

EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO

**DIREITO PENAL E PODER A PARTIR DE FOUCAULT: O SISTEMA
PENAL DO MINIMALISMO AO ABOLICIONISMO**

**Dissertação apresentada à banca
examinadora da Universidade Federal
do Paraná, como exigência parcial para
a obtenção do título de Mestre em
Direito em Mestrado Interinstitucional
com a Faculdade de Direito do Sul de
Minas.**

**Orientador: Professor Doutor Juarez
Cirino dos Santos**

CURITIBA

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO

**DIREITO PENAL E PODER A PARTIR DE FOUCAULT: O SISTEMA
PENAL DO MINIMALISMO AO ABOLICIONISMO**

MESTRADO EM DIREITO

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURITIBA**

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO

DIREITO PENAL E PODER A PARTIR DE FOUCAULT: O SISTEMA PENAL DO
MINIMALISMO AO ABOLICIONISMO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em
Direito em Mestrado Interinstitucional com a Faculdade de Direito do Sul de Minas,
pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof.

Prof.

Prof.

Curitiba, ___ de _____ de 2006

Às Helenas de minha vida,
passado e futuro mesclando-se
em meus ideais.
Ao irmão Fernando, por tudo.
Ao meu pai, a quem dedico,
na íntegra este trabalho.
Ao Doutor Ângelo Guersoni,
por tudo que me foi dado
e ao amigo Adelmo, sem que seja
necessário que nada mais seja dito.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos, que permitiu um reencontro com a criminologia crítica, com novos olhos e domínio pleno que me permitiram avançar um pouco, do muito que me resta caminhar. Um grande professor, um grande orientador e mais que tudo, um grande homem.

À Faculdade de Direito do Sul de Minas, que permitiu toda a empreita que finda agora e o sonho realizado. A todos que a fizeram, fazem e farão.

Não sendo colocado no último instante do tempo nem sendo - mesmo idealmente - a suprema perfeição, o Direito, simples momento, existe para ser ultrapassado.

João Uchôa Cavalcanti Netto

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUÇÃO.....	1
1 DIREITO E PODER.....	7
1.1 PENA COMO CONTROLE SOCIAL EM FOUCAULT.....	10
1.2 DIREITO PENAL COMO ELEMENTO DA SUPERESTRUTURA ESTATAL.....	19
2 RÓTULOS E ESTIGMAS DO DIREITO PENAL.....	24
2.1 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	26
2.2 O PODER DE ESTIGMATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	49
3 A ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL POSTO NO BRASIL.....	53
3.1 A VERTICALIZAÇÃO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL.....	55
3.2 O DISCURSO DE MANUTENÇÃO DO SISTEMA ILEGÍTIMO.....	62
4 A GUINADA RADICAL.....	84
4.1 O DIREITO PENAL MÍNIMO.....	92
4.2 O ABOLICIONISMO.....	104
CONCLUSÃO.....	126
REFERÊNCIAS.....	138

RESUMO

Por ser mal interpretado, o caminho do Direito Penal Mínimo é, por vezes, árduo, principalmente se posto frente às correntes da lei e da ordem. Isso é natural haja vista o clima de insegurança constante vivido no cotidiano da sociedade contemporânea. Isso faz com que a discussão seja fundamental, pois a quebra de mitos e conseqüente delação de um Discurso Fundante do Direito Penal Ilegítimo são necessárias para que algo novo floresça. O princípio da discussão, neste caso, parte da pena dos fundamentos da atividade punitiva com as relações entre punir e externar poder, no enfoque foucaultiano, em que um microssistema composto de forma perversa por leis, julgamentos, sanções, consolidam uma forma de manutenção de poder estatal, desde a época dos suplícios medievais até os dias de hoje. A mitigação das penas, que serve mais ao sistema de dominação que aos infratores da lei. Demonstrado isso, o Direito Penal em si passa a ser objeto de questionamento, uma vez que crime e criminoso passam a ser expressões vistas criticamente, como estigmas trazidos pela corrente da rotulação ou “leabeling approach”. A leitura de Alessandro Baratta entre outros nos leva ao enfoque pretendido, demonstrando que o Direito Penal atua de forma verticalizada e casuísta. Finalmente, as propostas minimalistas e abolicionistas de Hulsman, Juarez Cirino e Zaffaroni são trabalhadas, não de forma definitiva, mas como respostas, partindo do princípio de que não apenas o Direito está sempre em construção, mas que um movimento reativo é necessário e urgente, além de que ele não pode ter origem em uma resposta violenta dentro de um Estado Democrático de Direito, que tem como cláusula pétrea constitucional a resolução pacífica de conflitos na ordem interna, como é o caso do Brasil, delineado pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Minimalismo Penal; Abolicionismo; Pena; Poder; Criminologia Crítica; Rotulação; Estigmas; Sanção, Criminalização.

ABSTRACT

The course of the penal minimalism is sometimes stern for being misconstrued, specially when confronting law and order approaches, which is natural in an atmosphere of constant insecurity experienced on a daily basis by the contemporary society, rendering its discussion paramount for we need to raze myths and delate the poignant doctrine of the illegitimate penal law. It is necessary to something new born. The starting point of the discussion in this case is the penalty, the fundamentals of the punitive activity with relations between punishing and expressing power under Foucault's approach, where a microsystem perversely composed of laws, judgments, and sanctions consolidate the means to hold the government power, from the epoch of medieval suffering to date, with the useful mitigation of penalties that is more advantageous to the dominating system than to law violators. By demonstrating this, the penal law in itself will become object of discussion, where crime and criminal will become expressions viewed critically as stigmas brought up by the labeling approach. Reading Alessandro Baratta and others leads us to the desired approach, demonstrating that the penal law acts in a vertical and casuistic way. Finally, the minimalist and abolitionist proposals from Hulsman, Juarez Cirino, and Zaffaroni are handled, as inconclusive answers, starting from the principle that the Law is always under construction, and that a reactive movement is necessary and urgent but it can not derive from a violent response within a democratic rule of law having as insensitive constitutional clause the peaceful resolution of conflicts of the domestic order, which is the case of Brazil, outlined by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Penal Minimalism; Abolitionism; Penalty; Power; Critical Criminology; Labeling; Stigmas; Sanction; Criminalization.

1 INTRODUÇÃO

Os representantes do povo brasileiro, no dia cinco de outubro de 1988, reuniram-se em Assembléia Nacional Constituinte com a finalidade de fundar um Estado, que, dentre outras características, teria como fim supremo a formação de uma sociedade fraterna, plural e democrática¹. Infelizmente, esqueceram-se de que a norma, “devir”, não altera a realidade, mas apenas a regula.

A distância entre o diploma formal e a realidade material crescente é acobertada por um discurso que é o objeto básico deste trabalho.

Em oposição ao paradigma de um sistema jurídico contemporâneo, monista, intervencionista e egocêntrico, por excelência, criou-se, na prática, um antagonismo entre a proposta do novo paradigma, fundado no pluralismo.

O Estado Moderno, concebido com princípios contratualistas, onde afiança Boaventura “o estado é todo-poderoso, porque é potenciado por um princípio absoluto de legitimidade: a vontade geral; mas por outro lado o estado é indistinguível do cidadão, na medida em que eles têm o direito inalienável de decretar as leis pelas quais serão regulados”², tem suas raízes lançadas no curso da Idade Média e vem eclodir efetivamente no ocidente, na Revolução Francesa, com suas bases firmadas no trinômio: Igualdade, Liberdade e Fraternidade³.

O objeto desta pesquisa vai além de rever as teorias contratualistas ou suas bases antecessoras. Elas serão apenas mencionadas, eventualmente, quando necessário, pois aqui se tem aceitado a premissa da existência de um contrato social, mesmo que sujeito a alguns desvios, estes sim, a serem abordados e delatados com mais firmeza. Inicia-se, assim, a pesquisa, ponto arbitrário, pois antes do início sempre existe algo⁴.

¹ Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988.

² SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000. p. 131.

³ É interessante ressaltar que a importância dada em excesso à igualdade e à liberdade acaba por absorver, na prática viciada, todo o discurso da fraternidade, que efetivamente é o elemento gerador de uma sociedade plural.

⁴ NETTO, J. U. C. **O direito um mito**. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p.15.

Para Boaventura “outra manifestação proeminente da tensão entre regulação e emancipação na origem do campo jurídico moderno foi a emergência das teorias do contrato social, das quais a mais importante para o que aqui proponho é a de Rousseau.”⁵

Na Revolução Francesa ocorre o momento da fratura. Os conflitos entre classes dominadoras e dominadas têm sua pressão elevada a ponto tal que chega ao limite. Burguesia e monarquia se alternam.⁶

Nas palavras de Baratta “...as escolas liberais clássicas se situavam como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do ancien régime, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio da humanidade, princípio da legalidade, princípio da utilidade).”⁷ Neste momento há uma questão a ser pensada, como unir os miseráveis iguais materialmente. Todos servos do mesmo senhor ou de senhores que em essência são os mesmos frente a um novo Estado, conquistado por uma nova classe social ascendente, que propugnava pela queda da monarquia, pela ascensão do livre trabalho e da igualdade⁸, tanto formal como material.

Em uma sociedade que despreza os valores mundanos, com os olhos voltados para valores metafísicos, tal qual o medieval, como seria possível falar de um ente abstrato, até agora desconhecido pelo menos na vida terrena: a liberdade.⁹

Nesse sentido Hans Kelsen afirma que “...um valor absoluto apenas pode ser admitido com base em uma crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade...”¹⁰.

⁵ SANTOS, p. 129.

⁶ ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Der ursprung der familie der privateigentaums und des staats. Trad. de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 193.

⁷ ANDRADE, V.R. P. de (Org). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 31.

⁸ BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. 3.ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 23-32.

⁹ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 10.ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 88-113.

¹⁰ KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Reine rechtslehre. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 72.

A solução encontra-se diante do que é proposto pelo Estado Moderno, levantado e dirigido pela classe burguesa, que traz promessas de estabilidade e riqueza, bem como as suas expectativas de continuidade do bem estar e de prosperidade para todos, diferentemente da miséria medieval, distribuída igualmente para todos.

A liberdade dos servos veio com a morte dos senhores das terras e estes foram extintos com o nascimento do capitalismo¹¹ que, por sua vez, deu origem ao nascimento dos novos senhores, os burgueses.

Tendo ou não conhecimento do que se moldava naquele instante, o embrião capitalista preparava-se para nascer e proteger-se, através de vários instrumentos postos a seu serviço e que, gradativamente, fomentaram a nova forma de Estado igualitária, liberta e fraterna, recém proposta.

“...Enquanto a tensão entre regulação e emancipação foi protagonizada no paradigma da modernidade, a ordem foi sempre concebida numa tensão dialética com a solidariedade, tensão que seria superada mediante uma nova síntese: a idéia da boa ordem.”¹²

O comerciante, da mesma forma gradual, faz sua influência motora na Revolução Francesa e Industrial Inglesa instalar-se firmemente na política e, com as grandes riquezas nas áreas econômico-sociais, o novo modo de produção vincula a todos de tal modo que faz com que o Estado Meio seja subvertido em Estado Fim.

O Estado serve para manter o regime que o mantém. A proposta inicial desvirtua-se. Os ideais propostos ficam somente como propostas, como uma máscara, pois “... faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro do limite da ‘ordem’. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela vai se distanciando cada vez mais, é o estado.”¹³ Os instrumentos de manutenção de poder passam a ser usados de forma dissimulada, pois a perda da origem divina do poder do príncipe demanda mais cautela, mais tato. A arte de governar ficou mais delicada.

¹¹ ENGELS, p. 186.

¹² SANTOS, p. 119.

¹³ ENGELS, op. cit., p. 191.

O poder, antes recalcado no misticismo e na força física, perde muito do amparo místico e não encontra mais amparo na força pela força, pois o novo Estado proposto, gerado de um contrato firmado com o papel histórico das revoluções liberais e preenchido com o sangue do proletário não admitiria uma nova forma opressiva tão cedo.

Para assegurar o domínio, a resposta continua não somente na força e no poder, mas também na manipulação de ambos, na confecção de leis casuístas, de sanções defensivas e um discurso diferente da realidade.

O sistema capitalista de produção cria o “homo faber”¹⁴, que tem em seu trabalho o valor maior superior ao dos bens de consumo e, conseqüentemente, mercadoria principal, da qual ele é simples meio de obtenção.

O trabalho, transformado na modernidade em labor, assume a forma de mercadoria em sua plenitude e passa a ser objeto de troca baseada na exploração do homem pelo homem, com o fito de transformar seu trabalho em bem de consumo, em uma sociedade em que tudo que não é útil é descartado ou reciclado, adaptável através de “instrumentos de atuação, de controle e de planejamento. Desse modo, a ciência jurídica torna-se um verdadeiro saber tecnológico”.¹⁵

“Para que o controle seja efetivo tudo é passível de ser normatizado para enorme disponibilidade de endereçados...”.¹⁶ Entendido que o direito, em última análise, pode ser visto como um bem de consumo a serviço de uma sociedade, que vive em moldes de produções capitalistas, nota-se com clareza o préstimo de sua aplicação ao sistema e à sua manutenção.

O controle jurídico é exercido de forma bastante complexa, com veios entrelaçados de forma tal que sua manipulação é quase imperceptível aos olhos do leigo e dos menos privilegiados.¹⁷ Mesmo assim afirma Boaventura que “Rousseau,

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

¹⁵ Ibid., p. 28.

¹⁶ Id.

¹⁷ Ibid., p. 32.

que sempre criticou as luzes a partir das luzes (...) exprimia, melhor do que ninguém, a tensão dialética entre regulação e emancipação que está na origem da modernidade.”¹⁸

Este trabalho aborda, particularmente, as formas de manutenção de poder formadas por um discurso falso, em especial na área penal, não dirigido à proteção social, mas sim à manutenção de poder, ligada diretamente ao sistema de produção vigente.

A falsidade do discurso procura dar suporte a uma política criminal inoperante ou inoperável, refletindo no Sistema Penal e, naturalmente, nos indivíduos por ele tocados. A seletividade traz aos mandantes estatais uma série de trunfos como: menos garantias individuais, clamadas pelos próprios indivíduos tementes, diante do clima de insegurança em que vivem, justificando, assim, violências que em situações normais seriam inconcebíveis.

A questão que nunca posta na mesa é o que gera a anomalia da situação. O discurso foge desde os problemas imediatos, até dos problemas a serem tratados a longo prazo, de gerações e gerações. É o instrumento posto para rotular, estigmatizar e selecionar o inimigo do sistema, sancionando-os de acordo com o interesse concreto do Estado, visto que a criminalidade global assume, por vezes, rostos individuais.

Assim, através de uma linha que analisa as penas, basicamente sob a perspectiva foucaultiana, passando pelos rótulos e estigmas de um Direito Penal ilegítimo e verticalizado¹⁹, abordado sob o prisma de Zaffaroni, funciona como instrumento garantidor de manutenção de poder e não do indivíduo, como deveria.

Após trabalhar essencialmente com Baratta, Juarez Cirino e Hulsman, na tentativa de desvendar um pouco da prestação sancionadora penal do Estado, sua legitimidade, necessidade e graus de operacionalidade. Portanto, “... a violência (...) tem remédio. Incurável é a vocação dos políticos para errar os remédios que empregam em seu tratamento”.²⁰

¹⁸ SANTOS, p. 129.

¹⁹ CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal**. Trad. de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995. “O delinqüente, até não seja encarcerado, é outra coisa. Confesso que o delinqüente me repugna; em certos casos me causa horror.”

²⁰ SOARES, L. E. **Meu Casaco de General**: 500 dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 11.

Argumenta de forma semelhante Bauman, ao dizer que “como explicou Martin Heidgger muito tempo atrás, somente quando algo ‘dá errado’ é que colocamos a questão do certo e adequado e lhe damos um olhar mais atento; somente quando o martelo quebra e buscamos febrilmente um substituto é que passamos a questionar a ‘essência’ do martelo. Buscamos a teoria quando as coisas que temos preciosamente à mão nos escapa.”²¹

Caminhando além do minimalismo, tem-se o abolicionismo, que possui elementos convergentes e divergentes. Ao analisar, o último passo, Alessandro Baratta e Juarez Cirino de um lado e Louk Hulsman e Zaffaroni de outro, teremos o contraponto necessário para um enfoque conclusivo, pois entre maximização das sanções e abolicionismo penal, o Direito Penal de hoje, nos leva a crer em um Direito humanista e mínimo. Apesar de elementos divergentes, os autores estudados devem ser lidos de forma crítica, com o espírito de complementariedade.

As duas vertentes abolicionistas devem ser diferenciadas. A primeira, por acreditar que o Direito Penal é comprometido com o sistema de produção capitalista, está vinculado aos seus vícios, portanto, a simples alteração de modo de produção implicaria no fim deste. Por outro lado, há que se confessar que novas infrações, a qualquer tipo de regramento estabelecido, podem ser esperadas, da mesma forma, pode-se esperar que a tutela penal seja necessária.

A segunda vertente assinala que a inutilidade do Direito Penal é patente, de tal forma que sua ausência não seria notada. O trabalho minimalista afasta-se do abolicionista não pelo abolicionismo em si, mas pela crença de ser ele uma utopia, com princípios básicos valiosos para a formação de um Direito Penal Mínimo humanista, desejável em um Estado Democrático de Direito, sempre como meta, apesar de inatingível, pois como norte ideal tem uma função imprescindível. Para tanto, só a delação do discurso ilegítimo, fundado em ardis e falsos axiomas, pode dar um novo sentido ao Direito Penal, fundado em novos princípios legítimos e com uma identidade própria.

²¹ BAUMAN, Z. **Em busca da política**. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 145.

2 DIREITO E PODER

O Estado deve ser pensado como um processo evolutivo social, no qual a organização dirige-se à busca de um ente gestor da coisa pública, conceito que também se evolui, gradativamente, por meio da construção de um arsenal burocrático.

A gestão mencionada dirige-se ao interesse social, pois sem uma mobilização efetiva confunde-se com o interesse das classes dominantes. A mobilização de massas é constantemente controlada de forma a manter a pressão sofrida pelas castas, inferiores em um nível tolerável para, assim, controlar uma eventual fratura grave em que o sistema de dominação poderia ser subvertido mediante uma ação radical.

Os instrumentos de controle social assumem um divisor de águas no estudo do Estado Moderno, já que a complexidade do sistema de domínio começa a ser delatado por Altusser e seus aparelhos repressores, pelos estudos da estrutura e superestrutura de Marx ou pela relação de poder vista, dialeticamente, por Foucault.

Trata-se, por enquanto, de um Estado centrado em idéias iluministas, em promessas de fórmulas e respostas prontas, em uma ciência empirista na qual a objetividade afasta toda e qualquer tentativa de uma explicação não comprovada empiricamente, ou seja, sujeita à demonstração ou refutação objetiva.

A nova realidade, entretanto, mostra a queda de muros concretos com repercussões ideológicas que apontam para uma ruptura gradativa de fronteiras, entre nações e credos. O maniqueísmo, até então instalado, desaparece com a sucumbência da esquerda, demonstrada pelo fracasso desta, nas Repúblicas da União Soviética.

O homem morreu; Deus morreu; o sujeito morreu. O Estado passa a ser um Estado que protege o homem do próprio Estado e do homem. É o Estado – administração, jurídico, burocrático e territorial. As contradições modernas são resolvidas. Sem mais dilema, aproxima-se de um novo instante.

O processo de globalização é posto em marcha gerando uma série de choques e de novos paradigmas, que são acatados ora naturalmente, ora com relutância. O Estado-Nação, conceito secular, é posto em cheque de um momento para outro. O

processo ainda está em construção e não há, até então, uma idéia do resultado do novo processo de controle que está se instalando na ordem mundial²².

A interpretação do Estado hoje se tornou algo mais complexo e mais delicado. As fronteiras claras e delimitadas por um povo, uma língua, um território e uma nação, perdem transcendência destes elementos. A postura de um Estado que busca a preservação do opressor já não é mais tão clara: Quem é vassalo e quem é suserano hoje?

Da mesma forma que as fissuras medievais dão lugar aos Estados – Nações, a perda de identidade contemporânea faz com que o Estado moderno perca sua essência, dando lugar ao plural.

O acesso às informações cresceu de forma tal que a velocidade dos meios de comunicação, em especial os de massa, responsáveis, principalmente, pelas informações em grande volume e, de forma frenética; porém, em um segundo momento, percebe-se um sentimento ilusório de conhecimento e certeza da verdade. Finalmente, e com maior gravidade, torna-se extremamente vulnerável ao firmar as opiniões baseadas exclusivamente em informações manipuladas, que assumem um aspecto de confiabilidade em decorrência de suas fontes, institucionais ou pessoais.

O enfraquecimento da identidade local, substituído por uma global, é notório e, além disso, a difusão das fontes de poder torna impossível detectar com clareza a finalidade real de determinados mecanismos de domínio que se travestem de instrumentos de preservação de valores e defesa social.

A norma abstrata é elaborada por homens concretos, que cumprem o papel de reproduzir os interesses dominantes de acordo com o estágio de evolução das forças produtivas e as nuances das lutas de classes.²³

Não é suficiente que a ordem proposta, qualquer que seja, tenha pretensões de alterar as relações sociais vigentes, sendo preciso lembrar que, como instrumento de dominação, “o direito acompanha, com maior ou menor proximidade, os movimentos

²² HARDT, M.; NEGRI, A. **Império**. 6. ed. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004. passim.

²³ COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 3. ed. São Paulo: Max Limonade, 1999. p. 3.

dessa luta. As concessões localizadas da burguesia e os avanços e conquistas do proletariado estão presentes no condicionamento da produção normativa”.²⁴

O que é perverso no sistema normativo, assim visto é que o simples discurso bem elaborado de um direito igualitário e humanista às vezes o substitui, pois “... as crenças jurídicas, como em geral ocorre com as demais, não precisam necessariamente ser incorporadas pelas pessoas para cumprirem seu papel auxiliar na reprodução das relações sociais. Basta, com efeito, a crença na crença...”²⁵. “A justiça e a certeza estão ambas na raiz do novo projecto da sociedade pelo qual o ser humano é moralmente responsável”²⁶

²⁴ COELHO, F. U. **Direito e poder**. 1. ed. 2. tirag. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 9.

²⁵ Ibid., p. 12.

²⁶ SANTOS, p. 130.

2.1 PENA COMO CONTROLE SOCIAL EM FOUCAULT

Encontramos em Dussel²⁷ a qualificação do trabalho de Foucault a respeito de poder como sendo da ordem estratégica e instrumental, realmente encoberto por um falso discurso e com a finalidade de reproduzir o sistema dominante pela gestão da vida ou biopoder²⁸, que permite ao estado gerenciar o viver e deixar viver ou o fazer morrer dos sujeitos²⁹, com a finalidade perversa de manter um controle social, para além da linguagem, que tem como objetivo a manutenção do sistema, e tão somente ela. O sistema, por sua vez, cria mecanismos ilusórios destinados ao controle das forças dominante e dominadas.

A divergência entre Marx, Altusser e Foucault encontra-se basicamente na divisão relativa ao economicismo, vista, nos primeiros, com extremismo de forma macro e absoluta, enquanto para este, de forma micro, como uma pequena parcela dos subsistemas³⁰.

Julga-se, entretanto, pertinente para o presente estudo a inserção do item 2.2, com a ótica do Direito colocado como elemento superestrutural, já que faz parte de um dos vários mecanismos lá postos, sendo aqui analisado isoladamente o Sistema Penal.

A macrofísica estatal marxista não é abordada em um todo histórico economicista, mas tão somente no aspecto do mecanismo jurídico como poder superestrutural contendo de forças, justificando-se de forma dialética e exercida através do biopoder, o que nos permite criar um fio condutor entre os dois autores.

O trabalho disciplinar de Foucault é de grande abrangência, embora tenha sido desprezado, para este estudo, as demais formas de segregação e biocontrole como hospitais, asilos, escolas, restringindo-se às prisões, tão ou mais excludentes e estigmatizantes quanto às demais instituições, e onde as forças desmedidas são menos questionadas, de forma geral, pelo grau de preconceitos que o detento carrega. Dessa

²⁷ DUSSEL, E. **Ética da libertação na idade da globalização e exclusão**. 2. ed. Trad. de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 501.

²⁸ Ibid., p. 502.

²⁹ É bom ressaltar o sentido de sujeito usado em Foucault como pessoa sujeitada, submetida à sujeição estatal.

³⁰ DUSSEL, op. cit., p. 502.

forma, a microfísica do poder é gerida por uma razão estratégica, e não por uma razão libertadora³¹.

O Estado Moderno Ocidental Contemporâneo Tradicional, de forma contratualista, tem sua justificativa fundamental na união voluntária de uma comunidade na qual os interesses individuais são protegidos por um ente que as representa. A representação, ao assumir a forma democrática, chega ao mais alto nível de perfeição e, como é legítima, deve atender aos anseios da maioria. O Estado passa, então, a ser o meio posto para chegar ao fim, que é o bem estar comum.

Estruturada sob uma constituição democrática, a ordem posta retrata a vontade dos membros da comunidade, os quais permitem individualmente que parcelas de seus direitos individuais sejam gerenciados pelo Estado, em prol da viabilidade da empreita comum, meio para a obtenção do fim, bem estar social.

Com a modernidade finda, ultrapassada ou a findar-se³², alguns mitos da história foram postos em cheque e, dentre eles, a própria finalidade do Estado que, em última análise, procura resguardar-se contra seus opositores: maioria dominada pelas classes dominantes, geridas pelo regime de produção de bens; no caso deste estudo, o capitalista.

Diante da finalidade espúria apresentada, existe a necessidade da criação de estruturas aparentes, vistas exteriormente de várias formas³³ e que têm como objetivo servir como válvulas de escape para que a pressão social interna não cresça a ponto de haver a eclosão de uma revolução violenta e uma tentativa de tomada de poder.

Tais mecanismos de controle esparsamente colocados a serviço da classe dominante em setores de controle social, estatais ou não³⁴, são, no fim, mecanismos de exercícios de controle de poder indiretos. Vale ainda destacar que se encontram espalhados no sistema punitivo do Estado.

³¹ DUSSEL, p. 504.

³² Ainda é objeto de discussão o fim da modernidade ou sua existência enquanto projeto inacabado.

³³ MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do partido comunista**. Manifest der Kommunistischen Partei (1848). Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. passim.

³⁴ Pode-se mencionar as igrejas, as escolas e outros agrupamentos sociais diversos.

O estudo do sistema punitivo, de forma objetiva, tem em Michel Foucault nosso marco teórico inicial, pois em sua análise na *Microfísica do Poder*, o controle social é exercido, em grande parte, pelas agências sancionadoras com a função de normalização, ou seja, de trazer o sujeito³⁵ ao comportamento “normal”, desejado pelo Estado.

A pena, além de agir de forma normalizadora, tem caráter seletivo, atingindo apenas àqueles que devem ser normalizados, com um claro caráter de gestão diferenciada da criminalidade³⁶ ao excluir classes dominantes de suas conseqüências, afeta os dominados como medida de sujeição.

Acompanhando as sanções, Foucault vai além, partindo dos suplícios até o abrandamento das penas no século XVIII, com promessas de humanização, acaba por exercer uma função dualista, mitigando, sim, o sofrimento, mas prolongando também a subserviência.

Com a perda da função de expiação da pena, e superado o momento do suplício, a nova justiça criminal do século XVIII “... só se justifica por essa perpétua referência à outra coisa que não seja ela mesma...”³⁷. Assim busca sempre referências a outras áreas do saber humano, como causas do delinquir e a cura delas, como a atividade de recuperar ou normalizar, para trazer de volta ao normal aquele que se comporta de forma anômala.

O poder normalizador do Direito Penal assume contornos que extrapolam a aplicação da lei, tendo nos mecanismos de sanção, instrumentos de formatação acordados conforme a conveniência dos produtores da norma, ancorados em “saberes científicos”.

Mesmo assim, afirma Ferrajoli, “...se a história das penas é vergonhosa, não o é menos a história do pensamento jurídico e filosófico em matéria das penas, que leva grande parte da responsabilidade pelos horrores cometidos: por omissão, por jamais Ter levantado seriamente sua voz, até o século das luzes, contra a falta de humanidade

³⁵ No sentido de sujeitado a alguém.

³⁶ SANTOS, J. C. dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 57.

³⁷ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. 25 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987. p. 23.

das penas; e por ação, na medida em que trem expressado quase sempre adesão e apoio à pena de morte.”³⁸

O novo sistema de produção, colocado em funcionamento no Estado Moderno, precisa de mão-de-obra pronta, barata e submissa, com indivíduos facilmente sujeitáveis, sem que, contudo, sejam servos, mas sim, aliados da burguesia na Revolução Francesa.

O retorno ao sistema de sujeição, através de castigos, suplícios e através de temor reverencial, por certo, é um risco que a burguesia não se pode dar ao luxo, mas, no entanto, um novo mecanismo deve ser criado para normalizar os anormais, sujeitando-os aos padrões sociais, que não têm uma gênese social, e sim, um interesse estatal disfarçado, aceitando resguardar alguns valores comuns ao povo e outros tantos interesses estranhos a ele.

O saber/poder estatal age em um nível microfísico, já que as articulações surgem de forma quase imperceptível, gerando batalha em um campo que não pode ser visto claramente por olhares mais desatentos, mas apresenta-se uma grande luta para que haja o controle social, em busca da harmonia e não de domínio, objetivando a manutenção de poder.

Enquanto o soberano, representante de Deus na terra, vinga-se irado e de forma tirânica, o Estado Moderno, detentor legítimo do poder, vale-se da Justiça Penal, que pode atingir ao homem, somente até um certo ponto, pois, além disso, ofende ao Princípio iluminista da humanidade, devendo a pena ser “...suavizada (...): com uma (...) medida e humanidade...”³⁹.

Em contrapartida aos excessos do monarca, surgem as falhas dos juízes, que trabalham diretamente com as classes menos providas e, naturalmente, menos esclarecidas tanto àquela época como atualmente, mantendo a justiça tão distante antes como hoje. Seus labirintos são tão complexos que, para aqueles que bem os conhecem, o toque das sanções é praticamente impossível. Vale ressaltar que assim como há

³⁸ FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad.de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 311.

³⁹ FOUCAULT, p. 64.

aqueles que não sabem operar as normas jurídicas e os que o fazem de forma a manipular o sistema, sendo pegos ou escapando dos estigmas sociais respectivamente.

Do castigo para a reforma da sistemática sancionadora há que se passar pela idéia de reinserção ao meio social, desprezando assim o discurso de sujeitar, rotular e devolver a mercadoria humana, outrora bem-vinda pela burguesia, enquanto aliada à Revolução Francesa, à Revolução Industrial e à mão-de-obra explorada, porém indesejável na condição de movimento campesino ou ameaça ao patrimônio acumulado nos portos e armazéns⁴⁰.

A perspectiva da microfísica foucaultiana, da punição à necessidade da proposição de penas mais brandas, mesmo que acobertada com um discurso humanizador, traz em seu bojo uma grande parcela de proposta reformadora, o que nos remete ao normalizar, ou ao inserir. Inserir ou reinserir no meio de produção de corpos produtivos e submissos⁴¹.

A antiga criminalidade contra o rei passou a ser contra a “res”. Desse modo, em meados do século XVIII, a tolerância burguesa passa a ser menor; a luta entre as classes, o objeto maior do Direito Penal. Entre o tolerar e o coibir surge, então, o coexistir regulado, o instrumento de pressão e controle que permite às desigualdades de classes dominadas e dominantes da modernidade sobreviverem sem que haja alternância gradativa ou violenta.

O Estado, defendendo os indivíduos do indivíduo e defendendo Ele próprio dos indivíduos, de forma moderada, justa e humana, leva ao suplício mitigado, permitindo que a pena recomponha sua estrutura de forma perene e justificada.

Buscou-se assim demonstrar, em primeiro lugar, que a pena acaba por servir a um sistema normalizador, o qual procura manter o indivíduo sujeito a um Sistema de forma perversa, subjugando-o quando taxado de anormal, até que se normalize ou seja excluído.

Extraído o conceito de Direito de Boaventura, pode-se afirmar que “O direito é um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados

⁴⁰ FOUCAULT, p. 27.

⁴¹ Ibid., p. 26.

justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força”.⁴²

A partir da perspectiva foucaultiana de poder, abordada em vigiar e punir, percebe-se que Pena, Direito Penal e Ciências Humanas assumem dois rumos distintos. Quanto à sanção de ordem penal é simplesmente uma forma de controle de poder observado por uma “perspectiva de tática política”⁴³. Conclui-se, então, que a criminologia ortodoxa, de índole positiva, deve ser abandonada.

Fundamentamos como marco teórico do estudo do tema sobre poder, em Michael Foucault, tem como leitura básica imprescindível, vigiar e punir complementada, pontualmente, pela microfísica do poder, tema de grande interesse.

Impossível abordar o Direito Penal Mínimo sem que seja vista a primeira obra, pois uma vez trabalhada opta-se por passar para uma análise do ponto de vista do poder como mecanismo de controle de grupos sociais, já que não se deve “tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, mas sim de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras (...) não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detém exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhes são submetidos”.⁴⁴

É necessária uma visão arqueológica, genealógica do poder, afirma Foucault, para que ele seja compreendido como mecanismo de sujeição, e não como um simples instrumento de regulamentação administrativa, reinserção social ou de adequação do indivíduo, sujeito aos cuidados do estado a qualquer título que seja.

Assim, em uma linearidade que vem desde a “História da loucura”, 1961 quando as ciências modernas não tinham lugar até a vez da medicina moderna e clássica em “nascimento da clínica”, 1963, o trabalho analítico de Foucault, para buscar a reconstrução dos vestígios das formas de exercício de poder sem rupturas, vai

⁴² SANTOS, B. de S. p. 290.

⁴³ FOUCAULT, p. 24.

⁴⁴ FOUCAULT, M. A microfísica do poder. 21 ed. In: MACHADO, R. (Org.). **Introdução técnica**. São Paulo: Graal, 2005. p. 183.

até as “as palavras e as coisas”, 1966, quando em Kant vê-se o homem sujeito e objeto de conhecimento concomitantemente.

Partindo do conceito de Boaventura, “A um nível muito geral, o poder é qualquer relação social regulada por uma troca desigual. É uma relação social porque a sua persistência reside na capacidade que ela tem de reproduzir desigualdade mais através da troca interna do que por determinação externa.”⁴⁵

O poder/saber exercido pelo e para o homem cria um novo alinhavo do porquê dos saberes e poderes até vigiar e punir. A análise que parte do próprio problema denuncia os vícios de suas primeiras abordagens e esclarece a microfísica de poderes periféricos, não criados ou geridos pelo estado necessariamente, mas que, eventualmente, sobrevive ao próprio poder⁴⁶.

A forma difusa do poder proposta por Foucault dá uma impressão de vazio, uma vez que o poder disciplinar parece ter origem metafísica e isso atende bem aos propósitos de quem o exerce de forma escusa, subjugando com mais facilidade os sujeitos ao domínio exercido através dele.

O poder do estado manifesta-se de forma central por meio de seus aparelhos repressores e periféricos e dos aparelhos ideológicos, de forma múltipla e desconcentrada, dando a impressão de assíncrona plena, por não possuírem uma fonte única que o emana, mas, em contrapartida, efetuam um jogo, direcionando os sujeitos a um caminho determinado, o que não é de se espantar, já que “por dominação não se entende o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre o outro, mas as múltiplas formas de dominação que se podem exercer na sociedade. (...) As múltiplas sujeições que existem e funcionam em seu corpo social”.⁴⁷ Apesar da forma de controle não jurídica em sua essência, acredita-se que Foucault refere-se à não exclusividade do domínio jurídico, pois uma das formas difusas pode manifestar-

⁴⁵ SANTOS, B. de S. p. 289.

⁴⁶ FOUCAULT, **A microfísica ...**, p. XIII.

⁴⁷ Ibid., p.181

se no universo do Direito Penal, Processual ou de Execução Penal.⁴⁸ Dessa forma pode-se dizer que “O poder funciona e se exerce em rede”⁴⁹.

A docilização dos corpos por meio do adestramento obtido com o exercício do poder tem como local perfeito de execução os centros de normalização, onde os que lá se encontram são notoriamente postos à margem da sociedade por estarem fora dos padrões desejáveis, devendo aprender ou apreender os comportamentos saudáveis ou convenientes ao homem normal.

A prisão, asilos, sanatórios e locais adequados para aqueles que devem ser apartados e avaliados de acordo com sua anomalia e periculosidade, e além de saírem recuperados e reinseridos na sociedade padrão, dá o suporte de apoio para o exercício de sujeição necessário para que os dominados reconheçam seus lugares na sociedade de domínio de classes.

O temor à igualdade se implanta por essa normalização ou adestramento. O saber e poder são ameaças que devem ser reprimidas desde logo, sob o risco de que seja posto em risco a viabilidade do domínio vigente.

Para Foucault, a punição perde sua vez na história das prisões quando, do século XVIII a meados do século XX, gradativamente descobriu-se, primeiro na Inglaterra, depois na França, que os criminosos, por meio de uma dinâmica de criminalização no interior dos presídios, são mais úteis que em um processo de socialização, pois funcionam como grupos manipuláveis e violentos para que atendam a fins espúrios de classes dominantes.

Assim, indivíduos facilmente recrutáveis, manipuláveis e dispensáveis formavam uma massa interessante para ser manobrada convenientemente na política, movimento de classes, práticas delituosa e como lastro regulador de mão-de-obra.⁵⁰

É interessante ver em Foucault que, apesar dos mecanismos postos nos microssistemas, não são necessariamente imprescindíveis a essa ou aquela classe dominante, mas que funcionam como um instrumento de sujeição como um todo.

⁴⁸ FOUCAULT, **A microfísica ...**, p. XV.

⁴⁹ Ibid., p. 183.

⁵⁰ Ibid., p. 130-133.

Os mecanismos de exclusão individualmente podem não ser necessários, contudo servem como um todo à burguesia.⁵¹

Dada a forma do exercício de poder e a razão pela qual ele se faz de maneira sutil e quase imperceptível e, principalmente, a finalidade mantenedora de um status social de um conflito de classes, que não deve ocorrer para que o sistema de produção capitalista seja reproduzido pelo maior lapso temporal possível, é o momento de vincular o resultado da sujeição ao estigma ou rótulo por ele trazido, elemento imprescindível para que o Direito Penal Segregador mantenha vigente seu discurso de sustentação.

Só mostrando com a força (i) legítima do Direito Penal o lugar próprio das classes marginais, ou seja, postas à margem do sistema social, o segregado social assume conscientemente sua posição de inferior econômica, intelectual, social e politicamente aos homens de bem.

⁵¹ FOUCAULT, **A microfísica ...**, p. 185.

2.2 DIREITO PENAL COMO ELEMENTO DA SUPERESTRUTURA ESTATAL

Vossas próprias idéias decorrem do regime burguês de produção e de propriedade burguesa, assim como vosso direito não passa da vontade de vossa classe erigida em lei, vontade cujo conteúdo é determinado pelas condições materiais de vossa existência como classe. A falsa concepção interesseira que vos leva a erigir em leis eternas da natureza e da razão; as relações sociais oriundas do vosso modo de produção e de propriedade - relações transitórias que surgem e desaparecem no curso da produção⁵².

“Que as classes dominantes tremam à idéia de uma Revolução Comunista! Os proletários nada têm a perder nela a não ser suas cadeias. Têm um mundo a ganhar.”⁵³
No mesmo sentido Boaventura diz “Sendo constituído pelo sofrimento humano, o carácter radical da vontade emancipatória da subjectividade do Sul reside no facto de esta nada ter a perder, senão suas cadeias.”⁵⁴

A concepção de mundo ligada ao sistema de produção capitalista, ainda mais na América Latina, em que as esquerdas foram reprimidas severamente por ditaduras militares, faz com que a única percepção de mundo viável que acompanha e formata o indivíduo desde sua infância seja a que foi semeada e cultivada ao longo dos anos como a correta e moral. Assim, os papéis são postos e facilmente assimilados.

Ideologia é definida não como conjunto de idéias, mas sim como sistema de idéias, destinado à dominação de classes. A realidade está fora da ideologia, que apesar de estar cercada de referências históricas, transcende a própria história sendo, talvez, inspiradora da realidade que possui realmente história, no caso, a de luta de classes.

Apesar de apresentarem-se como concepções de realidade, a ideologia não implica na real correspondência contida em seu imaginário. Ela serve como instrumento de alienação ou de representação, equivocada da realidade, é vista de forma corrompida pelo enfoque do ideal.

As relações de produção deformadas pela ideologia implicam em erro por parte dos que a analisam, engessados pelos Aparelhos Ideológicos do Estado. A crença

⁵² MARX; ENGELS, p. 63.

⁵³ Ibid., p. 84.

⁵⁴ SANTOS, B. de S. p. 379.

em ideais molda a conduta dos indivíduos que, sem perceber as distorções dos Aparelhos Ideológicos, agem de acordo com sua consciência, mas de forma equivocada, por não perceberem o que se dá por trás do ideário tido como válido e legítimo.

A origem da ideologia é determinada no sujeito, ou seja, a ideologia que é destinada a alguém é, naturalmente, elaborada por alguém. A ideologia é “do sujeito e para o sujeito”. A função da ideologia, posta pelo sujeito, é que ela seja reconhecida como válida pelo mesmo sujeito que recebe sua carga de idéias. A não aceitação destas ou o desconhecimento passa a ser uma “função inversa”.

A interação ideologia/sujeito, destinatário da carga ideológica nela contida, nem sempre é reconhecida pelo sujeito, que não reconhece os Aparelhos Ideológicos como tal. A ideologia atinge os sujeitos que reagem a tal abordagem de forma automatizada, sem perceber o processo interativo que de fato ocorre.

Valendo-se de uma analogia à religião católica, pode-se concluir que todo sujeito, receptor da carga ideológica, a recebe de um único modo e que o destinatário da ideologia se reconhece como tal, respondendo aos estímulos do sujeito que põe a ideologia. Tal reconhecimento é acompanhado de aceitação das idéias postas.

Portanto, os Aparelhos Ideológicos do Estado servem à luta de classes, mantendo a opressão, de forma não violenta, deixando para última instância a utilização do Aparelho Repressor do Estado, violento como já explanado.

Tem-se então que o Direito é um conjunto de regras codificadas de forma sistêmica, protegendo, em última análise, o Sistema de Produção Capitalista. Trabalha-se com a idéia de que as condições de produção, naturalmente, precisam ser reproduzidas para que continuem a existir, ou seja, a forma de produção material, analisada em um primeiro momento, constitui-se de um moto contínuo, cuja interrupção impede a continuidade da produção.

Em um segundo momento, divide-se os meios de produção em meios de produção e forças de produção. O trabalho assalariado do proletário forma um tipo social com o qual interagem harmonicamente, da mesma forma que os meios de

produção de ordem material. Assim a força de trabalho necessita de um mínimo, variável historicamente, para ser reproduzida.

A força de produção deve ser qualificada e sua formação levada a efeito por meio de escolas capitalistas. Deve-se traduzir conhecimentos específicos para cada nível do sistema de produção, dividindo os graus de conhecimento ministrados de acordo com os graus hierárquicos a serem ocupados nas empresas. Paralelamente à formação de ordem profissional, existe uma doutrinação de ordem moral que dirige o proletariado a um tipo de enquadramento sistêmico, como se houvesse um determinismo classista.

Tomando a infra-estrutura, como pilares de ordens ideológicas e as superestruturas como um retrato pouco fiel ao ideário da base tem-se o relacionamento dialético entre super e infra-estrutura, ora com certa autonomia, ora em um processo de retorno à base.

Desse modo, procura-se evitar a metáfora dos pilares de um edifício como infra e o edifício construído sobre elas como superestrutura, afirmando que sua superação é necessária, por ser ela descritiva, procurando tratá-la de forma conceitual.

O mecanismo de atuação do Estado, ou o Aparelho do Estado, posto com a finalidade de perpetuar a dominação burguesa, dá-se pelo seu aparato jurídico, política, tribunais, prisões e exército. Todas são forças repressivas contenedores das classes oprimidas. Tais forças, por exemplo, pertencem à superestrutura.

Pode-se dividir as idéias da metáfora do prédio em quatro momentos: o Estado como aparelho repressor, o Estado separado do aparelho repressor, a luta de classes utilizando-se do aparelho repressor para a tomada de poder e, finalmente, a tomada de poder com a conseqüente eliminação do aparelho repressor.

Distintos, o conceito Estado e Aparelho Repressor do Estado iniciam a sua teorização com a diferenciação entre aparelho repressor e aparelho ideológico do Estado. Enquanto o primeiro abrange instâncias de contingência de ordem violenta, os segundos atuam na esfera ideológica como a igreja, escolas, família, imprensa e outros, sendo o primeiro iminentemente público; o segundo, privado.

A detenção do poder depende do controle dos aparelhos repressores e ideológicos, concomitantemente, por isso, centra a reprodução das forças de produção no aparelho ideológico do Estado. Além disso, servem de anteparo aos aparelhos repressores, violentos e indesejados; não subsistem sem uma submissão “consciente”.

Os aparelhos ideológicos são descritos, historicamente, desde a Idade Média, sediados basicamente na igreja, passando pela família e pela educação. Os mecanismos adaptam-se à realidade do momento, concorrendo para a reprodução das relações de produção ou de submissão.

O Sistema de Controle Social, imposto pelo mecanismo sancionador do Estado contemporâneo, assume a função de distribuir um bem social negativo, um rótulo que adere ao infrator indefinidamente, a criminalidade. Tal rótulo estigmatiza e sujeita o indivíduo criminalizado de forma que a pena seja mais indesejável que a simples sanção imediata.

Os efeitos paralelos da rotulação, bem manipulados, criam os corpos dóceis de Foucault para os que se rebelam contra a pacificação trazida de forma ficta pelo Contrato Social e mantida pelos mecanismos de exercício do poder e de controle superestruturais do Estado, lembrando que, em Foucault, “o poder é mais complicado, muito mais denso e difuso que um conjunto de leis ou um aparelho do estado”.⁵⁵

Boaventura ainda obtempera que “O poder em Foucault, apesar de visto de forma difusa, tem vínculo mais estreito com o poder jurídico que o proposto, mas, não obstante estas críticas, o contributo de Foucault para a compreensão do poder nas sociedades contemporâneas foi inestimável”.⁵⁶

Somente partindo da crítica da pena, resposta do Estado ao criminoso e que dá sustentáculo ao Sistema Penal, uma revolução intra-sistêmica é cobrada e, uma vez proclamado fracassado o atual Sistema, um novo projeto pode ser retomado.

A perspectiva Utilitarista de Bentham, que trabalha com fundamentos Retribucionistas, calca-se em princípios de ordem capitalista e a pena assume um valor de uso. Recorrentemente, tal Sistema está atrelado ao meio capitalista de produção.

⁵⁵ FOUCAULT, **A microfísica ...**, p. 221.

⁵⁶ SANTOS, B. de S. p. 265.

O Sistema Punitivo e Penal Ortodoxo só será superado quando, e somente se superado, o Sistema Capitalista de Produção. Assim, o sistema sancionador caótico existente tem como meta a produção, a reprodução ou o aperfeiçoamento do Sistema que os geram ou os mantêm. É a gestão do poder pelo medo. Medo dos sujeitos ao poder, dos atingidos pela linha seletiva da ação punitiva estatal de uma sociedade utilitarista por excelência.

Na perspectiva da Micro-Física de Foucault o poder é exercido em várias instâncias e uma delas consiste no sistema punitivo resultante do Direito Penal, o qual exerce o papel de elemento super estrutural do Estado na manutenção da infraestrutura e, além disso, a pena acaba por ser, em conjunto com o Direito Penal, parte de um sistema altamente seletivo e estigmatizador.

3 RÓTULOS E ESTIGMAS DO DIREITO PENAL

O discurso do Sistema Penal vigente encobre rotulação seletiva dos indivíduos escolhidos para serem tangidos pelo Sistema Penal. Como é regido por meta regras, elaboradas por estigmas de natureza interna e formadoras do modo de pensar de cada operador do direito, torna-se um reproduutor inconsciente do modo de produção em que está inserido.

Os estigmas, preconceitos e rótulos, são, em última análise, diretores de quase todos os rumos do Sistema Penal, que é regido de forma emocional.

O crime, artificialmente construído, é repassado a todos como se fosse um fenômeno social ou uma realidade pré-constituída ou pré-existente, o que é essencial para que o papel estigmatizante e seletivo sejam mantidos.

Os estereótipos formam os pré-conceitos e as meta regras, ou regras do segundo código, que elegem a seletividade sistêmica. O erro básico está inserido na ordem das premissas.

Como constata Bacila⁵⁷, os principais estigmas são aqueles referentes à pobreza, sexo, raça não predominante⁵⁸ e religião. Percebe-se, portanto, que o caráter criminoso não é inerente ao comportamento, mas sim atribuído a ele de acordo com interesses da política criminal vigente, que toca com mais facilidade os assinalados por estigmas utilizados convenientemente pelas classes dominantes, no exercício de tal dominação.

O ato é o ato. O caráter criminoso pode lhe ser atribuído por meio de um tipo ou retirado por meio de uma excludente de ilicitude. A seleção ocorre pelos acessos privilegiados aos meios de defesa, se não na base ou no curso do toque do Sistema, nos seus meandros e chicanas, acessíveis a poucos. Salvam-se os amigos do rei em situações idênticas.

⁵⁷ BACILA, C. R. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 33.

⁵⁸ Ou mais adequadamente ao conteúdo do estudo sobre raça dominante, como controle social exercido, sobre ela, mesmo que seja maioria, uma vez que os estigmas selecionados para serem objeto de repressão do Direito Penal estão ligados à sujeição mediata ou imediata.

Com o afastamento do poder ilimitado do príncipe medieval, a objetividade da lei, em abstrato, precisava ser quebrada para atender aos interesses do estado⁵⁹ e, ao mesmo tempo, de forma dissimulada, pois o apoio das massas deveria ser conquistado por meio de preconceitos comuns, papel destinado aos rótulos que levam aos julgamentos antecipados pela mídia. O respaldo social baseado em estigmas aos abusos no julgar dá a falsa impressão de legitimidade a um sistema de dominação de classes, e não de defesa social.

⁵⁹ BACILA, p. 55.

3.1 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

O controle da criminalidade passa a ser visto de outro modo principalmente na América Latina onde é guiado por ideologias de manutenção de controle social.

O giro metodológico e as bases teóricas revistas levam a uma nova construção de base marxista que se afasta do fenômeno social conflitivo, aproximando-se da luta de classes e do reflexo do Direito como mecanismo mantenedor de controle, e não como pacificador social, como o discurso tradicional sustenta.

A perversão individual não dá conta da explicação do crime como se ele fosse uma verdade pré-existente.

Como se houvesse o bem e o mal anteriores a tudo, e como se os homens maus formassem a classe de criminosos, que por perversões ou inserções fatalistas, em grupos sociais indesejáveis, fossem vítimas de condutas desviantes, resultantes dos valores adotados pelo meio⁶⁰. Assim o comportamento “não convencional” deve ser normalizado em uma visão micro-sociológica⁶¹ dos fatos.

A visão macro defendida por Foucault no início merece ser destacada. Ao elaborar um resgate do estudo do crime trazido para alguém da esfera de circulação ou de relações de produção, verifica-se reprodução por meio do poder, no caso, econômico e político⁶².

O conceito de crime, além de ser artificial, é usado como mecanismo ideológico definindo condutas, às vezes agradáveis aos olhos do proletário, pois aparentemente atingem aos dominados, o que eventualmente pode acontecer, quando tais condutas afetarem interesses políticos ou econômicos do poder ou quando a sanção for um risco tão remoto que pode ser aceito pelas elites.

Se por um lado a criminologia clássica defende-se, tentando dar validade a seus argumentos com dados estatísticos, também há que se ponderar a validade deles, pois sevem somente aos eleitos para serem tocados pelo Sistema Penal, ou seja, os

⁶⁰ BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 3.

⁶¹ Ibid., p. 4.

⁶² Ibid., p. 5.

selecionados. Segundo Zaffaroni⁶³, são computados nelas, prevalecendo apenas em seu conteúdo alguns crimes e alguns criminosos, para os quais o sistema tem efetividade ou conta os quais é efetivamente direcionado.

Refere-se à seleção entre aqueles de classe social baixa, cor, sexo ou atitudes fora do contexto padronizado ou desejável pelo sistema vigente, independente do princípio plural do ser humano. Dependendo da natureza dos crimes e da origem da autoria ou das vítimas, os dados disponíveis a respeito são irrisórios⁶⁴.

Com a finalidade de demonstrar que o poder penal é exercido efetivamente para normalizar o criminoso, única e exclusivamente como elemento protetivo da infra-estrutura (elemento superestrutural do poder que é o direito) a criminologia crítica tem por meta estudar a variedade de instrumentos de controle social instituídos pela criminologia correcionalista com um paternalismo despótico⁶⁵, gerando, com isso, um conformismo que, ou contém, criminaliza ou ainda, que forma um homem sem vontade ou o exclui, rotulando-o. Qualquer das opções o exclui de uma possível ameaça ao sistema de produção e a sua reprodução.

Sujeitando o indivíduo atingido pelo Sistema Penal, ele está mais vulnerável e mais dócil ao Estado que o subjuga através deste mecanismo que, agregado aos outros superestruturais, forma o perfeito escudo defendido de manutenção de domínio.

Criminalização primária e secundária assumem papéis interessantes no controle social feito pelo Sistema Penal. A primária, que equivale ao lançamento do rótulo, ou seja, à primeira inserção oficial no status de criminoso é feita pela condenação, enquanto a secundária corresponde à subsocialização decorrente dos efeitos trazidos pelo rótulo já posto, que se reforça dia a dia com novos rótulos sobrepostos.

Uma vez violado o ato qualificado, e sendo o indivíduo tângido pelo sistema altamente seletivo, está ele rotulado como tendo um comportamento desviante. O

⁶³ ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. passim.

⁶⁴ BARATTA, p. 10. Citando o exemplos de crimes sexuais, que seriam noticiados em percentuais inferiores em torno de 1% na década de 80.

⁶⁵ Ibid., p. 12.

primeiro rótulo foi posto. A partir de então, já identificado como desviante pelo sistema, passa ele a ser visto com olhos diferentes e a seleção, que se dirige a classes, raças, regiões e, principalmente a rotulados, o tem na alça da mira como um dos alvos a serem perseguidos.

O estigma está lançado, levando o indivíduo a ser alvo de um patrulhamento especial, já que sua conduta é tida como oficialmente desviante, o que o impele para que se direcione a grupos formados por seus pares, ou seja, os outros desviantes subsocializados, que além de se submeterem às regras postas, acabam por criar e sujeitar-se as meta regras adequadas ao grupo, de acordo com o grau de subsocialização criado pela segregação em questão⁶⁶.

O grupo, diferente e naturalmente hostil⁶⁷, é facilmente controlado como algo ameaçador e não como algo resultante de uma sociedade plural, a ser absorvido, incorporado e adequado ao corpo social.

A teoria da sociologia do desajuste, taxada por Cirino como “politicamente limitada e historicamente confusa”⁶⁸ é, sem dúvida, útil. Concorde-se com sua utilidade, principalmente quando analisada de forma mais objetiva e crítica com o novo objetivo de denúncia social dos abusos de poder.

A fragilização do proletariado, como mão-de-obra produtiva, torna seus membros em um corpo dócil, pouco resistente, temente às normas que tendem a reger moral, costumes, submissão, fugindo da igualdade material.

A crença no Direito Posto, além do temor a ele, faz com que a oferta de trabalhadores servis seja maior, já que os desvios estão sujeitos aos rótulos e isso implica afastamento do sistema de produção ou busca de subempregos ou mão-de-obra informal.

⁶⁶ A segregação mencionada pode ser trabalhada desde a inserção no sistema prisional até em grupos de desempregados, alcoólatras, e outros, que tenham como foco de conversão, em nosso caso, a exclusão social pelo rótulo penal.

⁶⁷ Como diz Caetano Veloso, “Narciso acha feio o que não é espelho” (Música Sampa).

⁶⁸ SANTOS, J. C. dos. p. 17.

O chamado homem de bem resulta no empregado padrão desejável, quase máquina, que não questiona, não erra, “não bebe, não fuma, não joga e que professa alguma religião”. Há que se defender a idéia posta com cuidado. Em momento algum se fala no subversor da ordem, se é que há uma, mas tão somente na conveniência política do perfil do cidadão padrão, se é que há um.

A rotulação da criminologia da Década de 60, de Howard Becker e Edwin Lemert⁶⁹ abandona as explicações etiológicas do crime, localizando seu foco na estigmatização trazida pelo rótulo lançado em indivíduos sujeitos ao sistema, por serem vulneráveis a ele e assim que por ele tocados são marcados, de forma tal que, em dois momentos, envolvem-se em um universo marginal ao socialmente aceito pela sociedade controladora. Nas palavras de Carrara, “...a verdade é que, apenas algemado, a fera se torna homem”⁷⁰

Vale ressaltar que, primeiro ocorre o que se chama de criminalização primária, em que há efetivamente a aplicação do rótulo, com a prisão, antecedentes criminais, julgamento de demais estigmas formais do Estado. A partir daí, já segregado socialmente por pertencer à classe, cor, credo ou outro fator indesejável, frente ao sistema dominante, um bem social é adicionado ao indivíduo que tem sua convivência direcionada, pelos seus “maus antecedentes”, a grupos do mesmo gênero, no qual o poder interno se exerce de forma tradicionalmente rebelde contra os que o selecionaram.

Tem-se por certo que tal movimento não é produzido de forma perversa ou voluntária, mas sim de uma maneira quase automática e esperada, já que a violência do sistema de contenção gera violência contra o mesmo sistema de contenção. O maniqueísmo fica patente.

O principal aspecto deslegitimador do discurso posto é que o crime não é um fenômeno natural e sim um conceito artificial, criado independente da natureza do ato em que a ofensividade da conduta varia, especialmente no caso do Brasil,

⁶⁹ SANTOS, J. C. dos. p. 13.

⁷⁰ CARNELUTTI, p. 22.

aleatoriamente de acordo com modismos e interesses postos muitas vezes de forma dissimulada pela mídia de massa.

Os crimes ligados a costumes ou crimes sem vítimas são exemplos claros do controle social pretendido de forma dissimulada, inserido no Direito Penal como se tratassem de grandes males sociais⁷¹.

Assim, saindo da idéia fictícia da neutralidade do Direito, elemento superestrutural do Estado, a criminologia radical avança em relação às teorias tradicionais, por buscar a explicação do fenômeno criminoso naquela esfera, confrontando normas, exploradores e proletário em uma visão dialética e complementar sob uma ótica perversa de manutenção do status quo, em que cifras negra e dourada dividem o palco, exibindo estatísticas que alimentam as armas do sistema⁷². Além desta temos em Ferrajoli duas outras cifras que chama o:

...custo da justiça que depende das escolhas penais do legislador – as proibições dos comportamentos por ele tidos como delituosos, as penas e os procedimentos contra seus transgressores – soma-se um altíssimo custo de injustiça, que depende do funcionamento concreto de qualquer sistema penal: àquela que os sociólogos chamam de cifra obscura' da criminalidade – formada pelo número de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e/ou impunes - adiciona-se a uma cifra, não menos obscura mas ainda mais inquietante e intolerável, formada pelo número de inocentes processados e, às vezes, punidos. Chamarei cifra da ineficiência à primeira e cifra da injustiça à Segunda...⁷³

Os instrumentos protetivos postos a favor dos oprimidos, em regra, são ineficientes e amplamente divulgados. Vale citar as infrações postas no Estatuto do Idoso em que, apesar de penas elevadas, que implica proporcionalidade com a gravidade do delito, tem-se o processamento segundo as normas do Juizado Especial, o que quer dizer que são elas consideradas como crimes de menor potencial ofensivo. Útil para a mídia e útil para o Sistema, essa é a fórmula.

A proposta então é de uma relegitimação da matéria penal, em que as normas se adequem ao sistema de produção capitalista, mas não a seu serviço. O viés

⁷¹ BARATTA, p. 15.

⁷² Diante de estatísticas falhas e manipuláveis os interesses das classes dominantes são facilmente atendidos com a fácil manipulação dos dados.

⁷³ FERRAJOLI, p.168.

abolicionista e minimalista tem lugar neste momento, pois o sancionado socialmente não pode ser punido novamente pelo mesmo fato: estar entre os marginalizados.

Do fato criminalizado à persecução penal, com o resultado pena ou a simples ameaça do processo, tem-se a instância de controle social vista em Foucault através da normalização de condutas indesejáveis, no sentido mais estratégico e de ordem política que a ação repressora poderia ter e, essencialmente, com raízes à sociedade, cujo meio de produção é de ordem capitalista.

A dissociação, inicialmente mencionada no início do capítulo entre criminologia clássica e Direito Penal, não tem mais espaço, pois ambos os ramos de estudo são complementares e interdependentes, uma vez que este é justificado ou deslegitimado de acordo com os fundamentos criminológicos.

A igualdade e, conseqüentemente, os princípios libertários que implicam em uma ordem garantista ao indivíduo não sujeito a um sistema, é a única base aceitável para qualquer direito e, em especial, para o direito de índole sancionadora.

Com a deturpação da escolha do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, eleito como crime em uma sociedade de dominação, elege, desse modo, a criminologia radical, novos valores como devendo ser os abraçados pelo Sistema Penal, com base em direitos humanos socialistas⁷⁴ ou sociais, desde que a meta seja a produção e reprodução da vida digna com saúde, igualdade, integridade, liberdade e tantos outros reconhecidos, em fase de reconhecimento ou a serem reconhecidos no ciclo de evolução da vida.

A prática de subjugar o marginalizado⁷⁵ ou de segregar, com o fito de normalizar o indivíduo que foge ao padrão desejado, assume uma feição singularmente plural e ameaçadora ao padrão globalizante, rotulando-o e transformando-o em vítima de crimes sistêmicos⁷⁶. Para Juarez Cirino, é como se fosse o delito resultante de abusos do poder contra os excluídos.

⁷⁴ BARATTA, p. 35.

⁷⁵ Marginalizado no sentido de estar à margem, uma vez que o “marginal” do senso comum é referido como sendo o rotulado ou estigmatizado pelo sistema.

⁷⁶ SANTOS, J. C. dos. p. 35.

Operando assim, o sistema social de dominação de classes é criminoso e criminógenos. Isso gera um círculo vicioso mantido com a contribuição da criminologia clássica, que volta seu foco de análise para a etiologia do crime e distancia-se, cada vez mais do fenômeno em si, explicando, dessa maneira, a falha do indivíduo das mais diversas formas, desde o meio até a genética.

Eleito um culpado, o sistema está absolvido, uma vez que o determinismo é aceito e a reforma do condenado é a solução; a ressocialização, o fim da pena; deve-se trabalhar o indivíduo ou até o Sistema Penal, mas o sistema de poder deve ser mantido, pois ele não faz parte das mazelas do fenômeno crime.

Ressocializado o criminoso pode voltar a ser um “homem de bem” reinserido na “sociedade de bem” e deixando o meio marginal onde vivia por opção ou contingência⁷⁷.

De falsas premissas tem-se a falsa conclusão sobre a operacionalidade do sistema.

Para resolver o problema, como posto ironicamente, deve-se implementar políticas de segurança pública, e não trabalhar os conflitos de classe crescentes.

Infelizmente, de paliativo em paliativo, os sintomas são tratados e, eventualmente, até amainados, mas o mal cresce, acobertado pela superestrutura, que delineia uma moldura bem diferente do quadro que está nos alicerces do Estado.

Tendo uma perspectiva de crime como sendo uma construção do estado que reproduz o modo capitalista de produção, vemos uma nova perspectiva ainda por construir; ele é uma forma de produção reprodução e aperfeiçoamento das relações sociais humanistas sem que haja danos sociais.

Apesar da definição de crime como evento danoso aos valores eleitos, legitimamente, como dignos de proteção, os abusos de classe fogem à sua percepção⁷⁸ e quando surgem o fazem de forma não operacional, mantendo as classes privilegiadas fora do sistema de controle social do Direito Penal, uma vez que só se faria efetiva com uma resposta de política criminal que desconsiderasse a política de classes.

⁷⁷ A dualidade maniqueísta está sempre presente como elemento delineador entre o terreno dos bons e maus, perpetuando estigmas cujas origens eventualmente já se perderam no tempo.

⁷⁸ BARATTA, p. 40. Criminalidade estrutural.

Cirino, no capítulo IV da Criminologia Radical, faz uma aproximação do Sistema Penal, como um todo, do Sistema de Produção Capitalista em que o resultado final do controle social, a sanção concreta, é visível pelo número de presos, proporcional às necessidades e conveniências do mercado de trabalho, em que a efetividade em grande volume das penas restritivas de liberdade seria uma das formas de “extinção da mão-de-obra excedente no mercado”.

Pode-se afirmar, então, que a retração do movimento punitivo é o reflexo da necessidade de mão-de-obra no mercado. Ressalte-se que o mercado está carente de mão-de-obra. Hoje, entretanto, a feição do controle social assume caráter mais político e excludente, como forma de controle de massas e repressão legal, porém um pouco mais desligado diretamente da demanda de mão-de-obra abundante pelo volume ascendente do proletariado.

O conflito de classes tornou-se iminente no Brasil e os muros divisórios entre os cidadãos de “bens” e os demais, já não estão sendo capazes de conter as massas. Assim, o foco do jogo de poder do Sistema Penal está mais dirigido para o controle e disciplina⁷⁹ do proletariado, que assume uma posição de submissão e de cidadãos de terceira classe, prontos para o processo de sujeição inerente ao sistema de exploração de classes. A docilização dos corpos torna-se útil, e o exemplo, opção por uma conduta anormal bastante dissuasiva. Além disso pode-se dizer que “...as casas panópticas de confinamento eram antes e acima de tudo fábricas de trabalho disciplinado.”⁸⁰

A presença do príncipe medieval, em forma de violência explícita como elemento intimidativo direto, cede lugar a um castigo dissimulado em uma técnica mais humana e igualitária de normalização e reinserção social. Os suplícios cedem lugar às legiões de “bandidos”, “criminosos” e “marginais” que em arrebanhados em torres de babel, vivem sob o comando de diversas línguas, com a única pretensão de alcançar a graça: aproximar-se do mundo dos homens “normais” do qual se afastam por serem diferentes.

⁷⁹ Ibid., p. 44.

⁸⁰ BAUMAN, Z. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 117.

A coação precisava estar presente, mas em outro modelo que não estivesse centrado em bases feudais, naturalistas ou na vontade do príncipe, mas sim em um discurso técnico, positivo e imparcial, abstrato e equânime, com a figura de um soberano, diferente do antigo, mas ainda detentor do poder de aplicar a sanção de forma monopolizada, sob o manto da legalidade e legitimidade. A ficção da imparcialidade é delatada por Carrara ao dizer que “...a justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade.”⁸¹

O novo sistema carcerário torna-se cada dia mais oneroso para conter a turba, subsocializada que, sem uma diretriz humanitária, passa a dedicar-se ao ócio e tem como meio de reconhecimento de méritos o poder interno gerado e garantido pela violência física, um dos únicos meios de sobrevivência mais eficientes dos postos à disposição dos que por serem vulneráveis ao sistema pelos rótulos que carregam consigo foram postos à margem dele.

A dominação antes posta de forma explícita precisa ser mais sutil para que passe por proteção. Os direitos individuais não podem mais ser tomados. É mais fácil que, por ardis, os membros de uma sociedade, inseguros, clamem por proteção estatal, mesmo que para isso haja a necessidade de cessões de mais e mais direitos.

Para Foucault, “são os mecanismos de exclusão, os aparelhos de vigilância, a medicalização da sexualidade, da loucura, da delinquência. Pode-se afirmar que é toda esta micro-mecanizado poder que representou um interesse para a burguesia a partir de determinado momento”⁸². É o jogo posto. É a realidade a ser a ser delatada. É o objeto da criminologia crítica.

No palco os atores perdem suas identidades. No tocante à perda de identidade “...as crenças, valores e estilos foram ‘privatizados’- descontextualizados ou ‘desacomodados’, como lugares de acomodação que mais lembram quartos de motel que um laser próprio permanente- as identidades não podem deixar de parecer frágeis

⁸¹ CARNELUTTI, p. 34

⁸² FOUCAULT, *A microfísica...*, p. 185.

e temporárias, e despidas de todas as defesas exceto a habilidade e determinação dos agentes que se aferram a elas e as protegem da erosão.”⁸³

O que pune é o Estado Abstrato, o Sistema Penal, a Justiça Criminal. Quem é punido é o “bandido”, o moleque e o menor, palavra sempre pronunciada com uma boa dose de ironia, fazendo crer que aquele indivíduo é menor só no nome. A contra parte imediata, a polícia, por sua vez tem mazelas quase idênticas, com raízes de mesmo fundamento e consequências semelhantes.

Ao contrário de se tratar de normas genéricas, tem-se, no Direito Penal, um diploma baseado na seletividade e na estigmatização, no qual o selecionado pelo Sistema Penal sofre instrumentos postos à disposição do sistema a perda de sua identidade e selecionados os seguimentos sociais a serem atingidos pelo sistema, traça-se uma clara linha divisória inter-classes.

No Sistema Penal cria-se o estigma criminalizador, o perfil do indivíduo criminoso que é retratado de acordo com bases empíricas, pois o menos favorecido tem, nos mais puros moldes lombrosianos, seus hábitos associados ao crime, sua área residencial ligada ao crime, enfim, suas feições sociais ligadas ao perfil criminológico. O sistema é a ele destinado, pune-o, não o protege quando pouco o persegue com menos insistência.

Cobra-lhe mais do que aos demais, protegendo seus mentores e destinatários fáticos do seu destinatário de direito. Atribuídas características físicas, comportamentais e sociais⁸⁴ tem-se o criminoso como a escória social e, como homem de bem, a elite social.

O excluído não só deixa de gozar da proteção do sistema, como é por ele perseguido, e tem seus direitos sistematicamente violados com o respaldo deles próprios, que absorvem a estigmatização de uma pequena classe média, que por muitas das vezes funciona como um fiel de balança, já que tem um potencial mobilizador de opinião e poder político, atuando assim como “inocentes úteis” e, por fim, da

⁸³ BAUMAN, Z. **Modernidade líquida**. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 204.

⁸⁴ Frequência a locais, tipo e local de moradia, utilização de transporte coletivo, características étnicas e outros.

oligarquia detentora do poder econômico ou político, o que quase sempre corresponde a um pleonasmo, a quem o Estado serve e para quem todas as benesses são dirigidas.

A perda de identidade local, regional, estatal e internacional faz com que o direcionismo externo seja aceito, ou até que passe despercebido. O tecnocolonialismo atinge os valores culturais básicos de uma sociedade, minando sua identidade e, conseqüentemente, tornando-a receptiva, não ao que lhe convém, pois como um todo sequer sabe o que seja isso, mas sim a tudo que lhe é impingido.

A subversão dos valores acentua sua lesividade quando se trata da ingerência no campo da sistemática penal, que deve ser lastrada pela identidade de seu destinatário, já que é um todo personalíssimo, pois deve retratar o estágio de desenvolvimento sociocultural do estado a que se dirige para que tenha legitimidade.

É ilegítimo o discurso importado, visto que é feito sob medida, e que não atende às peculiaridades do povo a quem deve preservar, dos indivíduos a quem deve proteger e, naturalmente, repudiar toda e qualquer agressão a quem quer que seja, a não ser que, nos moldes humanistas, norteadores do Direito Penal Contemporâneo, não são adotadas por absoluta inadequação sistêmica à região marginal Latina.

Assim, tem-se que a miserabilização social do sistema de controle dirigido a reprimir os miseráveis, filho do mesmo sistema, de uma forma global incorpore, por meio do discurso do caos, seus adeptos e funciona contra quem deveria ser por ele favorecido, na mais completa inversão valorativa.

Depois do colonialismo, nascido nas grandes navegações, do colonialismo industrial, da revolução francesa, que rompe os elos extrativistas puros, com novos conceitos envolvendo liberdade e igualdade e a industrial inglesa, que gera o neocolonialismo, que vem até em avançado estágio contemporâneo em meados do século passado, ocorre o terceiro grande colonialismo.

O tecnocolonialismo tem as mesmas características dos dois primeiros, em termos de dominação e de seus perversos instrumentos de estabelecimento de dependência e conseqüente supremacia. Nota-se que a aceitação da superioridade tecnológica e implica em adoção de valores alienígenas.

Naturalmente, os novos valores são acolhidos diante da perda dos valores culturais próprios, que são submetidos a técnicas de supressão, originando-se na América Latina em um primeiro momento pelos regimes de exceção com o domínio do executivo, na forma das forças armadas.

Gradativamente essa dominação passou a ser substituída em consequência da implantação das novas democracias pela submissão econômica, que permite a mesma manipulação dos governantes pátrios pelos detentores do poder econômico, que ora são os mesmos detentores da tecnologia revolucionária mencionada anteriormente.

Tem-se, portanto, como pontos comuns aos colonialismos e à herança genocida e racista, as revoluções tecnocoloniana.

A falta de estrutura organizacional de uma sociedade civil politicamente organizada e uma América Latina “rival”, pois coopera com a falta de identidade que se faz imperativa para que haja uma resistência ao tecnocolonialismo, pois apenas uma identidade civil estável pode fazer com que anseios dessa mesma sociedade tenham legitimidade e força para formarem uma frente impositiva nacionalista viável.

As barreiras caem por todo o mundo. Os muros latinos estão cada vez mais altos. A cisão é de interesse externo. Interesse velado, espúrio. Com isso a divisão enfraquece e a força da identidade liberta do colonialismo cultural.

A deslegitimação do Discurso Penal, que deve funcionar como marco da repulsa ao terceiro genocídio colonialista, instala-se nos dias de hoje. A falta de um perfil racial latino, ou a negação deste, vem reforçar contra esse mesmo latino, a atuação seletiva, que poupa aos poucos grandes da malha discricionária do sistema penal. “Há mortes”⁸⁵.

Apesar do fim dos colonialismos suas raízes incorporaram-se ao Sistema Penal que, sem uma releitura humanística e legítima, persistem em sua feição mais nefasta, a genocida. O conceito humanístico aplicado ao Direito Penal implica em uma retomada de identidade e cultura próprias. O preconceito é abominável e contra si próprio faz da região marginal Latina um narciso às avessas. Ele é seu próprio inimigo.

⁸⁵ ZAFFARONI, p. 56. Frase posta por Zaffaroni, afirmando que o sistema causa mais mortes do que evita, ou seja, o sistema causa mais mal ao solucionar problemas do que os próprios problemas causam por si só.

O tratamento do infrator, como inimigo do estado, inimigo do povo, inimigo das leis é visão eminentemente militarizada e verticalizada, que afasta o ideal de planificação horizontal do Direito Penal e do sistema dele advindo. O pior dos preconceitos, infelizmente, assola o terceiro mundo. O preconceito do “antinarciso”, institucionalizado e acolhido.

Os estereótipos e os comportamentos são exigidos pelo sistema que os seleciona como objeto da persecução criminal e conseqüente sanção penal. Sua eventualidade pouco é tocada pelo Sistema Penal e os que dele experimentam são submetidos ao papel que lhes é destinado, o de “bandido”. Todos que fazem parte do sistema aderem a este estigma de uma forma marcante e podem dele desvincular-se, de acordo com suas características individuais. Para fazer parte dessa estatística, é quase natural que o desfavorecido, o despossuído, tenha adesão ao papel que lhe é imposto, pois torna-se até interessante, uma vez que o fenômeno da invisibilidade social⁸⁶ de que fazia parte antes de ser visto pela primeira vez é amargo, e o poder, mesmo que ligado a fazer o mal, é sedutor. É mais fácil atemorizar que impressionar bem. É mais fácil ser temido que querido, é mais fácil adequar-se ao novo contexto favorável, pelo menos a princípio, do que ao anterior, que lhe foi nefasto. O papel está posto. O ator escolhe fazê-lo ou repudiá-lo.

Infelizmente, a função de formação, de apoio, de expectativa do Estado é baixa. As classes desfavorecidas como padronizantes dos estereótipos marginais se perpetuam como tal em um círculo vicioso entre o papel, impingido a alguns dos indivíduos massificados pelo sistema e sua finalidade de alimentação do próprio sistema. A função reformadora do sistema e sua prática desviante formam, em tese, duas realidades opostas. O sistema deveria reformar e o faz, mas dando uma formação pior do que a original e não no sentido de reinserção social do selecionado pelo sistema para ser punido.

⁸⁶ SOARES, passim. Fenômeno interessante descrito por Luiz Eduardo Soares que consiste na indiferença com que os estigmatizados pela miserabilidade são transparentes aos olhos dos transeuntes, que passam por eles e olham através de seus corpos como se lá não estivessem. Pode-se citar como exemplo os pedintes de todos os gêneros, mesmo os que trabalham de forma ou em condições degradantes.

O crime nascido do sistema, no sistema e para o sistema gira de forma que a involução do recluso é consequência natural pela decorrência da forma no meio no qual ele se põe.

Os institutos não funcionam, ou pelo menos não como deveriam. A corrupção, a violência, a falta de preparo operacional implicam quase necessariamente essa subversão ocorrida entre os valores penais e os valores internos das instituições prisionais. Os mecanismos de poder interno assemelham-se aos estatais, os rigores implicam uma cadeia valorativa de condutas com castigos e prêmios imediatos e dados de forma coerente, pelo menos diante daquela realidade caótica, formada pelo grupo dos excluídos. O ser forte, dominador, detentor de poder é a regra de ascensão ao topo da cadeia de comando e é acessível a todos que se dispõem a entrar no sistema interno. Certo ou errado o sistema funciona, o que não vale para fora: a preconizada ressocialização transformada em criminalização.

O comportamento de cada um dos indivíduos submetidos ao julgo do sistema frente às peculiaridades de formação e personalidade individual, recebe ou está sujeito às consequências dessa diversidade no mundo complexo que se forma na cela. Nesse os indivíduos optam por qualquer uma das vertentes internas, aderindo-a, já que a neutralidade não é aceita.

O curioso é que um fenômeno paralelo a criminalização imposta pelo sistema ocorre concomitantemente. Criminalização e policialização são corruptelas simétricas do mesmo sistema perverso. “...a falta de confiança em relação à parte de ambas polícias (judiciária e militar), implicam a ocorrência de um quadro conspurcado que se revela dentro de um contexto de futuro sombrio.”⁸⁷

Ainda, nas palavras de Bacila, pode-se constatar que “...a tradição dos povos de práticas violentas nas ruas, nos locais de lazer e descanso e nos próprios lares reflete-se em grande parte na violência da polícia de qualquer local.”⁸⁸

⁸⁷ CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p. 173.

⁸⁸ BACILA, C. R. **Polícia x direitos humanos**: diligências policiais de urgência e direitos humanos: o paradigma da legalidade. Curitiba: JM, 2002. p. 45.

O mesmo mundo que gerou o indivíduo comum, que lembra o delinqüente tem em suas classes estigmatizadas a fonte fornecedora do material humano vai constituir a massa repressora. De natureza civil, as atividades policiais deveriam perder a figura do inimigo interno, inerente à formação militar, que tem como centro a atividade e não o fenômeno sociológico. Os desvios daí decorrentes perdem-se em uma confusão de identidade própria, discursos, métodos de formação e modelos pretendidos confrontam-se, dando vez ao novo estereótipo desviante do desejável.

A perda de identidade acaba por afetar tanto os seguimentos sociais envolvidos como pólos ativos ou passivos dos conflitos, como os órgãos dos sistemas penais, causando, da mesma forma, um conflito de identidade em seus membros, uma vez que a falta de uma coerência abre oportunidades de visões e manifestações diversas dos padrões desejáveis.

Os órgãos policiais, verticalizados e militarizados e a cômoda ausência de contato com as agências judiciais recepcionam o “serviço sujo”, porque ele “limpa as ruas” ou o serviço mal feito, pois ele não toca determinados setores de interesse político dominante, responsável diretamente pela ação dirigida com fim pelo desviado, pelo poder político e econômico acabam por ter uma atuação desconexa e acéfala.

O indivíduo policializado surge, então, como ente autônomo e anárquico, alheio ao sistema e talvez até superior a ele, pois não é, salvo em raríssimas exceções, tocado por ele em virtude de uma omissão cômoda.

Luiz Eduardo Soares cita a proposta política, relativamente bem aceita da volta do famigerado adicional, “far west”,⁸⁹ como solução para a violência, ou ainda, prêmios por armas arrecadadas e recompensas por prisões em São Paulo.

A corrupção institucionalizada pode ser lida como interesse das oligarquias dominantes, instrumento de contenção e de corrosão interna, em decorrência da quebra de valores morais, que são demagogicamente fomentados como valores internos.

O desprezo e o interesse perverso na manutenção dos rótulos apostos nos criminalizados e policializados é ponto comum. A pena mantém-se na perspectiva

⁸⁹ Consistia em um adicional pecuniário ao salário do policial que se envolvesse em situações de confronto onde houvesse troca de tiros.

utilitarista⁹⁰ de proporção do mal em razão direta ao desvalor da conduta, ficando o mecanismo de distribuição de prêmios e castigos ligados ao tempo, unidade de valor capitalista a ser retirada do condenado, que pode bem ser equiparada a mais valia.

“...toda a pena qualitativa e quantitativa (supérflua porque) maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa. Já se tem dito que esta medida é o limite máximo não superável sem que o réu seja reduzido à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias.”⁹¹

Controla-se, então, a massa encarcerada com pequenas benesses, dadas aos que melhor se normalizam, em detrimento a pequenas sanções aos que menos se adaptam ao sistema punitivo. Aumento e redução de tempo e de forma de cumprimento do regime da pena sujeitam os marginalizados a uma adequação ou rebeldia, que leva a medidas extremas de força repressiva para a efetivação do controle social. Ainda do modo de Bentham⁹² tem-se a proposta de uma exposição do condenado de forma a facilitar o controle e manter uma forma de fiscalização mais efetiva e presente, em um ritual de controle.

O saber/poder opera-se quase de forma a adestrar, subjugando, de forma degradante, àqueles que aderem ao sistema de comando, com prêmios questionáveis e oprimindo, de forma escalonadamente violenta, àqueles que se rebelam, de acordo com o grau de inadequação às regras postas.

A idéia do Sistema Penal como um mecanismo de controle social teve suas raízes fundadas na conceituação errônea de crime como um fenômeno autônomo, de origem natural ou social, legando ao Direito Penal o papel de instrumento repressivo que facilmente desloca seu eixo de atuação do interesse social para o interesse das elites dominantes. Em uma primeira aproximação pode-se ter a visão de crime como uma violação de um bem metafísico, traduzindo-se em mal agir.

⁹⁰ BENTHAM, J., 1748-1832. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. de Luiz João Baraúna. Sistema de lógica dedutiva, indutiva e outros textos. John Stuart Mill. Trad. de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os pensadores).passim.

⁹¹ FERRAJOLI, p. 319.

⁹² A estrutura física e ideológica do Panopticon.

Nesse sentido Bauman ressalta que “Na época em que foi esboçado o projeto do panoptico, a falta de disposição para o trabalho era em geral vista como o principal obstáculo para a ascensão social. Os primeiros empresários deploravam a falta de disposição dos possíveis operários para se submeter ao ritmo de trabalho fabril; nessas circunstâncias correção’ significava superar essa resistência e tornar mais plausível a submissão.”⁹³

A existência do bem e do mal, retomada hoje como pivô das correntes ligadas ao ideário da “lei e da ordem” procura fazer com que tais opostos sejam lidos como extremos e como únicas opções. A divisão do mundo televisivo, incontestável meio difusor de cultura e formador de opinião, tem como paradigmas as divisões de seus protagonistas, como sendo eles eleitos necessariamente “do bem” ou “do mal”. Nada há entre os extremos e nada há que os diferencie além dos rótulos fixados pelo roteirista do programa, seja ele qual for.

Os modelos positivos ou negativos não se assentam em valores morais ou éticos, sendo eleitos quando muito pelo critério estético, outro estigma lançado pelos meios de divulgação de informação em massa.

Entretanto, para Durkheim e Merton, os desvios são elementares do convívio social e tem um caráter funcional⁹⁴ frente à anomia momentânea⁹⁵ ou a conflitos resultantes do fracasso ou busca de “metas culturais”, gerando assim grupos com afinidades trazidas pela marginalização e que criam as subculturas criminais⁹⁶.

Para Baratta “Edwain H. Sutherland contribuiu para a teoria das subculturas criminais, principalmente com a análise das formas de aprendizagem do comportamento criminoso e da dependência desta aprendizagem das várias associações diferenciais que o indivíduo tem com outros indivíduos ou grupos.”⁹⁷

⁹³ BAUMAN, **Globalização:....**, p. 117.

⁹⁴ BARATTA, p. 59. Sobre a teoria estrutural funcionalista: “Esta teoria, introduzida pelas obras de Emile Durkheim e Robert Merton representa a virada em direção sociológica efetuada pela criminologia contemporânea.”

⁹⁵ DAHRENDORF, R. **A lei e a ordem**. Trad. Tâmara D. Barile. Brasília: Instituto Tancredo Neves; Bonn, Alemanha: Fundação Friederich Naumann, 1987. passim.

⁹⁶ BARATTA, op. cit., p. 10. Alessandro Baratta em sua obra **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal cita Juarez Cirino dos Santos.

⁹⁷ Ibid., p. 71.

Ainda nesse sentido CHOEM cita que “Daí deriva uma subcultura caracterizada por elementos de ‘não utilitarismo’, de ‘malvadeza’, e de ‘negativismo’ que permite aos que dela fazem parte, exprimir e justificar a hostilidade e agressão contra as causas da própria frustração social.”⁹⁸

Estabelecida a função de elemento resultante natural do convívio social, o crime, ainda fugindo de seu caráter qualificador do indivíduo que pratica a conduta, o conceito maniqueísta das ações se perde, frente à natureza artificial do evento criminoso.

O ônus da conduta natural, de ordem criminosa, é lançado sobre a vítima, circunstâncias como a anomia momentâneas ou às desigualdades sociais, injustamente sofridas pelo grupo subsocializado.

Da subsocialização viria a idéia, ainda de caráter etiológico e determinante de que os valores culturais dos dominados tendem a assumirem formas próprias, diversas das “oficiais”, com um caráter reacionário e lesivo a valores postos.

Os grupos marginalizados, por serem vítimas, por assim dizer, da segregação social que lhes impingiu a adoção de tal modo de agir, de uma forma direta ou indireta lhes exime de responsabilidade pela prática de atos anti-sociais⁹⁹.

Pode ainda afirmar que, com isso atinge, em cheio, a culpabilidade, com a absorção daquela pelo estado ausente ou segregador, ou pelo menos com sua partilha¹⁰⁰, pois lhe falta a vontade livre de agir com um determinado fim. A ação é quase inevitável como resultante dos viéses sociais absorvidos em impactos sucessivos pelo autor da conduta.

A Criminologia Causal ou Etiológica, reinante até a década de 50 e 60, que coloca o indivíduo no centro dos seus estudos, buscando a causa de ser ele um criminoso, anormal e naturalmente carente de um processo de normalização, tem em sua estrutura o indivíduo como mau, perverso e falho.

⁹⁸ BARATTA, p. 73.

⁹⁹ Ibid., p. 11. Alessandro Baratta em sua obra **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal cita Juarez Cirino dos Santos.

¹⁰⁰ Zaffaroni aborda exaustivamente a idéia de co-culpabilidade do Estado ou vulnerabilidade do indivíduo.

Se assentirmos nisso poderíamos também dizer que, localizada a falha no sujeito, o Sistema vigente é bom, digno e perfeito.

Com a nova perspectiva do crime como uma qualificação de ordem artificial e aleatória, dada a ato, e não de um ato qualificado, que contenha nocividade de nenhuma ordem metafísica, a não ser a que lhe fora atribuída, rompe com a idéia de que o crime seria um fenômeno de ordem social, como proposto pelo funcionalismo estrutural de Drkhein e Merton¹⁰¹.

A visão do crime como uma qualificação dada a uma conduta, impregnando de reprobabilidade o sujeito que cumpre com perfeição o tipo penal, e que o inclui no Sistema Penal, com suas marcas o distingue do homem “de bem” mais e mais, até que a marca se torne indelével. Isso porque, uma vez selecionado pelo sistema como sendo um ente desviante, será tocado a cada dia com mais facilidade pelo sistema que o elegeu vulnerável aos mecanismos de repressão penal.

O giro dá-se no exato momento em que saímos de qualquer explicação do surgimento da conduta criminosa, que não seja de fundo relacional e social. A partir dessa perspectiva, deslocar o eixo da culpa para o sujeito é absolver o Sistema.

A Criminologia Crítica tem seu olhar voltado para o conjunto formado pelo Direito Penal vigente e seus influxos no Sistema, pelo legislador e sua atividade no Direito Penal desejável e pelo Sistema Penal, conjunto cinético composto pelo povo, costumes, vontades. Direitos Fundamentais e regras protetivas legítimas, para aquele momento.

Se assim fosse, entretanto, teríamos o fogo dos desvios no poder. O poder que atua de modo seletivo, guiado por estigmas, por meta regras¹⁰², por idiossincrasias dos detentores do poder.

O clamor por Sistemas Operacionais eficazes não pode ser saciado com respostas retóricas.

O Direito Penal não tem como objetivo buscar soluções de problemas sociais, embora possa nelas intervir, como tudo mais em um universo interativo.

¹⁰¹ DAHRENDORF, passim.

¹⁰² BACILA, **Estigmas:...**, passim. A abordagem da existência de metas regras é uma constante na obra de Bacila.

A ação penalizadora da forma que vem sendo adotada pelo legislador, como solução para casos concretos, é falácia naturalista na qual o ser e o vir a ser são abruptamente mesclados em um ato violento e infrutífero, onde as primeiras esperanças frustram-se tão rapidamente que a insegurança cresce mais e mais a cada passo dado. Enquanto o poder age mais e mais, a atividade criminalizadora cresce, reproduzindo o discurso do poder, legitimando-o com uma resposta simbólica que acaba por inflacionar o Direito Penal, que assume uma feição de instrumento de Controle Social.

A Cifra Negra e a Cifra Dourada¹⁰³ fazem com que quaisquer dados estatísticos sejam facilmente manipuláveis e distorcidos, atendendo ao interesse do poder, bem como aos métodos e artifícios da Criminologia Tradicional¹⁰⁴.

Com relação a essa pode-se dizer que “O atraso da ciência jurídica em face do pensamento criminológico contemporâneo mais avançado é tal que, de fato obriga a pensar o que mesmo não pode ser hoje recuperado através de uma crítica imanente, ou de uma autocritica situada no interior da ciência jurídica.”¹⁰⁵

Assim, pode-se afirmar que o crime é o que a lei diz que é crime e, naturalmente, criminalização é ato de poder, pois não existe crime na essência é tão somente como um rótulo, uma construção social atribuída a alguns selecionados pelo Sistema Penal.

O controle sobre a criminalidade passa a ser visto, na Criminologia Crítica, sob um enfoque do controle ideológico diretamente ligado ao regime de produção e ao regime de governo, naturalmente mais forte no que pode ser chamado de terceiro mundo¹⁰⁶ ou região marginal¹⁰⁷.

O giro metodológico e as bases teóricas revistas levam a uma nova construção de base marxista que se afastam do fenômeno social conflitivo, aproximando-se da

¹⁰³ SANTOS, J. C. dos. p. 10.

¹⁰⁴ Tem o indivíduo como centro do crime e o fato criminoso como elemento pré-existente e não conceitos elaborados pelo legislador.

¹⁰⁵ BARATTA, p. 45.

¹⁰⁶ NEGRI, A. **Império**. 6. ed. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004. passim.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, passim.

luta de classes e do reflexo do direito como mecanismo mantenedor de controle, e não como pacificador social, da forma como o discurso tradicional sustenta.

A perversão individual não dá conta da explicação do crime como se ele fosse uma verdade pré-existente. Como se houvesse o bem e o mal anteriores a tudo e como se os homens maus formassem a classe de criminosos que, por perversões ou inserções fatalistas em grupos sociais indesejáveis, fossem vítimas de condutas desviantes, resultantes dos valores adotados pelo meio¹⁰⁸.

O comportamento “não convencional” que deveria ser normalizado, em uma visão micro sociológica¹⁰⁹ dos fatos, confronta-se com a visão macro tida em Foucault. No início é a que interessa, como um resgate do estudo do crime, trazido para aquém da esfera de circulação ou de relações de produção, mas em sua reprodução, por meio do poder, no caso econômico e político¹¹⁰, a mantê-las.

O direito que regula as sanções tem a alma do sistema sob o qual ele é construído, protegendo os princípios e valores sociais que o fundaram e, para que assim continue, tem por vezes uma face diversa, que o faz ser visto e aceito pelos opressores e oprimidos com bons olhos, parecendo servir a ambos com a mesma eficácia. Enganados pela máscara de possuir um fim social maior, alguns burgueses crêem no discurso forjado pelo sistema, aceitando-o de boa fé, o que talvez não fizessem se estivessem cientes da perversidade do mecanismo usado para o engodo. Por outro lado, os oprimidos também se confortam na falsa tranquilidade passada pela segurança jurídica prometida pelo sistema falacioso.

Confiantes no sistema que a cada dia aperfeiçoa-se com medidas prevencionistas e quebra de garantias, pedidas pela sociedade insegura e prontamente atendida pelo legislativo, amparado pela mídia de massa, vê-se instalar um Direito Penal do terror, da segregação e da estigmatização, em que os “estranhos” são postos à margem da sociedade, recuando voluntariamente aos seus guetos, ou sendo recolhidos como lixo social pelo sistema penal, que vai domesticá-los, até que conheçam seu lugar, sem ameaçar as alamedas burguesas.

¹⁰⁸ BARATTA, p. 3.

¹⁰⁹ Ibid., p. 4.

¹¹⁰ Ibid., p. 5.

As marcas postas pelo sistema sancionador penal são facilmente identificadas pelo sistema de perseguição penal, e o processo de fragilização por que passa o estigmatizado penalmente o leva a sofrer novas rotulações como bens sociais negativos, que atribuem a ele um grau de periculosidade social abstrata, do qual ninguém se livra sem muito esforço.

O criticismo recém introduzido na análise criminológica eleva a criminologia, antes acessória e analítica do Sistema Penal e de seus números em nível de fundamentadora do discurso e com função de legitimar as ações repressivas do estado sancionador, por meio de uma busca de explicações na força econômica mantenedora do poder e resgate da utilidade das sanções e razoabilidade de um Direito Penal Humanitário, não seletivo e que não tenha um crivo de marginalização tão forte como se vê do labeling approach. A delação da instrumentalidade de domínio de classes e sua desconstituição é fundamental para que haja validade em qualquer sistema sancionador.

Da base etiológica para a construção de uma fundamentação crítica para a criminologia tornou-se necessário retirar seu caráter instrumental relativo ao Direito Penal, fazendo um giro no seu eixo de sustentação. O fim da criminologia crítica é a análise das construções sociais, partindo do ponto de vista dos meios de produção adotados pela sociedade em questão. Assim, o reflexo e mecanismo de controle destinado à manutenção por meio de controle repressivo e reprodução do sistema de dominação de classes, ora regula o mercado de trabalho, ora sedimenta a barreira divisória entre dominados e subjugados. A criminalização de condutas e a rotulação de indivíduos é elementar para a falsa consciência de inferioridade a ser incutida nas classes dominadas, retardando um eventual conflito de classes.

A dominação assume feições das mais diversas ordens, desde a simples formação do projeto parental¹¹¹ até segregação racial, dissimulada sob o manto de outros tipos de justificativas. Um clássico exemplo é a máscara do preconceito racial, direcionando o foco para fatores socioeconômicos, traduzidos na afirmação de que no Brasil não há preconceito racial, mas sim, social.

¹¹¹ COELHO, **Direito e ...**, passim.

Assim tem-se que “...a função instrumental racionalizadora/garantidora declarada da Dogmática Penal ela significa então uma função instrumental do exercício de poder do sistema penal, isto é, do controle penal, ao nível judicial da criminalização secundária (vocação técnica) e ao mesmo tempo, de racionalização garantidora desta mesma criminalização por ela instrumentalizada (vocação humanista).”¹¹²

O discurso fraudado permite a manutenção do sistema rotulador e elitista, acobertado, de um lado pelas falsas propostas humanistas e justificado pelo outro, pela necessidade do controle social de um povo dividido pelas desigualdades e os estigmas trazidos por elas.

¹¹² ANDRADE, V. R. P de A. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 231.

3.2 O PODER DE ESTIGMATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A individualidade do homem pós-moderno, sujeito e objeto da análise científica tem, na tolerância, seu ponto de partida e elemento crucial, pois sem os sinais que identificam os traços de cada ser humano como uno o gênero volta a ter um homem ideal como padrão, execrando aquilo que não se enquadra na forma pré-concebida.

O pré-conceito de um homem abstrato e de posturas esperadas nos meios dominantes delinea assim o que é correto, quais vícios são aceitos e em que dosagens e quais perversões são adequadas ao homem civilizado. Formado o conceito do homem padrão surge o seu oposto, o homem desviante, que não deve ser aceito entre os outros, pelas suas diferenças, que esbarram na tolerância.

O mecanismo de segregação dos diferentes, dos desviantes ou dos discordantes é o regramento, em um primeiro momento, moral e pouco adiante legal. O que está à margem da sociedade deve receber um sinal claro para que a sua chegada seja percebida, pois a face desviante nem sempre está exposta com clareza; as desculpas para a segregação nem sempre são convincentes.

Logo o rótulo legal, posto pelo Sistema Penal¹¹³, dá ao segregado, pela diferença de cor, sexo, religião, ou mais especificamente para nosso estudo de classe social, seu lugar à margem da sociedade, mantendo os indesejáveis à margem da sociedade dominante.

A rotulação penal tem uma clara função marginalizadora, como deixar claro que os despossuídos não são bem-vindos a bairros mais nobres, de onde são enxotados pela municipalidade ou recolhidos pelas agências de segurança pelos crimes de mendicância ou vadiagem, por exemplo.

Assim fica bem mais fácil manter as empregadas domésticas em seus elevadores próprios, sem que compartilhem com os patrões os espaços que lhes diferenciam. Da regra legal à meta regra social como a do elevador, pode-se ver com

¹¹³ Leabeling approach

clareza o vínculo de sustentação entre elas e a função extra penal da primeira, quando tem por objeto a delimitação de área de poder.

A sujeição dos estigmatizados ou marginalizados, primeiro na esfera penal, faz com que as demais sujeições, como a falta de igualdade material, falta de acesso à justiça e falta de condições mínimas de vida digna sejam vistas como normais, ao passo que qualquer benesse como a permissão ao filho do jardineiro de assistir televisão junto ao seu, ou até, dentro dos limites da generosidade humana, de banhar-se eventualmente nas águas da piscina que ele próprio limpa sejam vistos como gestos de extrema complacência.

Delimitado assim o padrão desejado e postas as sanções legais aos que dele fogem, os rótulos penais geram estereótipos indelévels e facilmente agravados, pois de acordo com a criminologia clássica o negro pobre que foi flagrado em um furto, fruto do meio que é, fatalmente será o autor de outro crime que aconteça nos locais por ele freqüentados. É natural, visto que o rótulo indica o delinqüente.

Os estigmas fundamentadores das crenças em valores equivocados são as justificativas para o uso de regras além das regras¹¹⁴. As meta regras cumprem a sua função ao atingir ao estigmatizado fazendo com que seu estado seja constitutivo de um valor social negativo.¹¹⁵ A reação desejada a essa atribuição é um grau de sujeição cada vez maior, até que o estigmatizado chegue a um estado de (in) consciência de sua devida posição e função social. Partindo do princípio de que todo o discurso é dirigido a produzir convencimentos à mídia de massa, traz duas expressões de forma imprópria e de maneira tão comum que se perdem seus conceitos reais, assumindo papéis de metáforas que fazem parte do marketing do descontrole da violência urbana¹¹⁶.

Crime e criminoso são conceitos, e como tanto, verdades operacionais em um determinado tempo e espaço, que vêm do Direito Penal, uma política criminal legislada, que nos dias de hoje passa a ser o principal objeto de estudo da Criminologia

¹¹⁴ BACILA, **Estigmas:...**, p. 113.

¹¹⁵ Ibid., p. 116.

¹¹⁶ É imperativo lembrar que em momento nenhum do trabalho a violência urbana é negada ou questionada, mas sempre que possível, desmistificada, já que o lugar que recebe nos meios de comunicação é de destaque e relevo maior que o merecido na realidade.

Crítica, ao contrário do que havia na Criminologia Clássica, que estudava basicamente o criminoso.

Apesar disso, as abordagens de Direito Penal, Criminologia Crítica e Política Criminal são feitas de forma diferenciada, conforme se procurou mostrar até o presente momento.

Se a pena é a resposta do poder estatal ao crime, o Direito Penal deve ser estudado de forma a punir adequadamente, sob uma ótica do estudo da criminologia, fruto de uma política criminal que tenha uma visão global do Sistema Penal como um todo e como instrumento que deve ser dotado de legitimidade plena, sem nenhum tipo de deformidade oculta em seu discurso, gerando o caos sistêmico, que o afasta da realidade.

A abordagem analítica foucaultiana do primeiro capítulo traz a resposta do porquê dos fracassos sucessivos dos Sistemas Penais postos e repostos. A sua real finalidade é a reprodução do poder dominante. Mas como vislumbrar o direito de forma tão perversa?

Quem tem poder simplesmente o exerce. A lei serve para refrear o uso abusivo do poder. Von List, tem no Direito Penal a carta magna do delinquente, ou seja, o mecanismo de freio contra excessos estatais.

Na Criminologia Clássica o objeto de estudo está centrado no condenado, e a busca do discurso é de explicação do crime, enquanto fenômeno social e não de convencimento do crime como resultante de políticas criminais.

Tem-se nesse sentido as palavras de Baratta, que afirma “Os autores da escola positivista, seja privilegiando um enfoque bioantropológico, seja acentuando a importância dos fatores sociológicos, partiam de uma concepção do fenômeno criminal segundo a qual este se colocava como um dado ontológico preconstituído à relação social e ao direito penal.”¹¹⁷

Inaugura a Escola Clássica Lombroso com as figuras do criminoso nato e atávico, valendo-se da ascensão da aceitação da Teoria Darwinista à época. Era o momento da Criminologia Etiológica. “À tese propugnada pela escola clássica, da

¹¹⁷ BARATTA, p. 40

responsabilidade moral, da absoluta imputabilidade do delinqüente, Lombroso contrapunha, pois, um rígido determinismo biológico.”¹¹⁸

A grande idéia de tal premissa encontra-se no fato de que se a culpa do evento criminoso está no indivíduo, por circunstâncias naturais, o Estado está redimido. Culpado o sujeito, absolve-se o Sistema, que se mantém com a idéia da Criminalidade Ideológica Individual.

É importante ressaltar que o crime, visto como qualidade do ato, e não ato qualificado, é uma abstração, uma ficção operacional jurídica, constituída momento a momento de forma artificial. Quem comete um crime é naturalmente rotulado criminoso.

Assim, com a sucumbência da criminologia positivista ou tradicional o surgimento da criminologia crítica trás novas perspectivas a respeito do sistema penal e dos rótulos e estigmas por ele lançados aos selecionados para serem tocados pelos mecanismos de controle social trabalhados por Cirino, Baratta e Zaffaroni, funcionando como uma das muitas instâncias de controle do poder e que precisa de um suporte legitimador que será tratado adiante.

¹¹⁸ BARATTA, p. 39.

4 A ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL POSTO NO BRASIL

Encontra-se instalada uma crise resultante da dissociação entre o discurso normativo e os fatos, o que só pode ser objeto de superação através da construção de um novo Sistema.

Para que surja o novo, um discurso de ordem delatora há que ser assumido pelos manipulados, pela força dos argumentos ortodoxos firmes e que trazem a ilusória segurança jurídica a que todos se apegam com medo do novo.

O discurso crítico, no entanto, deve partir de um primeiro momento em que há desconstrução de mitos e delação de dogmas falsos, fundantes do atual Sistema Penal. Da desconstrução à reformulação de algo que sempre move e sempre está “em construir”, busca-se uma flexibilização nos moldes de um Estado criado sob novos paradigmas: plurais, tolerantes, de liberdade e de respeito.

O discurso protegido deve fazer algum sentido, mesmo se usado contra minha pessoa. Não se pode admitir um discurso de dominadores, com a adesão dos dominados, em que só os últimos são objeto e repito, objeto de sanção.

O abandono de princípios de ordem garantistas, em detrimento de propostas violadoras e prevencionistas, é prática comum, que tem o apoio popular facilmente angariado pela mídia de massa, manipuladora e manipulada, de acordo com os interesses do momento.

O Sistema Penal, como um todo, deve ser posto em cheque, sendo questionada sua legitimidade, desde o discurso que o sustenta até a sua estrutura coerente com as bases libertárias constitucionais sobre as quais ele deveria ser erguido.

A perda de legitimidade e conseqüente inoperância do sistema penal não ocorrem ao acaso. As características sociais, políticas e econômicas fazem com que o conjunto de fatores em que o sistema deveria se basear resultem em um todo desconexo, sem a operacionalidade desejável e, por conseqüência, viciado em sua prática, que tem fundamento empírico e não técnico-científico.

Para a desconstrução do sistema é necessário primeiro desconstituir o discurso que, como fonte de legitimação do sistema, também faz parte da farsa imposta ao terceiro mundo. O ataque do discurso é a parte mais delicada de sua linha de raciocínio

expositivo. Tudo o que busca, em termos doutrinários ou legais, justifica o injustificável. É ilegítimo, da mesma forma que agrava a situação real, pois dá uma sobrevida indesejável ao sistema que já se encontra em fase de desmoronamento pela erosão que foge aos olhos dos que não se aprofundam na questão.

Assim, questionado o sistema, apontadas as causas e efeitos mediatos dela sobre ele, analisados os interesses em jogo e posto em cheque o discurso fundamentador do Sistema Penal, dêem a imposição ética de uma solução. De uma “resposta marginal” à crise instalada.

O Direito Penal tende a acabar, o que não poderia ser aceito se visto de outra forma. A “ultima ratio” deve, ou deveria, no evoluir do homem, acabar como defendido por Zaffaroni e Hulsman.

Assim a discrepância dos discursos e, conseqüentemente, das ideologias e formas de condutas, fazem com que as ações e visão críticas dos problemas percam-se em um enevoador de critérios de ação, cultura e ideologias próprias e não raro entram em choque, em luta aberta uns contra os outros. Não é preciso grande esforço para elaborar exemplos concretos de tal fato, principalmente no Brasil, onde as organizações são incipientes e estão em estágio evolutivo e de transição.

4.1 A VERTICALIZAÇÃO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Quando o “prestar justiça e o combater criminalidade” assumem ideologias próprias comprometem o “sistema”, que dá lugar a lutas personalistas e corporativas, que não possuem qualquer relacionamento ideal, formal ou material. O retrato disso é a reforma padrão das polícias: armas, equipamentos e homens, da justiça, mutirões e leis mais severas.

Vale destacar que a mais recente forma de alívio, encontrada pelo legislador, sem a alteração do diploma penal, sem que a conduta seja analisada em sua essência, sem a descriminalização ou reavaliação da pena a ela concernente, são as medidas de redução de volume de serviço, mascaradas com o manto da redução de punibilidade, como, no Brasil, a lei 9099/95.

Diante de tanta autonomia, o sistema, ou o que deveria ser um sistema, não tem início, meio ou fim, não tem rédeas e nem freios, funcionando, de forma inercial, onde cada uma das frações assume uma conduta autônoma de forma fria e mecânica.

A distância entre o humano e o pessoal torna-se incomensurável e “os papéis, ou as sucessões de papéis” dos atores do Sistema Penal são degradantes para os que nele se envolvem, mesmo que esta não seja a intenção do protagonista estatal ou de que a ele recorre. Ambos desgastam-se, como parte de um todo e como indivíduos, havendo um certo e claro descrédito pela inoperância resultante de tais conflitos de identidade.

Ainda pondera Hulsman que nenhum dos envolvidos no processo de prisão parece interessado na reclusão do indivíduo que, pelo contrário, parecer querer “lhe poupar do encarceramento”¹¹⁹ por não serem, em sua essência repressores, mas sim fazerem parte de um “processo repressivo, em que no fim da linha de montagem surge seu produto, “o encarceramento”.

O sistema não interage com seus destinatários nem com seus operadores. Aliás, é natural e desejável que, por parte dos agentes do sistema não haja vontade de

¹¹⁹ HULSMAN, L; CELIS, J. B. de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Peines perdues. Le système pénal en question 1982: Editions du Centurion, Paris. Trad. de Maria Lúcia Karan. 2. ed. Rio de Janeiro: Luan, 1997. p. 61.

recolher alguém à prisão, pois nada devem ter contra ou a favor do infrator. Não lhes é dada a discricionariedade do passionalismo. A piedade individual compromete tanto o sistema como os desvios de conduta em que a repressão é pessoal, imediata e marginal ao sistema, por parte de alguns de seus operadores, para que seja saciada a fome de vingança, ou em nome da efetivação de uma justiça que não será promovida, ou se for será tardia ou insatisfatória.

A idéia básica é que o Direito Penal não tem em seu bojo o viés de “satisfazer” a vítima que, lesada, quer uma represália. Isso não é, nunca foi e nem pode ter a pretensão de ser base sistêmica de nada que tenha uma organização supra tribal. O interesse no encarceramento transcende a vontade da vítima e dos atores do sistema, ou pelo menos assim deveria ser. Ressalte-se que transcendência tem respaldo minimalista, pois o que decorre de vontade, de intencionalidade, de tolerância e de possibilidade de disposição dentro da esfera do indivíduo, sem que o interesse maior sancionatório do estado fundamenta o Direito Penal do remanescente¹²⁰, é um dos princípios basilares do minimalismo.

A preservação da ordem, interesse geral e segurança pública, ironiza Hulsman, são as justificativas para que a abstração penitenciária seja levada a efeito, resguardando-nos das “empreitas criminosas”. Merece destaque a pergunta sobre qual é a distinção entre a prisão e o castigo corporal, que afirmam haver sido abolido, o que contesta, pois reclusão em si é uma forma de castigo corporal. Nessa falaciosa linha tem-se, tem-se em primeiro lugar, que a abstração não é indiferença, desprezo ou desdém, mas, simplesmente, a prática de ações normatizadas, sem cunho pessoal, que venha a beneficiar o afável, amável e agradável indivíduo que veio a cair nas malhas do sistema, nem tampouco sobrecarregar o sisudo, e malquisto por delito menor, mas simples antipatia geral que a pessoa cria.

Desse modo, o castigo é o resultado da sanção penal, ou das sanções naturalísticas da vida. Aquele que não trabalha não come, aquele que não cede aos fortes, curva-se diante de seu poder, aquele que não cumpre um contrato é penalizado

¹²⁰ Apenas aquilo que não é tutelado pelos demais ramos do Direito pode pertencer ao Direito Penal.

civilmente. As sanções nunca serão abolidas da vida de quem quer que seja; já a física, os castigos corporais são contrários a qualquer princípio de relacionamento contemporâneo. No caso das restrições, por várias vezes, no seu próprio discurso abolicionista, Hulsman as menciona, mesmo que sanções de ordem moral impingida por grupos sociais. Que um dia todas elas sejam abolidas, mas, hoje, ainda não podem.

Como todo o sistema, sua última fase de atuação direta também não faz jus a elogios. “Além das condições humilhantes o ambiente é propício para as doenças, mencionando que não é por acaso que as cáries e os problemas digestivos se sucedem entre os presos”.¹²¹ Mais uma vez, se não funciona, extirpa. Ora não é viável uma remodelação? De qualquer forma, nos moldes latinos, facilmente encontraremos prisões que em muito superam qualitativamente a vida ordinária de muitos trabalhadores. O sistema socioeconômico é tão ineficaz como o sistema jurídico penal.

Da perda da liberdade à perda dos demais vínculos sociais não há distância, emprego, obrigações de ordem pessoal e familiar perdem-se junto com ela, “sua esposa ou companheira às voltas com forças hostis (vizinhos mal intencionados talvez, ou um patrão a exigir que ela se demita...)”¹²². Aqui está o momento de participação social que Hulsman tanto prega como substitutivo do sistema penal. A assistência ao egresso. Somente a tão falada sociedade fraterna e tolerante pode constituir tal ele de religação do indivíduo ao convívio social. Aí sim, entra em cena a participação de grupos de apoio, grupos comunitários, que, caso funcionassem antes do sistema, funcionariam ainda melhor ainda depois.

Mas na linha de pensamento de Hulsman seria a prisão.

Então, além de todo o constrangimento mencionado, dos riscos iminentes aos indivíduos ligados ao recluso, uma inserção em um meio nocivo, “deformado” e deformador, “artificial”, que gera um sofrimento estéril, sem sentido, sem que sejam elencados quaisquer benefícios resultantes de tal encarceramento, para quem quer que

¹²¹ VARELLA, D. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p 62.

¹²² A reclusão do indivíduo em questão não seria decorrente de ser ele um dos mal intencionados, por ele temido, ou das forças hostis mencionadas?

seja¹²³. Está certo é deformador, é artificial, tanto quanto foi artificial e formadora¹²⁴ seu estudo no internato, em que a doutrina católica, que lhe serviu de base, e contra qual se insurgiu, geraram frutos fantásticos, como as idéias abolicionistas e seus fundamentos, aplicáveis a um Direito Penal Mínimo com extrema propriedade.

O fato de uma conduta constituir crime é uma ligação artificial, formal do sistema de justiça criminal, e não um conceito de crime operacional. A lei é que cria o crime, a lei é que diz onde está o criminoso¹²⁵. Deve-se assentir que partindo daí a descrição da conduta antecede a ela própria? O argumento é sedutor, mas ainda falacioso¹²⁶.

Ainda nessa linha, diz Hulsman, em tese, que os fatos criminalizáveis, na prática não o são, por motivos diversos, vindos das diversas partes do sistema judiciário, baseados na discricionariedade, que não poderia e nem deveria existir.¹²⁷ Dentre eles a discricionariedade do sistema, permite que ele se torne mais verticalizado¹²⁸.

A discricionariedade que gera a cifra negra faz com que o conceito de crime se perca¹²⁹. Os atores do processo penalizador laboram tal cifra, por motivos próprios, pondo e dispondo do que naturalmente seria indisponível. Os estudos sobre tal cifra

¹²³ O curioso com relação aos estudos de criminalidade e de resultados e que ninguém, patentemente assume que o número de variáveis socioeconômico cultural é tão grande, e transformam-se de uma forma tão frenética que a confiabilidade deles torna-se baixa. Como exemplo pode-se usar a afirmativa que em um determinado estado foi instituída (ou abolida) a pena de morte e isso não afetou (ou reduziu ou até aumentou a criminalidade) o ponto crucial da assertiva está rodeado de variáveis temporais que impedem uma fórmula concreta, palpável e confiável.

¹²⁴ O que forma e o que deforma dependem de referencial. As palavras são sinônimas, antes de toda formação preexiste outra, mesmo que tosca, que é reformada, transformada ou deformada.

¹²⁵ NETTO, passim.

¹²⁶ Vale observar a fiel crença na honestidade ideológica do autor, e que nas constantes menções de falácia não existe o sentido pejorativo, mas sim o de equívoco de análise de situação ou a inadequação de uso generalizado da assertiva questionada.

¹²⁷ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. passim.

¹²⁸ Maurício Antonio Ribeiro Lopes e Nilo Batista atacam em diversas obras, frontalmente, a discricionariedade na atuação do sistema judiciário, que vai de encontro ao princípio da generalidade das normas penais, o que seria o equivalente à constante menção por Zaffaroni da verticalização da atuação do mesmo sistema, tornando-o viciado por sua seletividade.

¹²⁹ Como Hulsman, em “Penas perdidas”, vale lembrar que a mesma cifra negra é abordada com frequência por Luiz Eduardo Soares, em sua obra, “Meu casaco de general”.

vêm sendo mais e mais objeto de debates nos meios jurídicos de hoje e, certamente, é um dos inúmeros fatores decisivo para o enfraquecimento do sistema penal.

A falta de informações e seu fluxo repleto de rupturas trazem a inexatidão de dados, que comprometam quaisquer afirmações sobre estatísticas de aumento ou de redução de criminalidade e de eficiência ou ineficiência do sistema e de seus seguimentos. Está é a fábrica de culpados¹³⁰.

O Sistema Penal, para Hulsman, funciona como uma fábrica de culpados, que vincula o fato típico, dotado das máculas já mencionadas.

Sediadas na culpabilidade, encontrando-se um vácuo total quando da ausência dela, como exemplifica sua inoperabilidade nos casos dos inimputáveis e, conseqüentemente, não culpáveis, ficando assim às margens do sistema que não os toca, uma vez que o vínculo final, ou teleológico, da culpabilidade inexistente¹³¹.

Hulsman expõe sobre a naturalidade com que a prisão é vista por terceiros, já que quem é preso o fez por merecer, mas questiona em seguida o que é crime. Conclui que crimes são convenções, com validades locais e temporais, dizendo de bruxaria e bigamia, como delitos puníveis em épocas e locais diversos¹³².

Questionando, também, que o ser delito não está na natureza ou conteúdo da conduta, mas sim em sua forma, voltando a centrar o objeto do direito penal na vítima e no agente e não no estado e sua estabilidade. Ainda que se queira, o minimalismo puro não existe.

É imprescindível que uma pequena dose de garantismo e de prevencionismo seja acrescentada a ele. Entenda-se pequena como mínima necessária para sua operacionalização.

A proporcionalidade da pena¹³³, para ilustrar, tem algo de utilitarismo, que de certa forma tem viesses prevencionistas.

¹³⁰ O sistema penal, elegendo alguns para serem tocados por ele estigmatiza quem é o criminoso, se tornando assim uma verdadeira fábrica de culpados.

¹³¹ A ausência de aplicabilidade da lei penal não implica em ausência de tutela.

¹³² É esse o discurso minimalista, afastar do direito penal tudo aquilo que foge ao seu objeto natural.

¹³³ Constitui a essência do utilitarismo Jeremy (Bentham).

O fato é que não há espaço para correntes puras. É notório o vínculo feito entre religião e direito, em especial a doutrina católica, o que é falácia, já que trata do caso concreto de diplomas, se é que o faz.

A argumentação racional perde lugar para uma racionalidade prática¹³⁴. Generalizando o direito, dever ser norma de conduta que pode assumir qualquer forma que convier ao seu operado, em especial ao legislador.

Partindo assim dessa premissa, os dogmas incorporam o sistema penal, sem que sua razoabilidade¹³⁵ seja questionada.

A questão crime e castigo é abordada, da mesma forma, como sendo a punição, o fim precípuo da pena, sendo que, apesar das mais variadas vertentes teóricas, a prática implica em resultado diverso, como a estigmatização do indivíduo, que é vítima do etiquetamento legal social¹³⁶, isso resulta em um processo de discriminação, oriundo da pena, e não do próprio crime que, como visto, é regra formal para o autor.

É certo que a dualidade de pretensões maniqueístas dos envolvidos no processo é notória, como são as contradições humanas. O envolvido analisa a forma que seja mais benéfica, a postura de bom e mau é imprescindível para que a natureza humana realize-se em sua plenitude. Os opostos são questionados em “penas perdidas”¹³⁷. a distinção aparentemente lingüística deve ser feita, pois ideologicamente é essencial ao raciocínio retribucionista¹³⁸.

¹³⁴ ATIENZA, M. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. passim.

¹³⁵ BATISTA, passim.

¹³⁶ BACILA, **Estigmas:...**, p. 69.

¹³⁷ Subculturas como a de gangues.

¹³⁸ Bobbio refere-se à retribuição como critério único de medida de proporcionalidade entre a pena e a conduta delituosa, pois a equalização de talão, em que o crime não tem medida de proporcionalidade, mas sim de simetria, onde há a perda do sentido de aquilatação, mas sim de vingança, de revanche, o que foge a qualquer ordenamento jurídico destinado à constituição de um estado de direito. Nele o mérito pessoal recebe, segundo critérios valorativos pessoais, os resultados de sua conduta, o que é o contrário do desejável, ou seja, uma atribuição ou retribuição, resultante de condutas, mas com parâmetros legais. Sem isso não há que se falar em sistema, mas sim em código, divorciado da realidade e sem utilidade em decorrência de sua ineficiência. Apenas os bens jurídicos, que consigam atingir proporcionalmente o valor da liberdade que lhes seria tirada no caso da infração da norma devem ser objetos de normatização penal.

Não se pode confundir retribuição com retaliação¹³⁹. A lei de talião não tem, nem teria respaldo, em diplomas ocidentais contemporâneos.

Daí, enquanto os que participam da cifra negra fogem ao sistema, outros são atingidos pela fúria estatal, que ataca as condutas penalizadas. Entra, então, a conciliação elementar ao abolicionismo de Hulsman e que consiste em um exercício de consciência.

Os sentimentos de culpa do responsável por um ato errado, e a sua luta para a reparação do mal causado por ele¹⁴⁰, torna-se mais e mais inviável, já que a prisão afeta seu patrimônio, e lhe fere tão gravemente que, ao invés de gerar o arrependimento, fomenta o rancor. É assim o condenado “outra vítima”¹⁴¹.

¹³⁹ Enquanto a retribuição é caráter de medida, de ordem objetiva, a retaliação é vingança, de ordem subjetiva. O discurso retribucionista, no caso, não pode, e nem deve ser confundido com o retaliativo. A retribuição aqui dita é a medida, a contrapartida de uma ação negativa e, conseqüentemente, o elemento dosador da limitação de sua sanção, necessariamente proporcional ao mal causado, sem que não o exceda, por ser todo excesso injusto, enquanto a retribuição estaria ligada à vingança de talião: olho por olho.

¹⁴⁰ Se os fatos não são dignos de reprobabilidade penal por que de remorsos?

¹⁴¹ HULSMAN; CELIS, p. 72. Não seríamos todos vítimas de nossos atos, durante toda a vida?

4.2 O DISCURSO DE MANUTENÇÃO DO SISTEMA ILEGÍTIMO

Mais do que uma luta do direito é também uma luta de ordem ética não relegitimante do discurso arcaico e fundamentador do Sistema Penal, imprescindível e indesejável ao mesmo tempo, principalmente na América Latina, expurgada do Sistema planetário pela globalização de feições tecno-colonialistas¹⁴².

Zaffaroni e Baratta delatam o discurso de seletividade do Sistema, o que implica na sua verticalização, que é mantida por um discurso fundado em falsas premissas com base, dentre outros artifícios na mídia de massa e em sofismas delicados fundados em elementos facilmente manipulados, através das cifras negras e douradas que devem ser objeto de delação para que haja uma virada crítica para uma nova perspectiva penal.

A ausência da participação comunitária em soluções de conflitos é uma das mais importantes causas da deslegitimação do Sistema Genocida, que assim é, não por acaso ou capricho, mas para manter o poder vigente que é, em última análise, objetivo do neocolonialismo, imposição global calcada na tecnologia científica, expropriada do terceiro mundo e a ele revendida a altos custos.

A técnica genocida mencionada tem por finalidade minar qualquer tipo de movimento ou questionamento vindo da sociedade, que é fracionada de forma tal a perder sua identidade. A falta ou perda de valores próprios é igual à recepção de valores alienígenas.

A perda de identidade cultural, frente a uma realidade globalizante que impinge seus valores, gera um novo mercado consumidor.

Este mercado recebe produtos indesejáveis, sem poder fazê-lo, trazendo ainda, via de consequência, uma instabilização social que gera mão-de-obra barata, por ser desqualificada, onde o baixo padrão de vida oferecido pelo Estado, que deveria garanti-lo, é imperativo para que uma pseudo-organização social seja aceita como favorável ao indivíduo que dela participa materialmente, forjando, assim, um Estado Democrático de Direito em sua aparência, mas não em sua essência.

¹⁴² ZAFFARONI, *passim*.

A falta de um discurso delator dá sobrevida indesejável ao Sistema, que já se encontra em fase de desmoronamento, pela erosão que foge aos olhos dos que não se aprofundam na questão.

Assim, questionado o Sistema; apontadas às causas e efeitos mediatos delas sobre ele; analisados os interesses em jogo e pondo em cheque o seu discurso fundamentador, temos a fórmula de uma “resposta marginal” à crise instalada.

A palavra chave é perenidade. Nenhum discurso penal pode assumir seu caráter de forma diversa ao do inacabado, do transitório, do incompleto e inconcluso. Ele é meio para algo que é cinético.

O discurso renova-se dia a dia, no jogo de domínio e poder que se reflete na necessidade do extermínio da identidade do colonizado, com a assunção de políticas genocidas e supressoras de individualidades, por meio de um processo de desgaste do Sistema, tornando-o reacionário, contraproducente e poderoso instrumento destinado a minar uma identidade cultural.

O Sistema Jurídico é algo destinado a ‘vir a ser’. Sua realização ontológica é seu término. Deve aperfeiçoar-se, minimizando sua atuação, de uma forma contínua e dinâmica, do ser ao dever, como um modo contínuo.

O contra-senso aparente é a força motriz para a evolução. A consciência de que o Sistema não funciona ou funciona seletivamente e, conseqüentemente, a serviço do poder dominante, é a essência do ideário de libertação. Somente assumindo de forma crítica a essência do Sistema imperfeito e inacabado é que seu fim se autolegitimar, sua reprodução contínua será atacada. Porém, tão grave quanto o discurso ilegítimo, que dá sustentação ao Sistema, é a busca da legitimação deste como se a falha estivesse contida nele e não no próprio sistema.

Leis novas, formatos novos, propostas de estruturas lógico-jurídicas revitalizantes fazem com que o Sistema, falso, falho e perverso receba novas injeções de um tônico rejuvenescedor que lhe é mais nocivo que benéfico.

A relegitimação do discurso implica na manutenção do Sistema. Mas, o que ocorre com as bases teóricas? Elas simplesmente se separaram da realidade dos seus

legítimos destinatários. O Sistema passa a agir contra todos que não se enquadrem em seu molde de perfeição ou que seletivamente encontrem-se fora dele.

A perda de legitimidade e conseqüente inoperância do Sistema Penal não ocorrem por acaso. As características sociais, políticas e econômicas fazem com que o conjunto de fatores em que o sistema deveria se basear resultem em um todo desconexo, sem a operacionalidade desejável e, por conseqüência, viciado em sua prática, que tem fundamento empírico e não técnico científico.

As ditaduras que proliferaram por toda a América Latina criaram parâmetros valorativos no conceito de segurança pública e justiça social, deturpados que afetam, em muito, a base discursiva do sistema penal, instalado e precariamente operante nos países que a compõem.

A doutrina do inimigo interno, incorporada ao sistema penal, pela composição militarizada dos seus órgãos policiais, ou parte deles tem como base a premissa de que o seu opositor é o inimigo, contra quem se luta. O delito não é situação de guerra, e o infrator não é inimigo do policial. São em última análise parte de fenômenos socio-jurídicos, e não opositores.

O conceito, direta ou indiretamente, em maior ou menor escala, fluiu para os órgãos civis, criando assim uma confusão que gerou, naturalmente, de forma maniqueísta, de um lado excluídos, e de outro a necessidade da manutenção dos órgãos estatais frente ao conceito de inimigo interno, confundido, propositadamente, pelo menos nas altas esferas administrativas, com o infrator, indivíduo, que merece punição, em decorrência da prática de ilícito penal, nas formas e limites da lei, mas não inimigo público.

Diante da situação socioeconômica-política instável, o discurso preventista especial sucumbe frente a uma realidade marginal, implicando em um processo de deslegitimação e reinterpretação.

O fluxo de informações acompanhado do desenvolvimento científico, que traz discussões críticas às organizações não-governamentais e tendência de manifestações originárias dos governantes cada vez mais transparentes, colocam a nu a crise da

legitimidade intensificada dia a dia pela globalização, em que sob o manto de igualdade e paridade, as diferenças acentuam-se de forma drástica e grave.

Por outro lado, o organicismo¹⁴³ e o contratualismo¹⁴⁴ buscam fundamentar o sistema, como fazem frente a uma exclusão do sistema planetário, demonstrando-se plenamente incapazes de justificar o discurso vigente, ilegítimo e insustentável, pois na região marginal a globalização assume feições "sui generis".

O fato é que diante de tal contingência, duas vertentes surgem na realidade jurídica Latina. De um lado, fundamentados em bases garantidoras, que tem como objetivo tornar efetivo, da maneira mais eficiente possível, um sistema penal.

Tal vertente tem fundamento minimalista e crítico buscando o minimalismo ou direito penal do remanescente¹⁴⁵. Zaffaroni aproveita os elementos fundadores do minimalismo contidos em Hulsman, e não o anarquismo, em que fundamenta o seu abolicionismo.

Por outro lado, a criminalidade e a violência ascendentes não são vistas em sua natureza sintomática, e sim causal, como pretendem os adeptos da maximização que como resposta, é pedido um retrocesso aquém de Beccaria.

Contudo, não se deve responder ao efeito, mas sim combater a causa, sem que sejam os sintomas desprezados na leviana esperança que o mal desapareça espontaneamente.

Seria simples se o efeito desaparecesse, independente de um processo político, sociológico, econômico e cultural, que além do tempo dilatado, demandasse vontade política.

¹⁴³ Também chamado de funcionalismo sistêmico, que consiste na idéia de que a finalidade básica de qualquer instituto estatal visa ao melhor aproveitamento pelo estado, enquanto organismo. O seu fim principal é o Estado.

¹⁴⁴ HOBBS, T. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. 2. ed. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Lendy, 2004. Originário de Thomas Hobbes. O contrato social é o elemento justificativo para a existência do estado. Cada um dos indivíduos cede parcela de sua liberdade, formando assim o contrato social.

¹⁴⁵ Apenas aquilo que não é tutelado pelos demais ramos do Direito pode pertencer ao Direito Penal.

Como pivô do problema tem-se o Sistema Penal, por meio de seus órgãos deveria tornar-se operacional, reprimindo o crime, baseado em seus discursos fundamentadores, o que se torna, em especial, difícil na América Latina.

A realidade é conflituosa, complexa, seus atores não têm identidade própria e como resultado, a obtenção de um sistema edificado com base na racionalidade torna-se algo complexo. A solução trazida pelo Estado e os problemas que resultam de sua atividade possuem nocividade equivalente¹⁴⁶.

Não se sabe ao certo se o Estado ou o delinqüente é o maior inimigo da vítima do delito. Ambos são temidos em pé de igualdade. Os órgãos são quase inoperantes, funcionando eventual e seletivamente, a omissão seletiva, traduzida na já mencionada cifra negra, recebe incrementos¹⁴⁷ em decorrência de tal descrédito, que não é comparável ao reclamado por Hulsman. A assertiva de falsidade não é nova, porém não pode mais ser acobertada.

Vários elementos que permitiram que tal situação fosse tolerada dispersaram-se com o correr do tempo. As ditaduras militares extinguiram-se, ou quase, o desenvolvimento esperado dos países “em desenvolvimento” não ocorreu como desejado, inclusive pelas novas feições da economia mundial com o surgimento dos “tigres asiáticos” e da mão-de-obra mais barata que a Latina, obtida no Oriente.

Apesar disso a manutenção do Discurso Jurídico Penal persiste, ora pela absoluta falta de substitutivo viável ao discurso vigente, ora pela falta de interesse na situação vigente, em que a manipulação democrática apresenta-se como bom sucessor do totalitarismo antes instalado pelos mentores do discurso emprestado.

Apesar dos problemas enumerados e da inoperância satisfatória do Sistema Jurídico Penal, sua abolição não resolve, saneia, ou sequer minimiza seus males. De uma forma ou de outra é o único remédio viável para que a manutenção do Estado Democrático de Direito seja levada a cabo, isto é, com um sistema Jurídico Penal, pois os riscos do anarquismo são incomensuráveis.

¹⁴⁶ Tanto Hulsman como Zaffaroni concordam que o Estado fere mais direitos do que os que pretende proteger, ao agir como titular do direito de punir.

¹⁴⁷ SOARES, passim.

A complexidade do problema não permite a supressão de uma só variável, ou mesmo de um conjunto delas, para que sejam aventadas teorias revolucionárias ou soluções miraculosas. Todavia, se o mal não pode ser cortado pela raiz, o que fazer? Legitimar, reformular, adequar.

Trazer embasamento lógico-jurídico, extirpar o que sobra, adequar ou pôr o que não está posto ou o está de forma incoerente, formatar um sistema para um povo, um povo excluído pela globalização, uma exclusão involuntária do “sistema planetário”, que ainda se agarra aos princípios alienígenas que os nortearam até então, e não aos seus próprios, inerentes à sua realidade.

Seria simplismo crer que caprichos pessoais, interesses próprios ligados à conveniência ou à má fé sejam os elementos básicos da manutenção do Sistema Penal.

A ausência de substitutivo, mesmo que precário, ainda é um dos elementos que implicam em sua manutenção, Além disso, mesmo que por mero acaso, de forma desplanificada e ocasional, ele funciona. Zaffaroni se vale do exemplo da coruja e dos criminosos¹⁴⁸ e uma situação hipotética na qual alguns criminosos em um cemitério, durante a prática de um assalto, ao ouvirem o pio de uma coruja, confundem-na com uma alma penada, colocando-se em fuga.

O Sistema Penal “é uma alma penada”, a qual mesmo de modo insólito e brando inibe ou reprime de forma aceitável a prática delituosa. O maior obstáculo, contudo, para que um novo sistema seja implantado, é a desconstrução do primeiro.

A insegurança trazida por uma proposta desse vulto é ameaçadora. Ameaça os órgãos incumbidos do sistema vigente, ameaça o indivíduo que clama por justiça/segurança, ameaça o delinquente, principalmente o excluído do toque repressor do sistema, enfim, é uma mudança drástica que implica, como toda ela, em instabilidade e desconfiança, nos propósitos, bases fundamentadoras e resultados do sistema a ser implantado.

Além disso, não se pode esquecer que o aparato, desconexo e ineficaz existente é grande, de difícil remonta e mais complexa reestruturação, dotado que está dos vícios do discurso que o embasa e que, de tanto ser ouvido e repassado, acaba

¹⁴⁸ ZAFFARONI, passim.

fazendo parte da consciência de suas instituições, analisadas como corpo e dos seus integrantes, vistos como indivíduos.

Da mesma forma, tal aceitação não pode ou deve ser vista como fruto de um perverso conluio entre os diretores de cada um dos órgãos em questão, mas sim como consequência natural da busca de estabilidade pessoal ou institucional, limitada por um discurso adotado e tido como válido e real por, no mínimo, três décadas.

Tal discurso é falso, e isso não é novidade, pois a alteração do foco de sua análise funciona como qualquer fenômeno social, isto é, de forma reflexa. O sistema responde a realidades diversas, vividas pelo momento social e a intensificação da crise, o aumento descontrolado da violência, a liberdade de imprensa que traz aos olhos do cidadão aquilo que pertencia apenas a poucos.

Aos detentores do gerenciamento do sistema de segurança pública nacional, tendo em vista que o delito confundiu-se, e ainda é confundido, com o inimigo interno, contra quem o Estado Militar luta para que possa sobreviver, valendo-se para tanto das armas que possui.

Todos os fatores mencionados enfraquecem as armas arbitrárias, das quais o sistema até então vigente, com o respaldo do Estado Totalitário, enfraquecendo naturalmente o Sistema Penal e, conseqüentemente, fomenta as atividades marginais ligadas a ele.

Não é novidade que o discurso é falso, mas torna-se patente na medida em que tais fenômenos fomentam a formação do estado democrático de direito, um dos pilares para a formação de um sistema legal e legítimo¹⁴⁹.

O problema reside mais no momento do que no fato em si, que sempre existiu, mas que foi por ele agravado. Talvez a transparência seja a maior inimiga do atual sistema penal, que às ocultas valeu-se à vontade de instrumentos violadores dos direitos humanos, elemento basilar do discurso coerente e formador de um sistema válido e, em contrapartida, o maior óbice para o funcionamento da Estrutura Penal, que precisa de uma grande dose de arbitrariedade inconcebível.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, p. 56.

Assim foi concebido o sistema, que teria como elementos impulsionadores órgãos que compartilhavam com tal filosofia, e que diante da pronta resposta dada à coerção ilegal, não evoluíram de forma satisfatória, apegando-se às práticas espúrias como único meio de contenção da violência urbana / social.

Dessa maneira, partindo-se do princípio de que todos são iguais perante a lei, e que o tipo penal genérico que é, transcende o indivíduo, tem-se a planificação, uma das palavras-chave usadas por Zaffaroni¹⁵⁰.

Trata a norma de descrição de conduta, conduta em tese, o que não é o que pode acontecer, o que pode vir a ser. A transição dos mundos do ser e do vir a ser é o maior dos pecados lógicos que podem ser cometidos.

Diante da insegurança instalada nos países “em desenvolvimento”, é normal que o ser seja elemento configurador do vir a ser, ou seja, o casuísmo, que vai de encontro à planificação do Sistema Penal, encontra-se gravemente comprometido. Após um caso que gere comoção social, por qualquer razão que seja, tem-se um estímulo à edição de leis em demasia, até pela falta de técnica e interesse na busca das causas dos conflitos por um legislativo que não possui identidade própria, principalmente no tocante ao conhecimento pleno de suas funções. Talvez isso seja resultado do amadurecimento do processo democrático ainda em andamento.

Tal estímulo pode partir do povo, por meio de manifestações da imprensa, ou de qualquer entidade que tenha força para manobrar opiniões, trazendo assim a “lei da moda” que, como uma peça da coleção outono/inverno do ano, é adotada, usada, e esquecida, por não se tratar de uma norma baseada em princípios gerais, mas em casuísmos.

Em suma, o Direito Atual, nos moldes em que é elaborado em alguns países latinos, é regulado por conveniências e não por princípios.

A planificação do Discurso Jurídico Penal assume, portanto, um caráter casuísta, oscilante entre o ser e o vir a ser.

Da ausência de um sistema que trate de princípios genéricos, e sim de modismo, surge a proliferação de leis penais que trazem um “inchaço” no direito penal

¹⁵⁰ ZAFFARONI, *passim*.

material o qual implica na necessidade de uma seletividade que se confronta com o espírito genérico.

As falhas internas como inoperância e corrupção, e a concentração e conseqüente abuso de poder, que ferem as características comunitárias¹⁵¹, são inerentes à estrutura e não ao Sistema Penal em geral.

Atacar o sistema penal como ele está estruturado é tolice. Ele não possui bases sólidas e isso compromete sua eficiência. O discurso Jurídico Penal é um; a operacionalidade dos seus órgãos, outra.

Desse modo tem-se que o Sistema Ideal assume feições utópicas em decorrência dessa assincronia. Pode-se dizer que o Sistema Penal nada mais é que a operacionalização dos seus princípios fundadores, transubstanciados em lei, que deve, é certo, ser legitimada por princípios e bases fundadoras coerentes.

A coerência pode, no caso, ser dividida em interna e externa, sendo que a interna é a que não traz em seu bojo conflitos típicos ou fundamentais, é a perfeita adequação entre o tipo e o discurso que o gerou, como parte de um sistema jurídico, o que foge do conceito positivista de Kelsen, no qual entra apenas a complexidade lógica, fugindo assim de toda e qualquer fundamentação antropológica ideológica ou sociológica, resumindo apenas o sistema perfeito àquele que não conflitar com a pirâmide, que tem como base normas coerentes e como topo a norma fundamental¹⁵², “na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou supra-humano...”¹⁵³.

A sua finalidade maior, servir ao homem, perde-se na lógica estrutural do Sistema Jurídico que, formalmente perfeito, não pode ou deve ser objeto de questionamentos morais pelos operadores do direito, o que vem acontecendo em

¹⁵¹ É temática comum ao discurso de Hulsman e de Zaffaroni a imperatividade da participação comunitária como instância de solução de problemas, anterior, ou até concomitante à atuação do Sistema Penal.

¹⁵² COELHO, F. U. **Para entender...**, passim.

¹⁵³ KELSEN, p. 216.

especial nos Sistemas Penais latino-americanos, em que o jogo de poderes trabalha com a premissa básica de que o homem é meio para o fim maior que é o estado¹⁵⁴.

O principal torna-se acessório. A coerência é então essencialmente à relação lógica entre os princípios do discurso e dos enunciados propriamente ditos.

Diante de tal incoerência interna, restam apenas duas saídas: reformular, desde o princípio, ou tentar adequar, remendar de forma assistêmica, o que incrementa a crise de legitimidade e operacionalidade. Não se pode escolher o que causa menos mal, o remédio ou a doença. O tratamento de sintomas não tem a menor probabilidade de amenizar a atual crise que precisa de nova sistematização.

O discurso Jurídico Penal é perverso, pois preconiza algo que é impossível de se realizar. Ele é inaplicável. Seus órgãos são inadequados e, conseqüentemente, incapazes de levá-lo a efeito, sua coerência interna não é satisfatória, e assim o tornam ilegítimo, o que ocasiona dificuldades sérias em seu acatamento voluntário. A sua execução forçada, da mesma forma, é inviável, já que sua estrutura não tem pilares suficientemente fortes para mantê-la frente a argumentos até simplistas¹⁵⁵.

É perverso, por ser inverossímil e utópico, no sentido mais pejorativo da expressão; não utópico como sonho, mas utópico como impossível, utópico como pesadelo.

A legalidade formal é quebrada pela incoerência que fundamenta o sistema como um todo, deflagrando um processo autofágico. O sistema não tem fundamentos suficientes para que seja legitimada sua legalidade, pois está todo calcado em premissas incoerentes, o que a compromete. A legalidade formal não tem o condão legitimante, assim o sistema perde sua consistência, sendo abalado por qualquer ataque.

Por outro lado, a legalidade ainda pode ser entendida de forma técnica, ou seja, Penal, Processual e Executiva. Vale destacar que é a primeira o instrumento de

¹⁵⁴ Perda absoluta da ideologia do estado, com a confusão entre governo e governantes, com feições egoísticas e personalistas, com o caráter iminentemente supra institucional.

¹⁵⁵ Quem nunca praticou um ato punível. Quem efetivamente já foi por ele punido. Sem a necessidade do uso de nenhuma retórica a inoperância generalizada é fato incontestável, ou a assunção da perversidade do sistema.

limitação do próprio sistema, como compartimento estanque do arsenal punitivo estatal.

Da mesma forma, a legalidade processual é deslegitimada em decorrência da inoperância dos meios que dispõem e que formam um sistema inerte por sua estrutura pesada e pouco ágil e que, naturalmente, entra em estado de inércia com facilidade, e dele sai com extrema dificuldade.

A lei é da física, a realidade é perfeitamente adequada à metáfora aqui empregada. Da difícil movimentação surge o entrave e acúmulo. O prolongamento das demandas torna sem sentido o feito em si, que passa a estar cada dia mais distante do fato que o originou. A verdade real e a representada pelo processo tendem, naturalmente, a ser díspares, maculando-o.

Já a executiva possui um papel deslegitimador fundamental, já que seus órgãos imediatos, as polícias, possuem o arsenal ideológico adequado à época em que foram instituídas. As idéias novas são rechaçadas por elas próprias que temem perder sua identidade, poder, ou discricionariedade com alterações e, conseqüentemente, perderem seu lugar para outros órgãos que lhe sejam equivalentes.

Pelo governante que tem como meta a segurança pública, via de regra, consiste sempre e simplesmente na compra de material bélico, veículos e contratação de pessoal.

A população, destinatária da eventual segurança fornecida pela polícia e principal vítima de suas arbitrariedades e corrupção, também não almeja uma reforma estrutural nela, pois diante do discurso do caos, promovido pela mídia e comprovado, em parte por ela própria, pede uma polícia mais violenta, que resolva as situações de conflito de forma drástica, pronta e imediata. Isso advém da desinformação, se não fomentada, pelo menos tolerada pelo Estado, que lucra com a instabilidade gerada por um sistema de segurança que funcione de forma precária. É mais cômodo. É mais rentável. O problema cíclico precisa de novas soluções que consistem em promessas de melhoramentos, acompanhadas do som das sirenes, nos desfiles eleitoreiros, demonstrando a preocupação do estado com o cidadão, vítima da criminalidade alarmante.

Ressalte-se, entretanto, que mesmo em Hulsman, ao pregar a plena abolição do Sistema Penal, há esparsas menções a respeito de atividade policial, mesmo que em caráter excepcionalíssimo, quando uma intervenção de uma força pública seria indispensável.

A discricionariedade não é compatível com o direito de punir do Estado. O sistema penal válido deve operar sempre¹⁵⁶ em todos os casos, e somente¹⁵⁷ na medida prevista em lei; assim é desejável que haja o banimento da discricionariedade do sistema penal.

Ela permite que condutas semelhantes sejam objeto de intervenção estatal mediante a escolha pessoal dos representantes dos órgãos repressores, nem sempre como resultado de previsão legal.

Excluída então a discricionariedade, provavelmente uma das mais fortes forças geradoras da arbitrariedade e da corrupção é dado um passo no sentido da legitimação do sistema. Um sistema seletivo não é um sistema legítimo.

Não há critérios adotáveis para que seja feita uma seletividade do que possa ou deva ser objeto da persecução penal. Um sistema que abrange a tudo, falha; um sistema sem estrutura adequada, falha; um sistema sem princípios humanísticos e de igualdade, falha. O sistema vigente falhou.

O Sistema Penal ainda expurga, como se pudesse alterar a realidade, através da migração de condutas puníveis penalmente para as áreas do direito que de fato deveriam tutelar os bens jurídicos a que elas se referem.

As instituições restritivas de liberdade como manicômios, "febens", asilos, que estigmatizam tanto quanto o Sistema Penal o faz, através de medidas punitivas "não criminais", maquiadas com nomes politicamente corretos sem que seja alterada a sua essência penalizadora, agindo, inadequada e perversamente, pois assim permite-se fugir dos limites da legalidade, pelo menos em alguns instantes, valendo-se do Discurso Penal quando lhes é conveniente. Segundo Boaventura, Ainda sobre o poder em Foucault afirma que "É claro que, em seu entender, (...) O poder normalizador das

¹⁵⁶ ZAFFARONI, p. 56.

¹⁵⁷ Id.

disciplinas se tornou a forma de poder mais difundida nas sociedades contemporâneas”¹⁵⁸ com suas várias origens como “escolas e hospitais, quartéis e prisões, famílias e fábricas.”¹⁵⁹

Em suma, o discurso confronta-se com a realidade a quem se contrapõe empiricamente.

É notória a falta de coerência interna com a exteriorização do processo de justiça social. O Estado assume uma função maniqueísta: oscila de vilão a herói a cada instante. As incongruências dos perfis dos operadores dos sistemas penais latinos são inequívocas. O policial confunde-se com um rambo tupiniquim¹⁶⁰ quando herói, e com um membro “da volante”¹⁶¹, quando vilão.

Infelizmente, tal realidade conflituosa atinge tanto as polícias¹⁶² quanto aos demais operadores, o ministério público assume o papel de fiscal da lei, sem estrutura pessoal ou material para tanto, a sobrecarga do judiciário persiste mesmo diante de artifícios como a lei 9099/95, que não possui identidade fundamental, mas apenas material, classificando a potencialidade ofensiva de delitos não em sua essência, mas em sua pena em abstrato. Persiste assim um sistema que tem em si mesmo seu maior entrave.

A violência gerada pelo próprio sistema é maior do que a sua pretensa proteção. Pelo menos é esta a ótica abolicionista que, baseada nas contradições geradas pela violência sistêmica oficial e pela premissa de que mesmo diante dela é melhor tal situação que a “vendeta” privada.

Assim, em um sistema falho não se pode afirmar que haja a impossibilidade de sua substituição por um mais adequado.

O fato é que o crime na região marginal, excluída do mundo desenvolvido, cresce em proporções alarmantes, o que também é empiricamente demonstrável com a

¹⁵⁸ SANTOS, B. de S. p. 264.

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ SOARES, passim. Feliz expressão de Luiz Eduardo Soares.

¹⁶¹ Grupamento estatal “policialesco” notabilizado pelos conflitos com o cangaço, no nordeste do país, que, pelo que consta, em pouco se diferenciava do grupo “marginal” a quem fazia oposição.

¹⁶² Mencionam-se polícias, pois apesar de exceção existem duas instituições, uma com feições civis e outra militares.

mesma facilidade que se demonstra a inoperância ou operatividade inadequada do sistema vigente.

Daí surge a natural tendência de uma preocupação casuística, que tem seus pés fincados em uma ordem positivista periculosista¹⁶³, ou seja, diante da situação alarmante que se vive no presente resta apenas ao Direito Penal fomentar a elaboração de leis, com penas mais graves, duras e benefícios processuais reduzidos, frente a cada um dos choques sociais decorrentes da violência urbana institucionalizada, com a finalidade de que os conflitos, descritos com requintes pelo discurso do caos, sejam reprimidos, custe o que custar, gerando assim a corrente que adora o finalismo formal¹⁶⁴.

Isso não é efetivamente novidade no sistema jurídico instituído durante os períodos de regimes de exceção, uma vez que o fim, manutenção do poder, hoje substituído pelo fim, manutenção de uma pretensa ordem social, seja justificador dos meios. Colabora com esse fenômeno o fato de que “...em países marcados pela ausência de sólidas tradições democráticas, é com a instituição policial que a comunidade identifica a própria atividade judicial.”¹⁶⁵

É importante ressaltar que o “inimigo interno” deve ser substituído pelo infrator, abandonando o subversivo político que agora assume a feição do subversor da ordem social, que não sendo um inimigo do Estado, não pode ser tratado como tal, já que o sustentáculo do poder público de outrora não se adequou à realidade atual.

O delinqüente não é o substituto do antigo inimigo, mas sim, elemento componente de qualquer sociedade organizada sob a égide de um poder central. Essa alteração de função dos órgãos estatais ligados à política criminal talvez seja um dos maiores vícios do sistema, que perde sua identidade funcional.

Como instrumento do regime ditatorial tem em seus meandros instrumentos hábeis para torná-lo dirigível, atingindo assim, em primeiro lugar, àqueles a quem o sistema pretende, por quaisquer razões que sejam e, em segundo lugar, com instrumentos de proteção contra ele próprio, destinados às oligarquias dominantes.

¹⁶³ ZAFFARONI, p. 40

¹⁶⁴ Ibid., p. 41.

¹⁶⁵ CHOUKR; AMBOS, p. 157.

Tais mecanismos estão basicamente sediados na discricionariedade, que impede a planificação¹⁶⁶ pretendida pelo sistema em tese e, na falta de acesso aos seus mecanismos, recursos e artifícios técnicos, por parte do infeliz que não esteja guarnecido pelos critérios seletivos de dominação.

Diante da nova realidade democrática, ao invés de reduzirem em número os mecanismos referidos, aumentaram assustadoramente, já que as categorias beneficiárias também se reproduziram, o que é natural, pois o poder, após passar por um processo de descentralização acaba por necessitar de maiores elementos de apoio, acolhendo entre seus componentes outras categorias até então não protegidas pelo sistema destinado a se autogarantir.

O conceito de segurança e de inimigo interno, a vigilância como instrumento de controle desviado do sistema penal, são justificados por um discurso perverso. Assim o poder programado e capacidade operativa¹⁶⁷ são duas ficções, separadas pela dura realidade da incoerência da criminalização na amplitude em que se apresenta.

Como a gama de condutas criminalizadas é de grande importância, sua eficácia é insatisfatória. Seria impossível reunir elementos organizacionais suficientes para que toda a conduta típica seja punida com a pretensa efetividade da lei penal.

Não há um só indivíduo, que em algum momento de sua vida não tenha cometido um fato típico, o que leva à idéia de que todos deveriam, de uma forma ou de outra, ser punidos, já que não se concebe um sistema punitivo que trabalhe com a premissa de que ou todos os seus integrantes devam ser penitenciados ou que apenas uma parte deles o seja, admitindo assim, expressamente sua seletividade, o que implica naturalmente em um discurso perverso.

O Sistema Penal é um verdadeiro embuste, uma vez que procura dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce¹⁶⁸.

A inoperância é concebida de forma preordenada, e as suas consequências implicam no descrédito do Sistema Penal como instituto sócio-político, o que é um

¹⁶⁶ A expressão planificação aqui tem o sentido de generalidade, característica da norma jurídica, (abstrata e geral).

¹⁶⁷ ZAFFARONI, p. 26.

¹⁶⁸ Id.

erro. O círculo vicioso inicia-se no descrédito do sistema, gerado pela sua inoperância, que decorre da hiperpenalização, que é pedida em decorrência do sistema haver caído no descrédito. O Sistema Inflacionado de tipos perverte o discurso, que é o mal.

O sistema torna-se lento e isso gera uma ausência de critérios para penalizar. As ideologias misturam-se, a fundamentação homogênea desejável perde-se entre normas terroristas e tipos moralistas ou difusos e casuístas, imprecisão confunde as próprias agências e suas atuações, “a perversão do Discurso Jurídico Penal caracteriza-o como um ente que se enrosca em si mesmo”¹⁶⁹. No fim das contas, o Sistema Penal acaba atingindo aleatoriamente a uns ou outros, como obra do acaso.

Diante da realidade, tal acaso dá alguma sustentação ao sistema, pois, com uma eventualidade relativamente considerável, delinquentes são atingidos pela “... teia de aranha da qual escapam os maiores insetos...”¹⁷⁰, fazendo assim que as conseqüências práticas, mesmo que eventuais, sejam proveitosas, mesmo que para uma parcela de beneficiados, como o grupo salvo pela coruja¹⁷¹.

Assumindo assim o poder público, uma função repressora, positiva e configuradora, pode-se delimitar o seu limite, o que remete o discurso ao retribucionismo norte-americano¹⁷², isso faz com que o direito positivo restrinja a atividade repressora estatal até limites delineados, de forma a configurar um padrão comportamental.

O poder configurador da vida social, assumindo uma forma de controle, militarizado e verticalizado passa a ser meramente repressivo, sem que seja traçado um elemento teleológico entre fim e meio, perdendo-se assim qualquer parâmetro dosador.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, p. 29.

¹⁷⁰ Id.

¹⁷¹ Id. Narra Zaffaroni que um grupo de pessoas foi salvo de assaltantes em um cemitério, por ouvirem um pio de uma coruja, e confundindo-o com os clamores de uma alma penada puseram-se em fuga, ou seja, se o sistema funciona é de forma acidental ou incidental, por sorte, azar, ou interesses espúrios.

¹⁷² Pode-se afirmar que de certa forma o retribucionismo americano tem muitos de seus fundamentos no utilitarismo de Bentham, que, em última análise, ao medir a dor na exata proporção do prazer, faz com que a medida retributiva seja também um instrumento limitador da sanção, que não se confunde com vingança ou “vendetta”, mas sim tratando a retribuição como medida de proporcionalidade e não retaliação.

A perda da discricionabilidade mencionada, apesar de ser apenas uma parcela do processo de revalidação ou de reconstrução do discurso, é sem a menor sombra de dúvida um dos elementos que traria forte carga de legitimidade ao Discurso Penal, pois, assim, a generalização ou horizontalização da esfera de atuação do sistema penal traria coerência à forma de aplicação da lei penal, restringindo a seletividade do exercício do papel das agências na eventualidade casuística de processo e punição.

Uma segunda parte, extrínseca ao sistema instituído, diz respeito à sua formação ou à constituição de seu ideário, que deve apegar-se à filosofia do direito e as organizações de direitos humanos, pois somente neles pode ser fundada.

Direitos Humanos não deve ser entendido como Direito Natural, mas como um conjunto de conquistas políticas, decorrentes de cada estágio de desenvolvimento social. Os Direitos Humanos, como concebidos hoje, base fundamentadora para um Direito Penal Legítimo, não são seguramente o Direito Humano escravocrata de ontem, nem o mais liberal, fruto das conquistas de amanhã. Pode-se afirmar que é o retrato do momento evolutivo do homem, e não algo que o transcende de forma metafísica, o elemento positivo configurador do Direito Penal e do sistema que lhe dá sustentação.

A falta de legitimidade dos estados totalitários, que se valem ou valeram do Discurso Penal para se manterem no poder, ou que o fez durante muito tempo com sucesso inquestionável para seus fins egoísticos, implica na perversidade do sistema, que acaba sendo mais nocivo que benéfico, não pela sua operacionalidade seletiva somente, mas também, e talvez, principalmente, por fazerem dele o instrumento para a manutenção do "status quo", o que foi e ainda é, mesmo que de forma mais branda, pela nova função atribuída ao adjetivo marxista, decorrente da corruptela manipuladora do poder dominante então.

Tudo o que é nocivo, que é ameaçador, ou que simplesmente vai de encontro ao sistema vigente é rotulado de marxista, o inimigo interno de então, passa a ser qualquer novo ideário que pretenda instalar-se no mundo dos conceitos dominantes, alterando-os ou substituindo-os.

O fato é que mesmo finda a ditadura do executivo, a função delatória é repassada a outros seguimentos de idéias. Tudo o que ameaça o paradigma vigente, como o minimalismo, é prontamente rotulado de anarquismo, ou de liberalismo em prol dos “bandidos” e em detrimento do “cidadão”.

Afirma Nilo Batista que “O fato é que quanto menor o grau de tolerância às características plurais dos indivíduos, maior a proximidade do Estado ao totalitarismo, paternalista, o grande irmão que a tudo e a todos guarda e tutela com seu controle indispensável.”¹⁷³

Contra o primeiro, a tolerância mínima é propalada aos quatro ventos, pois “bandido bom é bandido morto”, numa filosofia que se adequa perfeitamente ao ideário, por vezes manipulado pela mídia.

Vale ressaltar que essa gana por vingança, por retaliação desmedida, que implica em um prevencionismo genérico quase terrorista tem duas falhas. Primeiro, ele é fonte inesgotável de abusos, desvios e discricionariedade, que naturalmente leva a juízos pessoais que colidem com a idéia planificadora de um sistema penal desejável. Segundo, em nenhum momento é possível aquilatar-se a efetividade da resposta criminológica, decorrente do recrudescimento ou adoção de um sistema penal efetivamente mais duro, quer com penas mais graves, quer com redução de benefícios ou adoção de penas capitais.

Não é necessário muito esforço para que se demonstre tal assertiva. É natural que em um sistema mais duro, a morosidade processual aumente, já que a gama recursal deve estender-se, ou as provas condenatórias devem ser mais contundentes. Também é natural que da implantação do sistema mais rigoroso ao cometimento do crime, sua apuração, julgamento, condenação, trânsito em julgado e, por fim, dos resultados efetivos do novo sistema, mais rigoroso, decorra um lapso temporal relativamente grande.

Grande o suficiente para que mudanças sociais paralelas ao sistema penal, crises econômicas ou milagres financeiros, alterações no estado de bem estar social,

¹⁷³ BATISTA, N. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, V.R.P. de. (Org). **Verso e reverso do controle penal:** (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 1 Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 147.

positivas ou negativas, crises empresariais ou fomentos mercantis, estabilização ou instabilização de instituições como a igreja, família e outras, podem servir ou não de parâmetros comportamentais, ou seja, um número incontável de variáveis, anteriores, concomitantes e supervenientes ao sistema adotado, que prejudicam fatalmente qualquer argumento a respeito das suas benesses ou prejuízos. Então, se não é possível aquilatar-se a validade da adoção do sistema, por que descartá-lo? Pelo fato de que o caráter humanista do Direito Penal tem como premissa que, na dúvida, adota-se a conduta mais benéfica, ou menos lesiva ao infrator. É claro que isso se aplica não só ao direito positivo, mas também, e até com mais razão, aos princípios gerais formadores do sistema penal como um todo.

O Discurso Penal é posto em cheque por haver perdido então grandes vínculos com ciências que deveriam concorrer: a filosofia, a sociologia e a antropologia. Como ele deve fundar-se em boas razões, destinadas ao homem, enquanto ser social, tem-se o fundamento tríplice, uma vez abandonado ou relegado a terceiro plano, reduziu-se a um mero formalismo positivista, onde a pirâmide normativa é obedecida, na medida do possível, pelo menos quando observada de forma grosseira. / de modo abrupto.

Isso porque, em especial, no caso do Brasil, uma sucessão de Constituições deu-se desde 1940, princípio da vigência do Código Penal atual, sem que ele fosse objeto de sequer uma releitura crítica, para que fosse avaliada a sua coerência com cada uma das cartas magnas pelas quais passou.

E é claro que uma simples releitura não é o desejável, porque dela decorreriam por certo uma reinterpretação e reestruturação, tornando o diploma penal coerente com as premissas constitucionais.

Tal assincronia também se reflete na esfera administrativa, em que, por todos os poderes que constituem o Sistema Penal encontra-se a mesma institucionalização segmentada e institucionalizada, em caráter personalista, quase como empresas, com fins diversos, que atuam como concorrentes e não concorrentes no trato do mesmo fenômeno: o delito, o delinqüente e a vítima, que tratados como massa disforme, sem personalidade ou individualidade penal de forma semelhante, quando, por sua sorte ou azar, participam do seletivo grupo que sofre a atuação do sistema penal.

Para Boaventura “O poder nunca é exercido de uma forma pura e exclusiva, mas sim como uma formação de poderes...”¹⁷⁴, pois “..As relações de poder não ocorrem de forma isoladas, mas em cadeias, em seqüências, em constelações.”¹⁷⁵

É fato que o contratualismo consiste na cessão de liberdades individuais, em parcelas aceitáveis, na medida em que o bem comum, trazido pela estabilidade social acabou cedendo seu lugar ao organicismo. O meio passa a ser fim. Os indivíduos são sacrificados a qualquer preço pela estabilidade do todo, que antagonicamente só faz sentido como instrumento para satisfazer suas partes, e não, como uma colmeia gigante, tem em si algo com identidade própria, que transcende, não em parcelas aceitáveis, mas, totalmente, o querer e o ser individual.

Na atual ordem discursiva tal organicismo dá lugar ao funcionalismo¹⁷⁶, afastando assim o pesadelo trazido pela idéia de que o lobo do homem venha a aflorar na eclosão da guerra de todos contra todos.

Desse modo assume, aqui, a teoria da tentativa de instabilização do Discurso Marxista, acusado de delatório, como tudo que vai ao encontro aos interesses dominantes. Da estigmatização ao discurso deslegitimador basta um pequeno passo. O pré-conceito da nocividade das idéias subversivas, de qualquer ordem, implica na quebra antecipada de qualquer linha de raciocínio.

É natural que da utopia do marxismo revolucionário, que implicaria na supressão da burguesia opressora e do sistema de troca privatizado, venha a idéia de supressão do direito. Ausentes classes conflitantes, ausente patrimônio privado, nascida a sociedade pós-revolucionária, desprovida de arestas, nada há que se tutelar juridicamente.

Percebe-se que a prática soviética, suas mazelas, disparidades gritantes e a sucumbência do ideário à realidade fizeram com que tal discurso, antes de cair no descrédito, caísse no esquecimento.

¹⁷⁴ SANTOS, B. de S. p. 265.

¹⁷⁵ Ibid., p. 267.

¹⁷⁶ Sistema que tem como fim de sua existência uma função pré-determinada, que pode variar de acordo com os interesses circunstanciais de sua instalação.

Ainda assim fica patente que a horizontalização, questionada até agora, também sofria desvios elementares, sendo então os atores passivos do Sistema Penal. Os operários, estando assim, nessa realidade, usam o argumento de que a crise do sistema penal é a crise do capitalismo, e que as parcelas de liberdade cedidas por todos são cedidas de forma diferenciada, sendo que uns cedem mais liberdade em prol do “bem comum” do que outros. Como se sabe, o Sistema Penal é oneroso. Paga-se pela perda da liberdade individual. Paga-se caro. E em troca de quê?

Numa sociedade tardo-capitalista, a função real do Sistema penal é de reprodutor de uma relação de desigualdade, que consiste em manter a desigual distribuição de bens e vantagens, unindo-se à política do poder, tendo bases marxistas, sem que possuisse o dogmatismo marxista¹⁷⁷, fugindo do reducionismo economicista por meio de uma teoria de conhecimento próxima à sartreana, combinando o interacionismo com um panorama macrosociológico, que engloba as relações de produção, não se atendo exclusivamente a elas. Nesse sentido Boaventura afirma que “...A natureza política do poder não é atributo exclusivo de uma forma de poder, mas sim o efeito global de diferentes formas de poder e de seus respectivos modos de produção.”¹⁷⁸

Assim o Sistema Penal não funciona por uma série de fatores, das mais diversas ordens, internas e externas, com o fim precípua de manutenção de domínio. Curiosamente tal mecanismo nem sempre é consciente, havendo elementos ligados direta ou indiretamente às agências penais, que perdendo o fim próprio do sistema como um todo protege a própria instituição, fragmentando mais ainda o sistema penal, enfraquecendo-o.

Sem uma meta definida e defensável o todo age de forma desconexa, perdendo por completo sua eficácia e função natural. O bem estar social. Assim, com o sistema comprometido por sua falta de legitimidade fundamentadora, a inoperância de seus órgãos é consequência natural, que não pode ser imputada ao Direito Penal, como ente

¹⁷⁷ Marxismo aberto ou não dogmático.

¹⁷⁸ SANTOS, B. de S. p. 272.

abstrato, mas sim à falta de capacidade administrativa de formar um sistema coerente e, por consequência, eficiente.

O ataque abolicionista ao sistema não é coerente, o desejável a sua reformulação, com a meta “bem estar social” e seu fundamento humanístico como prioridades.

5 A GUINADA RADICAL

A nova proposta da Criminologia Crítica ou Criminologia Radical tem por base uma revolução drástica em sua posição, frente aos Direitos: Penal e Processo Penal.

Enquanto a Criminologia Clássica, ortodoxa ou positiva, sempre foi tratada como elemento de análise a serviço do Direito, para o qual fornecia informações a respeito dos crimes e dos criminosos, tidos então como realidades em si próprios, a nova visão da construção legal do conceito do crime e, conseqüentemente, do criminoso; conceitos definidos de acordo com o momento histórico geográfico geram uma guinada no trato dos mecanismos de construção e análise do direito sancionador do Estado. A Criminologia, antes simples mecanismo operacional do Direito Penal, assume o lugar de elemento crítico essencial na formação de um Direito Penal legítimo.

Desse ponto passamos do resultado pena, ao instituto que disciplina e autoriza o Direito Penal, mantido por um discurso falacioso, marcado por inversões de valores inseridos “numa sociedade produtora de mercadorias, essa organização social engendra a ‘coisificação de pessoas’ (força de trabalho como mercadoria) e a ‘personificação de coisas.’”¹⁷⁹

Um discurso maniqueísta que se vale de recursos diversos como o da promoção da pressão social pela mídia de massa e a propagação do caos e promessas de uma pacificação social trazida por propostas contidas nas teorias da lei e da ordem e da tolerância zero, aguardando uma contra pressão, pedindo por mais polícia, mais presença do Estado, mais prerrogativas investigatórias e menos Direitos e Garantias Individuais¹⁸⁰.

¹⁷⁹ SANTOS, B. de S. p. 286.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, E. R. et all. **Direito criminal**. José Henrique Pierangelli (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000. El Desconcierto em Las Ideologías Del Sistema Penal:

1. El desconcierto ideológico general es más grave em los discursos del sistema penal, sean jurídicos, criminológicos o políticos criminales, teniendo en cuenta que éstos no siempre tuvieron contenido pensante, si se entiende *pensamiento* en sentido originario. Hubo momentos altos, como el derivado del *iluminismo penal* de la segunda mitad del XVIII y primera del XIX, y momentos de profunda decadencia, como el fundacional de la inquisición (siglo XV) o el de su resurgimiento el positivismo peligrosista o ideología médico policial. El curso

Quando o próprio povo pressionado pede menos liberdade em um Estado Democrático de Direito em prol de mais segurança, existe uma falsa impressão de

irregular del nivel de pensamiento en el discurso penal señala la agudización de los peligros del desconcierto en esta área, el mayor riesgo de autismo, la menor preparación para soportar la angustia de la ausencia de categorías del pensamiento. 2. Una brevísima *consideración criminológica* será útil para apreciar la magnitud y causas del desconcierto de los discursos del sistema penal actual. Ante todo, *la globalización ha enterrado definitivamente el viejo paradigma del simplismo etiológico*. Un sencillo ejemplo tan cotidiano y banal que ni siquiera merecería la menor consideración periodística, demuestra la complejidad casi infinita del problema: *en cualquier ciudad latinoamericana, un adolescente amenaza a otro con un arma de fuego para robar-le su calzado deportivo*. Basta este hecho insignificante para la comunicación y para el propio sistema penal, para plantear la inviabilidad falsaria de cualquier simplismo: 1º) El Objeto del robo fue fabricado en Asia por niños esclavizados. 2º) El motivo del robo no es la necesidad de supervivencia, sino que su objeto es elevado a símbolo de *status* entre los adolescentes conforme a una propaganda mundial. 3º) La producción esclavizada asiática reemplaza el trabajo del padre o la madre del asaltante, despedido en el país por la misma empresa o una subsidiaria para reducir costos productivos. 4º) El padre del asaltado, como persona de clase media, puede comprar ese calzado a su hijo, porque obtiene mayores réditos de sus modescidos ahorros invertidos. 5º) Se alegrará cuando esos reducidos ahorros le permitan mejores rentas. 6º) Esas rentas aumentarán porque el capital acumulado de todos los ahorristas se invertirá en emprendimientos de mayor rendimiento. 7º) Estos emprendimientos aumentan el rendimiento mediante reducciones del empleos y en lugares donde haya menores impuestos. 8º) Cuanto mayor sea la pequeña renta del padre de la víctima, menores serán las oportunidades de trabajo futuro de la propia víctima del robo y mayores las chances de que el ahorrista de clase media tenga nietos que sean hijos de desocupados. 9º) Los menores impuestos reducirán la inversión social y sus nietos tendrán aún menos oportunidades de salud y educación que el propio asaltante. 10º) No es raro que el padre de la víctima reclame pena de muerte, menores garantías y medidas directas policiales (homicidios) y que vote a políticos que propugnen tales recursos. 11º) Esos políticos terminarán desviando la magra inversión social hacia el sistema penal o hacia su clientelismo (corrupción) y reduciendo aún más las chances de los nietos del ahorrista. 12º) Las policías más arbitrarias serán más corruptas y permitirán mayor contrabando y mercado negro de armas (mayor violencia). 13º) La mayor corrupción del sistema penal determinará que sus propias agencias ejecutivas de conviertan en engranajes de la organización criminal o en administradoras de sus zonas de operatividad. 14º) Esto aumentará las chances de victimización por secuestro del propio ahorrista y la consiguiente pérdida de su capital. 3. Esta complejidad en ámbito de la ciencia social tiene una inmediata consecuencia en el pensamiento jurídico penal: se hace extremadamente difícil referenciar el derecho penal con objetivos de política criminal (como lo intentan algunas corrientes contemporáneas, por ejemplo Roxin) sin tener en cuenta esta abrumadora complejidad, por lo cual no es extraño que se opte por dejar de lado esas referencias y se prefiera volver a construcciones deductivas de tipo más o menos kantiano o hegeliano, sea que esto se lleve a cabo por vía de una radiacalización del pensamiento sistémico en sociología (Jakobs) o de una asunción directa de la ética idealista (Köhler). Esta regresión no es extraña, pues cabe observar que el *pensamiento único* o fundamentalismo de mercado y el retribucionismo idealista tienen el mismo origen (en el pensamiento del siglo XVIII) y comparten la misma imagen antropológica distorsionada: el pensamiento único convierte en dogma lo que es un ideal, o sea, da como realidad un *deber ser* orientador, que es el equilibrio de los mercados. Esto supone que las conductas humanas se rigen simplemente por la razón, lo que presupone que el ser humano, actúa racionalmente. El retribucionismo idealista hace un cálculo racional de costos y beneficios. Esto lleva a la conclusión de que aumentando los costos (la pena) disminuyen los delitos. El dogma de la racionalidad de la acción humana como base común del pensamiento único (o fundamentalismo de mercado) y el retribucionismo penal, se pone claramente de manifiesto en obras y teorías como la de Ludwig von Mises, que hace ya muchos años basaba su construcción en un concepto de acción idéntico al del finalismo welszeliano. 4. Parece mentira que con fundamentos tan endeble se legitime tanto el poder económico como el sistema penal, contra cualquier evidencia, incluso personal o introspectiva. De nada vale observar que los mercados no tienden al equilibrio sino a una competencia inmediata sin límite alguno o a comportamientos de manada poco explicables, o que los humanos se matan en incontables guerras en todo el planeta, es inútil recordar la historia económica o el psicoanálisis, frente a dogmáticos deductivistas cuyo autismo pasa por alto la genial advertencia de Martin Buber: *los seres humanos no son racionales, pero pueden llegar a serlo*. Cuando se confunde el deber ser con el ser, el idealismo racionalista se desvía al grado de irracionalismo radical, pues no *hay peor irracionalismo que dar por hecha la racionalidad humana*, con su consiguiente desbaratamiento de cualquier estímulo para luchar por ella, toda vez que no se lucha por alcanzar un hecho natural.

legitimidade respaldando arbitrariedades estatais, aliás, alerta Zaffaroni¹⁸¹, a respeito dos riscos advindos dos operadores do Direito e de seus eventuais excessos em nome do controle social, exercidos sobre grande parcela da população e clamado por outra parcela.

A reificação das coisas colabora com a insegurança, pois em uma sociedade onde “...o desejo se torna o próprio propósito...”¹⁸² e “...na corrida dos consumidores, a linha de chegada sempre se move mais veloz que o mais veloz dos corredores.”¹⁸³, ficando claro que “...permanecer na corrida, que se torna o verdadeiro vício.”¹⁸⁴

É a insegurança social, reinante instrumento de desvio do Direito Penal, que perde sua finalidade máxima para atender aos anseios e necessidades individuais. Torna-se assim o órgão repressor arbitrário ou discricionário, detentor de instrumentos repudiados e execrados pelos que são por ele vitimados, mas reclamados, quando os mesmo indivíduos pedem sua atuação.

A arbitrariedade é um mal contra nós, porém desejada quando usada a nosso favor. O Direito Penal é instrumento para que sejam satisfeitas necessidades pessoais, pois seu fim social (público) é desviado.

Uma das formas para operacionalizar, com mais eficiência, um Sistema Jurídico Penal em sua integralidade, afetando apenas as camadas sociais a quem ele é dirigido, é restringir o número e tipos de Garantias Individuais, em especial para crimes patrimoniais em que as vítimas sejam membros das classes dominantes, permitindo que contra àquelas sejam praticados arbitrariedades e abusos.

Como resultado, casuisticamente, alguns crimes patrimoniais violentos serão apurados, alguns criminosos serão presos e haverá divulgação de pacificação social.

A cada novo diploma constitucional tem-se então, em última análise um novo Estado, o que implica em uma revisão sistemática de todo o Sistema Legal e, em especial, dos diplomas penais. Nascido no vigor da carta magna de 1937, o Código Penal Brasileiro tem uma longa história, que se inicia em um regime forte, sendo

¹⁸¹ ZAFFARONI, **Em busca das ...**, passim.

¹⁸² BAUMAN, **Modernidade ...**, p. 86.

¹⁸³ Id.

¹⁸⁴ Id.

atingido por atos institucionais consecutivos, pela nova carta de 1967, 1969¹⁸⁵, a transição que não houve, nova carta de 1988, emendada e reemendada a gosto e contragosto, permanece inabalável.

Nenhuma linha é traçada. Do regime militar ao centro esquerda experimentou-se de tudo.

O Estado Democrático de Direito impera e, apesar disso, o Direito Penal experimenta apenas medidas de recrudescimento, decorrentes, na maioria das vezes, de campanhas “da lei e da ordem”, sem que, contudo, haja uma alteração essencial ou, pelo menos, uma releitura em um momento em que em virtude do estágio evolutivo contemporâneo a palavra de ordem seja tolerância.

Nesse sentido Celso Lafer afirma que “...num Estado totalitário fundado em princípios criminosos, a lei é um instrumento de uma dominação posta a serviço da perversividade, que não se encontra nas pessoas que agem em conjunto ou individualmente, mas sim na dinâmica corruptora do totalitarismo.”¹⁸⁶

Considerando a nova estrutura ideológica que teria sido formatadora da sociedade brasileira pela Constituição Federal de 1988, seria imperativo que um novo Direito Penal fosse feito de pronto ou, pelo menos, que o atual passasse por uma releitura, mas, ao contrário, o mesmo Sistema Penal continua impondo sanções a uma nova proposta de sociedade, reforçando a idéia de que as pertencas mudanças Estatais não têm por objetivo uma efetivação, mas tão somente uma pequena válvula de escape e a continuação da manutenção de controle que se conhece há muito tempo.

Assim a proposta inicial de um Direito Penal Mínimo, com base nos princípios constitucionais que o justificam, nasce de forma que sejam extirpados de seu corpo todas as previsões típicas que não se enquadrem em seu espírito e fundamentos técnicos jurídicos.

Sobejam exemplos de normas incriminadoras, baseadas em princípios morais, civis, administrativos, comerciais, dentre outros que devem ser de plano removidas para seus ramos de origem, abandonando o Direito Penal, ao qual nunca deveriam ter

¹⁸⁵ Emenda constitucional nº 1.

¹⁸⁶ LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 5. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 178.

pertencido. A partir daí existiria a efetiva condição de um dos órgãos destinados à efetivação da tutela jurídico penal, desde a base policial até ao asoberbado judiciário, vez que os operadores do Direito Penal perdem-se na teia formada no corpo do Direito Penal, sem que fundamentalmente a ele pertençam.

A intervenção estatal já não é bem-vinda como antes, pelo contrário, a nova forma plural assumida a rechaça. Os conflitos postos entre um Direito Penal do medo, da dominação e um Direito Penal garantista e realmente subsidiário assinalam um momento que poderia ser visto como o ponto de uma mudança paradigmática.

Com a mudança paradigmática ocorrida, ou a ocorrer entre os princípios do pensamento moderno e pós moderno. O homem assume o centro da ordem racional das coisas, mas com uma perspectiva da ordem monista e do pensamento pós-moderno, porém com o mesmo antropocentrismo nasce um homem relacionando em uma ordem pluralista.

Para a fixação da idéia de um paradigma em alteração, será trabalhada a idéia da divisão da modernidade e da pós-modernidade, ponderando-se a possibilidade de uma situação *sui generis* no terceiro mundo de origem latina. Tem-se, então, que o novo paradigma ainda não se instalou e o velho paradigma já é dado como agonizante, sem que a transição entre um e outro tenha ocorrido, o que levaria ao conceito da trans-modernidade.

Assumindo o caráter trans-moderno da situação do ocidente excluído do processo de globalização vê-se com clareza a busca de elementos constitutivos do novo modo de pensar da Europa Central e dos Estados Unidos da América e da nova forma da constituição do Estado Moderno.

Então, sem o mínimo de estrutura, aqui posta como bem estar social, exigível para que haja uma presença mínima do Estado, segundo Rawls é a teoria da justiça como equidade¹⁸⁷. É bom lembrar que:

¹⁸⁷ Fairness. O Estado de bem estar.

Desde o início da década de sessenta (...) as duas promessas “realistas” que, até certo ponto, se tinham concretizado nos países centrados no sistema mundial (...) de uma distribuição mais justa de benefícios sociais e a promessa de um sistema político estável e relativamente democrático não tiveram continuidade e estão, aliás, a deteriorar-se através de múltiplas manifestações de desigualdades sociais crescentes, aumento alarmante da pobreza, aparecimento de “Terceiros Mundos Inferiores”...¹⁸⁸

O conceito de minimalismo receberá ainda alguns elementos complementares de Nozick, para que, uma vez demonstrada o obstáculo ao minimalismo posto frente aos países excluídos seja demonstrada a dificuldade de adoção e efetiva instalação de um conceito plural de ordem individual, social, econômico e jurídico.

Nessa linha de raciocínio têm-se na modernidade traços de um projeto fracassado ou inacabado, diante da ausência de respostas oriundas do cientificismo empirista defendido pelo ideário iluminista.

O positivismo antropocentrista, com início no século XVI, com Bacon, Galileu e Descartes, teve o seu apogeu no século XVIII, com Augusto Comte¹⁸⁹ e, posteriormente, em meados de do século XX, com a escola de Frankfurt, representada por Adorno, Horkheimer e outros expoentes em que o positivismo, sinônimo de previsibilidade e de calculabilidade, promessas maiores da modernidade começam a demonstra sinais de fraqueza, sendo lançada a semente do pós-moderno¹⁹⁰ caminhando para a conclusão de que “o velho já morreu e o novo ainda não nasceu”, o que se traduz na máxima pós-moderna: “Sabemos o que deixamos, o que não queremos, mas não sabemos o que vamos construir”.

Um dos pilares pós-modernos é a premissa de que o homem, agora repensado não é mais o do “indivíduo-centrismo” do século XVIII, mas sim um ser social e plural. Portanto, quando os representantes do povo brasileiro reuniram-se no dia cinco de outubro de 1988, em Assembleia Nacional Constituinte, com a finalidade de fundar um Estado, dentre outras características, destaca-se como fim supremo a formação de uma

¹⁸⁸ SANTOS, B. de. S. p. 154.

¹⁸⁹ JAPIASSU, H. **Dicionário básico de filosofia**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 170.

¹⁹⁰ LECHTE, J. **50 pensadores contemporâneos essenciais: do estruturalismo à pós-modernidade**. Fifty key contemporary thinkers. Trad. de Fábio Fernandes. 3. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003. p. 199.

sociedade fraterna, plural e democrática¹⁹¹. De acordo com a mais pura vertente pós-moderna esqueceram-se de que a norma, “devir”, não altera a realidade, mas apenas a regula.

Desse modo, Criou-se então um antagonismo entre a proposta do novo paradigma, fundado no pluralismo, em oposição ao antigo paradigma, monista por excelência.

Nesse giro paradigmático parte-se dos estudos de Kuhn, que critica, a princípio, a forma do historicismo científico. Segundo ele, deveria tender a partir de fatos individuais para conjecturais, dividindo a ciência em ciência normal e ciência revolucionária. Assim, tem a sua primeira base firmemente cravada em paradigmas, incontestáveis, já que foram aceitos pela comunidade científica dominante e descarta a experiência como elemento de refutabilidade.

Vale ressaltar que Kuhn ainda defende a existência de um paradigma dominante a uma época e que, a partir do momento em que não se torna mais possível a manutenção da crença então vigente a altere.

Chega-se ao extremo de conceber a possibilidade de descartarem-se elementos de “menor importância” põe em cheque uma tese, até que tais contestações dêem-se de forma tamanha, ou tão incisiva que geram uma revolução científica, fato inconstante e inusitado, sendo exceção à regra dos paradigmas.

O filósofo Thomas Kuhn centra a ciência em paradigmas, os modelos perfeitos e formais ideais, eternos e imutáveis de Platão, com bases históricas, que formam, com o tempo, um conjunto no qual a sociedade científica se baseia.

Mais ameno, Platão não eleva os paradigmas à eternidade, mas lhes dá status semelhante, já que “sugerem tradições compartilhadas por membros da comunidade científica”, que faccionando-se procuram evitar, a todo custo, qualquer ameaça de contra prova para o contexto vigente, por eles criado, aprovado ou adotado.

Uma vez que um grupo (qualquer que seja) assume uma postura paradigmática e não vê na refutabilidade elemento essencial da Ciência, tem nele uma ameaça, já que os questionamentos das correntes são questionamentos da pessoa.

¹⁹¹ Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988.

O conjunto de circunstâncias gera retardos dramáticos em avanços, ou desgastes exacerbados pessoais, já que abandonar o grupo em detrimento de novo paradigma exige perfeita sincronia conjuntural, pois feita em momento errado, antecipado ou posterior, coloca o membro aventureiro em posição delicada perante tal grupo.

O individualismo sucumbe e, conseqüentemente, a busca de novas idéias é uma aventura pouco desejada para quem se encontra como membro de grupo estável. Sob essa ótica o fato novo constitui-se uma ameaça ao membro do grupo, a não ser que ele pretenda arriscar-se a participar de uma revolução científica e dessa forma alterar a regra única de alteração de paradigmas: “a competição entre seguimentos da comunidade científica”.

A ciência normal trabalha então com paradigmas vigentes em decorrência de sua aceitação e adoção pela comunidade científica, ou por facções dela formando linhas e normas de condutas, procedimentos e pesquisas, consolidando bases comuns de aceitação.

Portanto a estrutura paradigmática atende aos interesses de um grupo que pretende manter o domínio de certa área de conhecimento. Quando sua quebra é ameaçadora a ele, a estrutura do paradigma é, por vezes, flexibilizada, para que tal “verdade” permaneça vigente pelo período mais prolongado possível, até que, via de regra, através da revolução científica, dê-se a alteração, indesejada, mas imperativa.

O momento da quebra do paradigma dá-se agora, com a delação do discurso moderno, reinante até então e a nova proposta, pós-moderna, deslocando o enfoque dado ao antropocentrismo tradicional. O pluralismo deve assumir definitivamente o centro do palco em que o homem contemporâneo atua.

5.1 O DIREITO PENAL MÍNIMO

A concepção de um estado intervencionista em nossos dias é inaceitável. No curso do século XX têm-se então delimitadas, claramente, dois paradigmas jurídicos imperantes: o igualitarismo, de origem marxista – socialista, com os ideais de plena igualdade sem que méritos sejam postos em questão e o de origem liberalista, em que o papel de produção de bens, assumido por cada indivíduo é relevante no momento da repartição da benesses sociais.

Nesse contexto, John Rawls lança a teoria de que a liberdade econômica não pode servir de parâmetro, pondo em risco a liberdade individual, e tendo como solução a equidade, com seu norte sediado no princípio de que todos os homens, que tenham a mesma função no sistema de produção de riquezas materiais são iguais.

Porém, para que tal princípio possa vigor, há que se fazer o acesso igual ao mais amplo sistema de liberdade individual, compatível com o sistema de liberdade coletiva. Cadê o primeiro lugar? Em segundo lugar, é imperativo que a distribuição se dê de forma que os menos beneficiados recebam os maiores benefícios possíveis e que os cargos e funções que geram tais benefícios sejam abertos ao acesso de quem quer que seja, em circunstâncias de igualdade.

A partir de então, dadas chances iguais a todos, os indivíduos destacam-se de acordo com seu mérito e desse destaque virão as benesses do sistema liberalista, ressalvado o primeiro princípio em que os menos favorecidos terão maiores amparos.

É fato que o sistema elaborado por Rawls só é viável se partirmos de uma sociedade estável, sem desigualdades gritantes e com as necessidades básicas plenamente satisfeitas, gerando um mínimo de estabilidade, sem a qual a Justiça fracassa.

Dessa forma, o conceito de Justiça de Rawls está associado ao ideal das relações liberais humanas, que se transubstanciam em um modelo ótimo, com base empírica calcada na racionalidade individual que resulta na escolha de conduta e, conseqüentemente, definido o justo.

É pressuposto que cada indivíduo opta pelo racionalismo, que implica em responsabilidade pela conduta escolhida e, conseqüentemente, pela forma de conduta adotada, descartando-se assim os princípios positivistas ou jusnaturalistas.

Finalmente, em decorrência das duas assertivas supra, as normas não são emanadas do Estado, mas sim dos indivíduos. Assim, a base contratualista do Direito fica evidente na ótica de Rawls, pois se tem no espírito consuetudinário do seu raciocínio normativo um quê de utilitarismo.

Apesar disso pressupõe a existência de uma esfera de liberdade que escapa ao contratualismo da Justiça aqui apresentado, a liberdade, que está fora dos objetos transacionáveis. Da liberdade chega-se à igualdade, que tem como papel frear a liberdade de mercado, que implica em caos, se levada às últimas conseqüências.

Tem-se então um limite para a individualidade liberal. As liberdades individuais. Antagonicamente, o elemento limitador da liberdade é a própria liberdade e a igualdade absoluta dá-se na inserção de cada qual em um sistema de produção de riquezas materiais, de forma igual, pelo menos até que se aflorem as diferenças, mas com igualdade de oportunidades.

Apesar disso só se atinge a liberdade através da equidade, já que falar em igualdade é utopia. Aliás, apesar de não haver contraposição expressa ao ideal marxista, existe a certa postura da inexistência de igualdades, sem que se adote o princípio acima mencionado, de favorecer-se, de uma forma ou de outra, os menos favorecidos no sistema liberal.

Surgem então os princípios da equidade:

- a) as liberdades básicas são iguais;
- b) o sistema trabalha com liberdade total para todos;
- c) cada indivíduo tem garantias de valer-se do sistema como todos os demais, de acordo com suas capacidades;
- d) existem as desigualdades;
- e) o princípio da poupança justa reparte mais benefícios para os menos favorecidos;

- f) as diferenças são decorrentes da participação nos meios de produção, através dos exercícios de cargos ou funções;
- g) o exercício de cargos ou funções é aberto a todos.

Assim forma-se o conceito de Justiça, calcado em equidade, diante do liberalismo Anglo Americano. Robert Nozick¹⁹², pensador liberal como Rawls¹⁹³ é um severo combatente da intervenção estatal, ao defender um conceito de Justiça baseado em um Estado mínimo, elaborando, para tanto, severas críticas a todo o tipo de intervencionismo.

Ferrajoli afirma que:

como a função utilitária e garantista do direito penal é aquela da minimalização da violência, tanto privada quanto pública, a função garantista do direito em geral consiste na minimização do poder, de outro modo, absoluto: dos poderes privados os quais se manifestam através do uso da força física, no aproveitamento imoral ou injusto e nas infinitas formas de opressão familiar, de domínio econômico e do abuso interpessoal.¹⁹⁴

Assente, no entanto em um único tipo de intervenção aceitável, que é a do Estado mínimo. Para demonstrar sua argumentação, parte do princípio inquestionável de que o indivíduo tem direitos. Daí decorre que justiça é a ordem social; injustiça, a violação de tais direitos.

Conceitua-se ordem social como uma série de arranjos, involuntários, decorrentes de processos sociais e inexoráveis, que resultam em três escalas, mecanismos de manutenção de ordem social.

O primeiro passo consiste em contratação ou formação de agências de proteção privadas, grupos, corporações ou qualquer tipo de associação que vise resguardar interesses de uma parcela da coletividade. Tal resguardo é buscado, naturalmente, por todas as frações comunitárias.

¹⁹² NOZICK, R. **Restrições morais e o estado**: anarquia, estado e utopia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. passim.

¹⁹³ RAWLS, J. **Justiça como equidade**. Brasília: UnB, 1981. passim.

¹⁹⁴ FERRAJOLI, p. 745.

O segundo passo, denominado Estado Ultramínimo, decorre do primeiro, quando as agências que possuem então os monopólios de força coercitiva aplicam, mas apenas em benefício de seus associados, os que contribuem ou que fazem parte do corpo abarcado pela agência “protetora”, ficando à margem de sua atuação ou até em detrimento dos associados, os que dela não participam.

O último estágio é a natural sobreposição de uma às outras de tal forma que o monopólio da aplicação de força coercitiva e violação de direitos individuais em decorrência do bem coletivo, seja feita para todos, independente de sua associação, filiação ou participação imediata. É o Estado Mínimo, em que a intervenção dá-se em caráter excepcionalíssimo, de forma aceitável.

Rawls taxa, ainda, o Estado como imoral, a não ser o denominado ultramínimo, justificando sua permissibilidade pela primeira e viciada instituição de agências privadas, que por certo fracionam o interesse do grupo, deixando-o à mercê dos interesses das suas frações.

Daí surge um sistema próprio de leis internas, que denomina anarquia, fazendo com que a situação saia do controle de seus membros, dirigindo-se automaticamente para o Estado ultramínimo, que evolui, natural e involuntariamente, ainda norteado pelo princípio anárquico que domina o corpo para o Estado mínimo. Só esse Estado é permissível, tolerável e justificável moralmente. Surge então uma espécie de geração espontânea, sem que os indivíduos que o compõem e o “dirigem” assim o desejem.

A minimalização do discurso deve obedecer rigorosamente a padrões estabelecidos, há muito, como princípios basilares de todo o diploma penal que busca legitimidade. A postura do Estado frente ao direito que lhe serve é dada pela constituição estrutural de sua dinâmica, de uma forma geral. O perfil do Estado é assim traçado pela constituição legal que o fundamenta, dando-lhe legalidade, que de nada vale se não estiver agregada à legitimidade, por sua vez, só se obtém apenas na forma de um Estado Democrático de Direito, em que a representatividade popular absoluta e independente representa o seu legislativo, que define as normas infraconstitucionais, à sua imagem e semelhança.

Do regime militar de extrema direita, experimentou-se de tudo. Vale ressaltar que o Estado Democrático de Direito impera, apesar de carecer de legitimidade na boa parte do terceiro mundo.

O Direito Penal experimenta apenas medidas de recrudescimento, decorrentes na maioria das vezes de campanhas “da lei e da ordem” sem que, contudo, haja uma alteração essencial ou, pelo menos, uma releitura em um momento em que em virtude do estágio evolutivo contemporâneo a palavra de ordem seja a tolerância.

Encontra-se, assim, em Rawls, centrando sua teoria na justiça e na equidade, um divórcio da posição de Kelsen, já que aquele se vale de elementos transcendentais, como justiça e “forças éticas”¹⁹⁵.

O Estado Intervencionista, em matéria penal, é inaceitável na ótica de Zaffaroni e deve, inclusive por razões morais e éticas, assumir sua própria identidade, rompendo os vínculos colonialistas que o modela. Nele “...a hierarquia centro-periferia do sistema mundial resulta de uma troca desigual, um mecanismo de imperialismo comercial mediante o qual a mais valia produzida é transferida da periferia para o centro”.¹⁹⁶

Um Direito Penal próprio, gerador de um Sistema Penal Justo, constitucional e mínimo deve ser prioridade estatal até como manifestação de soberania e independência.

Dentre as mais diversas correntes e vertentes desenvolvidas através da existência do homem, tem-se em última análise; que pena, sanção, retribuição, retaliação, ressocialização, formatação e tantos outros conceitos não a definem, mas tão somente caracterizam a pena. Resumem-se em um complexo de abstrações destinadas ora a explicar o inexplicável, ora a legitimar o que perdeu na prática, sua essência, desvirtuando assim seu conteúdo e formando um pilar dificilmente abalável, no discurso da crise do sistema penal.

Pena é retribuição. A prevenção e ressocialização são conseqüências desejáveis, embora eventuais. Ressalte-se, ainda, que a pena deve ser a menor

¹⁹⁵ COELHO, **Para entender ...**, p. 68.

¹⁹⁶ SANTOS, B. de S. p. 289.

possível, adequada ao caso, para que a retribuição seja a mais justa e proporcional, sem nenhum excesso. O norte de toda a conduta humana deve estar lastreado pelos senhores da vontade do indivíduo: dor e prazer. Não é possível dissociar-se pena do conceito utilitarista de infringir dor. O limite da dor, entretanto, há que ser mensurado com exatidão, pois caso contrário transforma-se em injustiça.

Em contrapartida, o mesmo mecanismo que infringe dor deve ter como contrapeso algum prazer¹⁹⁷, para que as condutas positivas tenham frutos positivos. É o caráter retribucionista, atribuído ao utilitarismo norte-americano. A retribuição consiste em um eficiente mecanismo de elaboração de valores se tomado como contrapartida da medida dos atos praticados. Atos positivos correspondem a retribuições positivas, o que é fundamental para que todo o caráter ressociativo da pena tenha um mínimo de eficiência.

Resgatada a humanidade e dignidade do cumprimento das penas impostas é possível que uma contrapartida seja esperada, diante da estrutura que foge às masmorras e escuridão e traz o condenado à luz e define-se como um tratamento transparente¹⁹⁸. O fato é que o problema por que passa a América Latina não é de segurança pública, mas sim de insegurança social.

A demora excessiva dos processos, a falta de critérios objetivos para a dosagem das penas, o excesso de criminalização e a falta da aplicação dos critérios legais de atuação dos órgãos incumbidos pelo sistema penal de promover a justiça social de forma equânime e genérica são elementos apontados por Zaffaroni¹⁹⁹ como fundamentais para o desvio da finalidade precípua do Direito Penal Brasileiro.

Pode-se dizer que em última análise Princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número de pessoas norteou os pensamentos de Beccaria, Filangieri e Romagnosci, Carmignani e Francesco Carrara.²⁰⁰

¹⁹⁷ PELUSO, L. A. (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas: Papyrus, 1998. passim

¹⁹⁸ Explana Foucault o modelo de prisão proposto por Bentham, o “panóptico”, inclusive com ilustrações, sendo ele mais um marco utilitarista, no sentido de trazer consigo uma forte carga ideológica, propondo o novo conceito de pena do que propriamente um projeto arquitetônico ou físico.

¹⁹⁹ ZAFFARONI, **Em busca das...**, p. 56.

²⁰⁰ BARATTA, p. 32.

A proteção que traz segurança à comunidade não deve ser entendida como segurança individual, mas sim como segurança jurídica. Essa última só se consegue com a sistematização perfeita, delimitada dentro dos parâmetros constitucionais e proporcionais, dentro de um sistema jurídico em que seja a garantia almejada pleiteada e assegurada, através de uma prestação estatal satisfatória, sendo que o sistema calcado em um volume grande de normas penais e em excesso de penas a elas correspondentes é tão ameaçador quando a própria infração.

Existe aí o risco da perpetuação da violência, de uma forma mais grave, o risco de ser vítima dos beneficiados pela impunidade e o de ser punido por fato extrapenal, ou mesmo penal, agravado de forma tal que o remédio ameaça maior que a doença.

Se a intervenção deve ser em primeiro lugar justa, em segundo, proporcional e, por último, de forma mínima, a criminalização não pode ser regra, e a medida de equilíbrio deve ser o norte para que o Direito Penal aproxime-se do ideal de justiça.

Condenação e execução não podem divorciar-se, consumada a primeira. Assim há a transformação do cumprimento da pena em medida administrativa desvinculada do acompanhamento judicial, o que quebra os princípios da individuação da pena e da personalidade em seu cumprimento. Cabe aqui a cisão feita por Foucault²⁰¹, do conceito da “arte de punir” em fases elaboradas, fugindo por completo aos conceitos de “expição ou repressão”: “...a questão de como punir, deve ser articulado em dois subproblemas: o da qualidade e o da quantidade da pena.”²⁰²

Em primeiro lugar analisar os comportamentos, as ações e reações, os coletivos e singulares traçando, com isso, “um princípio de regras a seguir”. Depois, em decorrência da primeira análise, individuar cada um dos envolvidos no evento.

Uma vez avaliadas as capacidades e “natureza” individuais e os indivíduos; determinar a forma coativa a se implementar para que o sistema funcione.

Ao delimitar o normal e o anormal, como anomalia social, submete os internos a regras de conduta rígidas que “controlam todos os instantes das instituições

²⁰¹ FOUCAULT, **Vigiar e ...**, passim.

²⁰² FERRAJOLI, p. 312.

disciplinares, assim, compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela normaliza”. Bentham²⁰³ vai além, quando em 1786, no “o panóptico” repensa a natureza das penas, chegando quase aos princípios hoje vigentes de ressocialização²⁰⁴ e não da simplicidade de talião.

O projeto estrutural do panopticon²⁰⁵ é o retrato da nova propositura penal. A troca das masmorras pelas células abertas, arejadas, fiscalizadas por um só homem e destinadas ao cumprimento de sanção e não ao purgatório, senão inferno, vigente até então. Bentham, ainda inova com a definição de que, todo o sofrimento impingido a mais como forma punitiva é injustiça.

Com o princípio de que dor não pode gerar prazer, é a pena única e tão somente instrumento para que desvios sejam coibidos, na exata medida do mal por eles provocado, daí a injustiça no excesso punitivo.

Seriam então os infratores irracionais - que agem em desacordo com a razão, aplicando-lhe um “plus” de sofrimento para que o prazer, advindo do ato ilegal seja desencorajado, sendo assim neutralizada toda e qualquer vantagem advinda do ato criminoso.

Bentham, coerentemente, deu ênfase ao enfoque penitenciário, uma vez que ao infringir o mal, tem-se a falta da razão e, em contrapartida, o mecanismo oficial de perpetrar o mal, de origem estatal, constituído no Sistema Penitenciário. Para adequar a distorção, advinda da infração, sem que, contudo haja a quebra da razão, há que se fazer uma forma racional, por excelência, de administrar-se o sistema de aplicação de penas, reunido na obra citada, em um complexo arquitetônico administrativo de conceitos futurísticos para a época.

A essência do problema encontra-se no Sistema Penal inoperante, quando age ou o faz por sorte, ou ainda, com finalidades espúrias, de forma indesejável, tem-se a planificação e generalidade que faz com que requisitos essenciais tornem-se ficção.

²⁰³ BENTHAM, p. 109.

²⁰⁴ BITENCOURT, C. R. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. passim.

²⁰⁵ ZAFFARONI, **Em busca das ...**, p. 19.

Um discurso ilegítimo, por ser importado, por ser dirigido politicamente para preservar um colonialismo genocida, ignora a realidade com uma abstração inaceitável, com paradigmas impraticáveis. Um atestado de desonestidade ideológica.

A cisão do discurso do direito penal e do direito penitenciário é mais uma das armadilhas preparadas para que o sistema perca sua essência e, conseqüentemente, sua identidade, sendo levado para onde quer que interesses oriundos dos colonizadores pretendam. Assim, também se perde o discurso penal que incita um clamor ético para a região marginal do mundo globalizado. Diz-se marginal por ser excluída e, quando assim é conveniente, incluída, sempre que há que se espoliar alguém.

Um Discurso Penal só pode ser legítimo se respeitar os princípios fundamentais de todo o Direito Penal Humanístico, mas, mesmo assim, será carente de legitimidade se, no fundo, legitimar um sistema que age da forma descrita. É temerário que o Discurso Penal seja digno de crédito, pois, se assim for, será o adequado mecanismo de aplicação da “ultima ratio”, assim será sua justificativa.

Zaffaroni assume que o abolicionismo de Hulsman é o desejável, mas também assume que é utopia. Entretanto nada impede que o Direito Penal sofra intervenções minimalizantes a ponto de reduzir sua área de atuação a um limite tolerável. Que limite seria este? Pode-se afirmar que não existe.

Desse modo, propõe-se que o Direito Penal assuma sua posição de inacabado, que está em um contínuo ciclo evolutivo que nenhum discurso o justifica plenamente, dando-lhe a estabilidade indesejável para algo que, pelo menos no mais íntimo dos sonhos deva um dia terminar.

A modernidade, de acordo com a linha do intervencionismo mínimo, traduz-se no pensamento de industrialização²⁰⁶, de promessas de mudanças, de fracassos sentidos pela grande parcela de excluídos, que foi criada pela divisão entre países desenvolvidos e em desenvolvimento²⁰⁷.

Para que o conceito pluralista seja adequado à realidade da região marginal é imprescindível que haja uma série de requisitos essenciais na formação da sociedade

²⁰⁶ LECHTE, p. 224.

²⁰⁷ A expressão em desenvolvimento, “politicamente correta” costumeiramente é substituída por região marginal, excluídos e sub desenvolvidos, efetivamente mais adequadas.

emergente, cuja criação foi proposta no processo de redemocratização. Dos requisitos mencionados por certo está o intervencionismo mínimo por parte do Estado, nas idéias de Rawls e de Nozic.

Com a tentativa de mudança de paradigma, que esbarra em um obstáculo sério de ordem material este estudo passa a analisar a proposta plural. O nascimento do outro como alguém livre, diferente, por ser uno, e igual em uma relação²⁰⁸, por ser semelhante. O outro passa a ser o paradigma do antropocentrismo. O homem ainda é o pivô do universo, mas em uma perspectiva de aceitação de alteridade de Levinás²⁰⁹.

O novo paradigma proposto em maior ou menor escala vem sendo acolhido pelo Direito Positivo Brasileiro, com uma dogmática Kelsiana, que segundo Andréas Huyssen, preocupa-se com o “contágio pela política, moral ou cultura de massa”, com sua teoria da norma fundamental e da lógica formal, preserva a segurança imaginária trazida pela calculabilidade formal, relutando em aceitar flexibilizações absolutas.

Para Kelsen “a pureza do método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo fato de se não tomarem os limites que separam a ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo fato de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir, claramente entre Direito e Moral.”²¹⁰

Pode-se notar, no entanto, que a justiça do trabalho, o Direito Civil e, inclusive, de forma mais retraída, com o advento da lei dos juizados especiais, o Direito Penal acolhe a redução de intervenção estatal e, conseqüentemente, um fomento dos dispositivos disponíveis e um aumento nas hipóteses de transação.

O espelho trazido da Europa central e dos países nórdicos sofre um grande grau de distorção, uma vez que sua posição de domínio é clara e seu modelo é inadequado à realidade de uma sociedade à margem do sistema global.

Das tímidas recepções em nosso sistema jurídico de transações, de hipóteses de disponibilidade da tutela estatal e de conciliações ainda dista do direito vivo de Ehrlich²¹¹ pode-se afirmar que choca os positivistas que temem pela quebra da

²⁰⁸ BOBBIO, **Igualdade e ...**, p. 7.

²⁰⁹ DUSSEL, p. 363.

²¹⁰ KELSEN, p. 67.

²¹¹ EHRLICH, E. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1986. passim.

segurança, principalmente quando se trata de uma democracia recém implantada em um país com um alto grau de dependência sócio-econômica dos países dominadores.

A democracia quase em estágio embrionário ainda mantém uma visão da necessidade de um Estado gestor e tutor, assistencialista e paternalista, Estado que mina formas de organização consciente quer manipulando a mídia de massa, quer privando as classes dominadas de um mínimo necessário para a subsistência digna, em especial privando-as do acesso à cultura, geratriz de questionamentos e posturas conscientes.

Assim, em última análise, podem pôr em risco a situação de domínio encoberta por uma estrutura dissimuladora da realidade interna do Estado que busca, a todo custo, preservar-se.

Assim do “sincretismo metodológico decorrente da confusão entre o ser e o dever ser”²¹² propalado por Kelsen em sua teoria pura do Direito encontra-se a linha de uma vertente válida e legítima, como fonte primária do direito que não seja o Estado, encontrada em Ehrlich:

...qualquer viajante, vindo do ocidente, tem sua atenção despertada para a desordem que reina nas regiões mais atrasadas do oriente e em parte do leste e do sul da Europa; esta desordem consiste no fato de que as prescrições jurídicas gerais, mesmo quando existem, não são observadas. Em rígido contraste com que a ordem tradicional é observada nas pequenas associações, no lar, na família e na parentela.²¹³

Fica, assim, claro que a efetividade da norma não está em seu rigorismo formal, mas sim em sua legitimidade e efetividade.

Pode-se afirmar então que o direito monista não é a única fonte normativa válida, quando nem sempre é legítima e eficaz.

No mesmo sentido, Louck Hulsman, afirma que “se afastos do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça.”²¹⁴

²¹² KELSEN, p. 23.

²¹³ EHRLICH, p. 25.

²¹⁴ HULSMAN; CELIS, p. 140.

Nesses termos, propõe a abolição do Direito Penal, sugerindo que novos caminhos surgirão, como Ehrlich, na proposta de um “Direito Vivo”, de ordem para estatal. Uma vez libertados do paternalismo, conveniente a um Estado pretensamente democrático de direito, abre-se uma porta para uma nova realidade jurídica, adequada às propostas constitucionais brasileiras.

5.2 O ABOLICIONISMO

O abolicionismo em Hulsman surge do princípio de que “... a não ser por um acaso excepcional, o sistema penal jamais funciona como os princípios que querem legitimá-lo.”²¹⁵ Essa é a temática de Zaffaroni.

O discurso e a coerência do sistema com ele justificam-no. A existência do sistema penal é admissível e desejável, mas somente se posta de uma forma razoável, destinada ao bem comum e não à satisfação de parcelas sociais, especialmente, como seria de se esperar, das dominantes.

Hulsman é reticente ao afirmar que, quando o direito penal é posto frente à realidade, apresenta uma espécie de “non sense”²¹⁶, empiricamente constatável. É aí que a complexidade dos fenômenos sociais, quaisquer que sejam, tem seu maior obstáculo. Surge embrionariamente o abolicionismo de Hulsman em 1970, quando, em uma fórmula que tenta unir ciências sociais e exatas, propõe-se a demonstrar, empiricamente, através do uso de um computador, que o “non sense” do sistema penal não só existe, mas pode ser empiricamente demonstrado se recorrer a um modelo informatizado, que analisando as variáveis possíveis sempre resulta na indicação de que não há pena pertinente para o caso em questão, seja qual for ele.

No mencionado sistema a proporcionalidade entre pena e delito, a subsidiariedade do Direito Penal e informações exatas sobre o imputado seriam inseridas como se, ainda hoje, a ficção não fosse elemento de criação da inteligência artificial²¹⁷.

Das evoluções, contingências e experiências pessoais²¹⁸, Hulsman teve o abolicionismo instalado gradativamente em sua consciência, uma vez que o Sistema

²¹⁵ Adota Hulsman a mesma base discursiva de deslegitimação, em escala muito inferior à de Zaffaroni.

²¹⁶ O Direito Penal não deve ser aceito sequer como “ultima ratio”, tamanho o grau de imperfeições que traz em seu bojo, gerando mais prejuízos que proveitos de ordem social.

²¹⁷ Mencionando a possibilidade de um sistema informatizado de trabalhar com dados alienígenas à sua programação originária.

²¹⁸ HULSMAN; CELIS, p. 140. A personalidade de Hulsman.

Penal é uma abstração que se distancia da realidade que se perde na íntegra. No entanto, afirma não ser otimista, mas portador de razões para ter esperanças²¹⁹.

Hulsman²²⁰ afirma que evolução da visão do mundo e, portanto, sobre o Sistema Penal é necessariamente paralela à sua evolução pessoal interior. Como chave de formação personalística destaca-se:

- a) estar aberto;
- b) viver solidariamente;
- c) estar apto a uma permanente conversão.

Hulsman ainda afirma que “... o ato de conhecer encerra um vínculo, o vínculo entre o objeto que é conhecido e aquele que o conhece, e aquilo que chamamos de realidade é essa interação...”²²¹.

Dessa maneira, a solução para o problema do Sistema Penal estende-se, de certa maneira, a todo o Sistema Jurídico e de domínio estabelecido pelo Estado que prega, com frequência, os grupos pequenos, as comunidades de bairros e pequenos povoados, como recursos para a solução de conflitos.

Pretende-se, assim, defender a idéia de que, ao contrário do imobilismo, deve-se desenvolver a prática para que dela seja extraída a teoria que a fundamenta, sabendo que são “...muitas das pretensas verdades ou dos pretensos conhecimentos são falsos”.²²²

Hulsman pretende a volta às sociedades “tradicionais”, antônimas às industrializadas, tidas como superiores àquelas, como sendo um benefício, vez que romperia as falsas bases em que as sociedades atuais são elaboradas e que, apesar de inegáveis benefícios, trazem em seu âmago conflitos interpessoais, principalmente no tocante à saúde, educação, meio ambiente. Há uma dissociação entre realidade vivida e realidade aparente, completando sobre o desenvolvimento; sendo que a racionalidade própria da industrialização é catastrófica.²²³

²¹⁹ HULSMAN; CELIS, p. 29.

²²⁰ Ibid., p. 31-50.

²²¹ É a fundamentação básica do princípio empirista do sujeito como ser cognoscente e do objeto como ser cognoscível.

²²² HULSMAN; CELIS, op. cit., p. 16.

²²³ Ibid., passim.

Ainda de acordo com as idéias de Hulsman, vale destacar a seguinte afirmação “... eu já tinha uma idéia do que eram os Sistemas Penais em diferentes contextos, pelo menos na Europa”²²⁴ e “...percebi ser quase impossível que uma pena legítima possa sair do Sistema Penal dada à maneira como ele funciona”²²⁵.

Os processos sociais são dotados de intencionalidade, cravada de um discurso político, que é gerador de um discurso jurídico e que deforma a realidade, de acordo com sua finalidade determinada.

O discurso oficial ignora a realidade²²⁶. Portanto o discurso de Hulsman, nas frações abolicionistas, e não em vários de seus princípios fundamentais, ignora a realidade latino-americana, já que tem seus olhos voltados para um mundo pronto, antagônico ao que está “em desenvolvimento”, por fazer, mas com espírito, índole e características próprias, que demandam discurso próprio.

Surge nesse ponto a expressão “sociedades tradicionais”, a qual se refere o autor às sociedades que tenham um modo de produção de bens de consumo diverso do meio industrializado, ou pelo menos da industrialização em massa, que inclusive reconhece haver posto fim a um certo grau de pobreza, mas que, apesar disso, o faz em detrimento de bens fundamentais: vida, saúde, educação e habitação, sem que a segurança seja mencionada.

Cria-se assim uma “sociedade de aparências”, contraposta à realidade²²⁷, onde o supérfluo gera impasses e conflitos desnecessários e indesejáveis. O retrato de tal postura é a malfadada globalização, que imprime aos componentes de uma sociedade globalizada, padrões de estética e de valores ilusórios e ainda compele o indivíduo a criar necessidades inexistentes, naturalmente, mas imposta, pela artificiosa inter-relação globalizante.

As sociedades tradicionais têm um enfoque mais qualitativo que o enfoque das industriais, basicamente quantitativo e os padrões de necessidade são mais ligados à

²²⁴ HULSMAN; CELIS, p. 24.

²²⁵ Ibid., p. 27.

²²⁶ Ibid., p. 38.

²²⁷ Progressão criminalística de Zaffaroni

demanda da postura do material, produzido em um mercado que nem sempre precisa do item em questão, das necessidades próprias do mercado interno.

Para se reencontrar os princípios do ordenamento social há que se trabalhar o modelo institucional das sociedades industriais, promovendo a “... cancerização institucional para revalorizar outras práticas de relacionamento social é desinstitucionalizar na perspectiva abolicionista”²²⁸.

Nota-se aqui, com relativa clareza, que o abolicionismo, de uma forma ou de outra, acaba por ter fundamentos anarquistas, sendo o sistema penal o primeiro a ser atacado, naturalmente, por ser mais vulnerável e menos sustentável, pela falta de legitimidade do seu discurso fundamentador frente às suas falhas inumeráveis.

A igualdade pregada pelo discurso oficial exclui a diversidade, que implica em tolerância, em aceitação, compreensão, não no sentido romântico, mas no aspecto da prática de convivência entre diferentes. Assim sendo é a solidariedade o caminho para o abolicionismo²²⁹.

Apenas o vínculo interpessoal calcado em compreensão pode servir de paradigma para um sistema que prega a abolição de normas penalizadoras. A consciência crítica individual é elemento anímico, personalíssimo, em que os valores, limites de tolerância e de respeito são privativos de quem os detém.

Não há como se confiar em bases personalistas para que um sistema, mesmo que falho, mas que seja substituído por crenças, constituídas de diversidades, tão distantes que é imperativo o controle consensual da coletividade, não como grupo, mas como organização, como estado constituído, com força coercitiva, para aplicar normas diversas da consciência, mas sediadas em regras organizadas, estáveis, reguladoras e úteis, tanto a infrator como a vítima e a estabilidade institucional.

A pendência de julgamento de atos através da consciência alheia, do perdão do próximo, da compreensão e da proximidade das pessoas é um sonho, algo desejável, mas intangível, principalmente se se voltar os olhos para a realidade Latina, países pobres, grandes, desorganizados, recém saídos de regimes de exceção, em que a

²²⁸ HULSMAN; CELIS, p. 16.

²²⁹ ZAFFARONI, **Em busca das...**, passim.

consciência crítica individual foi massacrada por décadas a fio a ponto de ser algo tão amorfo que não merece confiança.

Hulsman ressalta a subversão entre Estado-meio e Estado-fim, sendo a solidariedade mencionada pelo autor aquela entre pessoas e não de instituições ou símbolos. O Estado não possui uma democracia estável, como é ou foi a regra da América Latina, tem seu fim nele próprio. O governo autoritário tem como única e principal função manter-se no poder, ele é o fim, ele é o meio, o resto é irrelevante.

O bem estar social é acessório, dosado milimetricamente, pois sua falta pode instabilizar o regime, sua concessão pode gerar massa crítica. O fim se perde na ausência de legitimidade administrativa. A força é a legitimação requerida para que a situação seja preservada.

A lei deriva, naturalmente para que o fim do Estado seja preservado, ou seja, ele mesmo. O conceito de inimigo interno, que norteia os governos revolucionários despóticos, corrompe e distorce o conceito de sistema penal ou de justiça social.

Nesse sentido Hulsman resgata de suas memórias o asco tido aos discursos hitleristas, por ele ouvido nas rádios, que resultavam em uma solidariedade entre os cidadãos. Aqui está o ponto chave de sua fé na tolerância e solidariedade. Tal solidariedade implica em uma “... espécie de respeito, de delicadeza, de ajuda mútua (...) que implica em uma espécie de responsabilidade, numa especial atenção para com os mais fracos”.²³⁰

Ainda reforça, a partir de então, o pluralismo, ao afirmar “... posso considerar indignos, maus ou nocivos alguns modos de vida, mas se os próprios interessados não vêem aí um problema, penso que jamais poderia impor meu ponto de vista, podendo apenas incentivá-los a uma mudança”,²³¹ passando então a propor uma espécie de “convite” para uma forma de mudança, “sem jamais ignorar seu direito fundamental de viver, segundo sua própria visão das coisas”.²³²

²³⁰ Pode-se dizer que tal presunção seria um estado primário da vulnerabilidade de que fala Zaffaroni, ao abordar o tema culpabilidade.

²³¹ HULSMAN; CELIS, p. 45.

²³² Ibid., p. 46.

Pluralismo, tolerância, solidariedade, responsabilidade coletiva fazem a base do ideário minimalista. Tais idéias não implicam em supressão de qualquer sistema que seja tão próximos, tão parecidos e, ao mesmo tempo, tão diferentes.

Mas a fé no homem, a crença de que o homem é bom, que suas ações são desprovidas de nocividade, que sejam dignas de uma reação violenta do Estado traduz-se cegamente na assertiva de que “... hoje, 28 anos mais tarde, ainda posso dizer que jamais encontrei alguém de quem eu estivesse inclinado a dizer, após ter estabelecido um contato verdadeiro: trata-se de um homem mau. Conheci pessoas difíceis. Muito freqüentemente encontro pessoas aborrecidas. Mas nunca alguém que após um esforço de compreensão me tenha parecido repugnante ou essencialmente distante de mim”.²³³

Assim sendo existem dois tipos de conversão ao abolicionismo para que o processo de substituição do sistema penal seja efetivado. A individual e a coletiva, da qual o abolicionismo necessita²³⁴, uma vez que para Hulsman todo o fundamento da justiça criminal arquiteta-se no princípio de que o homem comum é basicamente “obtuso, covarde e vingativo”, o que não corresponde à realidade, pelo contrário, sendo ela o avesso, faz com que o sistema estabelecido artificialmente seja manipulado para sua manutenção, através de números artificialmente articulados, diferentemente da forma de pensar real das pessoas, ilegitimando, assim, o sistema vigente.

Desse modo, por consenso, afirma-se que o Sistema de Justiça Criminal não funciona enquanto sistema, nem tampouco representa a vontade do povo “concreto”, o que não invalida o sistema penal em tese, mas sim sua aplicação. Diga-se de passagem, caso o homem fosse abolir tudo aquilo que não funciona dentro de limites esperados ou insatisfatoriamente, ele próprio seria objeto de tal abolição.

O simplismo da mídia labora uma feição maniqueísta do problema e divide a sociedade em bons e maus atores, que assumem o bem e o mal como seus papéis.

²³³ HULSMAN; CELIS, p. 46.

²³⁴ A lógica jurídica, ou deôntica permite uma redução à uma fórmula, ou seja, se “p”, então “q”. Em contrapartida a lógica clássica, ou apofântica, ontica ou da verdade não permitam tal formalização, mas uma formalização que precisa ser modificada para analisar o direito, uma vez que temos a verdade ou falsidade, e na jurídica a validade ou não validade, não se trabalha com norma verdadeira, mas com norma válida, sendo que a clássica é base para a jurídica, (Von Wright) formalizou a lógica deôntica em 1951 (obrigação, permissão proibição).

As garantias individuais trazidas pelos diplomas penais e processuais penais não protegem os indivíduos de arbítrios e a prática de um direito penal subsidiário ou como “ultima ratio” é a única forma de sua compreensão. É um fato agravante que tanto os julgamentos precipitados ou seu revés, os tardios, onde a distância do fato até a data da prisão e a revelia são fatores que prejudicam o sistema a ponto de comprometê-lo.

O sistema que deveria ser controlado pelo homem, por meio de seus agentes, laboradores e elaboradores, acaba por perder sua visão abstrata, idealizadora caindo na idiossincrasia de cada um de seus operadores em cada fase do sistema, perdendo por completo a harmonia idealizada em sua configuração originária.

O isolamento interinstitucional faz com que se perca a coerência e coesão do conjunto, uma vez que os corpos que deveriam compô-lo conexa e sistematicamente, na realidade, formam-se de acordo com sua própria estrutura, desprendendo-se do sistema como um todo, chegando a um grau de autonomia e identidade próprias que maculam qualquer elemento ideológico fundamental, em um perverso jogo de poder.

Assim, a discrepância dos discursos e conseqüentemente das ideologias e formas de condutas fazem com que as ações e visão críticas dos problemas percam-se em um enevoadado de “... critérios de ação, cultura e ideologias próprias e não raro entram em choque, em luta aberta uns contra os outros”²³⁵. Não é preciso grande esforço para elaborar-se exemplos concretos de tal fato, principalmente no Brasil, onde as organizações são incipientes e estão em estágio evolutivo e de transição.

Quando o prestar justiça e o combater criminalidade assumem ideologias próprias comprometem o “sistema”, que dá lugar a lutas personalistas e corporativas, que não possuem qualquer relacionamento ideal, formal ou material.

O retrato disso é a reforma padrão das polícias: armas, equipamentos e homens, da justiça, mutirões, o clamor público por leis mais severas, sem a alteração do diploma penal codificado e sem que a conduta seja analisada em sua essência, se questionando o bem jurídico tutelado em questão. Ao invés de tratar o mal, trata-se o sintoma.

²³⁵ HULSMAN; CELIS, p. 59.

Sem a descriminalização ou reavaliação da pena a ela concernente, medidas de redução de volume de serviço, mascaradas com o manto da redução de punibilidade, como, no Brasil, a lei 9099/95, que institui o juizado especial criminal, nomeando “infrações de menor potencial ofensivo”, sem analisar o objeto jurídico por elas tutelado, mas tão somente a pena em tese atribuída para a prática do delito.

O fato é que diante de tanta autonomia o sistema, ou o que deveria ser um sistema, não tem início meio ou fim, não tem rédeas e nem freios, age de forma inercial, ou seja, cada uma das frações age “... de forma fria e mecânica”.²³⁶

A distância entre o humano e o pessoal torna-se incomensurável e os papéis ou as sucessões de papéis dos atores do sistema penal são degradantes para os que nele se envolvem, mesmo que esta não seja a intenção do protagonista estatal ou da pessoa que a ele recorre.

Ambos desgastam-se, como parte de um todo e como indivíduos, havendo certo e claro descrédito, pela inoperância resultante de tais conflitos de identidade.

Hulsman ainda pondera que nenhum dos envolvidos no processo de prisão parece interessado na reclusão do indivíduo que, pelo contrário, parece querer “... lhe poupar do encarceramento...”²³⁷ por não serem, em sua essência, repressores, mas sim fazerem parte de um “... processo repressivo, no qual, ao fim da linha de montagem surge seu produto, o encarceramento”²³⁸. O sistema não interage com seus destinatários nem com seus operadores. Aliás, é natural e desejável que por parte dos agentes do sistema não haja vontade de recolher alguém à prisão, pois nada devem ter contra ou a favor do infrator. Não lhes é dada à discricionariedade do passionalismo.

A piedade individual compromete tanto o sistema como os desvios de conduta em que a repressão é pessoal, imediata e marginal ao sistema, por parte de alguns de seus operadores, para que seja saciada a fome de vingança ou em nome da efetivação de uma justiça que não será promovida ou, se for, será tardia ou insatisfatória.

A idéia básica de Hulsman é que o direito penal não tem em seu bojo o viés de “satisfazer” a vítima, que lesada, quer uma represália. Isso não é, nunca foi e nem

²³⁶ HULSMAN; CELIS, p. 60.

²³⁷ Ibid., p. 61.

²³⁸ Id.

poderá ter a pretensão de ser base sistêmica de nada que tenha uma organização supra tribal.

O interesse no encarceramento transcende a vontade da vítima e dos atores do sistema ou pelo menos assim deveria ser e tal transcendência tem respaldo minimalista, pois o que decorre de vontade, de intencionalidade, de tolerância e de possibilidade de disposição dentro da esfera do indivíduo, sem que o interesse maior sancionatório do Estado, fundamenta o direto penal do remanescente²³⁹, um dos princípios basilares do minimalismo.

A preservação da ordem, interesse geral e segurança pública, ironiza Hulsman, são as justificativas para que a abstração penitenciária seja levada a efeito, resguardando-nos das “empreitas criminosas”. Pergunta-se qual é a distinção entre a prisão e o castigo corporal. O que contesta, pois reclusão em si é uma forma de castigo corporal. Nessa falaciosa linha tem-se, em primeiro lugar, que a abstração não é indiferença, desprezo ou desdém, mas simplesmente a prática de ações normatizadas, sem cunho pessoal, que venha a beneficiar o afável, amável e agradável indivíduo que veio a cair nas malhas do sistema, nem tampouco sobrecarregar o sisudo e malquisto por delito menor, mas simples antipatia geral que sua pessoa cria.

O castigo é o resultado da sanção penal ou das sanções naturalísticas da vida. Aquele que não trabalha, não come, aquele que não cede aos fortes, curva-se diante de seu poder, aquele que não cumpre um contrato é penalizado civilmente. As Sanções nunca serão abolidas da vida de quem quer que seja, já a sanção física, os castigos corporais são contrários a qualquer princípio de relacionamento contemporâneo. As restrições, por várias vezes, no seu próprio discurso abolicionista, Hulsman menciona-as, mesmo que sanções de ordem moral, impingidas por grupos sociais. Que um dia todas elas sejam abolidas.

Como todo o sistema, sua última fase de atuação direta também não faz jus a elogios. “Além das condições humilhantes, o ambiente é propício para as doenças, mencionando que não é por acaso que as cáries e os problemas digestivos se sucedem

²³⁹ Expressão usada pelos adeptos das correntes que julgam imperativas a retirada do diploma penal de todas as condutas que não pertencem, naturalmente àqueles ramos do direito, através de um processo de administrativização de condutas que a ele não se adequem.

entre os presos.”²⁴⁰ Mais uma vez, se não funciona, extirpa. Ora, não é viável uma remodelação? De qualquer forma, nos moldes latinos, facilmente encontraremos prisões que em muito superam qualitativamente a vida ordinária de muitos trabalhadores. O sistema socioeconômico é tão ineficaz como o sistema jurídico penal.

Da perda da liberdade à perda dos demais vínculos sociais não há distância, emprego, obrigações de ordem pessoal e familiar perdem-se junto com ela, “... sua esposa ou companheira às voltas com forças hostis, como vizinhos mal intencionados talvez, ou um patrão a exigir que ela se demita...”²⁴¹. Aqui está o momento de participação social que Hulsman tanto prega como substitutivo do sistema penal. A assistência ao egresso.

Somente uma sociedade fraterna e tolerante pode constituir tal religação do indivíduo ao convívio social. Aí sim, entra em cena a participação de grupos de apoio, grupos comunitários, caso funcionassem antes do sistema, funcionariam ainda melhor depois de uma intervenção profícua.

“A inexistência de culpados não é nem um pouco indispensável para a reparação de danos causados”²⁴², cabendo essa a ramos alienígenas, ao Direito Penal, o que retrata, com exatidão, o Direito Penal Mínimo, pois busca extirpar do Direito Penal tudo aquilo que não lhe é afeito, sendo aqui deixado claro mais um princípio de plena valia em qualquer direito penal.

O já mencionado Direito Penal do remanescente, que é o mais próximo, aproxima-se, nos dias de hoje, do abolicionismo, na América Latina.

A curiosa expressão que “...outros acontecimentos poderiam ser definidos como homicídio...”²⁴³, relaciona causas de exclusões de antijuridicidade²⁴⁴ que

²⁴⁰ HULSMAN; CELIS, p. 62.

²⁴¹ A reclusão do indivíduo em questão não seria decorrente de ser ele um dos mal intencionados, por ele temido, ou das forças hostis mencionadas?

²⁴² HULSMAN; CELIS, op. cit., p. 16. Por que reparar algo de que não se é culpado?

²⁴³ Ibid., p. 73.

²⁴⁴ Legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e outros.

passam a integrar uma outra espécie²⁴⁵ de “cifra negra”, pois “...quando o fato é demasiado complexo, a própria lei utiliza a noção de situação”²⁴⁶.

Afirma que tais fatos, resultantes situações legais, são deixados fora do “Sistema Penal” que, pelo visto, abrange apenas o recolhimento ao cárcere e nunca a laboração sobre juízos de valor sobre a conduta e princípios que fazem com que as penas ocorram em incidência menor do que os fatos, talvez buscando fugir à tão mencionada inquisição medieval e aos casuísmos uma vez que as condenações são quase compulsórias.

Fato inegável é a pequena incidência dos fatos típicos que são levados à justiça ou mesmo ao conhecimento do poder público; no caso do Brasil, que possui um direito penal de abrangência, é inaceitável²⁴⁷.

O sistema que já opera mal emperraria em definitivo, mas tais exclusões resultam de fatores facilmente detectáveis²⁴⁸.

Ora a intolerância ou operacionalidade deficiente dos órgãos de justiça criminal, ora as falhas da lei, que abrange mais do que deveria, faz de um direito que deveria ser naturalmente conciso, algo difuso e desconexo. Isso ainda faz com que a pré-seleção, de Hulsman, seja a regra.

Tal observação a respeito dos operadores do sistema de justiça abrange todos os seguimentos, em conjunto ou individualmente, já que o mau funcionamento de partes do sistema fazem com que ele venha a fracassar como um todo, de forma linear, instabilizando-o²⁴⁹.

Os despossuídos²⁵⁰, naturalmente em decorrência das administrações públicas, em especial da América Latina, onde o welfair State, vem deixando de ser regra nos países da Europa Central, é ficção das mais absurdas.

²⁴⁵ Aquela que a seletividade do estado cria, e no caso a seletividade normativa e não espúria, decorrente de omissões, corrupção ou de prevaricações.

²⁴⁶ HULSMAN; CELIS, p. 73.

²⁴⁷ Tipos como escrito obsceno, adultério e tantos outros já não fazem qualquer sentido no mundo atual.

²⁴⁸ SOARES, *passim*.

²⁴⁹ Vide *infra*, a compartimentalização das agências operadoras do sistema penal.

²⁵⁰ HULSMAN; CELIS, *op. cit.*, p. 75.

Isso, de fato, são as maiores vítimas de todos os seguimentos, o que não implica na sucumbência jurídico-penal, mas sim da administração mal direcionada.

A ferida não deve ser curada, pois é mola mestra de propostas de melhorias e, se tratada de tempos em tempos, traz o ilusório sentimento de ação, em que planos e movimentos aparentemente mostram indícios de solução, o que inexiste sem planejamento.

A expressão “deixa pra lá”,²⁵¹ é o claro retrato de tal inoperância, ou de funcionamento deficiente ou incompleto, desconexo ou descontínuo. A máquina, como menciona Hulsman, em expressão feliz, funciona com peças que, por mais independentes que possam parecer, são interligadas de forma tal que um pequeno desvio funcional implica em sua completa disfunção.

Constantemente Hulsman volta ao principal fundamento de ataque à justiça penal, o castigo como resultado da intervenção estatal.²⁵² Sua vontade abolicionista fornece, de sobra, argumentos minimalistas, pois os ataques a fases do processo de persecução não colocam a justiça criminal no cadafalso, mas sim trazem elementos que a reforçam, indicando a todo o momento, as distorções sistêmicas, que não podem e nem devem comprometê-lo, mas sim servirem de bases de estruturação ou reestruturação do sistema.

Agora ataca a “sideral”²⁵³ distância entre a realidade dos operadores da justiça criminal e dos seus produtos finais, os condenados.

A anarquia penal por deficiências sistêmicas, proposta assim, equivaleria à anomia plena, sedutora e perigosa. Sedutora no seu ideologismo puro, perigosa em sua inaplicabilidade, que vem do pluralismo humano, que tem como fundamento e única forma de existência a tolerância mútua, o que não demanda maiores esforços

²⁵¹ HULSMAN; CELIS, p. 76.

²⁵² O castigo é distante do pretendido pelo direito penal, que tem nas penas algo ainda pendente de definição perene, havendo um sem número de correntes que buscam justificar a existência das penas.

²⁵³ HULSMAN; CELIS, op. cit., p. 76.

intelectuais ou empíricos, para que vejamos seus óbices práticos²⁵⁴. O consenso é maravilhoso, mas é utópico.

É patente a distância entre as elites, isto é, classes dominantes, e o indivíduo excluído.

O excluído, com exceção nos países da Europa Central, é a regra brasileira, isso é inquestionável, mas afeita à sociologia ou sociologia jurídica, mas nunca ao Direito Penal, abstrato geral, que é pertencendo ao mundo do vir a ser, sendo que a falácia naturalista, de confundir-se o fato com a prescrição é, em tese, pecado lógico e inaceitável, por viciar qualquer tipo de ilação decorrente de sua elaboração.

É claro que assim o autor restringe o evento aos seus envolvidos, descartando assim condutas em série, crimes institucionalizados e, por fim, desvios de vontades, decorrentes dos interesses pessoais, que podem ser altruístas ou egoístas.

A conciliação questionada é a tônica do discurso jurídico penal de hoje, indo além, já que, sob a ótica minimalista, certas condutas que atingem de forma menos graves os objetos tutelados pelo direito penal, devem ser extirpadas dele, migrando cada qual para a sua área pertinente. Ainda que sem a legitimidade desejada.

Pode-se ver em Silva Sanches que “...na verdade, consegue-se manter sob controle até o delito mais grave (o homicídio por exemplo) mediante a aplicação de penas privativas de liberdade; porém o mesmo não ocorre – nem mesmo a considerável redução da incidência do delito – com a introdução da pena de morte ou da tortura.”²⁵⁵

Hulsman passa então a equiparar o sofrimento da vítima, não enquanto parte lesada, mas enquanto vítima do conflito, e do autor, não enquanto ofensor, mas enquanto parte adversa da vítima no embate, dizendo da “...oportunidade de falar com seus agressores”²⁵⁶, na mais pura ótica conciliatória personalista, onde a vítima está obstaculizada de interromper o curso da persecução iniciado, preocupando-se Hulsman

²⁵⁴ Hulsman nos fornece elementos para demonstrar isso à pág 77 de “Penas perdidas”, “o jogo de propostas discordantes”.

²⁵⁵ SANCHES, J. M. S. **Eficiência e direito penal**. Eficiencia y derecho penal. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004. (Coleção Estudos de Direito Penal, v.11). p. 61.

²⁵⁶ HULSMAN; CELIS, p.16.

com o desconhecimento da vítima do sofrimento experimentado pelo autor, em decorrência de sua condenação, que chega até aos seus familiares, pondo à frente da vontade / dever estatal a vontade passional experimentada pela vítima, ao ver o descabido sofrimento de seu agressor, fato ignorado pelo sistema penal, onde a vítima deveria experimentar as agruras de ver seu ofensor condenado por conduta delitiva por ele engendrada, dotada de voluntariedade, na forma da lei.

As ressalvas minimalistas cabem aqui mais uma vez, pois o fato enquadra-se, com perfeição, frente a condutas que não são dignas de serem analisadas e protegidas pelo direito penal mínimo.

Como entender ilícitos brandos é fácil, mas como conciliar os erros de avaliação é difícil. Daí surge um questionamento, como acatar o delito dos adolescentes que furtaram Hulsman e, com ele, integraram-se conciliatariamente, mais que concebível? Como entender e conciliar vítima e autor de crimes dotados de extrema gravidade, chegando a aceitar o fim conciliatório, como em um homicídio²⁵⁷ ?

A finalidade de tais encontros seria que a vítima pudesse compreender o que levou o agente a ter a atitude que gerou o conflito²⁵⁸, de saber o que motivou a ação, uma vez que a pessoa atingida “raramente”²⁵⁹, quer que seu agressor seja castigado pelos atos praticados, centralizando, novamente, a essência do direito penal na disponibilidade e nas violências ou agressões que em nada afetam a estabilidade social.

O perdão é exigível de todos para condutas praticadas contra eles, de forma semelhante? Se não é dado à vítima o direito de pretender a ação punitiva do Estado, tal direito lhe é extirpado? A tolerância individual deve, ou pode, ser exigida da coletividade? Se puder ser, por que não se exigir a abstenção de condutas, ao invés da tolerância delas?

Aliás, a função resolutória de conflitos dificilmente é assumida pelo direito penal, que, na maioria dos casos, recebe o conflito consumado de forma irreversível, restando-lhe apenas a ação punitiva.

²⁵⁷ HULSMAN; CELIS, *passim*.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 83.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 84.

O discurso da tolerância, talvez uma das premissas basilares do minimalismo atinge apenas o que pode ser tolerado pelo indivíduo, de forma tal que o gravame por ele sofrido atinja, de forma não contundente, o social, como organização merecedora de tutela estatal, de forma que a compreensão da vítima dos motivos que levaram o agente à prática do ato, e sua plena escusa sejam indiferentes para o direito penal, sendo assim, o interesse pessoal avocado pelo interesse estatal, momento em que a vontade dos envolvidos perde todo o sentido, até por ser passional, o que não ocorre, ou deveria ocorrer com o Estado.

Nas palavras de Nilo Batista, “...isso, porque, sem sombra de dívida, o sistema penal é constitutivo de representações e relações sociais, de políticas públicas, de discursos do poder e até mesmo de sua própria configuração lingüística, a lei.”²⁶⁰

O Estado não quer punir, no sentido de retaliar, intencionalidade normal em vítimas, tão normal quanto o perdão, o Estado deve, através dos meios legais que lhe são dados, coibir e reprimir ações que, se praticadas de forma institucional, abalariam sua estrutura. É certo que para isso não se adotem tendências pessoais, tais como a análise casuística.

O exemplo citado da ótica da vítima a respeito de um fato concreto²⁶¹ aceita o fato de que, se sob a ótica dos atingidos por um evento, seja ele algo natural ou sobrenatural, pode levar ao extremo de que o domínio escravocrata seja aceito, acatado e compreendido pelos servos e, é claro, da mesma forma, pelos que dominam, saindo assim da esfera de proteção estatal.

As barbáries podem institucionalizar-se²⁶² sem a oposição, ou até com a aquiescência da vítima, que se aceita como natural ser atingida por uma bomba, também por consequência, aceita como natural usar do mesmo recurso para fins que julgar necessários e convenientes.

²⁶⁰ BATISTA, N. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, V.R.P. de. (Org). **Verso e reverso do controle penal:** (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 1 Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p 147.

²⁶¹ HULSMAN; CELIS, p. 85.

²⁶² O direito penal deve ter como objeto maior o combate ao delito institucionalizado, e em menor escala ao incidental, sendo que o delito passional é natural ao ser humano, e de prevenção impossível, e de repressão complexa.

É inquestionável que, como afiança Hulsman, a pena pressupõe a legitimidade do que pune e o reconhecimento de sua legitimidade para tanto, por parte do que é punido, ou, completando, dos que virtualmente podem vir a ser punidos.

Assevera Hulsman que “...o Sistema Penal não permite um acordo satisfatório entre as partes”²⁶³, sendo este o principal foco de questionamento, o destinatário do sistema penal não é o infrator ou a vítima, pelo menos não mediatamente, pois, apesar de envolvidos no embate casuístico, não tem o sistema feito para eles, mas sim para todos, inclusive, é claro, eles, e as inadequações penais não decorrem do sistema, perfeito, em tese²⁶⁴.

Vale ressaltar que não se permite que a inoperância resultante da inadequação das atividades de ordem administrativa compromete o sistema, qualquer que seja; se uma parcela do projeto operacional não funciona, deve-se descartar o projeto ou alterá-lo, substituindo-o por outro sistema mais eficiente ou seu operador por alguém capacitado.

A ilegitimidade patente do discurso abolicionista de Hulsman para os países do terceiro mundo ou “em desenvolvimento” pode ser demonstrada através da assertiva de que “na categoria mais desfavorecida”²⁶⁵ de cada cinco pessoas, uma tinha estado na prisão e na categoria mais favorecida²⁶⁶ a taxa passava a ser de uma pessoa a cada setenta”²⁶⁷. Tais números não podem ser tomados como base para qualquer argumentação ligada à América Latina. O maior vício das pesquisas referentes a crimes, criminalidade, locais de maior incidência de delitos criminosos e grupos, de vítimas ou agente, penas capitais e outros eventos ligados aos delitos de uma forma geral é a perda da análise sociológica, que não consegue isolar elementos e variáveis.

²⁶³ HULSMAN; CELIS, p. 87.

²⁶⁴ Pelo menos em termos formais é viável um sistema coerente e viável, se fundado em um discurso legítimo, mas que, conforme assevera Zaffaroni, tenha coerência com a prática.

²⁶⁵ HULSMAN; CELIS, op.cit., passim. Representando 35% da população

²⁶⁶ Ibid., passim. Representando 15 % da população

²⁶⁷ Referindo-se a pesquisa efetuada nos países baixos a respeito de pessoas que morreram no ano de 1970.

Só assim o complexo resultado poderia ser visualizado de forma satisfatória²⁶⁸. É esperado que grupos diversos tenham práticas diversas, de acordo com suas formações, estruturas e necessidades, é natural que o criminoso pertencente às camadas mais baixas seja mais facilmente identificado e alcançado pelo sistema, pois tem menos recursos para driblar a ação.

Vale lembrar que o crime organiza-se e estrutura-se de forma que o pequeno delinqüente, que não se vê ameaçado pelas pequenas práticas a que está acostumado, aperfeiçoa-se nelas, nas prisões ou nas ruas, e ascende, ou tende a ascender, em seu “ofício”, organizando-se ou participando de organizações até que alcance o grau de impunidade das classes mais privilegiadas, que por vezes escapam ao sistema, mas que também, por vezes, agem contra a lei com menor frequência, porque nem sempre a necessidade ou a falta de acesso aos bens de consumo impostos mais e mais pelo neocolonialismo apelidado de globalização, lhes aflige. Qualquer que seja a explicação tem origem extrapenal, sendo que o sistema que falha é o sócio-administrativo.

“É preciso abolir o Sistema Penal”²⁶⁹, professa Hulsman, atacando o sistema social carregado de ideologia, protegendo classes dominantes, gerador de um “sofrimento estéril e baseado em um falso consenso”²⁷⁰, atacando frontalmente o sistema estatal, e não puramente o penal, a temática confunde-se com a deslegitimação do sistema penal e a do Estado em si.

Sem que haja a adoção plena do princípio hobbesiano de que o homem é o lobo do homem, naturalmente mau e mesquinho, é inadmissível descartá-lo na íntegra²⁷¹, lembrando sempre que a abolição do sistema penal implica na aceitação de que ele é o causador dos males mais nefastos e que seu produto, o condenado, não o foi por haver atingido a terceiros, mas que deformado²⁷² pelo Sistema Penal, aí sim será perigoso e danoso à sociedade, instituída não se sabe sob que bases, já que por

²⁶⁸ Fenômeno descrito por Ralf Dahrendorf com clareza ao abordar a existência de gangues em a lei e a ordem.

²⁶⁹ HULSMAN; CELIS, p. 91.

²⁷⁰ Id.

²⁷¹ Nas palavras de Boaventura “Compreendemos melhor Hobbes, Locke e Rousseau concebendo seus escritos como parte de um vasto projeto de racionalização da vida social.” SANTOS, B. de S., p. 137.

²⁷² Descarta-se, nessa linha de raciocínio, a deformidade socioeconômico cultural anterior.

mais incipiente que seja todo o grupo tem um sistema de regras e uma classe ou casta dominante que decide preferencialmente, apesar de não ser o que a história mostra, com fundamentos democráticos que surgem, via de regra, na forma do direito, gerando assim o mecanismo impessoal de controle do grupo, pois “...no contrato social a vontade pode ser boa ou má, mas a vontade geral só pode ser boa”.²⁷³

O enfoque das novas tendências que trabalham o conceito de pena como algo destinado a reabilitar, reeducar e reinserir não é o suficiente. A pena é, e sempre foi castigo, que marca e traz conseqüências ao que a ela se submete, porém em sua ótica, Hulsman garante que o problema não está centrado na educação, tratamento, formação ou qualquer outra medida educativa, mas no conceito de crime e no linguajar que circunda o delito.

Não há discurso que possa ser mantido com uma inadequação vocabular, o que nos leva ao “politicamente correto”, expressão usada como paradigma do respeito a pessoas que teriam “marcas”, em que as menções a tais condições mais estigmatizam que poupam tais indivíduos²⁷⁴.

A fuga dos estigmas estigmatiza mais do que eles próprios. O zelo e o cuidado ao tratar de nomenclatura são necessários, mas não é solução e nem caminho e quando usado de forma abusiva e dissonante da realidade, chega a assumir sentido jocoso.

É claro que o discurso de Hulsman não pode e nem poderia sediar-se apenas em uma nova linguagem. Exige também um novo enfoque, “... em muitos casos, um comportamento pode deixar de ser crime sem que qualquer estrutura venha a substituir o falecido Sistema Penal”²⁷⁵, que inicia a exclusão de condutas penalizadas com exemplos situados em épocas e locais distintos, que são ou deixam de ser considerados crimes de acordo com circunstâncias culturais que marcam a civilização em questão.

A descriminalização implica em migração dos conflitos penalmente tutelados até então para outras áreas do direito, o que implica, é claro, em responsabilidades

²⁷³ SANTOS, B. de S., op. cit., p. 130.

²⁷⁴ O antigo cego é o portador de deficiência visual, o menor passa a ser criança e adolescente, o condenado passa a ser reeducando e nas palavras de Hulsman “acontecimento indesejado ao invés de crime”.

²⁷⁵ Aqui se tem, talvez, o germen do minimalismo, que, aliás, é coerente e condizente com inúmeras posturas e proposituras do autor.

circundantes no que concerne à adequação social para que a atipicidade seja controlada ou controlável, tendo como especial foco o esclarecimento, apoio aos praticantes das condutas então criminalizadas, por meio de atuações sociais, informais e descentralizadas.

Naturalmente, a descriminalização consiste na abertura de horizontes para a solução do conflito gerador do incidente, mencionando a conciliações, ressarcimento e tratamento, como mecanismos de extirpar a punição.

Em feliz analogia Maria Lúcia Karan diz que:

se quiser compactuar com o apelo ao medo e à insegurança, com a contemporânea histeria criada em torno da violência associada à criminalidade, já se teria um argumento decisivo a indicar o caminho da descriminalização. Bastaria olhar e seguir o exemplo da história, sempre voltando a repetir que quem derrotou a violência da Chicago dos anos vinte e trinta não foram os intocáveis de Eliot Ness – foi tão somente, o fim da lei seca.²⁷⁶

No exemplo dado, um dos envolvidos pretende a sanção, outro o ressarcimento, que nem sempre é viável ou desejado pelo autor, ou pior ainda, pode ser inócuo, se indivíduo de avultadas posses, havendo a compra do direito de ofender a terceiros. Outro dos envolvidos no conflito almeja o tratamento, o qual, feito de forma impositiva pouco difere da pena e o último busca a conciliação, o que dista muito de consegui-la.

Conclui Hulsman, que não existem crimes ou delitos, mas “situações problemáticas. Sem a participação direta das pessoas envolvidas nestas situações é impossível resolvê-las de forma humana”²⁷⁷.

Questiona-se, pois, a viabilidade da vítima de um homicídio possuir disposição conciliatória, ou que seus parentes possam ter o dano sofrido ressarcido, ou da implicação em loucura merecedora de tratamento pelo autor.

²⁷⁶ KARAN, M. L. Revisando a Sociologia das Drogas. In: ANDRADE, V. R. P. de. (Org). **Verso e reverso do controle penal:** (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. 2 v. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 143.

²⁷⁷ HULSMAN; CELIS, p. 101.

Os paralelos traçados para dirigir a linha de pensamento são quase sofistas, sedutores e ideologicamente admiráveis, mas os fatos os contestam. A violência urbana, noticiada dia a dia, mostra uma realidade diferente e, por vezes, irreversível.

As partes não optaram por estar cercadas entre opressões da força policial do Estado e do tráfico, e a argumentação de que bastaria a descriminalização do tráfico de substâncias entorpecentes seria pueril, pois, assim sendo, a supressão do pecado geraria a absolvição e a abolição de regras implicaria na impossibilidade de que algo que não existe seja violado.

As conseqüências fáticas da conduta não podem ser suprimidas. Os mortos morreram. Os agredidos trazem suas cicatrizes, os excessos dos viciados são sentidos pelos que os circundam. É inquestionável que pessoas afáveis e dóceis ataquem os seus, quando drogados. O fato é o fato. Existe, é patente, e distante do sonho. A solução para isso seria a posição das partes envolvidas no conflito, para que dele dispusessem como bem entendessem, que os motivos do agente fossem entendidos pela vítima e que a situação dela fosse compreendida pelo agente que, como nenhum caso é idêntico, somente as partes envolvidas podem fazer um perfeito juízo sobre ele.

A gravidade questionada pode ser aquilatada. Não é fácil e nem poderia sê-lo. Na apelidada “operação mãos limpas”, realizada na Itália, quando alguns chefes da máfia foram duramente perseguidos e julgados em decorrência de esforços comuns dos operadores da justiça criminal, ficou patente o que é gravidade, e que as partes vitimizadas dispõem prontamente do bem ofendido, seja ele qual for, para fugirem de um mal maior, ou seja, a retaliação.

Carros blindados que conduziam juízes viam as ruas explodirem com bombas, fazendo-os desaparecer em pedaços, tornando a blindagem brincadeira de criança e, convencendo várias vítimas que as perdas sofridas até então eram insignificantes, frente às que porventura poderiam vir a lhes ser infringidas, caso não transigissem compulsoriamente.

Continuando sua linha de raciocínio, diz da intervenção inadequada do sistema penal na Holanda, em caso de crianças vítimas de agressões pelos pais, que recebem

apoio psicológico, material e, em último caso, são remetidos ao serviço de proteção à infância, em última instância, pode haver o afastamento da criança agredida.

Ora, essa última instância implica, pelo que se sente, um resultado de repetidas agressões, ineficiência dos apoios prestados e continuidade de denúncias, o que pode com facilidade ocorrer, sendo que diante da ausência de notícias, implica a absorção das violências sofridas pela criança em um processo psicológico, que poderá implicar a formação de um criminoso, fruto da abolição. Além disso, no mesmo círculo vicioso, gerará novos fatos ofensivos, que em escalada progressiva tendem a crescer.

É claro que números, estatísticas e relatórios são necessariamente falseados, não intencionalmente, mas em decorrência do incomensurável número de fatores neles contidos, por serem fenômenos sociais de extrema complexidade.

Hulsman ainda afirma diz: “...**limitar o campo de nossa problemática a uma parte bem pequena da delinquência estamos pensando em homicídios, em agressões nas ruas, em roubos...** [grifo nosso] ...estes fatos são relativamente raros.”²⁷⁸,

É esta a realidade que norteia o abolicionismo europeu de Hulsman. As taxas que fornecem em seguida 0,82% dos crimes acontecidos em Paris, em 1980, seriam roubos com violência, dentre outras, que deslegitimam todo seu discurso (quando as fronteiras européias, especialmente dos países baixos, são transpostas). Se de um lado Hulsman fala na impossibilidade do Sistema Penal, de acabar com a criminalidade, tem-se a imperatividade de um sistema que consiga controlar a criminalidade na América Latina, que trabalha com números assustadoramente distantes dos aqui fornecidos.

O abolicionismo de Hulsman, em análise final, poderia ser defensável em determinados países onde a estabilidade social impera e a criminalidade, além de possuir níveis mais baixos, traz menor grau de violência e é inviável, se destinado à América Latina.

Não é possível adequar tal realidade a um continente que tem como características básicas a falta de formação cultural, instabilidade socioeconômica

²⁷⁸ HULSMAN; CELIS, p. 107.

notória e legitimidade administrativa questionável, até por possuir, via de regra, um sistema democrático relativamente novo e em evolução²⁷⁹ como um todo.

Todos os elementos seriam pressupostos fundamentadores do discurso de Zaffaroni, visando elaborar um Sistema Penal Minimalista, fundado em um discurso legítimo e dirigido à América Latina contemporânea.

O conflito entre o Estado intervencionista e o Estado liberal é sentido gradativamente em nossa região marginal, e a tendência de rupturas das amarras tradicionais é notada, tanto do mundo jurídico como nos mais diversos seguimentos da sociedade.

Com o crescimento da consciência da sociedade civil, de seus mecanismos representativos e o conseqüente resgate de uma identidade própria, fruto da politização da população, um direito feito sob medida pode surgir, em prol da coletividade, mesmo que se manifestando como uma ameaça às oligarquias dominantes.

É, possivelmente, o vértice da crise de um paradigma, o do positivismo exacerbado, com o novo paradigma prestes a emergir, já de ordem plural, sendo o parto traumático e o momento confuso, como seria de se esperar.

Finalmente delatado o rumo desviante tomado pelo Sistema Penal, a máscara posta deve ser retirada e os reais fins desejáveis transformados em projetos palpáveis elaborados para que uma terceira via, legítima e em constante dever prevaleça sobre o atual sistema, com único objetivo de superar dia a dia injustiças rumo ao direito penal humanitário.

²⁷⁹ Vem bem a tempo para demonstrar esta afirmação o golpe de estado de abril de 2002 ocorrido na Venezuela.

6 CONCLUSÃO

Estado PLURALISTA é aquele composto por parcelas, por individualidades, por unidades diversas. Diversidade é sinônimo de tolerância, o que leva a um modelo de estado que aceita, que tolera, que admite as diferenças, que não pune aos que fogem do “modelo” desejado ou desejável. A diversidade pode, e deve imperar, e tal diversidade deve ser aceita. Isso implica imediatamente no direito penal.

Nenhum fator subjetivo merece tutela penal. Nada que tenha origem anímica pode ser objeto de tutela do direito penal. Aqui se divide com clareza o campo da moral e do direito, mais especificamente do penal. O imoral não pode ser ilegal, o discrepante não pode ser objeto de sanção.

Durkheim²⁸⁰ vê na moral, normas rígidas que se constituem em obrigações, sendo dividida ela em dois momentos, observação e julgamento. Vê ainda uma moralidade em nome da qual condenam os tribunais, com base nas opiniões que julgam. Vista daí, no entanto, a autoridade processual e o mérito casuístico. É o julgamento resultado de uma corte regularmente constituída, para que, com base nas leis vigentes, diga do direito em concreto, sem que aspectos de moralidade das condutas sejam, ou devam ser, questionados.

A moral é anímica, o crime é físico, é ato, é conduta e não intenção. Só o momento volitivo ou a conduta que não se adequa a padrões sociais desejáveis, desde que, não ofensiva materialmente, são objetos do Direto Penal.

O que é tolerância? É a oposição à intolerância, quando no seu sentido positivo é o rigor na oposição ao que nada aceita, diante de boas razões, ao que se põem de encontro a elas e labora sobre seu lado pernicioso. Também há que se falar em tolerância negativa, omissiva, aceitação, indulgência culposa, de condescendência com o mal²⁸¹. Não é então tolerância a aceitação ilimitada do oposto, mas sim o acatamento dele, quando calcado em boas razões.

²⁸⁰ DURKHEIM, É. **Sociologia e filosofia**. Trad. de Paulo J. B. San Martin. São Paulo: Ícone. 1994. passim.

²⁸¹ BOBBIO, N. **Igualdade e ...**, p. 48-50.

As mesmas observações valem para a FRATERNIDADE, ideal de ordem pessoal, desejável, por certo. Sua ausência, seu desrespeito é merecedor de toda a reprovação, de toda a recriminação, mas de nenhuma punição. As penas têm de ser nesses princípios constitucionais, de onde se infere que o legislador autoriza, aceitando dessa maneira que seja excepcionada à liberdade e à dignidade das pessoas.

Como dito com relação à liberdade e à proporcionalidade, sua medida de limitação, tem-se na dignidade máxima, princípio da pena. Deve então a pena ser o mais digna possível, se é que isso é possível, pois dada à tolerância de tal tipo de sanção surge a exigência paralela de garantir a mais absoluta dignidade em sua execução.

Em um estado formado com base na liberdade e na igualdade vale lembrar as considerações feitas por Bobbio²⁸², que afirma que “liberdade constitui um estado; igualdade, uma relação”. É nossa constituição que busca por meio da premissa da liberdade, o ideal de igualdade, pois, somente com essas premissas satisfeitas pode-se falar em justiça.

Como últimos elementos preambulares apresenta o legislador a HARMONIA SOCIAL e SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS. Ambas premissas constitucionais implicam em intervenção mínima, em penalização de forma restritiva, de cominhos que busquem a redução de conflitos, no caso delitos, de forma menos agressiva e ofensiva às liberdades e dignidade.

A norma que, crivada de injustiça, retribui em excesso, ou sanciona conduta que não é merecedora de sanção penal, ou ainda, que ofende a dignidade do cidadão, é repudiada, por ir de encontro aos princípios mencionados.

Ele deve ser extinto, embora haja, em algumas passagens de “penas perdidas”, menções de possibilidade da utilização da “ultima ratio” estatal, de ordem não judicial, depois de abolido o sistema, funcionando assim uma “polícia” como ferramenta estatal de estabilização de conflitos. Essa temática volta-se sempre à participação comunitária, como substitutivo da intervenção estatal.

²⁸² BOBBIO, *Igualdade e ...*, p. 7.

Todos os vícios do Estado são enunciados e sua reformulação é sempre substituída pela proposta de extinção, ou seja, o que não é operacional deve ser extinto. É interessante a postura de Zaffaroni a respeito da maior nocividade do sistema instalado do que da sua retirada absoluta do contexto social. A palavra reestruturação não existe. Em momento algum Hulsman cogita na reforma do sistema falho. Sua única idéia é extinção do Direito Penal.

Nesse aspecto pode-se citar a crítica de Zaffaroni, que tem no Estado Democrático de Direito a premissa para a formação de um Sistema Penal, que só pode ser concebido se fundado em bases essencialmente humanistas. Assim é o conjunto de direitos humanos, o limite de competência e a aceitação de existência de um Direito Penal. “Naturalmente uma reforma deste tipo supõe não só uma simplificação, senão também uma profunda revisão dos bens merecidos de tutela...”²⁸³

Surge, então, sua esfera de tutela, aqui está sua limitação de atividade, que em termos quantitativos: o Direito Penal Mínimo, e qualitativos: o Direito Penal do Remanescente, geradores dos princípios que definem área e forma de atuação do sistema penal como um todo.

Sendo os direitos humanos basicamente um estágio das conquistas sociais de um povo, o Direito Penal de Hulsman não pode ser o direito penal latino. Pelo menos não enquanto as sociedades em questão estiverem em graus evolutivos diferenciados.

O minimalismo pregado por Zaffaroni pode ser interpretado como um antecedente ao abolicionismo utópico de Hulsman, expressão usada em abundância por Zaffaroni, pelo menos para o terceiro mundo, e talvez para o próprio primeiro mundo. O ser utópico não implica em não ser desejável.

Com o desenfreio desenvolvimento tecnológico surge uma nova relação de dependência, chamada por Zaffaroni de neocolonialismo tecnocientífico, que implica a quebra dos princípios penais próprios no tocante às indesejáveis intervenções coativas externas, para que prevaleça a ordem política dominante estabelecida, composta por uma elite manipulada por interesses advindos dos neocolonizadores, detentores da tecnologia de ponta e em decorrência disso do poder planetário.

²⁸³ FERRAJOLI, p. 335.

Tal manipulação acaba por fomentar uma crise na identidade dos colonizados, uma vez que a violência direta e explícita, por parte dos colonizadores, não é aceitável em hipótese alguma na sociedade contemporânea, pois se torna necessário que haja a deflagração de um processo autofágico no qual a instabilização do modo de vida do colonizado parta de suas próprias contradições.

A crise social se agrega de tal maneira à insegurança, que numa feição preconceituosa do sistema penal passa a selecionar como elementos criminalizados justamente aqueles a quem deveria proteger até pelo fato de serem mais vulneráveis.

O perfil do infrator então é traçado à imagem e semelhança de cada um dos cidadãos, retirando, é claro, uma minoria que faz parte da oligarquia dominante, que tem tanto interesse no conflito social instalado pela violência urbana, quanto os neocolonizadores por terem, na crise interna, uma forma de manutenção de domínio.

A falta de identidade implica na adesão de nova identidade que se poste para que seja adotada como parâmetro e a identidade posta é o perfil do natural dos países colonizadores. O preço da adoção da nova identidade é a crise institucional generalizada, que reflete diretamente nos setores que viriam a atender os anseios de bem estar dos indivíduos. Desde o fim do regime militar, vigente em 1964, o Brasil vive camuflando a existência de uma luta de classes, de conflitos raciais sociais e institucionais.

As agências estatais ligadas à segurança social, agindo com quase absoluta inoperância contribuem para o caos que, se por um lado tem feições fáticas, por outro, é objeto de fomento por parte dos meios de comunicação em massa. Aí se agravam os desvios, sendo eles divididos em instabilização, distante da implantação da ótica de uma situação próxima do caos, agem e, através de pressões dos meios de comunicação em massa, dão às agências os instrumentos que precisam para que se mantenham arbitrárias, que se movimentem com agilidade, e que se consumam em atritos internos gerados pela compartimentalização em que vivem e se fortalecem, como fragmentos e não como seqüência de um sistema único.

Os alvos são assinalados através de um sistema de estigmatização por parte do sistema como um todo, que adota um molde quase lombrosiano, em decorrência da

seletividade, atuando por sorte ou conveniência e, às vezes, até por competência, sobre determinadas camadas sociais, alcançáveis pelas suas malhas com mais facilidade, e dando ao indivíduo um papel que, em virtude de suas peculiaridades formadoras, o compelem a adotar ou recusar.

A mesma camada social que é selecionada para ser atingida pelo sistema penal, é a que tem menos estrutura, em termos de formação, apoio social e estrutura psicológica, sendo-lhes cobrado o desvio da mesma forma que dos demais, minoria, no caso. Assim sendo a planificação penal desejada transforma-se em uma linha vertical incidente em parcelas sociais seletivas, de forma aleatória. Tais estigmas são carregados durante todo o penoso percurso pelo sistema penal, infringido ao indivíduo por ele seccionado. O estigma trazido pela inclusão no sistema impregna o indivíduo, afastando-o do meio social, ao invés de possibilitar-lhe sequer a cogitação de reinserção, que somente se viabiliza diante de um processo estudado e estruturado. Entram então os resquícios dos extintos regimes de exceção, que se moldavam perfeitamente ao sistema colonialista implantado, e continuam, sabe-se lá a que custo, moldando-se aos mesmos colonizadores e seus caprichos.

A situação instalada em decorrência dos interesses neocolonialistas necessitam de uma “resposta marginal”²⁸⁴, que tem como início um ataque frontal ao discurso penal vigente, deslegitimado e fragilizado por suas contradições históricas e internas, forjado a ferro e a fogo através das violações dos direitos humanos, que consistem em sua prática verticalizada cotidiana.

Os “direitos humanos não representam uma utopia, ... mas um programa de longo alcance de transformação da humanidade...”²⁸⁵, caminhando assim, de forma idealista, ao abolicionismo de Hulsman, fato a que por diversas vezes Zaffaroni menciona.

Nota-se, entretanto, que os direitos são, da mesma forma que a repressão, direcionados de forma desigual, quebrando seu caráter genérico e servindo de artífice neocolonialista de manutenção de domínio.

²⁸⁴ ZAFFARONI, *Em busca das...*, p. 147.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 149.

Quando as esferas de poder estanques que são valem-se da argumentação, que prima pela defesa de suas prerrogativas, utilizando-se, assim, não como meta geral, mas como meio direcionado à instabilização daquele que em tese deveria ser seu complemento como órgão do sistema e que, na prática, é seu opositor.

Nesse sentido Bobbio²⁸⁶ rebate a existência de direitos inatos, valendo-se, como Miguel Reale²⁸⁷ do caráter valorativo historicista, que oscila de acordo com espaço, tempo, valores assumidos e ideologias vigentes, que fazem com que os valores últimos sejam relativos e, conseqüentemente, não sejam, de fato valores últimos.

As graves mudanças sofridas no cerne dos direitos básicos e fundamentais do homem, de tempos em tempos demonstra com clareza a intangibilidade de um valor de fato único, perene e fundamental. O relativismo dos valores é inexorável e facilmente demonstrável empiricamente, transformando a busca de um fundamento único em atividade inglória e inatingível.

Cada direito novo que emerge implica em direito anterior suprimido, cada liberdade que se põe implica em outra que é restrita, mesmo que em detrimento daquela. A evolução racional, baseada na liberdade de conduta e na tomada de decisões, fundadas em boas razões, pelo princípio de que o homem, ser racional, opta por elas, progredindo assim socialmente é historicamente.

Além disso, é um problema fundamental a exequibilidade de um direito, e não somente sua fundamentação perfeita, o que decorre, via de regra, além do resultado racional, da vontade política. Portanto há que se unir os aspectos filosóficos, históricos, sociais e políticos, para que o fim esteja intimamente ligado ao meio, pois sem ele não se consolidará.

É assim o Direito Contemporâneo, o fruto da sedimentação de direitos postos por tempos e tempos a fio. Com a visão individualista do Estado Moderno, as Declarações de Direitos Pessoais vão se formando, adequando-se e fortalecendo-se, servindo, assim, de parâmetro para o norte do direito, aliado à democracia, em que se faz a representação coletiva, resultando na paz perpétua, desejada e nestes dois

²⁸⁶ BOBBIO, **A era dos...**, p. 15-25.

²⁸⁷ Miguel Reale. *Filosofia do direito e ciência do direito*-> não está na bibliografia

princípios baseados. Direitos, obrigações e normas são expressões que andam lado a lado, completando-se de acordo com as exigências decorrentes da evolução das necessidades e carências acumuladas através dos tempos.

Estando à margem do sistema planetário, ou sendo postos à margem pelo sistema planetário não resta à região Latina opção alguma, a não ser, assumindo criticamente sua posição, postar-se de forma a, eticamente, por dever como civilização fundada, mesmo que em recentes Estados Democráticos de Direito, contra o discurso penal invalidado por basear-se em um discurso corroído, corrompido e desgastado, a ponto de não poder sustentar-se, senão fundado em uma farsa em que, consciente ou inconsciente, com boas ou más intenções, pessoais ou corporativas, perversamente ou não, todos fazem parte de uma certa forma.

A aceitação, a compreensão do caos e seu conseqüente discurso de manutenção de poder violento para que a situação seja, no mínimo controlada, fazem parte das condutas que dão o sustentáculo pretendido pelo sistema penal vigente.

A crítica de Zaffaroni é ferrenha aos que acatam o discurso, em especial nas agências formadoras de opinião, ou seja, as instituições de ensino superior, pois o leque abre-se claramente, uma vez que seguimentos ideológicos, desvinculados de tais agências, mas aceitos como formadores de opinião abalizadas no meio dos operadores do direito, chegando às raias de terem suas falas acatadas até como ditadores de dogmas que são seguidos cegamente, criando paradigmas justificadores do sistema que deveria estar sendo posto em cheque, por coerência e postura ética.

O fato é que a violência social existe, está estabelecida e toma contornos orgânicos, o que gera maiores preocupações, sem dúvida.

Vale destacar que todo o discurso que tenha a menor feição minimalista, diante dos fatos postos aos olhos do cidadão médio, que teme mais a violência paraestatal, nascida no crime e por ele sustentada, é refutado.

A violência do sistema estatal não é vista como um mal em si só, mas como o resultado de uma seqüência de más administrações, sendo resolvida com facilidade, por meio dos controles externos, de reestruturação material, de ações mais enérgicas

dos órgãos incumbidos da correição da agência. Isso é de certa forma natural e aceitável, para aquele que não questiona a realidade.

A operacionalização de um sistema válido inicia-se em um discurso coerente, que deve atender aos requisitos de um Direito Penal Mínimo, tendo fundamentação ideológica e coerência operacional, o que só se obtém diante da prática de um minimalismo apoiado em um direito penal humanista, que traça com exatidão a indesejável ação coercitiva, de forma violenta, se imprescindível, mas coerente ao Estado Democrático de Direito, ou seja, horizontalizada, legal, mínima e humanista. Aliás, é traço quase comum aos doutrinadores contemporâneos brasileiros que a única forma aceitável de intervenção penal oriunda do Estado é a constitucional, que pode ser assim descrita, desde o preâmbulo da carta magna de 1988.

Ou se valoriza o homem, como fim do Estado, ou ele se transforma em meio para o Estado, fim maior.

É bom ressaltar que a segunda opção não é necessariamente a mais desejável, porque seus tortuosos caminhos não têm mostrado a eficiência pretendida.

A afirmativa que o sistema penal pode sofrer instabilizações mediante uma atuação menos contundente, por ser pautada pelo minimalismo e humanitarismo, não é aceitável, uma vez que não existe um conjunto de dados suficientes e satisfatórios, em decorrência do sem número de variáveis que envolvem o sistema como um todo, que levem à crença de que a repressão mais firme traz resultados mais eficientes. Então, por que optar pela reforma? Porque queira ou não, sabe-se que o Estado é dirigido para proteger, e não atacar ao homem. Na dúvida da solução correta, se é que ela ainda existe, preserve-se o homem, seus direitos fundamentais conquistados e a constituição que o dirige.

Na mesma linha argumentativa ainda se afirma que é impossível criar qualquer estatística, dado empírico com relativa confiabilidade a respeito do crescimento ou redução da violência.

Não se extrai um fenômeno miscível por meio de experimentos. A instabilidade do homem e de seus fatores socioeconômico-políticos-culturais

circundantes não nos permitem traçar linhas de condutas baseadas em experimentos. Na dúvida, opta-se pelo homem como fim do Estado.

Vale mencionar um dos mais fortes aliados utilizados nas campanhas de “lei e ordem”. A propaganda falaciosa e facilmente aceita. O argumento que tem base maniqueísta leva o indivíduo menos cauteloso a acatar o discurso da lei e da ordem. O “bandido” versus o “homem de bem”. Oxalá a equação fosse resumida de forma tão singela.

Tão grave quanto ao discurso ilegítimo, que dá sustentação ao sistema, é a busca da legitimação do discurso, como se a falha estivesse contida nele.

Leis novas, formatos novos, propostas de estruturas lógico-jurídicas revitalizantes fazem com que o sistema, falso, falho e perverso receba novas injeções de um tônico rejuvenescedor que lhe é mais nocivo que benéfico. O risco maior que também passa despercebido como todo o jogo de poder embutido no Direito Penal encontra-se nas entrelinhas dos que transferem os problemas para situações casuístas, como a violência na periferia de São Paulo e grandes centros em geral, ou o tráfico de entorpecentes no Rio de Janeiro.

Com o foco do problema localizado fica fácil tentar combatê-lo. O fracasso no combate significa que medidas mais austeras devem ser tomadas.

A derrubada de ícones como “Fernandinho Beira Mar” são vitórias do sistema, as derrotas rotineiras são eventos de ordem individual, localizada, ficando o sistema resguardado e o discurso da lei e da ordem protegido. Se o discurso for relegitimado e não desconstituído, o sistema será mantido e a falha estará detectada, localizada nos pequenos erros contidos no discurso antigo, agora alterado pelo novo, que não traz alterações de base, mas sim leves retoques de maquilagem que simplesmente rejuvenescem o velho, impedindo o nascimento do novo. Neste contexto, como ficam as bases teóricas? Elas simplesmente separaram-se da realidade dos seus legítimos destinatários. O sistema passa a agir contra todos que não se enquadrem em seu molde de perfeição, ou que, seletivamente, encontram-se fora dele.

A seletividade, ao contrário do que possa parecer, é o mal maior do sistema, e não suas fórmulas genéricas, que via de regra são válidas e aceitáveis.

Assim, o maior vício contido nas teorias penais está na tentativa de uma criação de uma forma ultimada, precisa e definitiva.

De índole conservadora e reacionária, temente do novo, percebe-se que “...a mente apavora como que ainda não é mesmo velho²⁸⁸, foge, desse modo, do confronto com a natureza de um direito que está em constante transformação, ou pelo menos deveria, transformando-se de forma a reduzir mais e mais sua área de atuação, um direito libertário e garantidor, de uma sociedade livre, igualitária e fraterna.

O Sistema Penal operacional e genérico tende a ser menos questionado, por ser menos contraditório em sua essência.

Quando postos à disposição do sistema para que restrinjam sua atuação, o questionamento do valor ético ou moral, como função incriminadora, deve ser relevante.

Assim a luta pela legitimação do discurso fundamentador do sistema penal é mais do que uma luta pelo direito; ela é uma batalha pela ordem ética. O discurso penal é imprescindível e indesejável ao mesmo tempo, principalmente na América Latina, expurgada do sistema planetário pela globalização de feições tecnocolonialistas.

O crime envolve uma ação, descrita em lei, e que a contraria no caso concreto. A isso se agrega a culpabilidade, que nada mais é do que outro grau de seleção dos que são eleitos para serem sancionados pelo Direito Penal.

Infelizmente, os desvalores não estão vinculados a um terceiro elemento, que é o fato de que, efetivamente alguns indivíduos estão mais próximos da malha do sistema penal do que outros, o que é chamado por Zaffaroni de vulnerabilidade, ou seja, grau de probabilidade da incidência verticalizada do sistema penal sobre certos indivíduos.

Propõe assim Zaffaroni a inserção de mais este elemento limitador do sistema, ou redutor de sua esfera de atuação, como sendo as circunstâncias que levam o indivíduo a praticar a conduta típica e antijurídica.

²⁸⁸ Trecho da música SAMPA, de Caetano Veloso.

Os princípios penais tradicionais, como o da anterioridade da lei penal, da irretroatividade e o seu subprincípio da retroatividade da lei benéfica, da lei escrita²⁸⁹, a vedação da interpretação analógica a não ser “in bona parte”, da taxatividade e da legalidade são uma constante, mas nem sempre adequados para uma ótica minimalista, servindo, se revalidados como forma de um discurso que sustenta um Direito Penal, perfeito e acabado, apenas como ente fortalecedor do sistema vigente. Devem sim serem vistos como bases de constante reestruturação, em busca do abolicionismo utópico de Hulsman.

Como frisa Boaventura “...des-pensar é uma tarefa epistemologicamente complexa porque implica uma desconstrução total, mas não niilista, e uma reconstrução descontínua, mas não arbitrária.”²⁹⁰

Zaffaroni, na obra “Em busca das penas perdidas” não propõe fórmulas claras da aplicação da vulnerabilidade como elemento redutor de criminalização de condutas, nem se propôs a isso em sua obra, mas deixa claro que na região excluída pela globalização, o indivíduo mais vulnerável é vítima constante do Sistema Penal.

Das falhas do sistema, que é aplicado seletivamente, quanto à vulnerabilidade voluntária, surge o imperativo de que sejam tratados indivíduos diferentes de forma diversa, com minimização especial da sanção dirigida àquele que age sob pressões adversas. A proposta pode ser interpretada de forma extensiva, como a detecção e tratamento do mal, e não do sintoma, presumindo que a prática delituosa, para o vulnerável involuntário, por haver sido assim rotulado pelo sistema.

O fato de se viver em uma escala de padrões de valores divergentes dos convencionais ou simplesmente de pertencer a um “grupo alvo”²⁹¹ é um sintoma de um mal social a ser definido, equacionado e tratado, restando, talvez, um dia, para o Direito Penal, apenas e tão somente um mínimo de ação de sua razão de ser fundamental.

²⁸⁹ Idéia já propagada por Beccaria, ao dizer que a lei deve ser inteligível e clara.

²⁹⁰ SANTOS, B. de S. p. 186.

²⁹¹ Classes, categorias, raças e outros estigmatizados negativamente e perseguidos ou atingidos de forma sistemática pelo direito penal.

O ataque aos conflitos que se concretizaram atingirem um bem jurídico relevante²⁹², em decorrência da prática de uma ação provida de desvalor²⁹³, resulte em uma consequência com significativa relevância²⁹⁴.

O Sistema Penal perene inexistente. Sua transitoriedade é elementar, essencial, e se não o legitima de pleno, faz com que seu discurso seja crivado de coerência que permita sua sobrevivência, até que se aperfeiçoe, de forma tal que, talvez, um dia, a utopia de Louk Hulsman torne-se fato e o sistema penal dê lugar à anarquia sancionadora, deixando de existir por falta de objeto. Abolicionismo e Minimalismo possuem elementos convergentes e divergentes.

O elemento que mais afasta Hulsman de Zaffaroni não é o abolicionismo em si, mas a certeza de Zaffaroni de ser ele uma utopia, mas com princípios básicos valiosos para a formação de um Direito Penal Mínimo, Humanista, desejável em um Estado Democrático de Direito, e com identidade própria, destinada à América Latina. Ambos autores devem ser lidos de forma crítica com o espírito de complementariedade.

Para isso a consciência da dependência colonialista imposta pelo “primeiro mundo” é imprescindível, pois, só a partir dela a essência do problema de justiça penal, fenômeno social que é, pode ser identificada e assim um Sistema Penal Legítimo pode ser estruturado, substituindo o vigente, ilegítimo e inadequado por não ter nossas formas e rostos.

²⁹² Lembrando sempre que a relevância é relativa ao tempo e espaço.

²⁹³ Ainda lembrando que este desvalor decorre de uma conduta vedada, ou passível de sanção, assim tida através da manifestação popular, via um poder legislativo em um estado democrático de direito.

²⁹⁴ Não pode ser objeto de tutela jurídico penal aquela conduta que resultou em mal ínfimo.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, B.; COSCODAI, M. **História da filosofia**: o percurso da filosofia, das suas origens a Sócrates, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, Descartes, Espinosa, Newton, Rousseau, Hegel, Marx, Nietzsche, Sarte, Heidegger entre outros pensadores. 2. ed. São Paulo: Bestseller, 2003.

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Bomtempo, 2004.

AGULLA, J. C. **Teoría sociológica**: sistematización histórica. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 151-166.

ALTHUSSER, L. **Aparelhos ideológicos do estado**. Notas sobre os aparelhos ideológicos de estado. Introdução crítica de J. A. Guilhaon Albuquerque. Trad. de Maria Laura Viveiros de Castro. 9. ed. Biblioteca de Ciências Sociais: Graal, 1976.

_____. **Sobre a reprodução**. Petrópolis: Vozes, 1999.

ANDRADE, V. R. P. de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência a violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. (Org.) **Verso e reverso do controle penal**: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. 2 v. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

ARAÚJO, F. F. **A parcialidade dos juízes**. Campinas: Edicamp, 2002.

ATIENZA, M. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. 3. tirag. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACILA, C. R. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Polícia x direitos humanos**: diligências policiais de urgência e direitos humanos: o paradigma da legalidade. Curitiba: JM, 2002.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BAUMAN, Z. **Em busca da política**. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida**. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, C. B., M. di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Flório de Angelis. 4. reimp. São Paulo: EDIPRO, 2000.

BENTHAM, J., 1748-1832. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. de Luiz João Baraúna. Sistema de lógica dedutiva, indutiva e outros textos. John Stuart Mill. Trad. de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os pensadores).

_____. **Princípio da moral e da legislação**. Trad. de João Luiz Braúna. São Paulo: Abril, 1979. (Coleção Os pensadores).

BITENCOURT, C. R. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Erro jurídico-penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BITENCOURT, C. R.; CONDE, F. M. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 10.ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e liberdade**. 3. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad e notas de Márcio Puglieses, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Thomas Hobbes**. 4. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal**. Trad. de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, S. de. **Pena e garantias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003.

CERQUEIRA, M. **Cartas constitucionais: império, república e autoritarismo, ensaio, crítica e documentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CHOUKR, F. H. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 3. ed. São Paulo: Max Limonade, 1999.

_____. **Direito e poder**. 1. ed. 2. tirag. São Paulo: Saraiva, 1992.

COUTINHO, C. N. et al. **Gramsci: a vitalidade de um pensamento**. 1. reimp. Alberto Aggio (Org.). São Paulo: UNESP, 1988.

D'URSO, L. F. B. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

DAHRENDORF, R. **A lei e a ordem**. Trad. Tâmara D. Barile. Brasília: Instituto Tancredo Neves; Bonn, Alemanha: Fundação Friederich Naumann, 1987.

DIP, R. **Direito penal: linguagem e crise**. Campinas: Millennium, 2001.

DIP, R.; MORAES JÚNIOR, V. C. L. de. **Crime e castigo**. Campinas: Millennium, 2002.

DURKHEIM, É. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 373-463. (Coleção Os pensadores, v. XXXIII).

_____. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. Divisão do trabalho social e direito. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J. **Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1980. p. 121-130.

_____. **Sociologia e filosofia**. Trad. de Paulo J. B. San Martin. São Paulo: Ícone. 1994. (Coleção Fundamentos de Direito).

DUSSEL, E. **Ética da libertação na idade da globalização e exclusão**. 2. ed. Trad. de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

EHRLICH, E. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1986.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Der ursprung der familie der privateigentaums und des staats. Trad. de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. 25 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

_____. A microfísica do poder. 21 ed. In: MACHADO, R. (Org.). **Introdução técnica**. São Paulo: Graal, 2005.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GOMES, L. F. **Princípio da ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As ciências criminais no século XXI, v. 6).

GRAMSCI, A. **Americanismo e fordismo**. Tradução de Manuel Cruz. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

HARDT, M.; NEGRI, A. **Império**. 6. ed. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004.

HENGBERG, L. A ciência. In: _____. **Explicações científicas**: introdução à filosofia da ciência. São Paulo: Helder/Edusp, 1969.

HIRECHE, G. F. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOBBS, T. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. 2. ed. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Lendy, 2004.

HOBBSBAWN, E. **A era das revoluções**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. **Mundos do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

HULSMAN, L.; CELIS, J. B. de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Peines perdues. Le systême pénal en question 1982: Editions du Centurion, Paris. Trad. de Maria Lúcia Karan. 2. ed. Rio de Janeiro: Luan, 1997.

IHERING, R. v. **A luta pelo direito**. 2. ed. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JAKOBS, Günter. **A imputação objetiva no direito penal**. La imputation objetiva em derecho penal. Trad. de André Luiz Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JAPIASSU, H. **Dicionário básico de filosofia**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

KANT, I. **Crítica da razão prática**. Trad. de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção A obra prima de cada autor).

KELSEN, H. **Direito e Ciência**. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Direito e Natureza**. Trad. de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria pura do direito**. Reine rechtslehre. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, T. Introdução: um papel para a história. In: _____. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 5. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LECHTE, J. **50 pensadores contemporâneos essenciais**: do estruturalismo à pós-modernidade. Fifty key contemporary thinkers. Trad. de Fábio Fernandes. 3. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003.

LIMA, D. M. de. **Os senhores da direita**. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1980.

LOPES, M. A. R. **Princípio da legalidade penal**: projeções contemporâneas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do partido comunista**. Manifest der Kommunistischen Partei (1848). Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MELLO, A. F de. O sentido gramsciano de 'americanismo e fordismo' no contexto do desenvolvimento mundial do capitalismo. In: _____. **Mundialização e política em Gramsci**. São Paulo: Cortez, 1996.

MESTIERI, J. **Teoria elementar do direito criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

NEGRI, A. **Império**. 6. ed. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004.

_____. **5 lições sobre o Império**. 6. ed. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004.

NEGRI, A.; HARDT, M. **Império**. 6. ed. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004.

NETTO, J. U. C. **O direito um mito**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

NOZICK, R. **Restrições morais e o estado**: anarquia, estado e utopia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

PELUSO, L. A. **A filosofia de Karl Popper**. Campinas: Papirus, 1995.

_____. (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas: Papirus, 1998.

PIERANGELI, J. H. (Coord.). **Direito criminal**. José Henrique Pierangeli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Raúl Cervini Sanchez. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. (Coleção Jus aeternum).

PRADO, L. R. do. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, P. de S. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAWLS, J. **Justiça como equidade**. Brasília: UnB, 1981.

REALE JÚNIOR, M. **Direito penal aplicado**, 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Teoria do delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (RT Didáticos).

RODRIGUES, J. A. (Org.). **Durkheim**. 6. ed. São Paulo: Ática, 1993.

ROXIM, C. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luiz Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

SÁENZ, J. M. **Introducion a alguns problemas de la historia de la etica**. Manuscrito. Espanha: Universidad de Valencia, 19??

SANCHES, J. M. S. **Eficiência e direito penal**. Eficiência y derecho penal. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004. (Coleção Estudos de Direito Penal, v.11).

SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, J. C. dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, J. R. dos. **O que é racismo**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984. (Coleção Primeiros Passos, n. 8).

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCAFF, F. F. (Org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

SETTE CÂMARA, P. **Reflexões sobre segurança pública**. Belém: Universidade da Amazônia, Imprensa Oficial do Estado do Pará, 2002.

SILVA FILHO, E. V. da. Aspectos da cientificidade da filosofia. **Direito e Paz**. Lorena - Centro Unisal, n. 5, ano 3, 159-171, dez. 2001.

SOARES, L. E. **Meu Casaco de General**: 500 dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARELLA, D. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. **Direito penal**: teoria geral do direito penal. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. R. et all. **Direito criminal**. José Henrique Pierangelli (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, E.; PIERANGELI, J. H. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

YAROCHEWSKY, L. I. **Da inexigibilidade de conduta diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)