

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

WELLINGTON CLAIR DE CASTRO

A ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL - ANÁLISE DO
PROBLEMA FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL
FRENTE À CONSTITUIÇÃO SOCIAL DEMOCRÁTICA
DE 1988

POUSO ALEGRE – MG

2012

WELLINGTON CLAIR DE CASTRO

A ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL - ANÁLISE DO
PROBLEMA FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL
FRENTE À CONSTITUIÇÃO SOCIAL DEMOCRÁTICA
DE 1988

Dissertação apresentada, como exigência parcial para obtenção do
Título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho

FDSM – MG

2012

WELLINGTON CLAIR DE CASTRO

A ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL - ANÁLISE DO PROBLEMA
FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL FRENTE À CONSTITUIÇÃO SOCIAL
DEMOCRÁTICA DE 1988

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data de Aprovação ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho

Orientador

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Doutor Rafael Lazzarotto Simioni

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Renato Patrício Teixeira

PUC Minas

Pouso Alegre – MG

2012

Aos meus pais, Paulina e Sant'Clair, irmãos, Hevilin
e Junior e à minha esposa Mariani.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Edson Vieira, pela dedicação na orientação do presente trabalho e por não ter deixado que os percalços do caminho comprometessem a qualidade e finalização do mesmo;

A Anna Carolina Borges, pela dedicação na formatação e conclusão das correções realizadas;

A Rita pela revisão e correção;

À equipe da Biblioteca Clóvis Salgado da FDSM pela paciência em selecionar os referenciais teóricos utilizados para construção da pesquisa e por ter disponibilizado uma sala de estudo onde foi possível dedicar às horas necessárias para leituras e escritas deste trabalho.

RESUMO

CASTRO, Wellington Clair de. A ilegitimidade do direito penal - análise do problema fundamental do direito penal frente à Constituição Social Democrática de 1988. 2012. 88f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2012.

O presente trabalho está vinculado às pesquisas recentes que buscam através de comparações históricas justificar os fundamentos de validade do sistema penal brasileiro. A partir do materialismo histórico de Karl Marx buscou-se confrontar os argumentos utilizados na elaboração e aplicação das leis penais no Brasil face ao neoconstitucionalismo implacado pela Constituição Social e Democrática de 1988. A partir de então se verificou a incompatibilidade da racionalidade exercida por ocasião da elaboração do Código Penal de 1940 e legislações penais seguintes e racionalidade da pós-modernidade fundada em preceitos e princípios (postulados) intrínsecos à dignidade humana e às seleções dos bens jurídicos mais importantes tutelados pela Constituição. Por fim, concluiu-se através da construção histórica e comparação dos dois momentos modernidade x pós-modernidade que o Direito Penal atual segue na contramão de direção apontada pela Constituição de 1988.

Palavras-chave: Direito Penal. Modernidade. Pós-modernidade. Constituição Social e Democrática de 1988. Racionalidade.

ABSTRACT

CASTRO, Wellington Clair de. *The illegitimacy of the criminal law - analysis of the fundamental problem of criminal law against the Social Democratic Constitution of 1988*. 2012. 88f. *Dissertation (Master of Law)* - Faculty of Law of the South of Minas. Graduate Program in Law, Pouso Alegre, 2012.

This work is linked to recent researches by seeking through historical comparisons justify the validity of the fundamentals of the Brazilian criminal justice system. Starting from the historical materialism of Karl Marx it was sought to confront the arguments used in the preparation and application of criminal laws in Brazil face to face the neoconstitutionality relentlessness against the Social Democratic Constitution by 1988. Since then there has been the incompatibility of rationality exercised when in the preparation of the 1940 Penal Code and criminal laws and following the post-modern rationality founded on precepts and principles (postulates) intrinsic to human dignity and the selections of the most important corporate assets protected by the Constitution. Finally, it was concluded through the historical construction and comparison between two moments x modernity postmodernity that the current criminal law follows in the opposite direction indicated by the 1988 Constitution.

Keywords: Criminal Law. Modernity. Postmodernity. Social Democratic Constitution of 1988. Rationality.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1.	A REVOLUÇÃO. O FIM DO ANTIGO MUNDO E O INÍCIO DA MODERNIDADE MARCADA PELAS LUTAS DE CLASSES SUBJUGADAS PELO SISTEMA PRODUTIVO IMPOSITOR DE UM NOVO MODELO DE DOMINAÇÃO	13
1.1	Da Nobreza Feudal em crise ao projeto de dominação burguesa. A máscara cientificista de uma falsa legitimação fundada na alternância de poder.....	24
1.2	A legalização da dominação do capital com a criação de normas penais fincadas em proteger o sistema burguês de produção desde a revolução até a atualidade.....	30
2.	A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL COMO MEIO DE COAÇÃO E DISCIPLINIZAÇÃO DE CORPOS	33
3.	O PROJETO DE CONTROLE SOCIAL DA MODERNIDADE	41
3.1	O Estado liberal individual burguês e seus fundamentos de racionalidade dominante na construção de um estado não intervencionista	41
3.2	A racionalidade exercida no Estado liberal individual burguês e os meios de disciplinização fundado em forças de dominação e encarceramento do homem não médio	46
4	O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940 E A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E SOCIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	60
4.1	A Lógica Penal da Pós-Modernidade e os princípios básicos do direito penal	68
4.2	O Sistema Constitucional pós 1988 e a legislação que o antecedeu	70
5	O DIREITO PENAL E A CRIMINOLOGIA DA PÓS-MODERNIDADE	72
5.1	Os Princípios da subsidiariedade e intervenção mínima do direito penal e a nova Constituição	75
	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo discutir a crise do sistema punitivo adotado no Brasil contemporâneo a partir de uma abordagem da evolução da fundamentação do direito de punir do Estado desde o fim da Idade Média até os dias atuais, buscando com a literatura especializada demonstrar que os fundamentos do direito penal aplicado em nosso país, na atualidade, não mantêm simetria com o Estado Democrático e Social de Direito que é expressamente garantidor dos Direitos Fundamentais, inaugurado no Brasil com a Constituição de 05 de outubro de 1988.

Para alcançar os fins propostos, tomou-se como partida o estudo no sentido de apresentar os fundamentos que demonstram de forma abrangente a crise do sistema punitivo da atualidade nacional e, após as análises dos fundamentos que levaram à criação desse sistema, de forma específica, passou-se a percorrer novos rumos a caminho da possível adequação do velho sistema ao modelo constitucional vigente. Verifica-se a importância de debater o tema em face da necessidade fundamental de discussão e apontamento da crise do direito penal a fim de explicá-la, para que não se limite em ser, tão somente, sentida como algo que acontece por razões indeterminadas.

Além do exame proposto acima, no transcorrer das abordagens teóricas, há que se notar que a delação de um discurso alienante de prática ilegítima é processo de dominação o qual foi muito claramente descrito por Marx, Gramsci, Althusser e outros. A par de tais referenciais teóricos, justifica-se o questionamento das razões pelas quais a crise no sistema penal como meio de controle social se faz presente, de maneira que, não as identificando, ela permanece como se fosse algo natural, algo que não pode ser evitado, ou seja, uma fatalidade.

Nota-se que, na atualidade, as argumentações decorrentes dos direitos humanos e direitos fundamentais aparecem como vértice de produção de (quase) todos os modelos societários e que, apesar da adoção formal de tal modelo, materialmente o direito penal como sistema de controle social insiste em caminhar na contramão do diploma que o legitima.

Inicialmente, os esforços concentraram-se na compreensão do sistema punitivo antes da virada cientificista-tecnológica que consistia, na verdade, em um projeto de dominação

burguesa prestes a promover a alternância de domínio de uma nobreza feudal em franca decadência por um novo projeto de Estado, nascido na (pela e para) Revolução Francesa. A partir daí, nota-se que a modernidade surge como proposta de um novo modelo de racionalidade fundamentada na liberdade e individualidade burguesas que, para se sustentar como argumento válido de progresso e desenvolvimento, demandou um novo sistema de controle social, diferente do modelo do medievo ligado aos suplícios. Desse modo, ao romper “definitivamente” com as influências religiosas nas decisões de Estado, a burguesia impôs à pessoa do Estado a criação de um novo método de controle social baseado na razão cartesiana então implantada. Em razão disso, a penalidade vai se inscrever e se sustentar em um aparato de instituições jurídicas, políticas e sociais que historicamente consolidam a função da manutenção das relações de classe dominantes.

O tema determinante visto e revisto a todo tempo no decorrer das análises dedicadas a cada capítulo não consiste na metafórica ideia de liberdade e igualdade anunciada pelo liberalismo revolucionário do fim do século XVIII; a partir do materialismo histórico e dialético de Marx, buscou-se demonstrar e aclarar as contradições que nos levam à crise da modernidade. Para tanto, foi utilizado um diálogo entre história, direito, sociedade e controle social (penal) valendo-se principalmente de Karl Marx, Althusser, Foucault e de nossos penalistas, partindo dos clássicos e chegando às teorias críticas de Zaffaroni, Cirino, Rusche e Kirchheimer, Giorgi e Baratta.

Tal método escolhido melhor permitiu fazer com que a perspectiva histórica estabelecesse um diálogo entre autores das mencionadas áreas que trabalham em período tão aberto, considerando-se especialmente as revoluções conceituais das duas grandes viradas: a da Modernidade do século XVIII e a da Pós-modernidade, do princípio aos meados do século XX. Assim foi possível demonstrar que o pano de fundo dos ideais revolucionários, em especial os de liberdade, igualdade e fraternidade, encobriram, de fato, um projeto burguês de dominação que se valeu de um sistema de transição de poder estatal, o qual deixou de se impor na esfera penal como executor das sanções corpóreas e aflitivas, de forma a eliminar do convívio social aqueles “delinquentes”, para escrever na história da pena um progresso contínuo de civilização jurídica em direção às racionalidades e à humanização da punição através de estratégias as quais firmaram o Capitalismo no tempo como disciplinador de corpos não domesticáveis, indóceis. Sob a nova perspectiva econômica, melhor que punir é treinar, vigiar, impor um comportamento como instrumento de manifestação de poder através de suas formas peculiares de subordinação e repressão de classe.

Percorrendo a influência imposta pela classe burguesa para a determinação de um novo regime governamental de Estado a partir da Revolução Francesa do século XVIII, observa-se que o modelo de produção de capital dos liberalistas superou os séculos e sobrevive até os dias atuais, apesar de já apresentar sinais de fraqueza e debilidade de sustentação teórica. Contextualizando, sob essa perspectiva, a análise proposta de um modelo econômico de liberdade revela-se contraditório às necessidades do povo, de modo a favorecer a pequena parcela de famílias detentoras dos meios de produção em detrimento da mão-de-obra quase escrava de operários.

Diante da necessidade da manutenção do progresso advindo com a(s) Revolução(es), o Estado, subjogado pelas classes produtoras e detentoras do capital, apresenta-se como liberal, não intervencionista, cuja racionalidade decorrente das ciências exatas propaga a igualdade de condições a todos. Essa igualdade formal que superou séculos se revela excludente desde sua origem até o cenário sociopolítico da atualidade brasileira, que exige mais do que mera declaração de igualdade, impõe a efetivação de condições materiais para o alcance da paridade entre os seres humanos.

A lógica visionária do sistema burguês, essencialmente da produção e reprodução de um modelo de racionalidade em que o acúmulo de capitais é a finalidade do projeto de desenvolvimento socioeconômico estatal, acabará frágil diante da ausência de legitimação frente a uma sociedade em que há indivíduos reificados. Assim, verifica-se que tal sistema necessita de estruturas ideológicas que demandem um processo de alienação justificante da manutenção, exercício e crescimento econômico, o qual será garantido de forma incontestada pelo Estado e organismos sociais, em conjunto ou separadamente. Explica-se assim a importância das análises e estudos dos referenciais teóricos que se buscou em Marx, quando denunciou ao mundo as desigualdades de classes e a imposição do sistema de produção como infraestrutura garantidora do crescimento e base de sustentação da superestrutura.

Uma vez demonstrados os laços de sustentação recíproca existentes entre o sistema de controles social e penal exercidos no Brasil para seu desempenho e manutenção, passou-se, com a valia dos fundamentos econômicos de reflexos marxistas, a abordar questões capazes de demonstrar os efetivos reflexos e influências da contemporânea sociedade burguesa na utilização do sistema penal pelo Estado como instrumento útil à proteção patrimonial da burguesia e à subjugação das classes menos favorecidas. Finalmente, concluiu-se pela

existência conflitante entre a lógica capitalista da classe dominante burguesa e o Estado Social Democrático de Direito.

Para concretude da pesquisa e melhor didática na compreensão dos temas abordados no transcorrer dos estudos, dividiu-se o objeto em análise em três partes que, longe de serem excludentes ou distintas, mostram-se complementares. Em um primeiro momento foram abordados os últimos móveis da Revolução Francesa e as profundas mudanças decorrentes das políticas estatais experimentadas com as máximas libertárias. Estas puseram fim ao Estado Clássico e inauguraram a Modernidade e a lógica de construção do Estado moderno de matiz liberal individual burguesa. Assim foi possível demonstrar que se no medievo a burguesia detinha capital, também é fato que não detinha poder nos negócios do Estado. A recíproca era falsa.

Nota-se, a par disso, que enquanto o Estado se alimentava dos frutos do modo de produção burguesa, a burguesia provava de poucas benesses, especialmente no tocante à proteção penal cuja meta era defender a nobreza feudal e pouco (ou nada) mais fazia. Com a tomada de poder pelos detentores do capital, verificou-se claramente que o direito sofreu forte influência transformadora do estilo de vida burguês nas atividades estatais, particularmente em questões referentes ao controle social pelo qual passaram a se valer das ciências penais como meio de coerção para sua efetivação. Isso ocorreu desde a elaboração do(s) diploma(s) legislativo(s) de coerção penal até o exercício e a aplicação das referidas normas, apontando a influência do sistema capitalista de produção como viés justificador para o sistema de dominação.

Após a análise do período tormentoso por ocasião das tomadas de poder pela burguesia, sem a pretensão de esgotar o tema ou responder a todas as questões decorrentes do poder de dominação do estilo de vida burguês em face do Estado ou com a complacência deste, é mister verificar o fundamento constitucional do direito de punir concernente ao Estado, apontando sempre que possível a (i)legitimidade presente no atual sistema penal brasileiro. Tal sistema é originário e decorrente das transformações ideológicas capitalistas exercidas diante de uma Constituição Social e Democrática, cujo conteúdo mais importante advém dos direitos e garantias fundamentais.

Notadamente, no ideário burguês e nas Constituições anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, verifica-se que o

Estado e seus mecanismos de controle social estão a serviço de um regente que não se consubstancia em um indivíduo, mas em uma classe: a burguesia. É em seu benefício que o Estado legisla, controla, domina e pune, de modo a seguir na contramão das disposições fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.

Desse modo, utilizando-se do aporte teórico nas teorias marxistas expressadas em “O Capital” e no “Manifesto do Partido Comunista” no tocante às vertentes explicativas do sistema capitalista de produção, visando à visualização dos reflexos e efeitos derivados da seleção promovida pelo sistema penal que, cada vez mais se vale dos meios de intimidação, dominação, estigmatização e adestramento e docilização de corpos indóceis para sustentação dos meios atuais de reprodução do capital, pretendeu-se demonstrar a ilegitimidade do direito penal como sistema de controle social face a Constituição cidadã em plena vigência e eficácia.

1. A REVOLUÇÃO. O FIM DO ANTIGO MUNDO E O INÍCIO DA MODERNIDADE MARCADA PELAS LUTAS DE CLASSES SUBJUGADAS PELO SISTEMA PRODUTIVO IMPOSITOR DE UM NOVO MODELO DE DENOMINAÇÃO

Foi a partir da Revolução Francesa que as mudanças socioeconômicas passaram a se tornar mais evidentes e a ser objeto de análise e estudos científicos. Até então, nenhuma mudança nesse sentido havia fomentado tantas discussões acadêmicas.

Ao iniciar o primeiro capítulo do Manifesto do Partido Comunista, Marx destaca que “*A história de todas as sociedades que existiram até hoje é história de luta de classes.*”¹.

Apesar da pontual observação feita por Comparato à afirmação genérica de Marx², aquele autor não deixou de reconhecer a importância dos estudos vertidos pelo criador do materialismo histórico no que se refere às classes sociais. Marx, em seus vários escritos, observou detidamente as modificações sociais que impulsionaram as lutas de classes e, nas palavras de Comparato

Marx foi, na verdade, o primeiro a enxergar e analisar a extraordinária transformação estrutural que a burguesia operou na sociedade moderna. Em lugar dos antigos estamentos, cada qual com o seu sistema próprio de direitos e deveres, surgem as classes sociais, todas regidas pela mesma lei geral, que lhes assegura iguais direitos e deveres; mas todas elas, de fato, separadas e opostas entre si pela desigual repartição do único direito que realmente conta, aquele que define os limites da vida individual na esfera privada e na vida pública: a propriedade.³

Disso resulta o fato de que quanto maior o afastamento do foco das discussões dos problemas de classes, menos a possibilidade de detecção dos problemas delas resultantes com o fim de resolvê-los. Amplia-se então a probabilidade de declinar sobre o indivíduo a culpa pelo insucesso que a classe regente da dominação lhe impõe.

¹MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 59.

²Para Comparato, Marx comete um anacronismo ao fazer tal afirmação, uma vez que o conceito de classes apresentado de modo geral e indiscriminado confunde as modernas classes com os antigos estamentos (*Stände*). COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.339.

³Ibidem, p.338-339.

Com a Revolução Francesa⁴, as lutas existentes entre os interesses do rei e senhores feudais ou destes com os plebeus deixaram de existir para dar lugar à moderna sociedade burguesa. Surgida da falência da sociedade feudal a burguesia estabeleceu novas formas de opressão, vale dizer, novas classes.

Até então, pobreza, marginalidade e desigualdade eram vistas apenas como um fato. A partir das considerações marxistas sobre as classes como determinantes do destino e do desenvolvimento da sociedade, voltam-se os olhos ao sistema, de maneira que este passa a ser o problema a ser estudado e, a partir daí, conclui-se que o homem é resultado das forças direcionadoras da sociedade impostas pelas classes dominantes.

Referindo-se ao período de transição da Pré-modernidade para Modernidade e o surgimento das classes dominante e subalternas, observa Bittar que

Dentro dessas perspectivas críticas sobre a ascensão e afirmação do espírito moderno, é possível entrelaçar o fortalecimento da consciência social moderna e o estabelecimento de uma cultura jurídica, a positiva, favorável ao assentamento dos intentos pseudocientíficos do direito. Há, portanto, um paralelo crescimento do direito, com o crescimento da ordem (que se torna parte da bandeira positivista), da expansão do mercado, da intensificação da acumulação do capital, da fetichização do progresso (que se torna parte da bandeira positivista) e do aparelhamento do Estado. Nisto, a transição dever-se-ia produzir com o auxílio do instrumental jurídico, daí a necessidade de uma cumplicidade entre o progresso material e o progresso dos saberes jurídicos, que redundam na formação da *Rechtswissenschaft* de Savigny. A transição significa a passagem de uma era pré-moderna (fragmentação dos centros de poder; pulverização das fontes jurídicas; dispersão do direito estatal; concorrência e superposição entre direito canônico, direito romano, direito estatal; costumes bárbaros) e uma era moderna (centralização do poder; estatização das

⁴ Descrevendo os fatos sociais e históricos que redundaram na Revolução Francesa, observa Rogério Gesta Leal que “No final do século XVIII, a realeza concentra em suas mãos todos os poderes políticos e econômicos imagináveis em grande parte da Europa e, conseqüentemente, na França também. Neste país, os denominados Estado Gerais – parlamento –, a despeito de formados pela própria realeza, clero e povo, não são convocados desde 1612. As guerras externas, que acarretam perdas de territórios, dívidas e descontentamento popular, aumentam os gastos da corte e da administração desorganizada, inchada de funcionários. Soma-se a isto a irregularidade na cobrança dos impostos, bem como a falha de escrituração e organização do orçamento. Diante deste quadro, as categorias sociais existentes convivem com profundas desigualdades de fato, pois a nobreza detém diversos direitos (caça, tribunal privativo, isenção de impostos, acesso aos cargos públicos, posse de grandes fortunas), o clero, também (tribunal privativo, isenção de impostos, direitos de explorar o ensino e opinar sobre assuntos políticos, econômicos e administrativos), enquanto o terceiro estado – burguesia, artesãos e camponeses – não possui regalias. Não bastasse os elementos acima citados, a nova classe social em ascensão, a burguesia, enfrenta dificuldades para expandir seus negócios, em razão da infra-estrutura emperrada do modelo ainda antigo e feudal de organização social, com o sistema das Corporações de Ofício, que oprime a indústria em evolução devido ao monopólio das companhias de comércio, os impostos exagerados, etc. Em fim, a situação econômica-financeira da França é desastrosa. [...] Daí até a tomada da Bastilha, em 14 de julho de 1789, segue-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789. (LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 34-35.)

responsabilidades sociais; unificação das fontes jurídicas; concentração do direito no Estado; positivação de todo o direito aplicável).⁵

O estudo pormenorizado das classes decorrentes da Revolução, da qual a burguesia se valeu para impor às demais seu estilo de vida, foi analiticamente realizado por Marx. Como deixa antever, Marx observa que “*A burguesia desempenhou na história um papel extremamente revolucionário. Onde quer que tenha conquistado poder, a burguesia destruiu todas as relações feudais, patriarcais, idílicas*”⁶. A par disso, é instituído um projeto de sociedade pela burguesia que aniquila os valores até então dominantes. Esse projeto burguês

Dilacerou impiedosamente os variegados laços feudais que ligavam o ser humano a seus superiores naturais, e não deixou subsistir de homem para homem outro vínculo que não o interesse nu e cru, o insensível “pagamento em dinheiro”⁷.

Nesse cenário revolucionário verifica-se “*que toda transformação social é resultado de um modo de produção dominante...*”⁸ de forma que “*o processo de produção aciona as forças produtivas existentes em e sob relações de produção definidas*”⁹. Daí a afirmação de Marx ao dispor que “*A burguesia não pode existir sem revolucionar continuamente os instrumentos de produção e, por conseguinte, as relações de produção, portanto todo o conjunto das relações sociais.*”¹⁰ Comparato observa que:

A divisão da sociedade em classes, que já não se distinguem entre si pela desigualdade de direitos, mas sim pelo fato da detenção ou não do poder econômico, fundado na propriedade dos meios de produção, só começou a existir efetivamente quando a burguesia logrou destruir o *Ancien Régime*.¹¹

A fim de atender as necessidades do mercado, já não mais satisfeitas pelo sistema feudal decadente¹², a partir da Revolução Francesa e Revolução Industrial surge como consequência da produção fabril a instituição de um sistema produtivo em série opondo-se ao não satisfatório modelo fundiário até então existente.

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexes frankfurtianas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 67.

⁶MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 47-48.

⁷MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 48.

⁸ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal (Biblioteca de Ciências Sociais), 1976. p. 54.

⁹Ibidem, p. 54

¹⁰MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 48.

¹¹COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p.339.

¹²Como destacado por Engels, “Quanto menos desenvolvido é o trabalho, mais restrita é a quantidade de seus produtos e, por consequência, a riqueza da sociedade; com tanto maior força se manifesta a influência dominante dos laços de parentescos sobre o regime social. ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. Tradução de Ruth M. Klaus. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2004. p. 10. (Prefácio à primeira edição 1884).

Tal revolução¹³ é marcada pela exigência dos burgueses ao monarca do direito de propriedade até então exercido pelo rei e senhores feudais. Marx afirma que “*A Revolução Francesa, por exemplo, aboliu a propriedade feudal em favor da propriedade burguesa*”.¹⁴ Isso resultou do fato de ser a propriedade o mecanismo jurídico de organização das forças produtivas na sociedade civil. Nota-se que Engels também observou tais fatos ao expressar que

Até hoje, todas as revoluções têm sido contra um tipo de propriedade e em favor de outro; um tipo de propriedade não pode ser protegido sem que se lese outro. Na grande Revolução Francesa, a propriedade feudal foi sacrificada para que se salvasse a propriedade burguesa.¹⁵

Verifica-se, historicamente, que a produção/propriedade “*estrutura a sociedade em classes antagônicas: de um lado, a que possui os instrumentos de produção (classe dominante, no sentido etimológico do termo – dominus: senhor, proprietário); de outro lado, as demais classes, destituídas da propriedade dos instrumentos de produção.*”¹⁶ Obviamente, a resistência à dominação surgirá, mais adiante, em oposição aos instrumentos de dominação.

Acontece que a identificação e separação das classes pela produção e acúmulo de riqueza promoveu na modernidade profundas feridas sociais que não se fizeram curar por anos. Hannah Arendt observa que

O homem livre, que podia dispor de sua privacidade e não estava, como o escravo, à disposição de um amo, podia ainda ser “forçado” pela pobreza. A pobreza força o homem livre a agir como escravo. A riqueza provada, portanto, tornou-se condição para admissão à vida pública não pelo fato do seu dono estar empenhado em acumulá-la, mas, ao contrário, por que garantia com razoável certeza que ele não teria de se dedicar a prover para si mesmo os meios do uso e do consumo, e estava livre para a atividade pública. Obviamente, a vida pública somente era possível depois de atendidas as muitas mais urgentes necessidades da vida. O meio de atendê-las era o trabalho e, portanto, a riqueza de uma pessoa era muitas vezes computada em termos de números de trabalhadores, isto é, de escravos, que ele possuía. Nesse contexto, a posse de propriedade significava dominar as próprias necessidades vitais e, portanto, ser potencialmente uma pessoa livre, livre para transcender a sua vida e ingressar no mundo que todos têm em comum.¹⁷

A partir de então, através desse novo modelo de sociedade burguesa, surge a necessidade de proteção tanto da propriedade, como do modo de produção e de distribuição

¹³ Assinala Rogério Gesta Leal que “Pode-se afirmar que é a miséria popular, como resultado de uma contextualização mais global, enquanto fato que se agride o direito à vida digna, que dá origem ao processo revolucionário francês, unificando uma série de reivindicações”. LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 35.

¹⁴ MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 59.

¹⁵ ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 118.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p.334.

¹⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. rev. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2010. p.79-80.

de riquezas monopolizado pelas classes dominantes. Com efeito, a essência da propriedade privada, como paradigma dos direitos reais na sociedade burguesa, é bem o seu caráter exclusivo. É essa exclusividade que permite ao proprietário o uso, gozo e disposição da coisa que lhe é própria como bem entender, excluindo desse uso, gozo e disposição, por conseguinte, todos os demais sujeitos reificados¹⁸.

Revela-se, com isso, que os reais ideários de igualdade propagados pela Revolução Francesa mais excluíram e estabeleceram limites intransponíveis entre o proprietário detentor do capital e as classes proletárias, que efetivamente geraram igualdade de oportunidades e condições a todos. Assim, o Estado feudal decadente, sem forças para resistir às insurreições da classe burguesa, vê todo o seu projeto de dominação de uma ordem feudal ser substituído por outro de lógica diametralmente oposta, regulando o modo de vida burguês e seus valores, em especial as formas de proteção e de seu patrimônio.

Como observa Comparato:

Daí advém o fato constrangedor de que na sociedade burguesa os não-proprietários são, fatalmente, reificados, ou seja, tratados não como pessoa, mas como simples coisas (*res*), que têm um valor apreciável em dinheiro. Na sociedade civil, doravante organizada em mercado, os trabalhadores (e também, Marx poderia ter acrescentado, a grande massa dos consumidores) não têm dignidade e sim um preço. Outras vezes, nem isso: os trabalhadores são excluídos do mercado como objetos descartáveis, cuja manutenção torna-se por demais custosa para fazer funcionar, equilibradamente, as finanças da macroempresa em que se transformou o Estado.¹⁹

Com essa reviravolta provocada pelo liberalismo, os comerciantes e produtores burgueses tornaram-se razoavelmente independentes em relação ao Estado. Na realidade “*O equilíbrio das finanças estatais, de simples meio tornou-se um fim em si mesmo. Pois o próprio Estado só existe, nessa concepção, para garantir o livre jogo das forças do mercado.*”²⁰ Ao destronar o absolutismo, a burguesia pôde participar das decisões políticas que culminaram na substituição do mercantilismo pelo liberalismo econômico exatamente “*...quando foram eliminados o protecionismo monopolista e outros privilégios e estabelecidas*

¹⁸ Observa Hannah Arendt em a condição humana que a fabricação, a separação do homem do meio natural para desempenhar o processo de produção advindo com as atividades produtivas em grande escala, desencadeada pela revolução francesa e industrial, a obra do homo faber, consiste indubitavelmente em reificação. ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 173.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 340-341.

²⁰ Ibidem, p. 341.

as condições para não intervenção do Estado na economia ou, mais especificamente, sobre o mercado e a oferta e procura de mão-de-obra.”²¹

Marx, com sua percepção peculiar, descreveu com propriedade as reivindicações de uma dessas classes burguesas. Nota-se nas considerações abaixo a força pública sobrepujada pela civilização dominante em detrimento do poder estatal, ao observar Marx que

Longe de desejar a transformação revolucionária de toda a sociedade em benefício dos proletariados revolucionários, a pequena burguesia democrata tende a uma mudança de ordem social que possa tornar a sua vida, na sociedade atual, mais cômoda e confortável. Por isso reclama em primeiro lugar uma redução dos gastos do Estado por meio de uma limitação da burocracia e do deslocamento das principais cargas tributárias para os ombros dos grandes proprietários de terras e burgueses. Exige, ademais, que se ponha fim à pressão do grande capital sobre o pequeno, pedindo a criação de instituições de crédito de Estado e leis contra a usura, com o que ela e os camponeses teriam a possibilidade de obter, em condições favoráveis, crédito do Estado, em lugar de serem obrigados a pedi-los aos capitalistas; ela pede, igualmente, o estabelecimento de relações burguesas de propriedade no campo, mediante a total abolição do feudalismo. Para levar a cabo tudo isso, precisa de um regime democrático, seja constitucional ou republicano, que dê maioria a ela e seus aliados, os camponeses, e autonomia democrática local, que ponha nas suas mãos o controle direto da propriedade comunal e uma série de funções desempenhadas hoje em dia por burocratas.²²

A partir de então, os súditos que eram de toda sorte explorados por seus reis a fim de garantir-lhes a ostentação de vida farta e cômoda no interior de seus castelos, passam a sofrer com a decadência feudal e são levados a deixar o campo em busca de emprego nas fábricas. O trabalho fabril exige mão de obra qualificada e como os trabalhadores rurais e artesãos da época não a possuíam, passam a mendigar empregos nos portões das fábricas para, ao final, quando subempregados, com o parco salário saciar a fome que então assolava toda a Europa.

Ocorre que nesse contexto histórico de mutação político-social, o homem se afasta de suas atividades no campo para protagonizar uma nova história de exploração do homem pelo homem, não mais nas produções agrícolas e pecuárias para sustentação da coroa e dos senhores feudais, mas no cenário do industrial burguês²³, na produção industrial. Preconizada no século subsequente pela classe operária cujos frutos foram colhidos pelas classes capitalistas burguesas que só chegaram ao poder ao custo de sacrifício do proletariado.

²¹AIANNONE, Roberto Antonio. *A revolução Industrial*. São Paulo: Moderna, 1992. p. 48.

²²MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 86.

²³Como assinalado por Georg Rusche e Otto Kirchheimer “Weber dizia que a burguesia empresarial, consciente da pela graça de Deus e de estar sendo visivelmente abençoada por Ele, podia seguir seus interesses pecuniários e sentir-se cumpridora de seus deveres, sempre que permanecesse dentro dos limites da correção formal e da não utilização de sua riqueza de forma espúria. Sua consciência dava-lhe a confortável segurança de que uma distribuição desigual dos bens terrenos constituía um desígnio especial da Providência que procurava fins secretos e desconhecidos para os homens.” em *Punição e Estrutura Social*. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 63.

Como afirmou o Manifesto do Partido Comunista,

Toda sociedade até aqui existente repousou, como vimos, no antagonismo entre classes de opressores e classes de oprimidos. Mas, para que uma classe possa ser oprimida, é preciso que lhe sejam asseguradas condições nas quais possa ao menos dar continuidade à sua existência servil. O servo, durante a servidão, conseguiu tornar-se membro da comuna, assim como o burguês embrionário, sob o absolutismo feudal, conseguiu tornar-se burguês. O operário moderno, ao contrário, ao invés de se elevar com o progresso da indústria, desce cada vez mais, caindo inclusive abaixo das condições de existência de sua própria classe.²⁴

Como demonstrado, a divisão entre classes resultante da reviravolta implementada pela burguesia recai na substituição do modelo de exploração. Desse modo, os menos favorecidos economicamente, salvos das explorações praticadas por seus reis, passaram a ser explorados pelos revolucionários burgueses detentores do capital. Para que os burgueses pudessem comercializar livremente suas mercadorias e obter cada vez mais lucros com suas produções valendo-se de mão-de-obra sub-humana, fez-se necessário afastar ao máximo a intervenção estatal nas relações particulares, criando, assim, o Estado Liberal burguês²⁵.

Como observa Engels:

Ao transformar todas as coisas em mercadorias, a produção capitalista destruiu todas as antigas relações tradicionais e substituiu os costumes herdados e os direitos históricos pela compra e venda, pelo “livre” contrato.²⁶

e prossegue dizendo:

Mas, para firmar contratos, é necessário que haja pessoas que possam dispor livremente de si mesmas, de suas ações e de seus bens, e que se defrontem em igualdade de condições. Criar essas pessoas “livres” e “iguais” foi exatamente uma das principais tarefas capitalistas.²⁷

Eis por que se aponta a liberdade como uma das máximas da Revolução do século XVIII. Essa suposta “liberdade” não só afastava o Estado das relações particulares, como também garantia aos comerciantes burgueses a possibilidade de livre contratação da mão-de-obra quase escrava explorada para produção do capital.

²⁴MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 56.

²⁵COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 340. Observa que: “... as revoluções do século XVIII operaram uma divisão da sociedade em duas esferas – a política e a civil -, sendo aquela subordinada a esta.” E conclui a explicação dispondo que “Na sociedade burguesa, portanto, a relação entre o Estado e a sociedade civil é o exato oposto daquilo que foi sustentado por Hegel. O Estado aparenta dirigir “de cima” a sociedade civil, mas ele, na verdade, lhe é subordinado. O Estado ostenta defender o bem comum do povo, mas na verdade ele protege, por meio de ficção jurídica, o interesse próprio da classes burguesa, a qual já exerce um poder incontestável na sociedade civil pela apropriação dos instrumentos de produção.”

²⁶ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 80-81.

²⁷Ibidem, p. 81.

Como constatado por Fabio Ulhoa Coelho, *“foi a revolução social empreendida pela burguesia, com as bandeiras de luta erguida contra o feudalismo, que criou as condições para a edição de normas jurídicas falando em igualdade de todas as classes sociais.”*²⁸ Ocorre que, essa igualdade formal, como proclamou a Declaração de Direitos de 1789, promoveu *“... o desdobramento do mesmo sujeito individual em dois personagens, o homem e o cidadão: aquele com uma vida real e concreta, este como simples figurante, a desempenhar na sociedade um papel estilizado e secundário.”*²⁹

A partir de então, para manutenção do sistema de produção burguês, passou-se cada vez mais a se exigir dos operários conhecimento e treinamento para exercício do novo trabalho. Contudo, além dos conhecimentos técnicos exigíveis para operação das máquinas, introduziu-se nos ensinamentos o dever de submissão à classe dominante e, através da disciplina, incutiu-se aos subjugados o dever de obediência ao soberano.

Como explica Althusser:

A reprodução da qualificação da força do trabalho tende (trata-se de uma lei tendencial) a dar-se não mais no “local de trabalho” (a aprendizagem na própria produção) porém, cada vez mais, fora da produção através do sistema escolar capitalista e de outras instâncias e instituições.³⁰

Essa reprodução das forças do trabalho também reproduz, a cada vez que se impõe, o ideológico burguês de dominação. Ensina as formas que asseguram a submissão à ideologia dominante ou o domínio por ela praticado. Assim, *“todos os agentes de produção, da exploração e da repressão, sem falar dos ‘profissionais da ideologia’ (Marx) devem de uma forma ou de outra desempenhar ‘conscientiosamente’ suas tarefas, seja a de explorados (os operários), seja a de exploradores (capitalistas).”*³¹

Dessa forma é feita a estruturação do sistema de produção com base em regras impostas pela classe dominante e, o Estado, quando deveria conter a desigualdade, passa a agir de forma determinante a fim de solidificar a política pública de mercado. A ocupação do Estado em garantir o sistema capitalista de produção, sob o argumento da necessidade de desenvolvimento, passou a estabelecer, ainda que sutilmente, maior desigualdade entre as classes, como se vê em Engels;

²⁸COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. 2. tirag. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

²⁹COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 338.

³⁰ALTHUSSER, Louis. Op. cit., p. 57.

³¹Ibidem, p. 58.

Como o Estado nasceu da necessidade de conter o antagonismo das classes, e como, ao mesmo tempo, nasceu em meio ao conflito delas, é, por regra geral, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida³².

Isso posto, vê-se que a Revolução foi o fio condutor do qual a burguesia se utilizou para se impor e fazer do Estado, como órgão legítimo a garantir a harmonia social, o instrumento regulador de suas necessidades privadas. Os direitos concedidos aos cidadãos pela Declaração de Direitos são regulados de acordo com as posses desses cidadãos. Assim, como destacado por Engels, o Estado se evidencia como organismo de exploração de forma a proteger os que possuem dos que não possuem, em nada modificando a ambivalência existente no fato do “*poder diferenciador esconder-se em geral por trás de um dos membros da oposição*”³³. De modo que “*o segundo lado depende do primeiro para o seu planejado e forçado isolamento. O primeiro depende do segundo para sua autoafirmação*”³⁴.

Assim o Estado antigo foi, sobretudo, o Estado dos senhores de escravos para manter os escravos subjugados; o Estado feudal foi o órgão de que se valeu a nobreza para manter a sujeição dos servos e camponeses dependentes; e o moderno Estado representativo é o instrumento de que se serve o capital para explorar o trabalho assalariado.³⁵

A par do exposto, nota-se que, valendo-se das forças de produção, o Estado impõe um modelo de subjugação à classe operária. Modelo este que resultou na publicação do “Manifesto do Partido Comunista” por Marx, como um conjunto de intenções e ações que deveriam ser movidas para conter a exploração aos proletários pelos capitalistas. Entretanto, com o passar dos anos, o Capitalismo triunfou de forma a se valer das forças de produção submissas às ideologias burguesas, uma vez que

... a reprodução da força de trabalho não exige somente uma reprodução de sua qualificação mas ao mesmo tempo uma reprodução de sua submissão às normas da ordem vigente, isto é, uma reprodução da submissão dos operários à ideologia dominante por parte dos operários e uma reprodução da capacidade de perfeito domínio da ideologia dominante por parte dos agentes da exploração e repressão de modo a que eles assegurem também “pela palavra” o predomínio da classe dominante.³⁶

Nota-se daí que o Estado passou a dispor dos direitos concedidos aos cidadãos de modo a regular suas posses, evidenciando ser um organismo destinado à proteção dos que

³²ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 178.

³³BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 22.

³⁴Ibidem, p. 23.

³⁵ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 178.

³⁶ALTHUSSER, Louis. Op. cit., p. 58.

possuem contra os que não possuem. Essa disposição separatista é feita legalmente, de forma que “*A força de coesão da sociedade civilizada é o Estado, que, em todos os períodos típicos, é exclusivamente o Estado a classe dominante e, de qualquer modo, essencialmente uma máquina destinada a reprimir a classe oprimida e explorada*”³⁷. Esse novo modelo de produção experimentado pela burguesia passa a ser determinante e condicionante nas relações sociais de maneira a influenciar as normas jurídicas que, como produto da vontade humana, passa a se balizar pelo modo de produção.

Com o Estado Liberal formado condicionalmente pelo sistema de produção burguês observa-se na sociedade a divisão de classes, em que os detentores do capital passaram a ser os detentores do poder, proprietários de terras, fábricas e bens em geral e, na outra extremidade, as classes operárias condicionadas às subserviências jurídicas impostas pelo Estado a desejo dos detentores do capital. Disso resulta a permanente tensão entre as classes opostas cuja “... *relação concreta de encontro de pretensões, que aproxima os proprietários na realização da troca mercantil, configura esse aspecto material, que corresponde não só uma ideologia específica, mas também um determinado uso da força*”.³⁸ Daí os conflitos ideológicos da burguesia e do proletariado tão explorados por Marx no “Manifesto do Partido Comunista”.

Os limites e disposições regulamentares do poder e tirania no uso excessivo da força como mecanismo de dominação e subjugação como tendência decorrente de quem detém o poder são exercidos pelo Estado que, de forma inexorável, protege a propriedade. Desse modo, atendendo aos anseios burgueses, “...*vai se delimitando uma noção moderna de propriedade, como as terras vão sendo cada vez mais subtraídas de forma consuetudinária de uso coletivo em detrimento de uma concentração nas mãos de alguns sujeitos*”.³⁹ Tal proteção se afirma de maneira legal, positivada, pois se verifica “... *o direito como um sistema de relações sociais correspondentes aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada dessa classe*”⁴⁰

³⁷ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 183.

³⁸STUCKA, Peteris Ivanovitch Stucka apud COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 11.

³⁹FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Biblioteca de História do Direito, Coordenada por Ricardo Marcelo Fonseca. 2. ed. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 102.

⁴⁰COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 11.

Como destacou Althusser:

O Estado só tem sentido em função do poder de Estado. Toda luta política das classes gira em torno do Estado. Entendamos: em torno da posse, isto é, da tomada e manutenção do poder de Estado por uma certa classe ou por uma aliança de classes ou frações de classes. Esta primeira observação nos obriga a distinguir o poder de Estado (manutenção e tomada de poder de Estado), objetivo da luta de classes.⁴¹

Com o êxodo rural e a povoação das cidades pelas classes operárias, surge a necessidade de se estabelecer normas de regulamentação do comportamento social que coloque em risco a propriedade privada. Essas normas são estabelecidas pelo Estado sob as influências da burguesia que, como demonstrado alhures, priorizou em seu projeto de vida e dominação a manutenção e a conservação do patrimônio e do estilo de vida liberal. Entretanto, para sua subsistência, faz-se necessário manter o Estado o mais afastado possível das relações civis, sem exercer qualquer controle sobre as explorações praticadas pela classe produtiva.

Nesse contexto histórico e liberal é que se afirmou o processo de dominação burguesa. A revolução industrial veio justificar o referido processo e eliminar qualquer dúvida sobre suas reais forças de subjugação. Observa Comparato que

...a burguesia desempenhou, efetivamente, na história moderna, “um papel altamente revolucionário”. Nos países afetados pelo que se veio a chamar, mais tarde, Revolução Industrial, em pouco mais de um século toda a estrutura social foi transformada, e a “superestrutura ideológica”- a qual, na visão marxista, compreende não só o ideário, mas também o conjunto das instituições jurídico-políticas – foi inteiramente renovada. Na passagem do século XX ao século XXI, o modo de vida burguês-capitalista torna-se a regra mundial, e os países onde ele ainda não vingou desenvolvem uma luta de retaguarda para evitar a capitulação diante da formidável estrutura de dominação imperial.⁴²

Nota-se, pelo exposto, que a Revolução proporcionou mais dominação por parte dos detentores do capital e influenciou países do ocidente das mais variadas condições sociais e econômicas. Desde a (s) Revolução (es) até os dias atuais, as legislações penais no Brasil demandaram grandes reflexões sobre como preservar e garantir o crescimento das ideologias capitalistas.

1.1. Da Nobreza Feudal em crise ao projeto de dominação burguesa. A máscara cientificista de uma falsa legitimação fundada na alternância de poder

Com a decadência feudal e ascensão da burguesia houve por parte desta uma busca na lógica das ciências exatas para fundamentar seu projeto de dominação e, definitivamente,

⁴¹ALTHUSSER, Louis. Op. cit., p. 65.

⁴²COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 342.

afastar das decisões de Estado a influência divina até então vigorante. Com isso, houve grande fomento das atividades exercidas em decorrência das ciências exatas para que, sob argumentos científicistas, fossem entregues aos revolucionários um projeto justificador das decisões de Estado com base em fatos empiricamente demonstráveis nos moldes das propostas contianas e cartesianas. Como anota Paolo Grossi referindo-se historicamente à transposição da racionalidade medieval para a racionalidade exercida na modernidade;

A modernidade jurídica tem raízes bem remotas. O historiador do direito as pode vislumbrar naquele século XIV, que é extraordinariamente rico de novos fermentos e no qual começam a ser desmentidos os velhos valores sustentadores da civilização medieval. Enquanto nesta os pilares da ordem são representados pela natureza cósmica (o mundo das coisas) e das várias comunidades nas quais o sujeito singular encontra proteção e possibilidade de existência, agora, no século XIV, a nova sociedade começa a direcionar-se para o indivíduo e sobre as forças individuais. A tentativa é de liberar o indivíduo dos velhos condicionamentos e fazer dele o pilar da nova ordem. O que é testemunhado por aquela revolução antropológica que consiste na ultrapassagem do racionalismo medieval para o voluntarismo da nova era, de um homem que é chamado a conhecer para um outro que é chamado a querer, de um homem que se projeta para fora em humildade para um homem que encontra em si mesmo toda justificação e que projeta para fora unicamente sua pretensão de dominar o mundo, de colocar-se como soberano do mundo.⁴³

Surge, dessa evolução no pensamento humano, a busca pela conquista do poder econômico. Com bases científicistas embrionárias e ideológicas, a modernidade, relata Paolo Grossi:

... subterraneamente – procurava-se tutelar determinados interesses de grupos. O estado de natureza, de fato, era conotado como pré-político, aliás, pré-social, onde circulavam indivíduos singulares, sem correntes no pescoço, livres e independentes, que somente na sequência teriam dado vida, por razões de oportunidade, a formações sociais e políticas começando o processo da história humana. [...] Começa, nesta grandiosa oficina jusnaturalista, aquele culto da abstração, aquela forma de raciocinar por modelos e sobre modelos, que será um dos traços mais distintivos da modernidade jurídica. E será uma abstração obstinadamente perseguida até hoje, já que era o instrumento tremendamente eficaz que, sob a aparência de uma absoluta inocuidade, isolava e cimentava o indivíduo e eliminava formalmente toda diferenciação social que era totalmente desvantajosa para o sujeito economicamente fraco e totalmente vantajosa para o sujeito economicamente forte: a nova igualdade, precisamente porque era só igualdade jurídica e, portanto, mera possibilidade de igualdade factual, na sua abstração não molestava o abastado burguês e deixava aos despossuídos a miragem de um sonho praticamente inalcançável.⁴⁴

A partir daí, nasce a ciência como mecanismo justificador da fundamentação da ideologia moderna, tendo o homem como elementar (ou como força motriz) do fato social. É

⁴³ GROSSI, Paolo Para além do subjetivismo jurídico moderno. p.19-29. In FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. (Orgs.) *História do direito em perspectiva*. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p. 19-20.

⁴⁴ GROSSI, Paolo Para além do subjetivismo jurídico moderno. p.19-29. In FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. (Orgs.) *História do direito em perspectiva*. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p. 21-22.

neles que a sociologia clássica e etiológica se baseia para criação do homem padrão, do homem médio, do homem estudado como objeto e não como sujeito e, conseqüentemente, afastado de todas as diversas ingerências que formam ou dão forma ao todo social.

Nota-se que, contrário a Marx, que viu os problemas sociais como decorrentes das classes, Émile Durkheim⁴⁵ apresenta o fato social como objeto dotado de exterioridade, genericidade e coercitividade. Max Weber⁴⁶, por sua vez, vai analisar e explicar os fatos sociais a partir do padrão médio comportamental do homem. Para Weber “... *o capitalismo atual, que passou a dominar a vida econômica, educa e escolhe os indivíduos de que tiver necessidade por um processo de sobrevivência econômica do mais apto.*”⁴⁷

Assim, tanto em Weber como em Durkheim o estudo dos fatos sociais vai decorrer da análise do indivíduo: do homem médio para o primeiro, e dos grupos sociais para o segundo.

Marx, opondo-se a esses estudiosos que marcaram suas épocas, afastou o indivíduo da análise como causa ou consequência de qualquer coisa. Para o sociólogo de “O Capital”, a sociedade se forma não pelo perfil do(s) indivíduo(s) ou do(s) grupo(s), e sim, pela forma de produção e distribuição de riqueza e seus consequentes mecanismos de dominação e de manutenção de poder⁴⁸.

A perspectiva de Weber ao estabelecer um ideal médio de conduta humana é naturalmente reducionista por acreditar que numa órbita plurifacetada que é a sociedade existiria um conceito de comportamento mediano entre os homens. Tal ideia advém de forte matriz preconceituosa para com os “não médios”, uma vez que do normal espera-se a normalidade, do médio espera-se um padrão uniforme.

Do modelo de homem estudado por Weber, se existe um conceito de homem padrão, tudo que escapa ao médio e ao padrão ou ao tipo ideal, deve passar por um processo de adequação social. Por isso para Weber “*É uma obrigação que o indivíduo deve sentir e realmente sente com relação ao conteúdo de sua atividade profissional, não importa no que*

⁴⁵DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2004, passim.

⁴⁶WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito capitalista*. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecányi e Tomás J. M. K. Szmrecsányi. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001, passim.

⁴⁷WEBER, Max. Op. cit., p. 29.

⁴⁸No livro 4 de O CAPITAL, Marx trava intenso debate com os economistas liberais tais como Malthus, Smith, Ricardo, delatando o sistema de exploração burguesa, revelando, por conseguinte a falácia de liberdade e igualdade tanto anunciada pelos revolucionários burgueses.

ela consiste e se ela aflora como uma utilização de seus poderes pessoais ou apenas de suas possessões materiais (como “capital”).⁴⁹

A revolução burguesa adveio de um projeto de dominação que encomendou dos seus produtores do saber formas de justificação que superassem o saber divino, para que se pudesse demonstrar aos dominados que a dominação é validada não por razões metafísicas, mas por razões científicas (química, matemática, física, etc.). Diante da impossibilidade de explicação do direito a partir da exatidão da ciência, os burgueses passaram a explicá-la através da lógica formal, afastando o direito das ciências sociais vinculadas à metafísica.

Ocorre que, se por um lado a sociologia crítica surgida a partir dos meados do século XX percebeu a pluralidade de influxos que compõe a complexidade do fenômeno social, a sociologia etiológica reduziu esse mesmo fenômeno a estatísticas deformadas por uma prévia seleção dos grupos estudados. Assim, o estudo dos impactos do sistema penal sob a ótica burguesa fundou-se em razão do estudo estigmatizante do homem delinquente⁵⁰ como tal, ignorando intencionalmente as influências advindas da classe social à qual ele pertence. Em síntese: Se sob o prisma webermasiano o estudo das causas sociais parte do homem e suas condutas, ignorando, em certa medida, o que Marx revelou com os estudos das classes sociais, notadamente tais fundamentos surgirão natimortos por desprezarem inconsequentemente a indispensável análise do homem e do fato social por meio da metafísica e não apenas pela lógica formal.

Percebe-se que a sociologia da modernidade falha ao estabelecer uma geração de estigmas determinantes como uma genética determinante, um meio determinante, uma educação determinante. Tal afirmativa fica visivelmente patente nas palavras de Lombroso ao descrever que

Fica então demonstrado que em uma certa cota de criminosos, a raiz do crime remonta desde os primeiros anos do nascimento, intervenham ou não causas hereditárias, ou para dizer melhor, que se há alguns causados pela má educação, em muitos não influi nem mesmo a boa. A sua grande ação benéfica surge exatamente do fato de ser geral a tendência criminosa no menino, de modo que sem essa educação não se poderia explicar a normal metamorfose que na maior parte dos casos. De resto, entendemos por educação, além das simples instruções teóricas que raramente ajudam, também aos adultos, para quem vemos tão pouco apontar a literatura, os discursos, as artes ditas moralizadoras. Menos ainda, a violência, com que mais se realçam os hipócritas, transforma não o vício em virtude, mas o vício em um outro vício. Há realmente uma série de movimentos reflexos substituindo

⁴⁹WEBER, Max. Op. cit., p. 29.

⁵⁰ A expressão “homem delinquente” refere-se ao exposto na célebre obra de Cesare Lombroso. *O homem delinquente*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. p. 32.

lentamente outros que foram causas diretas ou ao menos favoráveis à mutação das tendências maldosas, e isso por meio da imitação, dos hábitos gradualmente introduzidos com a convivência com pessoas honestas e com precauções bem orientadas para evitar que surjam em terreno adequado à proliferação de idéias fixas que vemos tornarem-se tão fatais na infância. [...] Impedir a conjunção fecunda dos alcoólatras e dos criminosos seria pois, a única prevenção do delinquente nato, que, quando é tal, como se vê em nossa história, nunca se mostra suscetível de cura.⁵¹

Não bastasse, da mesma forma a antropologia vai ser genética ou biotípica, quando considera que os anormais, ou seja, aqueles que fogem ao padrão do homem mediano, bem como, seus filhos anormais também o são por uma fatalidade. A história, por sua vez, perde a pluridimensionalidade ao assumir uma visão linear e reducionista na qual os fatos são percebidos sem nenhum critério espacial, estando ancorados formalmente em datas e nomes e apenas no princípio do século XX passa a buscar seu reencontro, com Heidegger⁵² e Gadamer⁵³ com o conceito de horizontes.

Com a colocação do homem como centro da causa e efeito, como alfa e ômega, o direito acabou por se aproximar de uma ciência exata, de forma a ser possível o seu engessamento através do método. Por conseguinte, afastou-se da construção e do conhecimento em um mundo concreto onde existem pessoas reais, portanto concretas, que se contaminam pela mais variada gama de fatores. Disso resultam as críticas de inadequação apontadas ao projeto da modernidade que pretendeu dar legitimidade ao controle social pelo Direito, ignorando as subjetividades do ser humano e das questões sociais que o circundam, estudadas, debatidas e analisadas pela metafísica.

Se o controle social na Antiguidade era decorrente da crença na vontade de Deus exercida por representantes na Terra, no caso, os reis e a Igreja⁵⁴, na Modernidade, o projeto construído pela burguesia afastou Deus das decisões de Estado e o controle social passou a se fundamentar naquilo que poderia ser cientificamente comprovado, ou seja, na exatidão da ciência. De tal maneira que, longe das questões naturais, uma razão vai se impor, tão somente, por uma razão.

Esse afastamento da racionalidade moderna das questões pragmáticas, fincando seus pensamentos apenas no campo apofântico foi que fortemente influenciou o surgimento do que

⁵¹ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. p. 85-86.

⁵² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, passim.

⁵³ GADMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, passim.

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder, Op. cit., p. 4-89.

se denominou de Escola Clássica no Direito Penal, a respeito da qual Gianpaolo Poggio Samanio e Humberto Barrionuevo Fabretti destacam

Embora sempre fosse questionada a razão da existência do crime e do criminoso, pode-se apontar como o início da reflexão sistemática sobre o crime a chamada Escola Clássica, que deu origem à Ciência denominada Criminologia. [...] A referida escola decorre do Iluminismo, corrente filosófica que reformulou o pensamento da humanidade do século XVIII, com a formulação dos direitos naturais do homem e a crença de que a lei deve assegurar e resguardar tais direitos. Dessa forma, as leis que versassem sobre matéria criminal deveriam prevenir os abusos cometidos pelas autoridades, fundamentando-se a legitimidade do direito de punir no contrato social, ou seja, na tutela de direito de terceiros, bem como firmando-se o critério de utilidade das penas, como o da prevenção geral, considerando-se inúteis todas as penas que não visassem a impedir violação futura do ordenamento jurídico. Sobre a explicação do crime, seguindo a teoria filosófica iluminista, que poderia ser vista como de um humanismo racionalista, posto que pressupõe a racionalidade do homem, a questão fica colocada na ideia do racionalismo aplicado sobre o hedonismo. Uma vez que o homem atual é movido pela busca do prazer e, portanto, o crime é praticado tendo em vista o prazer do agente praticante, as penas devem ser previstas a anular os proveitos do crime.⁵⁵

Ocorre que diante da impossibilidade cientificista de se explicar o direito e as condutas sociais, ignorando as especificidades, as peculiaridades de cada indivíduo e sofrendo a forte influência do positivismo, a Escola Clássica acabou por ser posta em questionamento visto não ter apresentado resultados capazes de diminuir a criminalidade, que, pelo contrário, aumentara e se diversificara, revelando altas taxas de reincidência. Notadamente os postulados do liberalismo promoviam uma contradição fundamental, como explica Smanio, “[...] o contrato social seria baseado no consenso em torno dos valores fundamentais, consenso esse que criaria uma igualdade de deveres; no entanto, a todos esses paradigmas teóricos correspondia uma desigualdade real de oportunidades, que impediria o sucesso das reformas empreendidas no sistema penal.”⁵⁶ Verifica-se a partir de então uma reviravolta do objeto principal dos estudos criminológicos, que deixa de ser o sistema legal e passa a ser o delinquentes e a natureza das causas do crime.

Sobre a influência do positivismo o século XIX trouxe profundas mudanças no pensamento criminológico, Kelsen explica que:

A conduta de um indivíduo pode estar – mas não tem necessariamente de estar – em relação com um ou vários indivíduos, isto é, um indivíduo pode comportar-se de determinada maneira em face de outros indivíduos. Porém, uma pessoa pode ainda comportar-se de determinada maneira em face de outros objectos que não indivíduos: A relação em que a conduta de uma pessoa está com uma ou várias outras pessoas pode ser imediata ou mediata. O homicídio é uma conduta do

⁵⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 77-78.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 78.

homicida em face da vítima. É uma relação imediata de homem a homem. Que destrói um objecto valioso, actua imediatamente em face de uma coisa e mediamente em face de uma ou várias pessoas que estão interessadas nessa coisa, especialmente se ela é propriedade dessas pessoas. Uma ordem normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas é ordem social. A moral e o direito são ordens sociais deste tipo. A lógica tem por objecto uma ordem normativa que não tem qualquer carácter social, pois os actos de pensar do homem, que as normas desta ordem regulam, não afectam outras pessoas – o homem não pensa perante outro homem da mesma forma que actua em face de outro homem. A conduta que uma pessoa observa perante uma ou várias outras pessoas pode ser prejudicial ou útil a esta ou estas pessoas. Vista de uma perspectiva psico-sociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, em fazer com que essa pessoa omita determinadas acções consideradas como socialmente – isto é, em relação às outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas acções consideradas socialmente úteis. Esta função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proíbem determinadas acções humanas.⁵⁷

As declarações de Kelsen revelam a utilidade das normas para disciplinar condutas humanas capazes de impor certas medidas intimidativas hábeis para assegurar a vida harmônica dos seres humanos em sociedade. Contudo, diante da individualidade de cada participante do convívio social, há que se prever a possibilidade de comportamentos díspares entre os homens. Fato é que apenas os conhecimentos cientificistas do positivismo não foram suficientes para perpetuar a teoria defendida por seus idealizadores.

Assim, foi da impossibilidade de se explicar o Direito pelas razões cientificistas que Marx, muito embora pouco tenha escrito sobre Direito, conseguiu encontrar nas classes sociais as manobras ocultas praticadas pelos burgueses com o Capitalismo, delatando o projeto de dominação burguesa, tão festejado pelos que os defenderam. Das observações feitas por Marx foi possível iniciar estudos e fazer as análises críticas das teorias de dominação em detrimento dos menos abastados.

1.2. A legalização da dominação do capital com a criação de normas penais fincadas em proteger o sistema burguês de produção desde a revolução até a atualidade

Como deixamos antever, em Marx o Direito aparece muito frequentemente como uma esfera passiva sobre determinada imposição comportamental das classes, que revela o reflexo das forças sociais em uma determinada época. Essa constatação é fundamental para a compreensão do direito penal praticado no Brasil atualmente, uma vez que:

No caso específico do modo de produção capitalista, o direito então aparece como resultado da forma de dominação burguesa, estreitamente vinculado à sua política e

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almeda, 2008. p. 28.

dela dependente. Não se vislumbra para o direito, nesta visão, qualquer esforço de autonomia, de desvinculação, mínima que seja, das forças sociais dominantes.⁵⁸

A lei vai se firmar como uma arena central de solução de conflitos “...*uma forma de mediar o exercício da força nas relações entre as classes.*”⁵⁹ Daí conclui-se que, sendo a lei a exteriorização da manifestação de vontade do Estado e estando este ocupado ou subjugado pela imposição da vontade da classe dominante, no caso, os detentores do capital, as leis abarcarão em grande parte os desejos pessoais da classe ocupante do poder.

Em suma, como sintetiza Ricardo Marcelo Fonseca:

... a partir do século XVIII (quando a questão da população surge para o saber e os chamados dispositivos de segurança são progressivamente utilizados como estratégia de governo) existe uma dimensão de normalização e de gestão da vida que convive e perpassa os mecanismos “puramente” jurídicos. Na verdade, uma apreciação atenta chegaria à conclusão que as estratégias jurídicas passam a ser cada vez menos imunes à atuação de formas normalizadoras, de modo que a instância jurídica passa a cumprir o papel cada vez mais frequente de veiculador dos dispositivos de segurança e passa a ser um dos meios privilegiados de fazer funcionar e fazer incidir tais mecanismos.⁶⁰

Verifica-se que governar requer, na hipótese, exercício legiferante que, a partir da modernidade resultará do estabelecimento da ordem pela força normativa que as leis possuem. Na essência, “... *a arte de governar... vai consistir em manipular, em manter, em distribuir, em restabelecer relações de força e relação de forças num espaço de concorrência que implicará crescimento competitivo.*”⁶¹

Registra-se, por oportuno, as considerações de Zaffaroni ao dispor que:

O surgimento e o desenvolvimento de uma nova e poderosa classe social, como a dos industriais e comerciantes, em concorrência com a classe estabelecida – nobreza e clero -, determinou que a primeira procurasse, por todos os meios, debilitar o poder da velha classe hegemônica e, como capítulo fundamental dessa empresa, tratasse de reduzir o poder punitivo, que era uma de suas principais armas de dominação. Esse esforço traduziu-se num discurso penal redutor e, subsidiariamente, em mudanças na realidade operativa do poder punitivo, que não deixou de ser exercido de forma seletiva mas tornou-se funcional ao crescimento e à expansão da nova classe social.⁶²

Ocorre que toda essa estrutura é decorrente do Príncipe e Soberano descrito no fim do século XVI que, como relata Paolo Grossi “[...] é um Soberano que, depois de ter tirado de si

⁵⁸FONSECA, Ricardo Marcelo. Op. cit., p. 101.

⁵⁹Ibidem, p. 103.

⁶⁰FONSECA, Ricardo Marcelo. Op. cit., p. 145.

⁶¹FOUCAULT, Michael. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977/1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 420.

⁶²ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 43.

toda borda do velho manto universalista e de ter reclamado para si uma individualidade perfeita e a independência de qualquer poder terreno, recusa a reduzir-se a *ius dicere* e pretende criar ele mesmo o direito do próprio Estado, propondo-se cada vez mais, num lento, longo, mas contínuo itinerário, como *conditor iuris*, como legislador.”⁶³

Afirmou-se pouco acima que os revolucionários franceses, que abriram com sua racionalidade cientificista a modernidade, passaram a se valer da ordem normativa, ou seja, das leis devidamente entendidas como os regramentos escritos e aplicáveis a todos para regular seus interesses e os interesses das classes a que pertenciam. De certa forma, para tanto, valeram-se do soberano para criação do aparato jurídico normatizante das condutas lícitas e ilícitas a serem observadas por todos. Ocorre que, enquanto;

O novo Príncipe é o Soberano descrito no fim do século XVI nas páginas cruas, mas fiéis, de Bodin e Montaigne; um rei da França que faz o que quer, que cria normas, medindo-as apenas a partir de sua vontade e de seu capricho, como é nitidamente demonstrado pelos formulários chanceladores com os quais aquelas normas se concluem: *car tel est nostre plaisir*.⁶⁴

Esclarece Paolo Grossi:

O Soberano iluminado e iluminante do século XVIII é seu herdeiro legítimo, mas com esta diferença bem relevante: não é mais somente questão de arbítrio e de desejo, mas sim de uma latitude de poderes legitimada pela sua penetradíssima capacidade de visão, capacidade de leitura da regras ‘naturais’, traduzindo-as em regras ‘positivas’. Todavia, seja no Príncipe da ‘Republique’ de Bodin, seja nos déspotas esclarecidos, o poder, para além das teorizações formais, resolve-se num exasperado subjetivismo.⁶⁵

Dessas ordenações legifererantes e a partir de meados do século XVIII que o conceito de polícia⁶⁶ vai surgir como “o conjunto de leis e regulamentos que dizem respeito ao interior de um Estado e procuram consolidar e aumentar o poder desse Estado, que procuram fazer um bom uso de suas forças”.⁶⁷

A partir de então o Estado liberal burguês vai valer-se das leis para implementar seu sistema de dominação e, do mesmo modo, impor a disciplina como resultado condicionante ao progresso. Assim, “A lei, por outro lado, deixa de se mostrar como instrumento único e exclusivo de gestão política: as mais diversas formas de regulamentação (típicas dos

⁶³ GROSSI, Paolo Para além do subjetivismo jurídico moderno. p.19-29. In FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. (Orgs.) *História do direito em perspectiva*. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p. 23.

⁶⁴ Ibidem, p. 24.

⁶⁵ Ibidem, p. 24.

⁶⁶ Polícia, nos termos apresentados, está no sentido criação de mecanismos de dominação, controle e fiscalização.

⁶⁷ FOUCAULT, Michael. Op. cit., p. 422.

mecanismos de segurança).” Desse modo, tomando como ponto de partida o alvorecer da modernidade a partir do século XVIII que as leis passaram a cumprir e cumprem até hoje uma função central nas formas de gestão da vida em sociedade, em especial no que diz respeito à regulamentação das condutas sociais passíveis de sanções penais por sua eventual ou reiterada inobservância.

2. A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL COMO MEIO DE COAÇÃO E DISCIPLINIZAÇÃO DE CORPOS INDÓCEIS

Utilizando-se da lei para criar regras de conduta social de maneira a regular as relações em sociedade, o Estado liberal se projeta cada vez mais forte quando faz recair sobre os súditos as consequências da violação a uma ordem imposta. Isto se dá porque

A civilização jurídica burguesa, que exige forte Estado e indivíduo proprietário, cada um deles com uma própria ordem potestativa, mas ambos em estreitíssima simbiose, não pode tolerar no seu interior projeções sociais em condições de colocar em risco a robustez do edifício laboriosamente construído, robustez que tem a sua sustentação na reduzidíssima simplicidade.⁶⁸

Daí verificar-se não serem atuais os estudos críticos desenvolvidos pelas ciências jurídicas, em especial a penal e, mais especificamente a criminologia, no sentido da necessidade de revisão dos fundamentos de sustentação para exercício e aplicação do sistema penal. Os embates geralmente resultam da frequência com que somos surpreendidos por leis tipificando condutas como criminosas que demonstram, em alguma medida, a incoerência sistêmica entre o viés democrático e social de direito e a intolerância firmada pelo legislador na tipificação de condutas puníveis com características oitocentistas.

Tais fatos se dão em razão de ser *“bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas -, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa”*.⁶⁹

Isto se dá porque *“Na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem.”*⁷⁰ Noutro sentido, a programação da produção normativa baseia-se em uma questão fática que inexistente e *“o conjunto de órgãos*

⁶⁸GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 25

⁶⁹ZAFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 13.

⁷⁰Ibidem, p. 12.

que deveriam levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente”⁷¹ do plano real que demanda tais produções normativas.

Desde o momento em que o homem se viu reunido em sociedade e a conduta humana de um membro dessa organização social passou a implicar no desrespeito ou violação a um direito alheio, surge na ideia moderna de Estado a necessidade de regulamentar o comportamento humano para harmonizá-lo às condições da vida em sociedade. Essa regulação se faz necessária face ao risco de, não o fazendo, ocorrer a extinção da espécie humana, tanto pelas contendas oriundas do meio social, quanto por insuportáveis consequências externas.

Da violação a esse regulamento previamente instituído, recaíram e ainda recaem sobre o homem sacrifícios a serem suportados. Nota-se que, desde a formação do Estado clássico, a criação normativa é recorrentemente derivada de fatores sociais que, não raras vezes, são obscuramente provocados pela própria atuação ou omissão estatal.

Engels destaca que:

O Estado não é, pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; é a “a realidade da idéia moral”, nem “a imagem e a realidade da razão”, como afirma Hegel. É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.⁷²

Como demonstrado anteriormente, significantes alterações surgiram com o fim da Idade Média e indubitavelmente foi no século XVIII, sob a influência do Iluminismo, que o mundo voltou os olhos para as ciências penais. Basileu Garcia registra com propriedade que

A interferência do poder social no domínio da repressão, durante séculos e até época relativamente recente, fez-se sentir pela crueldade dos castigos. Caminhou vagorosamente a humanidade por uma fase de autêntica vingança pública, em certo tempo sob a preocupação de aplacar a ira das divindades, que se supunha decorrer do crime. As penas eram fortemente intimidativas. A morte, prodigalizada através das mais requintadas maneiras, e os castigos corporais foram de constante aplicação. Até que, já perto do último quartel do século XVIII, se inaugurou um período humanitário, em que foi preconizado o abrandamento das sanções para que correspondessem à evidente suavização dos costumes dos povos, provocada e

⁷¹ZAFARONI, Eugenio Raul. Op. cit. p. 12.

⁷²ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 176-177.

difundida pela civilização no século das luzes. Entrou então o Direito Penal – bafejado por uma nova filosofia – por um estágio de alterações profundas, a princípio de cunho estritamente jurídico e, mais tarde, sob a influência das investigações científicas servidas pelo método positivo, até chegar-se ao período contemporâneo, que tem sido chamado penitenciário ou científico.⁷³

Ocorre que o Estado, ao assumir as atribuições do controle social por meio de leis, não o fez distante das paixões da classe dominante. Em vista disso mantêm-se atuais as palavras de Beccaria ao dispor que

Percorremos a história e constataremos que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre homens livres, quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca uma obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: *todo o bem-estar possível para a maioria.*⁷⁴

Embora Beccaria demonstrasse a realidade da época, em tempo reconheceu a necessidade de mudanças sutis ao dispor “*contudo, se as luzes de nosso século já conseguiram alguns resultados, ainda estão muito distantes de ter dissipado todos os preconceitos que alimentávamos.*”⁷⁵ A partir de então, influenciado pelo iluminismo jurídico, o Estado passou por transformações que lhe atingiram desde a estrutura até o modo de aplicação da penas.

Essas mudanças não deixaram de ser observadas por Foucault, ao dispor que:

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro.⁷⁶

Galdino de Siqueira em 1932 já perguntava se:

... a necessidade da pena para manutenção da ordem jurídica basta para justificá-la ou mostrar sua legitimidade, quer do ponto de vista do Estado, quer do indivíduo?” Para ele, “As diversas theorias philosophico-jurídicas que surgiram a respeito, desde o século XVIII, com influência decisiva nas diferentes legislações, vêm mostrar que a todos não pareceu suficiente, a necessidade da pena para firmar sua legitimidade. Efetivamente a datar do meado daquele século, pelo influxo do livre exame trazido pelas guerras religiosas, e de outro lado, ante os inúmeros erros judiciários, que o systema do arbítrio judiciário engendrava, levando ao patíbulo victimas inocentes, um intenso movimento se assignalou entre philosophos e juristas buscando firmar a razão do direito de punir para norma directriz do poder publico, e melhor

⁷³ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Vol. I, Tomo I. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1975. p. 15.

⁷⁴ Nota-se que a obra de Beccaria resulta de uma publicação realizada em meados do século XVIII, no apogeu do movimento iluminista. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 16.

⁷⁵ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 16.

⁷⁶ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 12-13.

salvaguardar da liberdade individual, movimento que não se canalizou uniformemente pelas condições de tempo e de ambiente científico, resultando diversas theories que, ampliando-se, modificando-se, dando origem a outras, entraram em competição, procurando solucionar o grave problema.^{77 78}

Nesse cenário revolucionário do século XVIII, registram-se a Revolução Americana que resulta na independência dos Estados Unidos da América e promulgação da sua primeira Constituição Política escrita em 4 de julho de 1776, a Revolução Francesa com a queda da Bastilha em 14 de julho de 1789 e ainda a ocorrência da Revolução Industrial iniciada na Inglaterra e difundida pelo mundo a partir do século XIX; fatos estes que “operaram uma divisão da sociedade em duas esferas – a política e a civil -, sendo aquela subordinada a esta”.⁷⁹

Desse modo, superado o período das trevas, eis que surgem como proposta da modernidade os ideais de liberdade até então inexistentes nos moldes burgueses, passando o homem a ser tratado como sujeito possuidor de direitos mínimos inerentes à sua natureza. No tocante ao princípio da liberdade, corrigindo algo dito anteriormente, em tempo, observa RAWLS que “Na prática, a prioridade da liberdade implica que uma liberdade fundamental só poderá ser limitada ou negada se isto for feito em benefício de uma ou mais de outras liberdades fundamentais, e nunca, como já sustentei, por considerações de bem público ou de valores perfeccionistas.”⁸⁰

Dentre as principais conquistas anunciadas pelo novo regime, ganharam destaque os princípios máximos da *liberté, égalité e fraternité*⁸¹. Sob tais máximas, e sofrendo forte influência do pensamento racional dos sociólogos e filósofos modernos, o Estado substituiu a aplicação das penas corpóreas que não passavam de “*um ritual político*”⁸² decorrentes da

⁷⁷ SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932. p. 24.

⁷⁸ Oportuno esclarece que foram mantidas as grafias originais em todas as citações apresentadas na presente pesquisa. Malgrado a evolução e alterações ortográficas e gramaticais da língua portuguesa, mantivemos fiel à grafia escrita no original, razão pela qual eventuais incompatibilidades gramaticais do texto citado com a atual gramática praticada se justifica pela opção em se manter, na íntegra, a originalidade das fontes consultadas e eventualmente trazidas a baila na presente dissertação.

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 340.

⁸⁰ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 349-350.

⁸¹ Liberdade, Igualdade e Fraternidade constitui hoje um dos símbolos da França. “Legado do Iluminismo, o lema “Liberdade, Igualdade, Fraternidade” é invocado pela primeira vez durante a Revolução Francesa. Muitas vezes questionado, ele finalmente estabeleceu-se sob a Terceira República. É consagrado na Constituição de 1958 e agora faz parte do nosso patrimônio nacional”. Disponível em: <<http://www.elysee.fr/president/la-presidence/les-symboles-de-la-republique-francaise/liberte-egalite-fraternite/liberte-egalite-fraternite.639.html>>. Acesso em: 17 out. 2011.

⁸² FOUCAULT, Michael. Op. cit., p. 41.

ofensa pelo criminoso ao soberano⁸³ “*pois a força da lei é a força do príncipe,*”⁸⁴ para a aplicação das penas restritivas de liberdade, alcançando a todos indistintamente.

Sucedem que os princípios axiológicos supremos de liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade) correspondentes à famosa tríade da tradição republicana francesa, reafirmada no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, têm como núcleo do princípio axiológico de liberdade a ideia de autonomia, isto é, de submissão de cada qual às normas por ele mesmo editadas. Assim, uma sociedade livre seria aquela obediente às leis que ela própria estabelece e aos governantes por ela escolhidos. O pensamento clássico vê, pois, no autogoverno, sob o império da lei, a característica essencial de uma sociedade livre.

Com essa mentalidade desenvolvida pela e para modernidade, Comparato observa que:

A civilização burguesa separou nitidamente, como disse o jovem Marx, os direitos do homem dos direitos do cidadão, e concebeu aqueles a modo de divisas demarcatórias entre dois terrenos, pertencentes a proprietários distintos. A experiência veio, porém, demonstrar a íntima ligação entre essas duas dimensões da liberdade. A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estado autoritário ou totalitário. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos.⁸⁵

De modo idêntico, tal evolução ocorreu com o princípio da igualdade. Assevera Comparato que “As revoluções do final do século XVIII assentaram, com a abolição dos privilégios estamentais, a igualdade individual perante a lei. Abriu-se, com isso, uma nova divisão da sociedade, fundada não já em estamentos, mas sim em classes: os proprietários e os trabalhadores.”⁸⁶ Segundo Comparato, citando Tocqueville em 1847, “dentro de pouco tempo, a luta política irá estabelecer-se entre homens de posses e homens desprovidos de posses; o grande campo de batalha será a propriedade.”⁸⁷ Essa luta política estabelecida entre os homens só fez destacar ainda mais a ideia de que a igualdade estava apenas separando as classes existentes. Assim, os proprietários, industriais, burgueses seriam iguais entre seus pares proprietários, industriais e burgueses. Da mesma forma, seriam iguais os trabalhadores,

⁸³Hobbes, já preconizava que “De fato, o propósito de infringir a lei significa um certo grau de desprezo por aquele a quem compete mandar executá-la. HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 205.

⁸⁴FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 41.

⁸⁵COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 50-51.

⁸⁶Ibidem, p. 51.

⁸⁷Ibidem, p. 51.

subalternos, assalariados, todos pertencentes à mesma classe subjugada pelos ocupantes do sistema de produção.

Ora, se os detentores do poder econômico eram quem detinham o poder de ~~fazer~~ editar leis para seu deleite e a afirmação de sua condição de interventor nas questões estatais, de certo a igualdade buscada à época não era a mesma apregoada pela Constituição atual.

A história revela que, sobre tal ponto, Tocqueville estava certo, pois as normas jurídicas passaram então a prever sanções por violação de direitos de interesses da sociedade dominante. Disso decorre a influência da burguesia na produção normativa penal pelo Estado. No contexto, os detentores do poder, que no caso em análise seriam os industriais burgueses, não só passaram a impor ao Estado a produção normativa com o escopo de proteger cada vez mais seus patrimônios dos pobres e famintos operários desempregados, como também a normatização de condutas penais pelas violações aos bens jurídicos selecionados por eles como merecedores da tutela estatal, dando, proporcionalmente, primazia aos bens patrimoniais em detrimento de quaisquer outros.⁸⁸

Essa prioridade em proteger bens materiais a qualquer preço transpõe as barreiras das conquistas ideológicas alçadas a princípios fundamentais⁸⁹ e, não raro, faz surgir na atualidade nacional normas jurídicas cuja validade passa a ser questionada pela comunidade científica face aos fundamentos do atual Estado Social de Direito no qual a Constituição de 1988 se erigiu.

É incontestável que todas essas revoluções influenciaram, influenciam e dão forma ao direito atual. A formação social, como destacou Louis Althusser⁹⁰, está diretamente vinculada à constante reprodução das condições materiais dos meios de produção.

⁸⁸Como observou Comparato, Marx no Manifesto do Partido Comunista afirmou que “as condições de vida da velha sociedade já se acham aniquiladas nas condições de existência do proletariado. O proletariado não tem propriedade; suas relações com a mulher e os filhos já nada têm em comum com as relações familiares burguesas. O trabalho industrial moderno, a subjugação do operário ao capital, tanto na Inglaterra, quanto na França, assim na América como na Alemanha, despoja o proletariado de todo caráter nacional. As leis, a moral, a religião são para ele meros preconceitos burgueses, sob os quais se ocultam outros tantos interesses burgueses”. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.336.

⁸⁹ Como destacou Beccaria, “... somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. *Todo exercício do poder que deste fundamento se afasta constitui abuso e não justiça*. BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 19.

⁹⁰ ALTHUSSER, Louis. Op. cit., p.54-58.

Com isso, percebe-se que a produção da classe dominante é constantemente reproduzida como dominante e, por sua vez, a classe dominada não se limita à reprodução de suas qualidades e conceitos, mas sim e também de repetição da subjugação e da marginalização em comparação com os possuidores do capital.

Sob esse enfoque, Marx defendeu a ideia de que toda estrutura de uma sociedade é constituída por níveis, a infraestrutura e a superestrutura. A primeira seria a base econômica configurada pela unidade de forças produtivas e relações de produção, enquanto a segunda se dividiria em dois níveis, a jurídico-política composta pelo direito e o Estado, e a ideológica, abrangendo distintas ideologias como religiosa, moral, jurídica, política, etc.⁹¹

Essa metáfora espacial desenvolvida por Marx pretende explicar o sincronismo lógico entre o Estado repressivo, que permite às classes dominantes assegurarem a sua dominação sobre as classes dominadas para exploração do capital. Não se pode ignorar que, desde a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, o mundo tornou-se cada vez mais capitalista e, sob a perspectiva marxista, o crime não seria algo a ser eliminado da vida social, ao contrário, constituiria fonte de riqueza e estimularia as forças produtivas.

Sob essa lógica, a tensão entre segurança e insegurança que inquieta a todos que convivem em sociedade, principalmente pelo anúncio de crimes praticados e criminosos à solta, seria a estrutura para o desenvolvimento e sobrevivência da superestrutura. É com esse viés que explica Marx:

O criminoso quebra a monotonia e a segurança cotidiana da vida burguesa. Estimula as forças produtivas. O crime retira do mercado de trabalho parte da população supérflua e por isso reduz a concorrência entre os trabalhadores, impede, até certo ponto, a queda do salário abaixo do mínimo, enquanto a luta contra o crime absorve parte dessa população. O criminoso aparece como uma daquelas “compensações” naturais, que restabelecem um equilíbrio adequado e abre ampla perspectiva de ocupações “úteis”.⁹²

Marx, analisando o sistema capitalista de produção, dispôs que o criminoso não só produz crimes, mas que o cometimento de crimes desencadeia uma série de forças produtivas, tais como a necessidade de se estudar e lecionar o direito penal, a instituição de polícias para coibir crimes e investigá-los após seu cometimento, a criação e aparelhamento de órgãos para investigação, processo e julgamento do criminoso. Cria e, por consequência, recria formas de coibir, proteger bens jurídicos que possam ser violados pela prática criminosa, etc.

⁹¹ ALTHUSSER, Louis. Op. cit., p. 60.

⁹² MARX, Karl. *Teoria da mais-valia: história crítica do pensamento econômico: livro 4 de O Capital*. Vol. I. Tradução de Reginaldo Sant’Anna. 2. ed. São Paulo: Bertrand Brasil SA, 1987. p. 383.

Desse modo, sendo o criminoso parte do processo de produção, segundo Marx, o direito penal, elemento da superestrutura⁹³ que é, disciplina parte do processo de produção ao ser utilizado como mecanismo de controle social. Entretanto, diante de um Estado Democrático e Social de Direito, não se pode estabelecer a superestrutura só, e tão somente, na infraestrutura econômica. A justiça que o Estado se comprometeu em prestar deve ser pautada em normas que se coadunem com a nova roupagem constitucional pós 1988. Beccaria constata

Mas a justiça humana, ou se preferir, a justiça política, como não é senão relação que se estabelece entre uma ação e o estado mutável da sociedade, pode igualmente variar, à proporção que essa ação se torne vantajosa ou imprescindível ao estado social. Só é possível determinar com exatidão a natureza dessa justiça examinando atentamente as relações complicadas das inconstantes combinações que governam os homens.⁹⁴

Notadamente as transformações sociais da atualidade revelam e denunciam as incompatibilidades do sistema de controle social (penal) moderno com os direitos e garantias fundamentais do homem. Como destaca Comparato

Analogicamente, a transformação das pessoas em coisas realizou-se de modo menos espetacular, mas não menos trágico, com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção. Como denunciou Marx, ele implica a reificação (*Verdinglichung*) das pessoas; ou melhor, a inversão completa da relação pessoa – coisa. Enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável. O mesmo processo de reificação acabou transformando hodiernamente o consumidor e o eleitor, por força da técnica da propaganda em massa, em mero objeto de direito. E a engenharia genética, por sua vez, tornou possível a manipulação da própria identidade pessoal, ou seja, a fabricação do homem pelo homem.⁹⁵

Como demonstrado nesse capítulo, a burguesia impôs sua dominação ao Estado exigindo dele cada vez mais a criação de condutas penais com o escopo de tutelar o sistema capitalista de produção. A seguir se verificará o quanto essa seleção dos bens jurídicos pela burguesia encontra fundamento de validade no atual Estado Democrático de Direito a que o Brasil se propôs com a carta Constitucional de 1988.

⁹³MARX, Karl. Op. cit., p. 382-383

⁹⁴BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 14.

⁹⁵COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 22-23.

3. O PROJETO DE CONTROLE SOCIAL DA MODERNIDADE

Demonstrou-se até aqui que o sistema moderno de controle social do qual o Estado, através do direito penal, utilizou-se e ainda se utiliza para fazer valer a sua vontade e manter o poder de dominação e intimidação sobre aqueles que violarem o sistema, é fruto da festejada Revolução Francesa.

Embora o início do modelo atual de adestramento do ser humano pelo direito penal reporte ao século XVIII⁹⁶, com o fim da Idade Média e início do Iluminismo, notadamente se verá que tal sistema de controle social, que no passado fora fortemente influenciado e manipulado pela massa detentora do poder estatal, passa a ter mecanismos próprios de existência e sobrevivência.

Para validar o novo modelo de controle os revolucionários valeram-se daquilo que ficou mais conhecido à época como contrato ou pacto social. Este corresponderia à previsão legal de controle estatal por intermédio de um mecanismo de exercício de poder e dominação mediante o que fora previamente estabelecido, de regra, por escrito, como o norte de todo comportamento humano e do Estado, fundado na razão. Então *“Podia-se estabelecer desse modo um novo mundo, fundado no conhecimento da verdade e na experiência da liberdade. E a razão seria justamente isso: uma luz que, uma vez acesa, afasta as trevas da ignorância e da servidão.*”⁹⁷

3.1 O Estado liberal individual burguês e seus fundamentos de racionalidade dominante na construção de um estado não intervencionista

A ideia de Estado fundada em uma ordem contrária aos antigos estamentos cuja racionalidade fundava-se na ordem divina até então prevalente e, de igual modo contrária a

⁹⁶O iluminismo, tratado pela história como a revolução das luzes, remonta ao período de superação da idade média, e início da modernidade com todas as influências do conhecimento demonstrado através da ciência, filosofia, física, matemática, química, etc. na racionalidade da época. Como explicado por Milton Meira do Nascimento e Maria das Graças S. Nascimento “O século XVIII é comumente chamado de Século das Luzes. Para compreender o sentido da expressão, é necessário saber que durante esse século, segundo se acreditava na época, a razão teria atingido um tal estágio de desenvolvimento que tornava possível reduzir ou mesmo eliminar de vez toda ignorância humana.”- NASCIMENTO, Milton Meira do; NASCIMENTO, Maria das Graças S. *História em movimento*. Iluminismo a revolução das luzes. 10. impres. São Paulo: Ática, 2005. p. 5.

⁹⁷Ibidem, p. 5.

um projeto democrático, veio a se romper com a Revolução Francesa de 1789, que trouxe com seus argumentos justificantes de validade o afastamento das decisões de Estado que não pudessem ser justificadas nem comprovadas cientificamente, de forma lógica ao desenvolvimento social, bem como à democracia, fundada na alternância de poder.

Ao longo do século XVIII, surge na Europa um movimento intelectual que pretende lançar as bases de uma nova razão, isto é, de uma nova forma de pensar o mundo. Desde a Idade Média o pensamento da Europa vinha sendo regido por algo que poderíamos chamar de “razão teológica”. De forma simplificada, poderíamos dizer que nessa razão as formas de pensar o mundo tinha por base a ação ou a presença de Deus entre os homens. [...] À medida que a sociedade medieval foi se transformando no plano religioso (com a decadência do poder eclesiástico), no plano econômico (com a prática do mercantilismo) e no plano social (com a ascensão de uma nova classe, a burguesia), começaram a ocorrer também transformações no plano das idéias, na forma de pensar o mundo.⁹⁸

A Europa dos séculos XVI a XVIII já havia se organizado politicamente sob a forma de Estados nacionais. Até então, a organização política girava em torno das cidades e, com o advento do absolutismo, surgiu uma nova organização política em que um território maior era governado por um poder central, o rei. Como esclarece Hermes Lima

A sociedade, complexo de pessoas e coisas, exige necessariamente uma organização, que, orientando a vida coletiva, discipline a atividade dos indivíduos e assegure a distribuição de bens. Essa organização tem seu ponto básico de articulação no modo pelo qual os homens produzem e possuem e comercializam. Seria impossível entender os sistemas sociais sem referi-los fundamentalmente às relações que o modo de produzir de uma dada época condiciona e torna plausíveis. Sem dúvida, é o homem quem elabora os sintomas sociais e isto lhe é dado fazer por que é dotado de inteligência e de consciência. [...] Mas o espírito humano não vive no vazio nem retira de si mesmo as idéias e planos, como se obrasse independentemente da realidade social. Ao organizar a sociedade, o homem não procede como se fosse soberanamente conduzido por sua vontade subjetiva ou sua imaginação. A matéria social está nas relações que se nucleiam em torno do modo pelo qual se produzem os bens. A primeira coisa que o homem fez em sociedade é produzir para viver.⁹⁹

Como exaustivamente demonstrado acima, a fragilidade da nobreza feudal decadente deu lugar a um novo grupo dominante composto por uma classe detentora do poder econômico afastada do poder político, pois “*Eles defendiam que, para a economia prosperar, não deveria haver intervenção do Estado.*”¹⁰⁰ Daí a importância e a influência do pensamento contratualista de Estado, como a cessão de parcela do poder ou direito natural individual de cada homem ao Estado para fins de ordem e controle social.¹⁰¹

⁹⁸ BRAGA, Marco. *et. al. Lavoisier e a ciência no iluminismo*. 2. ed. São Paulo: Atual, 2000. p. 22.

⁹⁹ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962. p. 9.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹⁰¹ Como bem destacou Paulo Bonavides: “A burguesia revolucionária utilizou-a para estreitar os poderes da Coroa e destruiu o mundo de privilégios da feudalidade decadente. E desse privilégio saiu vitoriosa”. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 42.

Sob tal perspectiva, os contratualistas como Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704)¹⁰², Jean Jacques Rousseau (1712-1778), dentre outros, defenderam a ideia de Estado, e portanto, de soberania fundada na concordância pactual cuja legitimidade do governo ou da lei advinha do consentimento dos governados em se submeterem a um contrato social. Desse modo, todo ser humano, abrindo mão de alguns direitos, estaria protegido em sociedade dos perigos e riscos impostos pelo estado de natureza.

Sintetizando a ideia acima e referindo-se ao pacto social, Rousseau¹⁰³ dissertou:

Suponho que os homens tenham chegado àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser. [...] Este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social.¹⁰⁴

Para Rousseau o contrato social seria produto de um corpo moral e coletivo “*composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade.*”¹⁰⁵ A essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, é que denominamos Estado.

Antecedendo a Rousseau e não diferindo substancialmente deste, dizia Locke que:

O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra

¹⁰² Observa Carrara que “A doutrina de LOCKE considera que cada direito deve ter por conteúdo necessário a faculdade da própria defesa. De maneira diversa, não seria um direito, mas um desejo, e uma palavra vã; e uma vez que o homem, por lei de sua natureza, está investido dos direitos que lhe são indispensáveis à satisfação dos próprios deveres e de sua missão na vida terrena, assim também, pela mesma lei de sua natureza, é investido de poder de defender tais direitos, nos quais se resume a sua liberdade. Mas a materialmente impossível uma defesa de direito a *priori* e direta, que valha para impedir a ofensa mediante coação física exercida de modo constante sobre o ofensor. Em consequência, a defesa de direito que compete ao homem deve exteriorizar-se em uma coação moral, obtida mediante ameaça de um mal a ser infligido ao violador do direito, a fim de que o temor desse mal dissuada o ofensor da reiteração da ofensa, e aos demais de imitá-lo. E aí está a pena.” – CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 54.

¹⁰³ Esclarecendo a influencia das teorias rousseuniana sobre a formação estatal na modernidade, Rogério Gesta Leal destaca que: “[...] Rousseau é um dos teóricos da Idade Moderna que logra ir além dos outros pensadores do iluminismo, pois introduz a concepção democrático-burguesa de exercício do poder político. O conteúdo da democracia rousseuniana se enquadra nas circunstâncias históricas tanto do movimento americano de emancipação como no caso da Revolução Francesa de 1789, nas quais a burguesia aparece no cenário político-social como uma classe revolucionária em luta contra o absolutismo feudal, capaz de aglutinar em torno de seus próprios projetos um enorme contingente de setores populares, possibilitando condições para uma ruptura com o antigo regime e instituindo uma nova ordem.”¹⁰³ (LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 34 – 35.)

¹⁰⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 20 – 21.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 22.

quem não faça parte dela.¹⁰⁶ [...] O maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum é a preservação da propriedade.¹⁰⁷

Ocorre que a ideia de instituição do Estado como união da disposição de direitos por parte de cada um componente do todo só parece ser legítima se houver por parte do Estado a tutela, respeito, observância e garantia de não se ignorarem os direitos, especificidades, particularidades tanto do indivíduo sozinho considerado, quanto do grupo social ao qual pertence. Não é só a não ignorância dos direitos e garantias fundamentais que legitima o Estado, a legitimidade absoluta decorre da observância, pelo Estado, dos direitos inerentes ao ser humano, bem como da eficaz institucionalização de mecanismos que torna efetivo a tutela de tais bens indisponíveis.

Registra-se, por oportuno, as considerações de Paulo Bonavides ao descrever o Estado Liberal em que se erigiu a burguesia: “*Mas, como o Estado é monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador.*”¹⁰⁸ Vale dizer que, embora o Estado exista para a promoção de melhor condição da vida em sociedade, cujo fim seria a busca harmônica pela igualdade substancial de oportunidades e condições de subsistência, não raras vezes, age a mando de determinada classe dominante em flagrante oposição aos direitos fundamentais do ser humano, em especial quando pertencentes às classes cuja voz não ecoa nas tomadas de decisão estatal.

Registra-se, com isso, ser da atribuição do Estado a instituição de veículos pelos quais possam ser ouvidos, considerados e respeitados os direitos daqueles que não pertencem à maioria, seja no conceito quantitativo referente ao número de pessoas ou quanto à detenção de menor poder para ditar os novos rumos do Estado por meio da imposição legal de comportamento a ser observado por todos os membros do contrato social, inclusive pelo próprio Estado. Sobre os direitos dos soberanos por instituição considerou Hobbes que

Um Estado é considerado instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua que a um homem qualquer ou a uma qualquer assembleia de homens seja atribuído, pela maioria, o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor desse homem ou dessa assembleia de homens como os que votaram contra, devendo autorizar todos os atos e decisões desse homem ou dessa assembleia de homens,

¹⁰⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 76.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 92.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 41.

como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de poderem conviver pacificamente e serem protegidos dos restantes dos homens.¹⁰⁹

Esses direitos serviram de fundamento para instituição do Estado Liberal engendrado pela Revolução Francesa que na sua particularidade ignorou e ainda ignora, como influência da racionalidade atual, a pluralidade e a diversidade social, razão pela qual o Estado vem há algum tempo sofrendo duras críticas¹¹⁰. Notadamente

As grandes mutações operadas na segunda metade deste século têm ainda muito que ver com as ideias e crenças sopesadas durante o século XVIII por uma filosofia cujo movimento culminante, em termos de efetividade, foi a Revolução Francesa. De natureza universal e indestrutível nos seus efeitos, porquanto entendem estes com a natureza mesmo do ser humano, aquela comoção revolucionária produz até hoje correntes de pensamento que transformam ou tendem a transformar a Sociedade moderna.¹¹¹

Ocorre que, para se entender a crise do sistema punitivo estatal que a presente pesquisa pretende discutir, faz-se necessário recorrer à história e verificar como os fatos e fundamentos de validade do direito ultrapassaram séculos até chegarem aos dias atuais. Notadamente a formação estatal existente, cuja influência de uma classe predomina sobre a outra, só pode revelar profundas desigualdades. Ocorre que o Estado brasileiro erigido pela Constituição de 1988 é um Estado Social e Democrático, assim, torna-se imperiosa a participação de todas as pessoas, sejam elas pessoalmente ou representadas a, efetivamente, tomarem acento nas questões de Estado.

3.2 A racionalidade exercida no Estado liberal individual burguês e os meios de disciplinização fundado em forças de dominação e encarceramento do homem não médio

O liberalismo da Revolução Francesa surge da necessidade de se estabelecer limites ao poder estatal, de maneira que *“Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.”*¹¹² Sucede que a falsa liberdade apregoada pelos revolucionários ecoou e não passou despercebida por Marx, que posteriormente passou a denunciar a prisão que se estabelecia com aquele conceito de liberdade.

¹⁰⁹HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 127.

¹¹⁰Como esclarecido por Paulo Bonavides ao dispor que “O Estado liberal clássico -, que teve tanta atualidade e importância durante o século XIX, mas, de último, se acha por sem dúvida, de todo ultrapassado. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 34.

¹¹¹BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 30.

¹¹²Ibidem, p. 40.

Como esclarece Bobbio, “*Um Estado Liberal não é necessariamente democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras.*”¹¹³ Devido à necessidade de se estabelecer limites à atuação do Estado, a modernidade fundamentou o comportamento em um conceito de homem médio, de maneira que tudo que fugisse à regra, ao normal, deveria ser restringido, dominado e seu causador, adestrado.

Rawls, partindo do homem gênero, do homem mediano, descreve que:

Desde o mundo antigo, o conceito de pessoa foi entendido, tanto pela filosofia como pelo Direito, como se referindo àquele que é capaz de participar ou de desempenhar um papel na vida social e, por conseguinte, de exercer e respeitar seus diferentes direitos e deveres.”¹¹⁴

Assim, em Rawls “*uma pessoa é capaz de ser um cidadão, isto é, um membro normal e plenamente cooperativo da sociedade ao longo da vida inteira,*”¹¹⁵ se compreender e executar o seu papel como membro de uma sociedade organizada que preza pelo direito como forma de regulação do comportamento social baseado em um pacto prévio de cessão de liberdades individuais.

Essa sociedade formada pelo direito impõe a cada um o dever de observância às normas legais regulamentadoras do comportamento em sociedade. Essa imposição se dá falaciosamente como a ideia de tutela da sociedade pela vontade de todos, expressa na construção normativa. Desse modo, o Estado impõe pelo exercício do poder ao corpo social a obrigatoriedade de comportar-se dentro dos parâmetros estabelecidos pela norma legal, sob pena de, não o fazendo, sofrer as consequências legais impostas pela vontade do soberano ou de um grupo de homens que, teoricamente, legisla em nome de todos.

Nota-se em Rawls, contrapondo o que Marx vai criticar mais adiante, que sua teoria é construída com base em uma sociedade ideal, bem ordenada¹¹⁶, sem considerar as particularidades, as circunstâncias artificiais – como a estigmatização que serve para criar

¹¹³BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 7.

¹¹⁴RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro De Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 21.

¹¹⁵Ibidem, p. 21 – 22.

¹¹⁶Para Rawls, o conceito de sociedade bem ordenada resulta daquela “moldada para promover o bem de seus membros e regula de forma efetiva por uma concepção pública de justice. Assim, é uma sociedade na qual todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justice, e as instituições sociais básicas atendem e se sabe que atendem a esses princípios. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 560.

cidadãos de primeira e segunda categoria, e desigualdades por ela vivenciadas. Talvez, por tal razão, em Rawls o fato da pessoa ser membro plenamente cooperativo da sociedade é que torna todas as pessoas iguais e livres. Com essa posição, Rawls descreve que

Primeiro: cada pessoa deve ter direito igual ao sistema mais extensor de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleça em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargo e posições aceitáveis a todos.¹¹⁷

Ocorre que, segundo esse argumento, o Estado se funda por e em razão das desigualdades. Não é por outro fato que a sociedade civil organizada não se mantém unida em razão da convicção pública de que seus arranjos institucionais básicos são justos e bons em si mesmos, mas em razão dos cálculos de todos, ou de um número suficiente de pessoas para manter o sistema, em detrimento de quaisquer mudanças aplicáveis que reduzissem o estoque de meios com os quais podem alcançar seus fins particulares.

O Estado, esse “Leviatã” descrito por Hobbes,¹¹⁸ surge de um pacto no qual cada indivíduo sede parcela de sua liberdade para formação de um Estado que se compromete em garantir a paz social, deixa de considerar o homem individualmente e vai, mais adiante, fomentar o ideal burguês que impõe o afastamento do Estado das relações privadas a fim de assegurar ao burguês maior dominação sobre os seus subordinados. Desse modo, “*A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social*”.¹¹⁹ Contudo, ao chegar onde desejava, a burguesia

[...] tanto antes, como depois, nada mais fez do que generalizá-los como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano da aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.¹²⁰

Com o assento da burguesia nas tomadas de decisões do Estado e, por conseguinte, na elaboração do modo de controle social por ele imposto com a utilização do direito como exercício de poder, todo poder do Estado vai decorrer da ideia de que, “*todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido, mediante o*

¹¹⁷ RAWLS, John. Op. cit., p. 73. O mesmo pensamento é repetido na página 311.

¹¹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou material, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, passim.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 42.

¹²⁰ Ibidem, p. 42.

consentimento do povo reunido, derivam dessa instituição do Estado.”¹²¹ Esse mesmo poder concedido pelo povo ser-lhe-á objeto de repressão mais adiante para assegurar o poder de dominação, bem estar e patrimônio dos ocupantes de lugar junto ao Estado.

Registra-se que no Estado hobemasiano e nos demais contratualistas, todos os seres humanos são naturalmente livres e iguais, contudo, para garantia da própria subsistência

O homem deve concordar com a renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz de sua própria defesa. Se cada qual fizer tudo aquilo que tem direito, reinará a guerra entre os homens.¹²²

Notadamente a liberdade apregoada pela burguesia lhe era indispensável para manter o domínio do poder político, “*e só por generalização nominal, conforme já vimos, se estendia às demais classes*”.¹²³ No entanto, se considerarmos que por princípio a classe dominante detém o poder do Estado, essa legislação regente do comportamento do ser humano, restringindo direitos e estabelecendo deveres por lei, será fatalmente desfavorável aos que não participam de sua elaboração.

Como esclarece Comparato:

Com o pacto fundamental, os súditos perdem o direito de mudar o regime político, pois a atribuição da soberania a alguém é sempre permanente e incondicional. Nenhum indivíduo pode, em injustiça, protestar contra a instituição da soberania. Os súditos não têm o direito de renunciar como injustos os atos do soberano, pois ele é o único juiz do que é necessário para a manutenção da paz e da defesa dos seus súditos.¹²⁴

Referindo-se a estrutura social, Rawls dispõe que:

... essa estrutura contém várias posições sociais e que as pessoas nascidas em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais. Assim, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros.^{125[8]}

A modernidade precisou de várias maneiras demonstrar que o Estado é igualitário e que oferece oportunidades a todos e que se alguns deixam de aproveitar adequadamente as oportunidades, são eles os únicos responsáveis pela sua locação na camada proletária explorada por outros que vierem a conseguir o status de detentores dos meios de produção.

¹²¹HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 127.

¹²²Ibidem, p. 98.

¹²³BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 44.

¹²⁴COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 202.

¹²⁵RAWLS, John. Op. cit., p. 8.

Partindo da ideia de que cada um é responsável pelo seu sucesso ou fracasso, a culpa ou mérito é lançada sobre o indivíduo, que automaticamente absolve o sistema. Seguindo deste ponto, temos a concepção de que o Estado é Justo por dar condições iguais a homens iguais, e que cada um faz o uso de seu livre arbítrio, valendo-se ou não da igualdade oferecida pelo Estado.

Acontece na perspectiva individual moderna que “[...] o capitalismo atual, que veio para dominar a vida econômica e selecionar os sujeitos de quem precisa, mediante o processo de sobrevivência econômica do mais apto,”¹²⁶ passa ao largo das disposições sociais que a Carta fundamental deixou expressas em seu artigo 6º. Ignora, por conseguinte, as classes sociais, as individualidades e em nada contribui para o equilíbrio e igualdade de vida dentre os homens, partes do pacto social.

Essa constante em se afirmar princípios de igualdade de condições assegurada pelo Estado, na visão de Marx Weber estabelece um tipo ideal de ser humano, de forma que, segundo ele, o indivíduo possui pessoalidade limitada ao gênero humano. O importante é deixar claro que, na perspectiva moderna, o romper com alguma característica do gênero é anomalia e, sendo assim, a conta pelos danos gerados por não ser “um homem normal” é apresentada ao indivíduo sem que se reconheça que o Estado deve arcar com parcela da responsabilidade, não de forma genérica, simplesmente oferecendo condições de igualdade, antes de forma ativa, promovendo tais condições.

Como bem destaca Bittar:

A desintegração de características fundamentais que regiam o sistema social provocaram profundo abalo nos modos de organização da vida, em suas diversas projeções. Não há negar que isso afetou de modo decisivo os modos pelos quais a sociedade lida com suas patologias. Na razão direta do aumento da criminalidade está o exacerbado fenômeno ao consumismo e à criação de uma sociedade profundamente determinada pela marca de fogo do capitalismo. Esta questão histórica não pode ser negligenciada pelo exegeta do sistema na medida em que discute e analisa as dimensões da crise pós-moderna. Relegar a análise à afirmativa de que se trata de um problema dos países periféricos do sistema capitalista é fechar os olhos para a realidade que avassala e desorganiza as mais civilizadas e centrais sociedades capitalistas contemporâneas.¹²⁷

O Estado então reconhece que o modelo individual do homem deve ser transformado no modelo plural, no qual as peculiaridades dos indivíduos os tornam iguais em suas

¹²⁶ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 50.

¹²⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexos frankfurtianas*. 2. ed. rev. atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 224-225.

diferenças. A partir daí o Estado passa a assumir parcela da responsabilidade no fracasso do projeto do homem, já que isso representa também o fracasso do modelo social de Estado, agora adotado em substituição ao modelo liberal moderno.

Em contrapartida, para aqueles que sofrem as agruras do sistema há um sentimento de insatisfação e a teoria de sustentação burguesa torna-se insuficiente. Diante do déficit de pretensões alcançadas (MARX) caminha-se para uma possível revolução do proletário. Nesse momento os mecanismos de controle, sejam eles, ideológicos (Althusser e Gramsci) ou repressivos revelam-se por demais celetistas. Nessa perspectiva, no sentido de se preservar, a figura do controle social assume várias faces e, sob a proposta de manutenção da paz social, o Estado passa a exercer um controle de manutenção da ordem.

Acontece que a manutenção da ordem pela lei na modernidade¹²⁸ advém de uma racionalidade cujo modelo de criminoso deriva de seus padrões fisiológicos e anatômicos, não alcançando os detentores do poder e confeccionadores das normas penais impostas ao proletário. É certo que os tipos de delitos devem guardar proporções às suas respectivas penas, devendo sistematicamente obedecer à determinada escala de valores estabelecida pelo pacto social.

Comparando os índices de criminalidade dos séculos XVII e XVIII, Foucault observa que:

Desde o fim do século XVII, com efeito, nota-se, uma diminuição considerável dos crimes de sangue e, de um modo geral, das agressões físicas; os delitos contra a propriedade parecem prevalecer sobre os crimes violentos; o roubo e a vigarice sobre os assassinatos, os ferimentos e golpes.¹²⁹

Com o fim dos suplícios, o direito penal apresenta-se neutro, buscando através da ciência justificar sua atuação em prol do bem estar da ordem social, afastando-se da vingança e se aproximando da razão normatizante. Entretanto, observa Aníbal Bruno que:

A concepção da pena como retribuição do mal pelo mal, justo castigo que deve ser imposto ao delinquente para afligi-lo e fazê-lo expiar o seu crime, já era, não expressa em teorias, mas manifestada nos hábitos penais, e dos tempos primários, rudes e exigentes na vingança, e ainda a das velhas civilizações do Oriente. Nas

¹²⁸ Anota Carlos Roberto Bacila que: “Antes do iluminismo, o direito estava espalhado através de diversas normas que não tinham a coerência de um sistema. Quer a Antiguidade, quer na Idade Média não havia um critério preciso de classificação dos crimes. BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005. p. 127.

¹²⁹ FOUCAULT, Michael. Op. cit., p. 64-65.

práticas punitivas, essa concepção tem atravessado toda a História e, embora atenuada, ainda não se apagou nos tempos modernos.¹³⁰

Destaca-se, a par disso, o aumento das legislações penais a partir do século XVIII com propósito de defesa do patrimônio:

A liquidação física ou o deslocamento institucional de grandes quadrilhas... deixa, depois de 1755, o campo livre para uma delinquência antipropriedade que agora se mostra individualista ou passa a ser exercida por grupos bem pequenos, compostos de ladrões de capote ou batedores de carteira¹³¹.

Ocorre que o direito regular das relações sociais, quer atinentes à distribuição dos bens da vida, uso e gozo, quer concernentes à harmonia moral, em qualquer caso, tem como seu objeto as relações de ordem. Assim há se verificar que não se trata de ordem mais perfeita, mas de ordem que é, da ordem efetiva e real. Ora, se assim o é, quanto mais díspares tais relações, maior será o esforço desenvolvido pelo direito para manter a ordem.

Se há a prevalência pela tutela patrimonial e apenas alguns detém tais prerrogativas de ser detentor de determinado patrimônio ou de legislar em favor de seus próprios interesses, notadamente haverá um desgaste ao pretender assegurar-lhe a inviolabilidade. Como a mutação da delinquência, com primazia para os crimes patrimoniais, acarretou profundas alterações na legislação penal, em especial na França. *“Ela tornou-se no século XVIII mais lenta, mais pesada, mais severa com o roubo, cuja frequência relativa aumentou, e contra o qual toma agora ares burgueses de justiça de classes”*.¹³²

As inovadoras formas de acumulação de capital, em especial as desenvolvidas por relações de produção e de estatuto jurídico de propriedade, vão desencadear profundas mudanças de fundo na instituição de normas capazes de prever, reger e coibir as práticas delitivas contra a propriedade.

Foucault assevera que:

É portanto necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas. É preciso que as infrações sejam bem definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração intolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar.¹³³

¹³⁰ FIRMO, Anibal Bruno de Oliveira. *Das penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 15.

¹³¹ Ibidem, p. 65

¹³² Ibidem, p. 65.

¹³³ FOUCAULT, Michael. Op. cit., p. 73.

Assim, o projeto punitivo da burguesia recai na codificação de condutas antes inexistentes e/ou até então, impuníveis. “*O roubo tende a tornar-se a primeira das grandes escapatórias à legalidade, nesse movimento que vai de uma sociedade da apropriação jurídico-política a uma sociedade da apropriação dos meios e produtos do trabalho.*”¹³⁴ De outra maneira: “*A economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos.*”¹³⁵

Essa construção legal vai resultar na disparidade de ilegalidades de bens e ilegalidade de direito que bem tratou Foucault. Essa divisão é decorrente de uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível à maioria da população subjugada será a ilegalidade dos bens, ou seja, a violação aos direitos de propriedade de seus detentores. A ilegalidade dos direitos, que muitas vezes assegurava a sobrevivência dos mais despojados, com o novo estatuto de propriedade, ou seja, com as novas codificações cuja estrutura primava e ainda prima pela tutela patrimonial, torna-se, por conseguinte, uma ilegalidade de bens. Em outras palavras, a ilegalidade de direito, que progressivamente no século XVIII resultou em uma crise de ilegalidade popular decorrente de protestos políticos e religiosos foi em certa medida aceita e tolerada até atingir o direito de propriedade dos burgueses.

Pontes de Miranda, refletindo sobre as desigualdades e ilegalidades promovidas pelo direito observa que

Decerto podemos admitir a existência de solução extremamente melhor, que seria a perfeita, mas tal processo depende de condições cuja complexidade desafia a inteligência humana, porque são as circunstâncias universais, interiores ou exteriores à sociedade. Como estas circunstâncias não são as mesmas para todos os círculos sociais, isto é – para o que constitui fenômeno igual e comum a todos eles, somente é idêntico o direito até onde são idênticas as condições sociais, a mataria, digamos assim, de que ela é formada, quando e donde começa a desigualdade delas, há de principiar a desigualdade do direito. Apenas, tanto quanto podemos concluir do que nos mostra a ciência, não há mutações absolutas de índole do homem e nas condições exteriores, de modo que é legítima a concepção de porção.¹³⁶

Cada violação a um direito ou ao exercício de um direito de propriedade, acarretava ao infrator as consequências penais de uma norma construída objetivamente para assegurar aos proprietários seus direitos de uso, gozo e disposição de suas propriedades. Daí a divisão em ilegalidade de direitos e ilegalidade de bens.

¹³⁴Ibidem, p. 73.

¹³⁵Ibid., p. 74.

¹³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Vol. III – Investigação científica e política jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 47.

Enquanto a burguesia reservou a si mesma a ilegalidade dos direitos “[...] a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seu silêncio, ou liberadas por uma tolerância de fato,”¹³⁷ aos miseráveis restou a ilegalidade de bens. Enquanto a burguesia primava pelo campo fecundo da ilegalidade dos direitos, cada vez mais fez afirmar a necessidade de vigilância constante, controle e punibilidade sobre a ilegalidade de bens.

Rompendo com o sistema anterior, a modernidade ocupa-se do princípio de humanidade para deslocar o direito de punir da vingança do soberano a defesa da sociedade. Isso se dá dentro de um projeto político que classifica as ilegalidades de modo a generalizar a função punitiva e de delimitar, para controlá-lo, o poder de punir. Sem considerar os meios sociais sobre os quais o indivíduo nasceu e se desenvolveu, o Estado passa a tratar o criminoso como inimigo de todos, que têm interesse em persegui-lo, pois este rompeu com o pacto social e, desqualificado como cidadão, traz em si um fragmento selvagem de natureza, “[...] aparece como o celerado, o monstro, o louco e talvez, o doente e logo o anormal.”¹³⁸ Esse é o título que ele encontrará um dia sob uma objetivação científica e o tratamento correlato que lhe será dado.

Ocorre que na pós-modernidade o homem é um ser plural, individual e a disposição de sua liberdade para formação do pacto social não ocorre da mesma forma que na modernidade como destacou Locke ao dispor que “os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso nenhum pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento.”¹³⁹ Na verdade, a igualdade formulada por Locke se refere a igualdade formal, ignorando completamente a igualdade material, substancial. Isso torna tão evidente quando dispõe que

O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, **com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela.** Quando certo número de homens acordou assim em constituir uma comunidade com governo, ficam de fato fazendo parte dela e formando um corpo político, no qual a maioria tem a prerrogativa de agir e resolver por todos.¹⁴⁰

¹³⁷FOUCAULT, Michael. Op. cit., p. 74.

¹³⁸Ibidem, p. 85.

¹³⁹LOCKE, John. Op. cit., p. 76

¹⁴⁰LOCKE, John. Op. cit., p. 76.

No mesmo sentido Rawls afirma que “os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta fundacional de sua sociedade.”¹⁴¹ Entretanto, essa afirmação de um pacto social que determinará a forma de desenvolvimento social e comportamento de cada indivíduo não se deu, nem se dá, entre cidadãos absolutamente livres e iguais. Por ocasião da Revolução burguesa, conforme acima, verificou-se dentre os principais objetivos de estabelecimento desse pacto a proteção da propriedade, ou seja, dos bens. E quem os detinha e ainda os detém? Todos os homens indistintamente submissos a esse pacto? A resposta é não. Os bens jurídicos tutelados pela modernidade eram e são na atualidade a propriedade que, no passado passou das mãos dos senhores feudais para as mãos dos revolucionários burgueses detentores dos capitais e ocupantes de significativos cargos de poder Estatal, até a atualidade.

Com as mudanças econômicas por ocasião das revoluções oitocentistas, a forma de garantir por mais tempo possível as condições de senhor só poderia ocorrer com a instituição e exercício do poder. As alterações legislativas à época foram móveis para externar essas pretensões. Como esclarece Foucault

Ora, as mudanças econômicas do século XVIII tornaram necessário fazer circular os efeitos do poder, por canais cada vez mais sutis, chegando até os próprios indivíduos. Que o poder, mesmo tendo uma multiplicidade de homens a gerir, seja tão eficaz quanto se ele se exercesse sobre um só¹⁴²

Assim, com a reforma racional e por conseguinte penal do século XVIII, tão festejada pelos clamores do Iluminismo que pôs fim aos suplícios, nasce uma forma de poder que visa ao controle social pela aplicação da lei, de modo a regular as condutas sociais com ênfase na proteção patrimonial da burguesia, tratando, por consequência, o infrator como sujeito avesso ao que se espera de um sujeito normal.

Dessa forma, como todos são “iguais” e “livres” para escolher fazer parte do pacto social e deixar seu estado de natureza, a violação a esse pacto acarreta as consequências penais às quais os homens estão sujeitos, fazendo do infrator um sujeito complexo, que viola seus próprios direitos como sujeito do corpo social e, igualmente, é por ele punido, ignorando as condições sociais de cidadania, igualdade substancial e dignidade humana como parâmetros mínimos de subsistência.

¹⁴¹RAWLS, John. Op. cit., p. 14.

¹⁴²FOUCAULT, Michael. *Microfísica do poder*. Organização e Tradução de Roberto Machado. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2005. p. 214.

Por ocasião dessas modificações de pensamento e estruturação dos cárceres para docilizar corpos indóceis, o criminoso passa a ser tratado como um mal para sociedade à qual pertence, pois detentor das mesmas condições de igualdade ofertadas pelo corpo social, e tendo uma vez violado o pacto social, deverão recair sobre este as consequências de seus atos.

Assim;

Todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria; a conservação do Estado é então incompatível com a sua, um dos dois tem que perecer, e, quando se faz perecer o culpado, é menos como cidadão que como inimigo.¹⁴³

Como inimigo do Estado¹⁴⁴, o criminoso não mais poderia ser lançado aos suplícios sob pena do Estado ser tão ou mais cruel que o próprio criminoso. Assim, surge como proposta de exclusão do meio social o cárcere com a promessa de adestrar seus clientes por meio da disciplina, condicionamento e docilização de corpos indóceis¹⁴⁵, ignorando ser o crime “[...] *senão a ponta do iceberg de uma insubordinação e de uma falta de controle de “certos estratos sociais”*¹⁴⁶ de uma consequência desenfreada de desigualdade e má prestação estatal do mínimo necessário à subsistência individual e/ou coletiva a que se propôs suprir.

É que o cárcere parece perdurar obstinadamente como uma espécie de grande portão de ingresso ao contrato social, ou mesmo como introdução à forma de trabalho subordinado. É um pouco como se a descoberta dos comerciantes holandeses (e de outros similares), no início do século XVII – isto é, a descoberta de que eles podiam “utilmente” “pôr para trabalhar”, juntamente com os seus capitais, os pobres, os mendigos, os vagabundos, os ladrõezinhos, os rebeldes que o processo de racionalização da agricultura estava expulsando dos campos – continuasse a reproduzir junto com a “colonização” capitalista de “novos territórios”, territórios que podiam estar dentro de uma jurisdição política e social específica.¹⁴⁷

Na mesma época surge como proposta para solução e justificação do encarceramento as ideias da escola positivista que, valendo-se das teorias utilitaristas, viam no homem delinquente uma ameaça à manutenção da ordem estatal. Como observa Falconi

As teorias utilitárias, também conhecidas por “teorias relativas”, encontram apoio total e irrestrito na Escola Positiva. Principia na obra obstinada de Cesare Lombroso

¹⁴³FOUCAULT, Michael. Op. cit., p. 76

¹⁴⁴ Obseva Francesco Carrara que “Deve-se reconhecer como verdade, autenticada pelas mais remotas tradições da raça humana, que a idéia da pena nasceu, entre os homens primitivos, do sentimento de vingança”. CARRARA, Francesco. Op cit., p. 41.

¹⁴⁵ ¹⁴⁵ A expressão disciplinização ou adestramento de corpos indóceis deriva da obra Vigiar e Punir de Michael Foucault também explorada por Sérgio Francisco Carlos Graziano Sobrino em sua tese de Doutorado: Globalização e Sociedade de Controle: cultura do medo e o mercado da violência. Depositada na Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro em 2007.

¹⁴⁶MELOSSI, Dario apud DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 21.

¹¹⁴MELOSSI, Dario. Op. cit., p. 21.

– “*Il Uomo Delinquente*” – que originou a Antropologia Criminal. Em verdade, Lombroso seguiu as pegadas de Darwin e Spencer, findando por concentrar-se em Augusto Conte e seu estudo de Sociologia. Era o início de uma nova era para o Direito Penal, que em muito iria mover os alicerces da antiga Escola Clássica, até então nunca questionada. Em 1876, com a publicação da grande obra de Cesare Lombroso, deu por fundada a Escola Positiva e a sua discutidíssima “Antropologia Criminal”. Daí em diante houve verdadeira enxurrada de adeptos da nova filosofia do Direito Penal, principalmente no que concerne à pena. Eram intelectuais sedentos de mudanças, que já não comungavam com a antiga Escola Clássica, cujos defeitos apareciam a olhos vistos. Como primeiro grande vulto, surgiu o magistrado Raffaele Garofallo (1885) com sua “Criminologia”.¹⁴⁸

Garofallo tinha para si que a pena deveria ser com medida preventiva, ou melhor, sua finalidade deveria ser preventiva. Essa prevenção, segundo Falconi,

... poderia ser “geral” ou “especial”. A primeira funcionaria como meio de intimidar os delinquentes potenciais. A pena, como elemento ameaçador, tendo reflexo imediato sobre os eventuais delinquentes. Já a segunda, era a medida de inibição sobre a pessoa do delinquente. Essa inibição não visaria punir o apenado pura e simplesmente, mas puni-lo com o fito exclusivo de ressocializá-lo. Somente após essa tentativa de readaptação é que se pensaria no delinquente como “irrecuperável”.¹⁴⁹

Ocorre que todos esses esforços em definir o homem delinquente ignoram a pluralidade e a individualidade de cada participante do corpo social.

Registra-se, por oportuno, a tentativa de Lombroso, um dos revolucionários que deu nascimento à Escola Positiva de Direito Penal e criador da Antropologia Criminal, como já citado acima, de sustentar em uma de suas obras mais festejadas¹⁵⁰ que o criminoso não seria totalmente vítima das circunstâncias sociais e educacionais desfavoráveis, mas a ação criminosa seria resultado de tendência atávica, hereditária para o mal. O criminoso não seria resultado do meio, mas sim fruto da genética que possuía.

Segundo Lombroso “*A fisionomia dos famosos delinquentes reproduziria quase todos os caracteres do homem criminoso: mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo facial baixo.*”¹⁵¹ Na verdade, toda tentativa da burguesia de explicar o comportamento humano utilizando-se de fórmulas geométricas ou das ciências exatas caíram por terra. Afinal, o estudo do homem pelo homem não pode ignorar suas particularidades, especificidades e individualidades.

¹⁴⁸ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de direito penal*. São Paulo: Ícone, 1994. p. 69.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 69.

¹⁵⁰ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de Sebastião José Roque. Coleção Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone, 2007. passim.

¹⁵¹ Ibidem, p. 197.

Ademais tal estudo exige cautelas especiais na análise das estruturas sociais pelas quais o ser em estudo se formou ou se forma.

Da tentativa de explicar o comportamento criminoso por porte de suas características físicas e/ou genéticas surgiram várias críticas. Observa Nilo Batista ao fazer uma digressão do Direito Penal no Brasil, em especial após a virada do século XIX que “*o positivismo criminológico havia triunfado em nosso país,*”¹⁵² contudo, junto com o triunfo surgiram as mais variadas críticas que mais adiante foram responsáveis pela afastamento dos estudiosos do direito penal de tão festejada descoberta.

O positivismo criminológico, tanto quanto a política criminal acoplada a suas premissas, produzia um discurso estratégico para aquela conjuntura, no qual a perda inferioridade jurídica inerente às dominações escravistas era substituída por uma inferioridade biológica, de base racial – que deveria ser cientificamente demonstrada -, e no qual se buscava a patologização da infração e dos infratores (aquela metáfora do crime como doença transmissível, validadas agora por uma incipiente estatística criminal). Portanto, a última engenhoca institucional da política criminal norte-americana de drogas, a chamada “justiça terapêutica”, não passa de uma falsa novidade, que tem a idade do positivismo criminológico¹⁵³

Assim, na esteira da nova ordem, surge então o mais renomado e brilhante de tantos quantos hajam abraçado a escola positivista: Enrico Ferri. Ferri foi quem apresentou ao mundo a “sociologia criminal” e, diferente de Lombroso, analisou o perfil do homem delinquente considerando um sem número de valores até então inexistentes. “*Diz-se que teria sido Ferri o primeiro comunista do Direito Penal. Para ele, a primeira providência era classificar os criminosos, vistos não serem iguais entre si. E o fez com perfeição, criando uma divisão em cinco partes de criminosos vários, desde o contumaz até o eventual.*”¹⁵⁴

Ao que tudo indica, Ferri, embora tenha sentido as influências mesmo sem ter feito parte da escola positivista do Direito Penal, foi quem primeiro sentiu a necessidade de se analisar as particularidades da conduta criminosa, considerando, em alguma medida, o meio social como viés influenciador da conduta do delinquente. Assim, verifica-se a par disso que, após as análises de Marx, não se pode ignorar a divisão de classes na análise das condutas dos seres humanos de determinada sociedade, bem como, não analisar as condutas humanas sem a verificação pormenorizada dos meios sociais vivenciados por cada ser humano.

¹⁵²BATISTA, Nilo. *Novas tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 11.

¹⁵³BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 11-12.

¹⁵⁴FALCONI, Romeu. *Lineamentos de direito penal*. São Paulo: Ícone, 1994. p. 69.

De igual modo, a busca atual por se prescrever estatísticas de criminalidade com base tão somente em dados numéricos, via de regra, flagrantemente alterados para fundamentar uma atitude Estatal que se pretende justificar com a supressão, desrespeito e inobservância dos direitos e garantias fundamentais, deixa evidente sua predileção pela tutela patrimonial em detrimento de valores humanitários e irrenunciáveis, os quais são segregados da miserável clientela penal, não encontrando respaldo constitucional num Estado Democrático e Social de Direito, como se verifica a seguir.

Ao que parece, a segregação de centenas de pessoas aglomeradas em pequenas celas em condições sub-humanas nas delegacias, cadeias e penitenciárias por todo país na atualidade, sem a devida assistência familiar, serviços básicos de saúde e/ou defensoria; presos obrigados a se deslocar pelos pavilhões em horários rigorosamente estabelecidos, de cabeças baixas, vestindo uniformes (preferencialmente de cor forte de maneira que fique destacada sua condição de preso - ‘delinquente’); traduz-se em forma de não guardar respeito ao sistema, antes cultivar o medo do Estado, que tem o dever constitucional de garantir o respeito e a observância mínima dos direitos inerentes a qualquer ser humano. Esse quadro em nada difere do que Foucault descrevia existir já no século XVII, ao falar da “correta disciplina”, como uma arte do bom adestramento.

O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. Em vez de dobrar uniformemente e por massa tudo o que lhe está submetido, separa, analisa, diferencia, leva seu processo de decomposição até às singularidades necessárias e suficientes. “Adestrar” as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais – pequenas células separadas, autonomias orgânicas, identidade e continuidades genéticas, segmentos cambionários. A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente. [...] O exercício da disciplina supõe um dispositivo que obrigue pelo jogo do olhar; um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam.¹⁵⁵

Não se pretende com isso sugerir o fim do sistema prisional, na verdade, é o sistema que se mantém mais ativo, contudo falta à sociedade a busca efetiva de alternativas para redução da criminalidade, pois, como é público e notório, a ampliação de prisões, bem como a instituição da pena de morte em vários países não foram suficientes para reduzir, quiçá

¹⁵⁵ FOUCAULT, Michael. Op. cit., p. 143.

eliminar a delinquência. Ademais, é dever do Estado Social e Democrático de Direito garantir o tratamento digno a todos os que nele se encontram, até aos encarcerados.

4. O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940 E A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E SOCIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A fim de atender aos propósitos do presente trabalho através da lógica da argumentação exposta, fez-se necessário investigar os acontecimentos revolucionários do século XVIII que, de alguma forma, influenciaram e influenciam ainda o pensamento criminológico e o direito penal da atualidade brasileira. Com o objetivo de realizar a exposição do conteúdo pesquisado, a discussão inicia-se examinando os acontecimentos históricos que levaram ao fim da monarquia absolutista e ao surgimento de um Estado liberal individual burguês fortemente influenciado pela produção em grande escala, resultando no que Marx veio a denunciar como sendo a injusta divisão de propriedades e riquezas, pela qual poucos se deleitavam e se beneficiavam do trabalho quase escravo da maioria subjugada pelo sistema produtivo.

A partir de então se registra a utilização da lógica racional em franco uso por ocasião da Revolução Francesa, que influenciou significativamente as legislações posteriores. E, em especial, no que tange ao objeto do presente trabalho, examina-se a utilização das legislações que surgiram como forma de controle das condutas sociais, cuja finalidade precípua fora fatalmente demonstrada como objetivadora de proteção da propriedade, ignorando, em certa medida, a individualidade do ser humano e as influências que lhe sobrevêm através do meio social. Como examinado anteriormente, o Estado liberal, amplamente festejado por vários estudiosos já citados, ignorava as particularidades do indivíduo. Desse modo, para esses estudiosos, o Estado sempre foi visto como um campo de oportunidades iguais a todos – ricos e pobres; intelectuais e ignorantes; burgueses, detentores do sistema produtivo e acumuladores de riquezas e subalternos, trabalhadores em regime de quase escravidão.

Ao abrir caminho para a discussão penal propriamente dita, que atinge o cerne do problema apresentado, foi essencial investigar os argumentos de fundo apresentados para justificar um sistema de controle de condutas sociais com base nos interesses dos detentores do poder de decisão do rumo do Estado. Assim, na terceira parte, fica patente que todo projeto

idealizado pela burguesia só prosperaria com a implementação de um instrumento de coerção conhecido e respeitado por todos os membros da sociedade, o que se formalizou com o contrato social. Este, por sua vez, representado pela manifestação de vontade da maioria, sobrepunha-se e até então se sobrepõe à vontade individual do cidadão para fins de harmônico e regular funcionamento do Estado.

Nesse ponto, busca-se demonstrar a discrepância existente entre os modelos de Estado déspota e o de Estado Social Democrático. Compete neste momento, examinar a distância fundamental existente entre o “contrato social” em vigor no Brasil, ou seja, a Constituição Social de 1988 e o sistema penal exercido com viés revolucionário do século XVIII, cujas legislações, em boa parte do mundo, foram alteradas para se adequarem ao regime Estatal em vigor.

Verifica-se, com isso, que a alteração do modelo penal já se mostra tanto necessária e não só pelos motivos ventilados, mas também pelo simples fato de que o modelo penal encontra-se há tempos desgastado, exaurido e dispare com seus reais fundamentos constitucionais. Notadamente, pode-se observar que os argumentos fundamentais usados para sustentar a deslegitimação do direito penal à época, são os mesmos que hoje a sustentam.

A legislação penal no Brasil precisa, urgentemente, de se fazer passar e repassar, por tantas vezes quantas forem necessárias pelo filtro constitucional. Como percebido por Callegari

... o Direito Penal não pode resolver todos os conflitos existentes. Por isso, sempre é importante trazer as considerações de Baratta sobre este tema, que dever ser nota introdutória de todos os textos de Direito Penal, quando coloca em jogo a eficiência do Direito Penal e a eficiência do pacto social, principalmente quando entram em jogo determinadas normas de caráter meramente publicitário, mas que, em contrapartida, trazem, como reflexo, outras que suprimem direitos e garantias individuais. Fica claramente demonstrado, em nosso país, como as legislações próprias da emergência, que visam a “acalmar” a população e “conter” um determinado tipo de criminalidade, trazem, porém, sob um manto cinzento, a supressão de direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Política. Veja-se, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, em que o caráter publicitário ganhou força, porém, não se demonstrou uma efetividade com a edição de referida lei.¹⁵⁶

Um dos sintomas mais evidentes de exaustão do modelo de controle social pela prática penal à época e hoje é o distanciamento do Direito Penal de seu fundamento de validade, a Constituição. Isso é evidente face à primazia do Direito Penal, de forma a apontá-lo como

¹⁵⁶ CALLEGARI, A. L. . A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. In: Lenio Luiz Streck. (Org.). *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

estando acima do direito, como garantia da sociedade e *conditio sine qua* para que o direito se instale de forma a sobrepor-se à vontade Constitucional.

Após se referir as alterações promovidas na Itália após a segunda guerra, Bettiol ainda descreve em seu livro várias alterações nas legislações penais fora da Itália.¹⁵⁷ Nota-se que as legislações tendem a se adequar às cartas constitucionais de suas épocas, de maneira a manter certa congruência entre os ideais instituídos como os novos diplomas constitucionais e as legislações infraconstitucionais aplicadas à época. Observa-se em Bobbio que “*O difícil é promulgar apenas as leis necessárias e permanecer sempre fiel ao princípio verdadeiramente constitucional da sociedade, o de se proteger do furor de governar, a mais funesta doença dos governos modernos.*”¹⁵⁸

As rupturas do sistema normativo até então apresentadas revelam a posição adequada ao direito penal, bem como aos demais ramos do direito, vale dizer, os infraconstitucionais. É a Constituição que detém o poder de determinar aos demais ramos do direito como devem se comportar dentro do pacto por ela estatuído. Como esclarece Ingo Sarlet;

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.¹⁵⁹

Como destacou Baratta:

A criminologia contemporânea, dos anos 30 em diante, se caracteriza pela tendência a superar as teorias patológicas da criminalidade, ou seja, as teorias baseadas sobre as características biológicas e psicológicas que diferenciariam os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”, e sobre a negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo. Estas teorias eram próprias da criminologia positivista que,

¹⁵⁷ O autor esclarece que “Mesmo fora da Itália, nos últimos decênios, tomaram vulto as reformas penais não só no sentido de mudança total, como também no de uma reforma de apenas parcial dos textos legislativos. A Rússia, assumiu, sob este prisma uma posição de vanguard, ao promulgar, no ano de 1926, depois da consolidação do regime originário da Revolução de 1917, um Código Penal, expressão da ideologia “marxista-lenista” porquanto representa um instrument de luta do proletariado contra a burguesia e define o crime como toda lesão de interesses econômicos e políticos da classe dos camponeses e dos trabalhadores, chegando ao poder, através da revolução. Depois seguiu-se a Alemanha, no período da ditadura nazista onde permaneceu em vigor o Código Penal de 1871, reformado e ampliado por novas disposições que determinaram uma verdadeira revolução no seu espírito inspirador. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000. p. 21.

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, predominou entre o final do século passado e princípio deste.¹⁶⁰

Ocorre que do incessante processo de mudança social, dos resultados apresentados às novas ou antigas propostas do sistema punitivo e às revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. Tais princípios foram efetivamente albergados na nova Constituição de forma a fazê-la distante do modelo de sistema punitivo adotado na modernidade. Assim, o modelo etiológico que sustenta o positivismo clássico e serve com eficiência de base ao constitucionalismo moderno não consegue se impor frente à nova Constituição cuja premissa maior revela-se na adequada interpretação de seus preceitos, em especial aqueles inerentes aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Na dinâmica do Estado Social e Democrático a proteção do ser humano pelo Estado ocupa preocupação primeira deste, como observa Callegari, citando Baratta

... o pacto social próprio da modernidade, o direito moderno, e suas Constituições estão ligados à intenção de conter a guerra, de civilizar e de submeter às regras institucionais os conflitos políticos e sociais. No interior deste processo, a segurança dos cidadãos constitui a promessa central do Estado. A condição de validade e de eficácia do pacto é a eliminação da violência graças ao monopólio legítimo da força por parte do Estado imparcial. Baratta ressalva que, ao contrário, é sabido que o resultado histórico até agora, imediatamente depois da crise da modernidade, frequentemente descrita nos discursos que se auto-qualificam “pós-modernos”, é que o direito moderno, na intenção de conter à violência, terminou por ocultá-la, excluindo do pacto social os sujeitos mais fracos, fazendo juridicamente invisível a violência estrutural na sociedade.¹⁶¹

Nesse âmbito, com o avanço econômico, social e cultural das massas de indivíduos formadoras das populações das grandes cidades, a formação estrutural do Estado e a análise dos grupos sociais divididos em classes foi possível identificar através dos estudos criminológicos a necessidade de se questionar o modelo tradicional de concepção patológica da criminalidade. Os modelos tradicionais (ou clássicos) sobre os quais as teorias sociais se estruturam mostram sua insuficiência e superficialidade tendo em suas perspectivas

¹⁶⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 29.

¹⁶¹ CALLEGARI, A. L. . A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. In: Lenio Luiz Streck. (Org.). *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

reducionistas o empobrecimento da análise e, conseqüentemente, do trato dos eventos sociais indesejáveis.

Como observado por Baratta:

... a matriz positivista continua fundamental na história da disciplina, até nossos dias. Não só porque a orientação patológica e clínica continua representada na criminologia oficial, mas também porque as escolas sociológicas que se desenvolveram, dos anos 30 em diante, especialmente nos Estados Unidos, contrapondo-se como “sociologia criminal” à “antropologia criminal”, continuaram por muito tempo e ainda em parte continuam a considerar a criminologia sobretudo como estudo das causas da criminalidade. Ainda que estas orientações tenham, geralmente, deslocado a atenção dos fatores biológicos e psicológicos para os sociais, dando o predomínio a estes últimos, o modelo positivista da criminologia como estudo das causas ou dos fatores da criminalidade (*paradigma etiológico*) para individualizar as medidas adequadas para removê-los, intervindo sobretudo no sujeito criminoso (*correccionalismo*), permanece dominante dentro da sociologia criminal contemporânea.¹⁶²

Quanto ao neoconstitucionalismo¹⁶³, na condição de modelo social de Estado que reconhece os indivíduos como seres plurais, iguais nas diferenças e detentores de direitos sonogados de há muito, a transição está somente se instalando, uma vez que ainda não se efetivou até os dias de hoje, em especial nos países de modernidade tardia, onde a concretização do projeto neoconstitucionalista esbarra em obstáculos conceituais e materiais de difícil transposição. Barroso perspicazmente reflete a crise do direito ao dispor que

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao

¹⁶² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 30.

¹⁶³ Para efeitos dessa pesquisa entende-se por neoconstitucionalismo a revisão completa na teoria do direito, na filosofia do direito e na filosofia política da publicação da coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada por Miguel Carbonell, jurista mexicano e publicada na Espanha em 2003. Foge do objetivo da presente pesquisa a discussão e ou considerações sobre o que se entende por neoconstitucionalismo além da limitação apresentada. Para uma análise mais profunda sobre o tema sugerimos a leitura de: “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência” de autoria do Prof. Humberto Ávila. ÁVILA, Humberto. Publicado na Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17, jan./mar., 2009, Salvador-BA. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil, de autoria do Prof. Luís Roberto Barroso, Publicada na Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. n.9, mar./maio 2007. Salvador-BA. e por fim, Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição (Eduardo Ribeiro Moreira), São Paulo: Método, 2008.

longo dos séculos. De fato a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica de nossa era.¹⁶⁴

Nota-se que já há algum tempo vozes têm-se levantado no sentido de alertar sobre a necessidade de adequação do sistema de controle social com as cartas constitucionais correspondentes. Isso decorre necessariamente da impossibilidade de sustentação válida de um discurso penal no qual o sistema confronta paradigmas superados pela ciência do direito. Percebe-se que a relação do direito penal como o Direito Constitucional apresenta “[...] *afinidades no tocante ao conceito de Estado, direitos individuais, políticos, sociais, etc. Subordina-se, evidentemente, ao Constitucional, já que um Código Penal não pode fugir à índole da Constituição. Se esta é liberal, liberal também será ele. Tal dependência é tão íntima que leva Asuá a dizer que toda nova Constituição requer novo Código Penal.*”¹⁶⁵

Não é por outra razão que “[...] *tutelando os direitos fundamentais do homem e cuidando do funcionamento dos órgãos da soberania estatal, a Constituição traça limites dos quais, as leis – e, portanto, as penais – não poderão ir, sob pena de inconstitucionalidade.*”¹⁶⁶

Portanto, se o Direito Constitucional brasileiro se revela eminentemente de caráter social, da mesma forma os demais diplomas legais deveriam ou deverão percorrer o caminho necessário para sua adequação a este modelo de Estado, ainda refletindo a crise vivenciada pelo Direito brasileiro, Barroso poeticamente assevera que

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo e neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. [...] O marco histórico do novo direito constitucional na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.¹⁶⁷

Não pairam dúvidas de que a Constituição de 1988 de fato constitui um Estado plural, democrático e social. Um Estado social, diferente do liberal, é caracterizado por sua intervenção constante junto às necessidades de seus membros, como nota Bonavides

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. n. 9, mar./maio 2007, Salvador-BA. p. 2

¹⁶⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Vol. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 12.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 13.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./mai. p. 1-46, 2007. p. 2.

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas. A circunstância de achar-se o homem contemporâneo – o homem-massa – desde o berço, colhido numa rede de interesses sociais complexos, com a sua autonomia material bastante diminuída, na maior parte dos casos irremissivelmente extinta, há concorrido para que ele, em meio a essas tribulações, como um náufrago em desespero, invoque a proteção do Estado, esperança messiânica de sua salvação.¹⁶⁸

Desta feita, um sistema Penal que não se preocupa com a tutela dos direitos e garantias fundamentais, com os direitos sociais dos cidadãos, ainda que tenham violado a(s) norma(s) penais e, por conseguinte, continua-tratando os como “inimigos” do Estado, não pode estar em harmonia com a Constituição cidadã.

A negativa em proceder à devida correlação entre o sistema punitivo e a Constituição resultará, como bem lembrado por Noronha, em flagrante inconstitucionalidade. Como assevera Baratta “*Ainda que estas orientações tenham, geralmente, deslocado a atenção dos fatores biológicos e psicológicos para os sociais, dando predomínio a estes últimos [...]*”¹⁶⁹ o que se tem observado na prática é a completa incoerência de conteúdo e aplicabilidade das normas de controle social e a Constituição. Conclui Baratta “[...] *enquanto este modelo não for posto em dúvida e substituído, parcial ou totalmente, por um novo paradigma científico, o do labeling approach (paradigma da reação social)*”¹⁷⁰ continuaremos a conviver com um sistema de controle social, em especial o penal, destacadamente inconstitucional.

No modelo moderno tendenciosamente o sistema se apresenta com rupturas de fatos próprios do mundo concreto, preservando apenas a pureza das ideias, desprestigiando, o concreto a que toda construção teórica se reporta para sua fundamentação. Isso se dá indevidamente face à influência cientificista do século XVIII, contudo, como observa Konrad Hesse

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e baldrames axiológicos que influenciam

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 228.

¹⁶⁹ BARATTA, Op. cit., p. 30

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 30

decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.¹⁷¹

Igualmente, as condutas sociais passíveis de regulação pelo sistema penal de coerção decorrem de fatores derivados da estrutura fundamental do Estado e das influências econômicas, políticas e sociais, como já demonstrado nos capítulos anteriores, não se pode diferenciar pessoas de não pessoas.

Como destaca Zaffaroni:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a idéia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referencia a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixar de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito. Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitando de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos, etc) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações.¹⁷²

Não obstante, a coexistência de um sistema penal que busca, sobretudo, a proteção patrimonial em detrimento muitas das vezes da liberdade individual, parece ignorar as concepções sociais concretas. Isto porque “*O crime é sobretudo um fato humano, e, no estudo deste, não se pode olvidar o homem, para se permanecer em contemplação abstrata e formal da espécie delituosa. Ao contrário, há de se fazer o estudo jurídico do sujeito ativo e das situações jurídicas por ele criadas.*”¹⁷³ Disso resulta, também, a formação constitucional. O pacto social, que a todo tempo pode ser lido como Constituição, procura imprimir conformação à lógica e realidade política e social.

A partir dos elementos trazidos até então a pesquisa pretende determinar, individualizar o real problema enfrentado pelo direito na pós-modernidade e, no caso, com

¹⁷¹ HESSE, Konrad. *A forma normativa da constituição* (Die Normative Kraft Der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14-15.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

¹⁷³ NORONHA, Edgard Magalhães. Op. cit., p. 7.

total atenção ao direito penal. Fato é que o pacto social deve transcender a metalinguagem que encobre a real finalidade do sistema constitucional.

A essa altura dos trabalhos, como pré-anunciado, convém esclarecer o cerne de todo debate pretendido com as exposições até aqui apresentadas, ou seja, responder qual o problema de (in)compatibilidade do direito penal brasileiro, em especial no que tange à aplicação do Código Penal de 1940 até os dias atuais, com singelas e tardias alterações e a Constituição Democrática e Social de 1988.

4.1 A Lógica Penal da Pós-Modernidade e os princípios básicos do direito penal

Na atual conjuntura social, não se pode negar a subordinação do direito penal à Constituição, nem ignorar que a Constituição de 1988 dispõe de fundamentos e valores completamente diversos dos que sustentaram a publicação do código penal em 1940. Como confirma Nilo Batista

Toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do direito. A procura de princípios básicos do direito penal exprime o esforço para, a um só tempo, caracterizá-lo e delimitá-lo. Existem efetivamente alguns princípios básicos que, por sua ampla recepção na maioria dos ordenamentos jurídico-penais positivos da família romano-germânica, pela significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica – condicionadora de derivações e efeitos relevantes – constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas. Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa [...], seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas [...], não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático.¹⁷⁴

É a Constituição quem vai, inicialmente, prescrever e embasar os princípios dos quais os demais ramos do direito se valerão para sua estruturação e exercício devidamente legitimado. Entretanto, ao se adentrar na discussão da realidade brasileira, para fins de estudo da crise que afeta o ordenamento jurídico brasileiro, deve-se considerar que o problema da erosão dos modos tradicionais de regência jurídica das relações sociais não é uma questão que afeta somente o ordenamento jurídico pátrio.

Dos bens existentes, alguns são protegidos na esfera jurídica; desses, há os bastante importantes. Tal importância se dá por eleição política, que lhes confere status de bens fundamentais, por serem estes a base de um projeto de civilização construído democraticamente. Com precisão, Uadi Lammêgo Bulos dispõe que a Constituição de 1988;

¹⁷⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 61-62.

Consignam, também, poderes reconhecidos e organizados pelo direito positivo, para dotar o ser humano de uma proteção reforçada. Tais liberdades podem ser classificadas sob diversos pontos de vista, donde podemos falar em liberdade individual, coletiva, de circulação, de imprensa, etc. As limitações transcendentais, por essa razão, provêm de imperativos éticos superiores, os quais se vinculam a uma consciência jurídica coletiva.¹⁷⁵

Observa Ingo Sarlet que:

A Constituição de 1988 foi a primeira na história constitucional pátria a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situando – em homenagem ao especial significado da função destes – na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativa de toda ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material.¹⁷⁶

A seleção primeira dos bens a serem tutelados, seguindo uma ordem racional de valores humanos dentro dos já conquistados e solidificados a duras custas de sangue, detem por primazia os inerentes à dignidade da pessoa humana. Desses bens fundamentais, apenas os que não puderem ser protegidos de outra forma, terão a proteção do direito penal. Logo, o Direito Penal não protege uma casta de bens, ele as fragmenta, escolhendo alguns bens dessas classes para proteger. Essa escolha não é aleatória, ela se dá através do princípio da subsidiariedade. Só quando nenhum outro ramo do direito consegue efetivamente proteger os bens, é que vale o direito penal.

Entretanto, o que se vê no Brasil, em especial no que tange aos ordenamentos que regulam o controle social pela imposição de pena, é uma erosão no ordenamento jurídico pátrio. A disparidade entre o querer constitucional e o executar do sistema penal salta aos olhos, quando examinamos a existência de normas penais incriminadoras a fim de tutelar o patrimônio e assegurar aos detentores do capital seu estilo de vida burguês, não o fazendo, da mesma forma aos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Bittar assevera que:

Pode-se mesmo pensar na ocorrência de novos ilegalismos, que afetam classes sociais distintas, que redundam em daninhas e comprometedoras avarias de eficácia nos sistemas sociais de controle da conduta, redundando num processo altamente explosivo, de conseqüências fortemente desagregadoras para a tessitura social. Se a crise é generalizada, isso não faz com que se possa medir com maior acuidade quais os sistemas mais suscetíveis à erosão no atual contexto, e também os focos de mais

¹⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 18.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 96.

acentuada decadência do sistema jurídico, bem como os motivos históricos específicos que geraram a ideologia que permitiu o descompasso entre o positivado e o praticado socialmente. Neste sentido, percebe-se o quanto o Brasil é afetado pelas diversas pronunciadas crises contemporâneas.¹⁷⁷

Pelo exposto, não se pode ignorar que dentre as funções atribuídas aos direitos fundamentais estão aquelas desenvolvidas com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado. Se a prática penal se distancia da realidade constitucional, então, como sugerido por Noronha, faz-se necessária a edição de um novo código penal compatível com as prescrições constitucionais, até porque, no atual Estado Constitucional, incumbe a este zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outro Estado.

4.2 O Sistema Constitucional pós 1988 e a legislação que o antecedeu

Com a publicação da nova¹⁷⁸ Constituição, todo ordenamento jurídico pré-existente, por lógica de aplicabilidade, deve ser submetido a um filtro constitucional. Por conseguinte, o código penal e as legislações de natureza penal também deveriam ser submetidos a tal filtro. Isto se dá pela necessidade de não se sacrificar as novas diretrizes filosóficas e ideológicas do novo Estado erigido através da carta constitucional. Observa Hesse que

Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele, que ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.¹⁷⁹

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

Sob tal ponto, estando a Carta de 1988 no vértice da pirâmide da ordem normativa do Estado, nenhuma outra lei abaixo pode se opor a ela ou com ela se confrontar. Entretanto, o

¹⁷⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit., p. 24.

¹⁷⁸ A utilização da expressão nova quer dizer no sentido de última Constituição promulgada e inovadora em suas propostas para o Estado Social e Democrático de Direito, cuja tutela principal dos direitos que ela embarca são os direitos e garantias fundamentais. Até porque, em 05 de outubro desse ano completará 24 anos de existência não podendo, sob o ponto cronológico, julgá-la tão nova assim.

¹⁷⁹ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 22.

Direito Penal parece andar na contramão do que vem estabelecer o novo pacto social conforme se verificará a seguir.

5. O DIREITO PENAL E A CRIMINOLOGIA DA PÓS-MODERNIDADE

O sistema de controle social da pós-modernidade encontra-se ancorado aos fundamentos constitucionais do pacto social que o sucede. Bettiol já consignava que;

Não se pode, realmente, compreender o direito penal de um Estado isolando-o de seus pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos, porque o direito penal é a mais característica expressão da “fisionomia” de uma sociedade num determinado momento de sua evolução histórica e cultural. Assim, admitida a inviolabilidade dos direitos individuais da liberdade, a concepção do delito político que daí resulta é bem diversa da que se delineia quando, no contraste ente a autoridade estatal e a liberdade individual, é acentuada apenas a primeira; reconhecida como intocável a propriedade individual, a categoria dos delitos contra o patrimônio assume uma extensão e uma intensidade bem diversas daquelas que esta categoria apresenta num sistema social econômico coletivizado.¹⁸⁰

Nota-se pelo exposto que o direito penal, ao contrário de outros ramos do direito, está totalmente imerso nos valores que exprimem um determinado ambiente cultural, de modo que não se pode dele prescindir, se quiser entender o espírito da legislação penal. Entretanto, convém ressaltar a submissão da legislação infraconstitucional ao pacto social que, no Estado Social e Democrático de Direito tem por pressuposto a participação e a vontade de todos em sua composição e a junção de esforços para sua efetiva aplicação e respeitabilidade.

Como bem registrou Pontes de Miranda ao se referir ao período de dominação capitalista, “*O Estado é produto da sociedade e em certo momento de evolução: a sociedade fica, por ele, em insolúvel contradição consigo mesma, por que se divide em forças opostas, o que enfraquece em conjunto.*”¹⁸¹ Todavia, tal pensamento se modifica na pós modernidade quando o Direito e o Estado buscam em conjunto soluções pacíficas para compreensão e convívio das diferenças por eles administradas e o Direito Penal, cuja ocupação precípua é a busca da ordem e harmonia entre os que convivem em sociedade, deve manter-se na direção que a Constituição determina, devendo respeito e observância aos princípios por ela impostos.

A crise do sistema punitivo exercido pelo Direito Penal da atualidade parece ficar evidente com os contrastes epistemológicos que inauguraram o Estado Social e Democrático

¹⁸⁰ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 23-24.

¹⁸¹ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 14.

com a Constituição de 1988. Se de fato o Direito e, por conseguinte, as legislações são expressões de seu tempo, nos dias atuais, pelas razões já expostas, não mais se justifica a exposição dos motivos do Código Penal de 4 de novembro de 1940 que dispõe:

Com o atual Código Penal nasce a tendência de reformulá-lo. À data de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardando em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis.¹⁸² (grifo nosso)

Percebe-se a toda influência do sistema industrial de produção na elaboração da legislação penal que ainda vige, com discretíssimas e tardias alterações, que sequer foram suficientes para erigir o sistema punitivo a um modelo de Estado Social. Ocorre que hodiernamente os estudos vertentes ao controle social não podem ter seu alcance reduzido às proteções mercantilistas e/ou econômicas. Tem-se notado há algum tempo que;

Já não é mera utilização de métodos e análises do que diz respeito ao crime e ao criminoso. O processo histórico-evolutivo alargou seu campo de atuação, que vai até as mais relevantes questões de política criminal, desde a formulação de estratégias de prevenção e ressocialização, demarcando áreas de criminalização e descriminalização, até a análise dos chamados meios de reação da sociedade.¹⁸³

O sistema penal parece estar à beira do abismo, pois ainda comporta tipos penais que não mais se justificam no atual estágio constitucional. Como assevera GIORGI, desde do iluminismo até os dias atuais “*A penalidade se inscreve num conjunto de instituições jurídicas, políticas e sociais (o direito, o Estado, a família), que se consolidam historicamente em função da manutenção das relações de classe dominante.*”¹⁸⁴ Enquanto a Constituição promove a prevenção e a descriminalização por meio de aplicação de princípios, tais como da intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, etc. o Direito Penal permanece o mesmo de 1940, punindo condutas que, em tese, sequer deveriam ser tipificadas. Tome-se como exemplo a vadiagem prevista no artigo 59 da lei de contravenções penais que, até a edição da lei 11.938/2009 punia a mendicância, revelando, em seu conteúdo, o verdadeiro processo seletivo de condutas criminais e das classes praticantes, pois não se tem notícias da prisão de um indivíduo por nunca ter trabalhado e viver desocupado pelas ruas gastando toda

¹⁸² FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*: decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Vol.II. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. p. 1.

¹⁸³ SMANIO, Ginpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrinuevo. *Introdução ao direito penal*: criminologia, princípios e cidadania. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85.

¹⁸⁴ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 36.

a herança ou riqueza da família. Não há dúvidas de que tais tipos penais foram introduzidos na legislação penal pátria para defender interesses patrimoniais da burguesia na modernidade.

Bauman esclarece bem essa predileção pela codificação de condutas que, em tese, incomodariam os capitalistas modernos, diz ele;

Ao longo de toda a era moderna, a razão legislativa dos filósofos combinou bem as práticas demasiadamente materiais do Estado. O Estado moderno nasceu com uma força missionária, prosetista, de cruzada, empenhado em submeter as populações dominadas a um exame completo de modo a transformá-las numa sociedade ordeira, afinada com os preceitos da razão. A sociedade racionalmente planejada era a *causa finalis* declarada do Estado moderno. O Estado moderno era o Estado jardineiro. Sua postura era a do jardineiro. Ele deslegitimou a condição presente (selvagem, inculta) da população e desmantelou os mecanismos existentes de reprodução e auto equilíbrio. Colocou em seu lugar mecanismos construídos com a finalidade de apontar a mudança na direção do projeto racional. O projeto, supostamente ditado pela suprema e inquestionável autoridade da Razão, fornecida aos critérios para avaliar a realidade do dia presentes. Esses critérios dividiam a população em plantas úteis a serem estimuladas e cuidadosamente cultivadas e ervas daninhas a serem removidas ou arrancadas. Satisfaziam as necessidades das plantas úteis (segundo o projeto do jardineiro) e não proviam as daquelas consideradas ervas daninhas. Consideravam as duas categorias como objetos de ação e negavam a ambas aos direitos de agentes com autodeterminação.¹⁸⁵

É clarividente que essa predileção do jardineiro, como cita Bauman, pelas plantas úteis nada mais indica do que a separação classista já denunciada várias vezes no presente trabalho. Essa separação entre plantas úteis e ervas daninhas foram móveis para codificação de condutas que jamais deveriam ser tratadas como crime, ou pelo menos no atual Estado Social e Democrático de Direito. Enquanto não se assumir uma política criminal criteriosa sobre o aparelho de propaganda do sistema penal, não haverá maneira de se diminuir a violência nem de se modificar o sistema penal economizando vidas humanas.

Zaffaroni de maneira apropriada descreve que a intervenção mínima é uma questão de Estado Social e deve ser exercida como móvel para redução da violência do sistema punitivo, diz ele;

A diminuição da intervenção penal através da descriminalização, da “diversion” e do princípio da oportunidade da ação penal são, obviamente, caminhos que possibilitam a diminuição da violência do sistema penal, desde que a renúncia à intervenção do sistema penal não constitua um recurso formal para retirar matéria da agência judícia e aumentar o poder das outras agências. A renúncia à intervenção punitiva deve ser tratada como forma de renúncia real ao modelo punitivo considerado onticamente. [...] Uma premissa básica de qualquer política criminal de redução da violência do sistema penal é a não aceitação por parte das agências judiciais de transferência, sob qualquer pretexto, da matéria penal de sua alçada, para outras agências punitivas.

¹⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 29.

Não se pode ignorar que o constitucionalismo moderno nasceu sob a égide do Estado Liberal, que atribuiu aos órgãos públicos, como única função, a manutenção da ordem e da segurança para a melhor fruição das liberdades civis. As atividades desenvolviam-se na vida privada, nunca na esfera pública, que sempre colocou como pináculo da hierarquia de valores a igualdade de todos os grupos e classes sociais, no acesso a condições de vida digna; o que supõe a constante e programada interferência do Poder Público na esfera privada, para progressiva eliminação das desigualdades sociais.

5.1 Os Princípios da subsidiariedade e intervenção mínima do direito penal e a nova Constituição

A Constituição de 1988 surge com um propósito inovador na seara dos direitos, afastando-se dos dogmas positivistas, ela traz em seu conteúdo normas penais sistematizadas de maneira a estabelecer valores e formas de aplicações diversas aos princípios e regras. De antemão prescreve em seu título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais e já no artigo 5º dispõe de os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, reafirmando em seu texto os ideais libertários da Revolução Francesa, liberdade e igualdade, entretanto, sob novo e profundo enfoque.

Na Constituição atual, liberdade e igualdade aparecem como princípios ou, para alguns, como postulado. Esclarece Paulo Bonavides que “*O confronto dialético do homem, ser empírico, com o homem, ser racional, é, por conseguinte, fundamental para explicar a liberdade*”.¹⁸⁶

Na releitura de tais princípios a liberdade e a igualdade são formais e materiais, ou seja, substanciais. Desse modo, o Estado só deve valer-se do sistema repressivo de controle, quando da observância do princípio da liberdade. Assim, apenas quando nenhum outro ramo do direito se fizer eficiente para por fim ao desequilíbrio ou paz social dever-se-á valer o Estado do direito penal.

Diferentemente das dicotomias encampadas pelas interpretações desses princípios por ocasião da Revolução Francesa, aqui, e atualmente, outra interpretação não se presta senão aquela que objetiva sua eficácia e a expressão da manifestação da vontade de toda sociedade em sua implementação. A par disso, notadamente o Direito Penal se revela como a última *ratio*, só devendo manifestar-se quando os demais ramos do direito não forem efetivamente

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 12.

eficientes para solução da problemática conflitiva envolvendo particulares entre si ou entre esses e o Estado.

Descrevendo o pensamento da época que levou à edição do Código Penal de 1940, com propriedade, Hungria já reconhecia o direito penal como subsidiário ao descrever que;

Demonstrada, assim, a impraticabilidade de uma distinção ontológica entre o injusto penal e o civil, pelo menos em face do direito positivo, o único critério discriminativo aceitável é o critério relativo ou contingente, não fixável a *priori*, da *suficiência* ou *insuficiência* das *sanções não-penais*. Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.¹⁸⁷

Muito embora Hungria acertadamente verifique no direito penal sua subsidiariedade, atualmente esta não é adstrita à eficácia ou ineficácia da sanção aplicada. Por esse ângulo, verificadas a efetividade e a aplicabilidade do direito penal, é possível concluir que toda e qualquer infração civil, administrativa, etc. que uma vez sancionada não atinja efetivamente seu propósito dá margem à tipificação da conduta como criminal, esperando assim estabelecer a coação necessária ao caso concreto. Na verdade, a subsidiariedade do direito penal está mais para o bem jurídico tutelado pela norma penal que para sanção aplicada, embora assim ainda não seja vista pelo Legislador infraconstitucional que, não raras vezes, valendo-se do pensamento expressado por Hungria, estabelece como penais condutas que deveriam ser previstas e sancionadas por outros ramos do direito que não o penal¹⁸⁸.

Inegavelmente o Direito Penal para ser válido deve observância à Constituição, assim, na pós-modernidade;

O Direito Constitucional deixa de ser, portanto, o que fora no século XIX: na doutrina, uma filosofia do Direito; na prática, uma espécie de direito público do liberalismo. Ao termo de suas mais recentes transformações, alcançou ele o grau de autêntica ciência jurídica: a ciência das normas e instituições básicas de toda e qualquer modalidade de ordenamento político. [...] É de se observar, todavia, que não haverá lugar para a liberdade e a segurança dos cidadãos no constitucionalismo social e suas instituições políticas se este não se reconverter num constitucionalismo jurídico, que tenha já absorvido e assimilado todas as transformações sociais,

¹⁸⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Vol. I. Tomo 2 - Art. 11 a 27. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

¹⁸⁸ A título de exemplo podemos citar a inserção do parágrafo 3º ao art. 155 do código penal que, sob a pressão das concessionárias de energia elétrica passou o legislador ordinário a tipificar como crime de furto o famoso “gato” – ligação elétrica clandestina. Notadamente tal fato se deu diante da incapacidade da administração pública e/ou das agências reguladoras ou do próprio concessionário em fiscalizar tais condutas que, deveriam, na verdade, ser solucionadas na esfera cível e/ou administrativa, nunca na seara penal.

oriundas do angustiante processo de mudança e reacomodação do homem a uma sociedade tecnicamente revolucionada, desde os alicerces, pelos progressos da ciência, sob a qual o homem parece haver perdido a jurisdição dos fins.¹⁸⁹

Fato é que o Direito Penal de 1940 vem mantendo a mesma linha de raciocínio de sua aplicação à época até aos dias atuais, negando qualquer modificação imposta pela Constituição de 1988 que se afasta do exercício do poder cuja função era principalmente a tutela dos interesses dos detentores do capital para, de forma social, promover as igualdades substanciais das classes vigentes. Desse modo, registra-se que as considerações feitas sobre a instituição de crime de furto previsto no parágrafo 3º do art. 155 do código penal foge injustificadamente da tendência do atual pacto social. Basileu Garcia já criticava a imposição da pena corporal quando da possibilidade de imposição de penas pecuniárias a determinados casos ao dispor que *“Se por vezes se verifica ser o condenado indiferente aos efeitos da prisão, acontecendo mesmo habituar-se ao cárcere, nunca se acostuma a pagar ao Estado somas em dinheiro.”*¹⁹⁰

O que com isso se pretende não é a pregação do fim das penas, ao contrário, quer-se exigir do sistema repressivo a utilização adequada na seleção de bens jurídicos de que o Direito Penal deva se ocupar para garantir efetivamente a paz social. A utilização da via coercitiva penal para intimidar qualquer conduta social só faz enfraquecer o direito e estabelecer a sensação de impunidade. Carrara já apregoava que;

Frequentemente se confundiu a finalidade de um fato com a razão de sua legitimidade. Isso também sucedeu em relação à pena, e foi fonte de erros. Uma coisa é essencialmente distinta da outra. O estudo do princípio fundamental da pena leva a encontrar o critério essencial das ações delituosas, isto é, as condições que devam ser encontradas nas ações humanas, para que possam ser proibidas se que se caia em arbítrio.¹⁹¹

Com isso, nota-se a dissonância fundamental da racionalidade da modernidade com a exigível na pós-modernidade. O afastamento do mundo concreto exigido pela racionalidade cientificista torna o método como sendo o caráter de verificabilidade da verdade. O modelo formal analítico das ciências humanas cria perdoes de pureza, entretanto, num mundo ambivalente e plural a busca pela pureza à vista de um único olhar revela-se por demais autoritária.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 8.

¹⁹⁰ GARCIA, Basileu. Op. cit., p. 446.

¹⁹¹ CARRARA, Francesco. Op. cit., p. 73.

Busca-se através da Constituição Social o afastamento da sujeira que mina a verdade alcançada pela supressão do outro, já que vemos o ser humano como obstáculo para a organização do ambiente.¹⁹² A ideia da modernidade que descreve o mundo nascido do empirismo, via de regra, filho de deduções apressadas, acaba dando o suporte necessário para a construção de um modelo pretensamente asséptico, isento de paixões, próprias do mundo concreto e construtoras por excelência de ideais e ideologias. As ideologias veladas pelo empirismo cartesiano se mostram como premissas que sustentam verdades.

A pureza do modelo constitucional da pós-modernidade, e aqui entenda-se por pureza a completude dos preceitos constitucionais devidamente respeitados e aplicados sem supressão de sua legitimidade por normas infraconstitucionais, ainda que em alguma medida se revele por demais impura, promove gradativamente a busca pelo sistema perfeito a ser aplicado.

Como esclarece Bauman:

Cada ordem tem suas próprias desordens: cada modelo de pureza tem sua própria sujeira que precisa ser varrida. Mas numa ordem durável e resistente, que se reserve o futuro e envolva ainda, entre outros pré-requisitos, a proibição de mudança, até a ocupação de limpeza e varredura são partes da ordem. Pertencem à rotina diária e, como a rotina de tudo, tendem a repetir-se monotonamente, numa forma completamente transformada em hábito e que torna a reflexão redundante. O que alcança o nível da consciência e desperta a atenção não é tanto a rotina de eliminar a sujeira quanto prevenir uma não-habitual e fortuita *interrupção* da rotina. O cuidado com a pureza concentra-se não tanto no combate à “sujeira primária” quanto na luta contra a “metassujeira” – contra afrouxar ou negligenciar totalmente o esforço de manter as coisas como são...¹⁹³

Ao que parece, o Direito constitucional não pode ficar a mercê de estamentos penais que o contaminam. A urgência na purificação do sistema jurídico penal no Brasil se faz necessária e urgente, sob penal contaminação de todos os demais sistemas pela morosidade ou parcimônia em deixá-lo como está.

¹⁹² BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 15-25.

¹⁹³ Ibidem, p. 20.

CONCLUSÃO

Verificou-se no presente trabalho que a evolução histórica da humanidade percorreu vários caminhos, nos quais a racionalidade esteve sempre presente, levando em consideração as particularidades históricas, culturais e políticas de cada época. Considerando as propostas e objetivos introdutórios da presente dissertação, procurou-se aclarar de forma crítica os argumentos e fundamentos que levaram a burguesia a romper com o antigo regime e se ocuparem em influenciar definitivamente questões de Estado. Como demonstrado, todo período revolucionário serviu para romper com o sistema feudal decadente da Idade Média e acender as luzes para modernidade surgida a partir de evolução cientificista encampada pelo Iluminismo.

Na sua essência, a pesquisa procurou investigar os interesses das classes dominadoras na ocupação de posição de Estado e sua influência em promover leis que lhes assegurassem confortável meio de subsistência e acúmulo de riquezas, estabelecendo, por conseguinte, indiscutível separação, pelo uso da força, entre as classes favorecidas das mais vulneráveis; impondo, à última um sistema de controle social pelo qual esta se fez e se faz subordinada aos anseios dos detentores dos meios de produção. Tal processo teve início com as Revoluções oitocentistas e, desenfreadamente tem transcorrido séculos estando presente atualmente no cotidiano de países de modernidade tardia, como o Brasil.

A ocupação do poder se revelou egoísta tanto na monarquia absolutista como na democracia liberal burguesa e, da mesma forma, faz-se presente nos discursos de fundamentação do sistema coercitivo e de controle social da atualidade, apresentando inegável descompasso com o pacto social de 1988. A par disso, foi possível romper com os dogmas esboçados através das pouco ou nada libertárias e igualitárias declarações promovidas pelos revolucionários do século XVIII. Neste sentido discutiu-se a questão da igualdade e liberdade formal em franca oposição aos mesmos conceitos (princípios) esculpidos na Constituição atual e, diante da legislação penal infraconstitucional notou-se que tais questões na contemporaneidade, especialmente no que tange ao contexto da exclusão social, não foram suficientes para alcançar as pretensões pós-modernas de liberdade e igualdade substanciais.

Notadamente, a imposição de um comportamento “normal” pelo Estado moderno do controle social, valendo-se do meio intimidador e repressivo por meio de coação, capaz de disciplinar corpos indóceis, a fim de assegurar o normal desenvolvimento da burguesia, fez-se presente, sem grandes questionamentos, até às delações apontadas por Marx e seus sucessores. A partir daí verificou-se uma significativa mutação na racionalidade humana, objetivando corrigir o desequilíbrio até então existente. No Brasil, tais mudanças chegaram apenas quando da promulgação da Magna Carta Social e Democrática de 1988.

A pesquisa abordou ainda que traçar claras linhas divisórias entre o normal e o anormal, o ordenado e o caótico, o sadio e o doentio, o racional e o louco é tarefa do poder. Traçar essas linhas é denominar e tais denominações são resultantes de pré-conceitos que se estabelecem por força impositiva da lei e ordem.

Nesse sentido abordou-se a crise do direito penal brasileiro face às ideologias do novo diploma constitucional. A pesquisa revelou que desde a edição do código penal em 1940, vigente em plena ditadura militar e sob forte influência capitalista (burguesa), pouco ou nada foi feito para adequá-lo à nova sistemática neoconstitucional que preza, em grande medida, pela proteção dos direitos e garantias fundamentais em detrimento da proteção patrimonial até então festejada em larga escala pelos ocupantes das escalas produtivas e detentores do capital.

Buscou-se demonstrar que o legado deixado pela modernidade à pós-modernidade no que se refere às questões penais está intrinsecamente relacionado à subordinação daqueles menos favorecidos aos vivenciadores de vidas fartas. Que esta racionalidade não se adequa à nova ideologia constitucional que busca incansavelmente dia-a-dia assistir os menos favorecidos a fim de promover a real igualdade entre os seres humanos.

Demonstrou-se que o meio alçado pelas autoridades públicas formadoras de opinião e detentoras dos meios de decisão do Estado guarda íntima relação como todo o problema abordado na dissertação. De maneira que, em pleno século XXI, ainda se pretende fundamentar o direito de liberdade como sendo aqueles decididos pelas minorias como os ocupantes do Congresso, sem, com isso, se importarem com a individualidade multifacetada de cada membro social, com suas necessidades e particularidades.

Verificou-se, ainda, que a racionalidade penal do modelo atual não difere substancialmente do sistema moderno que apresenta, a partir de meados do século XIX e início do século XX, indiscutíveis, sinais de fraqueza e declínio, sendo necessárias urgentes e

novas posturas para validação dos argumentos apresentados pelo sistema punitivo aos albergados no modelo constitucional pós-moderno.

Nesse ponto, foi abordada a crise vivenciada pelo Direito Penal como um dos mecanismos estatais de controle social por não guardar compatibilidade com o Direito Constitucional vigente. Desse modo, buscou-se demonstrar que “o que se é” na pós-modernidade deixou de ser uma pergunta simples para a qual se pode encontrar uma resposta fácil. O indivíduo pós-moderno é um ser cosmopolita cuja racionalidade deriva e é constantemente influenciada pelas várias culturas, na medida em que ocupa muitos lugares no mundo, havendo, dentre os membros de cada sociedade comportamentos díspares e contraditórios entre si, a fim de satisfazer às exigências de seu tempo, questão que beira à sobrevivência material, econômica, social, psicológica, educacional com a qual se comprometeu a Constituição de 1988.

Comprovou-se que a busca pela legitimidade do direito penal se faz inevitavelmente passar pelos dispositivos constitucionais que o sucedem, sob pena de sua total ilegitimidade, quando confrontado com a Carta Social. Um Estado de Direito Social e Democrático, de caráter necessariamente pluralista, no qual se tenha operado a laicização ou secularização do direito penal e de seus instrumentos, orienta-se pelo critério da descriminação das condutas sem expressão de lesividade para os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico repressor. Até porque, em aparente contradição, só por esta forma poderá ser questionada sua legitimidade, só poderá assim obter ressonância ético-social.

A pesquisa revelou dois problemas fundamentais, o primeiro diz respeito à prevenção. Nestas condições, se o homem está fatalmente determinado a cometer crimes, a sociedade está igualmente determinada – através do Estado – a reagir em defesa da conservação de seus membros, como qualquer outro organismo vivo, contra os ataques às suas condições normais de existência. Contudo, em tais defesas o agressor não deve ser visto como inimigo e sim como um membro do Estado, carente de iguais oportunidades e condições mínimas de subsistência. O outro problema, e talvez o mais grave, está na ilegitimidade do sistema punitivo por não guardar, ainda que minimamente, compatibilidade com a Constituição. Enquanto o sistema penal visa unicamente à punição, a Constituição busca na defesa da sociedade contra a criminalidade a prevenção e esta deve ocupar o lugar central da problemática examinada, porque ser muito mais eficaz que a repressão.

Diversos obstáculos tiveram que ser transpostos para conclusão dessa pesquisa. A escassez de literatura crítica sobre o tema foi um dos maiores problemas enfrentados, afinal, são poucos os que levantam a voz para denunciar os desmandos autoritários do Estado, a maioria cuida em reproduzir pacificamente o discurso da lei e da ordem como a solução para delinquência, sem com isso, investigar os fundamentos norteadores da racionalidade neoconstitucional. De outra parte, elementos vagos e imprecisos tratados de forma divergente pela doutrina e ciência, tais como neoconstitucionalismo, modernidade e pós-modernidade foram barreiras para se chegar às conclusões acima expressadas.

Embora se tenha buscado denunciar os desmandes do Estado absolutista de veias capitalistas de dominação do proletariado, não temos soluções pacíficas para todos os problemas enfrentados. Sabemos sim que a única matriz legítima de construção de todo e qualquer instrumento de controle social impedindo que ele se subverta em domínio de exploração é a Constituição. O Controle social é necessário, desde de que não se converta em exploração social.

Se por um lado não dispomos de resposta única para solução dos problemas ventilados, temos como certo porém que somente a aproximação do direito penal com a Constituição não bastaria para saná-los. Talvez fosse o momento de refletirmos sobre o que sugeriu Noronha e dispensarmos esforços na elaboração de um novo Código Penal.

REFERÊNCIAS

AIANNONE, Roberto Antonio. *A revolução Industrial*. São Paulo: Moderna, 1992.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal (Biblioteca de Ciências Sociais), 1976.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. rev. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2010.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005. p. 127.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./mai. p. 1-46, 2007.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *Novas tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000.

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexes frankfurtianas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.
- BRAGA, Marco. *et. al. Lavoisier e a ciência no iluminismo*. 2. ed. São Paulo: Atual, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1957.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. Tradução de Ruth M. Klaus. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2004.
- FALCONI, Romeu. *Lineamentos de direito penal*. São Paulo: Ícone, 1994.
- FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro: decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Vol.II. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.
- FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Das penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. (Orgs.) *História do direito em perspectiva*. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Biblioteca de História do Direito, Coordenada por Ricardo Marcelo Fonseca. 2. ed. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

FOUCAULT, Michael. *Microfísica do poder*. Organização e Tradução de Roberto Machado. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2005.

FOUCAULT, Michael. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977/1978)*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e punir*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GADMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Vol. I, Tomo I. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1975.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HESSE, Konrad. *A forma normativa da constituição* (Die Normative Kraft Der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou material, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Vol. I. Tomo 2 - Art. 11 a 27. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coiombra: Almeda, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos SA, 1962.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de Sebastião José Roque. Coleção Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone, 2007.

MARX, Karl. *Teoria da mais-valia: história crítica do pensamento econômico: livro 4 de O Capital*. Vol. I. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 2. ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 1987.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Vol. III – Investigação científica e política jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

NASCIMENTO, Milton Meira do; NASCIMENTO, Maria das Graças S. *História em movimento*. Iluminismo a revolução das luzes. 10. impres. São Paulo: Ática, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Vol. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro De Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho Editora, 1932.

SMANIO, Ginpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrinuevo. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito capitalista*. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecányi e Tomás J. M. K. Szmrecsányi. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ZAFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Disponível em: <<http://www.elysee.fr/president/la-presidence/les-symboles-de-la-republique-francaise/liberte-egalite-fraternite/liberte-egalite-fraternite.639.html>>. Acesso em: 17 out. 2011.

FICHA CATALOGRÁFICA

C355e	<p>CASTRO, Wellington Clair de. A ilegitimidade do direito penal - análise do problema fundamental do direito penal frente à Constituição Social Democrática de 1988/Wellington Clair de Castro. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2012. 88f</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Edson Viera da Silva Filho Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Direito penal. 2. Modernidade. 3. Pós-modernidade. 4. Constituição Social e Democrática de 1988. 5. Racionalidade. I. Silva Filho, Édson Vieira. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU 340</p>
-------	--