemente, a ruptura com o mundo feudal. Todavia, seu discurso centrava-se menos na proteção do indivíduo, ao passo que sobrelevava a proteção do Estado ou sociedade. Esta é uma contradição que refletia a transição que o próprio mundo atravessava. Paradoxo que se constituiu como “ideologia da defesa social”, preservada até hoje.

Ante a “pluralidade de instâncias que se interpõem entre a formulação abstrata da lei e a sua aplicação concreta, capazes de provocar refrações e de introduzir coeficientes de variabilidade”,¹⁰⁹ isto só não chega a ser ingênuo porque representam de um lado as contradições históricas recorrentes em qualquer período de transição e, por outro, por representar, nitidamente, os interesses de uma classe que buscava universalizar suas idéias para conseguir, na prática, vencer a guerra contra a monarquia absolutista e proteger seu bem maior, o patrimônio. Embora houvesse, e isso não se pode negar uma tutela sobre os bens jurídicos individuais, não apenas Beccaria, mas todas as idéias do século XVIII e no decorrer do século XIX, defendiam, sobretudo, o patrimônio, pois este era a manifestação do interesse hegemônico burguês. “O Estado representava o direito público, cuja existência servia à burguesia e seus interesses privados. Quando o direito penal protegia os interesses públicos, protegia o Estado enquanto instrumento de poder burguês”.¹¹⁰

Importava-lhe unicamente a não aplicação da pena como expressão de um privilégio de classe. Esta é sua visão liberal-burguesa. O que não lhe importava era a desigualdade em si, bastante verificada entre os homens, ou talvez imanente a eles, na medida que o século XVIII concebia o homem pelo que possuía e não pela sua qualidade

¹⁰⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. *Op. Cit.*, pp. 83 e 179.

¹⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 9.

¹¹⁰ GUARAGNI, Paulo André. Da tutela penal de interesses individuais (...) *Op. Cit.*, p. 48.

de homem, mesmo que nessa desigualdade, para Rousseau, houvesse “mais diferença entre um homem e outro de que entre um homem e um animal”.¹¹¹

Em teoria, o princípio da igualdade subordina todos, independente de condição social, a mesma e única lei. Sublinhe-se que nas idéias beccarianas a igualdade era fundada em Locke e não em Rousseau, para quem radicalizava o sentido e afirmava só haver a igualdade se material.

A igualdade moderna criou condições para implantar um aparato jurídico capaz de implementar a igualdade formal, a qual se constitui em um dos grandes problemas da violência dos tempos atuais que se revela na transgressão do contrato social, das distinções fundamentais em que assenta desvelando a imponência do aparato jurídico.¹¹²

Todavia, a desigualdade já povoa tanto o imaginário popular quanto a realidade da justiça penal, fundado no privilégio das relações, do parentesco etc. Há uma promiscuidade nas relações fundadas nesses termos. “Num certo sentido, estou dizendo uma banalidade. Quem, afinal, ainda não está consciente da enorme distância que existe entre a lei e a realidade entre nós? Quem, ademais, não é um crítico acerbo desse estado de coisas?”.¹¹³

A igualdade formal, então, exigia a edição de leis claras em seus conteúdos, para evitar o arbítrio judicial, pois a obscuridade abriria espaço para a interpretação judicial arbitrária como era no direito penal pré-liberal do terror, mas que não deveria sê-lo no direito penal moderno nascido com Beccaria. A universalidade dos homens precisava compreender as leis e, para isso, quanto maior o “número daqueles que entenderem e lançarem mão de um sacro código de leis, tanto menos freqüentes serão os delitos, porque não há dúvida de que a ignorância e a incerteza das penas ajudam a eloqüência das paixões”.¹¹⁴

Leis claras reclamam um número reduzido de leis, pois sua abundância é sinônimo de obscuridade. Ser simples sem ser simplória; ser clara sem ser omissa ou frágil; são os pressupostos da utilidade social das leis. Sua obscuridade, prolixidade e impenetrabilidade estão ao serviço, unicamente, da “felicidade de poucos”, não serve para toda sociedade. A

¹¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem** (...) *Op. Cit.*, p. 173.

¹¹² GAUER, Ruth M. Chittó. Violência e legalidade. *In: Princípio da legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 146.

¹¹³ OLIVEIRA, Luciano. A lei é o que o Senhor Major quiser! Algumas achegas sociológicas ao princípio da legalidade no Brasil. *In: Princípio da legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 122.

¹¹⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, pp. 45-46.

“felicidade da maioria” depende, sobretudo, de se evitar a edição de leis inúteis. Para Beccaria haveria apenas uma sistematização – codificação – de leis limpas, inteligíveis e aplicáveis, as leis precisam, ainda, ser mais humanas e espelhar uma proporcionalidade entre o crime e o castigo.

A felicidade para o Marquês seria dependente da moderação não só dos homens, mas também de seus anseios, de suas reivindicações e da legislação como um todo. Todavia, para Sigmund Freud, é em sentido oposto que se encontrará não só a felicidade como também a frustração:

Não admira que, sob a pressão de todas essas possibilidades de sofrimento, os homens se tenham acostumado a moderar suas reivindicações de felicidade – tal como, na verdade, o próprio princípio do prazer, sob a influência do mundo externo, se transformou no mais modesto princípio da realidade –, que um homem pense ser ele próprio feliz, simplesmente porque escapou à infelicidade ou sobreviveu ao sofrimento, e que, em geral, a tarefa de evitar o sofrimento coloque a obter prazer em segundo plano.¹¹⁵

Importante acontecimento para as idéias reformistas foi a tendência, que se seguiu por toda Europa, em codificar as leis, a partir do início do século XVIII. Não tardou para que o conteúdo ideológico dos reformadores encontrasse forma nos códigos penais, ao contrário do que ocorria com a legislação criminal do *ancien régime*, vez que esse se pautava pela anarquia e heterogeneidade das leis, o que atentava contra a segurança jurídica e a necessária certeza do direito. Cantero, ao referir-se sobre os reformadores-codificadores, afirmou que eles “fixaram os princípios liberais que constituem as linhas mestras das leis penais que hoje nos regem”.¹¹⁶

Aos que couberam a tarefa de codificar as leis as idéias reformistas já se encontravam bem assentadas, o que proporcionou o estabelecimento de garantias individuais. “No começo do século, as bruxas ainda eram queimadas, no final, os governos do iluminismo, como o austríaco, já tinham abolido não só a tortura judicial, mas também a escravidão”.¹¹⁷ O fenômeno codificador se inicia depois da Revolução Francesa e se espalha por todo século XIX.

Surgem com Beccaria, os rudimentos do princípio da reserva legal. Todavia, a fundamentação dogmática da legalidade só se deu com Anselm von Feuerbach (1801) ao

¹¹⁵ FREUD, Sigmund. **Mal-estar na civilização**. *Op. Cit.*, p. 95.

¹¹⁶ CANTERO, José A. Saínz. **La ciencia del derecho penal y su evolución**. *Op. Cit.*, p. 60.

¹¹⁷ HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. *Op. Cit.*, p. 38.

condensar as três formas latinas parciais do que mais tarde seria o “princípio da legalidade” (*nulla poena sine lege; nulla poena sine crimen; nullum crimen sine lege*) em uma única fórmula: *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Podemos dizer, então, que a legalidade dos delitos e das penas é a consequência da separação de poderes e do contrato social. O princípio da legalidade tornou-se um dos fundamentos do direito penal moderno. É ele quem possibilita, a um só tempo, que todos respondam pelas mesmas leis independentemente de sua posição social, e que a pena seja proporcional ao crime, que a norma penal não retroaja, proibindo-se, ainda, a analogia no direito penal. Pai dos princípios, a legalidade também faz surgir o princípio da igualdade, em que, se o radicalizarmos, identificaremos, assim como o fez Rousseau, que a distribuição desigual da propriedade é o fundamento para as demais desigualdades, seja ante a lei ou não. Sobre este aspecto, não se vê um átomo na obra de Beccaria.

Se ele não chega a assumir a posição nitidamente aristocrática de Montesquieu, também está longe de Rousseau que mostra-se um defensor radical do princípio da igualdade e, inclusive, logra perceber que a distribuição da propriedade encontra-se na raiz das desigualdades sociais, algo jamais cogitado por Beccaria em toda a sua obra.¹¹⁸

Há, nas idéias beccarianas, uma espécie de “ambiguidade ideológica”¹¹⁹, um paradoxo mesmo, ao tentar compatibilizar a concórdia entre os cidadãos no estabelecimento dos valores fundamentais, visto suas individuais adesões ao contrato social. Portanto, a um consenso geral precede uma igualdade de interesses. Até aqui nada novo. O problema surge quando ele tenta compatibilizar consensos com uma real desigualdade de interesses. Ou o princípio da igualdade é radicalizado, em Rousseau, ou esta igualdade é uma ficção jurídica a por nas sombras os interesses de uma classe hegemônica.

Ao acolher o princípio da legalidade o direito penal passou a respeitar a dignidade da pessoa humana, além de romper com o terror. E reconhece que o *jus puniendi* não é um poder absoluto, onde a lei impõe os limites do não-arbitrário e do não-cruel. Portanto, hoje, os conceitos de direito penal e de princípio da legalidade estão vinculados, a proteger o homem das ações lesivas aos seus bens jurídicos tutelados e a proteger o homem do próprio direito penal.

¹¹⁸ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 91.

¹¹⁹ TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock. **La nueva criminología**. *Op. Cit.*, p. 8 e ss.

1.4. Utilitarismo: uma outra versão para o humanismo

1.4.1. Entre a utilidade do humanismo e o humanismo utilitário

O utilitarismo é uma idéia-força que percorre toda obra de Beccaria, é também o seu fundamento do direito de punir. Quero dizer com isso que é do utilitarismo que decorrem as grandes contribuições do napolitano para a construção de um direito penal moderno. Juntam-se, portanto, à finalidade da pena, a proporcionalidade entre pena e delito e, transversalmente aos dois, o seu humanismo.

Foi preciso “aliar o que o direito permite ao que o interesse prescreve, a fim de que a justiça e a utilidade não se encontrem divididas”.¹²⁰ O Marquês fundamentava a origem da pena e do direito de punir no contrato social, isto é, na necessidade dos homens em ceder parte de sua liberdade individual para que eles próprios sejam protegidos. O homem cede uma parte suficiente de sua liberdade, pois tudo que excede a esta proporção é abuso e não justiça; é fato e não direito.

Beccaria procurou fundamentar a legitimidade do direito de punir, bem como definir os critérios da sua utilidade, a partir do postulado do contrato social. Serão ilegítimas todas as penas que não revelam da salvaguarda do contrato social e inúteis todas as que não seja adequadas a obviar às suas violações futuras, em particular as que se revelem ineficazes do ponto de vista da prevenção geral.¹²¹

Formalmente, utilidade é tudo aquilo que é necessário para a realização de um determinado fim. Essa é uma concepção pré-liberal, e despreocupada com o conteúdo da finalidade. Logo, este não é o utilitarismo de Beccaria, pois “se assim fosse, o direito em todas as épocas seria útil na medida que estaria voltado para a consecução de determinadas finalidades, justas ou injustas, adequadas ou não aos interesses dos indivíduos reunidos em sociedade”.¹²²

Nesse ponto é fundamental destacar alguns posicionamentos divergentes, como o de Luiz Luisi. Para o professor gaúcho, a utilidade na obra do napolitano é um princípio “obrigatoriamente referencial e relativo”. Esta relatividade estaria condicionada e

¹²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. *Op. Cit.*, p. 7.

¹²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. *Op. Cit.*, p. 8.

¹²² FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 74.

dependente de um fim – o que parece óbvio – e qualificaria-se como útil ou inútil pela sua potência idônea para realizar o objetivo final.¹²³

Para Luisi, o uso de uma utilidade que almeja a realização da felicidade da maioria não possui força suficiente para “embasar as teses básicas da penalística de Beccaria”.¹²⁴ Quer ele dizer com isso que as idéias beccarianas não possuiriam idoneidade ou resistência fundadas unicamente na utilidade, principalmente quando referem-se às penas infamantes, torturas e penas de morte. Em lógica formal chamaríamos isso de falácia, pois suas premissas falsas não podem produzir uma conclusão verdadeira e que não podemos valorá-las de outra forma, pois nada há que justifique as penas infamantes, a tortura e a pena de morte, nem mesmo o contrato social – como veremos em tópico seguinte.

Também compõe a fileira dos críticos que não classificam Beccaria como, simplesmente, um utilitarista, o professor Paulo César Busato, para quem a necessidade não pode jamais prevalecer no âmbito das idéias beccarianas, uma vez que esta é apenas o “instrumento de contenção da criminalidade”. Para Busato, superestimar a necessidade em Beccaria seria uma “simplificação grosseira do seu pensamento”, pois é a necessidade “o nascedouro do princípio da intervenção mínima”. É preciso, de toda sorte, superar o simplório verniz utilitarista da obra de Bonesana, segundo os críticos do simples utilitarismo em Beccaria.¹²⁵

As concepções do Marquês, segundo Luisi, fundam-se na “inviolabilidade moral do homem, na sua concepção como pessoa e fim, na ilegitimidade de seu uso como meio e coisa”. E segue ao afirmar que o iluminismo fez do conceito de homem uma espécie de “religião laica, apesar de seu racionalismo religioso”.¹²⁶

Bem, voltando aos critérios que defendo haver na obra do Marquês, tais como utilidade e necessidade que não são conceitos contraditórios em Beccaria, muito pelo contrário, ambos estariam relacionados ao infinito, pois é o direito “uma modificação da segunda, isto é, a modificação mais útil ao maior número”. Já em relação à Justiça, esta seria o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares. Tais interesses não

¹²³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 308.

¹²⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. *Op. Cit.*, p. 308.

¹²⁵ BUSATO, Paulo César. Beccaria, o contratualismo e o controle social do intolerável como fundamento da pena e do próprio direito penal. *In: Ler Beccaria hoje*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 17.

¹²⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. *Op. Cit.*, p. 308-309.

poderiam ser superados pela aplicação de uma pena, pois “todas as penas que ultrapassem a necessidade de conservar este vínculo são injustas por natureza”.¹²⁷

Vê-se, então, não uma simples tentativa de suavizar as penas, torná-las proporcionais ao crime, dotá-las de finalidade, mas, sobremaneira, torná-la úteis. O “humanitarismo” de Beccaria é consequência do seu utilitarismo. É a partir desta idéia que se combate a pena de morte, tortura e penas cruéis, pois estas não contribuem para proporcionar felicidade a qualquer pessoas. As penas deveriam, acima de tudo, serem úteis à sociedade. Se no antigo regime os corpos dos condenados pertenciam ao soberano, se lá imprimia sua força e sua autoridade, também deixava indeléveis marcas na história do poder e das penas. Já para o direito penal pós-beccaria, o corpo era “antes um bem social, objeto de uma apropriação coletiva e útil. Daí o fato de que os reformadores tenham quase sempre proposto as obras públicas como uma das melhores penas possíveis”.¹²⁸

O utilitarismo de Beccaria não só decorre do contrato social, mas também é do conteúdo do humanitarismo das penas, que orientam os princípios fundamentais do direito penal moderno. Seu utilitarismo é algo material e completo a tal ponto que chega a obnubilar seu humanitarismo. Utilidade é, racionalmente, fazer o bem e estar a serviço da preservação dos direitos da maioria, além de garantir a máxima felicidade para o maior número de pessoas.

Abramos a história e veremos que as leis, que por si, deveriam ser pactos de homens livres, não tem sido mais que o instrumento das paixões de alguns poucos ou nascidas de uma fortuita e passageira necessidade: não já ditadas por um frio examinador da natureza humana, que em um só ponto concentrasse as ações de uma multidão de homens, e as considerasse nesse ponto de vista – a máxima felicidade dividida no maior número.¹²⁹

Para o Marquês, o direito penal absolutista não possuía utilidade social, sendo, por isso, dispensável. Nesse caso, quando os fins perseguidos extrapolam os limites do pacto social, o direito penal torna-se opressor.

Por mais que o humanismo beccariano não seja sua maior orientação, melhor, “mesmo não constituindo um dos pilares fundacionais de sua doutrina”,¹³⁰ na medida em que é ofuscado pela utilidade, seu próprio conteúdo, mesmo assim, reflete uma

¹²⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 41.

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 105.

¹²⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 38.

¹³⁰ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 92.

preocupação com os excessos do Estado, pois o direito penal deve servir ao Estado como um limitador de seus arbítrios e como garante das liberdades individuais. Seu humanitarismo limita-se a denúncia do que é inútil ao direito penal e fixa as bases para um novo direito penal adequado ao Estado de direito.

Enfim, “Dos delitos e das penas” traduz o hibridismo de um período de transição, pela tentativa de erigir soluções aos excessivos arbítrios penais gestados pelo Estado, seus mandos e desmandos, mas, sobretudo, vendia a perspectiva de que a razão penal poderia suplantar qualquer fanatismo, que era verossímil crer num mundo sem suplícios e torturas. Nessa perspectiva, a obra de Beccaria voltava-se para o futuro. Queria mesmo projetá-lo, construí-lo.

E quanto aos suplícios, possuía acerto as idéias do mestre napolitano em extirpá-los. As formas mais requintadas em fazer sofrer também nos fez enxergar “que o espírito humano se esmerou em tornar a morte horrorosa, parecem inventados antes pela tirania do que pela justiça”.¹³¹

Dessa forma, Vera Regina Pereira de Andrade avaliou o breve opúsculo do Marquês como “uma obra simultaneamente de combate à justiça Penal do Antigo Regime e projeção de uma justiça penal liberal, humanitária e utilitária, contratualmente modelada”.¹³² Tudo isso nos lega um mundo mais humanista? Talvez, mas certamente um mundo que sabia, ou pretendia saber, como seria a pena. Sua extensão, sua profundidade, sua espessura, sua proporcionalidade, sua violência. Não sei se isto é mais humanitário, porque não sei qual é a humanidade da pena. Certamente, pelo menos, mais racional.

Como já disse, o humanitarismo de Beccaria é transversal, e portanto não se pode apartá-lo de idéias-conceito como “fim da pena” ou de “proporcionalidade”. O que não nutre maiores desconfianças ou dúvidas é o conteúdo utilitário do seu “humanismo”. Ora, para tanto, o que seria utilidade? Num primeiro momento, a utilidade das idéias beccarianas se constituíram para qualificar o direito penal anterior – fundado no privilégio e na desigualdade – como inútil. No momento seguinte não constitui nada mais que a simples, gradiente e famosa “manutenção do poder”.

¹³¹ VOLTAIRE. **Comentários políticos**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 121.

¹³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 49.

Para o Marquês, o fim da sanção penal não é atormentar ou afligir o condenado, pois toda crueldade seria inútil, segundo o seu utilitarismo. O utilitarismo iluminista não é nada mais que controlar o intolerável e defender a sociedade diante de situações extremas, o que diferia, sobremaneira, do utilitarismo das monarquias absolutas – defesa do soberano – para quem a pena cruel era extremamente eficaz e contundente.

Montesquieu nos dá exemplo do combate à imprestabilidade das penas, para ele: “a severidade das penas convém melhor ao governo despótico, cujo princípio é o terror, do que à monarquia ou à república, que tem por mola a honra e a virtude”, ou pela constatação de que em “todos ou quase todos os Estados da Europa, os castigos diminuíram à medida que se aproximou ou se afastou da liberdade”.¹³³

Para Michel Foucault, “o crime, além de sua vítima imediata, 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”.¹³⁴ A pena cruel reconstruía simbolicamente a autoridade do soberano, que, em tese, era questionado no atentado à lei. O monarca seria sempre atingido pessoalmente quando do crime, seria o sujeito passivo ontológico. E não é estranho que haja um eclipsamento da vítima em nome do ficto atentado ao Monarca. O crime atinge o indivíduo apenas secundariamente. Logo, as penas crudelíssimas não possuíam a face do justo, senão uma função política de reativar o poder do príncipe. Havia a necessidade de preservação da autoridade monárquica e não do interesse individual.

Somente poderemos compreender o “humanismo” beccariano através da proporcionalidade e da finalidade das penas. Sobre o caráter das penas, Quintano Ripollés diz que Beccaria fez uso de toda sua racionalidade na busca de compatibilizar o binômio utilidade-humanitarismo, fatores que, conjugados, resultariam na máxima eficácia com o mínimo de dor imposta ao indivíduo, é preciso aliar uma

justiça humana com o útil, fazendo ver como o rigor excessivo dos castigos não é freio suficiente e, as vezes, produz efeitos contrários, na representação, sendo preferível uma reforma nacional dos procedimentos policiais e judiciais que a certeza do castigo atua com maior eficácia que o vago temor do desconhecido. Conseqüência disto é a precisão de determinar delitos e penas, com a qual se assenta a dogmática do legalismo.¹³⁵

¹³³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. *Op. Cit.*, p. 87.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. *Op. Cit.*, p. 45.

¹³⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de derecho penal*. *Op. Cit.*, p. 46.

Não é possível evidenciar qualquer tipo de humanismo, ou mesmo atestar a sua existência, senão no indivíduo singular. Ora, se o “humanismo” do Marquês de Beccaria está a serviço da utilidade – e esta como fundamento do próprio contrato social – logo, ela não se associa ao indivíduo, senão que está a serviço do Estado. É a utilidade do Estado. A sempre presente ideologia da defesa social. Assim, as leis que se levantam, pretensamente, para defenderem o indivíduo só terão existência enquanto efetivamente útil ao Estado.

É estranho sobrepor a utilidade ao humanismo. Isso significa sobrepor a sociedade ao indivíduo, ao homem singular. Pode significar, ainda, sobrepor a norma aos princípios. Diversamente a utilidade do humanismo deveria servir ao próprio homem, e não existir em função do Estado.

Eric Fromm, contrapõe duas éticas, a autoritária versus a humanista nos seguintes termos: a primeira “anuncia o que é bom para o homem e promulga as leis e normas de conduta”; na segunda é o próprio homem quem “fixa as normas e a elas se sujeita, sendo ao mesmo tempo sua fonte formal ou órgão regulador do tema”.¹³⁶ A ética autoritária nega capacidade ao homem para saber e distinguir o bom do mau e, por isso, proclama as leis, pelo intermédio de uma entidade transcendente ao homem (ora o rei, ora o Estado absolutista, ora um ditador). Outra sorte proclama a ética humanista, que é antropocêntrica, onde a distinção de bom e mau depende da sua relação direta com o próprio homem. E é este homem em conjunção com os demais, e não um ator transcendental, que proclama suas leis obrigando-se livremente a elas.

É sobre esse signo que não podemos negar à Beccaria o mérito de ter acendido a centelha de uma nova ética, talvez mais utilitária que humanista, mas de toda sorte uma nova ética que divergia da ética autoritária do antigo regime. Como alegoria, a função de Prometeu – semi-deus que na mitologia grega furtou dos céus o fogo dos deuses e, dando-o aos homens, foi sacrificado por isso – foi exercida pelo napolitano. Até hoje relemos sua obra e reclamamos mais e mais humanismo, mais e mais fogo mais e mais racionalidade. Por outro lado, os deuses terrenos, soberanos e monarcas ainda reclamam pelo fogo furtado.

¹³⁶ FROMM, Erich. **Análise do homem**. Trad. Octávio Alves Velho. São Paulo: Círculo do livro, 1969, p. 21.

1.4.2. A justa medida entre homem e pena

A idéia de direito penal caminha junto à idéia de violência. Violenta é a ação criminosa. Violenta é a reação do Estado através da pena. Mas o direito penal não se contentou apenas com a pena, como resposta violenta a uma ação criminosa. Era necessário que esta pena fosse atribuída a um homem. Que este homem fosse livre. Que a pena possuísse a mesma proporcionalidade do dano causado na mesma medida da sua culpabilidade.

Não à toa, o direito romano, que não se pautava unicamente pela lei, não era óbice à construção de uma decisão boa e justa. Por isso, embora houvesse leis penais em Roma, a principal fonte para as decisões, uma construção tópica pretoriana, era o ensinamento dos próprios juristas como Ulpiano, Papiniano e Celso, entre outros. A decisão não buscava apenas concretizar o direito, mas também decidir em consonância com o bom e o equitativo, tanto que o direito poderia ser expresso na seguinte definição de Celso, “*jus est ars boni etaequi*”.¹³⁷ Se, por um lado, não havia o princípio da legalidade em Roma, por outro a proporcionalidade possui as vestes da justiça.

Há uma constatação: a justeza das decisões está na proporção entre o delito e a pena. Assim como na física, também no direito toda ação gera uma reação. A todo crime seguirá uma pena. Da mesma forma que não pode haver reação sem uma ação precedente, não poderá haver pena sem o crime. O crime é causa de ser da pena, mas é preciso haver uma proporção entre a causa (crime) e o efeito (pena).

Não só as leis devem atribuir medida a crimes e penas, como também devem ter em conta suas virtudes, pois “toda pena (diz o grande Montesquieu) que não deriva da absoluta necessidade é tirânica (...) todo ato de autoridade do homem para o homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico”. Não só por isso, mas, principalmente, porque a defesa da sociedade seria promovida pela interposição de uma pena na sua justa medida. Os obstáculos, como Beccaria denominava as leis penais, devem, portanto, afastar e ou inibir os homens da prática delituosa, do atentado contra o bem público, pois não interessam que cometam delitos, “mas que sejam mais raros à proporção dos males que provocam”.¹³⁸

¹³⁷ BRANDÃO, Cláudio e OLIVEIRA, Pedro Rubens Ferreira. Legalidade e cristianismo: Aproximação e hermenêutica. In: **Princípio da legalidade**: Da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 44.

¹³⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, pp. 44, 47.

Voltaire sistematiza a racionalidade da proporção entre o fato que causou a desordem pública e a pena que intenta restabelecer a ordem. “Ora, se numa impiedade não se roubou um lenço, se ninguém recebeu o menor ferimento, se os ritos religiosos não foram perturbados, puniremos essa impiedade como um parricídio?”¹³⁹

Se o direito de punir é explicado pelo contrato social, a medida da pena é explicada pelo utilitarismo. A humanização das penas passava por estabelecer uma proporcionalidade que dependia da sua própria utilidade. Para Beccaria, o direito posto confundia-se com o direito útil, a expressão de um é a referência do outro. “Tudo o que foi inútil corresponderia então à força injusta e ao direito. O exercício do poder de punir apartado da satisfação do interesse do maior número de pessoas é inútil, logo, ilegítimo”.¹⁴⁰

Para os iluministas, era nítido que a pena deveria ser proporcional ao crime. Imaginemos a hipótese, suscitada por Voltaire, do homem que ao ter queimado o celeiro do vizinho, “um pouco de feno e palha”, seria também ele queimado, veria seu próprio corpo arder em chamas. A conclusão, hoje mais óbvia, é que, mesmo com toda a grande pompa com que as chamas devoravam o crime e seu agente, tais “não equivalem à vida de um homem que morre em meio a suplício tão cruel”. Essa conclusão evidencia que a desproporcionalidade é oposta à utilidade, pois vivo, este homem, “depois de ajudar a reconstruir o celeiro, ele passaria o resto da vida, acorrentado e açoitado, a cuidar da segurança de todos os celeiros da vizinhança”.¹⁴¹

Já não é mais novel dizer que Beccaria combatia a máxima severidade das penas, e um de seus argumentos era a necessidade de proporcionalizar crime e pena, ou, no dizer de Foucault, uma “espécie de estética razoável da pena”.¹⁴² A restaurar ou mesmo criar velhos dogmas penais em tratar igualmente os iguais e os diferentes de maneira diferente, na medida de suas diferenças. É o princípio da equidade transposto ou imposto (como limite) ao direito penal moderno, em que se “a pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem”.¹⁴³

¹³⁹ VOLTAIRE. **Comentários políticos**. *Op. Cit.*, p. 134.

¹⁴⁰ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 78.

¹⁴¹ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁴² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 102.

¹⁴³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 49.

Ora, se na balança da proporção pesam em uma bandeja o crime e na outra a pena, para conseguir estabelecer o equilíbrio será preciso saber quantos quilos ou gramas cada um possui. Ou isso, ou o fiel da balança penderá para a injustiça, esteja ela em que lado estiver. Logo, cada crime terá seu peso, e este peso será a medida da pena. Advirta-se, com o utilitarismo beccariano, a justa medida da totalidade do direito é a “ideologia da defesa social”.

Há, portanto uma escala de equivalências a exigir a hierarquização pelas respectivas gravidades dos crimes. Neste, “o primeiro grau consiste naqueles que destroem imediatamente a sociedade, e o último na mínima injustiça possível feita aos privados”. São mais gravosos os crimes que atentam contra a segurança e a liberdade dos cidadãos, e pouco importa a origem nobre ou plebéia dos infratores. Mas Beccaria não queria um rol exaustivo das desgraçadas condutas humanas, pois bastava ao “sábio legislador assinalar os pontos principais, sem turbar a ordem, não decretando aos delitos do primeiro grau as penas do último”.¹⁴⁴ Tal idéia embasou, posteriormente, a doutrina do minimalismo penal.

1.4.3. Finalidade da pena é a utilidade da sociedade

A finalidade da pena sempre foi uma preocupação que acompanhou o direito penal no intuito de conter a potestade punitiva do Estado. “O homem tem meditado sobre o sentido e a finalidade da pena desde que a reflexão filosófica acompanha sua existência”.¹⁴⁵ Por outro lado, a ausência de pena traz outros tantos inconvenientes, principalmente o fato do direito perder sua coercibilidade, sua força, seu vigor, tornar-se um conselho, um ombro amigo ou um muro de lamentações.

Desde já é preciso afirmar que a finalidade da pena não está unicamente atrelada aos seus efeitos, como retribuição, intimidação ou ressocialização, entre outros, pois isso seria um equívoco. A pena deve ser justificada pelo mesmo fundamento que justifica o direito penal. Seria uma profunda incongruência intra-sistêmica imaginar que a pena e o direito possam ter fundamentos distintos. Por fim, é preciso fazer derivar o fundamento da pena do fundamento que justifica a teoria do delito, pois é na história do desenvolvimento

¹⁴⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, pp. 49, 47-48.

¹⁴⁵ WELZEL, Hans. Trad.: Juan Busto Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. **Derecho penal alemán**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997, p. 283.

desse que se consagraram o maior número de direitos e garantias, o que traduz a idéia de um direito penal mínimo que apenas se movimenta para o controle social do intolerável.

Assim, a finalidade da pena não é mais que manter o controle social do intolerável. Todo o resto, o sentido do castigo da retribuição, a idéia de cura expressa na ressocialização, a ameaça coercitiva e a motivação à norma são impressões provocadas como efeito da atuação do sentido de preservação do controle social diante de situações que não podem ser absorvidas pela sociedade.¹⁴⁶

A pena deve ser necessária, rápida, certa, além de ser proporcional ao delito e possuir uma finalidade. Como todas outras idéias beccarianas, a pena também é fundamentada pelo contratualismo e utilitarismo por ele adotado. O fim da pena “não é o de atormentar ou afligir um ser sensível, nem de desfazer um delito já cometido”. Vê-se que não se possui, por óbvio, a pretensão de modificar o passado. A finalidade lança-se como o desafio de “impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo”. O sentido disso? Provocar uma “impressão mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu”.¹⁴⁷

A finalidade da pena traz consigo uma concepção de Estado, uma posição político-criminal. Discutir sobre os fins da pena é discutir toda teoria do direito penal, através de institutos como a legitimação, justificação, fundamentação e função da intervenção penal estatal.¹⁴⁸ A pena precisa ser legitimada em sua relação com o Estado para ser atribuída ao sujeito individual, por meio do *jus puniendi* estatal. Portanto, podemos subdividir as teorias que fundamentam a pena em: absoluta ou retribucionista – *punitur quia peccatur*; e relativa (prevenção geral e prevenção especial) – *punitur ne peccatur*; mistas.

As teorias absolutas, também denominadas retribucionistas, entendem a pena como um fim em si mesmo e nisto se esgota o seu conteúdo, *quia peccatum est*. A pena significa a expiação de um mal. É imposta categoricamente ou como decorrência da razão, respectivamente, justificada pelo idealismo kantiano ou hegeliano. O direito é vislumbrado sob a ótica do dever-ser, apenas.

Em que pese meritória contribuição dos retribucionistas em erigir o princípio da culpabilidade como barreira intransponível, suas fórmulas há muito não são demonstráveis

¹⁴⁶ BUSATO, Paulo César. Beccaria, o contratualismo e o controle social do intolerável (...) *Op. Cit.*, p. 19.

¹⁴⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 57.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Fundamento, Sentido e Finalidades da Pena Criminal. *In: Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 89

nem respondem aos anseios do direito penal, e talvez nunca tenham respondido. E da indemonstrabilidade de eficácia das penas retributivas é que surge a idéia prevencionista das penas.

Em linhas gerais, as teorias preventivas possuem na utilidade a justificação para o castigo, é dizer, que os objetivos da prevenção dizem a que se destina e a quem se dirige. São espécies de prevenção, a geral e a especial, que se subdividem, respectivamente, em positiva e negativa. Diz-se prevenção especial positiva as que buscam ressocializar e prevenção especial negativa as que procuram neutralizar o agente que cometeu um crime de cometer novos delitos. Por outro lado, a prevenção geral positiva tanto pode pretender reafirmar valores ético-sociais contidos na norma jurídica quebrada com o crime (Hans Welzel) ou restabelecer a confiança da população no ordenamento (Günther Jakobs). Já a prevenção geral negativa pretende ser um contramotivo psicológico para a prática de novos crimes por parte dos demais membros da sociedade (Anselm von Feuerbach). Seja qual for o fundamento atribuído à pena não há dados nem vestígios que impeçam afirmar que nenhuma delas é socialmente alcançada.

O impedimento de delitos futuros é o horizonte das teorias prevencionistas geral e especial, no primeiro, o futuro injusto pode ser esperado por aquele que já pecou, no segundo pode ser esperado o seu cometimento por todos os outros, mesmo que ainda não tenham pecado.

Tornando a Beccaria, não se retribui o mal com o mal, pois a pena pode e deve desempenhar uma função socialmente relevante. Sem dúvidas, uma preocupação utilitarista. O Marquês adere às teorias relativas da pena, através da combinação entre as funções de prevenção geral negativa com prevenção especial. Seja como for, para ele o “fundamento da pena, qualquer que seja a sua finalidade, é a defesa social”, não sem uma singela advertência: “Quereis prevenir os delitos? Fazeis com que as luzes acompanhem a liberdade”.¹⁴⁹ Só é possível punir e prevenir preservando direitos e garantias fundamentais, que devem acompanhar o homem aonde ele for.

A exclusividade de uma medida de pena preventiva geral ou especial restaria sem fundamentação suficientemente forte para bastar-se. Assim, rapidamente cairiam diante dos críticos. É o que afirma Radbruch sobre a prevenção especial: “o fato de ela não ser

¹⁴⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 57 e 118.

capaz de determinar só por si a estruturação do direito penal e ainda o de esta última só poder obter por meio de uma colaboração com o pensamento finalista da prevenção especial e as idéias de justiça e segurança do direito”.¹⁵⁰ Por outro lado, o contrato social ao qual o Marquês aderiu torna impossível derivar dele a prevenção geral positiva, principalmente se assumida como única finalidade da pena, Tal fato colocaria Beccaria no mesmo lugar de um Günther Jakobs, por exemplo, com seu modelo de funcionalismo que sobrepõe a sociedade ao indivíduo, ou que faz dos homens apenados meras coisas, meros inimigos, sem direitos que limite a atividade punitiva estatal. Não era esse o espeque das idéias beccarianas.

Isso faz com que a adoção de Beccaria por uma teoria mista de justificação da pena seja melhor opção, pois agrega elementos tanto da prevenção geral negativa quanto da especial, desde que afastada qualquer relação com as teorias absolutas, pois a natureza dessas predominariam sobre qualquer outra.

Para as teorias relativas, a pena seria uma medida prática de impedir a comissão de outros delitos. Isso explicaria a necessidade estatal em aplicar a pena, mas não as justifica, nem as diferencia de outras medidas sociais de proteção e controle social, formal ou informal. O fato punível é apenas uma condição da pena e não seu fundamento.

As críticas que se levantam sobre a prevenção geral negativa, repousa no fato de ela não justificar a punição de alguém, uma vez que tal fundamento não se destina ao condenado em si, senão à generalidade das pessoas, considerando-as como delinquentes em potencial. Sobrevive-lhe apenas o fator de intimidação contido na norma. Ora, qual a legitimidade que possui o Estado em ter como sua função a intimidação de seus consorciados? É difícil compreender a justeza de se impor um mal a alguém sob o fundamento de outros intimidar. Tampouco podemos provar a idoneidade da norma penal para intimidação. De toda sorte, ausente a intimidação, ausente o próprio utilitarismo. Por isso, não seria de espantar se Beccaria tivesse escrito a seguinte sentença: criminosos, temam nossas leis! Por mais que ela seja proporcional e humanitária é certo que pesarão sobre seus ombros!

Outra crítica que podemos levantar sobre a prevenção geral negativa é a existência da “cifra negra” da criminalidade, isto é, que o efetivo número de crimes cometidos não

¹⁵⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997, p. 321.

equivalem ao número de crimes conhecidos pelo sistema penal. Isso demonstra uma desnecessidade do próprio sistema penal? Talvez, mas há pelo menos duas certezas: que as vítimas prescindem dele para solucionar seus problemas; e que resta demonstrada sua ineficácia e o conseqüente estímulo dos delinqüentes pela constante possibilidade de permanecerem impunes. Acreditar na eficácia preventiva do sistema penal é um equívoco, pois mesmo que haja mais e melhores policiais e prisões, nada garante haver menos delitos, senão que haverá mais encarcerados.

Pelo espeque da prevenção especial, falar sobre as penas é falar do futuro, pois o Estado teria por missão prevenir a prática de novos crimes. Dessa forma, a pena serviria para neutralizar aquele que já incidiu na prática criminosa. Não está, portanto, a prevenção especial destinada à generalidade, senão ao indivíduo particular, para impedir sua reincidência.

As teorias individualizadoras possuem o mérito de haverem demonstrado a importância dos componentes de impressão individual. Se esforçaram para obter os meios e as formas para fazer desaparecer os efeitos acessórios descaracterizadores da pena e aumentar para o condenado a chance de reintegração¹⁵¹

Para uns, a prevenção especial apenas intimidaria individualmente o autor de crime, que não tornaria a repetir sua conduta no futuro. Para outros, como Beccaria, ela alcançaria o espectro de defesa social, ao segregar o delinqüente, ao neutralizar sua perigosidade social. Houve ainda os que pretenderam alcançar, com a prevenção especial, uma reforma moral interior, porque a pena promoveria uma adesão íntima do delinqüente aos valores da sociedade.

Não obstante, as pretensões da prevenção especial devem ser mais modestas, para que não seja confundida com uma culpabilidade de vida, da própria forma de ser do autor, o que seria a abertura para o direito penal do autor, pior, para um “direito penal do inimigo”.¹⁵² Dizemos, portanto, que se deve respeitar o modo de ser do delinqüente, mas proporcionar as condições necessárias para que no futuro não cometa mais novos delitos.

Já a prevenção especial positiva intenta a reinserção social ou a própria inserção social, posto que, na maioria das vezes, o autor de crime foi, desde sempre, um

¹⁵¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. *Op. Cit.*, p. 287.

¹⁵² JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. Trad. e Org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. *In: Direito penal do inimigo: Noções críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

dessocializado. Essa espécie prevenção que “revela, desde logo uma particular sintonia com a função do direito penal como direito de tutela subsidiária de bens jurídicos”.¹⁵³

Reinserção social? Não poderíamos falar em reinserção, quando o norte da pena não é a defesa do homem, senão a defesa social. Como compatibilizar utilitarismo que subordina a finalidade da pena com a reinserção? Para Beccaria, reinserir socialmente significaria servir ao Estado e, muitas vezes, foi proposto trabalhos forçados. Se isto não explicar os problemas advindos da reinserção, talvez isso explique o “humanitarismo” do Marquês.

Para isso, é preciso que o castigo seja achado não só natural, mas interessante; é preciso que cada um possa ler nele sua própria vantagem. Que não haja mais essas penas ostensivas, mas inúteis. Que também cessem as penas secretas, mas que os castigos possam ser vistos como uma retribuição que o culpado faz a cada um de seus concidadãos pelo crime com que lesou a todos (...) O ideal seria que o condenado fosse considerado como uma espécie de propriedade rentável: um escravo posto à serviço de todos. Porque haveria a sociedade de suprimir uma vida e um corpo de que ela poderia se apropriar? Seria mais útil fazer ‘servir ao Estado numa escravidão mais ou menos longa de acordo com a natureza do seu crime’.¹⁵⁴

Outra grande dificuldade com que se depara o pensamento prevencionista especial, esta bem mais técnica, se dá quando encontra como autor de fato delituoso pessoa que não carece de (re)socialização. Casos raros quando comparados à criminalidade de massa, mas que ocorrem com frequência nos crimes econômicos também chamados de “crimes de colarinho branco”, como define Edwin Sutherland, em obra homônima.¹⁵⁵

Há algumas lacunas na prevenção especial. Critica-se a sua omissão quanto aos limites de punir do Estado, pois o fato de buscar a ressocialização pressupõe, obviamente, haver criminoso e pressupõe também leis penais vigentes, contudo, isso nada diz sobre as razões político-criminais do Estado. Sua ação se restringe ao momento da execução penal. Assim, não é propriamente uma teoria do direito penal, mas uma teoria de sua execução.¹⁵⁶

É preciso inferir que Beccaria, ao seu tempo, não havia pensado e atribuído parcela prevencionista ao direito penal e outra parcela de prevenção à execução da pena. A finalidade da pena constitui-se num todo. Que, por si só, já era um mérito seu. Mas um

¹⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Fundamento, Sentido e Finalidades da Pena Criminal*. *Op. Cit.*, p. 105.

¹⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. *Op. Cit.*, p. 105

¹⁵⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

¹⁵⁶ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

todo útil à defesa da sociedade, primordialmente, muito menos afeita apenas ao indivíduo. No utilitarismo do Marquês, não importa distinguir o que é prevenção geral negativa ou prevenção especial. Finalidade da pena é utilidade à sociedade.

O que não se pode negar é o fato de que as teorias prevencionistas “procuram valorizar o homem na medida que transcendem a pena em si mesma e buscam dar a ela uma finalidade em prol do ser humano”,¹⁵⁷ por outro lado, essa maior significação do homem não se sobrepõe à utilidade, ao contrário, decorre dela.

Nada nos impede, sob a luz de garantias à dignidade da pessoa humana, senão sob a rubrica da utilidade e necessidade, renunciemos à aplicação da pena em vários casos. Assim, apresenta-se como absolutamente correto “o postular, nesta ordem das coisas, que a pena deixa de ser imposta em todos aqueles casos nos quais resultam desnecessárias, isto é, a introdução da necessidade da pena como uma exigência adicional à culpabilidade”.¹⁵⁸

Voltaire mais uma vez nos impele a trazer à baila pequeno trecho, ao mesmo tempo, provocador e questionador da justeza da aplicação da pena. E nele, podemos vislumbrar, se não a adoção de uma finalidade prevencionista, mas certamente, a negação do retribucionismo. Vejamos:

Povos que, cultivando excelsas ciências e artes gentis, conservastes leis mais que bárbaras, pensai que alguns filósofos citas outrora fizeram os gregos corar de vergonha! Vós, que trabalhais na reforma dessas leis, pensai, assim como o jurisconsulto Beccaria, se é racional que, para ensinar os homens a detestar o homicídio, os magistrados sejam homicidas e matem um homem em grande aparato.¹⁵⁹

Diferentemente da teoria absoluta, as teorias relativas, as quais Beccaria combinou elementos de prevenção geral negativa e prevenção especial, não utilizam a pena como um fim em si mesmo, mas lhes atribui são dotadas de um fim que utilitariamente significa, em termos gerais, a prevenção de novos delitos.

Fato é que até hoje, não se chegou a um acordo. Ou estamos destituídos de uma pena com finalidade, ou não sabemos porque punir. E seguimos entabulando disputas teóricas

¹⁵⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: Análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 161.

¹⁵⁸ CORDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977, p. 56.

¹⁵⁹ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.*, p. 18. Advirto, ainda, que essa “defesa social” de que fala Voltaire não se confunde com o sentido da defesa social de Gramática e Marc Ansel.

quixotescas. Com a ausência de finalidade não se deixa de fundamentar eminentemente a pena, mas demonstra que o próprio ordenamento jurídico carece de legitimidade.

Talvez por isso Radbruch tenha afirmado que o conceito de finalidade da pena está longe de representar um conceito indispensável para o direito penal, tampouco o mero retribucionismo solucionaria a gama de problemas nele existentes. O filósofo alemão considera até a possibilidade de o desenvolvimento do direito penal estar para além dele mesmo. Assim, e nesse sentido, sua verdadeira reforma consistiria “não tanto na criação dum direito penal melhor do que o atual, mas na de um direito de melhoria e de conservação da sociedade: alguma coisa de melhor que o direito penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano do que ele”.¹⁶⁰

1.5. Um teste para qualquer humanidade: A pena de morte e a tortura.

O processo e o apoderamento do direito pelo povo é uma “grande conquista da democracia grega” e, exatamente, “esse direito de opor a verdade ao poder se constituiu em um longo processo nascido e instaurado de forma definitiva”. Por outro lado, essa conquista se perdeu e se ocultou no percurso da história. E somente foi retomada “numa espécie de segundo nascimento do inquérito, mas obscuro e lento, mas que obteve um sucesso bem mais efetivo que o primeiro”. Apenas podemos entender o inquérito na Idade Média como “uma determinada maneira de se exercer o poder” e que se encontra distante de ser, ensimesmadamente, “um conteúdo”, senão “uma forma de saber”. E poderíamos, assim resumir que o “inquérito é uma forma de saber-poder”.¹⁶¹

O que me incomoda e incomodava à Beccaria é que as sociedades reservam, desde sempre, àqueles considerados por ela como pessoas desclassificadas, marginalizadas ou inimigos (escravos, bruxas, vadios, etc.) um destino mais cruel que aquele reservado aos seus cidadãos, no momento da repressão penal, principalmente. E, não raras vezes, antes mesmo do processo ou da repressão penal, como uma estranha forma de saber-poder: a tortura.

¹⁶⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. *Op. Cit.*, p. 324.

¹⁶¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Machado e Eduardo Bonfim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, pp. 54, 55, 73, 77 e 78.

Uma crueldade consagrada, de uso na maior parte das nações, é a tortura do réu enquanto se forma o processo, ou para constrangê-lo a confessar um delito, ou para as contradições nas quais incorre, ou para a descoberta dos cúmplices, ou por não sei qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, ou finalmente para outros delitos para dos quais poderia ser culpado, mas dos quais não é acusado.¹⁶²

Acredito que a tortura seja atemporalmente habitual e inexplicável, mas certamente nunca foi, e não é, irregular, irracional ou selvagem. Então, “povos que se gabam de ser civilizados se gabarão em ser humanos? Obstar-se-ão numa prática desumana, com o mero pretexto de que ela é usual?”¹⁶³ A tortura é uma técnica. E, para ser assim, é necessário que produza uma certa quantidade de sofrimento, que seja mensurável para que possa hierarquizar e estabelecer graus de sofrer. A morte, talvez uma consequência lógica da tortura, não significa unicamente a privação da vida, senão a última escala de um sofrimento calculado. Esses graus significam as “mil mortes”, é dizer, “a arte de reter a vida no sofrimento”¹⁶⁴.

A tortura é a ritualização do direito, a liturgia punitiva de marcar as vítimas, seja pelos sinais da violência que se perpetuam no corpo torturado, seja pela ostentação de sua própria força e violência como demonstração e exercício do poder sobre o corpo perseguido, mesmo após a morte. É a redundância anacrônica da tortura, pois “com este método se retirará a infâmia dando a infâmia”.¹⁶⁵ É verdadeiramente inconcebível que alguém julgado infame pelas leis tenha sua infâmia expurgada (ou confesse sua infâmia) com quatro cavalos de tração a puxarem seus membros aos quatro ventos.

A dor parecia guardar uma relação direta com a verdade, quanto maior o sofrimento mais veracidade possuíam as palavras proferidas pelos mil-vezes-mortos. Mas, é preciso atentar para o fato de que entre a relação dor-verdade há, ainda, o fator resistência que traía essa visão inexorável e subsequente entre tortura e verdade.

É nesse sentido que Beccaria afirma a maneira de funcionar da tortura, que faz do torturado, a um só tempo, acusado e acusador: “que a dor torne-se o depurador da verdade, como se o critério desta residisse nos músculos e nas fibras de um miserável. E esse é o

¹⁶² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 63.

¹⁶³ VOLTAIRE. **Comentários políticos**. *Op. Cit.*, p. 146.

¹⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁶⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 65.

meio seguro de absolver os fortes perversos, e condenar os fracos inocentes. Eis os fatais inconvenientes deste pretenso critério de verdade”.¹⁶⁶

Isso, lembra bastante e chega mesmo a significar como os primeiros passos do princípio da presunção de inocência do réu, sob o qual “a um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública”¹⁶⁷ e, portanto, por óbvio, se culpado o sujeito não merecerá nada além da pena estabelecida em lei. Por outro lado, se é incerto que cometeu um delito, permanecerá inocente e o expediente da tortura nada mais fará que ocultar a verdade caso seja utilizada.

É supérfluo redobrar o óbvio citando os inúmeros exemplos dos inocentes, que se confessaram culpados pelos espasmos da tortura não há nação, não há idade, que não cite os seus, mas nem os homens mudam, nem tiram conseqüências. Não há homem que tenha disposto as suas idéias além dos desejos da vida, que alguma vez não corra em direção à natureza, que com segredos e confusas vozes a si o chama; o costume, o tirano das mentes, o impulsiona e o espanta.¹⁶⁸

Concordo com o Luciano Oliveira, para quem “a presença da tortura como fenômeno constante na história da humanidade tem na utilidade seu maior aliado”¹⁶⁹. Mas essa utilidade de que fala o professor do Recife é nomeada por ele como “desígnios políticos conscientes”, presentes em regimes totalitários, ditaduras militares e na nossa ordem social escravocrata. Logo, é a utilidade de quem aplica, que não reclama qualquer justificação para a tortura, e, portanto, não se confunde com a utilidade defendida por Beccaria, que justifica e dota de legitimidade toda e qualquer ação útil.

Para o Marquês, a tortura personificava a própria ineficácia das práticas judiciárias vigentes no antigo regime, independentemente de sua finalidade. Ela não é necessária, tampouco útil. Sua inutilidade reside na sua imprestabilidade para perquirir a verdade. Pois a verdade não deve emergir do vício e da infâmia que causa a tortura, uma vez que “o inocente não pode senão perder, mas o culpado pode ganhar”¹⁷⁰. Assim, a tortura põe o inocente em pior condição que o culpado, porque quando os dois forem torturados, o inocente terá sofrido uma pena indevida, independentemente de ter cedido ou resistido à tortura, mas se o culpado resistir terá trocado uma pena maior por uma menor. E para

¹⁶⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 64.

¹⁶⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 63.

¹⁶⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 66.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno**: Uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 54.

¹⁷⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 68.

arrematar, escreve Montesquieu: “Ia dizer que elas poderiam convir aos governos despóticos, onde tudo o que o medo inspira participa dos fundamentos do governo. Ia dizer que os escravos, entre os gregos e os romanos... Mas ouço a voz da natureza que grita contra mim”.¹⁷¹

No que se refere à pena de morte, Beccaria não é apenas contrário a tal instituto, é considerado um dos primeiros teóricos a propor a abolição dessa medida radical. Todavia, a reflexão e o conseqüente posicionamento contrário à pena capital significam que a efetiva abolição não é apenas um problema sobre a legislação criminal, mas um problema ético ou filosófico.

Longe do tempo do Marquês, em nossa contemporaneidade, há diversas legislações em que a pena de morte foi formalmente “abolida”, excetuando-se em todas, as mortes penais em “caso de guerra”, a começar pela nossa própria Carta Magna de 1988. A pena de morte, mesmo na guerra, é um fato com o qual não posso concordar, pois é possível haver “generosidade e compaixão inclusive na guerra. O bravo é compassivo; por que o homem da lei haveria de ser bárbaro?”¹⁷². Surge-me uma questão incidental: a pena de morte pode ser considerada uma pena? Ao que me parece, todos que se dizem humanistas ou que possuem uma formação a ele adequada responderá negativa e peremptoriamente. Afinal de contas, após condenar alguém à morte “são necessários cem anos de razão e de virtude para extirpar semelhante julgamento”¹⁷³. É nesse sentido que o professor Miguel Reale, em artigo sobre “Pena de morte e mistério”, datado de 1968, afirma que:

A invasão do Estado na esfera do que é mais íntimo e intocável na pessoa humana que é a sua morte, como elemento essencial de sua vida, e, mais ainda sua hora de morrer. E daí deriva ser a condenação à morte pelo Juiz equivalente a uma violenta substituição do delinqüente enquanto pessoa. Equivale à sua morte ética antes de ser levada a cabo a morte biológica, o que explica tenha Carnelutti podido aproximar, com toda a crueza, a pena de morte à expropriação por utilidade pública.¹⁷⁴

Talvez possamos dizer: o direito penal começa a ser humano com o desaparecimento da pena de morte – embora materialmente nunca tenha desaparecido; a administração da justiça só começa a ser humana quando simplesmente não mata, nem manda matar – quedando-se essa ordem apenas aos subterrâneos penais.

¹⁷¹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. *Op. Cit.*, p. 93.

¹⁷² VOLTAIRE. *Comentários políticos*. *Op. Cit.*, p. 169.

¹⁷³ VOLTAIRE. *Comentários políticos*. *Op. Cit.*, p. 137.

¹⁷⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. *Op. Cit.*, p. 191.

A negação de Beccaria à pena de morte fundava-se no contrato social, em que os homens individualmente depositaram parcela de sua liberdade na abstrata urna (sem fundos) da “vontade geral”, para obterem os direitos civis e o exercitarem. Segue-se a conseqüente questão: liberdade e vida são a mesma coisa, o mesmo bem passível de ser a contrapartida individual do pacto social? Para Beccaria, a balança da justiça estaria em desequilíbrio caso se pusesse em seus pratos de um lado a vida e do outro quaisquer direitos ou bens jurídicos. O Estado está, portanto, impossibilitado de aplicar a pena de morte àqueles que cometeram crimes.

A própria liberdade, condicionada pela “vontade geral”, era um bem e um critério tanto quanto obtuso, na medida que “ser livre é obedecer à vontade geral; e desta guisa, quando esta vontade emprega a força para obrigar o indivíduo recalcitrante, nada mais faz, em suma, do que obrigá-lo a ser livre. Eis aí o homem civil, em contrapartida do homem natural”.¹⁷⁵

Por outro lado, Rousseau, uma das influências filosóficas e contratualistas de Beccaria, assente sobre a possibilidade em aplicar a pena de morte fundada também no contrato social, uma vez que “o tratado social tem por finalidade a conservação dos contratantes. Quem deseja os fins, deseja também os meios, e esses meios são inseparáveis de certos riscos, e até de certas perdas. Quem deseja conservar sua vida a expensas dos outros também deve dá-la por eles quando necessário”. Logo, se é útil ao Estado que um indivíduo seja por ele morto, então ele deve morrer, “pois sua vida não é mais que uma dádiva da natureza, mas um dom condicional do Estado”.¹⁷⁶

O argumento de Rousseau é simples: no instante inicial do pacto, as pessoas, por não quererem ser mortas por um assassino, consentiram em morrer caso assassinas se tornassem. Além disso, segundo o contratualista, há uma incompatibilidade entre a conservação do Estado e a conservação do indivíduo que cometeu um assassinio, que é morto “menos como um cidadão que como um inimigo”, pois ele rompeu o pacto social, “tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito da guerra é o de matar o vencido”.¹⁷⁷ O que percebemos, desde logo, é que a utilidade de Rousseau espalda à defesa social, na medida em que a pena de morte “protege os contratantes e, só

¹⁷⁵ CABRAL DE MONCADA, L.. **Filosofia do direito e do estado**. *Op. Cit.*, p. 233.

¹⁷⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. *Op. Cit.*, pp. 43 e 44.

¹⁷⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. *Op. Cit.*, p. 44.

eventualmente atinge aquele que, dentre eles, põe em risco a finalidade do próprio pacto”.¹⁷⁸

O contrato social restou como um fundamento vazio, pois tanto serve para justificar a pena de morte, quanto para sua rejeição. Exatamente por isso que Gustav Radbruch, ao analisar a pena de morte, discorda tanto de um quanto de outro. Para o filósofo do direito, isso “converte automaticamente o contrato social num fato real fixado no tempo, num fato histórico, e vai assim cair, sem dar por isso, na concepção histórica da teoria contratual, aliás por ele próprio (Rousseau) tão energicamente combatida”. A idéia de Radbruch é a de que o contrato social está fora do tempo e que nunca se passou, ele é apenas e sempre uma possibilidade. É nesse sentido que afirma que “a pena de morte só se acharia justificada em face da teoria do contrato social, se pudesse demonstrar-se que ainda neste momento era possível admitir racionalmente o assentimento do criminoso na sua própria morte”.¹⁷⁹

Sob esses termos, Radbruch afirma ser o criminoso considerado como um sujeito empírico, possuidor de uma vontade real e contraente do pacto social, mas sim uma razão que se atribui a esse mesmo sujeito empírico. O fato é que jamais o sujeito empírico será contraente e contratante de sua própria pena de morte, haja vista o paradoxo em que isso implica: há um suposto interesse do criminoso em eliminar o sujeito portador do próprio interesse – é ele mesmo – eliminando o sujeito em si e o interesse que ele portava.

É preciso concordar com Beccaria, a partir dos próprios pressupostos do contrato social, que a pena de morte não deve ser aceita, não porque o criminoso não pode consenti-la, mas porque ele não pode racionalmente consentir, pois falta-lhe interesse. Por outro lado, tampouco poderemos concordar com a idéia de que a defesa social fundamentaria, mesmo que em termos de possibilidade, a pena de morte, embora o Marquês admitisse, excepcionalissimamente essa possibilidade quando fosse o único meio para impedir a prática de delitos.

A morte de um cidadão não se pode crer necessária senão por dois motivos. O primeiro, quando ainda que privado da liberdade ele tenha ainda tais relações e tal potência que interesse à segurança da nação; quando a sua existência possa produzir uma revolução perigosa na forma de governo estabelecida. (...) se não quando sua morte for o verdadeiro e único freio para desestimular a outros de cometer delitos, segundo motivo pela qual pode crer-se justa e necessária a pena de morte.¹⁸⁰

¹⁷⁸ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razão & sensibilidade**. *Op. Cit.*, p. 98.

¹⁷⁹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. *Op. Cit.*, p. 328.

¹⁸⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 86.

Havia, então, uma abertura, uma brecha, para a pena de morte participar, mesmo que excepcionalmente, das idéias beccarianas. O que punha o seu humanismo, no mínimo, em uma encruzilhada retórica. Por outro lado, é sempre perceptível seu argumento utilitarista, na medida que afirmava não ser “a intensidade da pena que faz mais efeito, mas a sua extensão”, e também quando afirma que essa modalidade de pena deve causar aos homens “toda a impressão que deveria causar, isto é, que seja útil, mas não útil num só momento”.¹⁸¹ A humanidade recalcitrante do Marquês, que titubeia e vacila não é a mesma humanidade imanente à Voltaire. Para o pensador francês, “ainda que se encontre uma causa na qual a lei permite matar um acusado que ela não condenou, encontrar-se-ão mil causas nas quais a humanidade, mais forte que a lei, deve poupar a vida daqueles que a própria lei condenou à morte”¹⁸².

Vejo aqui uma apologia à prevenção geral dos crimes através da pena privativa de liberdade, a qual ainda agregava a possibilidade da escravidão ou da perpetuidade para demover qualquer vontade determinada ao crime. Nesse sentido, afirmava: “O nosso ânimo resiste mais à violência e às extremas, mas passageiras dores, do que ao tempo e ao incessante tédio; porque eles podem, por assim dizer, concentrar tudo em um só momento para repelir as primeiras, mas a sua vigorosa elasticidade não basta para resistir à longa e repetida ação dos segundos”.¹⁸³ Afinal de contas, possui mais medo da pena de prisão aquele que vê do que aquele que sofre.

Candente seu utilitarismo, opaco seu humanismo, nesse ponto. Mas o que não se pode desconsiderar como frisante é o fato de o Marquês ter divergido, em princípio, com contratualistas do quilate de Rousseau e Montesquieu, que admitiam abertamente a pena de morte de maneira não excepcional. Outra importante contribuição foi a qualificação dessa espécie de pena como inútil e cruel e que sua extinção estava a mercê de mudanças da lei penal de seu tempo. De toda sorte, Voltaire, com sua ironia crítica e demolidora de pseudo-humanismos não me deixa sair do prumo e continuar em posição vigilante contra a pena de morte.

Se imaginarmos que certos cidadãos, judiciosos aliás, pela manhã assinam uma carnificina abominável e à noite vão passar o tempo em casas de damas, onde ouvem e dizem gracejos, embaralhando cartas com

¹⁸¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, pp. 87 e 88.

¹⁸² VOLTAIRE. **Comentários políticos**. *Op. Cit.*, p. 144.

¹⁸³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 88.

suas mãos ensangüentadas, poderemos conceber tais contrastes; e não nos sentirmos fortemente tentados a renunciar à sociedade dos homens.¹⁸⁴

O fato é que o contrato social é incapaz de proteger os bens jurídicos a que ele mesmo se propôs a fazê-lo, pois os órgãos que ele instituiu para tanto eram ineficazes, e ainda o são até hoje. A pena de morte reconhecida pelo Estado pode “racionalmente construir-se como um direito criado pelo pacto social, mas que, rigorosamente, não pode ser construído sobre uma base individualista”.¹⁸⁵ Não há qualquer virtude na morte, mesmo quando ela é a consequência de um julgamento e de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Sempre tive em conta a obra do Marquês de Beccaria como, na medicina, um remédio capaz afastar as dores, “comprazia-me pensar que essa obra abrandaria o que resta de bárbaro na jurisprudência de tantas nações; esperava alguma reforma do gênero humano, quando soube que acabaram de enforcar, numa província, uma jovem de dezoito anos”¹⁸⁶, mas que até agora não passou de uma anestésico de doses homeopáticas que, embora profundamente comprometidas com a cura, jamais atacarão as causas, nem, tampouco extirpará a doença.

¹⁸⁴ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.*, p. 50.

¹⁸⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. *Op. Cit.*, p. 332.

¹⁸⁶ VOLTAIRE. **Comentários políticos**. *Op. Cit.*, p. 119.

2. NEGAÇÃO DA TRADIÇÃO ILUMINISTA: UM “ANTI-HUMANISMO”?

2.1. A definição de poder: uma distinção pela proporcionalidade entre poder e violência.

Definir o poder e os seus mecanismos, certamente foi uma tarefa da segunda metade do século XX. “Pois, nós somos todos não somente o alvo de um poder, mas também seu transmissor, ou o ponto de onde emana um certo poder”.¹⁸⁷ Engana-se aquele que nominar irracional o poder. Muito ao contrário, a razão é diretora do poder. “Atrás da razão existe o poder (...) A razão é a máscara do poder, mas o rosto escondido por essa máscara não é belo”.¹⁸⁸ O poder veste a máscara da razão pintada de legitimidade. Assim, a racionalização do poder é a forma de funcionamento de verdades veladas, do projeto de dominação. O poder é um ser travestido de razão.

Até aqui expus as idéias do Marquês de Beccaria de forma relacional com a formação do Estado liberal e com a ascensão da burguesia como classe hegemônica. Contudo, é preciso questionar se o “poder” surgido com aquele Estado e a “violência” a que ele se contrapunha se confundem, se são a mesmíssima coisa, se poder é o espelho da violência ou, ao contrário, se se tratam de duas categorias distintas que nos levam a associá-las, uma ao antigo regime, outra à modernidade advinda com a ilustração. E o que se apresentará aqui, portanto, é “uma prévia discussão sobre a legitimidade do poder de punir do Estado e que se encontra ao alcance da filosofia política e não da ciência do direito penal”.¹⁸⁹

Sobre essa legitimidade de punir, e diferentemente dos teóricos do contratualismo como o próprio Rousseau, embora este afirmasse que “a força não faz o direito, e que só se é obrigado a obedecer aos poderes legítimos”¹⁹⁰, para Hannah Arendt o poder é um fim em si mesmo, que “não precisa de justificação, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas; o que ele realmente precisa é de legitimidade”, pois o seu surgimento depende unicamente que “as pessoas se unam e ajam em concerto”. E, por

¹⁸⁷ FOUCAULT, Michel. **Entrevistas**: por Roger Pol-Droit. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. São Paulo: Graal, 2006, p. 95.

¹⁸⁸ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 207.

¹⁸⁹ FREITAS, Ricardo de Brito. A importância da filosofia política (...) *Op. Cit.*, p. 249.

¹⁹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. *Op. Cit.*, p. 13.

tratar-se de um fim ensimesmado, a emergência de uma qualquer justificação é mais que pleonástica, é “perigosamente utópica”. Assim, conforme a filósofa alemã, seriam utópicos tanto a felicidade do maior número – proposta por Beccaria e outros –, quanto o “promover a felicidade, a sociedade sem classes ou qualquer outro ideal não político, o qual, se tentado com a perseverança, só pode acabar em alguma forma de tirania”¹⁹¹.

Vê-se que não há necessidade de um fundamento externo ao poder, seja de que natureza for: divina; racional; consensual etc. Basta haver legitimidade, embora esta não apresente qualquer elemento de continuidade ou fundamentação com elementos exteriores ao poder. A relação de fundamentação que há entre o poder e a legitimidade possibilita a afirmar: “a tão falada *crise de poder* – que nada mais é que uma *crise de legitimidade* do poder”. Ou que, no mesmo sentido: “toda crise social é, no fundo, uma crise de legitimidade em relação às decisões dos poderes estabelecidos na esfera política do social”.¹⁹²

Quero dizer com isso que o poder de definir e exigir determinadas condutas pode ser qualificado como legítimo ou ilegítimo e que, obviamente, o poder legítimo é sempre mais desejável, seja em nome do que for. Pois, em princípio, “um soberano que governa como um pai, segundo o modelo do Estado paternalista, ou, pior ainda, como um senhor de escravos segundo o modelo do Estado despótico, não é um governo legítimo e os súditos não são obrigados a lhe obedecer”.¹⁹³

O que se avulta em Arendt, acerca da legitimidade do poder, é menos a sua justificação racional de uma origem fundada no contrato e mais o fato de os homens se encontrarem juntos no início, pois é deste que deriva a legitimidade. E, claro, não perder a legitimidade significa renovar o próprio poder com a participação dos cidadãos na vida política do Estado. Melhor, o poder não precisa de justificação, pois é imanente à existência política de uma comunidade. O poder precisa de legitimidade.

A legitimidade do poder nos faz diferir entre: a obediência da lei pela razão e pela palavra não violenta; da obediência da lei pela ameaça da coerção, punição ou pela violência propriamente dita. É neste sentido que André Duarte afirma que, em Hannah

¹⁹¹ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 69

¹⁹² ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 4, 7.

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. *Op. Cit.*, p. 62.

Arendt, “mais importante que a distinção tradicional entre violência legítima e violência ilegítima é a distinção entre poder legítimo e poder ilegítimo, posto que apenas o poder pode ser legítimo, ao passo que a violência pode apenas ser justificada ou injustificável”¹⁹⁴

O conceito de poder não admite qualquer adjetivação, uma vez que a expressão “poder legítimo” é pleonástica. Poder “ilegítimo” não é poder, na maioria das vezes quer referir-se a fenômenos diversos como a força individual ou vigor, as forças físicas, a violência etc.¹⁹⁵ Nesse sentido, é possível fazer uma ligeira aproximação com Rousseau: “enquanto um povo é obrigado a obedecer e o faz, age bem; assim que pode sacudir esse jugo e o faz, age melhor ainda; porque recobrando a liberdade pelo mesmo direito que lhe tinha arrebatado, ou ele tem razão em retomá-la ou não tinham em lha tirar”.¹⁹⁶

O poder se reconhece em suas positivities, jamais na censura ou na violência. Exatamente por isso a violência não pode ser considerada como um fim em si mesmo. É sempre um instrumento, um meio, um caminho. Ela “sempre depende da orientação e da justificação pelo fim que almeja”¹⁹⁷, de forma que se não pode fundamentar a si mesma, tampouco poderá fundamentar o poder. Em suma, violência não pode ser essência de nada.

Isso contraria a idéia de Walter Benjamin, em seu “*Zur kritik der gewalt*”, pois impediria de se julgar a violência em si mesma, se é justa ou não, moral ou não, além de restringir a violência a mera aplicabilidade. Seja como for, há um completo interesse no monopólio da violência, menos para proteger fins justos e legais, e mais para proteção do próprio direito.¹⁹⁸ Não apenas Jacques Derrida faz uma leitura dos postulados erigidos por Walter Benjamin, como a distinção entre “violência fundadora” e “violência conservadora”, mas também Giorgio Agamben. Todavia, para esse, no fundo, tais conceitos representam a distinção entre poder constituinte e poder constituído.¹⁹⁹ De outra sorte, percebe-se nitidamente que a condição de possibilidade desse debate benjaminiano é o poder e a violência serem a única e mesma coisa.

A hipótese com que trabalho nesse ponto é a de que “poder” e “violência” não são equiparáveis e sim equidistantes, tampouco que o fundamento do poder é a violência ou

¹⁹⁴ DUARTE, André. Poder e violência no pensamento político de Hannah Arendt. In: ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 147.

¹⁹⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**. *Op. cit.*, p. 172.

¹⁹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁹⁷ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, p. 68.

¹⁹⁸ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 75-78.

¹⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: O poder soberano e a vida nua**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 48.

vice-versa. Talvez a confusão entre conceitos como: poder, dominação, força, coerção, autoridade, e violência, que, embora sejam distintas e também bastante próximas, ofusquem o fato de que o poder nasce como um fenômeno essencialmente não violento, posto que ele é produto de uma ação coletiva que, “Por trás da aparente confusão subjaz a firme convicção à luz da qual as distinções seriam, no melhor dos casos, de pouca importância: a convicção de que o tema político crucial é, e sempre foi, a questão sobre ‘quem domina quem’”²⁰⁰.

Ao falar de política é preciso ter sempre em conta que há uma inevitável e inseparável relação entre ela e o direito, principalmente, em termos filosóficos. Contudo, não se confundem. A política modifica a realidade. O direito restringe essas modificações, contrabalançando-as.²⁰¹

O que identificamos, ao lado de Hannah Arendt, é que poder e violência sempre se relacionaram a fatos políticos concretos, sem que essa relação interconceitual se confunda, de forma alguma, com a dialética hegeliana, onde termos distintos se interpenetram e se transformam em algo distinto deles mesmo. Não. Não é isso. O caráter relacional dos conceitos com que Arendt trabalha, nos leva bem mais próximos de uma alteridade, isto é, a distinção só existe na medida que um se relaciona contínua e mutuamente um com o outro. Pois não havia qualquer sentido em distinguir aquilo que não se apresenta confuso e misturado.

Esse fator relacional implica em estabelecer que, entre poder e violência, “o limite jamais é absoluto, mas sempre tênue e sujeito à contaminação e ao deslocamento.(...) não há liberdade sem necessidade; não há poder sem violência (...) os opostos que aí se separam, os quais compartilham o limite e se unificam justamente ali onde se separam”²⁰².

Então, não poderia ser outro o critério de separação e unificação senão a relação de proporcionalidade inversa entre poder e violência. E, explica a própria Hannah Arendt, que “Poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro estará ausente”, absolutamente. Ou, em outra passagem – que nos lembra a literatura mosqueteira de Alexandre Dumas – “A forma extrema de poder é Todos contra Um; a forma extrema da violência é Um contra Todos”. Mas, isso nos traria uma proporção também absoluta.

²⁰⁰ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op.Cit.*, p. 60.

²⁰¹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**. *Op. Cit.*, pp. 9 e 187.

²⁰² DUARTE, André. Poder e violência no pensamento político de Hannah Arendt. *Op. Cit.*, p. 135.

Assim, nos termos arendtianos, poder e violência em seus estados puros – e isso é pouquíssimo frequente – sugere que “Jamais existiu governo exclusivamente baseado nos meios da violência”. A partir disso, entendo que poder e violência estão sempre presentes nos Estados, pois nada “é mais comum do que a combinação entre poder e violência”²⁰³

O surgimento da violência não encontra-se atrelado ao acaso ou à contingência, mas à necessidade em contrapor-se ao risco de perder o poder. Com isso, levanta-se também o paradoxo de que a violência possui seu próprio caminho, o desaparecimento do poder. Logo, é incorreto “pensar o oposto da violência como a não violência; falar de um poder não violento é de fato redundante. A violência pode destruir o poder; ela é incapaz de criá-lo”.²⁰⁴

É óbvio que é plenamente possível dominar o inimigo, interno ou externo, através da violência. Certamente, o uso da violência trará uma vitória. Todavia, o que não se pode dizer é que essa vitória terá um preço pago apenas por quem sofreu a violência, também quem utiliza-se desse instrumento pagará preço altíssimo, a perda de seu próprio poder, é dizer a legitimidade do poder. Vê-se, então o caráter auto-destrutivo da utilização da violência para alcançar uma vitória.

O produto da relação entre poder e violência não equivale a sua mútua exclusão, como é possível sua verificação em realidades políticas concretas, onde predominavam ora o poder ora a violência. O que há, repito, é uma relação de proporcionalidade entre poder e violência. A proporcionalidade surge, então, como um critério de avaliação das diferentes formas de governos e, quanto maior o poder menor a violência, e continua verdadeiro o inverso. Assim, se em um governo predomina o poder em detrimento da violência, esse estará mais distante de ser classificado como despótico, tirânico, ditatorial ou totalitário. Se, por outro lado, pulula a violência em prejuízo do poder, além vigorar formas as governos acima enumeradas será mais constante e disseminada a crueldade dos meios e das instituições que garantem a dominação.

É neste sentido que afirma Hannah Arendt: “Onde a violência não mais está escorada e restringida pelo poder, a tão conhecida inversão no cálculo dos meios e fins faz-

²⁰³ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, pp. 73, 58, 67 e 63.

²⁰⁴ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, pp. 73-74

se presente. Os meios da destruição, agora determinam o fim – com a consequência de que o fim será a destruição de todo poder”²⁰⁵.

Todo aumento de violência sinaliza uma diminuição e até mesmo a perda do poder, pois o espaço público tende ao desaparecimento, bem como a pluralidade de opiniões que reativavam a legitimidade do poder. Não por acaso é que Hannah Arendt afirma que “do cano de uma arma emerge o comando mais efetivo, resultando na mais perfeita e instantânea desobediência. O que nunca emergirá daí é o poder”²⁰⁶.

A definição do poder guarda uma intrínseca relação com o conceito de civilização, uma vez que a essência tanto do poder quanto da civilização encontra-se no conjunto, na ação coletiva, no agir em comunhão em substituição das forças do indivíduo pelo poder da comunidade. “A substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo da civilização”.²⁰⁷

O poder precede qualquer governo ou formas de governo, é a ação coletiva, o agir em conjunto. É dizer, isso significa sua origem, o fundamento do poder. Enquanto que a permanência do poder reside na unidade entre os homens dispostos a deliberar e a agir em comunhão. Essa não é apenas uma característica do poder nas idéias de Hannah Arendt, mas também de Michel Foucault quando afirma que “o poder não se dá, não se troca e nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação”.²⁰⁸ Desaparece o poder sempre que os homens se encontrem isolados uns dos outros. O poder também só existe enquanto potência, enquanto possibilidade, pois é preciso sempre reafirmá-lo conjuntamente.

O poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas também para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo se conserva unido. Quando dizemos de alguém que ele está ‘no poder’, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome. A partir do momento em que desaparece o grupo do qual se originara o poder desde o começo (*potestas in populo*: sem um povo ou grupo não há poder), ‘seu poder’ também se esvanece²⁰⁹.

Não podemos compreender a aquisição e a manutenção do poder como aqueles pelos quais grupos distintos de uma mesma sociedade lutam e competem, tampouco

²⁰⁵ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, p. 72.

²⁰⁶ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, p. 70.

²⁰⁷ FREUD, Sigmund. **Mal-estar na civilização**. *Op.cit.*, p. 115.

²⁰⁸ FOUCAULT, Michel. Genealogia e poder. *In: Microfísica do poder*. Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 175.

²⁰⁹ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, pp. 60-61.

referir-se ao emprego do poder como a maneira de um grupo em administrar as coisas. Aqui, o poder estaria como uma estratégia para uma ação bem sucedida e, em Hannah Arendt, precisamos compreendê-lo como um recurso gerado pela formação de uma vontade comum. Digo, pela capacidade de um agrupamento humano agir em concerto, pois, a “carência da capacidade de agir em conjunto é um convite à violência”.²¹⁰

Como o poder provém da ação em conjunto, ele constitui um *nós* que, segundo Arendt, parece necessitar de um começo estabelecido, um marco no tempo em que se apoiar. Cada homem e cada ação praticada, conforme verificamos, emerge no mundo das aparências como um começo; mas a série de ações que enseja a esfera política também parece precisar de seu marco inicial. É a *fundação*, o ato instaurador do poder, que torna o *nós* – e não apenas cada homem e cada ação – uma realidade palpável com características próprias, fornecendo também o princípio de legitimidade aos atos dela decorrentes. Todo poder legítimo apela a essa instância passada.²¹¹

Só há poder entre os homens, quando preservada a condição para a ação coletiva e se preservada sua pluralidade de interesses e opiniões, conflitantes ou não, no mesmo espaço público, podemos até dizer que a individualidade do homem surge nesse espaço público livre. O poder se origina de maneira legítima quando as palavras pronunciadas no espaço público não velam nem ocultam intenções subterrâneas, mas revelam e atuam sobre a realidade, enquanto que os atos que dela decorrem não violam nem destroem essa mesma realidade, apenas cria novas relações e novas realidades. No Brasil, podemos citar como exemplos de ação coletiva, do agir em conjunto o movimento das “Diretas já”, que foi a chave para pôr fim ao regime militar e redemocratizar o país, bem como o conhecidíssimo “Fora Collor”, processo de *impeachment* do primeiro presidente eleito democraticamente após a redemocratização.

A pluralidade do espaço público é quem permite o surgimento e o exercício da liberdade, o diálogo entre os comuns, é a *vita activa*. E, por contraste, aquilo que impedir ou obnubilar esse espaço público obsta a própria liberdade. Presença e ou ausência da liberdade está submetida à possibilidade efetiva do diálogo e à interação com os outros. Política e liberdade coincidem e apenas se articulam no mundo público.

A liberdade que se manifesta publicamente não é apenas um pressuposto para a existência do poder e do espaço público, mas também para a legitimidade, pois ela

²¹⁰ LAFER, Celso. **Hannah Arendt**. : Pensamento, persuasão e poder. São Paulo: Paz e Terra, 2003, pp. 34 e 166.

²¹¹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**. *Op. Cit.*, p. 177.

pertence à esfera da ação, da *vita activa*. A capacidade de realizar algo novo não faz confundir ou imiscuir liberdade e livre-arbítrio. A liberdade são possibilidades infinitas e ilimitadas, enquanto que o livre-arbítrio é a escolha entre opções pré-fixadas. Cabe, então, caberia a seguinte pergunta: a liberdade é absoluta? Não, pois ela somente existe no plural, numa ação que “parte de um nós que descansa sobre alguma forma de consenso”. Mesmo que o homem nasça diferente, para Arendt, é a capacidade de agir politicamente quem os torna iguais. A liberdade possibilita a igualdade, mas o inverso não é verdadeiro²¹²

Ora, ao relacionar “espaço público”, “ação coletiva” e a “origem legítima” do poder, devemos questionar: o que confere poder às instituições políticas de um país? A resposta continua a encontrar-se no enlace desses três elementos, isto é, o consentimento que trouxe as leis à existência preserva-se e reafirma-se nas instituições, na medida em que o povo apoia e continua a ser representado por um governo, pois pressupõe-se que o povo domina os seus próprios governantes. As instituições políticas são o próprio poder materializado, assim, acompanham o poder seja como sua manifestação, seja ao decair com ele e metamorfosear-se em violência.

Como já afirmei, poder não pertence a ninguém individualmente concebido, pois a “monopolização do poder causa o ressecamento ou o esgotamento de todas as fontes autênticas de poder no país”,²¹³ ou isso ou cairíamos no maniqueísmo de cindir a sociedade entre os que possuem o poder e os que dele estão alijados. Tampouco se pode dispor do poder, como se fosse um bem material, uma coisa, uma propriedade que se possui ou não, ou mesmo um instrumento, igualmente como se dispõe da violência, pois o poder é um fim em si mesmo, como defendia Arendt. A existência do poder está condicionada ao exercício. O poder é extraído de práticas ou de formas de funcionamento do Estado ou de suas instituições políticas. O poder não se concentra em um único lugar, senão em todos os lugares, em cada peça da maquinaria social.

Rigorosamente falando, o poder não existe; existe sim práticas ou relações de poder. O que significa dizer que o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona. E que funciona como uma maquinaria, como uma máquina social que não está situada em um lugar privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social. Não é um objeto, uma coisa, mas uma relação. E esse caráter relacional do poder implica

²¹² ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**. *Op. Cit.*, p. 165-167.

²¹³ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, p. 106

que as próprias lutas contra seu exercício não possam ser feitas de fora, de outro lugar, do exterior, pois nada está isento de poder.²¹⁴

Ora, a legitimidade do poder se origina da ação dialógica e coletiva, com suas bases fundadas no apoio e na quantidade de homens que consentem, tácita ou explicitamente, que o poder é poder. E consentir pressupõe a possibilidade efetiva em discordar, a liberdade do dissenso. Logo, governo é “essencialmente poder organizado e institucionalizado”²¹⁵, diferentemente do que ocorre quando a violência é a forma principal de governar, pois os governos tirânicos são excessivamente violentos, exatamente por parcela significativa de sua população não consentir. Assim, as instituições para avançarem e viverem necessitam de uma ação política espaldada no exercício contínuo da liberdade.

A maior parte de qualquer movimento revolucionário, por exemplo, é inspirada e dirigida contra as violências de um governo autoritário, o que facilmente nos conduz a conclusão de que aspiram a uma lufada de liberdade. Tal justificativa podemos encontrar tanto em Maquiavel quanto em Robespierre, tanto em Marx como em Lênin. Por outro lado, é sempre possível questionar essa justificativa, na medida que passado esse período eminentemente revolucionário, não se conseguia construir ou manter um espaço público onde a liberdade seja preservada e exercitada.

se de um lado a experiência da fundação tem provocado o gosto pela liberdade pública, por outro a sua violência constitutiva engloba uma tendência à supressão desta mesma liberdade que a legitimou (...) Em outras palavras, as revoluções não conseguiram assegurar a felicidade pública porque não mantiveram um espaço público onde a liberdade como virtuosidade pudesse permanentemente aparecer na coincidência entre ação, palavra viva e palavra vivida”.²¹⁶

Devo frisar que a ausência do espaço público livre não foi o único elemento revoluciário, o único móvel. Por outro lado, sem dúvidas, foi um dos últimos a aparecer, como um soldado que não quer ir à guerra e, por isso, é o último a apresentar-se, e que, tão logo finda a batalha, é o primeiro a desertar. “Entre todas as idéias e todos os sentimentos que prepararam a Revolução, a idéia e o gosto pela liberdade pública propriamente dita tenham sido os últimos a apresentar-se, como foram os primeiros a desaparecer”. Ainda sobre esse espedeque, podemos dizer que no *ancien régime* a violência era a conjugação de

²¹⁴ MACHADO, Roberto. Introdução: Por uma genealogia do poder. In: **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

²¹⁵ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, p. 69.

²¹⁶ LAFER, Celso. **Hannah Arendt**. *Op. Cit.*, pp. 66-67.

um hábito com a indiferença, pois o “Antigo Regime forneceu à Revolução várias de suas formas; ela lhes acrescentou apenas a atrocidade de seu gênio”.²¹⁷

Não quero dizer, com isso, que as monarquias ou que em um governo tirânico seus regentes ou ditadores governem isoladamente. Não. Isso seria algo deslocado da realidade do mundo dos fatos, uma fantasia. Explico: um rei, muito mais que sobre outras formas de governo, precisa do apoio geral da sociedade, da mesma forma que o tirano precisa, no mínimo, de séquito de ajudantes para executar as tarefas da violência. Assim, o que importa, não é unicamente a liberdade na definição do poder, importa também o número, a quantidade de apoiadores associados ao governo. Embora a forma com que uma dominação autoritária se organize é de tal forma superior que a maioria dominada encontra em resistir ou opor-se ao seu tirano.

Mesmo a dominação mais despótica que conhecemos – o domínio do senhor sobre os escravos, que sempre o excederam em número – não se amparava em uma organização superiores de coerção como tais, mas em uma organização superior do poder – isto é, na solidariedade organizada dos senhores. Homens sozinhos, sem outros para apoiá-los, nunca tiveram poder suficiente para usar da violência com sucesso. Assim, em assuntos domésticos, a violência funciona como o último recurso do poder contra o criminoso ou rebelde – quer dizer, contra indivíduos singulares que, por assim dizer, recusam-se a ser subjugados pelo consenso da maioria.²¹⁸

E antes que se faça qualquer ilação acerca da possibilidade de haver em uma democracia, onde há o domínio da maioria, mas que tal quantidade de apoiadores operam coletivamente para suprimir direitos das minorias, e com a eficiência funcional capaz de sufocar os dissensos sem a utilização da violência, embora não se encontre espaldada na carta constitucional, mesmo assim, isso não significa que violência e o poder são o mesmo.

É evidente que a questão da maioria não é mera contagem de votos, é preciso garantir à minoria a possibilidade efetiva de protestarem e de se oporem, inclusive em conjunto, a qualquer decisão política. “O poder não é mercadoria rara, não tem algo como um limite fixo e matematicamente divisível (...) Se o poder resulta do agir conjunto, ele pode se multiplicar a despeito da relação entre minorias e majorias, desde que a todas seja garantida a liberdade – pública, é bom repetir – de associação e mesmo manifestação”.²¹⁹

²¹⁷ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, pp. 175 e 211.

²¹⁸ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, pp. 67-68.

²¹⁹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**. *Op. Cit.*, pp. 174-175.

O consenso de que fala Hannah Arendt não nos remete a uma totalidade dos homens, como ocorre com a idéia dos contratualistas sobre o pacto social. O consenso é dos muitos ou da maioria, obviamente não são todos, pois sempre haverá um mínimo ou um resíduo não assimilado nem assimilável ao consenso estabelecido, seja por não querer participar da construção do consenso seja por resistir a construção de qualquer consenso seja simplesmente por quebrá-lo. Assim, para Arendt, ao falar da importância do consenso na constituição do poder legítimo não há a necessidade ou exigência de que “todos estejam de acordo sobre todos os aspectos políticos e durante todo o tempo, pois tal consenso é não apenas transitório, mas também nunca universal ou universalizável”.²²⁰

É um equívoco mensurar o poder pela posse dos meios de violência, uma vez que sobrexiste a possibilidade dos mais facos reunirem as condições necessárias para destruir os mais fortes e mais bem armados. O fato de uma determinada minoria aparentar ter mais poder que a maioria pode encontrar-se na recusa dessa em utilizar o seu poder, seja por ausência de motivação, seja por incapacidade de construir um consenso para agir, seja por falta de organização e etc.. Isso faz com que a minoria triunfe, momentaneamente. É por conta disso que sempre será possível uma revolução, mesmo que a maioria detenha altos graus de sofisticação e organização dos meios violentos, pois todos os governos sempre detiveram mais potencial de violência que seus cidadãos. “Revoluções não são ‘feitas’ e rebeldes só tomam o poder quando o governo já o perdeu”.²²¹

Sem dúvida não poderíamos confundir ou imiscuir, além de poder e violência outros termos basilares para a filosofia e ciência política como o “vigor”, a “força” e a “autoridade”. Pois, brevemente, o vigor possui um caráter individual afeito ao indivíduo ou a uma coisa, demonstrando sua constituição individual. A força, frequentemente utilizada como sinônimo de violência, principalmente quando nos referirmos à qualquer tipo de coerção, deveria reservar-se à movimentos físicos ou sociais, como “força da natureza” ou “força das circunstâncias”. Por fim, a autoridade, rotineiramente causa dessa confusão, é a investidura de uma relação (pai, professor...) cargo, função, hierarquia e não aquele que “estar no poder” ou obra com violência, pois tanto se perde a autoridade ao bater no filho –

²²⁰ DUARTE, André. Poder e violência no pensamento político de Hannah Arendt. *Op. Cit.*, p. 162.

²²¹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**. *Op. Cit.*, p. 178.

agir tiranicamente – quanto ao discutir com ele – tratando-o como um igual, a autoridade se conserva pelo respeito pela pessoa ou pelo cargo.²²²

Walter Benjamin procura distinguir a “violência fundadora” – aquela que institui e instaura o direito – da “violência conservadora” – aquela que assegura a permanência e a aplicabilidade do direito –, embora faça concessões no sentido de que uma não é totalmente “heterogênia” à outra, pois várias vezes a violência dita fundadora pode ser representada e, necessariamente, repetida re-fundada pela “violência conservadora”.²²³

A fundação de todos os Estados advém numa situação que podemos, assim, chamar de revolucionária. Ela inaugura um novo direito, e o faz sempre na violência. Sempre, isto é, mesmo que então não ocorram aqueles genocídios, expulsões ou deportações espetaculares que acompanham freqüentemente a fundação dos Estados, grande ou pequenos, antigos ou modernos, muito perto ou muito longe de nós.²²⁴

Para Benjamin, a violência revolucionária não institui ou origina, tampouco conserva o direito, senão o depõe ou o destrói. E, assim, inauguraria uma nova época histórica. É motivado por essas idéias que o direito, conforme a leitura benjaminiana, não pode tolerar de forma alguma essa violência, pois ela se encontra fora do direito.²²⁵ E só por isso. Não precisa ir longe ou tentar argüir sobre a (in)compatibilidade da violência com o direito. Não. Basta atestar que ela possui sua existência além das fronteiras do direito.

Uma análise que pressupõe os postulados político-filosóficos propostos por Hannah Arendt, ressaltaria que aquilo que Benjamin denominou como “violência fundadora” não é mais do que o nascimento do poder, enquanto que a nomeclaturada “violência conservadora” seria um composto entre a violência em si e a coerção. O que é fundamental destacar é que a reafirmação da “violência fundadora” através da repetição da “violência conservadora” será plenamente possível se, e somente se, espaldada na proporcionalidade, também em Benjamin e como propôs Hannah Arendt, com relação ao poder legítimo.

A partir do repertório arendtiano façamos uma brevíssima desconstrução de um pequeno trecho de Jacques Derrida extraído do seu “Força de lei”: “o direito é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que

²²² ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, pp. 61-62.

²²³ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. *Op. Cit.*, pp. 64, 90.

²²⁴ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. *Op. Cit.*, p. 83.

²²⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 85.

essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável”²²⁶. A princípio ninguém poderá negar – aquilo que já se tornou uma máxima – que o direito sem força é conselho. Ademais do “aforismo”, apresenta-se clara a indistinção entre poder, violência, força e coerção. Senão, vejamos: O direito é poder, que será legítimo ou ilegítimo, que coage vilentemente ou não. Essa violência é que poderá ser justificada, se autorizada e dentro dos limites da legalidade. E, somente no fim, concordo com Derrida, pois a violência, mesmo justificada, pode ser injusta.

Em outro trecho fica candente a “confusão” que Derrida faz entre força e violência: “não há lei sem aplicabilidade, e não há aplicabilidade sem ‘*enforceability*’ da lei sem força, quer essa força seja direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva – ou hermenêutica –, coercitiva ou reguladora etc.”. Concordaria com Derrida, bastava substituir força por violência. Talvez sua indistinção terminológica advinha do fato do termo “*gewalt*” significar, a um só tempo: violência, força legítima, poder legítimo, autoridade justificada e força de lei, conforme o próprio Derrida²²⁷. Isso porque – nunca é demasiado alertar – sua discussão parte da análise do texto “*Zur kritik der gewalt*”, de Walter Benjamin que, aliás, por ter falecido antes, não chegou a conhecer “*On violence*” de Hannah Arendt, diferentemente de Jacques Derrida, suponho.

Acaso tenha me expressado minimamente inteligível, o leitor verá como fica truncado compreender o que Derrida tenta dizer, sem considerar o repertório proposto por Hannah Arendt, ou mesmo as variáveis que o próprio Derrida identificou na tradução da palavra “*gewalt*”. Então vejamos:

Tal situação é, de fato, a única que nos permite pensar a homogeneidade do direito e da violência, a violência como exercício do direito e o direito como exercício da violência. A violência não é exterior à ordem do direito. Ela não consiste, essencialmente, em exercer sua potência ou uma força brutal para obter tal ou tal resultado, mas em ameaçar ou destruir determinada ordem de direito, e precisamente, nesse caso, a ordem de direito estatal que teve de conceder esse direito à violência (...)²²⁸

Portanto, a violência sobre qual estamos a conceituar, por proporcional exceção de poder, não se confunde com a violência da transgressão criminosa. Essa não excede o interesse particular e individual. Tanto é assim que Hannah Arendt, evidentemente, não confunde desobediência civil com a ação violenta de um criminoso. Enquanto a

²²⁶ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. *Op. Cit.*, pp. 7-8.

²²⁷ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. *Op. Cit.*, p. 9-10, 68 e 73.

²²⁸ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. *Op. Cit.*, p. 81.

desobediência civil é uma ação legítima, pois defende sua causa abertamente no espaço público, a ação violenta é uma pretensão ilegal e individual, escondida nas sombras do espaço particular. O problema da violência situa-se quando inibe a ação coletiva no espaço público. Assim, a violência sobre a qual nos referimos é a violência do Estado. E esta violência, mesmo que administrada pelo Estado, não se confunde com o poder.

A violência, “sequer sua ameaça, não é parte do poder político”. Arendt prefere admitir a possibilidade do desaparecimento da liberdade na política que admitir a violência, mesmo como ameaça, ou como coposto do poder político. A violência pode atingir, inclusive, um certo grau de estabilidade – como na Alemanha nazista ou com os espartanos –, pode tornar-se, até, um lugar-comum, mas jamais será poder político.²²⁹

Nego, ainda, que a violência seja uma manifestação de força irracional ou supostamente inerente à natureza humana. A violência é, apenas, justificável ou não, como já disse, sempre a depender dos objetivos que pretende alcançar. A violência é a *ultima ratio* dos governantes, um ato de necessidade para preservação da estrutura de poder que pode se tornar um mecanismo para reestabelecer o equilíbrio entre as balanças da justiça. Embora seja bastante tentador pensar o poder como uma relação entre comando e obediência e, desta forma, equipará-lo à violência. Apenas uma “tentação”.

Vejamos, por exemplo, que a pena é meio dissuasivo tão inegavelmente violento quanto inegavelmente necessário para o direito. Mesmo assim, não nos é correto afirmar que ela seja o meio para o exercício do poder – pois este significaria sobrepor a vontade de um agente aos demais – senão que simbolize a preservação desse mesmo poder.

Duas coisas inexistem a partir de uma análise do pensamento arendtiano: uma violência com capacidade para gerar o poder; outra, poder que se auto-preserve por período indeterminado sem a utilização, sempre que necessária, da violência.

Embora não haja afirmação explícita de Hannah Arendt nesse sentido, inferi do seu texto que unicamente o poder legítimo, que preserva e se revigora na pluralidade de opiniões possibilitada pelo espaço público e no exercício da liberdade é capaz de empregar controlada e eficazmente os meios da violência que lhe são necessário para a contenção de contestadores, rebeldes e, principalmente, invasores externos e criminosos.

²²⁹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade.** *Op cit.*, pp. 193-194.

Há, por tudo, uma ascendência do poder sobre a violência, mas isso não é determinado por critérios extrapolíticos, senão pela maneira estritamente política de empregar a violência. Afinal de contas, e, para que esta aplicação da violência seja bem feita é fundamental que ela dure na medida que permaneça intacta a estrutura de poder do governo. Há, portanto, uma remissão ao fato de que a violência somente será bem sucedida e verdadeiramente instrumental ao poder quando utilizada para preservá-lo, quando aqueles a quem ela se orienta estiverem dispostos a obedecer. Ou isso, ou “onde os comandos não são mais obedecidos, os meios da violência são inúteis; e a questão dessa obediência, mas pela opinião e, por certo, pelo número daqueles que a compartilham. Tudo depende do poder por trás da violência”²³⁰.

O sentido de distinguir poder e violência é que tal servirá como instrumento para o seguinte argumento: a Revolução Francesa é um evento político matriz, é dizer, funda um novo poder (uma nova ordem) e supera o estado de violência que vigia no *ancien régime*. Este repertório que escolhi possibilitará, mais adiante, sustentar que houve uma mudança no objeto do sistema penal, que era pura violência corporal e que é, agora, por haver uma mudança no objeto de aplicação da pena, um poder disciplinar. Ao falar em poder disciplinar, resta evidente que utilizarei Michel Foucault, mas, desde já, advirto que o pensador francês não fez uso dessa distinção arendtiana e, por isso, por vezes, chamou violência o que chamarei poder e vice-versa. Portanto, cuidarei em preservar o repertório aqui iniciado.

2.2. Entre o corpo e a alma: a mudança do objeto, o progresso do humanismo e a “sensibilidade moderna”.

O poder não brota das armas, de um exército bastante equipado, de uma polícia bem numerosa ou de um grupo para-militar ou terrorista que promove atentados. Acaso alguém confunda o que realmente é poder com aquilo que, por oposição e proporção, é violência, corre o risco de não conseguir diferenciar sequer a ordem de um policial da ordem de um assaltante qualquer.

Essa é uma conclusão que podemos retirar até mesmo dos contratualistas, embora eles não comunguem das distinções até aqui expostas sobre poder e violência, uma vez que

²³⁰ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, pp. 65-66

“o mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever”.²³¹ Por outro lado, é preciso ter sempre em conta a advertência: não se pode atribuir à violência uma ética que ela não tem! Ou isso ou deveremos considerar que “uma facada desferida por um homem de hábitos corretos, mas violentos, é um mal social menos grave e mais facilmente curável do que as manifestações de luxúria de jovens tidos por mais civilizados”.²³²

A leitura das “Reflexões sobre a violência” de Georges Sorel nos traz essa confusão entre poder e violência, que ainda possui como pano de fundo a luta de classe entre burgueses e proletários, e, de uma certa forma, mas com uma imponderável razão marxista, afirma que o poder burguês somente será deposto mediante o exercício da violência. É dizer, a equivocada apologia da violência proletária das idéias sorelianas faria surgir um novo Estado socialista. “Hoje, não hesito em declarar que o socialismo não poderia subsistir sem uma apologia da violência”²³³. Assim, um novo poder tomado de assalto poderia surgir da violência, na medida em que ele apenas a considera sobre o ponto de vista de suas conseqüências ideológicas, onde tudo se justifica.

Para Sorel, é preciso se afastar do que pregou a filosofia luminar e a propaganda burguesa de que violência e barbárie são equivalentes. Aos olhos da burguesia “é admirável tudo que afasta a idéia de violências. Nossos burgueses desejam morrer em paz”. Essa seria uma forma da burguesia nublar os olhos do povo. A empreitada de Sorel é desmistificar a violência e afirmá-la como a única forma de fazer o proletariado encontrar-se com o poder, naquilo que seria o último confronto entre as classes. “Os códigos tomam tantas precauções contra a violência e a educação é orientada para atenuar de tal modo nossas tendências à violência que somos instintivamente levados a pensar que todo ato de violência é uma manifestação de regressão à barbárie”.²³⁴

Entender a violência como um ato de guerra é praticamente uma obrigação para os socialistas, conforme Sorel, em que pese não se poder inferir isso das idéias marxistas. “A noção de classe tende a depurar a noção de violência”²³⁵, isso representa uma posição de classe, e uma justificativa para o avanço de uma sobre a outra, digo do proletariado sobre os burgueses. Parece-me que ou não há uma efetiva depuração, ou ainda estamos a esperar

²³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. *Op. Cit.*, p. 12.

²³² SOREL, Georges. **Reflexões sobre a violência**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 204.

²³³ SOREL, Georges. **Reflexões sobre a violência**. *Op. Cit.* p. 309.

²³⁴ SOREL, Georges. **Reflexões sobre a violência**. *Op. Cit.* pp. 119 e 203.

²³⁵ SOREL, Georges. **Reflexões sobre a violência**. *Op. Cit.*, p. 132.

uma depuração tardia, basta verificar que a corrida armamentista não cessou com o final da segunda guerra mundial nem tampouco com o final da guerra fria.

Por que a violência foi vista por Georges Sorel como um desdobramento silogístico do pensamento marxista, mesmo quando varrida a tese pelos fatos ou quando há uma notória incompatibilidade entre a teoria e sua própria política?

A violência para Karl Marx possuía um caráter secundário. O surgimento de uma nova sociedade estaria intimamente condicionado às profundas contradições afeitas à velha sociedade que “morta” sucumbiria. Disto não se pode inferir que a violência era a causa. O papel da violência, para Marx, resumia-se ao último momento, na ação dirigente e revolucionária, e a “ditadura do proletariado”. As irrupções violentas que caracterizam o “tomar o céu de assalto” – inscrita no Manifesto do partido comunista – apenas precedem a nova sociedade, não pode causá-la. E, repito, somente as contradições sociais fazem surgir outra sociedade.

Por outro lado, qualquer pessoa, minimamente introduzida nas idéias marxistas, poderia questionar: o Estado não é um instrumento de violência à serviço de uma classe dominante? Correto, mas até mesmo a “ditadura do proletariado”, como meio violento que precede a nova sociedade, não passa de órgão transitório da ação revolucionária, concebido para durar um período estritamente necessário. Logo, não se confundiria com o poder.

Para utilizar os signos marxistas, podemos dizer que, no máximo, a violência seja “um elemento estrutural, intrínseca ao fato social e não o resto anacrônico de uma ordem bárbara em vias de extinção. Esse fenômeno aparece em todas as sociedades; faz parte, portanto, de qualquer civilização ou grupo humano: basta atentar para a questão da violência no mundo atual”.²³⁶

Procurei demonstrar no tópico anterior que assim não é, e que somente a partir da distinção entre poder e violência resta notória a significação técnica e instrumental da utilização da violência. Se hoje compreendemos que a instrumentalidade da violência, no final do século XVIII, conta uma história empoeirada que recorreu à guilhotina em substituição aos suplícios, também é hoje que cintila o desenvolvimento técnico dos implementos da violência, que “alcançou agora o ponto em que nenhum objetivo político poderia presumivelmente corresponder ao seu potencial de destruição ou justificar seu uso

²³⁶ GAUER, Ruth M. Chittó. Violência e legalidade. *Op. Cit.*, p. 133.

efetivo no conflito armado”.²³⁷ Neste mesmo sentido, afirma Celso Lafer o caráter instrumental da violência que “no mundo contemporâneo, o seu alcance viu-se multiplicado pela técnica”.²³⁸ Fato é que esse novo contexto disseminado e sofisticado de mecanismos de vigilância e controle são partes de um processo de fortalecimento e resignificação de uma nova violência, a das prisões.

Ora, então a violência é regida pelo binômio meio-fim. Mas apenas para os Estados democráticos, e haverá sempre a representação de um perigo comezinho: de o fim ser suplantado pelo meio que, *a priori*, apenas são justificados pelo próprio fim e são extremamente necessários para alcançá-lo. Mas, como adverte Hannah Arendt, o fim das ações humanas caracterizam-se pela sua contingencialidade, pois os “meios utilizados para alcançar os objetivos políticos são muito frequentemente de mais relevância para o mundo futuro do que os objetivos pretendidos”.²³⁹ A violência é uma técnica de controle social que apenas será bem sucedida se, e somente se, possuir um amplo apoio popular, a legitimidade conferida pelo espaço público livre e democrático. Então, por onde anda a razão iluminista? Na instrumentalidade que harmoniza a técnica dos meios com a finalidade que se pretende alcançar.

A razão iluminista, que na origem criticava o existente e propunha projetos alternativos de vida, acabou se transformando exclusivamente na razão instrumental, cuja única função é a adequação técnica de meios a fins e é incapaz de transcender a ordem constituída. Mas é em nome da razão iluminista que o Iluminismo é criticado (...) criticar a razão atrofiada em que se converteu a razão iluminista é o melhor serviço que o Iluminismo pode prestar ao Iluminismo.²⁴⁰

É preciso observar que, mesmo funcionando como um instrumento para o alcance de uma finalidade específica, a finalidade da violência, seja ela qual for (felicidade da maioria, governos totalitários, ideologias...) sempre se projeta para o futuro para justificá-la.²⁴¹ Enquanto que o poder, já disse, não precisa de justificção, apenas de legitimidade. Essa legitimidade será em uma ação coletiva fundadora localizada no passado.

Não faz muito tempo morria-se no patíbulo. Ainda ontem, o inegável e irresistível desenvolvimento de técnicas e máquinas ameaçavam o emprego da classe trabalhadora, hoje nações inteiras estão à mercê dessas tecnologias, seja para sobreviver, seja para

²³⁷ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, p. 17

²³⁸ LAFER, Celso. **Hannah Arendt**. *Op. Cit.*, p. 118.

²³⁹ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, p. 18

²⁴⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 206.

²⁴¹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**. *Op. Cit.*, p. 175.

continuar a bem viver, seja para trabalhar. Também novas técnicas sobre a pena se desenvolveram, entre elas, a prisão tornou-se um artigo mais que necessário para domar o homem de corpo e alma.

Parece-nos que a razão iluminista, criadora da modernidade, fez sumir dos corpos dos seus supliciados as severas marcas da tortura. Será mesmo? E se saíram do corpo onde se alojaram e se concentraram os horrores das penas, os resquícios do terror do *ancien régime*? É o que procurarei expor à luz do pensamento foucaultiano neste ponto. Afinal de contas, era preciso punir de uma forma que evitasse o conflito frontal, direto e físico entre o príncipe e o populacho. O suplício, que revela a tirania, o excesso e um “estranho” prazer em punir, tornava-se intolerável tanto para filósofos quanto para os teóricos e práticos do direito, mas principalmente para o povo. É preciso haver boas maneiras até para causar sofrimento aos outros. Surge, então, uma nova tecnologia do poder.

Houve verdadeiramente o desbloqueio tecnológico da produtividade do poder. As monarquias da época Clássica não só desenvolveram grandes aparelhos de Estado – exército, polícia, administração local – mas instauraram o que se pode chamar de uma nova economia do poder, isto é, procedimentos que permitem fazer circular os efeitos do poder de forma ao mesmo tempo contínua, ininterrupta, adaptada e individualizada em todo corpo social²⁴².

Essa “má economia do poder e não tanto a fraqueza ou a crueldade é o que ressalta da crítica dos reformadores”. E nisso constitui não só numa nova economia, mas também uma nova tecnologia do poder de punir, estas “são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal do século XVIII”. E se isso consistia no utilitarismo dos reformadores, principalmente de Beccaria, então é porque a “‘Humanidade’ é o nome respeitoso dado a essa economia e a seus cálculos minuciosos”.²⁴³

Ante o processo de industrialização do novo mundo que surgia era fácil identificar que, economicamente, a punição tomava proporções e vultuosos gastos públicos e verdadeiramente desnecessários. A economia do poder, umbilicalmente atrelada à economia capitalista percebeu, então, ser mais rentável vigiar que punir. Assim, o final do século XIX é marcado, quando se fala na história da repressão, como um período de passagem da punição à vigilância. Nasce, por fim, um novo tipo de exercício de poder, o disciplinar.

²⁴² FOUCAULT, Michel. Verdade e poder. In: **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 8.

²⁴³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 77-86-88.

Proclamar com as trombetas que entoaram a marselhesa, não apenas o nascimento de um novo tempo, mas a morte da barbárie, do primitivismo e da opacidade que antecede a Revolução Francesa era, sem dúvida, o orgulho dos franceses, mas também a esperança e sorte de todo ocidente, *alea jact est*, como diria o general, tirano e imperador Júlio César, às margens do Rubicão.

Qualquer humanista gestaria um sentimento de vitória com o desaparecimento dos suplícios em detrimento de um controle minucioso do tempo e do espaço. Não Michel Foucault, que duvida que o fim dos suplícios signifique uma “humanização”, pois “é provável que Foucault não se regozije com a invenção do prisioneiro”²⁴⁴. Para o pensador francês que estuda as modernas relações de poder e relacionava a “humanização” das penas com os conhecimentos construídos pelo homem, houve uma transformação no objeto de estudo: o corpo suplicante dá lugar à alma docilizada.

A temática que envolve corpo e alma pode até ser um tanto quanto metafórica, o que ela não é, realmente, é noviça, na medida em que o Deus católico encarnou no corpo de Cristo para revelar sua verdade, da mesma forma que somente pode ressuscitar reencarnando nessa mesmíssima matéria. A carne e a alma são seres distintos, mas que podem ou não compor uma mesma entidade.

Há uma certa dificuldade em perceber as pequenas transformações que se operam ao longo dos séculos, embora essas transformações se avultem às conseqüências de proporções exponenciais. Uma hora o delinqüente está sobre o patíbulo, como o sacrifício de uma oferenda ao próprio soberano, outra hora está eclipsado em celas, nas sombras da lei. Mas em que momento se procedeu essa mudança? Vejamos o quê Nobeit Elias, com quem Michel Foucault algumas vezes flertou, afirma sobre isso: “Os hábitos tradicionais de pensar confrontam-nos ininterruptamente com alternativas estáticas. São formados, em certo sentido, de acordo com modelos elásticos: apenas conseguimos conceber pontos isolados, mudanças abruptas e separadas, ou absolutamente nenhuma mudança”.²⁴⁵ Algumas mudanças se perdem na escuridão. Não é o caso da mudança operada entre o corpo e a alma, que Michel Foucault abre uma clarera de luz nas sombras do já pensado.

Em princípio, o debate sobre o câmbio do objeto no qual recai a sanção penal, seja o corpo seja a alma, exige que se faça considerações sobre as “relações de poder”. Nesse

²⁴⁴ BILLOUET, Pierre. **Foucault**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003, p. 127.

²⁴⁵ ELIAS, Nobeit. **O processo civilizador...** *Op. Cit.*, p. 231.

sentido, é preciso advertir ao leitor que não há, nas idéias de Michel Foucault, uma suposta “teoria geral do poder”,²⁴⁶ uma vez que ele não considera o poder como uma realidade possuidora de natureza e essência bem definidas, tampouco que haja uma totalidade ou uma unidade naquilo que poderíamos denominar de poder. Muito pelo contrário, o poder, para o pensador francês, seria heterogêneo, flexível, um fluido em constante transformação, pois, acima de tudo, é uma prática.

As relações de poder, para Michel Foucault, não se encontram em um nível do direito, muito menos em um nível ínsito à violência. E nesse ponto as idéias foucaultianas aproximam-se bastante das idéias de Hannah Arendt ao distinguir poder e violência. Ao retornar ao pensador francês, não poderíamos jamais definir o poder “como algo que diz não, que impõe limites, que castiga”, muito menos é possível defini-lo ou identificá-lo com o Estado, ou mesmo “como aparelho repressivo, no sentido em que seu modo básico de intervenção sobre os cidadãos se daria uma forma de violência, coerção, opressão (...)”²⁴⁷. Por outro lado o pensador francês, assim como Hannah Arendt, não se contém com a idéia de que o corpo social se constitui através do consenso das vontades, todavia, enquanto a filósofa alemã argüi que o corpo social se origina do agir conjunto, Michel Foucault afirma que ele terá materialidade no exercício do poder sobre o corpo dos indivíduos.²⁴⁸

Na segunda metade do século XVIII, houve um fim aparentemente brusco dos suplícios, que logo foram substituídos pela monotonia das celas. Não se expunham mais os corpos, passaram a ser aprisionados, isolados e excluídos, pelo menos, até que fossem “adestrados”. Por detrás dessa mudança fundamentada na “humanidade”, Michel Foucault procurou desnudar o complexo jogo do poder: é preciso pensar em uma melhor escola, em uma melhor psiquiatria, em um poder mais “humano”, mas antes de tudo é preciso denunciar o funcionamento do poder, seus jogos estratégicos, suas táticas e técnicas.

O corpo é transpassado pela física dos poderes. Antes de afirmarmos sua destruição, diríamos seus deslocamentos políticos, sua construção a partir de arranjos técnicos; uma ótica que o observe e o vigie, inserindo o corpo em um aparelho de vigilância e de comunicação; uma mecânica que controle seus gestos e sua concentração e que o utilize em seu máximo fixando o corpo a um aparelho de extração de disciplina; uma fisiologia que defina suas normas, sua exclusão e sua rejeição, capturando o corpo em um aparelho terapêutico e punitivo.²⁴⁹

²⁴⁶ MACHADO, Roberto. Introdução: Por uma genealogia do poder. *Op. Cit.*

²⁴⁷ MACHADO, Roberto. Introdução: Por uma genealogia do poder. *Op. Cit.*

²⁴⁸ FOUCAULT, Michel. Poder e corpo. In: **Microfísica do poder**. Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 146.

²⁴⁹ QUEIROZ, André. **Foucault: O paradoxo das passagens**. Rio de Janeiro: Pauzulin, 1999, p. 65

O poder passa a se organizar de outra forma. O crime que, no Estado absoluto, atingia diretamente a pessoa do soberano e, por isso, reclamava uma resposta com toda a força e espetáculo, após a ilustração, apenas quebrava o contrato social que unia o criminoso ao restante de toda sociedade, e, como consequência, deve ser afastado, adestrado e disciplinado pelo sistema penitenciário que nascia.

O dito desaparecimento dos suplícios, talvez não tenha sido suficientemente testado, e, por isso, embora não haja uma unanimidade, é corriqueiro qualificar esse desaparecimento como “humanização das penas”. No entanto, não podemos negar que o espetáculo da repressão penal e o corpo dos torturáveis, palco de verdadeiras peças em provocar dor, desapareceram. O teatro fechou as portas para “O esquartejado”, “Os símbolos e as marcas de um crime”, “Torturado vivo ou morto”. E como ficaria a platéia sedenta por mais peças à Hamlet? Tornaram-se mais sensíveis, mais humanos?

Certamente, a crítica que se fazia aos suplícios não recorria nem remontava a uma sensibilidade humana ancestral. Embora essa sensibilidade humana não fosse um argumento a ser negado completamente, tanto que para Beccaria os homens possuem limites, “assim no bem como no mal, e um espetáculo muito atroz para a humanidade não pode ser senão um passageiro furor, mas nunca um sistema constante como devem ser as leis; que, se são verdadeiramente cruéis, ou se alteram ou a fatal impunidade nas das próprias leis”.²⁵⁰ Sobre as causas que fazem o criminoso não mais temer a pena, mesmo as crudelíssimas, podemos extrair do “Espírito das leis”, que “elas se originam da impunidade dos crimes e não da moderação das penas”.²⁵¹

As críticas aos suplícios tomavam, então, ares de crítica ao poder ilimitado do soberano e, em verdade, também o eram. Como se tivesse chegado o dia “em que esse ‘homem’, descoberto no criminoso, se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e práticas estranhas”. O homem é descoberto, não como objeção à barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, o limiar do poder de punir. Nasce, com o iluminismo, o “homem-medida: não das coisas, mas do poder”.²⁵²

²⁵⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 84.

²⁵¹ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. *Op. Cit.*, p. 89.

²⁵² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 72.

Vejam os que nos diz o primeiro exemplo de “humanidade” positivada através do Código Penal da França revolucionária de 1791, logo em seu segundo artigo: “A pena de morte consistirá na simples privação da vida, sem que possa jamais ser infligida qualquer tortura aos condenados”. E o artigo terceiro arrematava a obra humana ao definir o método: “Todo condenado à morte terá a cabeça cortada”²⁵³. Estas, caros leitores, são as “utopias do pudor judiciário: tirar a vida evitando deixar que o condenado sinta o mal, privar de todos os direitos sem fazer sofrer, impor penas isentas de dor”²⁵⁴. Desta forma, podemos afirmar, junto com Luciano Oliveira, que se inaugura a sociedade moderna “pela igualdade de todos perante a lei, e a própria lei, por seu turno, pela adoção de métodos de repressão que excluem a crueldade típica do *ancien régime*.”²⁵⁵

As mais ditosas teorias compunham as luzes e eram qualificadas por todos como benignas à humanidade. Some-se a isto o fato de que os ilustrados que as idealizaram faziam parte das classes mais civilizadas. Ocorre que, todavia, não foram essas classes que conduziram a revolução, conforme verifiquei no capítulo anterior, pois elas não possuíam qualquer direção ou mesmo ascendência sobre a massa.

Nenhuma outra, senão a classe burguesa dirigiu a mãe das revoluções, muito embora com o apoio maciço do populacho, sua massa de manobra, seu lupenzinato. Em certa medida, burguesia e massa formam o povo, terceiro estado e, enfim, foi. “apoderando-se do governo ele se dispôs a concluir pessoalmente a obra da Revolução. Os livros haviam fornecido a teoria; ele se encarregou da prática e ajustou as idéias dos escritores aos seus próprios furores”²⁵⁶.

Construiu-se no povo uma insensibilidade a todo tipo de sofrimento e, por conseguinte, uma capacidade de tudo assimilar com naturalidade. O povo teve que se habituar tanto ao peso dos tributos quanto aos sofrimentos do corpo, logo tornou-se indiferente às delicadezas. Essa insensibilidade que tanto serviu a um exército conquistador, como o francês, e que fez a Europa curvar-se, constituiu-se, num primeiro momento a causa de ser um perigoso senhor, pois “tornara-se capaz de tudo suportar e de tudo fazer sofrer”. Mesmo com a guinada mais radical da história, que foi a Revolução francesa, algo intransigentemente insensível perpetuou-se como um costume, uma segunda

²⁵³ OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno**. *Op. Cit.*, p. 15.

²⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 16.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno**. *Op. Cit.*, p. 15.

²⁵⁶ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, p. 227.

natureza. Assim, caiu a Bastilha, e “O dominador caiu, mas o que havia de mais substancial em sua obra permaneceu em pé; morto seu governo, sua administração continuou a viver; e desde então toda vez que se quis derrubar o poder absoluto, não se fez mais que colocar a cabeça da Liberdade em um corpo servil”.²⁵⁷

No que se refere ao direito penal, percebemos um distanciamento temporal entre a execução da pena e o corpo do criminoso, mesmo havendo tantas mudanças mais liberais, mais “humanitárias”. Trocam-se horas de gritos, a prorrogação do sofrimento e a multiplicação de pequenas “mil mortes” do suplício por um rápido, quase instantâneo, e irresistível cair da guilhotina. O corpo, como superfície dos acontecimentos e inscrições, sai de cena, aparentemente, não há mais sofrimento. Mas estará perpetuamente privado do direito de existir.

Ante o espetáculo das novas leis revolucionárias e iluministas, tudo que margeava a encenação, o espetáculo do corpo que sofre, passou a ser valorado negativamente, mais ainda, passou-se mesmo a ventilar afinidades indignas entre as respectivas violências do criminoso e do Estado, que triunfava pelas mãos do carrasco, seu braço armado. Tudo violento, tudo teatro, tudo selvagem. Isto fazia “o carrasco se parecer com o criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de admiração”²⁵⁸, principalmente porque os suplícios não correspondem a uma qualquer punição corporal, mas efetivamente a uma forma onde o Estado, ao exercer todo seu poder, manifesta e demonstra a sua violência aos demais expectadores e, sobretudo, perpetuam as marcas do crime no autor do fato criminoso.

Logo, as agências da pena não mais assumem suas vilanias, pelo menos publicamente, o que não necessariamente decreta o fim absoluto dos tormentos aos corpos daqueles que algum crime cometeram. Talvez as infâmias públicas estejam guardadas para o subterrâneo. Certamente estão. Isto não impede o início do câmbio das engrenagens da máquina de punir. Pois o domínio sobre o corpo persiste, apenas minimamente, a tocar-lhe o menos possível ou algo que não é o corpo propriamente. Vejamos na história das penas as que, embora físicas, “preservavam” o corpo: prisão, reclusão, trabalhos forçados, interdição de domicílio, deportação. As penas se resignaram da tortura e do sofrimento. Pudicas mesmo.

²⁵⁷ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. *Op. Cit.*, pp. 227 e 229.

²⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 14.

Em todos estes exemplos o corpo não é o objeto que se pretende atingir propriamente, senão o instrumento de uma “economia dos direitos suspensos”²⁵⁹. Ninguém negará que é o corpo quem fisicamente estará por detrás das grades. Mas o corpo, neste caso, é apenas a instância física da liberdade que se suspende, que se lhe priva. A punição visa à alma. Mas que alma? Existe uma alma? Como é essa alma? É isso que o próprio Foucault define:

Não se deveria dizer que a alma é uma ilusão, ou um efeito ideológico, mas afirmar que ela existe, que tem uma realidade, que é produzida permanentemente, em torno, na superfície, no interior do corpo pelo funcionamento de um poder que se exerce sobre os que são punidos – de uma maneira mais geral sobre os que são vigiados, treinados, corrigidos, sobre os loucos, as crianças, os escolares, os colonizados, sobre os que são fixados a um aparelho de produção e controlados durante toda a existência.²⁶⁰

Há mesmo uma lógica seqüencial e silogística entre as premissas “menos sofrimento” e “mais suavidade” e sua respectiva conclusão “humanidade”? A única coisa que poderemos responder categoricamente é que há um deslocamento do objeto da ação punitiva. A alma, o castigo deve atuar profundamente sobre a alma, sobre a vontade e o coração do condenado. Além de uma questionável intencionalidade em modificar sua disposição ao crime, inibir ou anular sua periculosidade. Certo é que se estabelece um poder controlador sobre o indivíduo. Mas, então, seria isso a própria humanização das penas? Não, o poder que busca controlar o indivíduo através da formatação de um novo espírito, como já disse, é apenas um deslocamento do objeto de punir.

O estabelecimento de regras não exige unicamente a “suavidade” das penas, como um cálculo econômico do poder de punir. Mas há mais, uma outra exigência que o exercício desse poder não recaia mais sobre o corpo, pelo menos sobre a forma de sofrimentos extenuantes e suplícios espetaculares, exige-se, por fim, “que seja o espírito ou antes um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente, mas com necessidade e evidência no espírito de todos. Não mais o corpo, mas a alma”.²⁶¹

Talvez esteja aí a dificuldade de alguns em não compreender essa mudança de objeto. “As verdadeiras transformações ocorrem, portanto, mais no nível dos

²⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 16

²⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 32.

²⁶¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 97.

deslocamentos ínfimos do que no nível manifesto”.²⁶² Pois o castigo volta-se agora a sobrepor-se a uma realidade incorpórea. Disso, até que os nossos magistrados começassem a julgar não mais pelo crime, mas pela alma dos criminosos foi um passo. Ou talvez um dos efeitos dessa mudança de tecnologia de punir, além de mascarar a nova realidade das penas, enquanto tática e exercício de poder. Uma nova realidade que se apresenta como “suavidade” ou “humanização das penas”, desdobramentos lógicos e conseqüentes da sensibilidade moderna e da humanidade encontrada na razão iluminista.

De toda sorte essa “economia política do corpo”, é dizer, a substituição dos castigos mais violentos e mais sangrentos por métodos de punir, em teoria, mais suaves não ultrapassam a barreira do objeto, não transcendem a alma. Não há menos poder ou menos intensidade, há, agora, uma punição sobre a alma, que não obstante pretende docilizar o corpo. A idéia não era “punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir”.²⁶³

A alma, agora, é o palco das relações de poder. É o elo entre a pretensão do crime e a pretensão da pena. Esta alma nasce com os procedimentos de punição, vigilância ou castigo. Ela não nasce livre, nasce no cárcere. Seu pai é o crime, sua mãe a pena. Além disso, a alma tornou-se a prisão do corpo.

Em que pese o poder não ser analisado por Foucault como propriedade de apenas uma classe, mas sim conforme uma estratégia composta por táticas, técnicas e estratégias, as prisões trariam para a classe localizada no poder um lucro econômico e outro político: “Um lucro econômico: as fabulosas somas que a prostituição, o tráfico de drogas, etc. proporcionam. Um lucro político: quanto mais delinqüentes há, mais a população aceita os controles policiais; sem contar o benefício de uma mão-de-obra assegurada para as tarefas políticas inferiores”.²⁶⁴

Junto a esta mudança no objeto da punição e do castigo, encontra-se e argumenta-se sobre uma possível mudança na sensibilidade coletiva, no cambio da forma dos expectadores reagirem ao teatro dos suplícios. Por óbvio que qualquer peça produzirá aplausos e vaias, contidas ou não. Mas, à parte isso, é possível falar em uma sensibilidade

²⁶² BILLOUET, Pierre. **Foucault**. *Op. Cit.*, p. 152.

²⁶³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, pp. 28 e 79.

²⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Entrevistas**. *Op. Cit.*, p. 49.

moderna que nos conduziria a uma inexorável humanidade? Podemos falar, então, em um “progresso do humanismo”? Ou mais, que a “humanidade” regente de obras como as do Marquês de Beccaria estariam esvaziadas em seu conteúdo humanitário? Vejamos.

Seja como for, a despeito dos esforços que a civilização até hoje empreendeu não podemos afirmar que ela conseguiu muita coisa, senão moderar a si mesma, exigência mínima para quem possui pretensões extremas, pois ainda se espera “impedir os excessos mais grosseiros da violência brutal por si mesma, supondo-se o direito de usar a violência contra os criminosos; no entanto a lei não é capaz de deitar a mão sobre as manifestações mais cautelosas e refinadas da agressividade humana”.²⁶⁵

Não podemos negar que a lealdade no percurso inabalável da história assentava-se na admissão do “progresso da humanidade”, uma tendência entre os homens do século XVIII e um dogma quase universal entre os do século XIX. Entre um século e outro, o progresso deixou de ser o acúmulo de conhecimento para tornar-se a idéia de que o homem é capaz de aperfeiçoamentos ilimitados, embora jamais atinja a perfeição. Assim como Freud, não concordo com o “preconceito de que civilização é sinônimo de aperfeiçoamento, de que constitui a estrada para a perfeição, pré-ordenada para os homens”²⁶⁶. Todavia, essa era a idéia da “dupla” Hegel e Marx, de que a velha sociedade carrega em si a semente da nova sociedade. Talvez em Marx tal se justifique, vez que a causa mortis da velha sociedade, com suas profundas contradições sociais, são, a um só tempo o embrião da nova sociedade. No juízo do progresso, para Rousseau, homem e filósofo do século XVIII, é preciso examinar:

Se há mais virtudes do que vícios entre os homens civilizados, ou se suas virtudes são mais proveitosas do que são funestos seus vícios, ou se o progresso de seus conhecimentos é uma compensação suficiente dos males que se fazem mutuamente, à medida que se vão instruindo sobre o bem que deveriam fazer uns aos outros, ou se não estariam, afinal de contas, numa situação mais feliz, de não ter nem mal por temer nem bem por esperar de ninguém, do que a de estarem submetidos a uma dependência universal e a de se obrigarem a receber tudo daqueles que não se obrigam a nada lhes dar.²⁶⁷

A idéia de progresso, bastante utilizada como sinônimo de “desenvolvimento humano”, fixa o ocidente como parâmetro para as demais sociedades. Isso, podemos afirmar confortavelmente, é um “mito típico do sócio-centrismo ocidental”, muito próximo

²⁶⁵ FREUD, Sigmund. **Mal-estar na civilização**. *Op.cit.*, p. 134.

²⁶⁶ FREUD, Sigmund. **Mal-estar na civilização**. *Op.cit.*, p. 117.

²⁶⁷ ROUSSEAU. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade (...)** *Op. Cit.*, pp. 187-188.

de um “fukuyanismo” do desenvolvimento, do final da história do progresso. Explico: a história teria como fim o padrão ocidental e capitalista com pretensões universais e eternas. Tudo isso se constitui no que Edgar Morin denominou de “mito do progresso, ou ainda o mito de ser os donos da razão que são ilusões irracionais”.²⁶⁸

Para o pensador Istiván Mészáros, a crença de que a ciência e a tecnologia podem solucionar todos os problemas do homem a longo prazo é “muito pior do que acreditar em bruxas”, por outro lado resta claro que empregamos a ciência e a tecnologia para solucionar alguns de nossos problemas. Entretanto, a questão fundamental é saber se seremos capazes de redirecionar as perspectivas e expectativas produzidas pelos novos deuses (ciência e tecnologia), que, abandonando suas jurisdições da “necessidade da perpetuação do processo de maximização dos lucros” para defesa de interesses do indivíduo realmente.²⁶⁹

Ninguém poderá deixar de admirar-se com o progresso científico e tecnológico que nossa contemporaneidade conseguiu atingir. Junto a tanto progresso, nossa capacidade de manipular ciência e tecnologia administra uma insubestimável força destrutiva. “É a primeira vez na história do homem que, graças à ciência e à técnica, se é capaz de aniquilar, irremediavelmente, toda a humanidade”.²⁷⁰

Para Sérgio Paulo Rouanet, o verdadeiro progresso “é aquele que contribui de fato para para o bem-estar de todos”. É dispensável, então, que a idéia de progresso esteja atrelada à filosofia, à história e, com menor razão, ao desenvolvimento científico e tecnológico. O progresso é sempre uma possibilidade “como algo de contingente, probabilístico e dependente da ação consciente e do homem”.²⁷¹

Em relação a essa pretensão eterna e universal que ciência e tecnologia cravam, principalmente porque não ultrapassam as verdades do capital, onde o lucro se sobrepõe às questões vitais da própria existência humana. É nesse sentido que é-me impossível não lembrar de “A Montanha Mágica” de Thomas Mann, quando afirmava que “a montanha pariu um rato”.

A grande responsável pela assunção da idéia de progresso ilimitado como uma verdade universal assenta-se, fundamentalmente, no fato vigoroso do desenvolvimento das

²⁶⁸ MORIN, Edgar. No coração da crise planetária. In: MORIN, Edgar e BAUDRILLARD, Jean. **A violência do mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2007, p. 54.

²⁶⁹ MÉSZÁROS, Istiván. **A crise estrutural do capital**. Trad. Francisco Raul Cornejo. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 53.

²⁷⁰ MORIN, Edgar. No coração da crise planetária. *Op. Cit.*, p. 55.

²⁷¹ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 34.

ciências naturais – também com as mesmas pretensões universais. O iluminismo vendia a idéia que o desenvolvimento da ciência criaria o paraíso na terra, e o homem de ciência estaria acima do bem e do mal, onipotentemente. De alguma sorte, a crença, um tanto quanto irracional, nesse espeque de progresso torna-se em “um dos artigos mais sérios e complexos encontrados no mercado de superstições de nosso tempo”.²⁷² O progresso seria, então, um padrão suficientemente capaz para mensurar as mudanças? Vejamos o que diz Hannah Arendt:

Não apenas o progresso da ciência deixou de coincidir com o progresso da humanidade (o que quer que isso signifique), mas também até poderia disseminar o fim da humanidade, tanto quanto o progresso ulterior da especialização bem pode levar à destruição de tudo o que antes a torna válida. Em outras palavras, o progresso não mais serve como padrão por meio do qual avaliamos os processos de mudança desastrosamente rápidos que desencadeamos.²⁷³

Contra esse prelúdio de eternidade que é a idéia do contínuo progresso da humanidade, Hannah Arendt ainda levanta dois argumentos: a morte e a injustiça cronológica²⁷⁴. Sobre o primeiro não há muito o que se dizer que já não o sabemos. Já o segundo, significa que as gerações precedentes trabalham para o desfrute das gerações vindouras apenas.

Os inegáveis avanços tecnológicos pesam, ainda, negativamente sobre a própria humanidade que os produziu. Há, portanto, um cotidiano de riscos com os quais o homem deverá conviver inexoravelmente, e esses riscos, produzidos por essas próprias tecnologias, funcionam como um espelho e volta-se contra o próprio homem. Embora uma pequena parcela lucre com as tecnologias e com os riscos por ela produzidos, colocam a todos numa situação, no mínimo, desconfortável, onde os homens já são consumidos para alimentar esse progresso, mas esse monstro ainda pode mais, e paira sempre a possibilidade da própria humanidade ser por ele consumida, definitivamente, porque subjugada já foi. Resta claro, que o progresso não possui no homem seu vetor teleológico, senão ele mesmo. Em alegoria feita por Emile Zola, no seu “Germinal”, quando dizia que as minas de carvão consumiam, diariamente, sua ração humana.

Esse fato autoriza Freud argumentar que o progresso ao domar as forças da natureza pode ter conseguido realizar anseios que remontam milhões de anos, mas que de

²⁷² ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op.cit.*, p. 46.

²⁷³ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op.cit.*, p. 47.

²⁷⁴ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op.cit.*, p. 43.

forma alguma ampliou a quantidade de satisfação prazerosa, isto é, não nos deixou mais felizes. O próprio Freud qualifica esse argumento de “espantoso”, na medida que, levado ao extremo, aquilo que “chamamos de nossa civilização é em grande parte responsável por nossa desgraça e que seríamos muito mais felizes se a abandonássemos e retornássemos às condições primitivas”. Pior que isso, tudo que nos faz sofrer é produto da civilização, seja qual for o conceito utilizado para definí-la, pois é um “fato incontroverso que todas as coisas que buscamos a fim de nos protegermos contra as ameaças oriundas das fontes de sofrimento, fazem parte dessa mesma civilização”.²⁷⁵

A instrumentalização da violência possui sua racionalidade vinculada ao fim, que a um só tempo, almeja alcançar e que a justifica. Isso não nos impele a crer que inexoravelmente esse fim será atingido, mas, por outro lado, nada impede que durante o percurso o meio violento suplante a própria finalidade. Conclui-se, então que projetar a violência para objetivos mais longos é flertar ainda mais com a possibilidade de a violência “esquecer” de sua razão inicial. Esse é o motivo de podermos afirmar que violência não encontra-se atrelada a imagem do progresso, muito pelo contrário, pois ela “não promove causas, nem a história, nem a revolução, nem o progresso, nem o retrocesso; mas pode servir para dramatizar queixas e trazê-las a atenção pública”.²⁷⁶

Sobre a relação entre humanidade e progresso, Michel Foucault acompanha as críticas arendtianas ao afirmar que a “humanidade não progride lentamente de combate em combate, até uma reciprocidade universal, em que as regras substituiriam para sempre a guerra; ela instala cada uma de suas violências em um sistema de regras, e prossegue assim de dominação em dominação”.²⁷⁷ As violências estão institucionalizadas, implícita ou explicitamente, ora como causa ora como consequência, em cada passo do progresso. O que não se pode determinar, com certeza, é se tal caminhada segue para frente ou para trás.

Em que pese ter sido o iluminismo a proposta mais generosa oferecida e construída pelo homem, seus ideais até hoje não se realizaram. Legou-nos, mesmo assim, a possibilidade de uma vida crítica, onde todo saber devia ser posto a serviço do homem. O que o Iluminismo não contou, todavia, foi com o fato de que a razão e a fé na ciência concluiriam para uma inexorável idéia de progresso, como consequência necessária das duas premissas anteriores, mais do que terem se apresentado equivocadas e de uma

²⁷⁵ FREUD, Sigmund. **Mal-estar na civilização**. *Op.cit.*, pp. 105-106.

²⁷⁶ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op.cit.*, p. 99.

²⁷⁷ FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história. *Op. Cit.*, p. 25.

ingenuidade perigosamente ancestral, estimulou, a um só tempo, a destrutividade humana e criou novas formas de dominação.

A crença no progresso expôs o homem a todas as regressões. Seu individualismo estimulou o advento do sujeito egoísta, preocupado unicamente com o ganho e a acumulação. A crença na mudança das relações sociais como forma de implantar o paraíso na Terra levou a uma utopia concentracionária, e resultou na criação de todos os gulags. Sua cruzada desmistificadora solapou as bases de todos os valores, deixando o homem solitário, sob o céu do deserto, num mundo privado de sentido.²⁷⁸

A violência utilizada como instrumento deve ser projetada para objetivos de curto prazo. E, mesmo assim, isso não garante que ela não se sobreponha aos fins que lhe deu causa. Pois, se os objetivos perquiridos não advém rapidamente, além da derrota, pela não concretização dos objetivos, a possibilidade de perpetuar práticas violentas na totalidade do corpo político é altíssima. “A prática da violência, como toda ação, muda o mundo, mas a mudança mais provável é para um mundo mais violento”.²⁷⁹

Ainda sobre essa relação entre os meios e os fins, quando esses se entrelaçam com o direito penal, com a violência inata ao crime e também com a violência que é possível de ser desentranhada da resposta penal, surge-me uma questão: quando dizemos ter havido um período do terror no direito penal, estamos a nos referir à Idade Média ou à Auschwitz? Acaso acreditemos na utopia do progresso como uma flecha do tempo em linha retíssima, precisamos acreditar que o terror absoluto de Auschwitz foi apenas um aprendizado e não um retrocesso. Prefiro admitir que a humanidade regrediu na estrada que levava para Auschwitz, ao invés de admitir que tanta barbárie foi apenas parte de projeto e um processo civilizador automático e irresistível.

Sérgio Paulo Rouanet sintetiza muito bem essa questão ao afirmar que: “a crença ingênua no progresso, hoje em dia, solidária da visão de uma história contínua, desdobrando-se majestosamente em direção a um *telos* próximo ou remoto está na verdade a serviço da regressão antiiluminista”.²⁸⁰

É preciso abrir um parêntesis sobre os “processos civilizatórios” e dizer que, em princípio não afirmo a sua inexistência, mas que não são unicamente suficientes para explicar o problema da docilização das penas ou da própria humanização do sistema penal.

²⁷⁸ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 26.

²⁷⁹ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. *Op. Cit.*, p. 101.

²⁸⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 221.

As diversas tentativas que, de fato, houve para purificar a alma agindo sobre o corpo, com um quê de refinamento e sensibilidade, ou aristocraticamente de bons modos ou boas maneiras inclusive na aplicação da pena, respondem menos do que a ação moderna de organizar o corpo e discipliná-lo.

A idéia central da tese de haver um processo civilizador, que incida sobre a maneira do homem viver, é que “a condição humana é uma lenta e prolongada construção do próprio homem”²⁸¹, embora pareça uma idéia trivial é, em verdade, uma ruptura com a noção de possuir o homem uma natureza – como se digladiam, até hoje, Rousseau, para quem o homem é bom por natureza, e Hobbes, que identifica o homem como portador de uma natureza má – ou que a condição humana é uma dádiva imutável, pois lhe foi conferida por Deus. Isso agora pouco importa, tudo deve atravessar um caminho, um processo. Nas palavras de Nobeert Elias o processo civilizador é

uma mudança na conduta e sentimentos humanos rumo a uma direção muito específica. Mas, evidentemente, pessoas isoladas no passado não planejam essa mudança, essa “civilização”, pretendendo efetivá-la gradualmente através de medidas conscientes, “racionalis”, deliberadas. Claro que “civilização” não é, nem o é “racionalização”, um produto da “*ratio*” humana ou o resultado de um planejamento calculado a longo prazo.²⁸²

E possui mais sentido o argumento de Elias, pois nada há que afirme com uma certeza absoluta que a história tenha se movido, sempre, racionalmente, ou que qualquer mudança tenha sido milimetricamente arquitetada, projetada e realizada unicamente pela razão humana. Por outro lado, isso não nos leva a inferir que não havia qualquer tipo de ordem. Que tipo de ordem é essa que não se organiza racionalmente? Como ela pode se lançar ao futuro sem possuir um projeto? Essa ordem surge da interdependência entre as pessoas, surge irresistivelmente de seus vínculos e de suas relações, essa ordem “nem é ‘racional’ – se por ‘racional’ entendemos que ela resultaria intencionalmente da deliberação e do propósito de pessoas isoladas – nem ‘irracional’ – se por ‘irracional’ queremos dizer que tenha surgido de maneira incompreensível”²⁸³.

A formação do Estado absolutista, juntamente com a maior integração entre as pessoas e um mais intenso processo de formação do capital produziu como resultado provisório entre os homens um maneirismo na sua conduta e nos seus sentimentos que

²⁸¹ RIBEIRO, Renato Janine. Apresentação: Uma dialética do sentido... *Op. Cit.*, p. 9.

²⁸² ELIAS, Nobeert. **O processo civilizador**... *Op. Cit.*, p. 193.

²⁸³ ELIAS, Nobeert. **O processo civilizador**... *Op. Cit.*, p. 194.

atendiam a alcunha de “civilizados”. Havia, então, uma aproximação entre os quereres, por exemplo, da burguesia e da aristocracia, muito bem retratada na peça satírica de Molière “O burguês fidalgo”, onde os burgueses almejavam a fidalguia aristocrática, enquanto sobre a aristocracia reluzia o cobre dos burgueses. E dessa comunhão de interesses e necessidade de interação e integração surgem os processos civilizatórios.

A constelação de necessidades com as quais a corte se reproduziu constantemente como instituição ao longo de gerações foi descrita acima: a nobreza, ou pelo menos parte dela, precisava do rei porque, com a monopolização em andamento, a função de guerreiro livre estava desaparecendo da sociedade; e porque, com a crescente integração monetária, a produção de suas propriedades – comparadas com os padrões da burguesia em ascensão – não lhes permitia mais que uma vida medíocre e, muitas vezes, nem mesmo isso, e certamente não uma existência social que pudesse manter o prestígio da nobreza como classe superior contra a força sempre maior da burguesia.²⁸⁴

O termo “civilização” foi descrito por Freud como “a soma integral das realizações e regulamentos que distinguem nossas vidas das de nossos antepassados animais, e que servem a dois institutos, a saber: o de proteger os homens contra a natureza e o de ajustar os seus relacionamentos mútuos”. Nesse sentido, há uma grande aproximação entre a definição de civilização de Freud e Elias. Todavia, Freud avança com o argumento ao destacar que, embora aquelas sejam características da civilização, seu principal traço é a “estima” pelas atividades mentais e o “papel fundamental que atribui às idéias na vida humana”.²⁸⁵

Para Elias há uma singela mudança, onde o controle exercido por terceiro ou pelo Estado é substituído por um autocontrole, que não só exclui condutas tidas como animais, como as carregam com o peso da vergonha sobre quem as comete. Mas também, faz com que todas as condutas sejam mais estáveis e mais uniformes entre si e entre as diversas classes, como entre a aristocracia e a burguesia.

A civilização encontra-se num movimento cego, quase causal, onde as pessoas se vêem obrigadas a conviver, como num barco ao léu, onde o percurso incerto levaria, paradoxalmente, ao mesmo destino, a civilização. É, então, possível inferir das idéias de Elias, assim como textualmente se retira de São Tomás de Aquino, que o costume é a “segunda natureza” do homem, e o processo civilizador funciona como o construtor desse costume. O que é esse processo civilizatório? É a costumização do homem.

²⁸⁴ ELIAS, Nobert. **O processo civilizador...** *Op. Cit.*, p. 222.

²⁸⁵ FREUD, Sigmund. **Mal-estar na civilização.** *Op.cit.*, pp. 109 e 114.

Instala-se no indivíduo, desde a mais tenra idade, um controle ao mesmo tempo complexo e estável, que tornará praticamente automática suas condutas. Na verdade faz da prática e do costume um freio imperceptível aos desejos e às pulsões. Esse aparelho automático de controle “precisamente porque operava cegamente e pelo hábito, ele, com frequência, indiretamente produzia colisões com a realidade social”,²⁸⁶ com as vontades e com os querereres e, conseqüentemente continua a produzir os sujeitos não assimilados.

Estaria, então, esse processo civilizador no centro da fundamentação da “humanização” das penas? Esse processo está concluso pela sucessão dos séculos ou é um processo interminável que se protraí no tempo? Não me parece justo com os séculos que ora a racionalidade humana ora sua irracionalidade sejam o aspecto contingente de um processo cego. Ambas – a razão ou a falta dela – é que são determinantes para a “humanização” não só da penas, mas das idéias. Prova disso é o próprio Elias quem dá, quando afirma que entre a pretensão da “segunda natureza do homem” – os costumes – e a realidade social há conflitos e choques. Esses, para serem sufocados não reclamavam a reafirmação das maneiras, de boas maneiras. Muito pelo contrário, a vitória dos bons maneirismos precisavam de um Estado forte que possuísse o monopólio da penas para os transgressores dos costumes – como queria Elias – o que, nesse ponto, se assemelha bastante com a idéia de sociedade disciplinar de Michel Foucault.

mais tarde, quando a tortura física, a prisão e a humilhação total do indivíduo se convertem em monopólio da autoridade, dificilmente se encontra na vida normal. Ela não depende mais de afetos momentâneos, gradualmente se submete a regras e leis cada vez mais rigorosas e, finalmente, dentro de certos limites e com certas flutuações, a ameaça física quando as leis são infringidas torna-se menos severa.²⁸⁷

Logo, como poetizou Augusto dos Anjos, “a passagem dos séculos me assombra, para onde irá correndo minha sombra nesse cavalo de eletricidade?”. Mas não são os séculos e sim os homens, não são as maneiras e sim o poder quem determina esse processo civilizador que continuará inacabado, sempre. Embora não seja a questão central, concordo com Elias no sentido de que é preciso, de alguma forma, domar alguns ímpetos, para uns naturais e imanentes, para outros que nos iguala a animais, mas de toda sorte humanos, demasiadamente humanos. Talvez esse seja apenas um requisito para que o homem possa se auto-afirmar como um ser civilizado, mas como disse: essa não é a questão central.

²⁸⁶ ELIAS, Nobert. **O processo civilizador...** *Op. Cit.*, p. 196.

²⁸⁷ ELIAS, Nobert. **O processo civilizador...** *Op. Cit.*, p. 199.

Para Foucault, a motivação para a “humanização” das penas também não se encontraria na emergência de uma sensibilidade moderna distinta da sensibilidade do início do século XVIII. Para ele, o que surgiu foi uma nova conjuntura “que viu nascer a reforma não é, portanto, a de uma nova sensibilidade, mas a de outra política em relação às ilegalidades”.²⁸⁸

Rousseau reflete sobre esta sensibilidade que afasta o homem do grotesco e o aproxima, por essência ou natureza, dos outros homens como iguais: “uma repugnância inata em ver sofrer seu semelhante. (...) Falo da piedade (...); virtude tão universal e tão útil ao homem que, nele, ela precede o uso de qualquer reflexão, e tão natural que até mesmo os próprios bichos às vezes dão sinais perceptíveis dela (...); um animal não passa sem inquietação ao lado de um animal morto de sua espécie”.²⁸⁹ Talvez, se o gênero humano dependesse unicamente da razão para sua própria conservação há muito já não existiria. É fundamental um quê de razão e sensibilidade.

O povo era atraído e até mesmo obrigado a assistir, presenciar e testemunhar a liturgia do sofrimento, pois era a forma do poder soberano e punitivo arrefecer os primeiros impulsos “regicidas” – qualquer conduta criminosa – com a atemorização do mais gradiente dos castigos. Mas nossa mente, em determinadas circunstâncias, apenas martela em um código binário de justo-injusto, quase que compulsivo e impulsivo. Então, se justo, sem maiores comentários, aplausos a qualquer movimento do carrasco. Se injusto, nada obstava, de tão próximo que a platéia ficava do patíbulo, uma inversão de papéis, um querer interromper as arbitrariedades, os abusos, e buscar, naquele momento a vingança do povo contra as barbáries do soberano.

Quantas vezes para manter a calma em volta do cadafalso, foi necessário tomar providências “penosas para o povo” e precauções “humilhantes para a autoridade”? Via-se bem que o grande espetáculo das penas corria o risco de retornar através dos mesmos a quem, se dirigia. O pavor dos suplícios na realidade acendia focos de ilegalismo (...); procurava-se apossar do condenado, para salvá-lo ou para melhor matá-lo; (...). Mas principalmente – e aí que esses inconvenientes se tornavam um perigo político – em nenhuma outra ocasião de que nesses rituais, organizado para mostrar o crime abominável e o poder invencível, o povo se sentia mais próximo dos que sofriam a pena (...). A solidariedade de toda uma camada da população com os que chamaríamos pequenos delinquentes (...) se manifestou com muita continuidade (...). E era a ruptura dessa solidariedade que visava sempre mais a repressão penal e policial. Muito mais do que o poder do soberano podia essa solidariedade sair reforçada da cerimônia dos suplícios, dessa festa incerta onde a violência era

²⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 79.

²⁸⁹ ROUSSEAU. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade (...)** *Op. Cit.*, p. 189.

instantaneamente reversível. E os reformadores do século XVIII e XIX não esquecerão que as execuções, no fim das contas, simplesmente não assustavam o povo. Um de seus primeiros apelos foi exigir a suspensão delas.²⁹⁰

A crítica que se levanta sobre o pensamento foucaultiano em relação a essa “sensibilidade humana”, como elemento da mudança do objeto da punição consiste, sinteticamente, no argumento de que “Foucault, em nenhum instante considera a possibilidade de que Beccaria e os demais reformadores pudessem estar agindo por um genuíno impulso de sensibilidade humana”;²⁹¹ e que há nas pessoas algo, mesmo que remoto, longínquo, recôndito, inconsciente e que traduza uma certa natureza, aquilo que possamos chamar de sensibilidade humana, ou mesmo da própria “humanidade”.

Evidentemente, que a crítica de que Foucault esvazia a possibilidade de a mudança do objeto punitivo possuir qualquer conteúdo sensível ou humanístico é tanto quanto provável. Os críticos do pensador francês classificavam que “o sentimento de piedade ostentado por um Beccaria não é nada mais do que uma centelha que esconde de fato o projeto de uma sociedade disciplinar”,²⁹² ou, numa palavra, a obra dos reformadores constituiria apenas um subproduto da emergência de um novo tipo de sociedade, que ele chamou de disciplinar, mesmo assim, tais idéias não me impedem em ladear o pensador francês.

Para Luciano Oliveira, o problema da análise sociológica foucaultiana é desconsiderar a sensibilidade humana como um fator “sociológico”. O que podemos chamar de “sensibilidade moderna”, que se fundamenta no horror que o sofrimento humano inspira. Tenho que concordar com o professor de Recife de que essa “sensibilidade moderna” não seria excludente da idéia de “sociedade disciplinar” defendida por Foucault, mas, eventualmente, complementar. Assim, a “piedade inata”, de que falava Rousseau, necessita para se realizar institucionalmente de certas condições políticas, econômicas e sociais que podem ter sido as da “sociedade disciplinar”.²⁹³

Luciano Oliveira ainda fortalece seu argumento no fato de que o apoio ou a rejeição aos castigos físicos dependerão da “sensibilidade moderna”, trazendo à baila Aléxis de Tocqueville. Dizia este: “quando as posições sociais são quase iguais num povo, todos os

²⁹⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 59.

²⁹¹ OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno**. *Op. Cit.*, p. 59.

²⁹² OLIVEIRA, Luciano. **Imagens da democracia**. Recife: Pindorama, 1996.

²⁹³ OLIVEIRA, Luciano. A “justiça de Cingapura” na “casa de Tobias” (...) *Op. Cit.*, p. 59.

homens tendo mais ou menos a mesma maneira de pensar e de sentir, cada um deles pode julgar num instante as sensações de todos os outros (...), pois a imaginação se coloca imediatamente no seu lugar. Ela mistura qualquer coisa de pessoal a sua piedade, e faz ele próprio sofrer enquanto se despedaça o corpo do seu semelhante”.²⁹⁴

Em que pese opinião do professor Luciano Oliveira, não posso concordar na afirmação, que a dita “sensibilidade moderna” está ausente nas idéias de Michel Foucault. Muito pelo contrário, em alguns trechos como “Se a multidão se comprime em torno do cadafalso, não é simplesmente para assistir ao sofrimento do condenado ou excitar a raiva do carrasco: é também para ouvir aquele que não tem mais nada a perder maldizer os juízes, as leis, o poder, a religião” e “Para o povo que aí está e olha, mesmo na mais extremada vingança do soberano, pretexto para uma revanche”²⁹⁵. Tais passagens demonstram que, no pensamento de Foucault sobre essa possível reação à injusta punição ou simples arbitrariedade cometida contra qualquer do povo, havia sim uma sensibilidade humana de repulsa ou de sentir-se igualmente na qualidade sofredor.

Se traçarmos um paralelo com o carrasco do antigo regime e com as pessoas alistadas no exército alemão nazista, poderemos verificar que esses não eram nem anormalmente sádicos nem anormalmente fanáticos, e que mesmo sendo suas ações ativas é bem possível, inclusive, “supor que participavam da aversão humana quase instintiva à aflição do sofrimento físico e da inibição ainda mais universal contra tirar a vida”.²⁹⁶

Aliás, para Immanuel Kant, “ser mantido em soldo para matar ou ser morto parece consistir no uso de homens como simples máquinas e instrumentos na mão de um outro uso que não se pode harmonizar com o direito de humanidade em nossa própria pessoa”. Uma leitura um pouco mais apressada poderia se apresentar como uma fala sobre o carrasco, quando na verdade constitui uma ilação acerca da manutenção de exércitos permanentes, que deveriam desaparecer com o tempo, e, hoje, sabemos que nunca desapareceram, nem desaparecerão apenas a paz deixou de ser uma utopia e passou a ser uma certeza de que será encontrada “somente no grande cemitério do gênero humano”²⁹⁷.

²⁹⁴ *Apud* OLIVEIRA, Luciano. A “justiça de Cingapura” na “casa de Tobias”. *Op. Cit.*, p. 60.

²⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 59

²⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 39.

²⁹⁷ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008, pp. 16 e 20.

O problema não está em sentir ou não a dor do outro. A alteridade não se afasta do pensamento foucaultiano. Ao contrário, é sublinhada sob a forma de solidariedade partilhada por todo e qualquer estrato social. Todavia, esta sensibilidade, este sofrimento sentido pelos iguais não possui o condão ou a força para modificar a estrutura do poder punitivo. Pelo singelo fato do povo não participar das decisões e por não haver qualquer vento democrático em um período despótico, ou mesmo na democracia representativa que vivenciamos hoje. Pois, em verdade, se as idéias iluministas se contrapõem frontalmente ao antigo regime, não é menos verdadeira a afirmação de que “sociedade disciplinar” não surge para libertar o povo das trevas do absolutismo, mas para servir como forma de controle social, como um micropoder que teve que eliminar a figura do soberano para tornar-se como o exercício de um novo poder, o disciplinar.

é verdade que foi a constituição deste novo poder microscópico, capilar, que levou o corpo social a expulsar elementos como a corte e o personagem do rei. A mitologia do soberano não era mais possível, a partir do momento em que uma certa forma de poder se exercia no corpo social. O soberano tornava-se então um personagem fantástico, ao mesmo tempo monstruoso e arcaico.²⁹⁸

Os suplícios foram abandonados, não por pedidos ou súplicas daqueles que muito sentiam a alteridade do sofrimento. Mas por exigência da racionalidade iluminista que identificou nestes rituais de dor a possibilidade de o poder soberano e punitivo ser questionado e, conseqüentemente, poderia cuidar para que essa possibilidade fosse sufocada ante o novo poder disciplinar emergente. Neste teatro ambíguo, de vaias e aplausos, havia o medo político em ver sem respaldo do povo as “ações” do soberano, ou que o debutante direito penal moderno restaria sem fundamento de punir. O que era fartura era a sensibilidade mais em vaiar que em aplaudir as diabruras do personagem fausto do soberano e seus asseclas.

Se não era a “sensibilidade moderna” quem orientava o câmbio na maneira de punir e sim a razão luminar, então era possível não recorrer à força para obrigar o bom comportamento do condenado, bem como o louco à calma e o operário ao trabalho. Esse racionalismo, ou novo maneirismo em não utilizar desnecessariamente a força constitui a “sociedade disciplinar” de Foucault. Pois, “as ‘Luzes’ que descobriram as liberdades

²⁹⁸ FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: **Microfísica do poder**. Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 131.

inventaram também as disciplinas”²⁹⁹, as mesmas disciplinas que possuem hoje uma ingloria missão, não apenas de contenção, mas de eliminação de importantes setores sociais.

2.3. A razão iluminista e a “sociedade disciplinar”: um projeto de poder?

Istiván Mészáros, ao distinguir a “tolerância repressiva” da “tolerância reprimida”, utilizou comentário de um escritor da Alemanha Oriental, Conrad Rheinhold, que lá dirigia um teatro político, mas que por algumas divergências teve que abandonar sua terra e mudou-se para a parcela Ocidental da Alemanha, onde, depois de algum tempo, um jornal o questionou sobre a principal diferença entre a sua antiga e a nova situação, e ele assim respondeu: “No Leste opera-se o teatro político ‘mude a sociedade’, mas não é permitido falar sobre nada; no Ocidente é permitido falar sobre tudo, mas não é permitido mudar absolutamente nada”.³⁰⁰ A conclusão é que ambas formas de controle, através da tolerância repressiva ou reprimida, demarcam limites que os sistemas sociais impõem ou que, pelo menos, são incapazes de satisfazer a necessidade de mudança social num determinado período histórico.

A sociedade disciplinar estava presente nos dois mundos, melhor, em todos os mundos, inclusive no nosso. Talvez esta seja uma verdade ôntica, tanto que às vezes, em nome de uma certa neutralidade – que não existe – toma-se posições e estas são as mais atrasadas, porque em nome da tolerância incitam a intolerância, e as mais turvas, porque em nome da clareza das idéias encobrem suas verdades. Foi o que Mészáros constatou no seguinte trecho do jornal londrino *The Times* (17.10.1970):

Quanto mais a universalidade liberal é pressionada, tanto menos é capaz de ser compreensiva, mais rigorosamente terá que fixar seus limites e maior será a probabilidade da exclusão de pontos de vista intolerantes. O paradoxo da sociedade tolerante consiste em que não pode ser defendida apenas por métodos tolerantes, da mesma forma que a sociedade pacífica não pode ser defendida exclusivamente por métodos pacíficos.³⁰¹

Como vimos no ponto anterior, Michel Foucault põe em xeque a dita “humanidade” das idéias penais que se espelharam nos paradigmas da ilustração. Isso faz de Foucault um

²⁹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. *Op. Cit.*, p. 209.

³⁰⁰ MÉSZÁROS, Istiván. *A crise estrutural do capital*. *Op. Cit.*, p. 61.

³⁰¹ MÉSZÁROS, Istiván. *A crise estrutural do capital*. *Op. Cit.*, p. 62.

anti-humanista? Um traidor do iluminismo? Terá ele pedido demissão da modernidade? Essas questões são bastantes pertinentes, desde que jamais remetam a qualquer acusação de “irracionalismo” nas idéias foucaultianas. O que antecipadamente posso afirmar é que ele desmascara a razão iluminista considerando-a, por um lado “uma simples antena utilizada pelo poder para esquadrinhar, observar, normalizar; e por outro desmoraliza os ideais humanitários do Iluminismo, vendo neles meras tecnologias de controle”.³⁰²

O verdadeiro irracionalismo estará em qualquer razão que, em nome da ciência ou não, argüi no sentido de preservar o *status quo*, é dizer, retira do racionalismo sua verve substancialmente crítica, que se recusa aos pré-julgamentos, à tradição e às convenções, e a qualquer tipo de fé, torno a dizer científica ou não, que paralise a vertente verdadeiramente iluminista, a desveladora.

Não me parece correto apenas considerar moderno aqueles que acreditam no “humanismo” dos reformadores iluministas e nas instituições carcerárias propostas por eles. Duvidar da “bondade” imanente aos reformadores não pode ser confundida com o abandono do Iluminismo, principalmente se se preserva a centelha que ilumina as idéias, o espírito crítico permanente e inalienável. Outro é o caso de se abandonar o legado crítico do Iluminismo, o que significaria abandonar o próprio Iluminismo. É sempre possível enxergar segundas intenções no Marquês de Beccaria e em Jeremy Bentham, o que não é possível é desembarcar do Iluminismo por ter exercitado a crítica. “Ao contrário, está sendo incorruptivelmente fiel ao Mefistófeles iluminista, que nos ensinou, precisamente, a dizer não, a duvidar de tudo, a desmascarar os *préjugés*. Ser voltairiano, hoje em dia, é rir, volterianamente, do próprio Voltaire; o Iluminismo passa hoje pela denúncia do próprio Iluminismo”.³⁰³ Portanto, é Michel Foucault um pensador moderno e Iluminista, e moderno pelo seu espírito iluminista de crítica, mesmo que não tenha se afirmado com tal, bem como Marx, Freud, Adorno e Habermas.

Ora, quem acompanhou a evolução recente na obra de Foucault observa algo de curioso: nos últimos anos de vida, Foucault vai se aproximando de um modernismo explícito, e não mais implícito como até então. No princípio havia um *espírito* moderno, frequentemente camuflado por *posições* antimodernas. No final, a modernidade aflora sem qualquer censura e não precisa mais ser decifrada: o texto manifesto passa a coincidir com o texto latente.³⁰⁴

³⁰² ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 194.

³⁰³ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 195.

³⁰⁴ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 221.

Hoje, o Iluminismo só está vivo como estado de espírito, pelo menos em possibilidade, ele continuará vivo enquanto houver críticos do próprio Iluminismo e de quaisquer outras amarras ou tutelas que impeçam o homem de tornar-se inteiramente livre, independente e autônomo. É nesse sentido que Foucault se enfronta e pode ser considerado um herdeiro do Iluminismo. Claro que volterianamente. Ou, ao contrário, como julgou Dostoiévski, nas suas “Memórias do subsolo”: “Bem, experimentai, por exemplo, dar-nos mais independência, desamarrai a qualquer de nós as mãos, alargai o nosso círculo de atividade, enfraquecei a tutela de nós... eu vos asseguro, no mesmo instante pediremos que se estenda sobre nós a tutela”.

O Iluminismo foi, a um só tempo, uma empresa de destruição global e um movimento regido pela razão e pela ciência. “Não somente não há nenhuma contradição entre a crítica total e razão científica, como há entre as duas uma relação de implicação mútua: o Iluminismo é crítico por ser racional e racional por ser crítico”. Não poderíamos imaginar diferente, pois a razão era o caos do *ancien régime* que impelia à crítica e, por conseguinte, essa crítica era racional.³⁰⁵

Tornando ao direito e ao sistema penal, a racionalidade iluminista verifica que não se obtém maior obediência às leis, maior submissão ou maior produção com o emprego da força. “O homem entra nos cálculos do poder como matéria de pesquisa e análise, como território de execução dos efeitos do poder, como nível de inserção de seus dispositivos, como objeto dos saberes emergentes”.³⁰⁶ O século XVIII e a ilustração encontraram na vigilância seu ponto de maior eficiência, como um “operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna do aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar”.³⁰⁷

O funcionamento da sociedade disciplinar possui como princípio a reclusão, seja internato, hospital, quartel, fábrica ou prisão. Embora o “encarceramento” não seja a única ferramenta, muito pelo contrário, talvez seja a última, porém é a mais visível. Recluso, o estudante, o louco, o militar, o operário e o condenado são submetidos ao

³⁰⁵ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 203.

³⁰⁶ QUEIROZ, André. **Foucault**. *Op. Cit.*, p. 84.

³⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 169.

esquadrinhamento do espaço e do tempo, daí são classificados, categorizados e tudo é capitalizado. “A disciplina é a anatomia política do detalhe”.³⁰⁸

Percebe-se, então que tempo e espaço são as características básicas sobre a qual atuam a sociedade disciplinar. É ela quem organiza o espaço ao individualizar os desviantes, na medida que o sujeito é observado, isolado, classificado e hierarquizado, segundo o critérios e objetivos de um micropoder qualquer. Mas há mais, e fundamentalmente a disciplina é um controle do tempo. Sua segunda característica. Ela sujeita o homem a produzir com o máximo de rapidez e na máxima eficácia. Assim, o corpo torna-se uma existência manipulável pelo tempo e pelo espaço, controlado e vigiado pela disciplina. Como última característica da disciplina, a vigilância é um instrumento que encontra-se presente tanto no controle do tempo, quanto no controle do espaço. E vigiar é mais um sentimento que uma realidade. A disciplina nos faz acreditar que estamos sendo observados, mensurados, classificados e hierarquizados a todo instante, mesmo quando não recai nenhum olhar externo sobre nossas ações. A disciplina implanta um olhar vigilante na nossa consciência, que tudo controla, que tudo reprime, que tudo sabe. O Grande-irmão de George Orwell, líder político e astro oculto, que povoa as páginas proféticas de seu livro “1984” toma-me os sentidos agora, como um cotidiano.

É nesse sentido que “cada um exercerá essa vigilância contra e sobre si mesmo. Fórmula maravilhosa: um poder contínuo e de custo afinal irrisório”.³⁰⁹ Da mesma forma, afirma Sérgio Paulo Rouanet sobre a maneira de se exercitar o poder: “Não se trata mais de um poder exercido por alguém sobre os outros, mas de um poder exercido por um sujeito sobre si mesmo”.³¹⁰

Apenas uma sociedade completamente disciplinarizada conseguiria, na prática, dar vida às idéias iluministas e superar, definitivamente, as relações estabelecidas no antigo regime. A sociedade disciplinar quer, certamente, criar docilidades, através dos corpos subjugados e das almas subservientes que ela produz e que produz para ela. A disciplina pode ser equiparada a uma arte sobre o corpo humano, que a um só tempo amplia a habilidade do corpo como também aprofunda sua sujeição, o que revela “a formação de

³⁰⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 134.

³⁰⁹ FOUCAULT, Michel. O olho do poder. *In: Microfísica do poder*. Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 218.

³¹⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 225.

uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente”.³¹¹

A disciplina, como espectro das novas relações de poder, não se interessa nem quer expulsar o homem da vida social pelo fato de ter praticado um crime, por exemplo. Vê na sua conduta uma motivação para adestrá-lo, aprimorá-lo, discipliná-lo mesmo. Se o poder, manifestado através da disciplina, quer “gerir a vida dos homens, controlá-los em suas ações para que seja possível e viável utilizá-lo ao máximo, aproveitando suas potencialidades e utilizando um sistema de aperfeiçoamento gradual e contínuo de suas capacidades”.³¹²

Percebe-se, então uma provocada e consciente separação entre o corpo e o poder. Veja, se a disciplina fabrica corpos mais hábeis, há uma ampliação da força produtiva e econômica do corpo. Todavia, se a disciplina faz com que os mesmo corpo mais hábeis sejam também mais submissos, menos revoltados, com menos capacidade de luta, esses serão corpos mais frágeis politicamente. “Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada”.³¹³ Os homens tornam-se economicamente úteis e politicamente dóceis. A disciplina possui dois gradientes, um exponencia a força econômica, outra faz das forças políticas um quasímodo.

Em uma situação extrema como foi o Holocausto perpetrado pela Alemanha nazista poderia-se dizer que prevaleceu o extremo irracionalismo ou que houve um momento ímpar na história da humanidade, onde a própria humanidade se ausentou. Em verdade, não foi isso que ocorreu. “A civilização moderna não foi a condição suficiente do holocausto; foi, no entanto, com toda certeza, sua condição necessária. Sem ela o holocausto seria impensável. Foi o mundo racional moderno que tornou viável o holocausto”³¹⁴. E se acaso radicalizarmos o argumento de que a disciplina produz o homem economicamente útil e politicamente dócil veremos que essas duas características estavam presentes, a um só tempo, nos agentes do Serviço Secreto alemão e nos próprios judeus.

O primeiro passo para transformar alemães “normais” nos perpetradores do extermínio em massa foi desarmar as inibições escritas com a tinta da moral,

³¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 133.

³¹² MACHADO, Roberto. Introdução: Por uma genealogia do poder. *Op Cit.*

³¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 134.

³¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. *Op. Cit.*, p. 32.

transformando extermínio em violência autorizada pelas normas. Assim, a disciplina da organização torna-se uma virtude, em que receber e cumprir ordens superiores acima de qualquer outro estímulo demonstra o respeito à hierarquia da instituição e a devoção à organização. Então, as demais exigências morais possuem aqui o seu fim.

Vejamos o caso de Adolf Eichmann, responsável pelo transporte dos judeus até os campos de concentração para a execução da deliberada “solução final”. Julgado em Jerusalém, onde seu advogado afirmou que ele praticou atos pelos quais um vencedor é condecorado e um perdedor vai ao patíbulo.³¹⁵ Em síntese, o poder diz o que é certo. Ou pior, que Eichmann não faz nada além do que faz um vencedor. As coisas não possuem uma moral intrínseca, tampouco são imanentemente imorais. A avaliação moral é sempre algo externo.

A extensa cadeia de ações entrelaçadas e dependentes uma das outras extirpavam qualquer problema ou dilema moral. O aumento da distância física ou psíquica entre o ato e suas conseqüências, segundo Hilberg: “É preciso ter em mente que a maioria dos participantes (do genocídio) não atirou em crianças nem despejou gás em câmara de gás... A maioria dos burocratas compôs memorandos, redigiu planos, falou ao telefone e participou de conferências. Podiam destruir todo um povo em suas escrivaninhas”.³¹⁶

Os nazistas não conseguiram nem tentaram se livrar do Estado de direito, nem o esqueceram, por isso seus altos funcionários e especialistas precisavam produzir uma definição de judeu que tranqüilizasse as pessoas, sejam as que praticavam, sejam as que testemunham o extermínio. Era preciso não deixar pairar dúvidas de que aquilo não aconteceria com elas, e, portanto, seus interesses não estariam ameaçados. O segundo passo que tornou possível o Holocausto foi esse, a desumanização das vítimas.

Criou-se, então, uma categoria de pessoas que foram marcadas e depois exterminadas. É claro que também criou-se uma outra categoria de pessoas, bem mais vasta e com direitos bem mais amplos, melhor, intransitivamente com direitos, que eram os cidadãos, os puros-sangues alemães. Para transformar uma vítima em um ser invisível bastava retirá-la do mundo das obrigações, da nação e do Estado alemão, pois os limites do território nacional e social são os locais onde as questões morais possuem algum sentido.

³¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. *Op. Cit.*, p. 38.

³¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. *Op. Cit.*, p. 44.

Em todos os momentos do Holocausto as vítimas podiam “optar”, não digo entre uma situação boa e outra má, mas por um mal maior ou por um mal menor. Os nazistas precisavam fazê-los compreender que ainda podiam salvar algo, ou pelo menos adiar o inadiável. Induziam a agir de modo racional. Para isso, primordialmente, fizeram os judeus entenderem que não tratariam todos da mesma maneira, cada judeu só dependeria de seu próprio “mérito”. Construiu-se uma hierarquia entre eles, a partir do binômio, utilidade-inutilidade para os alemães. Na verdade estabeleceu-se um critério tosco para o extermínio: só se mataria um judeu “útil” quando os outros judeus “inúteis” estivessem exterminados.

Mas quem decidiria quais judeus eram “úteis” e quais eram “inúteis”? Os próprios judeus, através dos líderes dos conselhos judeus nos guetos. O que os nazistas fizeram foi “obrigar” os judeus a colaborarem. Esses conselhos justificavam suas atitudes com o argumento de que não decidiam os que morreriam, mas os que continuariam vivos e de que trabalharam para adiar a decisão daqueles que sinistramente juravam destruí-los. A idéia central dessa retórica decisiva quantitativa de morte era que seria melhor preservar a vida de muitos em detrimento de poucos, quanto menos mortes melhor. O problema é que as indicações para morrer se multiplicavam.

É muito fácil ignorar qualquer tipo de responsabilidade quando se é “apenas um elo” burocrático na cadeia que conduz a ordem até sua execução. Se fracionarmos esse percurso da ordem, cada ação terá o aspecto puro e profundamente técnico, raso de moral e de conteúdo. Assim, a ligação causal entre o papel timbrado e a execução da vítima se apresentam diluídas e podem até mesmo serem esquecidas, desconsideradas ou relevadas sem nenhum esforço.

É difícil ser cruel com alguém que tocamos com as próprias mãos. É menos difícil sê-lo se há, pelo menos, uma pequena distância. Torna-se tarefa menos cruenta provocar dor em alguém que apenas vemos à distância. Agora, já um pouco mais fácil ser cruel com alguém que apenas ouvimos e bem mais fácil ser cruelíssimo com quem nem vemos nem ouvimos. Isso é o sintoma de uma “responsabilidade flutuante”, onde todo aparato burocrático é criado exatamente para isso, para eliminar responsabilidades, pois a “perpetuação coletiva de atos cruéis fica bem mais fácil pelo fato de que a responsabilidade

é essencialmente inatribuível, enquanto cada participante desses atos está convencido de que ela compete a alguma autoridade específica”.³¹⁷

Por fim, é fundamental destacar o fato de que a estratégia do “salve-se quem puder” não foi criada pelas próprias vítimas, ao contrário, fazia parte do plano geral de destruição, pois aquele que abraçasse essa estratégia se autocolocariam na posição de vítima e logo começaria a operação do cálculo da sobrevivência. E, assim, a racionalidade das vítimas, se tornou uma arma manejada pelos seus assassinos, prova fatal de que “a racionalidade do governado é sempre uma arma dos governantes”.³¹⁸ E o sucesso da empreitada dos opressores dependia sobremaneira da racionalidade das vítimas. Enquanto a razão da autopreservação aumentava, decrescia de maneira inversamente proporcional os valores morais das vítimas, o que em última análise consegue, de fato, desumanizá-las.

Ao longo de toda jornada para a destruição final, a maioria das pessoas, a maior parte do tempo, não ficou completamente sem opção. E onde há opção há uma chance em se comportar racionalmente. E foi o que a maioria das pessoas fez: comportou-se racionalmente. Embora com total domínio dos meios de coerção, os nazistas perceberam que a racionalidade significava cooperação; que tudo que os judeus faziam para atenderem aos seus próprios interesses aproximava um pouco mais o objetivo nazista do êxito completo.³¹⁹

O holocausto precisa ser compreendido como um fracasso da civilização. É dizer, ainda não temos suficientemente uma civilização. Ainda precisamos concluir o processo civilizador, se é que há algo que possamos chamar de processo civilizador. É moralmente gratificante acreditar que a humanidade abandonou a barbárie. Que o tal processo civilizatório está incumbido de eliminar a violência de nossas vidas ou de nossos costumes. Que a escolha de uma política acertada implica, necessariamente na eliminação dos problemas humanos. Ao contrário, o que o holocausto nos revelou é que, racionalmente, é sempre possível sermos bárbaros. Burocrática e paradigmaticamente bárbaros. Enfim, modernos.

Pior do que o holocausto chegar até nós é o fato de sabermos, agora, que somos capazes de praticá-lo a qualquer tempo. A crueldade não é uma obra exclusiva de homens cruéis, mas de homens e mulheres comuns que tentavam desempenhar bem suas funções, “a crueldade relaciona-se apenas secundariamente às características individuais dos que a

³¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. *Op. Cit.*, p. 191.

³¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. *Op. Cit.*, p. 169.

³¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. *Op. Cit.*, p. 159.

cometem, mas de maneira muito forte mesmo à relação de autoridade e subordinação”.³²⁰ Somente a humanidade poderá perder onde a racionalidade e a ética apontarem para sentidos opostos. Pois o “mal não precisa nem de seguidores entusiasmados nem de aplausos de um público – basta o instinto de autopreservação, estimulado pelo reconfortante pensamento de que ainda não chegou a minha hora, graças a Deus: me curvando inteiramente ainda posso escapar”.³²¹

Não há mais como sustentar de maneira imponderável que a humanidade estará sempre ladeada pela racionalidade, ou que há uma ordem racional reitora dos homens e produtora necessária da humanidade. Não. Este é o equívoco. Pois, por oposição, seria preciso afirmar que toda ação desprovida de razão seria desumana. Mas os burocratas nazistas atuaram racionalmente pautados por sua obediência às leis, ao seu modelo de Estado de direito. Assim foi o caso de Eichmann. Todos agiram, numa palavra, racionalmente. E nem por isso suas condutas podem ser consideradas humanitárias. Mas, sem dúvida serão humanas, porque o humano é composto de duas facetas, da humanidade e da desumanidade. Não há humanidade sem considerar a porção desumana, pelo menos como uma possibilidade.

E hoje o mesmo povo judeu, outrora oprimido outrora vitimado, muda de posição e passa a ter a “qualidade” de opressor em relação aos palestinos, que, sequer, são reconhecidos pelos judeus como povo, uma nação, um Estado. Realmente precisamos considerar essa possibilidade de sermos humanamente desumanos, ou freudianamente oprimidos e opressores. Melhor citar Sheakspeare, o verdadeiro inventor da humanidade, que em uma passagem de “O mercador de Veneza”, onde o judeu Shylock faz o seguinte discurso ao ser questionado sobre se ele não possui sentimentos para se vingar tanto e de tal maneira de um cristão que lhe tomou dinheiro por empréstimo:

Eu sou judeu! O judeu não tem olhos? Não tem ele mãos, órgãos, dimensões, sentidos, afeições, paixões? Não é ele alimentado com a mesma comida, ferido pelas mesmas armas, sujeito às mesmas doenças, curado pelos mesmos meios, aquecido e esfriado pelo verão e pelo inverno, da mesma forma que o é o cristão? Se vocês nos furam, não sangramos? Se vocês nos fazem cócegas, não rimos? Se nos envenenam, não morremos? E, se nos prejudicam, não devemos vingar-nos? Se somos como vocês no resto, nos parecemos com vocês nisso”.

³²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. *Op. Cit.*, p. 181.

³²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. *Op. Cit.*, p. 239.

Somos todos humanos, somos todos judeus, somos todos Shylock. A disciplina é um contradireito porque funciona para além do direito, pois funciona na cabeça de cada um sobre quem ela atua. É o panoptismo nosso de cada dia. É, como toda máquina, composta de engrenagens grandes e outras minúsculas, que de tão ínfimas são, às vezes, imperceptíveis, como os judeus na “solução final”. Enquanto que o pesado direito continua como a grande máquina bem visível.

Seria uma utopia acreditar que as leis consigam abarcar todas as condutas, essas são selecionadas. Por isso, as condutas não percebidas pela lei sofrem apenas uma sanção normalizadora, que é o estabelecimento de infra-penalidades pelas disciplinas que estende sua pequena mão pelas frestas onde o direito penal não passa. Essa sanção qualifica e reprime uma série de comportamentos que escapam aos grandes e vastos sistemas de castigo. É dizer, tudo pode servir para punir a mínima coisa, a fração mais singela de uma conduta ou condutas aparentemente indiferente ao aparelho disciplinar. Há, em tudo, um tema para exercer a função punitiva do poder.

Aparentemente as disciplinas não constituem nada mais que um infradireito. Parecem prolongar, até um nível infinitesimal das exigências singulares, as formas gerais definidas pelo direito; ou, ainda, aparecem como maneiras de aprendizagem que permitem aos indivíduos se integrarem a essas exigências gerais. Constituíram o mesmo tipo de direito fazendo-o mudar de escala, e assim tornando-o mais minucioso e sem dúvida mais indulgente. Temos antes que ver nas disciplinas uma espécie de contradireito. Elas têm o papel preciso de introduzir assimetrias insuperáveis e de excluir reciprocidades.³²²

O poder disciplinar, como qualquer outro, não é transferível. É inteiramente dividido entre os indivíduos. Esses indivíduos, que detém micro-poderes, são as engrenagens dessa maquinaria chamada sociedade disciplinar. A forma do poder disciplinar punir é peculiar, pois apresenta-se como “um modelo reduzido de tribunal”³²³, uma vez que lhe pertence aquilo que não encontra-se adequado à regra. A punição disciplinar alia três fatores: exercício, como fator corretivo; repetição como fator adestrador; aprendizado, como fator de duração e automatização da conduta. Enfim, a punição objetiva a normalização das condutas.

O funcionamento jurídico-antropológico que toda a história da penalidade moderna revela não se origina na superposição à justiça criminal das ciências humanas, e nas exigências próprias a essa nova racionalidade ou ao humanismo que ela traria consigo; ele tem seu ponto de formação

³²² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, pp. 209-210.

³²³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 172.

nessa técnica disciplinar que fez funcionar esses novos mecanismos de sanção normalizadora.³²⁴

É na idéia panóptica de vigiar, onde o poder se multiplica e se fortalece na ubiquidade do olhar que tudo vê sem nunca ser visto. O poder disciplinar não está concentrado, mas disperso e alerta em todos os lugares, ou pelo menos faz acreditar que esteja. A disciplina faz do poder um ente anônimo que produz indivíduos automatizados. Seu anonimato é uma consequência e uma propulsão do próprio poder.

O poder é anônimo porque se descolou da pessoa do rei e se imiscuiu no corpo da sociedade. É anônimo porque se faz automático à medida que produz efeitos constantes apesar de sua invisibilidade: o corpo do detento, seu grau zero de visão, a obnubilação de sua força acabam por ser fatores de intensificação automáticos do poder; o olho que nada vê, mas que se sabe olhado, parece se introjetar, dobra sobre si a relação com o 'fora'; a silhueta do poder se inscreve em sua subjetividade colando em si mesmo a ação e o efeito da vigilância.³²⁵

O poder tradicionalmente pode ser visto e é manifestado pela força do movimento com a qual exhibe seu próprio poder. Paradoxalmente, o poder disciplinar se exerce tornando-se invisível, inverte o local onde se projeta as luzes. Não é mais o poder, na sua maneira de se expressar quem recebe esse feixe de luz, senão os súditos, digo, os criminosos, loucos, estudantes... Esses são vistos sem cessar, o que não apenas os ilumina, mas assegura o exercício disciplinar do poder. "O que generaliza então o poder de punir não é a consciência universal da lei em cada um dos sujeitos de direito, é a extensão regular, é a trama infinitamente cerrada dos processos panópticos".³²⁶

Embora o poder se reconheça pela sua legitimidade, ele produz aquilo que anuncia combater: loucos, desviantes, criminosos. E produz de duas maneiras: a primeira, seleciona as condutas a serem disciplinadas; a segunda por formatar a alma. Surge, então outro paradoxo: a contradição entre o poder legítimo e a realidade ética do poder. A legitimidade é o critério positivo que se confronta com a sua própria ética, critério negativo desse paradoxo. Como já disse no ponto anterior desse capítulo, definir o poder como aquele que é legítimo é construir um pleonasma. Sei que é lugar comum dizer que a prisão fabrica o delinqüente, por outro lado esse critério negativo se confunde com a realidade ética da disciplina. Mas esse bordão de criminólogos e humanistas parece incompleto e amputado,

³²⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 176.

³²⁵ QUEIROZ, André. **Foucault**. *Op. Cit.*, p. 86.

³²⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 211.

principalmente na medida que a disciplina que há nas prisões, pelo menos em seus projetos originários, é a mesma de escolas, hospitais e quartéis. Sempre através de técnicas que fabricam indivíduos úteis. Assim, faltou dizer que o poder disciplinar fabricou também, e complementarmente, a alma dos criminosos, dos loucos, dos militares, dos estudantes e dos operários.

Denota-se daí um certo projeto de transformação do indivíduo como objetivo, meta ou missão das prisões, bem como das escolas, hospitais ou quartéis. Mas, outro lugar comum: a prisão fracassou. Uns irão justificar que seu fracasso sobreveio aos inconvenientes surgidos pelo seu modo de funcionamento, pois o ponto de partida era falso e, então, não poderiam agir e transformar o indivíduo da mesma maneira que escolas, hospitais e quartéis. Outros, como Michel Foucault, dirão que o fracasso das prisões são concomitantes ao seu próprio projeto. Nasceu fracassada. Natimorta.

Adverta-se, desde já, que fracassada e natimorta apenas para seus objetivos primevos. A razão capitalista não tardou em identificar uma nova rentabilidade, um novo lucro, um novo ganho político e econômico. O que antes era um inconveniente, como o fato de não conseguir transformar os criminosos em gente honesta, foi utilizado como estratégia, mais um mecanismo de poder. Ora, se nosso primeiro lugar comum é verdadeiro, que a prisão fabrica delinquentes, porque não transformar essa delinquência como a nova utilidade do domínio econômico e político? Vejamos o que Foucault nos responde:

A sociedade sem delinquência foi um sonho do século XVIII que depois acabou. A delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como um sociedade sem delinquência. Sem delinquência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população se não o medo do delinquente?³²⁷

Resta nítido que o ganho econômico e político é um só: a vigilância. Embora possua dois efeitos. Um efetivamente econômico, diminuir os gastos com a punição e ampliar os lucros com novos nichos de investimentos no plano individual como segurança particular e armas, por exemplo, e, no plano coletivo, a moderna tendência de privatização das prisões, mesmo através de parcerias público privadas, e a criação da polícia, uma nova “sub-classe” social retirada dos mesmos estratos de onde saem os criminosos de massa. A criação da polícia, por exemplo, também constitui o início do argumento do lucro político,

³²⁷ FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. *Op. Cit.*, pp. 137-138

pois ela é o braço armado e viril, o efetivo mais evidente entre tantas outros mecanismos de controle. Esse é o lucro político, uma vez que “a burguesia não se importa absolutamente com os delinqüentes nem com sua posição ou reinserção social, que não têm muita importância o ponto de vista econômico, mas se interessam pelo conjunto de mecanismos que controlam, seguem, punem e reformam o delinqüente”.³²⁸

Um traço interessante da disciplina, em que pese seus lucros, é a possibilidade de individualização do sujeito. Não falo de uma individualização por rituais e discursos ou qualquer tipo de representação, como se dava nas sociedades de regime feudal, onde o homem se individualizava, cada vez mais, quanto mais possuía privilégios. Não, o poder disciplinar “troca o eixo político da individualização”, uma vez que é anônimo e funcional. É dizer, aqueles sobre quem recaem o poder disciplinar são tanto mais individualizados, por fiscalizações e observações, que encontram a normalização como parâmetro. Foucault afirma que há mesmo uma substituição da forma do *ancien régime* em individualizar e da sociedade disciplinar fazê-lo, “substituindo assim a individualidade do homem memorável pelo do homem calculável”.³²⁹

Não poderia concordar com Foucault se, efetivamente, houvesse afirmado que a substituição de uma forma disciplinar de individualizar aniquila, se sobrepõe e se coloca no lugar da outra, dos privilégios. Acredito que elas coexistem. Não precisaria de muito esforço para demonstrar que ainda hoje há uma forte cultura do privilégio, mesmo que, em tese, não haja nobres aristocratas. O sobrenome ainda pesa quando os currículos são analisados. Em verdade, não sei se posso afirmar, peremptoriamente, que Foucault verificou essa substituição total. Mas posso afirmar que há, no mínimo, uma janela para admitir que as duas formas de individualização coexistem.

Além disso, Foucault parece superar essa aporia, quando afirma que a sociedade disciplinar transita entre instituições fechadas e quaisquer outros mecanismo de disciplina indefinidamente generalizável. Afirma o pensador francês:

Não que a modalidade disciplinar do poder tenha substituído todas as outras; mas porque ela se infiltrou no meio das outras, desqualificando-as às vezes, mas servindo-lhes de intermediária, ligando-as entre si, prolongando-as, e principalmente permitindo conduzir os efeitos do poder

³²⁸ FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: **Microfísica do poder**. Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 186.

³²⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 184.

até os elementos mais tênues e mais longínquos. Ela assegura uma distribuição infinitesimal das relações de poder.³³⁰

O *panopticon* de Jeremy Bentham materializa o poder disciplinar que não se reduz à estrutura arquitetônica, tão conhecida como uma espécie de torre cercada por muralhas, pois ele se enfronha como um conceito, uma orientação, um mecanismo em todas as instituições, e faz da potência do poder algo mais intenso e capaz de multiplicar o próprio poder. “O aparelho disciplinar inteiro é o poder, e ninguém o detém como uma coisa. Ele se sustenta com seus próprios mecanismos, que lhe permitem ser na aparência tanto menos corporal, quanto é mais sabidamente físico. A sanção normalizadora é presente ali”.³³¹

A estrutura do poder disciplinar calcado no mecanismo panóptico não é uma intrincada maneira de reprimir, mas de adestrar e docilizar, certamente. “A vitória do rei sobre as forças adversas – estrangeiras ou subversivas – podia ser compreendida em termos de repressão da vitalidade... mas o mundo mudou”,³³² e o panóptico, produto desse novo mundo, é quem “fabrica efeitos homogêneos de poder”. E mais do que isso, o panóptico consegue intensificar o aparelho de poder, pois é mais econômico e mais eficaz por funcionar preventivamente de maneira contínua e automática. “O panoptismo é o princípio geral de uma nova anatomia política cujo objeto e fim não são a relação de soberania, mas as relações de disciplina”.³³³

Engana-se aqueles que equivalerem poder disciplinar com um estabelecimento ou uma instituição fechada, exclusivamente idealizada para fazer frear o mal e suspendê-lo no tempo e no espaço. Isso também. Embora sobreleve-se, no poder disciplinar, seu exercício de maneira mais leve e rápida, de forma a se multiplicar em todo corpo social. Assim, nada obsta que ela se apresente em seu aspecto desinstitucionalizado, o que lhe possibilita circular livremente e ser extremamente flexível e adaptável.

(...) inexacto pensar que as funções disciplinares tenham sido confiscadas e absorvidas definitivamente por um aparelho de Estado. A disciplina não pode se identificar com uma instituição nem, com um aparelho; ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma física ou uma anatomia do poder, uma tecnologia.³³⁴

³³⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, pp. 191 e 204.

³³¹ BILLOUET, Pierre. **Foucault**. *Op Cit.*, p. 136.

³³² BILLOUET, Pierre. **Foucault**. *Op Cit.*, p. 135.

³³³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, pp. 191 e 197.

³³⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 203.

A disciplina não é uma arma de combate da sociedade moderna, senão o contrapeso necessário ao seu próprio funcionamento, a sua própria existência, pois seus cálculos dos riscos tornam-se previsíveis para toda população. Quer isso dizer que as disciplinas, que sempre existiram, tornaram-se com a sociedade moderna apenas uma condutora de um processo de docilização? Ou há por trás desse processo um querer dominar? O próprio Michel Foucault responde: “as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação”.³³⁵

Longe de sonhar o sonho dos filósofos ou dos juristas do século XVIII, em estabelecer uma sociedade perfeita, mas plenamente consciente de que o poder militar é maravilhosamente deslumbrante aos homens, Foucault, a todo instante equivale os homens (nós) às engrenagens invisíveis do poder disciplinar, ao afirmar que “Somos bem menos gregos que pensamos. Não estamos nem nas arquibancadas nem no palco, mas na máquina panóptica, investidos por seus efeitos de poder que nós mesmos renovamos, pois somos suas engrenagens”³³⁶. Foucault procura desvelar o maneirismo do poder com o uso da própria razão iluminista. Deslegitimar esse micropoder despercebido em seu funcionamento, mas que atua diariamente sobre nós, os não-gregos, isso também rompe com a modernidade iluminista, e ao mesmo tempo preserva o que há de mais sagrado nela, a racionalidade crítica.

Não é possível lutar contra a modernidade repressiva senão usando os instrumentos de emancipação que nos foram oferecidos pela própria modernidade: uma razão autônoma, capaz de desmarcar as pseudolegitimações do mundo sistêmico, uma ação moral autodeterminada, que não depende de autoridades externas, e uma política consciente, baseada em estruturas democráticas que pressupõem uma razão crítica e uma vontade livre. Deixar de ver essa dialética da modernidade, reduzindo-a em bloco em sua vertente perversa, é privar-se dos meios de resistir à perversão. Demitir-se da modernidade é a melhor forma de deixar inata a modernidade repressiva.³³⁷

Efeito exemplar desse poder disciplinar é o surgimento das prisões e a privação de liberdade como pena por excelência, e não mais como simples custódia, que embora tenham surgido fora do aparelho judiciário e bem antes do final do século XVIII e princípio do século XIX – período de sua disseminação como modelo de pena – marcou o

³³⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 133.

³³⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 205.

³³⁷ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 25.

ingresso da justiça penal nos jardins iluminados da “humanidade”. Não tardou para que a prisão se tornasse a pena, quase que exclusiva, das sociedades civilizadas.

O fundamento para difusão da privação de liberdade como pena era seu aspecto de igualdade, uma vez que a liberdade pertence a todos da mesma maneira, e perdê-la seria um castigo igualitário, bem mais uniforme que a multa, que pode ser suportada pelo rico e insuportável para o pobre. O tempo como unidade de troca e produção econômica, o repisado “tempo é dinheiro”, tornou-se a medida da pena. A própria individualização da pena está contida na medida do tempo como pena.

A prisão promoveu o reencontro do prisioneiro com o poder, além disso, ainda possuía outro conveniente: a possibilidade de observar ao extremo o prisioneiro e, com isso, lançar os fundamentos para a docilização. A prisão foi sendo aceita porque apenas ela poderia acentuar disciplinarmente as características já existentes na própria sociedade. Ela estava longe ser o mero mecanismo de privação de liberdade. Sua pretensão, como já disse, era modificar os indivíduos, primeiramente para “ressocializá-los”, depois, e finalmente, para produzir uma outra espécie de homem de quem se extrai vantagens políticas e econômicas.

A prisão: um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria, mas, levando ao fundo, nada de qualitativamente diferente. Esse duplo fundamento jurídico-econômico por um lado, técnico-disciplinar por outro. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos.³³⁸

O poder disciplinar promove o surgimento de um novo saber que emerge do esquadramento da vida, da observação, da mensuração e da tabulação de informações. Esse novo saber é qualificado de “científico” e se alça tanto ao delito, quanto ao indivíduo que comete crime, principalmente. Está aqui a condição de possibilidade de existência da criminologia ou da ciência penitenciária, é a passagem de uma arte de punir à outra:

A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos.³³⁹

³³⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 219.

³³⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 242.

Os efeitos reais da prisão provocaram e logo trouxeram um coro que denunciava o seu grande fracasso como uma dos principais elementos da justiça penal. Michel Foucault afirma, com muita propriedade, que a história do encarceramento não possui uma cronologia na qual se sucedem a pena de detenção; seu fracasso; os projetos de reforma, que dariam uma feição mais técnica às penitenciárias; e novamente a constatação do seu fracasso. O que houve foi “na realidade uma superposição ou em todo caso uma outra distribuição desses elementos”³⁴⁰

Até que ponto podemos dizer que a prisão fracassou? Parece-me que afirmar o fracasso da prisão é contrariar o seu estado natural, a sua ética negativa, assim, é sempre possível afirmar: “o sucesso é tal que , depois de mais de um século e meio de ‘fracasso’, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la”. A pergunta correta seria: para que serve o fracasso da prisão? É dizer, as prisões não foram reformadas para atender às idéias iluministas, nem somente para docilizar os que se enfrontam no crime. O que está por trás das grades: os desejos secretos em manter a delinquência; induzir à reincidência; e, por fim, fazer nascer a alma jurídica do criminoso, pois mesmo que não delinqua mais, será visto e tratado como tal. “Se a instituição-prisão resistiu tanto tempo, e em tal mobilidade, se o princípio da detenção penal nunca foi seriamente questionado, é sem dúvida porque esse sistema carcerário se enraizava em profundidade e exercia funções precisas”.³⁴¹

É nesse espeque que Foucault colaciona quatro elementos para demonstrar o erro ou equívoco dos que afirmam o fracasso da pena, pois ela é: um elemento de sobrepoder; uma técnica objetiva da racionalidade penitenciária; uma elemento de eficácia inversa; e, por fim, construída por uma reforma de pretensa isonomia como desdobramento utópico de uma sociedades sem crimes. A partir daqui resta, no mínimo, constrangedor afirmar que a prisão é um fracasso. É um sucesso em subjugar. Uma técnica bem sucedida, que dá certo a mais de 150 anos. Funciona perfeita e planejadamente mal. Nos remete sempre a um futuro sem crimes, mas um futuro que se adia eternamente, mas devido a nossa capacidade de crer no eterno continuamos crendo.

A realidade é que os castigos não querem suprimir as infrações, tampouco os infratores, quer, por fim, distinguí-los, destribuí-los e utilizá-los, pois o que visam não é:

³⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, p. 251.

³⁴¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op Cit.*, pp. 263 e 257.

tanto as tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terrenos a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O “fracasso” da prisão pode sem dúvida ser compreendido a partir daí.³⁴²

O fundamental, porém, é que ocorre a substituição do fracasso em reduzir os crimes e em reposicionar o sujeito infrator na sociedade pelo sucesso do manejo do delinquente produzindo-o e especializando-o, formas políticas e econômicas menos danosas de gerir as ilegalidades. Claro que determinadas ações permanecerão às margens das prisões e até mesmo do direito penal.

Luciano Oliveira, também aqui, nos provoca com o chamado “paradoxo de Tocqueville”, formulado por Jean-Claude Chesnais na sua “História da Violência”, que diz “quanto mais um fenômeno desagradável diminui mais o que dele resta se torna insuportável”. Seguindo, inversamente, o mesmo raciocínio, diz Luciano Oliveira, e não posso disso discordar, “quanto mais um fenômeno desagradável aumenta ou persiste, mais ele se torna suportável”³⁴³, e mais conseguimos viver e conviver com ele, pois também os fenômenos desagradáveis se assentam com a rotina. O próprio Beccaria sinaliza para isso: “À medida que os suplícios tornam-se mais cruéis, os ânimos humanos, que como os líquidos se colocam sempre em nível com os objetos que os circundam, endurecem e a força sempre viva das paixões faz com que, depois de cem anos de cruéis suplícios a roda amedronta tanto quanto a prisão”³⁴⁴.

“A fórmula é quase sempre a mesma: a prática contém a verdade imanente e dispensa toda teoria, ou admite apenas uma teoria desentranhada de toda prática”.³⁴⁵ Foucault é esse prático que não vê nem mais nem menos racionalidade no suplício do que na prisão, que desentranha dessa prática a tese de uma simples mudança no objeto a ser

³⁴² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. *Op. Cit.*, p. 258.

³⁴³ OLIVEIRA, Luciano. **Violência brasileira e direitos humanos**: a razão iluminista contra a parede. Texto apresentado no III Encontro da ANDHEP e no IV Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB em 2007. Texto disponibilizado pelo próprio autor.

³⁴⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. *Op. Cit.*, p. 83.

³⁴⁵ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. *Op. Cit.*, p. 17.

punido, a tese de uma sociedade disciplinar, mas nada há que impessa a possibilidade de acontecer que os encarceramentos mais severos se apresente a nós como um passado longínquo, permissivo e benevolente.

3. CRISE DA LEGITIMIDADE OU DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

3.1. Mudança do paradigma criminológico: o sistema penal é o novo objeto de análise da Criminologia Crítica

Fazer ciência encontra-se indissociado da utilização de um método de análise que possibilite nortear qualquer pesquisa. Nesse sentido unicamente o método histórico permite verificar as influências da formação das ideologias penais, sejam clássicas ou positivistas, sejam cibernéticas, garantistas ou funcionalistas, sejam o que forem. A finalidade específica de certa “reconstrução” histórica feita nos dois primeiros capítulos consistiu em verificar o sentido e até que ponto o desenvolvimento do pensamento criminológico pôs em dúvida a ideologia penal tradicional sobre a qual repousa ainda hoje a ciência do direito penal, tudo sob o ponto de vista político-filosófico. Agora trataremos de assentar a análise criminológica propriamente dita.

A análise histórica é necessária porque suspende o fato de inexistir um método ou um modelo de ciência para todas as épocas, pois o conceito do que é ciência está atrelado a um conjunto de consensos e compromissos teóricos básicos existentes num dado grupamento humano que denominamos de paradigmas. Esses definem o que é ciência e ao mesmo tempo relativizam a definição do que é científico.

Mas há mais, e dessa análise histórica emerge uma oposição no conceito de ciência, que tanto pode ser considerada como normal ou como extraordinária.³⁴⁶ A primeira representa um paradigma, ao mesmo tempo, consolidado, não mais discutido e irrefletidamente aceito, em que ainda se destaca a posição do cientista como um montador de peças, que procura ajuntá-las e enlaçá-las para formar um belo e irretocável quebra-cabeça. Isto é bastante diferente do conceito extraordinário de ciência, pois para esta seu pressuposto básico é solucionar problemas concretos que se modificam constantemente, visto as infinitas possibilidades de quebrar a norma ou a lei penal vigente. Tudo isso exige da ciência uma transformação para poder acompanhar as mudanças da sociedade e continuar a solucionar conflitos. Na ciência extraordinária se os paradigmas forem aceitos sem reflexão ou não for o produto de um espaço público democrático não responderão a nada, senão a um passado remoto dos conflitos que os originaram.

³⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. Op. Cit., p. 41.

Acredito que nossa sociedade convive com constantes “revoluções científicas”, que melhor seria se as denominássemos de processos de substituição de paradigmas. O tempo com que tudo se procede faz do cientista um questionador do modelo tradicional de ciência, e exige dele a mesma velocidade nas respostas, não só aos acontecimentos contemporâneos, mas como uma prevenção dos que estão no por vir. Isso me faz recordar João do Rio, que em 1910, sob crônica intitulada “O dia de um homem em 1920”, em tom profético escreveu: “As ocupações são cada vez maiores, as distâncias menores e o tempo cada vez chega menos. Diante desses sucessivos inventos e da nevrose de pressa hodierna, é fácil imaginar o que será o dia de um homem superior dentro de dez anos, com este vertiginoso progresso que tudo arrasta”.

Ao retornar ao problema estritamente criminológico, é possível afirmar que a escola clássica seja um prolongamento ou o resultado das idéias iluministas, enquanto que a positivista surgiu como fruto das transformações ocorridas no mundo e nas ciências naturais e, principalmente, como crítica pretensamente científica tanto do Estado liberal, quanto dos próprios clássicos. Embora as obras dos clássicos, como Beccaria, não fossem politicamente revolucionárias, possuíam um claro objetivo: instaurar um regime de liberdades que superasse o estado de coisas estabelecidas pelo antigo regime.

Não há nada noviço em afirmar que as idéias clássicas e iluministas almejavam romper com o *status quo*, o que podemos chamar de seu conteúdo crítico-negativo, todavia suas propostas iam além, projetavam como o futuro do direito uma outra dimensão, onde houvesse o reconhecimento das liberdades individuais, era o conteúdo crítico-positivo. Tais conteúdos são necessariamente complementares, precisam existir e coexistir, para que se possa haver a construção verdadeiramente científica do direito penal. Todavia, posteriormente, o saber clássico abandona sua dimensão combativa ou crítico-negativa, o que acredito ser a própria essência iluminista, e restou unicamente o conteúdo propositivo de suas críticas, pois erroneamente julgavam que a chegada da burguesia ao poder ou simples destronar dos reis feudais estaria efetivada a ruptura.

Os clássicos eram compostos pelos mais diversos matizes, embora houvesse um enlace, uma unidade ideológica entre eles: o significado liberal e “humanitário” de suas idéias, principalmente com o estabelecimento de limites e fundamentos de punir que representava em última instância a materialização das liberdades individuais. Exatamente por suas racionalizações sobre o poder punitivo resguardar o indivíduo do arbítrio estatal é

que podemos chamar seu projeto de “garantista”. Paradoxalmente, as luzes dos direitos formalmente protegidos eram acompanhados pelas sombras da impossibilidade em usufruí-los, desde aqueles tempos longínquos, mas que ao mesmo tempo exalam o frescor de ainda vivermos dentro desse paradoxo.

Outro ponto que asseverava a “unidade” existente entre os clássicos era o método por eles utilizado, o racionalista-abstrato ou lógico-dedutivo. Assim, orientavam-se por uma concepção mecanicista do universo, onde seu método possuía a função de investigação racional e sistemática de leis e princípios universais. A pretensão dos clássicos era que seus postulados seriam suficientes para resolver os problemas do crime. Se bem que hoje não possuímos nem podemos mais possuir a fé racionalista de Beccaria ou de Carrara, nem queremos redescobrir “a verdade no código imutável da razão”.³⁴⁷

O classicismo não se deteve na pessoa do criminoso – não enxergava ali qualquer anormalidade. Partia da premissa que todos são iguais perante a lei, devido a sua racionalidade. O centro não é o autor, senão o fato. O criminoso é quem, na posse do seu livre arbítrio, viola livre e conscientemente a norma penal. E a pena, por fim, vincula-se a utilidade e aos princípios da humanidade e proporcionalidade. O direito penal e a pena eram considerados pela escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinqüente, modificando-o, mas, sobretudo, como um instrumento legal para defender a sociedade do crime. E aqui se encontra o fundamento originário da “ideologia da defesa social”.

A pena era uma contramotivação em face do crime. O próprio Carrara já advertia que a função da pena é de defesa social, onde a reeducação do condenado pode ser apenas um resultado acessório da pena, mas jamais será sua função ou parâmetro para sua medida. A defesa social, para Carrara, fundava-se na distinção entre a concepção jurídica do delito e a consideração ética do indivíduo.³⁴⁸

A emergência de uma nova sociedade industrializada fez com que os paradigmas clássicos não conseguissem mais resolver os problemas que se lhe apresentam, e demonstrava, ao contrário do imaginado e pretendido, que seus conceitos e consensos estavam longe de serem universais e agora também se encontravam na crise do que chamamos de padrão clássico do pensamento penal.

³⁴⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. *Op. Cit.*, p. 36.

³⁴⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. *Op. Cit.*, p. 37.

Surgia uma nova forma de construir e organizar o pensamento em uma dimensão pretensamente mais científica ante as novas exigências do Estado, onde era prescindível o Estado mínimo dos clássicos, onde o exacerbado individualismo e os intocáveis direitos individuais se opunham aos interesses da própria sociedade. Segundo Ferri, havia dois motivos para o declínio dos clássicos: 1) a diminuição dos direitos da sociedade em face do indivíduo, justificado pelo combate aos arbítrios; 2) e o resgate do personagem esquecido pela escola clássica, o homem delinqüente.³⁴⁹

Em suma, a escola clássica havia perdido de vista as necessidades sociais de prevenção do delito e a individualidade concreta do homem delinqüente e, por isso, fracassou e houve o conseqüente aumento da criminalidade e da reincidência. Assim, a tarefa da escola positivista era reduzir os delitos e não, unicamente, as penas. Era, portanto, preciso substituir a metafísica do livre-arbítrio por uma ciência da sociedade que conseguisse identificar as causas do delito e erradicar a criminalidade. Mas, o aumento da criminalidade demonstrou a falência do classicismo penal, que, conforme Ferri: “revelado pelas estatísticas criminais, é que a delinqüência segue um contínuo aumento, e as penas, até agora aplicadas, entretanto não valeram para defender a sociedade dos honestos e corromperam ainda mais os desonestos”.³⁵⁰

Já a escola positivista quer encontrar o complexo total de causas biológicas, psicológicas e sociais que determinam a vida do indivíduo. O sistema penal, para esses pensadores, se fundamenta sobre o autor do delito e sobre sua classificação tipológica, onde explicavam a criminalidade na “diversidade” ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados. A responsabilidade moral é substituída pela responsabilidade social, o que explica a necessidade de uma reação da sociedade com quem cometeu o delito ou simplesmente carregam as características criminogênicas no seu próprio corpo ou psiquê. Assim, a pena torna-se um meio de defesa social e não mais uma retribuição jurídica ou ética. Como meio de defesa social a pena não age exclusiva e repressivamente para segregar, mas também para curar e reeducar.

Ora, a oposição entre o indivíduo defendido pelos clássicos e a sociedade que pautava as idéias positivistas, fundava-se sobremaneira na construção de uma nova ciência, que punha também em lados opostos o racionalismo metafísico dos clássicos orientado

³⁴⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. Op. Cit., p. 61.

³⁵⁰ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 62.

pelo livre-arbítrio e o empirismo das ciências naturais, que lançava as bases para conhecer a nova sociedade, pois as “modificações operadas no âmbito das relações entre o Estado e a sociedade civil na segunda metade do século XIX, constituíram-se no fator mais decisivo para a transformação das ciências jurídicas”.³⁵¹

Não foi coincidência que o positivismo penal surgisse no mesmo momento em que o Estado liberal está a se transformar em Estado liberal democrático, que apontava para uma atividade estatal de maior intervenção social e conseqüente abandono do Estado mínimo que caracterizava o liberalismo clássico. Logo, a ciência penal seguiu a tendência e também se voltou para o intervencionismo, abandonando o padrão clássico da preocupação com a preservação dos direitos individuais.

A ideologia positivista nasceu para contrapor-se ao jusnaturalismo – que se caracterizava pela metafísica e pela carência de cientificidade. Os positivistas atacaram, então, o individualismo burguês característico do liberalismo e passaram a adotar uma concepção de direito penal que enfatizava a sociedade e não o indivíduo, logo a criminologia, ciência nova que emergia das concepções positivistas, deveria voltar-se para o estudo das causas sociais do crime e não suas manifestações individuais.

O progresso das ciências exatas, pelo desenvolvimento do método experimental, possibilitou o determinismo científico, onde tudo parecia ordenado, dominado e explicado pelas leis da natureza. Para os positivistas as leis naturais podem derivar do meio físico ou social, mas nunca da metafísica, pois seus princípios não são científicos. Para eles, o jusnaturalismo não explicava os fatos sociais da nova sociedade industrial. Isso só seria possível através de observação objetiva dos fatos, e, assim, apreender a realidade. Portanto, a “ciência positivista não é apenas descritiva, mas também causal-explicativa, tendo em vista que a lei da causalidade resulta essencial para a explicação do mundo”.³⁵²

A partir disto, fica fácil afirmar que o método era a essência do positivismo, é a forma empírica-indutiva de fazer ciência, tal como afirmou Ferri, “para nós o método experimental que constitui a chave de todo o conhecimento; para eles (clássicos) tudo deriva da dedução lógica e do argumento de autoridade. Eles substituem os fatos por silogismos; nós consideramos que são os fatos que governam”.³⁵³ Embora seu método

³⁵¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. *Op. Cit.*, p. 55.

³⁵² FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. *Op. Cit.*, p. 54.

³⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. *Op. Cit.*, p. 11.

fosse diverso daquele utilizado pelos clássicos, possuíam as mesmíssimas pretensões: sentenciar leis gerais, universais e imutáveis para o direito, muito por influência das ciências naturais em geral, como se fosse possível haver lei da gravidade nas legislações, pois o direito às vezes contraria a ciência newtoniana e nem sempre a maçã cai.

O positivismo criminológico foi fundamentalmente antigarantista, na medida que sua idéia partia de um determinismo biológico e psicológico bastante peculiar, muito próximo a bizarrices tais como as diversas tipologias de criminosos, onde se buscava na compleição física e mental dos homens (criminosos) as causas fatais e peremptórias para o cometimento de crimes. Era o paradigma etiológico dos primeiros positivistas.

Mesmo assim, a escola positivista não esgota o próprio pensamento criminológico fundado no positivismo que caracterizava as ciências naturais. Toda a idéia que se opõe ao livre-arbítrio e adota o determinismo, a previsibilidade dos fenômenos humanos, a separação entre moral e ciência, que reivindique a neutralidade axiológica da ciência e possua como método o empírico é positivista. Nesse sentido, toda criminologia contemporânea também o é. Seja como for o início da criminologia, propriamente dita, dá-se com a escola positivista. Estudá-la possui importância por dois sentidos: o primeiro, ainda encontra-se presente implicitamente na criminologia oficial; segundo, porque as escolas sociológicas da década de 60 do século passado fundamentaram seus pontos a partir da negação da escola positivista.

Hoje, a questão não se encontra mais no fato de se o paradigma etiológico é ou não garantista, pois é candente que não é nem nunca foi, a problemática concentra-se no fato de este paradigma ter sido substituído ou não por outro, como, por exemplo, com a emergência do *labelling approach* (paradigma da reação social), onde a criminalidade não é um dado pré-constituído às definições legais de comportamentos e sujeitos. A criminologia e a sociologia que vicejam, em uma tentativa de superar o positivismo criminológico, negam o determinismo e o delinqüente como indivíduo diferente e, a partir daí, retorna aos pressupostos da escola liberal clássica, embora um pouco distintos, tanto que alguns princípios “receberam um novo significado de atualidade” e passam a caracterizar a “nova criminologia”.³⁵⁴

A escola clássica constitui um primeiro capítulo importantíssimo para a história da criminologia ou é apenas uma época em que floresceram os primeiros criminólogos? Seja

³⁵⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. *Op. Cit.*, p. 31.

qual for a resposta, uma coisa é certa, inaugura-se um novo modelo de ciência penal, um modelo que podemos chamá-lo integrado, onde as concepções de homem e de sociedade estão umbilicalmente relacionadas e necessariamente implicadas, pois

ainda que suas respectivas concepções de homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico.³⁵⁵

Com isso, não se poderá dizer jamais que tais escolas possuem as mesmíssimas concepções de homem e da sociedade, muito pelo contrário, são diametralmente antagônicas entre si, se digladiam e, até hoje, persiste (des)pretensiosamente, ora com o conceito de homem a prevalecer (Hassemer, Ferrajoli e Baratta), ora com prevalência da sociedade (Jakobs).

A idéia da defesa social surgiu nos marcos da revolução burguesa, logo se tornou ideologicamente dominante para o sistema penal, influenciando, inclusive, suas concepções de ciência e a codificação. A defesa social foi legada pelos clássicos aos positivistas que trataram de adequá-la a suas premissas, às novas exigências políticas e ao novo Estado social, que sobreveio ao Estado liberal. Todavia, a diferença fundamental entre clássicos e positivistas quanto à ideologia da defesa social não é tanto o seu conteúdo ideológico, mas sua atitude metodológica na hora de explicar a criminalidade. Assim, enquanto os positivistas reduziam, em linhas gerais, a explicação da criminalidade a uma explicação causal do comportamento criminoso e da diferença biológica que há entre os indivíduos criminosos dos não criminosos. Já para os clássicos, seu objeto de estudo vai para além do criminoso, estuda o próprio crime, ligado a idéia do livre-arbítrio, do mérito e do demérito individual e igualdade substancial entre criminosos e não criminosos.

Por tudo isso, e por saber que a ideologia jurídica funciona como elemento estabilizador e criador de mitos, somente uma nova ideologia irá superar a ideologia jurídica da defesa social. Essa nova ideologia deve ser sociológica, pois que não se funda nos parâmetros da ciência jurídica, seja pelo fato dos juristas serem portadores desses próprios mitos e ideologias, seja pelo “atraso da ciência jurídica em face do pensamento criminológico contemporâneo mais avançado é tal que, de fato, obriga a pensar que o mesmo não pode ser hoje recuperado através de uma crítica imanente, ou de uma

³⁵⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. *Op. Cit.*, p. 41.

autocrítica situada no interior da ciência jurídica”.³⁵⁶ É preciso fazer surgir um novo modelo de ciência penal integrada, pois, em verdade, ainda não existe uma real interação entre dogmática jurídica, política criminal e criminologia, quiza teorias sociológicas da criminalidade.

A defesa social não passa de uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e fora da história da sociedade, mas com uma totalidade de valores e interesses. Já um novo modelo integrado de ciência penal se caracteriza por elementos antitéticos à defesa social, tanto que não trabalha com um conceito ideal de sociedade, senão com conceitos mais precisos e determinados como “sociedade feudal”, “sociedade capitalista”, etc, trabalha ainda com uma análise de conflitos de classe e das contradições que caracterizam a estrutura econômico-social das relações de produção.³⁵⁷

As novas escolas criminológicas fundamentadas na sociologia, como a criminologia crítica pretende funcionar, principalmente, como instrumento de análise do sistema penal com o escopo de contenção da violência e guarda dos direitos humanos, mas também como forma de pavimentar a própria superação do sistema penal. É isto que se desenvolverá neste capítulo, o confronto entre o abolicionismo, minimalismo penal ou radical e o direito penal mínimo, formas de cognição do sistema penal e conjunto distintos de propostas seja para sua extinção, seja para sua contração, seja para sua relegitimação.

A partir da década de 70 do século passado que as teorias político-criminais críticas passam a ocupar o papel central na reação (controle) social dentro das sociedades capitalistas e desenvolvem um novo paradigma para a criminologia, distinto do etiológico que caracterizava as pesquisas positivistas. O câmbio deste paradigma situa-se no fato de abandonar a análise do “crime” e da “criminalidade” e debruçar-se sobre os processos de criminalização. É nisto que se fundamenta a “nova criminologia” ou “criminologia crítica”.

Esse movimento político-criminal possui como seus principais representantes o abolicionismo, o “minimalismo radical” e o direito penal mínimo. Tais movimentos, sejam eles quais forem, são “criadores e criaturas” do processo de deslegitimação do sistema penal.³⁵⁸

³⁵⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. *Op. Cit.*, p. 45.

³⁵⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. *Op. Cit.*, pp. 47-48.

³⁵⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismos: A crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. In: Revista da ESMESC. Florianópolis, 2006, v. 13.

Antecipadamente, o “minimalismo radical” e o “direito penal mínimo” não são terminologias sinônimas ou complementares, embora ambas proponham uma redução do direito penal, a diferença entre elas é vultosamente ressaltada pela finalidade que cada uma procura atingir com essa contração no direito penal. Assim, enquanto o minimalismo radical o faz como tática, caminho ou acúmulo de força para poder um dia abolir o sistema penal, o direito penal mínimo o faz como tentativa de, condensando-o, torná-lo garantidor e, por conseguinte, relegitimar aquilo que os radicais asseveram ser ontologicamente deslegítimo.

A crítica abolicionista e minimalista radical versa sobre o sistema penal e não se reduz unicamente a uma análise do direito penal, enquanto programação normativa ou técnica dos juristas. Pois o sistema penal institucionaliza o poder punitivo do Estado, seja como engrenagem da máquina estatal, seja como interação com a sociedade.

A ciência penal demonstra um descompasso abismal com uma análise realística das instituições penais. Logo, é preciso superar a ideologia da defesa social, utilizando o discurso (e da prática) das ciências sociais (da sociologia geral e criminal) que será a base para um novo projeto de ciência integrada. “O conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condenação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno”.³⁵⁹

Neste sentido, abolir unicamente o direito penal nada modificaria o atual estado do sistema penal. “Não somente – e talvez nem tanto – porque o cárcere não funciona, quanto mais facilmente porque a pena carcerária é historicamente imposta na ilusão de suas incontestáveis virtudes”.³⁶⁰ Suas atuais funções, oficiais ou latentes, migrariam e seriam exercidas sob a tutela de outras instâncias, o que consistiria numa mera reedição de um discurso justificador, é dizer, relegitimante.

Dois argumentos justificam tamanho apego ao direito penal e à negação da necessidade de sua abolição. Primeiro, que no microcosmo do direito, a abolição do sistema penal sacrificaria o poder dos juristas e de alguns de seus operadores. Segundo, que com a liberação total dos conflitos, o poder aprisionado no direito penal seria redistribuído aos outros órgãos do sistema penal. Logo, seria preciso abolir o próprio sistema penal. Nesse caso, apego é traduzido como as relações produzidas e estabelecidas

³⁵⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. *Op. Cit.*, p. 43.

³⁶⁰ PAVARINI, Massimo. *Processos de recarcerização...Op. Cit.*, p. 145.

pelo direito penal, mas também, e certamente, por nosso questionável estágio de preparação para abolir o sistema penal sem provocar uma crise maior do que a já provocada pela existência dos crimes na estrutura de funcionamento da sociedade atual.

Como já foi dito, não é o crime que produz o controle social, mas este que é o real produtor do crime. Assim, tais estudos, caracterizam-se por ter como seu objeto essas minorias, sem fazer qualquer questionamento sobre as instituições jurídicas e políticas.³⁶¹

Sistema penal é a totalidade das instituições que fundamentam o controle penal como parlamento, ministério público, polícia, prisão, etc. Esse sistema penal formal é complementado por sua (re)produção simbólica através de instrumentos informais como mídia, escola e religião etc. Assim, os mecanismos formais e informais do sistema penal se interagem dentro da sociedade,³⁶² assim como o faz Zaffaroni, para quem o sistema penal funciona através da institucionalização do poder punitivo das suas agências, independentemente se utilizam procedimentos estritamente legais ou mediante práticas ilegais (tortura, grupos de extermínio, etc.) conhecidas ou toleradas.³⁶³ Todavia, não entendo que as duas definições de sistema penal sejam excludentes, ao contrário, são complementares e juntas tornam preciso e pleno o que realmente é o sistema penal. Assim, é a totalidade de instituições que compõe o sistema penal que impossibilita abolir o direito penal, mas também sacrificaria o “poder” dos juristas, o que provocaria uma liberação total dos conflitos e a redistribuição deste poder, contido no direito penal, aos outros órgãos do sistema penal. Abolir significaria muitas mudanças, portanto, o sistema penal, como qualquer outro sistema social cria seus próprios mecanismos de auto-preservação.

Será que somente as teorias abolicionistas revelam ou lançam uma possível crise no sistema penal, bem como sua forma de funcionamento? Acredito que não. Não só o direito penal, mas todo o seu aparato que compõe o sistema penal é gerado por uma crise que lhe antecede, mas ele, como proposta, não soluciona concretamente essa crise, muito pelo contrário, apenas simula o seu enfrentamento, o que faz da proposta de solução mais um passo na crise do sistema penal. Bem por isso, posso afirmar que o direito e o sistema penal não estão em crise, são a própria crise, pois esta é seu estado natural, sua ontologia.

³⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos, **A criminologia radical**, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 03.

³⁶² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e efficientismos**. *Op. Cit.*

³⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da Legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 96.

A violência é constitutiva da natureza dos sistemas penitenciários, em qualquer tempo e em qualquer lugar. A alternativa não está entre prisões violenta e prisões não-violentas, mas entre ter ou não ter prisões. Ou, no melhor das hipóteses, entre prisões mais ou menos violentas”.³⁶⁴

Sinteticamente, o abolicionismo nega validade às teorias justificadoras do direito de punir e propõe a imediata extinção de todo sistema penal, além de rechaçar toda e qualquer justificação do *jus puniendi* por encontrar-se erigido sobre bases falsas e ilegítimas. Já o minimalismo radical busca a imediata contração do direito penal, identificada como tática para um gradual abandono do sistema penal, onde há uma provisoriedade e uma preservação residual do próprio direito penal. Portanto, o posicionamento deslegitimante do minimalismo radical afasta-se da deslegitimação proposta pelos abolicionistas.

Se para os abolicionistas a ilegitimidade não está apenas no vigente sistema penal formal, mas também em toda proposta de sistemas penais situada no porvir, para os minimalistas sua crítica deslegitimante versa sobre o sistema penal atual e para aqueles que no futuro não se pautem por propostas minimalistas de contração do direito penal. O sistema penal está deslegitimado desde o desvelamento de suas incapacidades e incompetências em exercer as funções por ele mesmo declaradas, ou pior, por cumprirem funções que silencia e encobre, funções “latentes”. São essas ditas funções disfuncionais que o deslegitima. Uma delas é a reprodução material e ideológica do sistema global capitalista dentro do próprio sistema penal a fazer com que este busque sempre um lucro, político ou econômico, e faz da sociedade um lugar para exercitar a disciplina. Este se torna um subsistema a serviço daquele a produzir e reproduzir as relações de poder e de propriedade existentes.

As peculiares exigências da reação jurídico-penal à delinquência própria de um (globalização econômica) e outro (integração supranacional) campo parecem capazes de acentuar substancialmente as tendências que, como já foi dito, se acham patentes nos ordenamentos jurídicos nacionais, no sentido de uma demolição do edifício conceitual da teoria do delito, assim como o constituído pelas garantias formais e materiais do direito penal – e do processo penal. Meu prognóstico é que, de fato, o direito penal da globalização econômica e da integração supranacional será um direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as garantias político-criminais, substanciais e processuais.³⁶⁵

³⁶⁴ COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo**: e outros estudos sobre a criminalidade. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 295.

³⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. **A expansão do direito penal**: Aspecto da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

Hoje, vivemos um momento onde o sistema capitalista passa por uma das suas maiores crises, buscando através de guerras e da exploração de povos sua sustentação, também não é diferente a crise enfrentada pelo direito penal, que diante de sua falência procura fazer-se presente em tudo, recrudescer suas penas e ampliar sua tipologia. Portanto, nos parece claro que a crise do direito penal só pode ser entendida como a crise do capitalismo, pela inegável relação existente entre eles, e pelo fato de que o primeiro constituir-se instrumento opressão do segundo, onde objetiva-se o controle social.

Numa época em que a expansão do direito penal nos conduz a todo tipo de condutas, banalizando a sua própria atuação. O efeito não poderia ser outro senão amainar o próprio desvalor social. É o que nos informa Pavarini: “A criminologia nos ensina que um efeito colateral ao processo de hiperpenalização é exatamente o de ameaçar a função social do processo de criminalização, este é o reconhecimento social do desvalor de algumas condutas”.³⁶⁶

Compreender o sistema penal como ele mesmo se pretende, isto é, como ele se declara e encobrir suas verossímeis funções faz cindir a sociedade em uma realidade maniqueísta e dicotômica entre o social e o anti-social; boa ou má; e, boa parte das vezes, transforma o homem autor de crime em um inimigo do Estado. Isto nega o pluralismo das sociedades.

Nesse diapasão, a criminologia crítica renuncia a tarefa de gerenciar o sistema penal, pois sua deslegitimação é irresolúvel nos marcos do capitalismo. A atividade gerenciadora contradiria o seu próprio discurso, pois como “se propor a auxiliar a defesa da sociedade contra o crime, se seu propósito último é defender o homem contra este tipo de sociedade”?³⁶⁷

A criminologia crítica consubstancia-se como crítica final de todas as correntes criminológicas ditas liberais, pois quer superar a ideologia da defesa social. Coisa que as teorias liberais não conseguiram, mesmo no seu momento mais avançado (*labeling*), onde suas críticas pontuais tendiam à justificação ou relegitimação do sistema penal, sob a tese

³⁶⁶ PAVARINI, Massimo. Da perda da pena ao seu reencontro? (...) *Op. Cit.*, p. 100.

³⁶⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 332-333.

da “universalidade do delito”. As teorias liberais são portadoras da ideologia “negativa substitutiva” da ideologia tradicional.³⁶⁸

Há uma congruente idéia da efemeridade das instituições, inclusive sobre as que compõem o sistema penal, sejam elas quantas forem, sejam elas quais forem. Assim, “sociólogos nos dizem que a eternidade das instituições é proporcional à sua funcionalidade; historiadores nos dizem da historicidade das instituições e, portanto, de sua contingência e provisoriedade”.³⁶⁹ Esse seria um argumento para aboli-las? Talvez. Mas, certamente é um sintoma de que as passageiras instituições servem a uma política e, por isso, não são fundamentais para solução dos crimes e da criminalidade.

Quanto às idéias de política criminal, mais restritamente, à criminologia crítica em suas duas vertentes – abolicionismo e minimalismo radical – não podemos falar em uma unidade totalizante entre elas, senão em uma unidade dialética, desde que compreendido a idéia de objetivos estratégicos e táticos representadas pelos seus respectivos programas político-criminais. Por outro lado, cada uma dessas teorias espelha uma plêiade de teses que objetivam abolir ou reduzir a intervenção do sistema penal.

3.2. Há uma oposição entre o abolicionismo penal, o minimalismo penal e o direito penal mínimo?

3.2.1. Abolicionismo: as razões críticas para uma proposta abolicionista radical

O abolicionismo, desde seu surgimento, constituiu-se como uma relação entre teoria e práxis, tanto que ficou conhecido como teorização de um movimento social. Pretende ir além da construção meramente acadêmica, sem esquecê-lo, por isso é comum dizer que o abolicionismo é um movimento político-criminal de “dupla via”, isto é, acadêmico e de movimento social.

De toda sorte não se diminui o papel acadêmico, pois a mudança na hegemonia dos conceitos significa um passo importantíssimo rumo ao abolicionismo ou, pelo menos, no rompimento dos pré-conceitos contra o debate sobre as teses abolicionistas. Já sua característica de movimento social evidencia-se, mais ainda, ao identificar nos seus

³⁶⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. *Op. Cit.*, p. 149-150.

³⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e efficientismos*. *Op. Cit.*

principais teóricos a fundação de grupos e organizações voltadas para pressionar a estrutura do sistema penal e construir alternativas concretas ao sistema.

Não existe apenas uma única vertente do abolicionismo. Ao contrário, sua origem é espaldada tanto no pluralismo quanto no racionalismo, positivismo, cristianismo, anarquismo, etc.. O abolicionismo aqui referido não é esse, senão o “abolicionismo radical” que se contrapõe ao sistema penal por ele deslegitimado e propõe uma radical substituição do sistema penal por outras instâncias de solução de conflitos.³⁷⁰

A questão central deste ponto não são os fundamentos pré-jurídicos ou ontológicos das diversas matizes do abolicionismo, pois remontam uma etapa anterior à fase da mudança de paradigma criminológico e podem ser reunidas em três grandes ideologias, quais sejam a liberal/cristã, a anarquista e a marxista.

A base liberal/cristã trabalha com o conceito de “solidariedade orgânica” ou “eunomia” onde os próprios indivíduos se ocupariam dos conflitos (“situações problemas”) que estivessem envolvidos. Isto se opõe a tese da “anomia” criada pelas sociedades repressivas e demonstra ser necessário impor limites a dor infligida aos presos. Já o anarquismo concentra sua crítica não no sistema penal – para eles, as instituições colonizam e impedem a felicidade plena dos homens – propriamente dito, mas na ausência de liberdade e autonomia do indivíduo que é eclipsado por obra do Estado, e, portanto, propõem a supressão do Estado para que o homem possa ser livre. Por fim, o abolicionismo marxista entende o sistema penal como instrumento repressor a serviço do ocultamento dos verdadeiros conflitos sociais, onde o principal é o conflito de classes antitéticas.³⁷¹

A “verdadeira” vertente teórica do abolicionismo é a perspectiva marxista, que espelha a denominada “dupla via” entre teoria e prática. Seu desenvolvimento foi gradual e partiu dos pressupostos construídos pela teoria da “rotulação social” e do pensamento originário de Taylor, Walton e Young, nos primeiros anos da década de 70 do século passado. Provocada pela mudança do paradigma criminológico, é dizer, a adoção dos processos de criminalização como objeto de estudo, o abolicionismo penal tornou-se o conteúdo político-criminal da criminologia crítica, e passa a deslegitimar, principalmente, a ideologia da escola da defesa social.

³⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.*, p. 97.

³⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. *Op. Cit.*, p. 346.

É sempre mais interessante trilhar o caminho que leva a tentativa de desvelar os processos sociais pelos quais as respostas institucionais a comportamentos desviantes resultam na construção de identidades e carreiras criminosas. Este tipo de análise enfatiza as relações de poder, medidora dos níveis de desigualdades na distribuição dos recursos relativos “à capacidade de evitar contatos com as agências oficiais de controle e repressão”.³⁷²

O real fundador do abolicionismo radical são as razões críticas que recaem sobre o sistema penal. Estas razões são calcadas na deslegitimação, reprodução de desigualdades sociais, seletividade e estigmatização. O “abolicionismo radical” nega legitimidade não só deste sistema penal vigente em contato e atuante sobre a realidade social, mas também um possível e viável sistema penal alternativo para a solução de conflitos.

A abolição radical refere-se ao enfrentamento dos conflitos através de instâncias e mecanismos formais e informais. Os formais não devem vincular-se ao sistema penal, mas ao direito civil e ao administrativo. Já o informal funcionará mediante outras agências que não pertencem ao direito, como a escola, igreja, etc.. O abolicionismo não quer uma renovação ou modificação do sistema penal, mas sua completa eliminação, fundamentada pela ineficiência em atingir os fins por ele mesmo proposto.

Para os abolicionistas radicais o crime é uma realidade construída, em que os fatos tipificados como crimes são frutos de uma decisão humana modificável no tempo e no espaço. Percebe-se entre eles o consenso de que é a lei quem cria o crime. Para Nils Christie os “atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos”³⁷³. Então, o que há em comum entre a pluralidade de condutas humanamente concebidas como criminosas?

A única coisa que tais situações têm em comum é a ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato de elas serem definidas como ‘crimes’ resulta de uma decisão humana modificável (...). Um belo dia o poder político pára de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. (...). É a lei quem diz onde está o crime; é a lei que cria o “criminoso”.³⁷⁴

³⁷² COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo**. *Op. Cit.*, p. 295.

³⁷³ CHRISTIE, Nils. **A Indústria do controle do crime**. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.

13.

³⁷⁴ HULSMAN, Louk. **Penas perdidas**. Niterói: Luam, 1993, p. 63-64.

É corrente a idéia do sistema penal como um problema social em-si-mesmo. Não resolutor de conflitos, mas produtor e reproduzidor de mais problemas sociais. Razão pela qual deve ser abolido. Diz-se que somente com a sua sucumbência será possível dar vida às comunidades, às instituições e aos homens.³⁷⁵

Não há, para os abolicionistas radicais, uma realidade ôntica no crime ou na criminalidade, senão no processo de criminalização, uma escolha política dos bens jurídicos a serem protegidos. Dentro da decisão política de ser criado o crime situa-se, por conseguinte, a decisão política de ser criado o criminoso. Esta escolha é feita pelas classes hegemônicas do sistema social em prejuízo das classes mais débeis. Sobre esta recai o *status* de criminalizável. O criminoso é criado pela seleção e destruído pela estigmatização.

não importa muito o que o marginalizado faz ou deixou de fazer, pois, no momento em que ele é estigmatizado como criminoso potencial, começam a ser acionados os mecanismos legais (polícia, tribunais, júris e autoridades penitenciárias) que farão com que a profecia se auto-realize. E, quando o marginalizado efetivamente comete o crime, este deve ser tratado apenas como uma das variáveis que explicam a criminalização da marginalidade, não como o fenômeno a ser propriamente explicado.³⁷⁶

Nesse sentido, o binômio crime-criminoso serve à instrumentalização do poder punitivo e proporcionar uma disciplina social funcional para manter e reproduzir a organização estrutural de uma formação social historicamente determinada. O sistema de dominação de uma classe sobre outras não dispensa a utilização de certos papéis, nem permite que sejam desempenhados por qualquer tipo social. Exatamente por isso é que as leis são formuladas por determinadas classes e não por outras, para pesarem sobre determinadas classes e não sobre outras.

A seletividade e a estigmatização são características do sistema punitivo e razão para sua abolição, são, ainda, forjadoras de um sistema de controle social discriminatório, onde a sua clientela é sempre a mesma. A medida do sistema penal é a medida da sua seletividade.

a desviação não é uma qualidade ontológica da ação, mas antes o resultado de uma reação social e que o delinqüente apenas se distingue do homem normal devido ao fenômeno da seletividade do sistema. O condenado, em face do processo criminal, fica marcado perante a sociedade e si mesmo. O estigma lhe pesa de tal forma que acaba

³⁷⁵ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. *Op. Cit.*, p. 89.

³⁷⁶ COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo**. *Op. Cit.*, p. 286.

interagindo com o rótulo criminal e ele é impulsionado a viver e a comportar-se com a imagem que incorpora.³⁷⁷

Para o antropólogo francês, Levi-Strauss, em seu livro “Tristes trópicos”, as sociedades parecem se comportar de dois modos não só distintos, mas opostos diante daquele que é tido como perigoso, assim ora desenvolve um comportamento canibalesco ou antropofágico e incorpora esses “hostis” no intuito de neutralizar sua periculosidade; ora exaspera as práticas de verdadeiras recusas e vomita para fora de si tudo aquilo que é reconhecido como estranho.³⁷⁸

A seletividade e a estigmatização são as categorias mais candentes do processo de criminalização e recaem sobre as classes mais débeis, despossuídos de qualquer tipo de imunidades institucionais, as mesmas que protegem a classe média e alta, somente por isso é que os mais vulneráveis possuem maiores chances de serem detectados pelo sistema penal, é dizer, encontrados pela polícia, detidos, processados e condenados. Por outro lado, esse mesmo processo de criminalização promove a isenção de condutas e comportamentos socialmente até mais danosos à coletividade, mas que por serem típicos dos indivíduos que figuram nas classes dominantes, de acumulação capitalista, são imunizados, uma vez que é desta classe social que emanam as normas penais e, assim, tratam de se protegerem do estigma que acompanha o rótulo de criminoso.

O recrutamento da clientela penal recair sobre os mais vulneráveis entre os mais débeis é fruto de uma estrutura social onde a distribuição de acesso e oportunidades não são equitativas, mas cumulativas sobre a classe hegemônica, o que produz e reproduz as desigualdades sociais, enquanto se propaga vivermos em uma sociedade de iguais. Uma análise das prisões como produto de uma sociedade capitalista, que necessita produzir seu “exército de reserva”, sua mão-de-obra desqualificada que produz cada vez mais, por cada vez menos como a mais-valia de poucos detentores dos meios de produção, logo o sistema penal produzirá criminosos nas áreas sociais mais fragilizadas pelas contradições gestadas pelo sistema capitalista, e faz surgir zonas socialmente marginalizadas que servirão como exército de reserva desse sistema. Assim, “a teoria das carreiras desviantes e do recrutamento dos criminosos nas zonas sociais mais débeis encontra uma confirmação

³⁷⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. *Op. Cit.*, p. 349.

³⁷⁸ PAVARINI, Massimo. *Processos de recarcerização...* *Op. Cit.*, p. 143.

inequívoca na análise da população carcerária”.³⁷⁹ A pobreza e a marginalidade não poderão constituir jamais etiologia do crime.

Significativa razão para abolir o sistema penal possui o argumento que identifica na estrutura operacional de suas agências uma capacidade incompatível com a infinidade de condutas criminalizáveis por ele. Há, portanto, a razão da “disfuncionalidade funcional”, que argüi Zaffaroni³⁸⁰, em que o sistema penal é estruturado de forma que não funcione ou que funcione na sua forma “latente”.

Para Pasukanis, a suposta proteção integral, essa “alegoria ideológica” do sistema penal, esconde os objetivos reais deste sistema punitivo, onde se encobre com uma cortina de fumaça os objetivos de proteção da propriedade privada, da ferrenha luta contra as classes exploradas e oprimidas pelo capital, garantido o seu domínio, e se hegemoniza enquanto classe estratificadamente superior, sob a aparência de correção pessoal.³⁸¹

O problema do sistema penal funcionar com essa latência é tornar invisível a fonte geradora da criminalidade. Advogam no sentido de combater os desvios pessoais e esquecem encobertos os “desvios estruturais que os alimentam”.³⁸²

Outra razão é cindir a sociedade em uma realidade maniqueísta e dicotômica de social ou anti-social; boa ou má; e boa parte das vezes o homem é concebido como um inimigo do Estado; isto nega o pluralismo das sociedades.

Mais uma razão é que a vítima não importa ao sistema penal, senão a busca por um culpado legitimadora da potesdade punitiva estatal. A vítima reduz-se à testemunha do conflito vivenciado. Assim, podemos afirmar que o sistema penal “rouba” o conflito da vítima e ainda a oculta em todo processo penal, servindo-se dela apenas como uma testemunha de luxo.

Outra razão que move os teóricos a propugnarem pela abolição do sistema penal é o fato de a humanidade já ter vivenciado uma sociedade sem direito penal. O que aproxima a sociedade moderna desse longínquo período é identificar o crime e a criminalidade como criações legais do homem.

³⁷⁹ BARATTA, Alessandro, **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. *Op. Cit.*, p. 179

³⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.*, 1996.

³⁸¹ PASUKANIS, Eugenij. **Teoria geral do direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 185.

³⁸² KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. *In*: PASSETTI, Edson (org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

A lei transformou-se em uma faca de dois gumes que degola tanto o inocente quanto o culpado. Assim, o que devia salvaguardar as nações transformou-se tão amiúde em seu flagelo que alguns chegaram a perguntar se a melhor das legislações acaso não consistiria em não se ter nenhuma.³⁸³

A solução do crimes com direito e sistema penal é um evento raro e excepcional, veja-se os altos índices da denominada “cifra negra”, onde os conflitos são solucionados (ou não) sem adentrarem no âmbito da justiça criminal, bem como as sociedades que não conheciam o direito penal o fizeram. A “cifra negra” confirma a imunidade como regra e não a penalização, embora avultem condutas criminalizadas. Logo, é prescindível o sistema penal que atua irrisoriamente ao que ele mesmo se propôs.

A desnecessária produção de dor moral e física pela estrutura do sistema penal e infligida ao condenado e sua família, além da própria ilegitimidade da pena de prisão, é um sofrimento que carece de qualquer racionalidade e constitui uma nova razão para aboli-lo. Essa ilegitimidade advém do não cumprimento de suas finalidades oficiais, pois são irrealizáveis e escondem sua “função latente” de criar, limitar e reproduzir a sua clientela penal, o que pode ser mensurado pelos altos índices de reincidência.

O pensamento liberal e humanitário encontra-se, desde logo, com o confronto e dilema: como conciliar as exigências da disciplina e da segurança com o direito dos presos? Esse é o dilema universal das prisões: “a violência faz parte de sua natureza, é algo inseparável delas. Não existem prisões não-violentas; umas podem apenas ser mais violentas do que outras”.³⁸⁴ Não se trata mais de saber o que o crime faz com a sociedade, mas, ao contrário de indagar o que a sociedade fez com o crime e os criminosos.

Aos mais ávidos em impedir a reincidência resta unicamente a pena de morte, a prisão perpétua e a castração, estes sim possuidores de uma eficácia absoluta. Se por um lado é a reincidência quem decreta a falência da prevenção especial, por outro lado é o crescimento dos índices da criminalidade que negam a eficácia da prevenção geral, somada à troca da preservação da pessoa pela manutenção do sistema, através de uma função simbólica desempenhada pela pena. O homem torna-se um simples objeto ou meio para o alcance de objetivos teleológicos, nem sempre muito claras, exatamente como agora, pois ainda não chegamos a um consenso sobre qual é a real função da pena. Estamos destituídos

³⁸³ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. *Op. Cit.*, p. 8

³⁸⁴ COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo**. *Op. Cit.*, p. 34.

de razão? Há uma legitimidade para punir? O direito é, enfim, legítimo? Talvez, mas certamente não tateamos apenas uma justificativa ou uma legitimidade, tateamos o caminho para onde ir.

A função simbólica da pena, dentro de todas as teorias que tentam legitimá-la, somente serve para encobrir o fato de possuir uma finalidade implícita da manutenção e manifestação do poder de punir do Estado. Nas palavras de Zaffaroni: “sempre se soube que o discurso jurídico-penal latino-americano é falso”³⁸⁵, assim como o europeu, norte-americano, etc..

Por fim, a pretensa função de garantia e segurança jurídica atribuída ao sistema penal resta irrealizável, pois além de não conseguir conter a intervenção do Estado torna-se uma autorização para que a intervenção se legitime.

Por mais que os objetivos estratégicos dos abolicionistas penais sejam de supressão total do sistema penal, seus métodos, pressupostos filosóficos e objetivos táticos não coincidem. O abolicionismo penal não é uma construção individual, senão coletiva e evolutiva e que “não se orienta pelo saber dos profetas intelectuais, das imagens de futuros arruinados. É um discurso estratégico composto de forças liberadoras e libertadoras das práticas punitivas modernas”.³⁸⁶

O problema encontra-se justamente no acúmulo de força que o discurso estratégico não conseguiu atingir. E, a cada momento, iniciar a abolição ampla e completa do sistema penal torna-se um começo que se adia, e que se prorroga no tempo de um futuro que sempre vejo apenas pelas costas a distanciar-se.

É bem possível conseguir controlar a violência, seja extra ou intra muros, o que não acontecerá jamais é pacificar ou simplificar o sistema penal, em uma palavra sua condição de existência não coaduna-se com idéias humanistas, muito menos com práticas humanitárias. Querê-lo exercendo tais idéias e práticas não passa de fetiches ou uma utopia que apenas consegue encobrir o tratamento cruel que a sociedade impõe à parcela de seus membros que ela mesma escolhe. As violências são transformadas em necessidade sistêmica.

³⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.*, p. 14.

³⁸⁶ PASSETTI, Edson (org). A Atualidade do Abolicionismo Penal. In: **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

3.2.2. Do minimalismo radical ao garantismo do direito penal mínimo

A deslegitimação proposta pelo minimalismo penal constitui-se como uma alternativa à utilização do sistema penal tal como se encontra hoje, através de sua contração, é dizer, reduzindo-o de tal sorte que apenas sobrexista seu resíduo extremamente necessário, a funcionar como o menor mal possível.

Não há uma unicidade nas idéias que propõem a condensação do direito penal, melhor, de todo seu aparato, mas uma pluralidade de propostas e programas mínimos do direito penal que não necessariamente poderão ser unificados sob o pretexto de uma única nomenclatura, direito penal mínimo. Ao contrário, há uma heterogeneidade. Há o minimalismo radical que se apresenta como um meio, um percurso em direção ao abolicionismo que entende a deslegitimação como uma “crise estrutural de legitimidade”, pode ser representado por Alessandro Baratta e Eugenio Zaffaroni. Há também a teoria do garantismo penal ou minimalismo “reformista”, é o que se consagra como um fim em si mesmo e entende o problema da legitimidade como uma “crise conjuntural” do sistema penal, este é representado por Luigi Ferrajoli.³⁸⁷

Com este raciocínio, portanto, são duas teorias distintas a “intervenção mínima do direito penal” e o “direito penal mínimo”, onde o primeiro deslegitima o sistema penal e não se ocupa de sua posterior (re)legitimação, ao passo que o segundo, mesmo partindo de um processo de deslegitimação preocupa-se com a (re)legitimação do sistema penal.

O minimalismo radical é um modelo de deslegitimação do sistema penal e, ao mesmo tempo, uma proposta mediata rumo ao abolicionismo, que entende a crise estrutural vivenciada pelo sistema penal como irreversível e de uma impossibilidade em haver qualquer relegitimação seja no presente seja no futuro. Este minimalismo-meio constitui-se como a fundamental transição entre o sistema penal deslegitimado vigente e o abolicionismo.

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça.³⁸⁸

³⁸⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e efficientismos**. *Op. Cit.*

³⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.*, p. 106.

Idéia central da intervenção mínima é advogar por requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos, onde tais direitos possuiriam uma função negativa de limite e uma função positiva de indicação de possíveis objetos de tutela penal.

Para Zaffaroni, por mais que seja possível a postulação de uma intervenção mínima centrada em uma profunda descriminalização, redução radical da pena de prisão e retomada dos limites do chamado “direito penal liberal”, isto não legitima o que resta do sistema penal. O programa penal mínimo possui um alcance temporal médio, transitório e pragmático, fosse longo esse alcance restaria o sistema penal proposto legitimado.³⁸⁹

Embora o minimalismo radical identifique o sistema penal como um subsistema de reprodução seletiva de desigualdades materiais, e incapaz de realizar suas funções declaradas, senão suas funções latentes, ele considera que no estágio onde nossa sociedade se encontra e sua “dependência” do sistema penal é impossível suprimir este sistema, mesmo com tamanhas mazelas. Assim, mesmo dentro de uma perspectiva residual do direito penal uma melhor política criminal corresponde a uma política de transformação das estruturas sociais, objetivando a minimização das desigualdades e desenvolvimento da democracia e formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas.

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por outra sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha a necessidade do direito penal burguês, e devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de auto gestão da sociedade, também no campo do controle do desvio.³⁹⁰

A idéia de superação do sistema penal não está necessariamente aliada a uma negativa de formas alternativas de controle social do desvio. Todavia, podemos mensurar e classificar uma sociedade a partir da sua resposta penal à conduta desviante seja ela autoritária ou não-autoritária seja repressiva ou não-repressiva. Nesse sentido, afirma Baratta que “a luta para conter a violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos”.³⁹¹

³⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.*, p. 94.

³⁹⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. *Op. Cit.*, p. 207.

³⁹¹ BARATTA, Alessandro. **Princípios del Derecho Penal Mínimo: Para una teoría de los derechos humanos**. *In Criminologia y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, p. 299-333.

Baratta procura articular através de um programa de intervenção mínima do direito penal a construção de uma política criminal de curto e médio prazo, que respeite os direitos humanos. Logo, o conceito de direitos humanos possui uma dupla função. Uma “negativa” que se refere aos limites da intervenção penal. Outra positiva, definição do objeto da tutela pelo direito penal.³⁹²

Uma política alternativa de controle social deve observar estas duas funções dos direitos humanos que se constituem como um instrumento teórico mais eficaz na contenção da violência punitiva. Assim, só servirá conter a violência punitiva se for para afirmar os direitos humanos e a justiça social. Em segundo lugar, se limita a utilizar de modo alternativo os instrumentos tradicionais da justiça penal.

Há uma perfeição teórica e abstrata contida nessa proposta e, embora não consiga visualizar os direitos humanos sem exercer essas duas funções, até porque hoje ele as exerce, também não consigo vê-las efetivadas pela práxis. Talvez seja uma miopia, talvez seja uma descrença que me abate.

Também Zaffaroni buscou na intervenção mínima do direito penal, que ele denominou de “resposta marginal”, uma forma articulada entre criminologia, política-criminal e a dimensão jurídico-penal uma forma para diminuir os níveis de violência do sistema penal de forma imediata e suprimi-la de forma mediata, paulatinamente, como objetivo ou estratégia “utópica”.

A deslegitimação do sistema penal impede a construção de um discurso jurídico-penal marginal. Todavia, nada impede que esse discurso aceite a deslegitimação do sistema e limite sua própria atuação, através de um saber criminológico que objetive diminuir a violência do sistema. “Neste sentido, o realismo marginal, ao invés de eliminar a ética do direito, tornaria ética também a criminologia do direito penal com base em uma decisão ético-política que priorizasse a vida humana como valor e a morte como desvalor”.³⁹³

Diminuir a intervenção penal é, sem dúvida, um caminho que pode atenuar a violência do sistema penal, desde que não se constitua como um jogo teórico de palavras para retirar a matéria penal da agência judicial e aumentar, ainda mais, o poder das outras agências. Assim, a renúncia a pretensão punitiva deve ser real e destinar-se ao modelo punitivo, única e cabalmente, pois uma política criminal reducionista de violência não pode

³⁹² BARATTA, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo. Op. Cit.*

³⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas. Op. Cit.**, p. 172.

aceitar a transferência de matéria penal para outra agência punitiva, pois nessas sequer há garantias a serem protegidas ou reivindicadas. Devem, ao contrário, reivindicar e recuperar aquilo que já foi subtraído.

Por tudo, a diminuição da intervenção penal deve proporcionar uma nova forma de solução de conflitos ou que estes fiquem a cargo das instâncias informais. Diversamente, é o que ocorre, por exemplo, com a lei de contravenções penais que não se constitui como uma intervenção mínima, descriminalização ou renúncia ao sistema penal, senão um recurso para ampliar o poder repressivo do próprio sistema penal, o que caracterizaria o que Silva Sanchez veio a chamar de “expansão do direito penal”.

Não se apresenta uma diferença fundamental entre a intervenção mínima proposta por Alessandro Baratta e a “resposta marginal” de Eugenio Zaffaroni. Ambos são minimalista, ambos devotam suas construções teóricas em defesa dos direitos humanos e do papel protagonista que o homem deve desempenhar em detrimento da exacerbada relevância e coerência intra-sistêmica ou autopoiética do sistema penal, como forma de negar qualquer tipo de visão sistêmica funcionalista, onde se avulta o sistema e se minimiza o homem, como o fizeram as teorias de Niklas Luhmann e Günther Jakobs.

Tentativas aparentemente mais sedutoras, mas substancialmente idênticas nas conseqüências, são aquelas hoje particularmente apreciadas pela doutrina penalística de formação germânica que teorizam – em obséquio às teorias luhmanianas – uma função de “pedagogia social” da pena. Estas aproximações utilizam no específico da justificação da pena a concessão do direito como instrumento de estabilização das expectativas. No centro da atenção está em particular o conceito da confiança institucional, inserida como forma de integração social que, nos sistemas complexos, substitui as formas espontâneas de confiança recíproca dos indivíduos nas comunidades elementares. A reação punitiva à violação da norma terá, nesta teoria, somente a função de restabelecer a confiança e de prevenir os efeitos negativos que a violação de normas produz para a integração social. Consegue que se puna não para retribuir um mal com um outro mal equivalente, nem mesmo para dissuadir os potenciais violadores a não delinquir; se pune porque através da pena se exercita a função primária que é aquela de consolidar a fidelidade seja nos conflitos do direito, seja nos conflitos da organização social por parte da maioria.³⁹⁴

Por outro lado, o “garantismo” ou direito penal mínimo, acredita que mesmo deslegitimado é possível, através da máxima contração possível do direito penal uma relegitimação do próprio sistema penal lançada ao futuro. Luigi Ferrajoli, representante desse garantismo, não comunga com as idéias deslegitimantes de que “à irracionalidade de

³⁹⁴ PAVARINI, Massimo. Processos de recarcerização... *Op. Cit.*, p. 161.

nossos sistemas penais vigentes e operantes, mas sim à impossibilidade radical de legitimar qualquer sistema penal inclusive o futuro e mínimo que seja”,³⁹⁵ para ele, tal assertiva é própria do abolicionismo e mesmo em uma sociedade mais democrática e igualitária o programa no qual deveria espaldar o sistema penal seria o do garantismo (direito penal mínimo), pois somente este seria capaz de evitar maiores danos, como por exemplo a vingança ilimitada como consequência o processo disciplinatório que adviria à abolição.

A legitimidade, ou melhor, a relegitimação de um futuro direito penal mínimo, para Ferrajoli, residiria em razões utilitaristas, fundada unicamente no fato de prevenção de reações, formal ou informal, cada vez mais violentas contra os delitos, isto é, o direito penal mínimo voltaria suas atenções para minimização quantitativa da pena, da reação violenta contra o delito, o que impediria a vingança do Estado contra o réu.³⁹⁶

Enquanto o abolicionismo volta sua crítica para os custos do sistema penal, o garantismo de Ferrajoli relaciona os custos de uma anarquia punitiva e os custos do direito penal, e conclui pela idéia de uma pena como o menor mal necessário e a lei sempre como defesa do mais fraco. Lei do mais fraco significa assumir a defesa da vítima na relação autor-vítima, mas também e, principalmente, significa a defesa do autor na relação Estado-autor. Contudo, é forçoso salientar que na obra de Ferrajoli pouco se versa sobre a questão da vítima, seu maior esforço se concentra em refrear a potestade punitiva do Estado contra o autor, com o qual concordo. Nesse mesmo sentido, com acréscimo da defesa dos direitos humanos, Luciano Oliveira afirma que:

aceitar que os criminosos e o Estado sejam igualmente violadores dos direitos humanos equivaleria, num certo sentido, a igualá-los! Ora, isso é impossível pela simples razão, entre outras de que a sociedade não exige criminosos respeitadores desses direitos; o que ela deseja é simplesmente que não haja criminosos. Na verdade, do ponto de vista lógico chega a não fazer sentido exigir de criminosos que sejam respeitadores de direitos humanos, na medida mesma em que é da essência da criminalidade ser uma violadora de direitos... Já no que diz respeito ao Estado, a exigência é oposta.³⁹⁷

Relegitimar o direito penal corresponderia à própria defesa da liberdade física da transgressão. A liberdade do desviante em escolher dentre as condutas possíveis e comportar-se conforme o direito ou contrário a ele. Essa garantia de liberdade física de

³⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.*, p. 95.

³⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 312.

³⁹⁷ OLIVEIRA, Luciano. **Segurança**: Um direito humano para ser levado a sério. Recife: GAJOP, dez/ 99.

escolha – mesmo que sob a incidência da pena para os comportamentos contrários ao direito – é quem garante a liberdade de todos.³⁹⁸

O abolicionismo se apresenta para Ferrajoli como uma “utopia regressiva”, visto seu conteúdo ideológico, ao passo que a verdadeira utopia a ser perseguida seria o garantismo e a defesa relegitimante do próprio direito penal. O garantismo é legitimado pela necessidade de defesa das garantias dos “desviantes” e dos “não desviantes”.³⁹⁹

A crítica central que Ferrajoli faz ao abolicionismo, seja em sua acepção total e imediata, seja na sua acepção de meio e mediata (minimalismo radical), é que a pretensão de suprimir o sistema penal deixaria os conflitos sem solução e sem a cobertura ideológica de uma solução aparente que vigora hoje no sistema penal. Em verdade, o abolicionismo não renuncia à solução de conflitos, a sua proposta é quem tangencia as estruturas do sistema penal de forma a fortalecer os vínculos comunitários, mesmo que para isso não lance mão desse mesmo sistema.

Não acredito que uma (re)legitimação advenha unicamente pelo medo ou por recear uma certa anarquia punitiva. A proposta garantista de Ferrajoli não supera as críticas deslegitimantes, sejam abolicionistas sejam minimalistas, adotam simplesmente uma linha reta, o caminho mais próximo para dizer: em que pese as razões deslegitimantes em nome de “todos”, criminoso ou não, é preciso a manutenção do sistema penal pela necessidade em salvaguardar as garantias. Então, para Ferrajoli o que (re)legitima o sistema penal é a utilidade. Enquanto que para mim, necessidade e utilidade não poderão nos conduzir a qualquer tipo de (re)legitimação, poderá, no máximo, justificar o que nesse caso é injustificável, que é a atuação do sistema penal, onde o conteúdo ôntico do sistema penal não poderá ser outro senão a seletividade e a estigmatização.

3.2.3. A falácia da oposição entre abolicionismo e minimalismo

Não se pode compreender abolicionismo e minimalismo penal como um confronto teórico bipolar e estático, ao contrário há uma real dialetização entre estas duas propostas

³⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. *Op. Cit.*, p. 315.

³⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. *Op. Cit.*, p. 306.

de política criminal, seja por parte de um minimalismo radical que incorpore taticamente as razões abolicionistas – isto é, ter o abolicionismo como meta final e utilizando-se do minimalismo como meio ou mecanismo para seguir tal percurso – seja por um direito penal mínimo, garantista, que polemize e se constituía enquanto antítese dialética do abolicionismo.

Não é possível comprometer-se com os ideais do minimalismo radical e, ao mesmo tempo, ignorar o compromisso deste com o abolicionismo. Haveria nesta atitude uma tentativa, consciente ou inconsciente – pouco importa – em relegitimar o sistema penal, alvo de toda crítica deslegitimante do minimalismo radical, o que seria um contra-senso teórico, na medida em que se aceita a tese e se nega o fundamento. A questão entre minimalismo e abolicionismo é de estratégia e tática.

A confusão teórica se instauraria, posto que se adotaria um minimalismo como fim na medida que ele mesmo se propôs enquanto meio. Deixemos, então, o minimalismo como fim a cargo da proposta de Ferrajoli, desde o início opositora do abolicionismo penal.

A contradição proposta por Ferrajoli entre abolicionismo e minimalismo serviu para vulgarizar e incompatibilizar tanto a tese abolicionista, quanto a garantista. Na verdade, deve ser considerado que há dentro do minimalismo diversos pressupostos analíticos e, por conseguinte, tal oposição estrita, somente existiria quando utilizado o manancial teórico do próprio Ferrajoli.⁴⁰⁰

A pretensão, tanto abolicionista quanto minimalista radical, é de funcionar como instrumento crítico de análise do sistema penal com o escopo de contenção da violência e salvaguarda dos direitos humanos. E até aqui não há maior distinção entre as teses radicais e o garantismo de Ferrajoli, a divergência apenas se apresenta quando os radicais afirmam ser fundamental pavimentar o caminho para a própria superação do sistema penal.

No sentido de funcionar como instrumento de análise do sistema penal, para Zaffaroni, também é possível afirmar uma breve aproximação entre o abolicionismo e o garantismo, na medida que a grande distinção entre ambas encontra-se numa disputa sobre o modelo de sociedade ou na posterior legitimação ou não.⁴⁰¹ Todavia, todos concordarão que isso não está na pauta do dia, o que importa, sobremaneira, é não restar-se imobilizado

⁴⁰⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismos**. *Op. Cit.*

⁴⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.*, p. 112.

por disputas teóricas quixotescas que impeçam concretamente condensar ao máximo o sistema penal, e tampouco adiar essa ação ética. Assim, o verdadeiro antípoda do abolicionismo, longe de ser o minimalismo, é o “eficientismo penal” ou discurso de “lei e ordem”, fruto de uma era de globalização neoliberal, do encolhimento do Estado Social (*Welfare State*) e da expansão e relegitimação do sistema penal.

As políticas de “lei e ordem” e “tolerância zero” se escrevem portanto no interior de um horizonte míope de reproposição de velhas receitas para novos problemas. Na ausência de uma cultura adequada para uma sociedade a elevado risco criminal se acaba por responder aos difusos riscos criminais com o instrumento da penalidade difusa. Mas o atalho repressivo imediato se mostra ilusório: porquanto se possam elevar as taxas de carcerização e penalidade essas se mostrarão sempre inadequadas e insuficientes àquelas da criminalidade de massa, como pudemos perceber na análise crítica das estratégias da incapacitação seletiva. Daqui o risco que a penalidade escape progressivamente a toda finalidade utilitarista e a todo critério racional, para celebrar-se unicamente em uma dimensão expressiva, e tornar-se portanto desmedida. Um excesso de penalidade de criminalidade; uma penalidade simbólica (como a pena de morte, u mesmo penas detentivas em prisões de segurança máxima) – em uma segunda fase – diante da amarga constatação que mais penalidade não produzir mais segurança em relação à criminalidade.⁴⁰²

Não estamos aqui discutindo ou discorrendo sobre a hegemonia prática e teórica do abolicionismo e minimalismo, mas sim uma crítica à hegemonia da “lei e ordem” no discurso jurídico-penal que entendem a crise vivida pelo sistema penal como uma crise conjuntural de eficiência operacional do poder punitivo, além de negar a deslegitimidade do sistema, ao passo que as teorias abolicionistas e minimalistas radicam uma crítica estrutural da sociedade e afirmam haver uma “eficácia invertida” do sistema. E junto a um universo de punidos com a pena carcerária “existe pois o sistema penal de ontológica ineficácia sancionatória”.⁴⁰³

Para os criminólogos críticos o sistema penal está deslegitimado pela sua disfuncionalidade ou sua “funcionalidade disfuncional”, em partes, os adeptos do discurso hoje oficial de “lei e ordem” também aderem à crítica de que o sistema penal não funciona. Todavia, o que determina mais do que a contradição entre estes dois pólos de pensamento político criminal, não é a identificação do sistema penal como um problema funcional e sim a conseqüência que deve emergir de tal constatação. Dessa forma, os criminólogos

⁴⁰² PAVARINI, Massimo. Processos de recarcerização... *Op. Cit.*, p. 160.

⁴⁰³ PAVARINI, Massimo. Da perda da pena ao seu reencontro? (...) *Op. Cit.*, p. 104.

críticos propõem ora a abolição do sistema penal, ora a máxima contração possível deste sistema, mas ambos os casos tendo como pressuposto a deslegitimação do sistema penal.

Outra via é, pois, traçada pelo discurso de “lei e ordem” ou “tolerância zero”, onde argumentam a não funcionalidade do sistema penal na sua falta de eficiência no combate à criminalidade que não é suficientemente repressivo. Dentro desta perspectiva deve-se, cada vez mais, criminalizar, penalizar, aumentar os aparatos policiais, judiciários, e penitenciários. Enfim, o que importa, realmente é o desenvolvimento de uma cultura punitiva ou que suprimem diversas garantias penais e processuais.

Seja como for, o fato é que não há uma oposição essencial entre minimalismo radical e abolicionismo radical, pois ambos se concentram no mesmo esforço de superar o sistema penal, numa relação dialética, sem com isso, pretender a sua (re)legitimação. A deslegitimidade do sistema penal é intrínseca a ele.

O verdadeiro antagonista, tanto do abolicionismo quanto do minimalismo, é o efficientismo relegitimador que busca mais penas, que busca a expansão do direito penal. O dilema do nosso tempo não é, portanto, a escolha entre minimalismo e abolicionismo ou garantismo, mas a concorrência, absolutamente desleal, entre a totalizadora colonização do efficientismo e a aversão ao abolicionismo, mediados pelo pretense equilíbrio prudente de minimalismos de híbrida identidade, minimalismos que negam o abolicionismo como fundamento ou um direito penal mínimo que se olvida de seus compromissos e abre mão de direitos e garantias em nome da necessidade de um sistema penal mais eficiente, com toda carga teórica e prática que tudo isso implica.’

CONCLUSÕES

Encarar o direito penal criticamente é reinventá-lo adequadamente às necessidades de liberdade e justiça do homem. Em momentos de expansão do direito penal, as lições de Beccaria se renovam, tomam fôlego e ainda nos impede de perdermos de vista o indivíduo, ao invés da defesa simplista da sociedade. Beccaria não é apenas um ponto de partida que se critica, mas também um ponto de chegada que se renova. Seu legado está menos na literalidade do que escreveu e mais nos motivos que o levaram a escrever o que escreveu; no método que empregou; no roteiro da consciência de seu tempo; na relação dessa com o direito penal. De posse disso, quiçá será possível compreender o dever-ser do sistema penal, que, embora ainda seja procurado, é um encontro se adia. Então, as idéias de Beccaria continuam vivas e ainda constituem uma reivindicação.

A pesquisa empreendida nesta dissertação não se finda. A atualidade do tema, tão candente e luminoso ainda revela diversos pontos obscuros na efetiva aplicação do direito penal. A modernidade do direito penal, os princípios iluministas e tantas mudanças paradigmáticas ocasionadas em sua estrutura, racionais ou não, projetadas ou não, frutos do poder ou da violência e, por fim, reflexo de uma sociedade que vivencia um processo civilizatório ou palco de uma sociedade disciplinar, apenas asseveram que Beccaria, esteve à frente de seu tempo, embora produto de seu meio. É um autor que pertence a poucos principalmente se for extravasado os limites da retórica do direito ou se houver uma intencionalidade em verdadeiramente praticar Beccaria ou, pelo menos, beccarizar nossas práticas penais.

Atribuo ao Marquês o que Friedrich Nietzsche no Prefácio ao seu “O anticristo” cunhou a si mesmo: “Somente o depois de amanhã me pertence. Alguns nascem postumamente”. Certo é que ainda esperamos o tempo do napolitano, o nosso tempo, o tempo por ele projetado ou pelo menos que esse tempo não tenha passado de forma peremptória, que nos obste em reescrever a história das idéias penais cada vez mais conforme com aquilo que escreveu Beccaria, no já distante século XVIII. É preciso volver, é preciso aproximar-se ainda mais da obra política “Dos delitos e das penas”, é preciso que a política, agora, seja a obra.

Defender Beccaria não significa concordar em tudo, mas concordar no todo. Foi preciso apontar as imperfeições, os deslizos, as vacilações ou mesmos a ambigüidade reflexa de um momento histórico de transição, principalmente para que o mais relevante seja mais e mais sublinhado, o freio aos instintos punitivos do sistema penal. Portanto, é preciso ser inflexível com a principiologia, espinha dorsal de qualquer direito. É fundamental sobrepor-se à mediocridade do senso comum em que se encontra o estágio atual da política criminal, asseverada pelas leis que hemorragicamente são editadas. É preciso ser indiferente às fatalidades e às contingências, pois essas somente podem estruturar um direito penal simbólico. É preciso ter uma predileção pelo poder, em detrimento da violência, pois somente ele trará legitimidade às sanções impostas pelo Estado aos particulares. A legitimidade é a essência do *ius puniendi*. Somente uma leitura pautada nesses postulados será uma atualizada e verdadeira leitura de Beccaria.

Há, em tudo isso, e não posso negar, uma certa frustração nesta pesquisa, na medida em que ela identifica a gradiente construção teórica de um momento histórico traduzido pela obra “Dos delitos e das penas”, mas, ao mesmo tempo verifica que a teoria tenha sido alçada a um plano de vôo que até agora não logrou êxito em encontrar pouso, talvez essas idéias precisem ter de fato de uma vida terrena. Precisamos secularizar Beccaria. A magnitude das idéias, tanto quanto do processo que a conduziu, equipara-se a uma montanha, que, embora tenha emprenhado por desejos de mudanças projetadas para a felicidade da maioria, gestou um mundo melhor, mas pariu um rato, exatamente como na metáfora que tomo por empréstimo de Thomas Mann, “a montanha pariu um rato”.

Imagino que somente um olhar ante o que o próprio iluminismo elegeu como racional, mas que seja eminentemente crítico, melhor, volterinamente crítico é que poderá demonstrar a verdadeira face do humanismo do Marquês. Um humanismo comprometido com o homem apenas secundariamente, pois seu verdadeiro espeque era a utilidade. Mas que isso, em Beccaria, seu humanismo é conseqüência do utilitarismo, o que tentei demonstrar a partir das implicações utilitárias de suas idéias na concepção da proporcionalidade entre delito e pena e da finalidade da pena. Exemplo disso é o fato de que até hoje não chegamos a um acordo sobre qual é a real finalidade da pena. Ou estamos destituídos de uma pena com finalidade, ou não sabemos o porquê de punir.

Por outro lado, não posso ser impiedosamente crítico com o Marquês. Ele traduzia o hibridismo de um período de transição que queria construir soluções viáveis e práticas

para impedir ou limitar os excessivos arbítrios penais, mas, sobretudo, incutir a perspectiva de que a razão penal poderia suplantiar qualquer fanatismo, que era possível construir e viver um mundo sem os suplícios das torturas ou sem a igualitária conseqüência da pena de morte. Aqui, o napolitano voltava-se para o futuro. Queria mesmo projetá-lo, construí-lo.

O estado de violência que vigia no antigo regime somente poderá ser superado se, e somente se, tivermos bem clara a distinção entre poder e violência, o que, inclusive, possibilita afirmar que a Revolução Francesa tenha sido evento político matriz. Isso, é claro, não foi uma ocupação do Marquês, senão uma necessidade para as idéias de Hannah Arendt, de onde se destaca que o poder é fundamentado pela legitimidade, é dizer, a possibilidade dos homens agirem em concerto, pois o poder só existe na participação, só existe enquanto exercício dos cidadãos na vida política e no espaço público livre, e, destaque-se, a liberdade é o conteúdo dessa legitimidade. Qualquer outra fundamentação ao poder é desnecessária, basta-lhe a legitimidade.

Diversamente, a violência será conceituada por exceção ao poder, quando inibe a ação coletiva no espaço público, o que, entretanto, não se confunde com a violência da transgressão criminosa. A violência oposta ao poder é a violência do Estado, é tudo aquilo que transborda o poder legítimo de punir, mesmo que seja justificável pela necessidade de preservação da estrutura de poder. Portanto, a violência não pode dar causa ao surgimento de uma nova sociedade. A violência é um instrumento para o alcance de uma finalidade específica, esta finalidade, seja ela qual for, é uma técnica de controle social.

Se é verdade que inexistente uma violência com capacidade para gerar o poder ou um poder que se auto-preserve por período indeterminado sem a utilização da violência, é porque poder e violência se relacionam em fatos políticos concretos de forma proporcional, pois as formas puras ou absolutas de poder e violência são bastante rarefeitas, escassas. Mas também é verdade que tudo isso me permite afirmar que o fim dos suplícios não tenham sido uma “humanização”, senão uma transformação no objeto de punir: o corpo suplicante dá lugar à alma docilizada. É a emergência da “sociedade disciplinar” mencionada por Michel Foucault. Nasce, com o iluminismo, a idéia do homem como medida do poder e não como medida das coisas.

Não se pode tangenciar que tal mudança de objeto implica necessariamente em um melhoramento na execução das penas, na substituição de suplícios, torturas e penas de morte pela pena privativa de liberdade e um melhoramento no sistema penal como um

todo. Entretanto melhoramento não pode ser confundido com humanização, na medida em que o poder busca controlar o indivíduo, subjugando-o e domesticando-o, através da formatação de um novo espírito. Estabelecer regras não traduz “suavidade” das penas. Essa mudança na tecnologia de punir mascarou a nova realidade das penas e se fundamentava na razão iluminista e no projeto oculto de domar o homem para uma nova sociedade, a disciplinar.

O verdadeiro legado do iluminismo não foi a proposta mais generosa construída e oferecida ao homem, pois seus ideais até hoje não se realizaram. Seu legado foi a possibilidade de uma vida crítica, onde todo saber deve ser posto a serviço do homem.

A razão e a fé não nos conduziu a uma ciência com a idéia de um progresso inexorável, como a idéia de “processo civilizatório”. Não posso crer que a civilização encontra-se num movimento cego, quase causal, onde as pessoas se vêem obrigadas a conviver, como num barco ao léu, onde o percurso incerto levaria, paradoxalmente, ao mesmo destino, a civilização. Auschwitz demonstra que é sempre possível ser bárbaro, mesmo em tempos modernos, e que não é mais possível acreditar na utopia do progresso como uma flecha do tempo retilínea, para isso seria preciso acreditar que o terror absoluto de Auschwitz foi apenas um aprendizado e não um retrocesso. Prefiro admitir a regressão da humanidade, ao invés de admitir que tanta barbárie foi apenas parte de projeto e um processo civilizador automático e irresistível.

A “sociedade disciplinar” não surge para libertar o povo do absolutismo, senão como forma de controle social, um micropoder que eliminou a figura do soberano para que se colocasse como o exercício de um novo poder. O poder disciplinar é o controle do tempo e do espaço que sujeitam o homem a produzir com o máximo de rapidez e na máxima eficácia, através dos corpos subjugados e das almas subservientes que ela produz e que produz para ela, se amplia a habilidade do corpo, como uma nova fonte econômica de exploração, mas também aprofunda sua sujeição, sua fragilidade e docilidade política. O crime é o melhor motivo para iniciar a adestrar, a aprimorar e a disciplinar o homem.

As disciplinas, que sempre existiram, transformaram-se com a sociedade moderna em fórmulas gerais de dominação. Deslegitimar esse micropoder despercebido em seu funcionamento, mas que atua diariamente sobre nós é também romper com a modernidade iluminista, mas também é preservar o que há de mais sagrado nela, a racionalidade crítica.

O sistema penal está deslegitimado desde o desvelamento de suas incapacidades e incompetências em exercer suas funções declaradas, ou por cumprir funções que silencia. Entretanto, não estamos preparados para abolir o sistema penal sem provocar uma crise maior do que a já provocada pela existência dos próprios crimes. Por outro lado, esse argumento é fragilizado pela constatação de que não há, de fato, uma crise no direito penal moderno, pior, a crise é um estado permanente do próprio direito penal, uma vez que as soluções desentranhadas do penalismo apenas simulam seu enfrentamento e aprofundam e consolidam, conseqüentemente, a denominada crise.

Se os abolicionistas negam legitimidade ao sistema penal vigente, também o fazem a um possível e vindouro sistema penal, porque, para eles, é a lei quem cria o crime. Há um processo de criminalização, uma escolha política dos bens jurídicos a serem protegidos. E dentro da decisão política tomada pelas classes hegemônicas, conforme seus interesses particulares em criar o crime, situam-se a decisão de criar o criminoso, o que recai, invariavelmente, sobre as classes mais débeis, que possuem o *status* de criminalizável.

Mais que desejar conter a violência, seu controle deve estar aliado à luta conquista e afirmação dos direitos humanos, assim é sempre possível mensurar e classificar uma sociedade a partir da sua resposta penal à conduta desviante seja ela autoritária ou não-autoritária seja repressiva ou não-repressiva. A proposta político-criminal que melhor representa essa idéia é o programa de intervenção mínima, único que consegue articular-se com uma política criminal de curto e médio prazo aliada ao respeito aos direitos humanos, que limita a intervenção penal e define o objeto da tutela pelo direito penal.

Um caminho para atenuar a violência do sistema penal é, sem dúvida, a mitigação da intervenção penal, mas este apenas será um percurso seguro se, e somente se, não se constitua como trocadilhos conceituais para retirarem matéria penal da agência judicial e transferirem tal poder para outras agências. A renúncia deve referir-se a pretensão punitiva independentemente da questão de competências de outras ou novas agências de punição.

É sempre possível controlar a violência do sistema penal, entretanto não será possível pacificá-lo com o sistema social, muito menos humanizá-lo, tudo isso não passa de fetiches ou uma utopia justificadora para aplicar mais direito penal, uma tendência expansiva do direito penal, que além de atuar simbolicamente consegue encobrir o tratamento cruel que a sociedade impõe à parcela de seus membros que ela mesma escolhe. As violências do sistema penal há muito foram transformadas em necessidade sistêmica.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. **Estado de exceção**. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ALVES, Roque de Brito. **Programa de direito penal: Parte geral**. Recife: FASA, 1986.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismos: A crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *In: Revista da ESMESC*. Florianópolis, 2006, v. 13.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

BARATTA, Alessandro. Trad. Juarez Cirino dos Santos. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: Introdução à Sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002.

_____. Principios del Derecho Penal Mínimo: Para una teoría de los Derechos Humanos. *In: Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: B de F, 2004.

BARRETO, Tobias. Algumas Idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. *In: Menores e Loucos*. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Aléxis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BILLOUET, Pierre. **Foucault**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. *In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo*. Trad. Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito penal: Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Curso de direito penal: Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio e OLIVEIRA, Pedro Rubens Ferreira. Legalidade e cristianismo: Aproximação e hermenêutica. *In: Princípio da legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2009

BRUNO, Aníbal. **Direito penal:** Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo I.

BUSATO, Paulo César. Beccaria, o contratualismo e o controle social do intolerável como fundamento da pena e do próprio direito penal. *In: Ler Beccaria hoje.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CABRAL DE MONCADA, L.. **Filosofia do direito e do estado.** São Paulo: Saraiva, 1950.

CANTERO, José A. Saíñz. **La ciência del derecho penal y su evolución.** Barcelona: Bosch, 1970.

CARNELUTTI, Francesco. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. **O problema da Pena.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

CHRISTIE, Nils. Trad. Luís Leiria. **A Indústria do Controle do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo:** e outros estudos sobre a criminalidade. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CORDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y Pena.** Barcelona: Bosch, 1977.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René. **Discurso do Método.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** O homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Fundamento, Sentido e Finalidades da Pena Criminal. *In: Questões Fundamentais do Direito penal Revisitadas.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DUARTE, André. Poder e violência no pensamento político de Hannah Arendt: uma reconsideração. *In: ARENDT, Hannah. Sobre a violência.* Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador:** Formação do estado e civilização. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, v.2, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Trad. Roberto Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

_____. **Entrevistas:** por Roger Pol-Droit. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. São Paulo: Graal, 2006, p. 95.

_____. Verdade e poder. *In: Microfísica do poder.* Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 1 – 14.

_____. Nietzsche, a genealogia e a história. *In: Microfísica do poder.* Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 15-37.

_____. Sobre a prisão. *In: Microfísica do poder.* Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 129 – 144.

_____. Poder e corpo. *In: Microfísica do poder.* Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 145 – 152.

_____. Genealogia e poder. *In: Microfísica do poder.* Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 167 – 178.

_____. Soberania e disciplina. *In: Microfísica do poder.* Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 179 – 192.

_____. O olho do poder. *In: Microfísica do poder.* Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008, p. 209 – 242.

_____. **Vigiar e punir.** Nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 36^a ed., 2009.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão & Sensibilidade:** Fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **As razões do positivismo penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. A importância da filosofia política para as ciências criminais. *In: Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito*, n. 14. Recife: UFPE, 2004.

FREUD, Sigmund. **Mal-estar na civilização.** Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, vol. XXI, 1969.

FROMM, Erich. **Análise do homem.** Trad. Octávio Alves Velho. São Paulo: Círculo do livro, 1969.

GAUER, Ruth M. Chittó. Violência e legalidade. *In: Princípio da legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUARAGNI, Paulo André. Da tutela penal de interesses individuais aos supraindividuais: dialogando com Beccaria. *In: BUSATO, Paulo César. Ler Beccaria hoje.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

HOBBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções:** Europa 1789-1848. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Panchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 4^a ed. 1982.

HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas**. Niterói: Luam, 1993.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. Trad. e org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. *In: **Direito penal do inimigo**: Noções críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Trad. Marco Zingano: Porto Alegre: L&PM, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004

LAFER, Celso. **Hannah Arendt: Pensamento, persuasão e poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2003

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Roberto. Introdução: Por uma genealogia do poder. *In: **Microfísica do poder***. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

MÉSZÁROS, Istiván. **A crise estrutural do capital**. Trad. Francisco Raul Cornejo. São Paulo: Boitempo, 2009.

MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 2ª ed, 1979.

MORIN, Edgar. No coração da crise planetária. *In: MORIN, Edgar e BAUDRILLARD, Jean. **A violência do mundo***. Lisboa: Instituto Piaget, 2007

OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno: Uma reflexão sobre a tortura**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **Imagens da Democracia**. Recife: Pindorama, 1996.

_____. **Segurança: Um direito humano para ser levado a sério**. Recife: GAJOP, dez/99.

_____. A “justiça de Cingapura” na “casa de Tobias”: Opinião dos alunos de direito do Recife sobre a pena de açoite para pichadores. *In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais***. Vol. 14, n. 40 jun/99, p. 53-61.

_____. Não fale do código de Hamurabi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. *In: **Sua Excelência o Comissário** e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

_____. **Violência brasileira e direitos humanos: a razão iluminista contra a parede**. Texto apresentado no III Encontro da ANDHEP e no IV Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB em 2007.

_____. A lei é o que o Senhor Major quiser! Algumas achegas sociológicas ao princípio da legalidade no Brasil. *In: Princípio da legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PASSETTI, Edson (org). A Atualidade do Abolicionismo Penal. *In: Curso Livre de Abolicionismo Penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PASUKANIS, Eugenij. **Teoria geral do Direito e o marxismo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. Da perda da pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma “procura”. *In: Ensaios Criminológicos.* (org.) ZOMER, Ana Paula. Trad. Laurem Pauletti Stefanini. São Paulo: IBCCrim, 2002, p. 91-126.

_____. Processos de recaracterização e “novas” teorias justificativas da pena. *In: Ensaios Criminológicos.* (org.) ZOMER, Ana Paula. Trad. Laurem Pauletti Stefanini. São Paulo: IBCCrim, 2002, p. 127-168.

QUEIROZ, André. **Foucault: O paradoxo das passagens.** Rio de Janeiro: Pauzulin, 1999.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Curso de Derecho Penal. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1963, Tomo I.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997.

RIBEIRO, Renato Janine. Apresentação: Uma dialética do sentido. *In: Elias. Norbert. O processo civilizador.* Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, v.2.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O contrato social.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia da Repressão.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **A criminologia radical,** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. **A expansão do direito penal: Aspecto da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOREL, Georges. **Reflexões sobre a violência**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

SUTHERLAND, Edwin H.. **El delito de cuello blanco**. Trad. Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock. Trad. Adolfo Crosa. **La nueva criminología**: Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos?** O crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **O antigo regime e a revolução**. Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VOLTAIRE. **O preço da justiça**. Trad. Ivone Castilho Beneditti. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Comentários políticos**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WELZEL, Hans. Trad.: Juan Busto Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997.

WILSON, Edmund. **Rumo à estação Finlândia**: escritores e atores da história. Trad. Paulo Henrique Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 68

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique, **Manual de Direito penal Brasileiro**: Parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Em busca das penas perdidas**: A perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. Prólogo. *In*: ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

Rodrigues, Ricardo C. de Carvalho

Humanização das idéias penais? Uma análise sobre a racionalidade das idéias penais iluministas a partir da filosofia política e da criminologia crítica / Ricardo C. de Carvalho Rodrigues. – Recife : O Autor, 2010.

173 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Humanização - Idéias penais. 2. Direito penal moderno - Sistema penal moderno. 3. Racionalidade - Ideologia - Humanidade - Humanitarismo - Sistema penal - Michel Foucault - Criminologia crítica - Marquês de Beccaria. 4. Cesare de Bonesana, Marquês de Beccaria - Idéias revolucionárias - Humanitárias - Direito penal Humanista. 5. Garantia (Direito). 6. Sistema penal - Deslegitimação - Criminologia crítica. 7. Abolicionismo penal - Minimalismo penal - Direito penal mínimo - Distinção - Relação. 8. Criminologia crítica. 9. Descriminalização. 10. Filosofia política. I. Título.

343
345

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2010
-048