

**Do sistema de controle social moderno
ao sistema de garantias constitucionais
contemporâneo: o direito penal como
instrumento de dominação e gestão da
ordem ou protetor de direitos
fundamentais**

EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação e da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Vice-Presidente da Fundação Sul Mineira de Ensino - FSME. Pós-Doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutor em Direito da Universidade Estácio de Sá - UNESA. Mestre em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Advogado.

BRUNA GOMES MÜLLER

Acadêmica da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Membro do Grupo de Pesquisa Razão Crítica e Justiça Penal da FDSM.

ALLAN ROVANI

Acadêmica da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Membro do Grupo de Pesquisa Razão Crítica e Justiça Penal da FDSM.

Resumo: O tema central está inserido na linha de pesquisa da efetividade dos direitos fundamentais sociais no cenário democrático contemporâneo brasileiro, especificamente no que diz respeito à garantia democrática da tolerância e necessidade de contenção penal, com problemática geral direcionada à análise epistemológica das correntes criminológicas críticas do direito penal e seus reflexos no entendimento da manutenção da ordem social no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio do método de pesquisa qualitativo direcionado à bibliografia ao final enumerada, o tema

tem seu desenvolvimento passando por dois tópicos fundamentais: dos discursos e modelos penais modernos perpetuados até hoje, à questão do advento da ordem constitucional democrática e seus mandamentos. Utilizados diversos autores críticos ao direito penal e aos processos de criminalização, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista e Alessandro Baratta são os referenciais teóricos fundamentais para desenvolvimento e conclusão da reflexão.

Palavras-chaves: modernidade penal - criminologia crítica - direito penal constitucional

Abstract: The central theme is inserted in the research line of the effectiveness of fundamental social rights in the Brazilian contemporary democratic scenario, specifically with regard to the democratic gua-

rantee of tolerance and the necessity of criminal restraint, with general problematic directed to the epistemological analysis of the schools of critical criminology of criminal law and its reflexes in the understanding of the maintenance of the social order in the Brazilian legal system. Through the method of qualitative research directed to the bibliography enumerated at the end, the theme has its development going through two fundamental topics: of modern penal reasoning and models perpetuated until today, to the question of the advent of the democratic constitutional order and its commandments. Various authors who criticize criminal law and the processes of criminalization were used, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista and Alessandro Baratta, are the fundamental theoretical references for the development and conclusion of the reflection.

Keywords: criminal modernity - critical criminology - constitutional criminal Law

Introdução

Pelas correntes da criminologia alinhadas ao materialismo histórico, como aquelas produzidas por Alessandro Baratta, Eugenio Raúl Zaffaroni, dentre outros, muitas são as críticas em relação às agências protetoras de controle social, responsáveis pelos processos de criminalização sistemas penais, quanto à seleção e criminalização seletiva que produzem, desde a modernidade.

A virada da modernidade é marcada pelas promessas que a fundaram e cumpridas não foram – a igualdade, liberdade e principalmente a fraternidade. Na construção de um modelo penal democrático que faça correspondência ao constitucionalis-

mo contemporâneo, Lenio Streck defende o papel fundamental da doutrina na produção de um “constrangimento epistemológico” que faça ser possível por em prática o que há muito foi prometido. É possível, nesse sentido, promover um resgate que faça da tolerância a matriz de um modelo de garantia penal, sobretudo eliminando os resquícios modernos de seleção de uma clientela de preferência para a criminalização. Só uma nova discussão do modelo penal, a partir de suas raízes, pode apontar para uma prática constitucionalmente protegida por garantias individuais e coletivas.

Para essa discussão, a criminologia crítica traz contribuições fundamentais, começando pela compreensão dos motivos que levam à criminalização, como mecanismo de proteção de valores sociais extraídos da sociedade civil, mas também como um projeto de dominação muito

próprio da racionalidade moderna – liberal individual e burguesa. Por essa razão, Alessandro Baratta é o grande marco teórico, sendo ainda utilizados os trabalhos de Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista em lógica de complementaridade.

1. Discursos e modelos penais nascidos de valores sociais da modernidade até hoje. O modelo ideal e a objetificação a boa gestão da ordem.

O conceito de racionalidade penal moderna (RPM) vem sendo desenvolvido por Álvaro Penna Pires desde a década de 90. Segundo esse autor:

o conceito de racionalidade penal comporta dois sentidos. Num sentido teórico e formal, indica simplesmente um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e assim se autodistingue

dos outros sistemas, mas que para ser relativamente autônomo não precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum (fisiológicos, por exemplo). Num sentido empírico e descritivo, designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico. Assim, qualifico como *moderna* essa forma de racionalidade penal que se construiu no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII. Assinale-se que um tal sistema de pensamento jamais é inteiramente determinado por uma causalidade material externa (transformações na sociedade): a justiça penal produz o seu próprio sistema de pensamento na medida em que se constitui como um subsistema do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia *no interior* do direito. Dessa maneira, o direito penal moderno será construído e perce-

bido como um subsistema jurídico com identidade própria.¹

A RPM representa um sistema de pensamento fechado que tem como cenário a clivagem entre o direito criminal, de um lado, e o direito civil e administrativo, de outro. Esse sistema de pensamento é constituído pelas teorias modernas da pena criminal:

- Teoria Retributiva da Pena – nessa teoria, a pena é concebida como um mal, e essa pena, de algum modo, visa contrapor outro mal que é o crime. Os principais defensores da teoria retributiva da pena são Imma-

¹ PIRES, Álvaro Penna. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. 2004, p.40. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

Immanuel Kant, Friedrich Hegel e Karl Binding;

- Teoria Utilitarista da Dissuasão (ou da correção moral pelo castigo e pela disciplina) - nessa teoria, também conhecida como teoria utilitarista clássica da pena criminal (Cesare Beccaria,² Jeremy Bentham), o objetivo da pena é a dissuasão;
- Teoria da Denúnciação (Teoria do Sofrimento Simbólico ou Teoria da Prevenção Positiva) - segundo essa teoria, o objetivo da pena é demonstrar publicamente que determinado tipo de comportamento é socialmente inaceitável; e

² Beccaria, na sua obra “*Dos Delitos e das Penas*”, pode ser considerado o fundador da racionalidade penal moderna.

- Teoria da Reabilitação Carceral - segundo essa teoria, a função da pena é impedir que, no futuro, o infrator volte a praticar um dano, o que será alcançado por meio de um programa positivo de intervenção (educacional, profissional ou terapêutico). A pena, não se justifica unicamente pela obrigação de punir o culpado, mas também pela possibilidade de reabilitá-lo.

A teoria retributiva da pena baseia-se em uma ética retributivista, enquanto as demais são compreendidas como éticas utilitaristas.³

³ PIRES, Álvaro Penna. *La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle*. In: *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*.

Da teoria da racionalidade [penal] moderna, duas coisas são fundamentais. A primeira delas é a verificação de que o processo de construção das nossas formas presentes de lidar oficialmente com a punição é produto de um certo desenvolvimento de saberes teóricos que impactam o fundamento substantivo daquilo que é nosso atual direito penal. Nesse sentido, a teoria de Pires está em acordo com a tese de Foucault sobre a construção do saber que fundamenta a sociedade disciplinar. [...] A segunda é a percepção de que as teorias da pena que hoje tratamos como adversárias alimentam-se reciprocamente e fundamentam a construção da racionalidade penal moderna como um subsistema de pensamento.⁴

Perspectives Criminologiques. Ottawa, Les Presses de L'Université d'Ottawa, 1998.

⁴ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A Teoria Penal de P. J. A. Feuerbach e os Juristas Brasileiros do*

A RPM está de tal maneira naturalizada no interior do sistema de Direito Penal e da reflexão ali produzida que acaba dificultando o surgimento de formas alternativas de pensar o funcionamento e as respostas do sistema penal. Ou seja, elas funcionam, em muitos casos, como “obstáculos epistemológicos” que impedem a inovação.⁵

Nas palavras de Pires:

Século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, USP, 2008, p. 48-49.

⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Punição, Culpa e Comunicação: é possível superar a necessidade de infligção de sofrimento no debate teórico sobre a pena?*. In: MACHADO, Marta Rodrigues de Assis e PÜSCHEL, Flávia Portella (orgs.). *Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, FGV Direito SP, 2016, p. 255.

os discursos contemporâneos sobre a reforma do direito penal são ainda fundamentalmente marcados por certos conhecimentos e concepções da modernidade. Ora, esses “conhecimentos”, independentemente de sua contribuição para a evolução de nossa cultura jurídica em geral, tornam-se hoje verdadeiros obstáculos “mentais” a uma mutação do direito: agem como sistemas de pensamento, que nos impedem de sair de uma certa rotina e de um certo espaço fechado que nós mesmos construímos e que agora nos sufocam.⁶

A ideia da modernidade está intimamente atrelada à ideia de racionalização. Apesar de ter proporcionado o “progres-

⁶ PIRES, Álvaro Penna. *Alguns Obstáculos a uma Mutação “Humanista” do Direito Penal*. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 1, nº 1, jan-jun 1999, p.65.

so” material da sociedade moderna, o racionalismo ocidental acabou promovendo o aviltamento da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, principalmente, ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos em meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnicas de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação). A alienação, a coisificação e a massificação se tornaram patologias de uma modernidade em colapso.⁷

Na área do direito penal, o modelo “ideal” proposto pela racionalidade penal

⁷ FRAGA, Ivana de Oliveira. *Coisificação do Humano como Herança da Modernidade*. In: XIX Conpedi, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Conpedi, 2010, p. 690.

moderna objetifica/coisifica os indivíduos em busca de uma boa gestão da ordem (ou gestão de uma boa ordem) e tem colocado barreiras, quase intransponíveis, para uma mudança de paradigma, que possibilite a construção de um novo homem e de uma nova sociedade.

2. A questão da tolerância e a contenção no estado democrático de direito: a vontade geral e a proteção de direitos fundamentais.

Tanto na vertente abolicionista, quanto na vertente minimalista, tem sofisticada razão a criminologia crítica quando percebe a dificuldade em lidar com o problema da tolerância ao diferente, fruto de uma pluralidade de valores⁸ abrangidos

⁸ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade*

pela sociedade contemporânea. Com fundamento nessa pluralidade axiológica e na impossibilidade de construção do mundo concreto pela razão do “dever ser”, como pretendido pelas correntes modernas gestoras da boa ordem,⁹ o caminho proposto por ambas as correntes passa pela superação das práticas criminais etiológicas essencialmente modernas,¹⁰ fazendo incorporar às políticas criminais os princípios mínimos para garantia de um direito penal voltado aos direitos fundamentais.

recente. Trad. Renato Aguiar. 3. rei. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 150.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 615.

¹⁰ BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 40

Conforme demonstram as várias interpretações do direito penal brasileiro,¹¹ a Constituição de 1988 trouxe, como base mínima de direção, direitos individuais e sociais que pautam um norte do qual o Estado não pode se distanciar quando da implantação de suas políticas criminais – um paradigma ligado à pessoa de direito. Em outras palavras, a estruturação de uma política criminal¹² é orientada pelo momento político vivido pelo Estado que a promove, sendo demonstrando que a Constituição de 1988, em um sentido deontológico,¹³ edificou seu direito penal seguindo a

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 43.

¹² Ibidem. p. 42.

¹³ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

necessidade democrática que lhe era exigida quando de sua promulgação.

É importante deixar nítido a relação de correspondência que deve existir entre as exigências de democracia, que, como aponta Salo de Carvalho, é variável no tempo¹⁴ e as necessidades de contenção. Não obstante as direções mínimas que a Constituição trouxe, existe a inegociável necessidade de contenção de desvios, que podem variar do insustentável (anomia) a um patamar de normalidade,¹⁵ conforme o que afirmou Robert Merton.¹⁶ O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu um equilíbrio em seu discurso, conforme as propôs-

¹⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205.

¹⁵ BARATTA, A. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 126.

tas da Criminologia Crítica,¹⁷ aliando a inafastabilidade da contenção à necessidade de respeitar o espaço democrático. Como afirma Baratta,¹⁸ a criminologia crítica propõe que, antes de uma contenção penal, exista uma política criminal de transformação social e institucional: “a verdadeira política criminal seria, pois, uma política de radicais transformações sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade de democracia”.¹⁹ São vastas, na Constituição, as disposições normativas que obrigam a mesma direção a ser seguida pelo Estado, a exemplo do artigo terceiro.

Por mais a doutrina penal e a criminologia demonstrem as bases constitucionais para a redução do arbítrio estatal no

¹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 304.

¹⁸ BARATTA, A. *Op. cit.*, p. 201.

¹⁹ *Ibidem*. p. 304.

ius puniendi, há de se considerar o problema do clamor social e construção da vontade geral que, apoiados em anúncios²⁰ de um falso sucesso de uma cultura de punição,²¹ acabam se posicionando contra direitos fundamentais e contra o limite ao direito de limitar do Estado, em um *fascínio* em clamar pelo direito penal, como define Salo de Carvalho.²² Os limites da intervenção penal estão no plano discursivo e são definidos democraticamente na perspectiva constitucional, sendo que, a partir dessa perspectiva, são adotadas polí-

²⁰ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 38.

²¹ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. 3. reï. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 181.

²² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 240.

ticas criminais que limitam os atores da prática, não sendo eficaz, o plano discursivo, à garantia de direitos fundamentais, se para cada intérprete, ou para o clamor social, existir um limite.

Nilo Batista propõe uma reflexão nesse sentido: segundo o autor, a mera menção da existência do princípio da legalidade (plano discursivo) de nada vale se for apenas mencionado, já que “o autoritarismo, de direito ou de esquerda, quer ter um homem inerte e indefeso, sozinho numa praça abandonada, diante de seus tanques ou de seus tribunais”²³ (prática).

Conclusão

²³ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 104.

A racionalidade penal moderna, sobre a qual se levantou um projeto social de objetificação do ser antropocêntrico, precisou, para manutenção desse projeto, estabelecer um controle rígido pelo direito, fazendo do homem dócil e útil o modelo que idealmente poderia participar na *correção do mundo concreto*. Para tanto, a racionalização desempenhou o papel de aviltamento da condição humana, de forma que o homem dócil e útil fosse o centro da força de trabalho, consumo e de alienação política.

Por se tratar da era herdeira das luzes, não bastou somente exercer um controle penal desprovido de qualquer fundamentação racional, sendo criadas várias justificativas para a aplicação de uma pena ao homem indócil: a ideia de retribuição pelo mal causado ao tecido social; a dissuasão, onde o indócil poderia entender a sua “importância” enquanto força de tra-

balho que mantém o projeto social funcionando; a denúncia, que fazia da pena um arauto do caminho correto a ser seguido pelos ainda dóceis; e, ainda, a reabilitação do indócil para futuramente volte a servir ao projeto civilizatório.

Não obstante a racionalidade penal moderna perdurar na criminologia na forma de sustentação de discursos maximalistas e de intolerância, a criminologia crítica de Alessandro Baratta traz, em sua sustentação inicial, a necessidade de se superar tal racionalidade e promover um direito penal que parte da tolerância e da proteção de direitos fundamentais para então erguer um sistema penal adequado ao paradigma dos estados democráticos de direito.

Partindo dessa inversão na construção do direito penal, torna-se possível conciliar a necessidade de mínima contenção social e a garantia de respeito à demo-

cracia. A tarefa se complica quando o direito penal não parte de uma construção sólida e a cada “canto da sereia” se amolda ao fascínio por punição que surge das falsas propagandas feitas pelas “milagrosas” políticas de tolerância zero. Entretanto, está na Constituição Federal de 1988 o caminho proposto alinhado à criminologia crítica de Alessandro Baratta, sendo, por meio dela, possível fazer tal conciliação quando a política criminal de transformação social e institucional preterir a necessidade de contenção desenfreada.

Bibliografia

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

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAGA, Ivana de Oliveira. Coisificação do Humano como Herança da Modernidade. In: *XIX Conpedi*, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Conpedi, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Punição, Culpa e Comunicação: é possível superar a necessidade de inflição de*

sofrimento no debate teórico sobre a pena?. In: MACHADO, Marta Rodrigues de Assis e PÜSCHEL, Flávia Portella (orgs.). *Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, FGV Direito SP, 2016.

PIRES, Álvaro Penna. Alguns Obstáculos a uma Mutação “Humanista” do Direito Penal. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 1, nº 1, jan-jun 1999.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. 2004, p.40. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

_____. *La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle*. In: *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Perspectives Criminologiques.

Ottawa, Les Presses de L'Université d'Ottawa, 1998.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A Teoria Penal de P. J. A. Feuerbach e os Juristas Brasileiros do Século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, USP, 2008.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. 3. rei. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Data de recebimento: 26/09/2018

Data de aprovação: 01/12/2018