



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CLEIFSON DIAS PEREIRA

AS ENTRANHAS DO LEVIATÃ:
POLÍTICA CRIMINAL, BIOPOLÍTICA E GENOCÍDIO NO BRASIL

Salvador
2015

CLEIFSON DIAS PEREIRA

**AS ENTRANHAS DO LEVIATÃ:
POLÍTICA CRIMINAL, BIOPOLÍTICA E GENOCÍDIO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado.

Salvador
2015

P436 Pereira, Cleifson Dias,

As entranhas do leviatã: política criminal, biopolítica e genocídio no Brasil / por Cleifson Dias Pereira. – 2015.
155 f.

Orientadora: Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

1. Biopolítica-Brasil. 2. Genocídio-Brasil. 3. Políticas públicas-Brasil. I. Foucault, Michel. II. Universidade Federal da Bahia

CDD- 345.02

CLEIFSON DIAS PEREIRA

**AS ENTRANHAS DO LEVIATÃ:
POLÍTICA CRIMINAL, BIOPOLÍTICA E GENOCÍDIO NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Público, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 16 de outubro de 2015.

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado – Orientadora
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Paulo de Souza Queiroz
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

A
Célia Dias, início de tudo,
Lara Dias, finalidade de tudo,
e Jovino Ferreira (*in memoriam*),
pelo amor e pelo exemplo.

AGRADECIMENTOS

“Ter alguém para te ajudar não significa que você falhou, significa que você não está sozinho.”

Durante muito tempo eu ouvi dizer que a universidade não era lugar para negros. Durante muito tempo eu ouvi dizer que o curso de direito não era para negros. Durante muito tempo eu ouvi dizer que a pós-graduação em direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA) – ademais o único programa de pós-graduação *stricto sensu* em direito no estado da Bahia –, ou simplesmente o mestrado, não era para negros. A gente leva uma vida inteira, às vezes, ouvindo “nãos” e que não podemos, chega um momento que a gente começa a acreditar, mas isso não aconteceu comigo. Tinha muita gente, e mesmo “*Aquelas* que eu não podia ver” ao meu lado, me apoiando contra essas “falsas ideias”.

“Falsas ideias”, que embora sejam falsas se apresentam para além das ideias, constituindo-se em realidades empíricas cruéis e indisfarçáveis. Quanto à “falsa ideia” de que “a Universidade não é lugar para negros”, no ano de 1997 quando fiz o meu primeiro vestibular, para acessar o ensino superior, menos de 2% das pessoas que saíam das universidades brasileiras eram negras. Quanto à “falsa ideia” de que “o curso de direito não é para negros”, não somente nós negros sempre ouvimos isso, mesmo em nossas casas, mesmo de pessoas que amamos, mas com a nossa presença nesses espaços, é essa a realidade que encaramos, a presença de uma minoria numérica quase invisível e silenciosa. Quanto à “falsa ideia” de que “o mestrado na UFBA não é para negros”, olhemos à nossa volta, corramos os corredores desta Faculdade, abramos as portas da graduação e da pós-graduação. E essas proibições, Senhoras e Senhores juristas e não juristas, não se encontram escritas em lugar nenhum; isso o normativismo não explica. Será que são falsas ideias mesmo?!

Obrigado a todas e todos que me ajudaram a suportar esta realidade e contrariar estas falsas ideias, ou não.

Inicialmente, eu gostaria de fazer uma menção espiritual e agradecer aos meus Orixás e a minha família de Asè que sustentam o meu espírito e a minha fé.

Aos movimentos sociais que atravessaram o meu caminho e me ensinaram a enxergar o Outro.

Um salve e um muito obrigado aos muitos grupos de *rap* e *rappers*, pelas aulas de criminologia e política criminal que constituem o espírito destes escritos.

A minha trajetória na Faculdade de Direito da UFBA me mostrou que uma boa instituição se faz mais do que “de madeira ou pedra”, se faz de pessoas, e foi o olhar de cada um e cada uma dessas pessoas que me ajudou a prosseguir: a troca de um “bom-dia” nos corredores enquanto eu passava e alguém cuidava do meu caminho; no estacionamento quando eu sempre encontrava alguém que facilitava o meu acesso, em cada canto da instituição havia ali uma pessoa querida, e na lanchonete onde passei momentos incríveis, de carinho, de cuidado e, sobretudo, de confiança, por todas e todos: obrigado a Tici e a Nanda.

Quero agradecer pelo apoio à minha orientadora, a professora Dra. Alessandra Prado; um amigo e mestre que se apresentou nesta minha trajetória, professor Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello; institucionalmente a amizade e atenção do professor Dr. Ricardo Maurício foi indispensável; toda a secretaria do PPGD nas pessoas de Luíza e Pedro, obrigado!

No início desta trajetória estive ao meu lado uma pessoa importante que apoiou a minha decisão e suportou as intempéries de todo começo, inclusive dando suporte acadêmico, obrigado Jessica Santos!

As turbulências da vida nos levam a encontros incríveis, ainda que em situações que apenas nos ensinam através do sofrimento, e a ajuda de algumas pessoas nesses encontros faz com que possamos segurar a onda. Obrigado, Moema Niella, Gabriela Ramos, Maria Inês Barbosa, Humberto Brown, Daza Moreira, Angélica Moreira, meu tio Néó, Andréa Mércia, Cássia Maciel, Maristela Barbosa e Ivonei Pires.

A vida acadêmica teria sido muito menos interessante e proveitosa sem vocês: Jailson Oliveira e Gabriela Barbosa.

Agradeço à Secretaria de Promoção da Igualdade Racial (SEPROMI) do estado da Bahia, e ao Centro de Referência de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa Nelson Mandela, este último o espaço onde desenvolvo o meu trabalho como advogado e me deparo com violências raciais inomináveis.

Algumas pessoas inspiram a nossa trajetória e merecem o nosso muito obrigado: Luiza Bairro, Samuel Vida, Paulo Queiroz, Marcilene de Souza e Saskia Lopes, pessoas que tenho o grande prazer de poder chamar de amigas e amigos.

A trajetória profissional nos aproximou, a amizade nos uniu definitivamente; por gestos indizíveis, este trabalho também é seu, Ataíde Oliveira.

Algumas pessoas se aproximam da gente e se tornam irmãos; Júlio Rocha, essa foi só a primeira barreira, temos muito a caminhar juntos.

Enfim, existem apoios que se não nos parecem indispensáveis nós temos a convicção de que sem eles nós não chegaríamos, e eu tive a sorte de ter um apoio dessa natureza na reta final e que me deu toda a condição de escrever, um apoio autoral, um apoio de amor. Camila Garcez, nosso trabalho é este aqui, valeu!

E que todo este espaço em branco que segue seja suficiente para lembrar os eventualmente ausentes, obrigado! ☺

“No sentido mais amplo do progresso do pensamento, o esclarecimento tem perseguido sempre o objetivo de livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores. Mas a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal.”

(ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 17)

“A racionalidade é o que programa e orienta o conjunto da conduta humana. Há uma lógica tanto nas instituições quanto na conduta dos indivíduos e nas relações políticas. Há uma racionalidade mesma nas formas as mais violentas. O mais perigoso, na violência, é sua racionalidade. É claro que a violência é, nela mesma, terrível. Mas a violência encontra a sua ancoragem mais profunda e extrai sua permanência da forma de racionalidade que utilizamos. Pretendeu-se que, se vivêssemos em um mundo de razão, poderíamos nos livrar da violência. Isso é inteiramente falso. Entre a violência e a racionalidade não há incompatibilidade.”

(FOUCAULT, 2003, p. 319)

“Toda a práxis jurídica é uma *técnica decisória* politicamente funcional.”

(MÜLLER, 1995, p. 7, grifo do autor)

[Fala de uma criança, com cerca de 8 anos:]

"Comecei usar pra esquecer dos problemas.

Fugi de casa,

Meu pai chegava bêbado e me batia muito.

Eu queria sair dessa vida.

Meu sonho?!

É estudar, ter uma casa e uma família.

Se eu fosse mágico?!

Não existia droga, nem fome e nem polícia."

[...]

[Reflexão do interprete (Edy Rock):]

Rezei pra um moleque que pediu:

‘Qualquer trocado, qualquer moeda, me ajuda tio?!’

“Pra mim não faz falta, uma moeda não neguei.

E não quero saber, o quê que pega se eu errei.

Independente, a minha parte eu fiz:

Tirei um sorriso ingênuo, fiquei um terço feliz.

Se diz que moleque de rua rouba.

O governo, a polícia, no Brasil quem não rouba?

Ele só não tem diploma pra roubar.

Ele não se esconde atrás de uma farda suja.

É tudo uma questão de reflexão, irmão,

É uma questão de pensar.”

(EDY ROCK, Mágico de Oz, Faixa 10)

PEREIRA, Cleifson Dias. **As entranhas do Leviatã: Política criminal, Biopolítica e Genocídio no Brasil**. 155f. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

RESUMO

O presente trabalho possui a natureza de uma pesquisa teórica, eminentemente analítica e histórica, que tem como objeto a noção de política criminal no contexto biopolítico neoliberal no Brasil. Com isso, pretende constatar a condição instrumental do sistema penal para a realização de quaisquer projetos de poder, bem como apresentar possibilidades alternativas para a consecução de um sistema político emancipatório, considerando o uso de políticas públicas afirmativas na elaboração de uma política integral de defesa de direitos na esfera dos conflitos sociais. E a partir, prioritariamente, das análises de Michel Foucault acerca da história das prisões, passando por considerações acerca da constituição e análise das ciências criminais, notadamente, das disciplinas dogmática jurídico-penal, criminologia e política criminal, analisa modelos político-criminais, e chega ao garantismo penal como uma proposta de racionalidade emancipatória político-criminal dos sistemas penais na contemporaneidade. Em seguida, avalia o contexto biopolítico neoliberal e a forma como a política criminal se dá na conjuntura nacional, considerando como uma consequência da realidade do racismo estrutural da sociedade brasileira, o genocídio da população negra. Desta forma, apresenta estratégias de políticas públicas que viabilizem a elaboração de uma política integral de defesa dos direitos considerando as reflexões de Alessandro Baratta e Michel Foucault. E fazendo uso de uma metodologia de abordagem qualitativa, histórica e exploratória, conclui pela necessidade da compreensão da política criminal como mais um capítulo da política em geral, conducente à utilização de políticas públicas afirmativas para a emancipação social brasileira, inclusive diante das políticas de segurança.

Palavras-chave: Michel Foucault. Política criminal. Biopolítica. Genocídio. Política pública alternativa.

PEREIRA, Cleifson Dias. **The Entrails of Leviathan: criminal policy, biopolitics and genocide in Brazil**. 155f. 2015. Master Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

ABSTRACT

This work has the nature of a theoretical research, highly analytical and historical, which has as its object the criminal policy of the neoliberal notion bio-political context in Brazil. This is intended to verify the instrumental condition of the penal system to carry out any power projects as well as provide alternative possibilities for achieving an emancipatory political system, considering the use of affirmative public policies in developing a comprehensive policy of defense of rights in the sphere of social conflicts. And from giving priority to Michel Foucault's analysis about the history of prisons, through considerations about the constitution and analysis of criminal science, in particular, of the criminal legal dogmatic disciplines, criminology and criminal policy, analyzes political-criminal models, and comes to criminal garantismo as a proposal for political and criminal emancipatory rationality of penal systems nowadays. Then evaluates the neoliberal bio-political context and how the criminal policy takes place in the national situation, considering as a consequence of the reality of structural racism in Brazilian society, the genocide of the black population. Thus, present public policy strategies that enable the development of a comprehensive policy for the protection of the rights considering the reflections of Alessandro Baratta and Michel Foucault. And making use of a methodology of qualitative approach, historical and exploratory, concluded the need of understanding the criminal policy as another chapter of politics in general, leading to the use of affirmative public policies for the Brazilian social emancipation, including on security policy.

Key Words: Michel Foucault. Criminal policy. Biopolitics. Genocide. Alternative public policy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	CONSTITUIÇÃO E ANÁLISE DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS	17
2.1	CAPITALISMO HISTÓRICO E A ORIGEM DO SISTEMA PENAL MODERNO	19
2.1.1	O capitalismo histórico e as artes de governar	20
2.1.2	Mercantilismo e encarceramento	26
2.1.3	O século XIX e a origem do sistema penal moderno	33
2.2	DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL: (DIS)JUNÇÕES DE UM SISTEMA INTEGRADO	39
2.2.1	Os passos da dogmática jurídico-penal	40
2.2.2	Faces da Criminologia	47
2.2.7	Política criminal como disciplina autônoma	53
3	POLÍTICA CRIMINAL E GARANTISMO	60
3.1	MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL: IDENTIFICAÇÃO A PARTIR DE PROPOSTAS SISTEMÁTICAS	62
3.1.1	O modelo misto Estado-Sociedade Liberal	63
3.1.2	Os modelos puramente estatais autoritários e totalitários	69
3.1.3	Os modelos societários	76
3.2	CONTEMPORANEIDADE POLÍTICO-CRIMINAL: A DUPLA ABERTURA DA POLÍTICA CRIMINAL AO NEOCONSTITUCIONALISMO E AO NEOLIBERALISMO ,.....	82
3.2.1	Sistema penal e neoconstitucionalismo	83
3.2.2	Contemporaneidade garantista: sentido e alcance	90
3.2.3	Política criminal e garantismo neoliberal	96
4	BIOPOLÍTICA E ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINAIS	103
4.1	A CULTURA DO CONTROLE OU A ARTE DE DOCILIZAR CORPOS	105
4.1.1	Da razão de Estado ao biopoder: o nascimento da biopolítica	106
3.1.2	Biopolítica e eficientismo penal: faces político-criminais contemporâneas ...	112
4.1.3	Globalização, biopolítica e direitos humanos	119
4.2	A NEGAÇÃO DO ADESTRAMENTO OU POR UMA CIDADANIA PLENA NO BRASIL: MAZELAS E ALTERNATIVAS	125

4.2.1	<i>E os Camburão O Que São? Negreiros a Retraficar: racismo institucional e genocídio: faces da política criminal brasileira</i>	126
4.2.2	O direito a ter direitos: o modelo das políticas públicas afirmativas e as alternativas à política criminal no Brasil	133
4.2.3	Por uma política integral de defesa dos direitos na esfera dos conflitos sociais	139
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
	REFERÊNCIAS	150

1 INTRODUÇÃO

Este estudo, que pela sua natureza não guarda características de ineditismo, trata de relações entre disciplinas genealógicamente imbricadas: a política e o direito. E na esteira de desenvolvimento da filosofia moderna, que tanto influencia as reflexões na contemporaneidade, desde ao menos o século XVIII, soubemos através das reflexões de Immanuel Kant, na sua antropologia, que o direito é uma animação da política; e trazendo um ajuste entre opostos, talvez o filósofo de Königsberg não discordasse da afirmação que Friedrich Nietzsche nos traz na sua *genealogia da moral*, quanto à justiça ser *um acordo entre poderosos mais ou menos iguais*.

Na realidade social brasileira, especialmente naquilo que se refere à política criminal que nos orienta, chama atenção o número sempre crescente da mortalidade nas ações policiais, mas também, e, sobretudo, das consequências dos processos de criminalização em geral. Os organismos nacionais e internacionais que tratam do tema têm nos chamado a refletir acerca dos números que envolvem os absurdos da realidade político-criminal em nosso país. Pesquisa apresentada pela Anistia Internacional, realizada em 2011, mostra que considerando apenas as cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, nós superamos em quase 50% o número de mortos em ações policiais, em comparação às execuções legais, havidas em 20 países da comunidade internacional que ainda admitem a pena de morte, num mesmo período, ausentes os dados da China.

Essa realidade ganha foros de verdadeiro estado de guerra se se considerar ainda que estes números superam em muito os cálculos das mortes registradas em muitos conflitos declaradamente belicosos no presente. E isto tudo, sob o manto do Estado Democrático de Direito, afirmado na nossa Constituição Federal de 1988. Eis que surge a pergunta: O que seria então o Estado de direito, num contexto que apresenta tais características político-criminais? E a resposta pode variar, desde uma proposta mais simples, mas não menos contundente, ao afirmar que tal Estado não existe, até as assertivas mais complexas, que deveriam envolver a definição do Estado de direito como um postulado, ou mesmo, a metodologia de análise e validação desse conceito, a partir da sua noção sendo medida em graus. De qualquer forma, a situação real das pessoas é o que nos chama a atenção.

E essa situação se agrava ainda mais, em Estados cujas características sociais são marcadas por uma composição multicultural. O multiculturalismo pode ser compreendido como uma epistemologia, e também como um dado político, transitando em meio a ambas as áreas de conhecimento, afirma interesses díspares que precisam ser colmatados na realidade

social dos países democráticos. A pluralidade de culturas, bem como de origens étnicas e nacionais, presentes num mesmo território, abre espaço para a organização das demandas sociais, a partir de interesses de grupo e culturais específicos, o que leva a um déficit de atenção aos grupos sociais que acumulam perdas de direitos fundamentais ao longo da história e não fazem parte do setor que defende os interesses de uma minoria privilegiada.

Este é exatamente o cenário social brasileiro, que guarda a realidade multicultural provinda de, ao menos, três continentes, que se amalgamaram numa sociedade que, no presente, apresenta uma série de distorções ligadas à distribuição do proveito dos direitos fundamentais. A doutrina político-social que fala de maiorias e minorias numa dada sociedade se projeta na afirmação da quantidade de direitos fundamentais que podem ser usufruídos por um ou outro grupo. E para a contenção das demandas equitativas que se dão numa sociedade estruturada através de privilégios de raça e classe, as características da política criminal que encontraremos no Brasil deverão ser observadas no contexto do amadurecimento das “entranhas” deste Estado e da sua política.

Desta forma, partindo do problema das raízes da política criminal brasileira, bem como dos seus antecedentes históricos e a maneira como se articula, a partir de uma análise biopolítica, deveremos compreender as consequências da mortandade de parcela significativa da sociedade que ora anunciamos. Partindo do princípio de que o sistema penal, desde a sua estruturação inicial, serve a todo projeto de poder, iremos organizar os fundamentos desta matriz, o quadro político-ideológico das mudanças advindas no processo de desenvolvimento social da segunda metade do século XX, e espelhar uma proposta de alteração, com o propósito da emancipação político-institucional.

E essa análise requer uma fundamentação teórica alternativa quanto às reflexões sobre a teoria do Estado e, conseqüentemente, da política criminal. Uma teoria do Estado alicerçada na perspectiva clássica do contrato, que apresenta o Estado como uma espécie de acordo geral para o bem de todos, dificilmente dará condição à compreensão das citadas disparidades, mesmo em meio a muitas concessões teóricas. E a política criminal dependente do quadro de experiências advindas da realidade de aplicação da dogmática penal não conseguirá apreender a realidade social de todo o panorama dos processos de criminalização e suas consequências teóricas e práticas.

Com efeito, embora não possamos falar de uma teoria do Estado a partir das análises do pensador francês Michel Foucault, encontramos em seus escritos uma crítica profunda a toda proposta ideal de Estado, visto como um ente idôneo no processo de distribuição do poder, a partir de elaborações legislativas abstratas e equitativas. Para Foucault, o poder não

se distribui na perspectiva vertical, ou seja, de um ente poderoso para a coletividade ou de uma instituição para um indivíduo, e, sim, este se dá nas relações entre os indivíduos, sendo gerado em linha horizontal, na relação direta entre os sujeitos, produzindo saber, regulando verdades, estabelecendo subjetividades. Isto não deixa de ser aplicado ao Estado, que numa perspectiva clássica conta com a figura do soberano, de onde derivará a ideia de soberania. Em Foucault essa proposta será abandonada e no lugar dela teremos a análise das relações de poder que se distribuem na sociedade, sempre de maneira complexa quer se observe ou não a quantidade de relações que nela se estabeleçam.

E seguindo a orientação de Michel Foucault, deveremos *considerar as práticas penais mais como um capítulo da anatomia política do que uma consequência das teorias jurídicas*, que, a rigor, especialmente face às suas soluções fundamentalmente normativas, nos dizem muito pouco (ou quase nada) acerca da realidade. A partir dessa negação, por parte de Foucault, da teoria clássica, logo, do modelo jurídico da soberania como fundamento das relações de poder na sociedade, encontrar-nos-emos com uma política criminal que se estabelece na história e como consequência das relações estabelecidas entre os sujeitos ao longo do processo de desenvolvimento das sociedades; e com ela poderemos então formular soluções reais aos conflitos sociais.

A partir da análise de textos teóricos e históricos acerca do desenvolvimento do capitalismo e do sistema penal moderno, bem como das elaborações dos modelos político-criminais na sua generalidade, colmatando as propostas do garantismo penal, limitadas pela realidade conjuntural do mundo contemporâneo, abordaremos o tema da política criminal; a partir daí, levando-se em consideração os escritos de Michel Foucault acerca da biopolítica, assim como da análise de alguns relatórios de pesquisas sobre os índices de violência no Brasil, e fazendo uso de uma metodologia de abordagem qualitativa, histórica e exploratória, apresentaremos sugestões que propiciem o realinhamento da política criminal brasileira para um projeto emancipatório.

Inicialmente, desenvolveremos de maneira breve os traços mais significativos da elaboração do discurso punitivo, organizado a partir da realidade social e das necessidades que o sistema capitalista nascente apresentou, com início no século XVI. O capitalismo como uma forma de vida tende a determinar a natureza das sociabilidades mais adequadas ao projeto da acumulação de sempre mais capital, e nesse processo o controle e o adestramento para a produção se apresentam como função do Estado moderno. Com efeito, trata-se de um controle que se faz sobre os corpos dos sujeitos, elaborando os seus movimentos, produzindo subjetividades.

E ao longo do processo de desenvolvimento do capitalismo, foi a máquina do encarceramento que deu o tom da forma de controle ideal dos inadaptados e inadaptáveis. E o resultado da equação “forma histórica do encarceramento” mais “necessidade de controle e adestramento” será o discurso punitivo moderno, que fundamentará o desenvolvimento do sistema penal igualmente moderno. E esse sistema penal, fundado no discurso punitivo, estruturado por sobre as necessidades do sistema capitalista, será estudado, teorizado e, enfim, produzido no século XIX como ciência positivista que abarca tanto a dogmática quanto a criminologia e a política criminal. O que mostraremos é a linha de continuidade, que alcança o tempo presente, da essência deste sistema que não deixa de servir a todo projeto de poder, como pensado desde a sua origem.

Em seguida, refletiremos acerca dos modelos de política criminal que podemos encontrar enquanto proposta de análise desta recente autônoma disciplina. E como modelos tentarão dar conta da multiplicidade de fatores que colaboram na identificação das práticas político-criminais desenvolvidas num dado país. Nessa altura, abordaremos a proposta garantista como uma solução viável à emancipação do sistema penal, num propósito de superação dos seus desígnios primevos. Assim, não deixaremos de abordar as dificuldades e insuficiências políticas que encontramos na contemporaneidade, levando-se em consideração a complexa realidade geopolítica mundial.

No último capítulo de desenvolvimento, reconstruiremos a abordagem foucaultiana da biopolítica como um quadro epistemológico mais favorável à compreensão da manifestação dos elementos sociais que compõem o cenário social contemporâneo, bem como a sua relação com a atualidade do sistema penal, e mesmo no contexto da globalização e dos direitos humanos. E, por fim, nesse mesmo capítulo, e a partir de dados empíricos, trataremos da situação específica do Brasil, na elaboração da sua política criminal, quando então apresentaremos proposta para a emancipação do caso brasileiro.

Este estudo nos afigura como a chave para a localização futura de um mapa que deverá nos levar para fora de uma realidade sócio-histórica de violência e destruição, que faria surgir dúvidas acerca da sua veracidade nas reflexões dos teóricos sociais mais pessimistas da última metade do século passado. A negligência aos estudos político-criminais nos parece servir à perpetuação deste estado de coisas. Não desejamos fazer aqui uma espécie de criminologia pós-crítica, mas apresentar críticas contundentes a partir tanto das elaborações dogmáticas quanto da política criminal, cômicos dos limites da nossa abordagem e da imaturidade das nossas reflexões, é isso o que almejamos.

2 CONSTITUIÇÃO E ANÁLISE DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

A expressão constituição aqui utilizada vai ao encontro da ideia foucaultiana de que o conhecimento jurídico, ou judiciário, bem como toda forma de conhecimento, é uma invenção, uma criação humana, logo, despido, destituído, de qualquer nobreza ou solenidade do *status* de origem, “é dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana” (FOUCAULT, 2005, p. 16).

A análise que nos propomos parte, fundamentalmente, do cerne desta ideia, para afirmar a utilidade do conhecimento jurídico-penal, para investi-lo formalmente na sua função de criador de certo número de verdades e de subjetividades, que se liga ao desenvolvimento de esquemas de controle políticos e sociais no final do século XIX, na formação da sociedade capitalista.

Tomando por base a ideia do conhecimento como uma invenção, Michel Foucault busca constituir uma *morfologia da vontade de saber*, situando o seu lugar e definindo o seu papel no âmbito de uma história dos sistemas de pensamento, e ao fixar um modelo de análise, para a constatação da sua eficácia através de exemplos, isola “um nível singular, dentre todos os que permitem analisar os sistemas de pensamento: o nível das **práticas discursivas**” (FOUCAULT, 1997, p. 11, grifo nosso).

As práticas discursivas se expressam através de *conjuntos de regularidades* de estratégias para sua produção, que não têm os seus limites em obras individuais, por vezes manifestando aspectos através delas, e por vezes, ainda, aparecendo por uma primeira vez em alguma delas; ainda nessas oportunidades desbordam os seus limites e se acumulam em um número sempre maior de obras, formando uma sistemática que não respeita doutrinas de natureza lógica ou linguística (FOUCAULT, 1997, p. 11-12).

Com efeito, essas estratégias se caracterizam “pelo recorte de um campo de projetos, pela definição de uma perspectiva legítima para o sujeito de conhecimento, pela fixação de normas para a elaboração de conceitos e teorias” (FOUCAULT, 1997, p. 11), definindo especificidades e competências para cada momento e elemento de constituição.

Assim, tais práticas discursivas não se manifestam através de ciências ou disciplinas, em regra, reúnem diversas ciências e/ou disciplinas em seu entorno, atravessando-as largamente, para, em seguida, de maneira sub-reptícia, voltar a reunir diversas das suas regiões em uma unidade.

As práticas discursivas não são pura e simplesmente modos de fabricação de discursos. Ganham corpo em conjuntos técnicos, em instituições, em esquemas de comportamento, em tipos de transmissão e de difusão, em formas pedagógicas, que ao mesmo tempo as impõem e as mantêm. (FOUCAULT, 1997, p. 12).

E é justamente disto que trataremos aqui, um exemplo de prática discursiva que legitima fundamente todo o discurso jurídico-penal: o discurso punitivo. O discurso punitivo é um *dispositivo*¹ que tende a dar funcionalidade ao sistema penal. Mais do que legitimidade, o discurso punitivo tende a sedimentar as bases de funcionalidade do sistema; um exemplo da forma como ele estabelece estratégias de relações de força, que são colocadas como suporte ao saber jurídico penal, observamos em Raúl Zaffaroni, quando nos diz:

A perversão do discurso jurídico-penal caracteriza-o como um ente que se enrosca em si mesmo de forma envolvente, a ponto de imobilizar frequentemente seus críticos mais inteligentes, especialmente quando estes possuem alguma relação com a prática dos órgãos judiciais e com a necessidade de defesa concreta e cotidiana dos direitos humanos na operacionalidade desses órgãos. Desta maneira, a perversão é a característica que cristaliza a dinâmica discursiva do discurso jurídico-penal, apesar de sua evidente falsidade (ZAFFARONI, 1991, p. 29).

Com efeito, será a partir da compreensão do desenvolvimento histórico-político-econômico da cena onde se deu o desenvolvimento das bases político-sociais do sistema penal moderno, que passaremos a compreender os alicerces de constituição do discurso punitivo, e, enfim, os elementos constitutivos de todo o sistema penal, que marcam as doutrinas e teorias das chamadas ciências criminais desde a sua origem. Vale salientar que essas marcas não abandonam nenhuma das fases históricas de sistematização do discurso jurídico-penal, e se notabilizam em determinar tal discurso como uma estratégia útil para a realização de todo e qualquer projeto de poder.

Para a análise da sistematização das ciências criminais no final do século XIX, partiremos da proposta clássica de uma *ciência conjunta do direito penal*, que subordina a criminologia e a política criminal à dogmática jurídico-penal, estabelecendo as suas bases teóricas e ao mesmo tempo as suas fragilidades epistemológicas.

¹ Este é um termo técnico e de difícil conceituação utilizado por Foucault como uma espécie de *grade de inteligibilidade*, próprio dos historiadores, sem desprezar os seus efeitos práticos.

O dispositivo “é definitivamente heterogêneo, incluindo ‘os discursos, as instituições, as disposições arquitetônicas, os regulamentos, as leis, as medidas administrativas, os enunciados científicos, as proposições filosóficas, a moralidade, a filantropia etc. [...] Foucault define *dispositivo* afirmando que, quando conseguimos isolar ‘as estratégias das relações de força que suportam tipos de saber e vice-versa’, então temos um *dispositivo*.” (DREYFUS; RABINOW, 2013, p. 161, grifo do autor). Cf. também FOUCAULT, 2012c, p. 363-406.

Neste contexto, vimos surgir na primeira metade do século XX um conjunto teórico-crítico que levou a criminologia e a política criminal a um caminho de independência, sem abandonar os fundamentos que condicionam a sujeição da estrutura sistemática do direito penal à realização de projetos de poder. E no final do século XX, e a partir da crítica à própria criminologia crítica – advinda do projeto teórico-crítico mencionado –, vimos surgir uma proposta que tende a encaminhar a política criminal à condição de componente de uma estratégia emancipatória.

2.1 CAPITALISMO HISTÓRICO E A ORIGEM DO SISTEMA PENAL MODERNO

O sistema penal moderno, nascido no processo de afirmação do capitalismo entre os séculos XVIII e XIX, foi marcado pela realidade político-cultural da Europa naquele período, mais propriamente na França, Inglaterra e EUA. As características fundamentais desse sistema penal estão alicerçadas na afirmação de um tipo de sujeito, de certa ordem social e de uma forma particular de produção das verdades ditas científicas. E é a esse contexto que Foucault se refere ao afirmar que “só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se forma o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade” (FOUCAULT, 2005, p. 27). E é ainda nesse contexto onde se determinará os contornos definitivos do discurso punitivo, *dispositivo* estruturante que irá recortar toda a funcionalidade do sistema na sua evolução.

E o solo fértil onde se sedimentará a formação de todos esses elementos constitutivos das sociedades modernas se dará a partir da concreção do sistema capitalista. A natureza desse sistema, o seu processo de desenvolvimento, as características sociais cunhadas a partir da lógica de funcionalidade da *empresa capitalista* irão determinar os rumos que as sociedades ocidentais, inicialmente, irão tomar, especialmente, em relação às formas como irão lidar com as necessidades de disciplina e controle. Compreender a realidade material desse sistema é fundamental para termos a precisa noção dos efeitos sociopolíticos e econômicos acarretados no seu contexto; além disso, levando-se em consideração as necessidades advindas, o surgimento de um Estado de governo, necessário para a gestão desse novo tipo de sociedade, irá nos trazer os últimos elementos constitutivos desse complexo sistema.

O sistema capitalista apresentou fases de desenvolvimento que se deram desde ao menos o século XIV, alcançando o seu apogeu no século XVIII. A etapa mercantilista viu os horrores da utilização do sistema penal para a afirmação do capitalismo, tendo assistido à

passagem do período da utilização do suplício, como mera pena corporal, à gestão das casas de correção, como forma de atender às demandas da empresa capitalista, sempre por mais lucro. Tantos horrores levam à reivindicação por reformas; além disso, nas bases das demandas reformistas, encontrava-se a necessidade de formar novos sujeitos. Segundo os historiadores, a utilização do sistema penal, como veremos, atendeu ao fim do controle e submissão da mão de obra, e ao mesmo tempo da formação de um tipo de sujeito adequado à nova realidade político-social nascente. É em torno de toda uma realidade histórico-política que se desenvolveu a partir da utilização do corpo do condenado, estruturou-se o discurso punitivo e as categorias filosófico-políticas que realizaram o direito penal moderno.

2.1.1 O Capitalismo histórico e as artes de governar

Um das obras mais importantes produzidas no século XX acerca dos fundamentos do sistema capitalista ocidental moderno é, com especial destaque, *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, de Max Weber. Com efeito, e para o que aqui nos interessa, nela o seu autor tenta isolar aquilo que ele vai chamar de o “*espírito*” do capitalismo, e, para tanto, afirma as características de perpétua incompletude de toda elaboração conceitual de tipo histórico, sempre instável, sempre provisória, e sempre à espera de novas elaborações, como é o caso desta sua pretensão.

Para Weber, a plêiade de ideias e práticas sociais que inaugura a modernidade, traduz-se como o racionalismo ocidental, e se dará como a estrutura fundamental de desenvolvimento do capitalismo que atende a perspectivas e necessidades culturais próprias da Europa dos séculos XVI ao XVIII (HABERMAS, 2000, p. 3). Na busca de traçar os contornos daquele conceito estrutural, Max Weber o delineia a partir da leitura do tradicional sermão de Benjamin Franklin (Lembra-te que *tempo é dinheiro*; [...]). (WEBER, 2004, p. 42-44, grifo do autor), o qual Weber entende ser depositário daquele espírito. Outrossim, que o sermão de Franklin traduz uma ética que pode se expressar pelo “ideal do homem honrado *digno de crédito* e, sobretudo, a ideia do *dever* que tem o indivíduo de se interessar pelo aumento de suas posses como um fim em si mesmo” (WEBER, 2004, p. 45, grifo do autor), e enfatiza que não se trata de uma mera *técnica de vida*, mas de uma ética que compele o indivíduo ao dever. Assim, Max Weber nos mostra que o capitalismo *não é apenas “perspicácia nos negócios”*, ou uma forma hodierna de organização da economia, trata-se de uma *ethos*, ou seja, uma forma de vida, da qual não nos colocamos fora, não saímos, nos adaptamos, nos ajustamos, nos adequamos à sua forma de determinar destinos.

E ao enfatizar o caráter utilitarista das posições de Benjamin Franklin, Weber aponta os limites éticos de tal doutrina capitalista – sem menosprezar os caminhos traçados nesse processo –, que é o de sempre possibilitar a boa habilidade na profissão, na medida em que toda a ascensão típica desse comportamento, que pode ser meramente aparente, serve à colocação do indivíduo sempre numa melhor posição na sociedade.

De fato: essa ideia singular, hoje tão comum e corrente e na verdade tão pouco autoevidente, da *profissão como dever*, de uma obrigação que o indivíduo deve sentir, e sente, com respeito ao conteúdo de sua atividade “profissional”, seja ela qual for, pouco importa se isso aparece à percepção espontânea como pura valorização de uma força de trabalho ou então de propriedades e bens (de um “capital”) – é essa a ideia que é característica da “ética social” da cultura capitalista e em certo sentido tem para ela uma significação constitutiva. [...] Atualmente a ordem econômica capitalista é um imenso cosmos em que o indivíduo já nasce dentro e que para ele, ao menos enquanto indivíduo, se dá como um fato, uma crosta que ele não pode alterar e dentro da qual tem que viver. Esse cosmos impõe ao indivíduo, preso nas redes do mercado as normas de ação econômica (WEBER, 2004, p. 47-48, grifo do autor).

Desta forma, Weber nos mostra a natureza seletiva do sistema, uma seleção econômica, que inclui fora da perspectiva de ganho e boa vida aqueles que não se adaptam, e o nosso autor nos diz isso, para evidenciar que esta não é uma ideia que alcançaria êxito sendo formulada individualmente, logo, sendo um propósito de grupos. Esses novos grupos de capitalistas modernos, surgidos nos séculos XVII e XVIII, irão rivalizar com a perspectiva tradicional, que geria a sua vida de maneira bastante diversa: trabalhar para o bom viver, e não para lucrar mais e melhor; sendo o tradicionalismo, segundo Weber, o principal inimigo contra o qual precisou o “*espírito*” do capitalismo lutar.

Nessa luta entre o capitalismo moderno e o tradicionalismo, reconhecemos as bases para o surgimento de uma realidade histórico-político-social geradora de processos de criminalização típicos da lógica dos “sistemas” penais modernos. Com efeito, malogrando estratégias para o aumento da produção e, conseqüentemente, do lucro – interesse do produtor capitalista – a partir da inserção de benefícios como aumento de salários em face do aumento da produção, o sentido que se deu à busca de ampliação dos lucros foi exatamente o inverso: a diminuição de salários que forçava o proletariado *lato sensu* a produzir mais para a obtenção de valores necessários à sobrevivência. Seguindo essa trilha os limites se apresentam, “é certo que para sua expansão o capitalismo requer a existência de um excedente populacional que ele possa alugar a preço baixo no mercado de trabalho” (WEBER, 2004, p. 54), e esse

aumento quantitativo, a baixos salários, não gerará um aumento qualitativo nem dos produtos, e ainda menos da vida social naquele período; gerará conflitos.

E cumulando a ética-dever de habilidade profissional, a disposição para o lucro pelo lucro (que encontra solo fértil na empresa capitalista do século XVIII) e as dificuldades consequentes do processo de aumento de produtividade do trabalho e das riquezas, vimos nascer aquilo que Weber vai chamar de “*racionalismo econômico*”, tido como fundamento da economia moderna; que dita mais do que a forma como a economia deveria prosseguir, estabelecendo mesmo a maneira como a realidade político-social deverá se dar, e essa é a percepção de Max Weber para quem “esse processo de racionalização no plano da técnica e da economia sem dúvida condiciona também uma parcela importante dos ‘ideais de vida’ da moderna sociedade burguesa” (WEBER, 2004, p. 67), gerador de consequências como as que passaremos a expor, a partir das ideias do sociólogo americano Immanuel Wallerstein (2001; 2007).

Com efeito, o que a doutrina do “*espírito*” do *capitalismo* nos informa é a existência deste elemento como um espectro que acompanha toda a lógica de funcionamento do sistema, caracterizando-se ainda como instância abstrata e apenas observável na dinâmica complexa das práticas sociais. O que passaremos a analisar agora é o capitalismo como *sistema social histórico*, que se expressa pela acumulação real de riqueza, a que se deu o nome de capital. O que distingue materialmente o capitalismo histórico caracterizador do sistema moderno é, para além da acumulação dos resultados do trabalho passado, ainda não consumidos, a utilização deste capital que passou a ser investido de maneira especial, objetivando a sua autoexpansão. “Nesse sistema, o que se acumulou no passado só é ‘capital’ na medida em que seja usado para acumular mais da mesma coisa” (WALLERSTEIN, 2001, p. 13).

“Capitalista” será a meta incessante e autorreferente do sujeito detentor do capital de acumular sempre mais capital e as suas relações necessárias para este objetivo sempre conflituoso e caracterizador do sistema. A prioridade na acumulação de capital alternativamente a qualquer outro desígnio de destinação dos resultados econômicos da produção nos põe diante do modelo capitalista. Aqui, vale reproduzir um longo trecho formulado por Wallerstein que articula as bases e descreve de forma material aquilo que se costuma denominar de “o circuito do capital”, mais um elemento caracterizador do sistema capitalista:

Um indivíduo (ou grupo de indivíduos) pode decidir em qualquer tempo que gostaria de investir capital com o objetivo de adquirir mais capital. Porém,

antes de um certo momento na história, esses indivíduos não tinham nenhuma facilidade em conseguir isso. Nos sistemas anteriores, o longo e complexo processo de acumulação do capital era quase sempre bloqueado num ou noutro ponto, mesmo nos casos em que a condição inicial estava presente: a propriedade, ou concentração, de um estoque de bens não consumidos nas mãos de poucos. Nosso capitalista hipotético sempre precisou usar trabalho; logo, tinha de encontrar pessoas que pudessem ser atraídas, ou compelidas, a realizar esse trabalho. Uma vez reunidos os trabalhadores e realizada a produção, era necessário comercializar os bens; precisavam existir um sistema de distribuição e um grupo de pessoas dotadas dos meios necessários para efetuar compras. Os bens tinham de ser vendidos a um preço maior do que os custos totais desembolsados pelo vendedor (incluindo os custos de colocá-los no ponto de venda) e, além disso, a margem (ou diferença) precisava ultrapassar as necessidades de subsistência do vendedor. Em linguagem moderna, tinha de haver lucro. O agente que se apoderava do lucro tinha de ser capaz de retê-lo até surgir uma oportunidade razoável de investi-lo, retornando-se assim ao ponto em que todo o processo recomeçava, desde a produção (WALLERSTEIN, 2001, p. 14).

Essas são as características materiais do sistema, que demanda uma série de ações político-sociais para o seu pleno êxito, como veremos. Dessa maneira, da forma acima descrita, temos apenas o ideal-descritivo do sistema que se desenvolveu ao longo de muitos séculos, e que a lógica social contemporânea faz parecer que sempre existiu, normalizando suas práticas e naturalizando suas consequências. Com efeito, é importante dizer que só com a modernidade e o advento da prática de se mercantilizar todos os elementos da vida social teremos as condições de possibilidade do amadurecimento de todas as etapas apontados por Wallerstein no “circuito do capital”, o que deu condições ao surgimento do sistema capitalista e suas mazelas como atualmente conhecemos (WALLERSTEIN, 2001, p. 15).

O mercado é constituído por “feras”, que lutam incessantemente, no jogo da acumulação desenfreada do capital, por mais mercados, mais negócios e, sempre, por mais lucro, influenciando nos processos sociais com vistas ao sucesso das suas empresas; e a sociedade amplamente entra nesse jogo, por vezes como “exército de reserva” da *empresa capitalista*, e por vezes como espaço simbólico do mero exercício de poder.

[...] a taxa de acumulação obtida individualmente por cada capitalista dependia de um processo de “competição”, com recompensas maiores para aqueles que possuíam mais perspicácia, **maior habilidade no controle de sua força de trabalho** [constituído pelos trabalhadores] e maior acesso as decisões políticas que regulamentavam operações mercantis específicas (conhecidas em geral como “monopólios”). (WALLERSTEIN, 2001, p. 16, grifo nosso).

E as contradições advieram, e com elas a formação do semiproletariado, a partir da diferenciação e preferência dos donos do capital pela contratação daqueles operários que fazem parte de domicílios que não dependiam inteiramente do salário pago, uma vez ser esta unidade portadora de pessoas que desenvolviam *trabalhos não produtivos*, ou mesmo quando o próprio trabalhador se dispunha a desenvolver alguma atividade *não produtiva* nas suas horas livres. Essa relação dava condição à diminuição dos custos e conseqüente aumento dos lucros, estabelecendo um *patamar salarial mínimo aceitável*, gerando aquilo que se passou a chamar de *economia de sobrevivência* (WALLERSTEIN, 2001, p. 25).

As conseqüências de um *ethos* que se constitui com esta natureza – de incessante busca pelo lucro –, contemplam processos de escassez, gerador de polarizações de tipo centro-periferia nas economias tanto nacionais quanto mundial, tendo ainda como resultado a pauperização seletiva – inclusive racialmente seletiva (WELLERSTEIN, 2001, p. 27) –, e agressiva pelo processo de rivalidade desenvolvido entre proletários e semiproletários, recobertos pelo manto prometido do progresso capitalista. Tanto nas elaborações espectral-abstratas weberianas, quanto nas elaborações materiais wallersteiniana vemos a presença da necessidade de conformação de uma sociedade dócil e fortemente controlada para a acumulação incessante do capital, e a formação político-social que cuidará desse processo será aquela forma de gestão da vida a qual Foucault chamou de Estado de governo, que se utilizará largamente das estratégias penais no desígnio da sua função.

Michel Foucault nos apresenta uma complexa análise – da qual aqui apresentaremos apenas as suas noções mais elementares –, que reflete o período entre os séculos XVI e XVIII, passando pelas noções das artes de governar à de razão de Estado; e não por acaso, este é o período que marca a eclosão das condições de surgimento até o momento de afirmação do sistema capitalista. Foucault destaca que ao final do século XVI dois problemas sociais se apresentam às sociedades: a questão da concentração estatal, a partir do fim da Idade Média, com a superação da Era Feudal e da conseqüente formação dos modernos Estados-nação; e a questão da dispersão e dissidência religiosa, e com ela a questão da direção do espírito e da moral, e é neste contexto tumultuado que se dará “o problema de como ser governado, por quem, até que ponto, com qual objetivo, com que método etc. Problemática geral do governo em geral” (FOUCAULT, 2012a, p. 408).

E nesta análise o nosso autor irá nos apresentar o clássico de Niccolò dei Machiavelli, *O príncipe*, como o texto que marca esse período (séculos XVI-XVIII), colocando-se como um ponto de repulsão de toda a literatura produzida nesse momento histórico. Esse clássico opúsculo de política traz consigo um princípio caracterizador: a noção de que o príncipe

mantém uma relação de exterioridade com o seu principado, uma relação de singularidade e transcendência, que o faz um indivíduo externo ao principado, o que gera uma tensão nessa relação tornando-a frágil e sempre ameaçada, tanto externamente, por tentativas de conquistas, quanto internamente no processo de contínua manutenção da aceitação do governo do príncipe. Com efeito, dessa noção deduz-se que o objetivo do exercício do poder será a manutenção, reforço e proteção da relação do príncipe com aquilo que ele possui: o território e os súditos. E “é esse liame frágil do príncipe com o seu principado que a arte de governar apresentada por Maquiavel deve ter como objetivo” (FOUCAULT, 2012a, p. 410).

Desta noção clássica, teremos a formulação de toda uma literatura anti-Maquiavel que intenta trazer uma nova fundamentação para a arte de governar. Uma primeira noção oposta traz, em contraposição à perspectiva de Maquiavel, a noção de outro tipo de sujeito como modelo de governante. Sai o príncipe ou o soberano e entra a figura do pai de família, modelo este que deverá prezar por cuidados em ao menos três direções: um governo de si mesmo; um governo adequando a família; e a ciência de bem governar um Estado, período no qual se desenvolverão, então, associadas à noção da arte de governar, respectivamente, uma perspectiva moral, uma economia e uma política. Esta associação garantirá para a arte de governar continuidade tanto ascendente como descendente: continuidade ascendente no sentido de um governo de si e dos seus interesses particulares; continuidade descendente no sentido de um governo dos outros, dos vivos, que se comportaram como devem, ao qual se deu o nome de *polícia*.

Temos duas noções da arte de governar: uma primeira ligada à lei, à justiça e à manutenção do território, em nome do soberano, que terá como finalidade *o bem comum e a salvação de todos*; e uma segunda que se distancia da noção de soberania como um fim em si mesmo, e estabelece estratégias novas de gestão, ligadas à economia, cuja finalidade estará nas coisas ou nas relações estabelecidas entre os sujeitos e as coisas da sociedade, geridas através de táticas diversas. E esta segunda noção, ainda no século XVI, expandiu-se por diversas áreas do conhecimento e fez surgir formas de saber e relações político-econômicas, necessárias ao desenvolvimento do estágio posterior, em que teremos o advento dos aparelhos administrativos de governo, a criação da estatística e o estabelecimento do mercantilismo. O desenvolvimento da arte de governar, que vinha até aqui bloqueada por uma razão de Estado tradicionalista: alicerçada na teoria da soberania, e por uma ideia de economia calcada no pequeno núcleo familiar, vê-se desbloqueada, a partir do século XVIII, com o advento de uma ciência do governo que passa a ter a população como seu problema e como seu objetivo. A população traz uma mudança ampla na concepção da arte de governar, e reconduz a família

ao espaço de um núcleo da sua própria análise. Desta forma a elaboração de um saber de governo é necessária à formulação de um saber de todos os processos referentes à população.

Talvez se possa assim, de maneira global, pouco elaborada e portanto inexata, reconstruir as grandes formas, as grandes economias de poder no Ocidente: em primeiro lugar, o Estado de justiça, nascido em uma territorialidade de tipo feudal e que corresponderia, *grosso modo*, a uma sociedade da lei; em segundo lugar, o Estado administrativo, nascido em uma territorialidade de tipo fronteiro nos séculos XV-XVI e que corresponderia a uma sociedade de regulamento e de disciplina; finalmente, um Estado de governo que não é mais essencialmente definido por sua territorialidade, pela superfície ocupada, mas pela massa da população, com seu volume, sua densidade, e em que o território que ela ocupa é apenas um componente. O Estado de governo que tem essencialmente como alvo a população e utiliza a instrumentalização do saber econômico, corresponderia a uma sociedade controlada pelos dispositivos de segurança (FOUCAULT, 2012a, p. 430-431, grifo do autor).

No interior dessa complexa elaboração da arte de governar que resulta numa razão de Estado, e, por fim, num Estado de governo, estabelecendo o fenômeno astucioso da *governamentalidade*, que deu condição à sobrevivência do Estado, assumindo as características que hoje conhecemos, Foucault aponta três mecanismos sem os quais tal fato não poderia ter se dado: a ascese religiosa do modelo arcaico da pastoral cristã, que estabeleceu os critérios morais necessários ao êxito individual nessa nova empresa; as técnicas administrativas internas e externas do modelo diplomático-militar; e, fazendo uso da noção original que lhe era atribuída nos séculos XVII e XVIII, uma série de instrumentos particulares de controle por parte do Estado, que no seu conjunto se dava o nome de polícia (FOUCAULT, 2012a, p. 431).

2.1.2 Mercantilismo e encarceramento

Como já dito anteriormente, o *ethos* capitalista tendeu a reorganizar toda a estrutura das sociedades onde incidia ao longo do seu processo de desenvolvimento. Num primeiro estágio o capitalismo apresentou uma característica até então não generalizada, que embora pudesse ser encontrada amiúde, generaliza-se nesse novo sistema, estabelecendo as suas bases e operacionalizando consequências que se incorporaram à própria natureza do capitalismo; estamos nos referindo à mercantilização.

Como o capitalismo é centrado em si mesmo, nenhuma relação social permaneceu intrinsecamente isenta de uma possível inclusão. O

desenvolvimento histórico do capitalismo envolveu o impulso de mercantilizar tudo.

[...] Não bastava mercantilizar os processos sociais. Os processos de produção se vinculavam uns aos outros através de cadeias mercantis complexas (WALLERSTEIN, 2001, p. 15).

A complexidade da manipulação das cadeias mercantis envolvia fundamentalmente o controle da mão de obra que, sobretudo, determinava os lucros do empregador; ou seja, os itens em geral pertencentes à cadeia produtiva constituíam, naquele momento, um custo que era absorvido facilmente na venda – a compreensão de que os insumos agregados eram uma consequência natural de toda produção, constituía-se como algo simples para os produtores –, e como resultado, era o salário o alvo principal de discussão para a redução dos custos de produção, e, conseqüentemente, aumento dos lucros. Nesse tocante, a política criminal foi chamada a participar do processo de desenvolvimento do capitalismo, o que nas palavras de Rusche e Kirchheimer poder-se-ia dizer: “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 20).

Mas a nossa história tem início um pouco antes. Os primórdios daquilo que no futuro chamaremos de sistema jurídico-penal na Europa, iniciam-se a partir de um conjunto de regras ou procedimentos de resolução de conflitos que se limitava à esfera privada. “Os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados às fases do desenvolvimento econômico. Na Alta Idade Média não havia muito espaço para um sistema de punição estatal” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 23). Logo, o que regulava as relações entre os iguais em *status* e bens eram as leis dos feudos e a pena pecuniária.

Com as relações sociais definidas prioritariamente pela posse e gestão da terra, o pertencimento a determinado estamento social e a posse de bens se constituíam como um “divisor de águas” no processo de elaboração das decisões acerca dos conflitos que eram normalmente definidos por uma reunião de homens livres, realizada através de um ato solene para esse fim. Isso não queria dizer, inicialmente, que o direito criminal naquela época era determinado por essas relações. Com a elevada oferta de trabalho que se podia observar na Alta Idade Média, a partir da colonização alemã do leste europeu, muitos servos podiam fugir com o propósito de evitar maiores pressões sociais, o que resultava em maior valorização do trabalho e melhores condições de vida para as camadas mais baixas. Com efeito, a preocupação fundamental do direito criminal era com a preservação das hierarquias sociais – ameaçadas por sublevações sociais constantes –, e com a manutenção da ordem pública.

O crime era visto como uma ação de guerra. Na ausência de um poder central forte, a paz social era ameaçada por pequenas querelas entre vizinhos, na medida em que essas discórdias envolviam automaticamente parentes e súditos. A preservação da paz era, portanto, a preocupação primordial do direito criminal. Como resultado deste método de arbitragem privada, optava-se pela imposição de fianças (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 24).

A fiança, que constituía o principal elemento de responsabilização criminal, também servia como forma de evidenciar as injustiças e disparidades econômicas, mas este não foi o principal problema da justiça penal privada dos primórdios do medievo. No caso em que os crimes ocorressem entre pessoas de *status* sociais diferenciados, a impossibilidade de cumprimento da fiança as convertia em castigos corporais, resultando numa grande diferenciação na aplicação das penas conforme o *status* social do condenado, e mesmo na compreensão social acerca do alcance da pena e do direito penal. “Um estatuto de Sion, de 1338, previa uma fiança de vinte libras para os casos de assalto; se o assaltante não podia pagar, devia receber um castigo corporal, como ser jogado numa prisão e passar a pão e água até que algum cidadão intercedesse ou o bispo o perdoasse” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 25).

Os séculos XV e XVI formam então o momento histórico que evidenciou de maneira singular as três principais forças que se opunham a toda forma de justiça criminal privada. Inicialmente, devemos destacar a necessidade de contenção do poder disciplinar do senhor feudal, que exercia o seu poder sobre os seus subordinados econômicos de forma quase que absoluta. Em seguida, deveremos destacar as lutas pela centralização do poder, provindas por vezes da realeza e outras dos príncipes, como forma de unificação do poder especialmente jurisdicional. E, por fim, o maior fator de pressão fora o interesse fiscal, altas somas se acumulavam na resolução das vinditas, e facilmente poderia se afirmar que a rentabilidade da administração do direito penal superava os encargos fiscais. O pagamento era realizado pelos envolvidos, mas não só, os confiscos e fianças eram particularmente aplicados e parte considerável restava em poder dos juízes, e esse foi o fator preponderante para a redefinição do novo caráter público do direito penal (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 25-26).

O século XV experimentou o aumento populacional nas cidades, a mão de obra cresceu e as condições de vida das classes sociais subalternas pioraram enormemente. Experienciando um período de relativa paz social e recuperando-se da chamada “peste negra”, as grandes cidades da Europa passaram a receber um contingente populacional dos campos bem acima da capacidade de assimilação das várias localidades. O resultado desse fenômeno

foi o aumento vertiginoso de desvalidos, desempregados e despossuídos nas ruas das cidades. Sob o regime de um sistema social basicamente agrícola, a posse da terra continua definindo o lugar social de cada sujeito, e diante deste *boom* populacional, a terra se tornou um bem vetado aos recém-chegados. “Era perceptível por toda parte que a produção não estava no mesmo compasso do crescimento da população. [...] Essas pessoas tinham como único recurso reunir-se aos bandos de mercenários que começavam a surgir” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 28).

Nesse momento temos uma situação *sui generis* na sociedade europeia. Um passado recente de escassez de mão de obra (em face das instabilidades políticas e sanitárias, que chegaram a atingir a população europeia em números alarmantes) fez com que os salários fossem valorizados, e, além disso, realizou-se a arregimentação dos trabalhadores em torno de núcleos sindicais. Desta forma, as condições de vida das classes subalternas, como dito anteriormente, apresentavam-se de maneira favorável a este setor. Ocorre que nesse novo momento, com as levas de indivíduos que provinham dos campos, a realidade salarial, baseada nas relações produtivas e administrativas entre empregados e empregadores, não mudou instantaneamente, o que resultou numa constante de preferência da mendicância em detrimento do emprego a baixos salários (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 29-31).

A sublevação de mendigos e delinquentes nas grandes cidades se constituiu como um fenômeno de base para toda uma nova percepção acerca da pobreza e reestruturação do sistema de política criminal. Até o século XV, fortemente influenciada pela lógica cristã, a pobreza era acompanhada pelo olhar caridoso da nobreza e da burguesia nascente. A partir do século XVI registramos modificações nessa percepção em diversos setores da sociedade, que careciam de uma nova lógica de funcionamento – esta agora de natureza capitalista –, e a religião fora chamada a cumprir o seu papel, e o novo fundamento religioso acerca das causas e consequências da pobreza não era mais tão solidário assim: “de fato, Deus dispôs que os inferiores, os súditos, fossem isolados de tudo, separados entre eles, que lhes fosse retirada a espada, e que fossem jogados no cárcere” (LUTERO, 1949, p. 566 *apud* MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 53; RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 61). Este é, sem dúvida, o novo espírito que anima as relações religiosas e sociais na Europa central nesse período, sem deixarmos de lado o legado calvinista inglês, que apontava na mesma direção.

A política do período mercantilista revela um mercado muito favorável aos empregadores, pois o florescimento da indústria era do interesse das forças do absolutismo. O Estado fez inúmeras tentativas de incentivo: prêmios, privilégios, monopólios, tarifas e restrições às guildas. A indústria de grande

escala da França, por exemplo, era quase toda exclusivamente artificial, e sobreviveu tão-somente com a ajuda e o paternalismo da Coroa. Mesmo na Inglaterra, a despeito de sua longa história de prósperas empresas capitalistas, e apesar da oposição dos puritanos aos monopólios reais e instituições similarmente “artificiais”, encontramos um apoio governamental ativo para muitas indústrias sob o reinado dos Tudors e no começo dos Stuarts. O crescimento continuado da indústria requeria a criação de uma grande reserva de força de trabalho (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 53).

Para arregimentar essa força de trabalho, compreendia-se a existência de um nicho específico já existente e abundante. Trata-se de mendigos, vagabundos e prostitutas que se espalhavam pelas ruas das grandes cidades, em meio a um sistema caótico de gestão do trabalho, que requeria a introdução de uma mecânica de treinamento, sujeição e controle até então desconhecidos. A compreensão de que a nova função do sistema social vigente deveria ser exercida sobre o corpo dos indivíduos, na perspectiva de moldar um novo tipo de sujeito, mais do que através da criação de leis, ou, necessariamente, da criação de estigmas sociais através do suplício, materializou-se nas chamadas casas de correção.

Este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado); o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso (FOUCAULT, 2002b, p. 26).

Se o fenômeno da mendicância deve ser entendido como o verso da moeda que vem a definir a relação entre o momento histórico-político-econômico do mercantilismo e a nova política criminal do encarceramento, no seu anverso encontraremos as casas de correção espalhadas por toda a Europa, mas principalmente na Inglaterra, Holanda e Alemanha, e o *Hôpitaux généraux* na França, esta última, instituição que na sua origem desempenhava papel similar ao das casas de correção; tais estabelecimentos tinham a função de submeter e treinar os indivíduos para uma vida produtiva.

Com efeito, a mudança essencial das relações sociais trazida pelo sistema capitalista, evidencia-se com o choque da típica forma de produção feudal com o sistema nascente. Ou seja, as relações nobreza e clero, bem como nobreza e burguesia definem uma série de reconfigurações de propriedades e lugares sociais nesse período. A expropriação de terras, a modificação dos métodos de cultivo, a introdução de novas aparelhagens ainda rudimentares

para a produção, o estabelecimento de novas formas de relações sociais entre os indivíduos apontam para a superação da Era Feudal, rumo à eclosão do sistema capitalista. Assim, não se trata de uma modificação tão-somente nas cidades, preocupada essencialmente com o aperfeiçoamento das tecnologias tipicamente urbanas, os setores de plantação, os campos a sentiram na mesma proporção.

Os campos, mas sobretudo as cidades, que já representavam, com o desenvolvimento da atividade econômica e, em particular, do comércio, um polo de atração notável, começaram a povoar-se com milhares de trabalhadores expropriados, convertidos em mendigos, vagabundos, às vezes bandidos, porém, em geral, numa multidão de desempregados (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 34).

Em decorrência da invasão das cidades por uma legião de pessoas desprovidas dos meios necessários à subsistência, algumas medidas foram tomadas com a finalidade de contenção. No início do século XVI, por exemplo, um estatuto de 1530 “obriga o registro dos vagabundos, introduzindo uma primeira distinção entre aqueles que estavam incapacitados para trabalhar (*impotent*), a quem era autorizado mendigar, e os demais, que não podiam receber nenhum tipo de caridade, sob pena de serem açoitados até sangrar” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 36).

Com o excessivo aumento da massa de ociosos nas ruas, o Castelo de Bridewell, por autorização do rei, tornou-se um abrigo para as classes “perigosas” – mendigos, vagabundos, ladrões e afins – mais precisamente, uma casa de trabalhos forçados, com o objetivo de disciplinar para o trabalho, sobretudo, o manufactureiro – atividade fundamental da indústria nascente. “Além disso, ela deveria desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, e assegurar o autossustento através do trabalho, a sua principal meta” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 36), daí a sua característica de sediar trabalhos penosos e degradantes e não rentáveis.

A rainha Elisabeth, através da *Poor Law* (Lei dos Pobres), de 1572, organizou uma espécie de subsídio aos *the impotent poor* (impotentes para o trabalho), e aos *rogues and vagabonds* (malandros e vagabundos) era ofertado trabalho, mas, com as limitações financeiras da política instituída, aqueles que não conseguiam emprego, constituíam uma massa de desempregados que continuavam sendo objeto de repressão. “Quatro anos depois, [...], o problema foi enfrentado através da extensão a todo o país das casas de correção que deviam fornecer trabalho aos desempregados, ou obrigar a trabalhar quem se recusasse a fazê-lo” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 37); e em pouco tempo se espalharam casas de correção

por toda a Inglaterra, que eram indistintamente chamadas de *bridewells*, revelando o caráter originalmente corretivo e carcerário do antigo Castelo. Vale salientar que a “recusa ao trabalho” no século XVI se dava porque “o trabalhador era obrigado a aceitar qualquer trabalho, nas condições estabelecidas por quem lhe fazia a oferta” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 38), ou seja, eram sujeitos sem direitos, cabendo-lhes apenas obrigações; tal recusa era considerada como a mais grave das infrações. É crucial entender a função que

[...] historicamente, o trabalho forçado desempenhou nas instituições segregadoras, tais como as *houses of correction* do período elisabetano. Basta por ora observar como este tipo de instituição foi o primeiro exemplo, e muito significativo, de detenção laica sem a finalidade de custódia que se pode observar na história do cárcere e que os traços que a caracterizam, no que diz respeito às classes a quem foi destinada, sua função social e a organização interna já são, *grosso modo*, aquelas do clássico modelo carcerário do século XIX (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 39, grifo do autor).

As novas *workhouses* (casas de trabalho) passam a funcionar como um espaço de apoio ao desenvolvimento do capital, produzindo e treinando, além de controlando e subjugando pessoas. Mais uma vez a escassez de mão de obra aumenta os salários nos séculos XVII e XVIII, contrariamente aos interesses capitalistas. A lei dos pobres elisabetana é substituída por uma nova *Poor Law*, onde então encontraremos menos assistencialismo, mais severidade nas medidas de controle, e mais capitalismo no objetivo das ações.

O objetivo da casa de trabalho era, uma vez mais, forçar o pobre a se oferecer a qualquer um que se dispusesse a dar-lhe trabalho, nas condições que fossem. Para isso, era necessário que a vida na casa de trabalho oferecesse, sob qualquer aspecto, a começar, obviamente pelo padrão de vida, menos do que o trabalhador livre do mais baixo estrato social pudesse obter. O internamento na casa de trabalho atua sobre o mercado, mas nesse caso, ao contrário do que acontecia anteriormente, quando um setor da produção funcionava a um custo muito mais baixo devido ao custo da força de trabalho ser forçosamente comprimido, agora, devido ao caráter declaradamente terrorista que comporta, o trabalhador é levado a evitar, custe o que custar, a cair nas garras da instituição (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 66-67).

A severidade com a qual eram as pessoas tratadas nesses locais fez com que surgissem clamores pelo retorno às velhas punições corporais. O papel econômico protagonizado pelas casas de trabalho fez com que estabelecimentos dessa natureza se espalhassem por toda a Europa, desempenhando papel de formação e sendo reconhecidas como fundamentais para o processo de industrialização da Europa (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 81).

Nesse período de ascensão do capital, as instituições segregadoras se tornam *subalternas* ao cárcere, o que significa dizer que há uma “*hegemonia* que o capital exerce sobre o conjunto das relações sociais” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 77). Várias foram as tentativas dos pensadores da época do Iluminismo, que lutaram pela reforma no sistema carcerário, o que fez gerar reações de condenação e revolta por parte da burguesia em ascensão. “Entre 1841 e 1865 triunfa na Inglaterra o princípio terrorista e, com ele, o do confinamento celular e do trabalho inútil” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 79).

2.1.3 O século XIX e a origem do sistema penal moderno

Ao longo da história, o fenômeno da prisão desempenhou diversos papéis, nenhum deles fora de fato glorificado como uma solução última para demandas sociais; na era do Capitalismo tem sido projetado a partir dessa perspectiva. O que chama a atenção dos historiadores e politólogos criminais com esta característica dos conhecimentos produzidos nesta seara no sistema social vigente é a proximidade dos dados que podem ser colhidos e apresentados como evidências do fracasso de toda proposta nessa direção. Rusche e Kirchheimer apontam um argumento que traça uma linha contínua de evolução no uso do encarceramento pelo discurso punitivo que alcança o século XVIII:

Carcer enim continendos homines non ad puniendos haberi debet (As prisões existem apenas para prender os homens e não para puni-los)². Este é o princípio dominante por toda a Idade Média e o início da Idade Moderna. Até o século XVIII, as grades foram simplesmente o lugar de detenção antes do julgamento, onde os réus quase sempre perdiam meses ou anos até que o caso chegasse ao fim. As condições de encarceramento desafiavam qualquer descrição (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 94-95).

Como vimos, do propósito da custódia até as casas de correção e trabalhos forçados a trajetória do encarceramento contou com uma série de fatores históricos que criaram condições sociais e políticas para a nova utilização da prisão: a centralização do poder judicial, a modificação na forma de estruturação da economia, a produção fabril seguida da industrialização, o Mercantilismo, o Iluminismo; tudo isso foi acomodado, colmatado e organizado para servir ao propósito do sistema capitalista. E o momento histórico onde esta realidade político-econômica se apresentou na sua versão final, fora o século XIX (FOUCAULT, 1997, p. 27-28).

² Citando o Digesto ou Pandectas do *Corpus Juris Civilis* do Imperador Justiniano, no século VI da nossa Era.

Com efeito, devemos salientar que esta chegada ao século XIX implicou uma série de avanços e retrocessos nos debates acerca das concepções e utilização do direito penal e da política criminal do encarceramento. Inicialmente, podemos afirmar a falta de uma separação entre as características pessoais e fáticas que conduziam pessoas às casas de correção, e mesmo de trabalhos forçados: crianças que precisavam de orientação; mulheres, cujas penas em fatos similares aplicadas aos homens os levariam às galés; vagabundos; desocupados; pessoas que cometeram crimes de menor gravidade; todo esse público poderia ser acomodado em estabelecimentos similares indistintamente até o século XVIII (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 185-186). Mas foi a necessidade de acomodar criminosos que pouco a pouco foi trazendo mudanças, sem, contudo, significar uma alteração radical do perfil dos estabelecimentos.

[...] a prática de enviar criminosos para as casas de correção levou aleatoriamente à separação dos internos, uma vez que a exploração da força de trabalho constituía a preocupação decisiva; no entanto, as condições do local e, particularmente, de superlotação de reclusos, normalmente determinavam se a separação indicada por motivos pedagógicos podia ser posta em prática.

[...] Em fins do século XVIII era comum combinar os mais diferentes propósitos numa mesma instituição. A casa de Pforzheim, mantida com muita afeição e carinho pelos príncipes de Baden, era um orfanato, um instituto para cegos, surdos e mudos, um asilo para loucos, um centro de assistência à infância e uma colônia penal, tudo numa só.

[...] A primeira forma de prisão estava, então estreitamente ligada às casas de correção manufactureiras. Uma vez que o objetivo principal não era a recuperação dos reclusos, mas a exploração racional da força de trabalho, a maneira de recrutar internos não era o problema central para a administração (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 98-99).

Essa distinção e especialização iriam se consolidar, dando origem à forma moderna e generalizada do cárcere. A necessidade de tratamento diferenciado fez eclodir uma série de novas características institucionais. Acomodar mulheres que cometiam delitos, bem como pessoas de origem burguesa ou nobre passou a ser fator de diferenciação que necessitava de um maior trabalho teórico; dar os motivos, instituir a forma. E se no caso das mulheres, tal distinção era de mais fácil aceitação, as filigranas do poder que se evidenciavam para o tratamento diferenciado por classe social trouxeram uma série de distorções. E a burguesia exerceu um papel fundamental nessa fase e na que se seguirá.

Assim, “a *poena extraordinaria*, que permitia ao juiz arbitrariamente aumentar ou diminuir a punição, pavimentou em toda parte caminho para a ampliação da prática de encarceramento nas casas de correção” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 100), mas não

só aumentar e diminuir, cabia aos juízes reconduzir essa mesma pena, de uma condenação à pena capital ou corporal, à casa de correção, atendendo aos interesses da produção. Esse fenômeno gerou toda ordem de corrupção e incertezas, assim como o regime de crueldade nas casas de correção e de trabalhos forçados, que variavam segundo os interesses da administração e conforme o poder aquisitivo do condenado podia-se fazer repelir os maus-tratos. Essa realidade fez reascender o interesse geral pelos castigos corporais, num claro sentido de retrocesso no início do século XIX.

Nesse período ainda podemos verificar o surgimento de pequenas instituições criadas exclusivamente para criminosos, inicialmente, aqueles que cometiam pequenos crimes, e em seguida os criminosos mais graves; isto se deu na passagem do século XVIII ao XIX na maior parte da Europa. E “o bom desempenho da casa de correção de Amsterdã foi rapidamente exportado como um exemplo concreto de eficiência do novo sistema e a inutilidade do antigo” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 103). E a questão de classe, assim como a questão administrativo-financeira, vem mais uma vez trazer questões e distorções: Quantos funcionários? Quem paga a conta? Como fazer a gestão? Como melhor “adestrar”? Foram questões colocadas no momento, fazendo crescer a necessidade de maior precisão nos critérios que levavam pessoas ao cárcere, bem como a forma de tratar essas pessoas, uma vez encarceradas, sem perder a utilidade desses corpos, propósito talhado no desenvolvimento da instituição carcerária nos últimos séculos. Estamos às portas do século XIX, e surge o movimento pela reforma penal no berço das elaborações iluministas.

Desta forma, podemos assegurar com Rusche e Kirchheimer que “os fundamentos do sistema carcerário encontram-se no mercantilismo; sua promoção e **elaboração** foram tarefas do Iluminismo”, uma elaboração com o propósito de estabelecer precisão e traçar estratégias; e, mais ainda, que “Krohne está certo quando conclui que a confusão sobre o propósito e a natureza do cárcere tornou possível o encarceramento de todos os que foram considerados indesejáveis por seus vizinhos e superiores” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 103, grifo nosso); e, sem sombra de dúvidas, quanto mais próximos aos poderosos, maior a chance de alguma sentença condenatória absolutamente à revelia – fala-se que muitos só chegavam a conhecer do fato de haver qualquer acusação contra si processada, já no cárcere –, e o extrato social que mediava à época os espaços de poder e não poder era justamente a burguesia.

Um capítulo especial nesse episódio foi aquele mencionado por Foucault acerca da *lettre de cachet*, que poderia ser utilizada por determinados indivíduos de prestígio social contra outros indivíduos com menos prestígio, e este instrumento levava o selo real para o fim de encarcerar pessoas, a maioria das vezes sem acusação, muitas vezes por mero interesse

pessoal de casta (FOUCAULT, 1997, p. 36-37). A burguesia viu-se pressionada em meio à ordem social, a qual era a principal responsável pela construção naquele momento, e ao mesmo tempo o submetia a tratamento, muitas vezes, degradante. Esse, então, pode ser destacado como o principal elemento motor da reforma penal de fins do século XVIII e início do século XIX.

Abre-se o caminho para as primeiras formulações sobre dogmática penal propriamente dita. Em meio aos penalistas destacou-se a figura de Ansel *von* Feuerbach na Alemanha, que não esteve só, mas que, sem sombra de dúvidas, exerceu maior influência, sendo o primeiro a usar a expressão política criminal (DELMAS-MARTY, 2004, p. 3). E entre os autores clássicos e precursores da politologia teremos Charles de Montesquieu, Cesare Beccaria e François Voltaire. Todos esses precursores apontaram destinos teóricos que encontramos no pensamento penal contemporâneo, e são considerados os principais reformadores modernos.

Para Rusche e Kirchheimer os motivos da reforma são evidentes e as consequências podem ser observadas no contexto de elaboração da proposta de uma nova visão acerca do direito penal. Para esses autores, a intenção dos reformadores tinha como alvo as incertezas e a arbitrariedade que rondava as decisões dos tribunais criminais, o propósito era a limitação do poder do Estado para impor uma pena, e tal limitação se daria através da criação de leis fixas, às quais as autoridades seriam compelidas a sujeitar-se (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 109-110).

Com efeito, entre as consequências tivemos a elaboração de mandamentos que, segundo os reformadores deveriam passar a fazer parte do repertório técnico para a aplicação do direito penal. Um elemento básico foi quanto à *natureza da pena*, ou seja, a sua forma de aplicação (cárcere, trabalhos forçados, multas etc.) que na época atingia prioritariamente as classes subalternas, e a burguesia se via suscetível de sofrer com a precária formulação desse componente básico de aplicação do direito. Da mesma forma, elementos como *a elaboração estritamente legal da ideia de culpa criminal*, identificada claramente no pensamento de Hobbes, e a perspectiva de não retroatividade da lei penal, careciam de aprimoramentos. Uma ideia-base do direito penal nascente era a da individualização da pena, que deveria corresponder quantitativamente ao tipo de crime praticado, e desta forma tínhamos uma diferenciação da punição levando-se em consideração esta variável (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 110-113).

E para tais consequências, elegeu-se um método e este foi o da matemática – admirado pelos reformadores da época, especialmente, por Beccaria –, que atendia aos interesses burgueses por mais segurança, proposta epistêmica que intentava *uma identificação da justiça*

com o cálculo. Este propósito tentava trazer a maior racionalidade possível, a partir dos métodos mais avançados da época. Para a filosofia política, os reformadores não ultrapassaram os limites da proposição de uma igualdade formal, aludindo que a punição se tratava de uma consequência imediata do delito, adotando assim, mais claramente, a posição liberal à qual pertenciam. E, para Rusche e Kirchheimer, o direito penal moderno começa a ganhar os seus contornos: “começando pelas definições rudimentares já existentes, o esforço maior estava agora concentrado em desenvolver um elaborado sistema de legislação que reconhecesse todas as sutis distinções entre os vários motivos e caminhos para se cometer um mesmo crime” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 113).

Para Foucault, “no fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo” (FOUCAULT, 2002b, p. 12), e essa constatação quer anunciar mais do que o fim de uma cerimônia, quer dar notícia do anúncio de uma nova era, o momento no qual a prisão se generalizou como estratégia de controle das sociedades, e aponta ao menos dois processos. De um lado, *a supressão do espetáculo punitivo*, a segurança de que, naquela época, embora pudesse parecer útil, seria pouco honroso supliciar. *Tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias*, a violência que se apresentava como móbil, de sempre mais violência e pouca utilidade social, vai abandonando a cena pública. Por outro, o exercício da punição vai adentrando espaços cada vez mais reservados aos administradores da justiça criminal, *a punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal*, é a certeza da punição que deve mover os indivíduos nesse novo momento, *a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens*; e um novo elemento faz parte da estratégia penal: a ideia de alma (FOUCAULT, 2002b, p. 12-13). Os conceitos de alma e corpo para Foucault são elementos centrais da sua elaboração teórica, vejamos como os concebe:

Não se deveria dizer que a alma é uma ilusão, ou um efeito ideológico, mas afirmar que ela existe, que tem uma realidade, que é produzida permanentemente, em torno, na superfície, no interior do corpo pelo funcionamento de um poder que se exerce sobre os que são punidos – de uma maneira mais geral sobre os que são vigiados, treinados e corrigidos, sobre os loucos, as crianças, os escolares, os colonizados, sobre os que são fixados a um aparelho de produção e controlados durante toda a existência. [...] O homem de que nos falamos e que nos convidamos a liberar já é em si mesmo o efeito de uma sujeição bem mais profunda que ele. Uma “alma” o habita e o leva à existência, que é ela mesma uma peça no domínio exercido pelo poder sobre o corpo. A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma, prisão do corpo (FOUCAULT, 2002b, p. 28-29).

Esta é a grande obra dos reformadores para Foucault, é o principal interesse daquela época. Com efeito, para aqueles pensadores, a necessidade de rompimento da percepção da punição como uma vingança do príncipe em face ao súdito que maculou contrato, deve agora ser substituída pela técnica de produção do saber jurídico. E essa técnica deve se alicerçar por sobre uma nova compreensão do sujeito: “essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’.” (FOUCAULT, 2002b, p. 63). Mas o nosso autor salienta que a individualidade nesse período não é posta tão-só, enquanto natureza humana, como argumento contra a barbárie dos suplícios, o sujeito ganhará o *status* de sujeito de direito como limite e como fronteira legítima ao poder de punir.

No entanto, Foucault nos chama atenção ainda para a relativa inconstância deste objetivo humanista da reforma e do seu verdadeiro objetivo: “O que se vai definindo não é tanto um respeito novo pela humanidade dos condenados [...] quanto uma tendência para uma justiça mais desembaraçada e mais inteligente para uma vigilância penal mais atenta do corpo social” (FOUCAULT, 2002b, p. 66).

Ora, se confrontamos esse processo com o discurso crítico dos reformadores, vemos uma notável coincidência estratégica. Realmente, o que eles atacam na justiça tradicional, antes de estabelecer os princípios de uma nova penalidade, é mesmo o excesso de castigo, mas um excesso que está ainda mais ligado a uma irregularidade que a um abuso do poder de punir. [...] O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito e punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social (FOUCAULT, 2002b, p. 67-69).

Com efeito, para Foucault, este é o sentido e força de capilaridade do direito penal que se aproxima, trata-se de outra política criminal. Quanto às consequências práticas no desenvolvimento do discurso jurídico-penal e o sentido filosófico-político que fundamentará a sua percepção sobre esse desenvolvimento, não teremos divergências entre ele e as elaborações de Rusche e Kirchheimer.

Para Melossi e Pavarini as conclusões acerca da essência humanista da reforma não diferem dos autores citados acima, e, além disso, a tensão entre os interesses da classe tradicionalmente dominante e a burguesia que se firmava politicamente conduzia à formação

de um sistema penal robusto e coerente, ao menos, era a proposta. Se para a obtenção de tal êxito era necessário o domínio da técnica legislativa e para isso o poder aquisitivo fosse elemento fundamental, este não seria o problema naquele instante, pelo contrário, algo de solução perceberíamos ali. E a justiça criminal restou para os abastados novamente.

Estabeleceu, ao mesmo tempo, a introdução do princípio da legalidade nos delitos e nas penas e a supremacia da pena detentiva sobre qualquer outra forma punitiva. Contemporaneamente, insistia-se na necessidade de fazer com que os hospitais e as prisões fossem lugares nos quais a defesa social tivesse o trabalho efetivamente como base. O princípio que postula que a definição do delito e da pena por ele previsto deixe de ficar ao arbítrio do juiz e passe a ser codificado, de forma taxativa, por lei, e a exigência de uma justa proporção entre a sanção e a gravidade do fato cometido, exprimem um aspecto não secundário da luta que uma burguesia já desenvolvida e segura de si empreende contra a antiga forma estatutária, mas representam também a formalização da práxis, por quase dois séculos enraizada, de tratar a questão penal (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 89).

Da Alta Idade Média ao século XIX, o que vimos surgir fora um discurso de sujeição que deu condição para a afirmação do sistema jurídico-penal como discurso legítimo e do cárcere como sua consequência, em meio a uma realidade político-econômica inédita. O sistema capitalista, enquanto *ethos* social estabelece uma conformação para as disposições sociais, ou seja, define identidades, estabelece condições de socialidade, constrói lugares sociais determinados (atualmente estudado pela Geografia Penal, de Nils Chirstie), mas, sobretudo, constitui as formas elementares da biopolítica. E este sistema jurídico-penal, ainda rudimentar no século XIX, e que nasce nesse contexto, irá se aprimorar ao longo dos séculos XIX e XX e se apresentar no lugar de mantenedor de toda essa lógica de funcionamento social; e tudo isso, encoberto sob o manto da insensibilidade positivista.

2.2 DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL: (DIS)JUNÇÕES DE UM SISTEMA INTEGRADO

Seguindo a trilha esboçada na seção anterior, podemos afirmar que para autores já clássicos em matéria de história do direito penal moderno, tais como: Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Michel Foucault, Dario Melossi e Massimo Pavarini, a história dos sistemas penais é também a história da elaboração de um discurso e de uma prática de controle das sociedades, com o objetivo de formar, a partir de certo tipo de discurso – que é o discurso punitivo –, certo tipo de sujeito – que é o cidadão dócil ou o criminoso –, e assim atender de

maneira sempre mais eficiente às demandas de um *ethos* político-econômico, em nosso caso, de tipo capitalista.

O modelo de ciência jurídico-penal que vem a se formar no século XIX se notabiliza por seu estreitamento junto à doutrina positivista e à necessidade de se impor como uma ciência, nos moldes das ciências naturais. E assim, surge a chamada *ciência conjunta ou integral do direito penal* (*die gesamte strafrechtswissenschaft*), a partir da elaboração do penalista alemão Frantz von Liszt, já nos primeiros anos do século XX. Com efeito, essa ciência conjunta tentou reunir num todo integrado a dogmática jurídico-penal (responsável pela análise e integração do direito penal), a política criminal e a criminologia. A perspectiva metodológica e epistemológica positivista nunca permitiu uma real integralidade das disciplinas subordinando a criminologia de caráter etiológico e a política-criminal à dogmática jurídico-penal (BARATTA, 2004a, p. 139-151; 2004b, p. 168-198). Neste sentido é que se dá a célebre expressão do mencionado penalista alemão: “O direito penal é a barreira intransponível da política criminal” (VON LISZT, 1905, p. 80 *apud* ROXIN, 2000, p. 1).

Essas aporias levariam ao desenvolvimento de estudos críticos. Assim, ao passo que todas as elaborações dogmáticas e políticas, no contexto da já tradicional *ciência conjunta do direito penal*, vão se desenvolvendo na Europa, nas Américas, mais notadamente, na América do Norte. A criminologia vai cada vez mais se ligando à sociologia e produzindo uma crítica aos critérios de definição do desvio, fundada naquilo que se passou a chamar de teoria da reação social (*labelling approach*). Essa verdadeira virada epistemológica e metodológica que marca a segunda metade do século XX inaugura aquilo que passaremos a chamar de criminologia crítica, uma perspectiva que se propõe a uma crítica externa ao direito penal, tratando-o como objeto de análise, refletindo sobre as suas bases epistêmicas e históricas. A política criminal liga-se aos estudos na área da ciência política e percorre um caminho crítico similar, embora com menor capilaridade na prática das decisões institucionais públicas.

2.2.1 Os passos da dogmática jurídico-penal

A dogmática jurídico-penal alemã é a doutrina mais festejada e, logo, fundamentadora de grande parte dos estudos realizados em diversas partes do mundo, mais especialmente na Península Ibérica, nas Américas de língua portuguesa e espanhola, e também na Itália, gozando a abordagem disciplinar nesta última de alguma autonomia. E para pensarmos o atual estágio da dogmática jurídico-penal aliada aos aspectos políticos que a acompanham, mesmo

no Brasil, nos ateremos neste estudo aos limites do desenvolvimento da doutrina alemã do direito penal, sua metodologia e a forma mais comum de elaboração da sua episteme.

O século XIX foi um momento de grande pujança na industrialização da Europa, e da afirmação da estratificação da sociedade. Foi também palco do nascimento de diversas ciências, bem como do florescimento da moderna dogmática jurídico-penal, que serviu para a contenção, assim como para a ordenação da sociedade que lutava por justiça social; e nesse momento “a questão criminal se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social” (BATISTA, 2009, p. 23). Tal necessidade, não deixou de fora o braço armado do Estado e a doutrina jurídico-penal foi chamada a prestar o seu valioso serviço.

Assim é que a primeira formulação dogmático-conceitual do direito penal se deu nesse período, através da chamada Escola Clássica do Direito Penal, que recebeu a influência de muitos pensadores de períodos anteriores, mas que conseguiu aglutinar diversas contribuições em torno dessa Escola. Com efeito, o Direito Penal Clássico favoreceu uma interpretação sem limites e excessivamente abstrata das legislações penais, bem como a ausência de qualquer possibilidade de formulação sistêmica, que gerasse algum grau de previsibilidade das decisões judiciais, onde o conceito de delito era “uma consequência dedutível do sistema jurídico positivo, independentemente do seu conteúdo ou substrato social, o que impede qualquer indagação acerca da validade do próprio sistema” (TAVARES, 1980, p. 11).

E dando seguimento, vejamos uma consideração histórica, para o que passaremos a argumentar: não é novo o entendimento da percepção do direito penal como uma estratégia de contenção social, no propósito de regulação da vida em sociedade; podemos mesmo dizer que este é o argumento clássico. Lembremos, então, que as formulações protossistemáticas do direito penal, havidas no período a partir da segunda metade do século XVIII e no século XIX, deram-se num ambiente cuja efervescência política facilmente poderia levar as sociedades ao caos. Referimo-nos ao estado de fragmentação em que se encontravam, não por acaso, os dois centros onde inicialmente mais se elaborou e formulou a doutrina penal, origem dos nossos sistemas modernos, que se encontravam não unificados enquanto Estado-nação. Trata-se da Alemanha e da Itália.

Assim é que as formulações de pensadores como Carmignani, Romagnosi e Carrara desenvolveram na Itália, e na Alemanha as elaborações da doutrina do direito penal também aconteciam e para muitos com certa anterioridade ao pensamento italiano sob diversos aspectos. Assim é que Juarez Tavares destaca os nomes de Stübel, Luden e Feuerbach, cujas contribuições seriam valiosas para a compreensão do conceito analítico de crime, a bipartição

do *injusto* e da *culpabilidade* e para formulações apropriadas que viriam a viabilizar o primeiro sistema jurídico-penal propriamente dito, elaborada por Franz Ritter *von* Liszt e Ernst Ludwig *von* Beling (TAVARES, 1980, p. 11-16).

O sistema Liszt-Beling, também conhecido como Sistema Causal-Naturalista, foi a primeira formulação sistemática da dogmática jurídico-penal e tinha a sua marca indelével do positivismo jurídico *stricto* da época, logo, uma vocação marcada pelo cientificismo do século XIX. Com efeito, antes mesmo das formulações kelsenianas acerca da separação do direito de todas as outras formas de conhecimento (KELSEN, 1998, p. 1), o Sistema Causal-Naturalista, já propunha uma elaboração dogmático-penal dissociada de qualquer interferência externa. Desta forma é que se dá a célebre frase, já mencionada neste estudo, de *von* Liszt de que “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal” (VON LISZT, 1905, p. 80 *apud* ROXIN, 2000, p. 1).

Com o primeiro volume do seu Tratado publicado em 1881, *von* Liszt há pouco mais de uma década da unificação da Alemanha, formula teses acerca da dogmática jurídico-penal, que permite uma abertura interpretativa inadequada a todo e qualquer sistema que, se por um lado, precisa atender aos ditames do cientificismo de então, por outro, proporciona ao direito penal mecanismos de enquadramento de condutas, baseados no livre arbítrio, que potencializa o poder de controle do Estado através do sistema penal. Não é só isso. A perspectiva de uma ciência integrada ou conjunta do direito penal, ideia central do pensamento de *von* Liszt, também lega aos doutrinadores da dogmática jurídico-penal este lugar de elaboradores privilegiados das verdades acerca da contenção da sociedade.

Com efeito, iniciamos o século XX, e a necessidade de uma reformulação da dogmática jurídico-penal se apresenta, uma vez constado o afastamento absoluto de quaisquer considerações valorativas para a abordagem do protossistema lisztiano. A partir da retomada do neokantismo, no âmbito da filosofia, e em termos políticos, com a efervescência dos motivos que ensejaram a Primeira Grande Guerra, com a abertura para os reclamos por uma sociedade mais democrática e socialmente justa. Nos primeiros anos do século XX temos uma mudança na forma de pensar o direito penal, ligando-o a uma perspectiva axiológica (SCHÜNEMANN, 1991, p. 43). É a segunda corrente do Sistema Causalista, que questiona o potencial sistêmico, e mais, a *ingenuidade teórica* da formulação Liszt-Beling e propõe mecanismo de maior articulação do sistema, apontando para um aprimoramento especialmente do ponto de vista compreensivo.

E a partir do pressuposto de que ser e dever-ser são realidades epistêmicas distintas, ou seja, “*de que jamás pueden hallarse baremos normativos para la valoración de la realidad*

por medio de un analisis empírico de la misma”³ (SCHÜNEMANN, 1991, p. 47), o Sistema Causalista de cunho neokantiano passa a reelaborar, ainda que timidamente, as bases fundamentais do causalismo, e propõe: 1. Uma mudança central no sistema afirmando que da causalidade não se pode derivar todo o juízo de imputação do resultado, negando uma realidade meramente empírica ao sistema, e trazendo a valoração como novo elemento interpretativo; 2. O problema valorativo, que se acreditava superado a partir das definições codificadas, retorna almejando dar àquela protossistemática penal sua real função sistêmica de sopesamento dos elementos que a compõem para o momento da definição jurídica; 3. As mudanças no âmbito da antijuridicidade e da culpabilidade são evidentes, aquela passa de um elemento meramente formal para ganhar feições eminentemente materiais (a antijuridicidade passa a ser vista como *comportamento socialmente danoso*), enquanto a culpabilidade transcende seu aspecto meramente psicológico da primeira versão, para passar a possuir uma natureza normativa, ou seja, um juízo de reprovabilidade. Com efeito, outras modificações podem ser observadas, mas o que se compreende na doutrina é que tais arranjos, se se demonstram valiosos de uma à outra, no que se refere às mudanças reais e necessárias, estas se dão de maneira bastante limitada (SCHÜNEMANN, 1991, p. 42-53; TAVARES, 1980, p. 35-52).

Bernd Schünemann aponta ainda a existência de uma terceira corrente de pensamento acerca da dogmática jurídico-penal, que se deu a partir do desmantelamento do Sistema Causalista de perfil neokantiano, a partir de 1930 até o pós-Guerra, que se limitou a trazer uma realidade totalizadora ao Sistema de Direito Penal, levando toda a perspectiva penal a um irracionalismo e a um decisionismo, que acarretaram uma “*autosupresión de la ciencia del Derecho penal*”⁴ (SCHÜNEMANN, 1991, p. 53-54). Como veremos, essa é uma consequência de todo sistema de controle social que se institui em realidades políticas na ausência de um sistema constitucional e mesmo da democracia.

Com o fim da Segunda Grande Guerra e a retomada da perspectiva das liberdades políticas e democráticas na Europa – embora tal perspectiva não tenha se disseminado por todo o continente e tenhamos registros negativos mais contundentes na Península Ibérica –, e sob o influxo dos horrores da guerra, desenvolveu-se uma nova dogmática penal, com um forte cunho ontológico que propunha o seu sistema por sobre um conceito final de ação, nasce o Sistema Finalista. Vale lembrar que o III Reich se valeu do Positivismo Jurídico, para

³ “de que jamais podem se encontrar quadros normativos para a valoração da realidade por meio de uma análise empírica do mesmo” (Tradução livre).

⁴ “autossupressão da ciência do Direito Penal” (Tradução livre).

disseminar o irracionalismo jurídico-penal e promover as atrocidades do holocausto; nessa linha a reconstrução da dogmática jurídico-penal propôs uma episteme alicerçada num conteúdo ontológico de caris jusnaturalista; essa alternância entre positivismo e naturalismo em matéria de direito já apresentava sinais de exaurimento, e o futuro do sistema welzeliano não seria exitoso.

O principal artífice do Sistema Finalista foi Hans Welzel, que em 1939 lança o seu *Estudos sobre o Sistema Penal* que dá início às articulações que culminaram, logo em seguida, com o apogeu do Sistema Finalista que se erradia pela Europa e também pelas Américas, apregoando o potencial civilizador do Direito Penal.

El punto de partida teórico del finalismo se halla en la crítica de Welzel al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. De ella surgió el intento de probar que en las «estructuras lógico-objetivas del mundo marcado por la convivencia humana y dotado así de sentido» se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (de realidad y de valor)⁵ (SCHÜNEMANN, 1991, p. 54).

Sendo aqui o objetivo deste estudo, realçar a articulação entre as mudanças na dogmática-penal alemã e suas concatenações políticas, destacaremos apenas os elementos principais de mudança promovidos pelo Sistema Finalista, quais sejam: a afirmação de uma estrutura lógico-objetiva fundada na ação humana, destacando-se nela a sua perspectiva final; o reposicionamento do dolo, que sai da culpabilidade e vem constituir o tipo subjetivo; e a doutrina dos delitos imprudentes, que se caracteriza agora pela negligência à conservação do bem jurídico; ademais, a principal modificação e contribuição fora a estrutura lógico-objetiva, que se irradiou por toda a dogmática penal e trouxe maior coesão ao sistema. Mas as críticas se sucederam e abalaram o edifício doutrinário do Finalismo (SCHÜNEMANN, 1991, p. 58-62).

As críticas que se seguiram ao Finalismo, principalmente, a partir da década de 1960 foram decisivas para a sua superação. Em 1970 o penalista alemão Claus Roxin lançou um opúsculo que reorientou definitivamente as bases de elaboração da dogmática jurídico-penal; foi o seu *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal), onde define as bases metodológicas de elaboração da nova doutrina penal a partir do princípio *nullum-crimen*. Nesta obra Roxin propõe uma reorientação neopositivista da dogmática

⁵ “O ponto de partida teórico do finalismo se encontra na crítica de Welzel ao relativismo valorativo e ao normativismo do pensamento penal kantiano. Dela surgiu o intento de provar que nas «estructuras lógico-objetivas do mundo marcada pela convivência humana e dotada assim de sentido» se dá uma mescla de percepções ontológicas e axiológicas (de realidade e de valor).” (Tradução livre).

jurídico-penal, onde a mesma se aliará à política criminal na sua nova forma de atuação frente aos conflitos sociais; era a início das formulações do sistema teleológico-funcional.

Direito penal e política criminal: se se seguir o que demonstrei, não se trata de opostos, como são apresentados pela tradição de nossa ciência. O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto (ROXIN, 2000, p. 82, grifo do autor).

Passando a uma crítica de fundamento acerca do Sistema Teleológico-Funcional, embora a contradição de se negar o positivismo *lato sensu*, o fundamento do discurso de Claus Roxin se vale enormemente do mesmo. Esse novo sistema em matéria jurídico-penal traz nas suas bases a estrutura de pensamento de um grupo de pensadores neopositivistas que se reuniram em Viena em torno da Associação Ernst Mach, e ficou conhecido no meio filosófico com o nome de o *Círculo de Viena*.

Enquanto o positivismo antigo tendia a dissolver as questões filosóficas em questões psicológicas e sociológicas, ou, quando isso não desse certo, a rejeitá-las como sem sentido, surgiu nos anos 20 e 30 do século XX uma tendência do positivismo na qual a análise psicológica e sociológica foi substituída pela análise lógica de conceitos e proposições filosóficas (RÖD, 2008, p. 758).

A influência desta vertente filosófica sofre um forte impacto após a década de 1950 em meio aos filósofos, mas continua marcante em outras áreas do conhecimento. A fundamentação do pensamento de Roxin no *Círculo de Viena* (ou *Empirismo Lógico*) não é muito difundida; no entanto, a posição antimetafísica e a proposta de uma “síntese entre o pensamento científico e a práxis, ou vida”, que encontramos no Programa do *Círculo*, ou seja, na sua organização conceitual básica, traz elementos marcantes que podemos reconhecer no Sistema Teleológico-Funcional, considerando, especialmente, os aspectos metodológicos e a compreensão do lugar dos conceitos ontológicos e/ou metafísicos, o que num dado momento podemos encontrar como argumento justificador para a difusão desta forma de elaboração

epistemológica preponderante naquele período, sob a influência dos numerosos e influentes pensadores do *Círculo*, mas não é outra coisa o que queremos aqui dizer.

Nós vivenciamos a maneira como o espírito da concepção científica de mundo penetra de modo crescente as formas da vida pessoal e pública, do ensaio, da educação, da arquitetura, como ele ajuda a guiar a formação da vida econômica e social com base em fundamentos racionais. *A concepção científica de mundo serve à vida e a vida a assume* (MACH (Org.), 1929 *apud* RÖD, 2008, p. 759, grifo do autor).

Este trecho marca a imbricação proposta no sistema de Roxin entre dogmática jurídico-penal como ciência de um lado e a política criminal como práxis ou vida do outro. Devemos ainda dizer que o *Círculo de Viena* exerceu influência de forma difusa na Europa durante um largo período, em especial na Áustria, Alemanha, Inglaterra e na França. Com efeito, outros expoentes do pensamento jurídico assumiram a existência dessa aproximação do mundo jurídico no mesmo período em que Roxin produzia as bases do seu pensamento:

[Tratando da teoria do direito na Inglaterra em meados do século XX, Dworkin assevera que] por teoria do direito analítica, eles entendiam a elaboração cuidadosa do significado de determinados termos (como “infração legal”, “posse”, “propriedade”, “negligência” e “lei”), que são fundamentais para o direito no sentido em que aparecem não apenas em um ou outro ramo da doutrina jurídica, mas ao longo de todo o seu espectro. (DWORKIN, 2002, p. 5).

Outra não é a proposta de uma *dogmática criadora* na concepção de Mir Puig, seguindo orientação teleológico-funcional, que afirma:

La letra de la ley no ofrece más que el *punto de partida* y el *límite máximo* de la interpretación de la norma. La letra de la ley traza únicamente un *marco*, dentro del cual el jurista ha de “concretar” el preciso alcance de la norma, en base a las *exigencias del sector de realidade* objeto de regulación (el llamado “proceso de concreción de la norma”: *Normkonkretisierung*)⁶ (MIR PUING, 2006b, p. 28, grifo do autor).

O que chama a atenção, é que uma doutrina filosoficamente baseada numa concepção já superada (RÖD, 2008, p. 762; DWORKIN, 2002, p. 19-20), que alicerça os seus fundamentos num proposta neopositivista, que ao mesmo tempo assume a ingerência dos

⁶ “A letra da lei não oferece mais que um *ponto de partida* e o *limite máximo* da interpretação da norma. A letra da lei traça unicamente um *marco*, dentro do qual o jurista há de “concretar” o preciso alcance da norma, com base nas *exigências do setor de realidade* objeto da regulação (o chamado “processo de concreção da norma: *Normkonkretisierung*”). (Tradução livre).

aspectos político-criminais como fundamentais, reclama para si a “última palavra” (ROXIN, 2000, p. 82-88), como uma espécie de *doadora de sentido* da realidade conflitual da nossa sociedade. Propugnar os limites do direito penal, em seu sentido geral, é também propugnar seus limites metodológicos de disciplina, o que claramente não percebemos nas dogmáticas jurídico-penais contemporâneas.

2.2.2 Faces da Criminologia

O período histórico, entre os séculos XVII e XIX na Europa, é marcado pela necessidade de estabilização social. Durante este período grandes convulsões sociais se acumulavam (CHÂTELET; DURAMEL; PISIER-KOUCHNER, 2000, p. 98-114), em torno dos anseios pelo fortalecimento ou consolidação dos Estados-nação. Assim é que países como Alemanha e Itália, que só vêm a se unificar já na segunda metade do século XIX, como já dissemos, encontram no direito penal uma ferramenta ideal de controle social.

A criminologia surge no final do século XIX, sob o influxo filosófico do positivismo naturalista, mas, sobretudo, do verdadeiro postulado do cientificismo que marcou esse período, fazendo emergir diversas outras ciências. Assim é que Cesare Lombroso na antropologia, Raffaele Garofalo no direito e Enrico Ferri na sociologia marcaram esse período com o desenvolvimento da chamada Escola Criminológica Positivista, estabelecendo o primeiro paradigma criminológico desta nascente disciplina, reconhecido como o paradigma etiológico.

Na base deste paradigma a Criminologia (por isto mesmo positivista) é definida como uma Ciência causal-explicativa da criminalidade; ou seja, que tendo por objeto a criminalidade concebida como um fenômeno natural, causalmente determinado, assume a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico ou experimental e o auxílio das estatísticas criminais oficiais e de prever os remédios para combatê-la. Ela indaga, fundamentalmente, o que o homem (criminoso) faz e porque o faz.

O pressuposto, pois, de que parte a Criminologia positivista é que a criminalidade é um meio natural de comportamentos de indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos. Sendo a criminalidade esta realidade ontológica, preconstituída ao Direito Penal (crimes “naturais”) que, com exceção dos chamados crimes “artificiais”, não faz mais do que reconhecê-la e positivá-la, seria possível descobrir as suas causas e colocar a ciência destas ao serviço do seu combate em defesa da sociedade (ANDRADE, 1995, p. 24-25).

Com isso, a necessidade de manter fronteiras bastante rígidas entre as ciências nascentes fez com que direito penal e criminologia se harmonizassem, e elaborassem métodos de trabalho que não interferissem nos ditames dogmáticos de cada disciplina, restando ao direito penal o delito, e à criminologia o *homem delinquente* (BARATTA, 2002, p. 29). Com isso não falamos em assepsia metodológica, mas numa elaboração incessante para a cooperação em torno da busca de uma proposta *omniabarcante*.

Embora possamos reputar à escola jurídico-penal germânica os méritos pelo desenvolvimento dos sistemas teórico-abstratos do delito, a Escola Liberal Clássica do Direito Penal italiana teve uma participação fundamental na composição da filosofia que deveria sedimentar as bases ideológicas do sistema de controle social nascente. Com efeito, é assim que de Beccaria à Carrara, bem como pensadores centrais do direito penal alemão, no mesmo período, tais como: Feuerbach, Stübel, Binding e Luden, fizeram com que o princípio humanista-liberal da legalidade se constituísse como verdadeiro postulado de validade de todas as construções naquele período, com decorrências fundamentais, tais como: vinculação do juiz à lei; um direito penal do fato e não do autor; o delito como ente propriamente jurídico; e, com isso, um direito penal que sancione limitada e adequadamente (TAVARES, 1980, p. 7-16).

A atitude filosófica racionalista e jusnaturalista da Escola clássica havia conduzido a um sistema de direito penal no qual, como vimos, o delito encontra sua expressão propriamente como ente jurídico. Isto significa abstrair o fato do delito, na consideração jurídica, do contexto ontológico que o liga, por um lado, a toda a personalidade do delinquente e a sua história biológica e psicológica, e por outro lado, à totalidade natural e social em que se insere sua existência (BARATTA, 2002, p. 38).

Não obstante todo esse arcabouço teórico, as mudanças políticas que vinham se processando no Velho Continente no século XIX fizeram mudar os ares das pressões por legalidade, para uma demanda por controle, uma vez estarem acontecendo nesse período histórico intensas convulsões sociais. Além disso, a pujança do cientificismo da segunda metade do século ditou, em consonância com o momento histórico-social vigente, os rumos das reelaborações dogmáticas em matéria penal. E é a imbricação entre os fundamentos teóricos e práticos da Dogmática Jurídico-Penal alemã e da Criminologia Positivista italiana que se estruturam por sobre o discurso punitivo⁷ nos albores do desenvolvimento da

⁷ Com a expressão espírito punitivo, nos remetemos à exortação feita por Eugenio Raúl Zaffaroni ao falar sobre o crítico do direito penal nas Américas, onde menciona uma “situação ‘espiritual’, adjetivo que, aqui, não tem conotação abstrata alguma, mas que se refere, mais precisamente, ao conjunto dos aspectos intelectuais e

dogmática penal na Europa, do final do século XIX e início do século XX (DIAS, 1999, p. 23-25).

Logo, compreendemos que se por um lado a Escola Clássica do Direito Penal italiano, bem como pensadores centrais do direito penal germânico, pavimentaram os primeiros caminhos a serem percorridos pelo penalismo europeu no final do século XVIII e início do XIX – impulsionados pelo contexto político liberal, que reclamava uma contenção ao poder estatal –; por outro, é o estabelecimento do industrialismo e as necessidades de um sistema capitalista que se consolida, que gera um espaço político adequado, para que aquela plêiade de pensadores italianos e germânicos, agora do final do século XIX, contrariando os seus antecessores, passassem a apontar noutra direção, para um direito penal sem limites, fundado na periculosidade do agente, com um pseudossistema dogmático cujas definições restaram frouxas, sendo capaz de sempre ampliar o alcance da tutela penal (BATISTA, 2009, p. 26).

Essa contrariedade da Escola Positiva ao pensamento que lhe antecedeu – elaborado na passagem do século XVIII para o XIX –, fora fundamentada pela Escola Positivista, a partir da constatação das fragilidades do *princípio de imputação*, que estruturado sob bases ontológico-metafísicas não permitiam a demonstrabilidade de um resultado empírico na determinação da responsabilidade. Isso faz com que a Escola Positiva “procure encontrar todo o complexo das causas [do delito] na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo”. De toda sorte, para esta vertente de pensamento, no que se refere ao fato delituoso, tratava-se “de uma concepção do fenômeno criminal segundo o qual este se colocava como dado ontológico preconstituído à reação social e ao direito penal” (BARATTA, 2002, p. 38-40).

Desta forma, como já dissemos acima, estruturou-se uma criminologia positivista, que revisita e potencializa a ideia de *defesa social*, provinda dos clássicos, bem como a reestrutura numa proposta seletiva e estigmatizante, onde se determina a sociedade como *o bem* e o indivíduo que cometeu o delito como *o mal*; e que mantém as suas elaborações a serviço da dogmática jurídico-penal. É importante salientar o papel que a criminologia positivista desempenhou fundamentando o paradigma etiológico do direito penal, e de todo o tratamento de controle social até os nossos dias.

É verdade que se deve reconhecer à Escola positiva italiana a tentativa de resgatar – mediante a elaboração do conceito de “delito natural” – a criminologia de tal subordinação. Deve-se recordar, não obstante, que

afetivos (ou emocionais) de uma situação cujo sintoma mais característico é a perda de segurança de resposta com que, há algumas décadas, regia o penalismo na região” (ZAFFARONI, 1991, p. 11-12).

precisamente do direito penal positivo a velha criminologia emprestava, seja como for, as definições da realidade que pretendia estudar, depois, como o método científico-naturalístico. [...] Os mecanismos seletivos que funcionam neste sistema [penal], da criação das normas à sua aplicação, cumprem processos de seleção que se desenvolvem na sociedade, e para os quais, como se verá logo, o pertencimento aos diversos estratos sociais é decisivo (BARATTA, 2002, p. 40).

A formulação das principais estratégias de abandono do paradigma etiológico em matéria penal tem início na década de 30 do século passado, do outro lado do Atlântico. Os Estados Unidos viviam o período da *Grande Depressão* e a pobreza e falta de trabalho assolava o país; o então presidente Franklin Delano Roosevelt precisou lançar um grande acordo nacional para mobilizar a população para a retomada do crescimento, foi *New Deal*. Em meio a toda essa realidade sociopolítica, intelectuais da chamada Escola de Chicago passaram a formular estratégias de superação para o discurso criminológico positivista, tendo em vista a necessidade de abandonar os pressupostos naturalistas (e deterministas) da criminalidade.

Um dos grandes estudos dessa época fora formulado por Robert Merton, sobre a criminalidade de *colarinho branco*, no qual se podem confrontar diversos postulados da Escola Positiva, que migrou da Europa e se irradiou por diversas partes do mundo. Duas vertentes acadêmicas, no âmbito da sociologia, apresentaram-se como fundamentos importantes para a proposta vindoura, fora o interacionismo simbólico e a etnometodologia, que foram mescladas no propósito de dar uma nova explicação para a conduta humana em sociedade. Eis que surge o *labelling approach* ou paradigma da reação social.

O novo paradigma compreende a necessidade de mudar o foco de atenção da criminologia do crime e do delinquente para a definição do desvio e para os processos de seletividade do sistema penal. O fundamento é que não sendo o crime uma realidade ontológica, e sim um fenômeno que se dava no processo das interações sociais, estudar o crime e o delinquente após a definição e seleção feita pelo sistema penal, correspondia a uma falsa epistemologia da criminalidade, uma vez que o horizonte de observação científica era limitado pela atuação do sistema penal. E desta forma a nascente criminologia crítica negava, inclusive, o *status* de ciência à criminologia clássica (ANDRADE, 1995, p. 31-32).

Assim, ao invés de indagar, como a Criminologia tradicional, “quem é criminoso?”, “por que é que o criminoso comete crime?” o *labelling* passa a indagar “quem é definido como desviante?” “por que determinados indivíduos são definidos como tais?”, “em que condições um indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?”, “que efeito decorre desta definição

sobre o indivíduo?”, “quem define quem?” e, enfim, com base em que leis sociais se distribui e concentra o poder de definição? (ANDRADE, 1995, p. 30).

Ao lançar as bases para a deslegitimação de uma disciplina que não respondia adequadamente a critérios epistemológicos, bem como servia de instrumento de legitimação para a dogmática jurídico-penal, a sociologia criminal refunda a criminologia sob ares de fatos emancipatórios, e passa a perceber o sujeito criminalizado como o foco de atenção primeiro da “nova” disciplina nascente, não para estigmatizá-lo, mas, sobretudo, para descobrir as fontes de estigmatização e controle social que tradicionalmente se lhe impôs.

O novo paradigma da reação social alcança a notoriedade das academias universitárias já na década de 1960, por apresentar críticas sólidas ao paradigma anterior, e, além disso, estratégias importantes para a melhor compreensão do fenômeno da criminalização (BARATTA, 2002, *passim*).

Não obstante a superioridade epistêmica do novo paradigma, e, conseqüentemente, da criminologia crítica, influxos do paradigma etiológico são constantes e evidentes na prática dos sistemas penais contemporâneos e nas políticas de segurança pública. Quanto a isso nos alerta Pavarini (1980):

[Que] foi precisamente pela aportação determinante do positivismo criminológico que o sistema repressivo se legitimou como defesa social. O conceito de defesa social tem subjacente uma ideologia cuja função é justificar e racionalizar o sistema de controle social em geral e o repressivo em particular. [...] A defesa social é portanto uma ideologia extremamente sedutora, enquanto é capaz de enriquecer o sistema repressivo (vigente) com os atributos da necessidade, da legitimidade e da cientificidade (PAVARINI, 1980, p. 49-54 apud ANDRADE, 1995, p. 35, grifo da autora).

E neste tocante, Batista (2009, p. 23) ainda nos chama a atenção: “A criminologia como racionalidade positiva é uma resposta política às necessidades de ordem que vão mudando no processo de acumulação de capital. Para compreender o seu léxico, seu vocabulário e sua linguagem temos que ter a compreensão da demanda por ordem”. E essa demanda por ordem não cessa numa sociedade cujos elevados níveis de disparidade social, como é o caso do Brasil, não param de crescer.

Atento a isto, e aos limites da criminologia crítica, Alessandro Baratta, no final do século XX, traz uma nova proposta, que surge como decorrência do amadurecimento das conseqüências do esgotamento da Ciência Integrada do Direito Penal lisztiana, e dos avanços propostos pela Teoria do Etiquetamento (*labelling*), apontando limites à elaboração político-

criminal tradicional. Trata-se de um novo modelo integrado de ciência do direito penal com consequências profundas.

El nuevo modelo integrado de ciencia penal, fruto de la confluencia entre dogmática, teoría y sociología del derecho penal en la perspectiva de la criminología crítica, es diferente del modelo positivista propuesto por LISZT. Desde ahora, el punto de vista del componente criminológico deja de ser interno: la investigación toma distancia del rol auxiliar propio de la criminología etiológica. Adoptar un punto de vista externo al sistema penal significa, entre otras cosas, que las definiciones del comportamiento criminal producto de la instancia del sistema (legislación, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común) no sean consideradas más como punto de partida, sino como problema y objeto de estudio, a partir del cual vienen utilizados los instrumentos puestos a disposición de la historia y del análisis de la estructura social⁸ (BARATTA, 2004b, p. 169).

Pelo que nos consta Baratta não esgotou as formulações desta nova perspectiva de ciência integrada do direito penal, no sentido da elaboração de uma metodologia de compreensão sistêmica, perspectiva esta que parte da premissa da necessidade de uma dupla dimensão de interdisciplinaridade, flexibilizando inclusive a estrutura normativa tradicional. Assim é que, incitando a um exercício prático dessa nova concepção, no intuito metodológico de ampliação da compreensão da sua proposta, Baratta nos aponta a necessidade de superação de todo protagonismo político-criminal como estratégia de combate à criminalidade e à criminalização, rumo a uma nova realidade nas formas de resolução de conflitos sociais.

El derecho penal moderno ha sido siempre considerado como una nueva base de la pena. A la luz de una experiencia por lo menos bicentenaria y frente a la actual deslegitimación de los sistemas punitivos y del derecho que debería regularlos, parece lícito proponer otra interpretación: el derecho penal liberal ha sido, sobre todo, un intento de la modernidad por limitar y regular la pena, pero ella permanece en el marco de una reacción premoderna y sólo cambian las formas de sufrimiento. El esfuerzo del derecho moderno por domesticar la violencia punitiva, legitima a ésta última en tan poca medida, como el derecho internacional y humanitario ha legitimado la guerra.

El derecho penal de la Constitución vive hoy la misma condición que el derecho penal del Iluminismo vivió en su tiempo: él debe limitar y regular la pena, pero para que el derecho penal de la Constitución no tenga la misma

⁸ “O novo modelo integrado de ciência penal, fruto da confluência entre dogmática, teoria e sociologia do direito penal na perspectiva da criminologia crítica, é diferente do modelo positivista proposto por Liszt. Com efeito, o ponto de vista do componente criminológico deixa de ser interno: a investigação toma distância do rol auxiliar próprio da criminologia etiológica. Adotar um ponto de vista externo ao sistema penal significa, entre outras coisas que as definições do comportamento criminal produto da instância do sistema (legislação, dogmática, jurisprudência, polícia e senso comum) não sejam consideradas mais como ponto de partida, senão como problema e objeto de estudo, a partir do qual serão utilizados os instrumentos postos à disposição da história e das análises da estrutura social.” (Tradução livre).

suerte del derecho penal liberal, permaneciendo en gran parte en la mente de sus ideólogos, es necesario que reencuentre una dimensión política fuerte y auténtica. Esto sólo será posible si se incorpora en una política integral de protección de los derechos fundamentales⁹ (BARATTA, 2004b, p. 189-190).

Temos então à nossa frente uma proposta que parte da necessidade de pensarmos os conflitos sociais para além das amarras epistêmicas que nos legaram o discurso punitivo moderno. E neste intuito Baratta chega a nos aconselhar que esqueçamos conceitos como o de crime e pena, como um experimento metodológico apenas, e busquemos formas alternativas de resolução dos conflitos, o que assevera que como conclusão teremos formas menos violentas para tais resoluções, na maioria dos casos, incluindo a utilização de outras agências de controle, bem como outros grupos e sujeitos.

Será necessário compreender que para além da política criminal e o dever de atuação negativa do Estado na persecução criminal, ou seja, na garantia fundamental das liberdades, temos de estruturar o novo sistema de forma a que comporte deveres positivos de prestação, que nada mais são do que o dever do Estado social, de prover além da segurança pessoal, todos os aspectos positivos da vida em sociedade, o que Baratta vai chamar de *política de proteção integral dos direitos*.

Desta forma, Alessandro Baratta nos lega essa tarefa.

2.2.3 Política Criminal como disciplina autônoma

Seguindo a linha histórico-conceitual que viemos até aqui desenvolvendo chegou o momento de falarmos sobre política criminal e sua respectiva autonomia. E se em relação ao estudo do direito penal – entendendo-o aqui como dogmática jurídico-penal –, e da criminologia, seus conceitos e objetos de análise já se encontram *mais ou menos* dispostos nas primeiras páginas da maioria dos manuais de estudo sobre o direito penal, e de maneira *mais ou menos* satisfatória, e ao mesmo tempo, considerando que estas disciplinas receberam farta

⁹ “O direito penal moderno tem sido sempre considerado como uma nova base da pena. À luz de uma experiência pelo menos bicentenária e frente a atual deslegitimação dos sistemas punitivos e do direito que deveria regulá-los, parece lícito propor outra interpretação: o direito penal liberal tem sido, sobretudo, um intento da modernidade por limitar e regular a pena, mas ela permanece no marco de uma reação pré-moderna e só mudam as formas de sofrimento. O esforço do direito moderno por domesticar a violência punitiva, legitima a esta última em tão pouca medida, como o direito internacional e humanitário tem legitimado a guerra.

O direito penal da Constituição vive hoje a mesma condição que o direito penal do Iluminismo viveu no seu tempo: ele deve limitar e regular a pena, mas para que o direito penal da Constituição não tenha a mesma sorte do direito penal liberal, permanecendo em grande parte na mente de seus ideólogos, é necessário que reencontre uma dimensão política forte e autêntica. Isto só será possível se se incorporar em uma política integral de proteção dos direitos fundamentais.” (Tradução livre).

atenção por parte da doutrina desde finais do século XIX. No que se refere à política criminal, seu conceito e o seu objeto de análise muitas vezes aparecem de forma pouco precisa, sendo, sobretudo, esta uma disciplina que durante um longo período não recebera a atenção doutrinária devida, face ao estranhamento epistemológico típico das abordagens da politologia, bem como diante de uma expressão que tradicionalmente suscita desconfiança teórica em meio aos juristas. Referimo-nos à política, tão desejosa fora de qualquer perspectiva científica penal desde o período clássico.

Nilo Batista fala na política criminal como “princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados da sua aplicação” (BATISTA, 2002a, p. 34). Enrique Bacigalupo traz o conceito de *von Liszt*, para quem “a política criminal era ‘a ideia fundamental dos princípios sobre a luta contra o delito na pessoa do delinquente levada a cabo mediante a pena e medidas análogas’”, para em seguida recusar esse conceito e afirmar a natureza de verdadeira instância criadora de postulados à política criminal, que assim serviriam “como critérios de decisão a respeito dos sistemas dogmáticos para a aplicação do direito penal” (BACIGALUPO, 2005, p. 64-66). Raúl Zaffaroni e Henrique Pierangeli trazem um conceito mais complexo, para os quais “*a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos*” (ZAFFARONI, 2006, p. 116, grifo do autor); estes são exemplo dos tratamentos conceituais à disciplina.

O que pretendemos aqui demonstrar é a pouca densidade conceitual que nos é correntemente apresentada, no que toca à condição de percepção empírica desses conceitos, ou seja, da mera leitura do conceito de política criminal que usualmente encontramos nos manuais de direito penal; em regra, nós não conseguimos realizar subjetivamente a maneira como estes conceitos se dão na prática. Acreditamos que isto ocorra como consequência do afastamento dos ambientes jurídicos que a disciplina sofreu ao longo da sua história, em especial, em face à metodologia positivista, e em seguida, pelo fato dos avanços da sociologia criminal, que alcançaram os debates acerca da política criminal e impuseram um rol de esquemas de análise, que se opunha aos interesses dos juristas tradicionais, indo por vezes, parar a perspectiva político-criminal, nas academias de ciência política (DIAS, 1999, p. 31), ou mesmo, esquecida do mundo jurídico, só se tendo notícias neste, em cursos especializados. E é neste tocante que experimentaremos traçar, na busca de um conceito e uma experiência de política criminal mais familiarizável, linhas histórico-conceituais e modelos que desvelem essa verdadeira *esfinge* do mundo jurídico-penal.

Do século XVI ao século XVIII na Europa assistiu-se ao surgimento e apogeu daquilo que passamos a chamar de racionalismo, na história e na filosofia. Um dos principais legados do racionalismo foi a separação entre o divino e o humano, entre religião e moral; e, além disso, sob o império da lei – herança das revoluções advindas desse mesmo período –, vimos nascer o espectro filosófico do direito moderno, e também da forma de fazer política. E não por outro motivo reputa-se a Feuerbach ter cunhado a expressão “política criminal”, a qual durante muito tempo e nos primórdios do amadurecimento da moderna ciência penal na Alemanha foi reconhecida como teoria e prática do direito penal, a qual o citado jurista tinha como “o conjunto dos procedimentos repressivos pelos quais o Estado reage contra o crime” (FEUERBACH, 1803 *apud* DELMAS-MARTY, 2004, p. 3).

O que se depreende do conceito clássico formulado por Feuerbach é a presença de um certo formalismo (ao falar de “procedimentos”) e a necessária relação com o exercício do *jus puniendi* por parte exclusivamente do Estado, afirmando-se assim o princípio da legalidade, estabelecendo esse que seria o postulado jurídico-político penal fundamental, presente genericamente em nosso direito até os dias de hoje; e muito responsável pelo verdadeiro fascínio que o pensamento clássico e positivista (este ainda contando com a autoridade da ciência) exerce sobre os sistemas penais contemporaneamente. Vale então ressaltar, a partir daí, logo, desde a origem, a estreita relação entre direito penal e política criminal, tendo ambos os conceitos modernamente sido pensados conjuntamente. Os mesmos só vêm a ser separados com o advento do positivismo e do postulado positivista da necessária assepsia das ciências de quaisquer conteúdos moral ou político.

Esse fato ganha importância, principalmente, se levarmos em consideração que a dogmática jurídico-penal que vinha sendo desenvolvida ao lado das elaborações político-criminais, passa a ser preterida desta evolução conjunta, seguindo isolada e sem maiores avanços que justificassem tal dissociação. Com efeito, o que podemos constatar é justamente o contrário, a dogmática órfã da política criminal *singrou mares* altamente agitados, impedida que fora de acontecer como uma ciência realmente sistêmica e que realizasse todas as promessas técnicas que o seu isolacionismo prometera, vindo a se reencontrar já na segunda metade do século XX com a política criminal, sob o influxo do Sistema Teleológico-Funcional, no entanto, ainda marcada pelo caris neopositivista deste sistema, que insiste em legar à *pobre* dogmática um lugar de destaque e primazia. A política criminal que vinha sendo restringida dentro desse sistema se apresenta atualmente com outras características: “O campo da política criminal tem hoje uma amplitude enorme. Não cabe mais reduzi-la ao papel de

‘conselheira da sanção penal’, que se limitaria a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas” (BATISTA, 2002a, p. 35).

Como se depreende de tudo o que foi dito até aqui, o processo de emancipação da política criminal passa pelo reconhecimento dos limites da sua eficácia, face à sua subordinação à dogmática jurídico-penal, proposta na perspectiva da ciência conjunta *lisztiana*. Com efeito, a descoberta desses limites se deu através das elaborações realizadas no campo da sociologia criminal americana da primeira metade do século XX. Logo, determinou-se a farsa epistêmica que é a proposta de *von Liszt*, que circunscreve a atuação tanto da política criminal quanto da criminologia, para os casos, e no âmbito de definição preestabelecidos pela dogmática jurídico-penal, e, além disso, do ponto de vista das suas experiências técnicas, restringida também por este mesmo método a instituições totais determinadas a partir da lógica dogmático-penal e dos “usuários” por ela recrutados.

Os estudos da política criminal têm um salto qualitativo e quantitativo na segunda metade do século passado. Já no início desse período (1960-1970), quando Filippo Gramatica e Marc Ancel inauguram na França uma nova tendência de pensar o direito penal, que passou desde a ideia da sua supressão, com a valorização dos direitos humanos, até a sua reorientação através de uma perspectiva humanitária, que ganhou o nome de *movimento de Nova Defesa Social*. Em seguida, mas sem que essa ideia de tempo signifique uma consequência, a chamada Escola de Chicago, nos Estados Unidos, desenvolveu uma nova vertente (1980), que recebeu o nome de *movimento Law and Order* (Lei e Ordem), que diferentemente da perspectiva francesa era regido pelo ideal de mais direito penal e o mais duro possível, em especial, a partir da chamada Teoria Broken Windows (Janelas Quebradas). Vale frisar que essa perspectiva teórica teve bastante repercussão nos Estados Unidos da América de Ronald Reagan e na Inglaterra de Margaret Thatcher. Seguindo essa perspectiva diacrônica, temos ainda que diversos autores das Américas do Sul e Central e da Europa (1980-1990), dentre eles: Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina), Raúl Cervini (Uruguai), Nilo Batista (Brasil), Rosa Del Olmo e Lola Aniyar de Castro (Venezuela), Louk Hulsman (Holanda), Alessandro Baratta (Itália), Nils Christie (Noruega), Sebastian Scheerer (Alemanha), Luigi Ferrajoli (Itália) apontaram ainda noutra direção que se constituiu como mais um dos movimentos sinalagmáticos nesse período, que recebeu o nome de *movimento de Despenalização*.

Esses diversos movimentos de política criminal nos legaram a ideia das grandes elaborações que os fundamentam, ao largo dos desenvolvimentos dos sistemas penais nas diversas nações. E o que nos mostra o caminho metodológico de análise da nossa disciplina, para o qual o estudo desses diversos sistemas de direito penal nos remete, é que a aplicação do

direito penal – para a qual durante um longo período a política criminal foi apenas a sua *conselheira* –, mostrou-se dependente das diversas instâncias de controle sociais vigentes em cada sociedade. E da relação desses diversos elementos que compõem os muitos sistemas de controle social, com os sistemas de direito penal particulares, fez-se perceber aí o real objeto de estudos da política criminal, que não é abarcado pela dogmática jurídico-penal, e também se situa à margem dos interesses da maioria das elaborações criminológicas que conhecemos.

Não há sobreposição. Se por sistema de direito penal, ou dogmática jurídico-penal, nós deveremos compreender a análise de um determinado direito positivado numa certa nação e num certo período de tempo, por criminologia teremos o estudo multidisciplinar acerca da reação social aos desvios sociais, seu momento de afirmação e suas consequências. Para efeito do estudo da nossa disciplina ora em exame, teremos que a política criminal

[...] designa um campo não apenas ampliado em relação ao direito penal, mas também aberto e não delimitado, cujo conteúdo não pode ser exposto de forma exaustiva, e, mais ainda, porque se impõe a necessidade de se integrar por uma abordagem ‘diacrônica’ os principais movimentos [...] (DELMAS-MARTY, 2004, p. 5).

A política criminal representa um mapa, complexo e multiforme, sempre preparado para reorganizar as suas linhas, logo, um “*conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal*, aparecendo, portanto, como ‘teoria e prática das diferentes formas de controle social’ (DELMAS-MARTY, 2004, p. 3-4, grifo da autora), e neste sentido, como um esquema observável, que designa a vontade política da forma de combate a todos os atos desviantes. Com efeito, de fato, trata-se de uma elaboração complexa que parte do retrazar as linhas compostas “*do direito penal às práticas de política criminal*”, para partindo de um retrabalho de sintetização, aprimoramos a compreensão dos modelos “*das políticas criminais à política criminal*”¹⁰.

No desenvolvimento deste conceito multiforme e multifacetado de política criminal a professora Mireille Delmas-Marty (2004) propõe um trabalho complexo que passa por essa dupla compreensão. Primeiro, entendermos isso que chamaremos de retrazar as linhas que nos levam dos sistemas de direito penal, que encontraremos a partir da análise das diversas codificações nacionais e da sua relação com os sistemas de controle sociais locais, revelando uma miríade de sistemas de política criminal diversos, onde deveremos passar a observar a *perda de especificidade das categorias penais*, a partir da percepção da *explosão* de tais

¹⁰ Esta é a ideia fundamental, presente numa das obras basilares deste presente capítulo, que é “Os Grandes Sistemas de Política Criminal”, da professora Mireille Delmas-Marty (França).

categorias, levando ao desfazimento de determinadas fronteiras conceituais e do *desenvolvimento de categorias vizinhas*, que desenvolvem substitutivos à aplicação do direito penal. Desta forma, passaremos também pela realização do *esboço de novas categorias oriundas do “direito dos direitos humanos”*, as quais nos revelarão a necessidade de superação da pena privativa de liberdade como critério único da aplicação do direito penal, sobrevivendo à utilização de diversas outras medidas privativas de liberdade *lato sensu*, o que levaria a um esgarçamento dos tradicionais limites do direito penal e da sua consequência primeira, para a realização do que passaremos a chamar de *matéria penal*, que redundará na compreensão de que as hipóteses de incidência do direito que representem consequências análogas às tidas no direito penal gozem dos mesmos níveis de garantias.

[...] a constatação anterior – perda de especificidade das categorias penais e esboço de novas categorias oriundas do direito dos direitos humanos – não marca o desaparecimento do direito penal. Pelo contrário, o direito penal encontra aí uma dimensão nova, que aparece como fonte de inspiração e guia de interpretação, no centro de um conjunto mais amplo e mais aberto denominado “política criminal” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 35).

Segundo, precisaremos apreender mais este movimento metodológico, que chamamos de retrabalho de síntese dos modelos das políticas criminais para a compreensão da ideia de política criminal. E de um trabalho de orientação filosófica, passamos a compreender que a política criminal, como a própria expressão nos evidencia, trata-se de um fenômeno essencialmente político, e está submetida às *correntes ideológicas subjacentes* aos fenômenos políticos tradicionais, em especial no Ocidente: seja a ideologia liberal, a igualitária (fortemente influenciada pelo anarquismo e pelo marxismo) e a totalitária (apreendida, em especial, pelas experiências advindas do III Reich, mas não só), essas experiências nos legam um arcabouço filosófico-político que estrutura a compreensão das bases das políticas criminais que conhecemos e iremos tratar.

E como sedimentação de todo este trabalho metodológico, encontramos aquilo que deveremos entender como *a estrutura própria à política criminal*, que responde à compreensão de elementos metodológicos invariantes existentes, em regra, nas sociedades ocidentais: infração (I) e desvio (D) (considerando ambas as categorias de formas distintas de transgressão, teremos a infração como o desrespeito à norma jurídica e o desvio como o desrespeito à norma social), além de considerarmos possíveis contrações; logo, a existência da chamada infração-desvio (ID), própria dos modelos de Estado totalitário, mas também dos modelos de sociedade libertária. Além destes três elementos invariantes, teremos ainda para

completar o nosso quadro das invariantes aquilo que podemos chamar genericamente de resposta do Estado (Re) ou resposta da sociedade (Rs) aos conflitos.

Com efeito, além da identificação dos cinco elementos invariantes descritos acima, temos as relações que se dão entre cada um desses elementos, formando as relações *fundamentais*, e que desenvolvem tal sistema, afigurando-se como “o fundamento de todo sistema de política criminal”. Teremos assim quatro relações fundamentais, quais sejam: 1. Infração-resposta do Estado (I – Re), v.g., a atuação do sistema penal; 2. Infração-resposta da sociedade (I – Rs), v.g., sanção disciplinar, provinda do meio profissional; 3. Desvio-resposta do Estado (D – Re), v.g., a ação de estabelecimento para tratamento de usuários de drogas (CAPS AD); 4. Desvio-resposta da sociedade (D – Rs), v.g., escola. Teremos ainda as hipóteses do sistema contraído, que resulta em duas relações: 1. Infração desvio-resposta do Estado (ID – Re); 2. Infração desvio-resposta da sociedade (ID – Rs), cuja explicação se dará de maneira melhor na seção apropriada abaixo (DELMAS-MARTY, 2004, p. 66-68).

Além disso, e como uma forma de trazer mais complexidade, e, ao mesmo tempo, realismo às ocorrências dos conflitos como de fato os mesmos se dão na sociedade, teremos que das relações fundamentais realizar um processo de derivação de situações específicas, das quais encontraremos as relações *derivadas*, que associam instâncias de mesma espécie, tanto do Estado quanto da sociedade, revelando: na relação I – Re a existência de *redes de sanções*; na relação D – Re a existência de *redes de segurança*; na relação I – Rs a existência de *redes de autorregulação*; e na relação D – Rs a existência de *redes de integração*. E a complexidade alcança as chamadas *redes complementares*, que promovem uma derivação ainda maior do sistema, como veremos a seguir (DELMAS-MARTY, 2004, p. 69-73).

Por último, vale ressaltar que este esquema complexo de análise, que tende a realizar *das políticas criminais à política criminal* enquanto disciplina, por mais que o trabalhemos e nos esforcemos para atingirmos derivações sempre mais específicas em cada caso, devermos concluir que as políticas criminais, levando-se em consideração os diversos modelos que serão apresentados, não se darão de forma pura em nenhuma sociedade, ocorrendo ora a preponderância de um modelo, ora outro, com mesclas frequentes em alguma medida; tais instrumentos de análise, portanto, nos servem, especialmente, para identificações.

3 POLÍTICA CRIMINAL E GARANTISMO

O caráter autônomo de uma disciplina está ligado à condição de possibilidade desta apresentar o seu objeto amplamente, sem condicionantes *a priori*, bem como um método de trabalho que viabilize a observação e a refutabilidade da comunidade (POPPER, 2008, p. 40-46), especialmente, acadêmica. Desta forma, superada a posição de subordinação à dogmática jurídico-penal, legada à política criminal, inserta no âmbito da ciência conjunta ou integral do direito penal, de caris lisztiano – uma vez ter o seu campo de observação limitado às especificidades que a tecnologia criminológica lhe apresentava, a partir da sua incidência sobre o público previamente selecionado pela dogmática penal –, a autonomia disciplinar traz para o seu contexto a função de instrumento crítico da realidade social criminalizada na contemporaneidade.

Assim, a política criminal se apresenta como um instrumento, uma ferramenta de análise social, desconectada da dogmática jurídico-penal na afirmação da sua autonomia disciplinar, e ao mesmo tempo tendo-a como um elemento analisador, ao lado das estratégias político-institucionais de regulação e emancipação da sociedade. Mas o caminho até esta afirmação foi longo, e após mais de um século de subordinação, a política criminal se apresenta nos cenários nacionais e históricos com características distintas, revelando nuances que nos dão condição de isolar modelos tipicamente político-criminais.

O que apresentaremos sucintamente é o resultado da organização de uma das tentativas mais exitosas para isolar tais modelos a partir de elementos apontados como característicos a toda sociedade e suas relações. Trata-se de dados comportamentais, quais sejam: as ideias de infração e desvio, compreendendo que a contrariedade às estruturas normativas institucionais pertence à primeira natureza de conduta, e o comportamento contrário às normas sociais pertence à segunda. Além disso, como elemento analisador também presente na proposta que se seguirá temos a ideia de que a recusa a tais comportamentos supostamente danosos terá como fonte de resposta provinda de espaços socialmente distintos: ora do Estado, enquanto realidade institucionalmente constituída; ora da sociedade, considerando a multiplicidade de microssistemas que a constituem e mesmo de indivíduos.

Com efeito, a segunda metade do século XX viu surgir, não somente a política criminal como disciplina, mas toda uma plêiade de conceitos e teorias da ciência e filosofia políticas, que pretendem trazer fundamento a toda uma lógica de desenvolvimento social, fruto das consequências político-institucionais havidas no cenário mundial, após a Segunda

Grande Guerra; o campo jurídico fora o espaço de análise e disputas de poder nesse contexto, onde as questões se deram de maneira mais profícua e determinante. Vimos surgir uma nova forma de perceber as soberanias nacionais, os direitos humanos, a atenção às constituições nacionais, o respeito às decisões e elaborações normativas internacionais, e o direito penal, nesse contexto, vem sendo chamado a dar respostas acerca dessas modificações.

O neoconstitucionalismo nascido deste momento histórico afirma a necessidade de compreendermos os mandamentos constitucionais, para além de meros preceitos programáticos, reconhecendo as regras e princípios constitucionais como normas jurídicas cogentes, ou seja, de validade e efeito imediatos. Esse fenômeno se dá, sobretudo, num sentido de superação de uma posição ascética da dogmática jurídica alicerçada na doutrina positivista, sem recorrer ao retorno à proposta jusnaturalista, mas aceitando a necessidade de utilização dos valores como critérios de análise nas decisões judiciais, lançando mão da função ordenadora dos princípios constitucionais.

E o reconhecimento da necessidade axiológica como parte constitutiva de toda a estrutura da dogmática jurídica surge, também, como uma demanda das necessidades sociais por equidade. Com efeito, a defesa dos direitos de liberdade, que obriga à inércia do Estado, na proteção dos direitos do cidadão, demonstrou-se insuficiente diante das disparidades sociais existentes, não somente do ponto de vista econômico, mas, sobretudo, naquilo que se refere ao potencial de cada indivíduo para o gozo dos seus direitos e garantias fundamentais. E neste sentido, uma nova doutrina destinada ao desenvolvimento da perspectiva de elaboração e aplicação do direito se apresenta: falamos do garantismo.

Neste capítulo, então, iremos discutir, a partir da análise sucinta dos modelos de política criminal, como a doutrina do garantismo tem se projetado para dar soluções às demandas históricas do direito penal. Os limites deste trabalho nos impedem de maiores elaborações; no entanto, o que deveremos demonstrar, considerando o estágio de desenvolvimento do garantismo penal, são as nuances complexas e instáveis da fixação do garantismo, enquanto estratégia dogmática que tenta reestruturar e trazer maior equidade ao cotidiano político-criminal. Outrossim, não deixaremos de registrar que o garantismo tem enfrentado uma situação de difícil fixação nas sociedades mundiais, em meio à escalada neoliberal e, logo, neoconservadora, que tem apresentado a disposição de fazer recuar avanços sedimentados na história do direito penal, desde a época clássica, com a afirmação intransigente dos limites do alcance do direito penal, bem como da primazia e do caráter incontornável do respeito aos direitos fundamentais. Estes são os elementos norteadores da doutrina garantista penal que se encontra sob ameaça nos dias de hoje.

3.1 MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL: IDENTIFICAÇÃO A PARTIR DE PROPOSTAS SISTEMÁTICAS

A identificação da natureza de um modelo político-criminal é o princípio reitor que levou a professora Mireille Delmas-Marty (2004) a elaborar uma das principais obras, na perspectiva de organização teórico-conceitual da disciplina política criminal. E para a elaboração de três naturezas de modelos que nos ajudem a identifica-los, tomamos por referência uma complexa metodologia, a qual é iniciada ressaltando o sentido de “modelo” como “técnica de representação de um objeto ou de um processo” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 81). Ressalva-se, ainda, que é na sua refutabilidade que reside a sua utilidade, oportunizando o seu aprimoramento, considerando as suas características: *simplificador*, *aproximativo* e *abstrato*, e enfatizando as necessárias regras de coerência lógica e de adequação à realidade.

Outrossim, na construção do seu esquema de análise, apresenta as quatro relações fundamentais (infração-resposta do Estado – I-Re, infração-resposta da sociedade – I-Rs, desvio-resposta do Estado – D-Re, desvio-resposta da sociedade – D-Rs), e destaca ainda um esquema de elementares contraídos, quando as noções de infração e desvio encontrar-se-ão confundidas num mesmo conceito, ou seja, ID-Re e ID-Rs. E salienta que “elaborar modelos a partir desses esquemas é buscar o princípio segundo o qual se organizam as relações fundamentais [...]” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 82).

Observando o chamado fenômeno de *dominância*, a autora o destaca, e salienta que a natureza do modelo se relaciona com o elemento que deverá caracterizar a predominância de uma relação à outra, o que constitui a primeira lei fundamental de composição dos modelos político-criminais. Com efeito, não obstante os demais modelos apresentados hipoteticamente pela nossa autora, destacaremos sucintamente os cinco modelos prioritários.

Delmas-Marty destaca três modelos estatais, sendo um deles de natureza mista, por comportar intervenções do Estado e da sociedade, conforme se trate de infração ou desvio respectivamente (o modelo Estado-Sociedade Liberal), e dois modelos puramente estatais onde predomina exclusivamente a atuação do Estado na resolução dos conflitos (os modelos Estado autoritário e totalitário). Destaca ainda a autora dois modelos societários onde a sociedade atua na resolução dos conflitos (os modelos Sociedade autogestora e libertária).

“Impossíveis de serem descritos na infinita diversidade dos elementos que os compõem, os sistemas de política criminal devem ser compreendidos a partir das linhas com

as quais são construídos e segundo as quais seus elementos se reúnem ou se opõem” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 5).

3.1.1 O modelo misto Estado-Sociedade Liberal

A natureza do modelo de política criminal ora em exame compreende a *dominância* da resposta estatal à infração (I-Re), e, concomitantemente, a *dominância* da resposta da sociedade ao desvio (D-Rs). Nesta dimensão, e dando início à análise dos modelos estatais, seja este o misto, sejam os modelos puros, a professora Mireille Delmas-Marty parte da teoria weberiana do Estado, para afirmar o conceito fundamental dessas elaborações. Segundo a nossa autora, para Max Weber “o Estado se define como a estrutura ou o governo político que reivindica com sucesso o monopólio da limitação física legítima” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 95). E conclui apresentando o traço fundamental da atuação estatal para Weber, que é o aspecto da racionalização do direito e da administração, enfim, racionalização das estruturas de gestão que dão funcionalidade legal aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no cumprimento das suas funções. E salienta que, não por este motivo, deveremos considerar a hipótese de uma política criminal, nascida de um Estado racional nesses limites, que seria unívoca e uniforme para as ações em sociedade.

Mesmo nesses modelos “estatais”, a política criminal é um sistema muito mais complexo no qual se enfrentam relações de força múltiplas, complementares ou contraditórias, provenientes de horizontes diversos; relações no interior das quais os dados econômicos e culturais se associam, se transformam, se reforçam ou se opõem, misturados ao sistema propriamente político, para desenhar toda a geografia móvel da resposta estatal à infração. [...]

Em cada estágio, da elaboração à aplicação de uma política criminal, veremos surgir “táticas frequentemente bastante explícitas no nível limitado em que estão inscritas”: papel desempenhado, principalmente, pelas circulares ministeriais ou pelas instruções dos membros do Ministério Público e facilitado, racionalizado, pelas pesquisas avaliativas sobre o funcionamento da justiça penal que incitam a uma análise mais sistemática do processo em que está inscrita a política criminal (DELMAS-MARTY, 2004, p. 95-96).

Aqui, deveremos dizer que essas táticas se aliam umas às outras, sem um direcionamento certo, contidas por ações que embora fragmentárias apresentam concordâncias de futuro, então alcançando num certo instante a sua acomodação, formando aquilo que Michel Foucault chamou de *dispositivo*, restando desta maneira um aglomerado

mais característico que se apresenta como uma proposta, já neste momento sem qualquer perspectiva de identidade para um possível formulador, e com uma eficácia satisfatória, “caráter implícito das grandes estratégias anônimas, quase mudas, que concordam táticas loquazes cujos inventores ou responsáveis quase nunca são hipócritas” (FOUCAULT, 1976 *apud* DELMAS-MARTY, 2004, p. 96); e tudo isso não ocorre à margem das instâncias de poder, que assim agem livremente.

Assim o Estado aparece essencialmente como ponto de ancoragem ou lugar comum aos três modelos estatais em que se encarna o poder, de onde quer que ele venha, e lugar da legitimação, onde a política criminal busca despertar entre os membros do grupo a crença em sua legitimidade, onde a disciplina, baseada na limitação, busca ser acompanhada pela adesão a uma verdade (DELMAS-MARTY, 2004, p. 97).

Tendo o conceito de legitimidade como central na compreensão do surgimento de cada modelo, a nossa autora quer nos demonstrar que a quantidade de legitimidade ou legitimação deverá variar, frente ao exercício de resolução das conflitividades, caracterizando a sua gradação à formação de cada um dos modelos estatais. E mais uma vez retorna a Max Weber para utilizar a sua doutrina da dominação legítima, que para o que nos interessa neste momento, e para a análise deste modelo, Delmas-Marty destaca a *dominação legal* como o espectro necessário para a constituição e legitimação “[...] do *modelo Estado-Sociedade Liberal*: a lei define a infração e justifica a resposta estatal a esta, mas, diante da impossibilidade de definir com precisão o desvio, não autoriza a intervenção do Estado neste campo, que continua reservado à sociedade civil (DELMAS-MARTY, 2004, p. 97, grifo da autora).

O papel da legalidade para este modelo é bem expresso nas palavras de Norberto Bobbio:

Todos os que têm alguma familiaridade com o direito sabem que a maior parte das normas jurídicas, ou mesmo todas, são normas que regulam o uso da força.
[...] No Estado de direito, a força do poder soberano (poder de coação) só pode ser usada nos casos expressamente previstos em lei, de acordo com os princípios de legalidade *nullum crimen sine lege* (BOBBIO, 2015, não paginado).

Vale destacar que esta característica multiforme e multidisciplinar de estudos e análise da política criminal é marca dessa proposta e deverá acompanhar todas as elaborações que se seguem, que não raro se utilizam do direito, da sociologia, da filosofia, da ciência política, da

história, dentre outras ferramentas de análise. Com efeito, não foi outro o motivo da rejeição do estudo da política criminal nas academias de estudos jurídicos, face ao tradicionalismo metodológico positivista que as acompanha.

Nesse tocante ao modelo ora em exame deve ser apresentado a partir da percepção filosófico-política que lhe dá fundamento, trata-se da filosofia política liberal, que figura como o primeiro princípio de classificação desse modelo. Aqui, portanto, o princípio liberal funciona como um valor fundamental no ato de escolha dos caminhos a serem seguidos para a resolução dos conflitos em sociedade. Para o modelo Estado-Sociedade Liberal, o eixo essencial é a liberdade.

Os séculos XVII e XVIII, como já mencionados neste estudo, consolidam os avanços filosófico-políticos advindos das lutas sociais no período da Baixa Idade Média, legando ao menos quatro grandes conquistas: a razão, a natureza, o indivíduo e a propriedade, razão socioestrutural epistêmica, natureza niveladora dos sentidos humanos, indivíduo detentor de singularidades e valores próprios e inalienáveis, e a propriedade fruto dos processos de conquista individual. Neste contexto, o elemento fundamental era o combate às hierarquias sociopolíticas, singularizadas, por um lado pela nobreza e pelo clero, e por outro pela plebe e pela burguesia nascente, é o início da Era da afirmação das liberdades. Liberdade contra a ação do Estado que funcionava em prol das idiossincrasias do poder, que assim precisava de uma limitação e de uma regulação; não fora outra a causa fundacional que atravessou o Atlântico e cunhou os termos da Revolução Americana, e também, pouco mais tarde, estruturou, no final do século XVIII, as concepções básicas para a ocorrência da Revolução Francesa (CHÂTELET; DURAMEL; PISIER-KOUCHNER, 2000, p. 85-114).

Com efeito, com o advento histórico dessa ideia-princípio de liberdade, fez-se seguir o nascimento da corrente política liberal. Desta forma, e como consequência, podemos dizer que “a liberdade apela sempre para a razão para encontrar as regras que a governam, por isso ela não é apenas Estado natural, mas busca da lei” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 45). Neste sentido deveremos lembrar a filosofia kantiana, que eleva a liberdade às últimas consequências e colhe as suas bases nesse período, e para a qual a liberdade é o fim último e inalienável da humanidade e essência do próprio homem¹¹, que tem como consequência a perspectiva de que o homem é um fim em si mesmo, não sendo permitida a utilização deste

¹¹ Aqui vale um registro de ordem particular: a expressão “homem”, que na filosofia kantiana exprime a ideia de humanidade, sofreu uma grande modificação contemporaneamente, em especial, advinda dos movimentos feministas por equidade; logo, mantivemos a expressão por fidelidade à proposta filosófica, denotando sua característica estética e o seu limite.

para o atingimento de qualquer fim; para esta filosofia, o homem estaria fadado à liberdade (RÖD, 2008, p. 241-244).

Este é o contexto histórico de desenvolvimento da *corrente liberal*, essência básica do nosso modelo. E como essência, a liberdade carrega o seu móbil de realização que é a lei, que é o direito: “O direito é o meio para harmonizar as reivindicações de liberdade de um grande número de pessoas coexistentes” (RÖD, 2008, p. 242). Aqui teremos o advento do princípio fundamental para a estruturação de toda a filosofia política deste momento: “Em política criminal, esta preeminência da lei como garantia da liberdade tornar-se-á princípio de legalidade” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 46). É da afirmação histórica do *contrato social*, inicialmente, rousseauiano e em seguida hegeliano, e do Estado *de direito*, advindo especialmente da filosofia deste último, que vimos surgir nosso conceito definitivo de *princípio de legalidade*. A força de manutenção desse princípio é evidente; principalmente quando encaramos as questões ligadas ao *common law* é que percebemos a amplitude e alcance da necessidade da legalidade para a concepção de direito, especialmente, no ocidente, espaço onde “o termo ‘lei’ deve ser entendido em sua acepção ‘material’ e não ‘formal’ porque inclui não apenas textos de ordem infralegislativa, mas também o direito não escrito” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 48).

[És que, sói reafirmar,] [...] a liberdade acha-se aqui duplamente garantida conforme a estrutura do modelo: pela distinção entre infração e desvio – descontinuidade da pressão do corpo social sobre o indivíduo – e pela limitação do campo de intervenção do Estado unicamente ao domínio da infração – limitação da intensidade da pressão. [...].

Ocorre que a parte mais aparente da política criminal do modelo liberal se exprime a partir da resposta à infração (I-Re).

Neste aspecto, este modelo se caracteriza, em primeiro lugar, pelo alto grau de sofisticação da *rede penal* (I-Pen), precisamente porque o objetivo liberal implica o desenvolvimento de técnicas (de fundo e de processo) destinadas a limitar a esfera de intervenção do Estado. Além disso, no período contemporâneo, o modelo liberal é marcado pela descoberta, ou redescoberta, das *outras redes de sanções*, administrativas (I-Ad), civis (I-Civ) e de mediação (I-Med); daí o problema novo da *facilitação da comunicação* de todo este conjunto de redes (DELMAS-MARTY, 2004, p. 99-101, grifo do autor).

É desta forma que encontramos o caminho para a descrição ótima do *modelo Estado-Sociedade Liberal*, ou seja, os seus critérios específicos de aferição, a partir da análise da rede penal, que singulariza o principal mecanismo de resposta do Estado aos conflitos sociais, e das demais redes de sanções que a rodeiam, substituem ou permutam, possibilitando as derivações necessárias à construção da solução político-criminal.

Da análise das redes penais, perceberemos que a observação do equilíbrio entre os poderes, que leva, sobretudo, em consideração os aspectos legais que regulam as relações no interior do Estado, nasce de uma tradição de antagonismo entre o poder da lei e o poder do juiz, em especial, levando-se em consideração as tradições que culturalmente eram regidas por leis escritas (romano-germânica) e aquelas outras regidas pela *common law*.

Observa a nossa autora que com o passar do tempo, países com tradições antagônicas têm aproveitado experiências opostas, e, assim, vêm aprimorando as suas práticas judiciárias. Registra, ainda, que a Inglaterra vem estabelecendo *estatutos* que incluem dentre outras normas, dispositivos processuais penais e países como a França têm aproveitado a inflação de leis penais para *liberação* dos juízes de certas práticas, a exemplo da motivação das sentenças em alguns casos, bem como o estabelecimento de critério para a dosimetria da pena, incluindo a possibilidade de aplicá-la abaixo do mínimo legal (DELMAS-MARTY, 2004, p. 103-104). Considera-se, assim, a tentativa de aproximação da forma clássica de expressão dos poderes Legislativo e Judiciário como um critério de identificação do modelo Estado-Sociedade Liberal.

No que tange ao Poder Executivo na relação com a rede penal, em especial, os seus órgãos finalísticos, tais como: polícia; administração penitenciária; instâncias médico-sociais; administrações especializadas, embora possamos perceber a grande diversidade nas atribuições, e formas tradicionais de funcionamento dessas instituições, considerando a cultural autonomia com a qual o Executivo lida – mesmo considerando as suas diversas instâncias –, com o fenômeno do crime, o que fora destacado é que a aproximação a critérios de legalidades mais estritos no funcionamento dos diversos entes tem-se apresentado como um elemento de desenvolvimento, ou avanço institucional característico da maior adesão ao princípio da legalidade, logo, às matrizes fundacionais do modelo político criminal ora em exame, promovendo, assim, o cada vez maior nivelamento interno no âmbito das instituições estatais.

Os membros das forças de polícia estão a serviço da sociedade antes de estar a serviço do governo ou do aparelho judiciário... Esta concepção da função e do papel da polícia é típica do Estado baseado no direito: por um lado, ela obriga os membros das forças policiais a agir, no exercício de suas funções, de acordo com a lei, e a não aceitar qualquer ordem que pudesse revelar-se abusiva ou ilegal; por outro lado, ela impõe aos responsáveis pela ação policial um quadro legal estrito, no qual a execução de uma ordem contrária ao direito não é assegurada (BOLLE, 1980 *apud* DELMAS-MARTY, 2004, p. 110).

No modelo em exame, temos que o conflito é levado à resolução no âmbito da *potestade* do Estado; no entanto, a história nos conta que nem sempre se deu dessa forma. Até a Era Feudal a forma clássica de resolução dos conflitos envolvia a vítima (ou seu interessado legal), o delinquente e o grupo social. Ocorre que com o advento da consolidação do Estado moderno (século XVII) temos o direito de punir sequestrado, e seu exercício legado exclusivamente à atividade estatal. Desta forma, foram postos de lado os interesses reais das vítimas em nome do poder do Estado, e o delinquente passa a figurar como um *objeto* passivo da persecução penal.

[...] A imagem tradicional da rede penal tornou-se de uma rede fechada, monopólio do Estado, a tal ponto que as pessoas diretamente implicadas no caso muitas vezes têm dificuldade de reconhecer a própria história na reconstrução jurídica para a qual caminha o processo (DELMAS-MARTY, 2004, p. 129).

O grau de abertura da rede penal à sociedade civil é marcado por esse influxo; no entanto, constata-se na contemporaneidade um refluxo que alimenta uma maior participação da sociedade para a resolução de casos tipicamente penais por diversos modos, seja no caso do grupo social (família, escola, meio profissional e social etc.) com uma maior participação nas informações dos processos; da vítima nas ações civis perante o juízo criminal, com possibilidade de composição direta com o próprio delinquente; e do delinquente para os casos onde lhe é oportunizada a “delação dos coautores e partícipes (concepção repressiva) ou a expressar o consentimento do interessado quanto ao procedimento seguido ou quanto à pena escolhida (concepção consensual)” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 140). Trata-se de uma ampliação do grau de abertura da rede penal à sociedade civil, característico do *modelo Estado-Sociedade Liberal* (DELMAS-MARTY, 2004, p. 129-144).

Cabe agora avançarmos para a formação complexa da rede que deve caracterizar sistematicamente cada modelo: trata-se da *derivação em linha*, formada pela rede de sanção (penal, administrativa, civil e mediação), sendo composta por quatro variantes de derivação – constituindo assim a sua tipologia –, que estabelece *relações alternativas* no âmbito da reação estatal fundamental (I-Re), e conseqüentemente o processo de *derivação em círculo*, que completa as possibilidades de abordagem político-criminal, propiciando o surgimento de *relações complementares* (DELMAS-MARTY, 2004, p. 69-73).

Tendo como relação matricial a relação infração resposta penal (I-Pen), sendo esta a resposta típica por excelência quando se trata de resposta estatal à infração, podemos analisar a sua posição em conexão às três outras variáveis, que pode se dar de maneira concomitante,

alternativa ou sucessiva conforme cada país. Quanto à variável administrativa, adstrita à legalidade, esta pode ganhar o cunho penal conforme a sua sanção tenha características penais, tendo preferência neste modelo a própria atuação penal *stricto sensu*; observe-se que em se tratando de abertura à sociedade encontramos um déficit em razão da inexistência de publicidade. No que toca à variante civil, trabalha-se a ideia da reparação do dano através da responsabilidade civil, e em alguns casos encontramos maior controle da vítima sobre a resolução do conflito (sem que deixemos de observar a fraqueza deste sistema, restando à vítima o ônus processual), bem como noutras situações a paridade com o delinquente fica evidenciada. Há ainda a variante da mediação, que tendo por objetivo a busca por um acordo, no âmbito da política criminal, é atravessada por uma baixa ocorrência e produção legislativa; no entanto, é percebida como um avanço para o futuro (DELMAS-MARTY, 2004, p. 151-181).

A concepção tradicional nos impõe um funcionamento da rede de sanção de maneira independente. Ocorre que contemporaneamente viu-se avançar esta concepção para um funcionamento não cumulativo, mas sucessivo e mesmo alternativo dessas variáveis, levando-se em consideração um complexo e ao mesmo tempo incipiente sistema de comunicação entre as variáveis, com o propósito de tornar compatíveis entre si ordens normativas diversas. Salienta-se que o atual movimento de despenalização tem se mostrado um campo profícuo de análise deste quadro (DELMAS-MARTY, 2004, p. 182-194).

3.1.2 Os modelos puramente estatais autoritários e totalitários

Dando continuidade à análise de modelos estatais, buscaremos mais uma vez compreender as *correntes ideológicas* que lhes dão fundamento. Enquanto, no modelo misto, acima delineado, há uma *dominância* da reação do Estado frente à infração e da sociedade frente ao desvio, nos modelos puramente estatais a reação do Estado exerce *dominância* para combater ambas as modalidades de faltas¹².

Inicialmente, a *corrente igualitária*, inspiradora de uma dupla vertente, absolutamente oposta, de modelos político-criminais, nasce da crítica aos fundamentos e consequências do liberalismo: a princípio, à desigualdade presente no cerne deste sistema, ao afirmar a primazia da lei no plano formal, e não ter desenvolvido estratégias de sua materialização, ou seja, “o

¹² Tomaremos a expressão “falta” para determinar ambos os comportamentos desviantes *lato sensu*, uma vez que a tradução da obra a que nos referenciamos optou pela ideia meramente de desvio, o que a nosso ver, não foi a melhor escolha, uma vez propiciar confusões com a ideia de desvio como quebra da norma de conduta social.

Estado liberal não pode ser esta organização ‘neutra’ dos poderes públicos que pretende ser, já que é, na verdade, dominado por forças sociais, sobretudo econômicas” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 49).

No cerne do denominado *modelo Estado autoritário* encontra-se inicialmente a simbiose realizada entre o princípio de igualdade (fundamentador da *corrente igualitária*), um princípio oriundo de um mesmo momento histórico daquele que fez surgir o princípio de liberdade – mas que, no entanto, viu-se negligenciado no momento da sua afirmação e efetividade –, e o conteúdo de autoridade predominante em certas correntes ideológicas naquele período. A nossa autora destaca a matriz ideológica deste conteúdo de autoridade na “tendência autoritária nascida do marxismo-leninismo” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 50).

Delmas-Marty destaca também que para Marx o liberalismo é “a *ilusão* posta da unidade do Estado político consigo mesmo..., o *romantismo* do Estado político, os *sonhos* de sua essencialidade ou do acordo consigo mesmo. É uma existência *alegórica*” (MARX *apud* DELMAS-MARTY, 2004, p. 50, grifo da autora). E a partir de uma interpretação leninista, esta concepção compreende o Estado e o direito individualmente, aproximando a necessidade de uma intervenção ampla do Estado nos diversos setores, de maneira descontínua: infração de um lado, desvio do outro, mas ambos sob a responsabilidade do Estado. Lembremos que a nossa autora irá usar para caracterizar, conforme a leitura weberiana da *Teoria da Dominação Legal*, a descrição deste modelo como típico daquilo que Weber vai chamar de dominação tradicional, ou seja:

[Aquela] na qual os governados são sujeitos e a autoridade é obedecida a título pessoal, orienta-se quer segundo as regras habituais da equidade e da justiça estatal, quer conforme a oportunidade pessoal, e não segundo princípios fixos e formais. Nada se opõe à possibilidade de que a resposta estatal se dirija não apenas ao delinquente, mas também ao desviante, com a condição de que seja respeitada a tradição (DELMAS-MARTY, 2004, p. 97).

Vale salientar que segundo Delmas-Marty não só a *corrente igualitária*, na sua vertente autoritária, influencia fundamentalmente o modelo político-criminal Estado autoritário, mas ela percebe que uma quantidade de elementos típicos da *corrente liberal*, em especial, na dimensão da exigência de respeito ao *princípio da legalidade*, encontra-se presente neste modelo de forma definitiva, ampliando a sua legitimidade e contribuindo para a sua caracterização, afirmando que tal legitimação “nascida na confluência imprevista da

corrente liberal e do ramo autoritário da corrente socialista” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 198), o notabiliza.

Do modelo liberal ele se distingue em sua estrutura fundamental pela existência de redes de segurança que organizam uma resposta estatal ao desvio, uma vez que a distância da normalidade implica – ou parece implicar – um perigo. E aí está a novidade, pois a infração continua, em princípio, distinta do desvio, logo circunscrita e definindo um espaço de controle descontínuo: redes de sanções nas quais geralmente se endurece a relação com as instâncias relativas ao Poder Executivo e se desenvolve a forma repressiva dada à participação da sociedade civil – encorajamento à delação – até as formas extremas que caracterizam o modelo totalitário, com o aparecimento de sistemas penais de exceção [...]. Por outro lado, o Estado consegue para si os meios de recuperar, de alguma forma, o espaço de liberdade preservado por essa descontinuidade das redes de segurança, com o pretexto de um desvio muito mais difícil de circunscrever (DELMAS-MARTY, 2004, p. 198).

Isto posto, do modelo liberal, o modelo autoritário herdou a forma tradicional de tratamento da infração, ou seja, a relação fundamental infração seguida de uma resposta do Estado (I-Re), derivando para o encaminhamento à rede de sanção, é uma condicionante para a caracterização do modelo Estado autoritário. A distinção fundamental, e que marca a nuance essencial deste modelo é a sua relação com o controle dos desvios – baliza necessária para a caracterização deste modelo –, que se apresenta como elemento determinante a partir da sua distinção da infração, que determina a descontinuidade da abordagem estatal, e ao mesmo tempo o pretexto para uma atuação sem restrições.

[Quanto ao modelo Estado autoritário] em se tratando de identificar as suas principais características, dois métodos de apresentação podem ser estabelecidos, conforme se privilegie *quer* a pessoa ou a autoridade que tem a iniciativa da demanda e/ou da decisão, em suma, aquela que vai produzir uma resposta a uma situação de desvio da normalidade [...]; *quer* a autoridade encarregada da execução da medida [...] (DELMAS-MARTY, 2004, p. 199, grifo da autora).

A iniciativa da demanda e/ou decisão acerca da resposta ao desvio nesse modelo político criminal é difusa e recai sobre diversos atores, v.g., autoridade judiciária, instâncias médico-sociais (Centros de Atenção Psicossocial, Centros de Tratamento de Usuários, Conselhos Tutelares etc.), polícia, mas também pessoas privadas, parentes ou pessoas relacionadas ao indivíduo desviante, recortando assim todo o tecido social, aproximando, inclusive, a sociedade civil de uma atuação extensiva estatal, uma vez estar se encaminhando o indivíduo para uma resposta do Estado. Por outro lado, quanto à autoridade que deverá

executar a medida, sendo esta uma atribuição estatal, resta exclusivamente à sua rede de segurança, formada pelas instâncias médico-sociais e polícia, vale salientar que “o modelo autoritário admite a existência de redes policiais de segurança; logo, reconhece certa autonomia à polícia diante de situações que não são analisadas como infrações, mas revelam afastamentos da normalidade [...]” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 226).

[As] *redes médico-sociais*, [...] privilegiam, em princípio, uma lógica de inclusão, de inserção, a base de assistência e de tratamento, apesar de toda a ambiguidade que pode surgir das medidas de inserção forçada, dissimulando, por vezes, algumas formas de exclusão nas quais o enclausuramento vem antes da assistência ou do tratamento; e *redes policiais*, nas quais predomina, agora sem ambiguidade, uma lógica de controle, de marginalização, de exclusão (DELMAS-MARTY, 2004, p. 199).

A atuação das *redes médico-sociais* apresenta uma variação na diferenciação desvio-infração que faz crescer a caracterização do modelo, até o aproximar do modelo totalitário, ao menos, do ponto de vista das práticas-ideológicas. Ou seja, há na atuação do modelo autoritário, naquilo que se refere às práticas nessa instância, a possibilidade de um desvio absolutamente dissociado da infração, o que percebemos nos casos dos doentes mentais e menores *em um estado ou uma situação de perigo (para ele ou para os outros)*. A diferenciação enfraquece bastante, quando verificamos a ocorrência de um desvio que é revelado por uma infração; trata-se do cometimento de ato análogo ao crime (no caso do Brasil) para os inimputáveis; e por último, aproximando-se do modelo totalitário, quando o desvio é constituído em infração; são exemplos: a vadiagem, a mendicância, e, de maneira a acirrar maiores discussões, o alcoolismo e o uso de psicoativos.

A atuação das *redes policiais* é tida como ampla, muito embora não coincida com o formato que assume no modelo totalitário, também não é contida e restrita a auxiliar do Poder Judiciário como no modelo liberal. Nesse modelo, a atuação da polícia deverá ser cuidada pela elaboração legal, pois goza de certa autonomia para cuidar de assuntos de vigilância, de controle e de expulsão, atuando com o peso do espectro da responsabilidade pela organização da sociedade, logo, com suficiente discricionariedade.

Neste contexto, deveremos refletir um pouco acerca daquilo que veremos presente tanto no modelo autoritário quanto totalitário. Referimo-nos ao uso da violência como elemento justificado pelos fins a serem atingidos, já que para o primeiro modelo o direito se encontra equiparado ao poder do soberano, em alguma medida confundindo-se com o mesmo, e para o segundo modelo o direito é subordinado ao déspota. E neste sentido, podemos nos

valer das considerações de Bobbio acerca do uso da violência por parte de Estados tanto autoritários quanto totalitários, para os quais:

[...] a violência é um meio perfeitamente adequado aos fins e, enquanto adequado, necessário. Por outras palavras, a violência baseia sua validade na máxima, em que parece inspirar-se a ação política, de que os fins justificam os meios. De uma maneira geral ninguém tem dúvida de que a violência considerada em si mesma é um mal, ou seja, como diria um filósofo da moral, não tem um valor intrínseco e, portanto, enquanto tal, não pode ser justificada. Se entretanto for ligada a um bom fim, eis que imediatamente muda de signo e sobre ela brilha a bondade do fim. E isso acontece não enquanto tal, mas enquanto meio adequado ao fim, podendo até ser considerada moralmente reta e politicamente eficaz (BOBBIO, 2015, não paginado).

O filósofo político liberal italiano com isso aponta os limites do discurso que tende a legitimar o uso da violência por parte dos aparelhos de Estado, e na versão mais aguda na utilização indiscriminada da violência teremos o modelo Estado totalitário.

Apoderar-se em um único e mesmo movimento de todos os comportamentos de afastamento das normas, cercá-los sem mais distinguir a infração do desvio, cercá-los para impor um único modo de pensamento e de ação até o ponto em que os homens, tornados intermutáveis, possam confundir-se em um corpo único, perfeitamente homogêneo: uma vez que o Estado estabelece tais meios ou fixa para si mesmo um tal objetivo, o modelo de política criminal torna-se totalitário qualquer que seja a ideologia que o tenha inspirado (DELMAS-MARTY, 2004, p. 239).

Passando à análise do *modelo Estado totalitário*, não mais influenciado pela *corrente igualitária* de cunho autoritário e de caris liberal – presente em muitas sociedades –, o modelo puramente estatal de política criminal que passaremos a introduzir responde a uma lógica de aprofundamento da autoridade, alcançando o autoritarismo, próprio dos eventos advindos da Segunda Grande Guerra, que é a ideologia totalitária.

Para o modelo totalitário, não há uma distinção entre infração e desvio, sendo todos os eventos contraídos como uma infração (I(D)), por um lado, ou como um desvio (D(I)), por outro, bem como, nesta dimensão, o Estado se sobrepõe ao direito e o submete, restando ao chefe carismático o poder de vida e morte sobre os cidadãos. Para esta perspectiva, em matéria de política criminal, teremos como resultado o reforço do controle estatal quanto às respostas à questão criminal, especialmente na dimensão dos poderes da polícia.

Mais uma vez, a *Teoria da Dominação Legal* servirá para nos alertar quanto às características da forma de dominação típica desse modelo de Estado, qual seja: a *dominação carismática*, e tomando como referência os ensinamentos de Max Weber, diremos que

[...] esta implica o abandono dos homens à pessoa do chefe, que acredita ter sido chamado para cumprir uma missão. O Estado tira a sua legitimidade unicamente da confiança, quase sempre cega e fanática, que ele inspira nos homens, sob o risco de suprimir aqueles que lhe recusarem esta confiança. Nenhum critério exterior intervêm, logo nenhum limite é fixado ao Estado, que será naturalmente levado a impor uma conformidade absoluta com as normas dominantes, pelo sistema de resposta estatal que confunde em sua continuidade infração e desvio, de acordo com o *modelo de Estado totalitário* (DELMAS-MARTY, 2004, p. 97-98).

A visão política de um modelo dessa natureza se volta exclusivamente para a dominação, que tem como a sua essência operacional-constitutiva o terror; estabelecendo este móbil sobre o espírito humano. Os sistemas totalitários se caracterizam por um desafio ao princípio da legalidade, pois o seu intento assim pode ser descrito: “A finalidade última não é ‘nem o bem-estar dos homens, nem o interesse de um homem, mas a fabricação do gênero humano’” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 58), ou seja, o projeto fundacionalista de todo Estado totalitário é da instauração de outra forma de sociabilidade e existência humanas.

Nesse modelo de Estado, poderemos considerar os aspectos sociopolíticos, mas também religiosos, quando então se prescinde do princípio de laicidade do Estado e do direito, e assenta as suas bases numa perspectiva teocrática, preservando, ao lado do modelo fascista, a autoridade da nação como valor supremo e uma estrutura fortemente centralizada e hierarquizada, na qual a autoridade e formulações legislativas, amiúde, emanam da figura do chefe político ou religioso, que desta forma “impõe a rejeição do princípio de legalidade. Assim, todo desvio, sobretudo religioso ou político, pode ser considerado como infração e punido como tal. Correlativamente, a severidade das sanções quase sempre é aumentada” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 59).

Os mesmos temas aparecem nas formas contemporâneas: exaltação e frequente sacralização do valor nacional, considerado como o valor supremo da ordem política; vontade de instaurar um Estado forte, fazendo prevalecer sua autoridade sobre os direitos e as liberdades das pessoas; estreita integração e submissão do indivíduo à coletividade; estrutura fortemente centralizada e hierarquizada, frequentemente militar, na qual a autoridade emana de um chefe único (DELMAS-MARTY, 2004, p. 57).

É importante salientar que esta perspectiva *omniabarcante*, no sentido de controle de todos os comportamentos que se afastam das normas sem distinção e sem limites, torna esse sistema bastante simples e de fácil operacionalidade, aumentando a sua dinâmica de controle e êxito dos seus objetivos. Controlar tudo e todos, de todas as formas através de todas as instâncias, e principalmente pelos setores especializados, a exemplo da polícia. No âmbito deste sistema, podemos observar duas variantes ou tendências: ao passo que a assimilação em um conceito único de infração-desvio seja percebida como uma infração (I(D)), logo, restando o seu controle e resposta do Estado às *redes de repressão*; ou, quando este único conceito, formado a partir da contração infração-desvio, seja um desvio (D(I)), situação na qual a resposta do Estado será através das suas *redes de normalização*.

[Sói considerar que] as redes de repressão do modelo totalitário não são o apanágio exclusivo dos regimes políticos ligados a uma ideologia totalitária. Uma vez mais, é preciso insistir na heterogeneidade dos sistemas de política criminal, que jamais permite a sua identificação, em um dado país, a um único modelo (DELMAS-MARTY, 2004, p. 240).

Estabelecendo uma breve tipologia das redes de repressão, nelas encontraremos: formas de *repressão “generalizada”*, formas de *repressão “desdobradas”* e formas de *repressão “com objetivo definido”*. *Generalizada* é a forma de repressão que tende a transformar todo o direito penal num instrumento de repressão contínua e ininterrupta, não restando qualquer justificação mais elaborada, simplesmente operacionalizando a repressão ilimitada do corpo social. *Desdobrada* é a forma de repressão *reservada a um sistema penal excepcional, de dominante militar e/ou policial*, permitindo, por vezes, manter-se a aparência de um sistema liberal, logo, de um sistema penal ordinário não modificado. Por fim, ‘com objetivo definido’, entenderemos a forma de repressão, que embora não preserve sutilezas, assume um caris circunstancial, circunscritas, como uma forma de responder a situações-problemas específicos, a rigor, cuja violência se apresenta de maneira mais dura, v.g., terrorismo.

Com efeito, teremos técnicas jurídicas desenvolvidas para tornar tudo isso possível, o chamado *direito de fundo*: “método de raciocínio por analogia, qualificações vagas, ampliação da noção de cumplicidade, retroatividades dos delitos e das penas”; outras do direito de prova: “supressão da presunção de inocência, utilização da tortura para obter a confissão ou a delação dos coautores ou cúmplices (verdadeiras ou falsas)”; e ainda de natureza processual: direito à livre escolha do defensor, ausência de contraditório, ampliação das prisões cautelares

e provisórias – a condições “que equivalem a uma verdadeira internação sem julgamento” –, desaparecimentos forçados e penas de morte extralegais.

Quanto às redes de normalização, apresentam-se como o ideal de separação entre Estado e sociedade civil, considerando que o afastamento da norma de direito é menos importante do que de todo um conjunto heterogêneo de normas sociais, “no qual podem ser encontrados tanto os ritos e a moral quanto a religião, ou mesmo a saúde mental”, passando todo este aglomerado comportamental aos “cuidados” do Estado.

3.1.3 Os modelos societários

A abordagem dessa nova categoria de sistema político-criminal nos remete mais uma vez ao primeiro princípio de classificação esboçado acima, que faz referência à necessidade de concebermos a política criminal como necessariamente portadora das características ordinárias do gênero política, ou seja, entender este setor da política como mais um espaço de elaboração de estratégias para a organização da vida em sociedade, bem como para o atingimento de determinados fins.

Todavia, salientamos que talvez os modelos societários divirjam epistemologicamente mais dos modelos estatais, na medida em que nós, ocidentais, temos pouco ou nenhuma lembrança de experiências empíricas como o que passaremos a relatar. Com efeito, parece salutar afirmar que as experiências que os modelos societários especialmente podem nos trazer são de um conjunto de expectativas e ideias que nos sirvam de anteparo para propostas aparentemente irrealizáveis, considerando essa distância significativa na qual deveremos lidar a partir daqui.

Logo, como política, reafirmamos que a polícia criminal se move por sobre o terreno sempre movediço, sempre atraente, sempre inadequado e sempre instigante dos valores ideológicos, ou seja, de uma “formação discursiva polêmica, graças à qual uma paixão procura realizar um valor pelo exercício do poder em uma sociedade” (BAECHLER, 1976 *apud* DELMAS-MARTY, 2004, p. 44); exatamente, pois política é o exercício do poder, que pode ser exercido de diferentes formas e com proporções distintas, mas sempre poder. E a política criminal talvez seja o setor desse poder com maior impacto na vida das pessoas, gerando, inevitavelmente, consequências danosas. Pois quando tratamos de política criminal, como já referenciamos, referimo-nos a infrações e desvios, logo, a conflito e suas formas de resolução. É daí que os interesses em disputa serão sempre mais importantes e mais defendidos, possibilitando sempre mais violência, e mais violência responsiva, e desta forma

imaginarmos respostas que diminuam tal impacto, ou mesmo o anulem; embora distante do nosso horizonte cultural, é, ao menos, algo desejável.

Propor um princípio de classificação dos sistemas de política criminal é, portanto, determinar as correntes ideológicas que podem influenciá-los. Não se trata ainda, neste estágio, de descrever esses sistemas de política criminal, mas apenas de procurar, por meio das principais correntes, as linhas diretoras possíveis de fornecer uma chave para compreender a diversidade dos fatos observados (DELMAS-MARTY, 2004, p. 44).

Assim, como já vimos, atendendo às necessidades de segurança, típicas dos objetivos de toda política criminal, e sendo esses objetivos direcionados e organizados segundo valores sociais criados através das muitas correntes ideológicas presentes modernamente nas sociedades, é que vamos nos deparar mais uma vez com a *corrente igualitária*, para o tratamento das condições de possibilidade de desenvolvimento dos modelos societários, agora no seu eixo ligado à liberdade. Ou seja, a *corrente igualitária* nascida da crítica ao liberalismo – cuja afirmação fundamental é que tal orientação política é incapaz de prover a *democracia real* –, desta forma, além da perspectiva marxista-leninista – que segundo a nossa autora, faz surgir o eixo formado com uma perspectiva autoritária daí advinda –, também ocasiona o desenvolvimento da perspectiva libertária, que aponta para um horizonte de liberdades amplas, atacando o liberalismo, como nos dizeres de Proudhon que afirma que “o Estado Liberal se basearia em uma ‘fantasmagoria de nosso espírito, que o primeiro dever de uma razão livre é de mandar para os museus e as bibliotecas’” (PROUDHON *apud* DELMAS-MARTY, 2004, p. 50).

A diretriz fundamental que deveremos extrair dessa *corrente igualitária* de cunho libertário ou anarquista é o desejo incessante no estabelecimento de um regime de liberdade irrestrito, cuja essência natural seria o reconhecimento da igualdade de todos. E baseado no propósito da *desconsagração* este ideal se move em meio a ideias incontornáveis de negação de qualquer autoridade, legislação ou discurso oficial, pois concebe que esta dimensão da prática político-social não tem nada a oferecer a uma coletividade múltipla de forma real ou satisfatória, acreditando que o resultado de toda afirmação de autoridade será sempre e invariavelmente com o propósito de subjugar uma maioria em nome de uma minoria exploradora. No âmago desta concepção não há forma de organização estatal possível, ou seja, “o mal não reside em uma forma de governo mais do que em uma outra, e sim na própria ideia governamental; ele está no princípio de autoridade” (MANÉVY; DIOLLE, 1949 *apud* DELMAS-MARTY, 2004, p. 50).

A influência do movimento anarquista é muito importante até os nossos dias. Veremos considerações significativas neste sentido em especial para a política criminal, como dito antes, ao menos, como um espectro da possibilidade para a proposição de políticas emancipatórias. Delmas-Marty destaca a presença deste pensamento nos movimentos antissistêmicos de 1968 (a exemplo, da “Primavera de Praga” na época na Checoslováquia, das “Barricadas do Desejo” na França, da “Revolta Estudantil” no Brasil etc.), bem como, “mais genericamente, no interesse novamente despertado pelas teses relativas à autogestão” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 51). Saliente-se que na perspectiva político-criminal, a influência desse movimento é dupla: por um lado, suscita ações pró-terrorismo; fatos dessa natureza foram registrados no final de século XIX, sem maiores repercussões; por outro, expressa aquilo que a nossa autora vai chamar de *ideias-força*, ou seja, diretrizes que deverão estruturar projetos de sociedade. Com efeito, é o que sucede, inicialmente, com a negação de todo o conceito de desvio como transgressão às normas sociais, que gerou diversas tendências no interior desse movimento, a exemplo, da tendência individualista. Temos ainda, e sob a influência de um anarquista importante, Mikhail Bakunin – com o propósito de estabelecer critérios mínimos de organização formal, contudo, necessariamente ligada a aspectos comunitários –, que assevera a necessidade de *ociosos e parasitas* serem privados dos seus direitos políticos, logo, de garantias sociais e de participação.

Delmas-Marty ainda registra que sob a influência dessa proposta “os anarquistas espanhóis propuseram, no Congresso de Saragoça, que as omissões do indivíduo, principalmente as de ordem moral, fossem examinadas pelas assembleias populares, que, para cada caso, se esforçariam para encontrar uma solução justa” (DELMAS- MARTY, 2004, p. 52). Vale registrar que esta é uma *ideia-força* que afirma as condições suficientes para autogestões pelos próprios grupos sociais, ou seja, de uma resposta oriunda da própria sociedade, e que inspira, por exemplo, contemporaneamente diversos *movimentos abolicionistas*, que propõem a abolição do sistema penal, substituindo-o pela autogestão dos próprios grupos sociais.

Quanto aos crimes propriamente ditos, os anarquistas consideram, em primeiro lugar, como os marxistas, que a injustiça social é a sua principal causa, concluindo, sem dúvida um tanto rapidamente, que, uma vez esta causa suprimida, eles cessarão quase por completo. Em último caso, portanto, desapareceria qualquer política criminal, já eu nenhuma resposta do corpo social é mais necessária [...] Mas esse desaparecimento não deve ser entendido como justificativa para o desregramento mais desenfreado. Longe de predispor a um relaxamento moral no qual o indivíduo acaba por cair e desaparecer, a ética anarquista quer incitar o indivíduo a afirmar-se ao

mesmo tempo em que desenvolve o sentido da responsabilidade (DELMAS-MARTY, 2004, p. 52).

A liberdade anarquista é uma condenação à autoconsciência coletiva, implicando, em última instância, inclusive na conservação do direito de se insurgir a uma possível condenação, optando por não querer fazer mais parte desta sociedade, abrindo mão da sua proteção, realizando assim, uma justiça consensual.

Seguindo a trilha formada a partir das ideias do modelo societário – o qual, como já dito, afasta completamente o Estado das resoluções dos conflitos sociais –, encontraremos, ao menos duas expressivas referências de modelos político-criminais: o modelo *Sociedade Autogestora*, de natureza *periestatal*, que atua com a precisa distinção infração-desvio, considerando, por um lado, a ineficiência do desempenho estatal na regulação dos conflitos sociais, ou, por outro, por uma disposição do próprio grupo social, que se interpõe entre o fenômeno criminal e o Estado, definindo a melhor estratégia de resolução dos conflitos. Temos ainda, o modelo *Sociedade Libertária*, este realmente, desconsiderando qualquer referência estatal, não dissocia infração e desvio, reunindo todas as faltas neste último, tendo como resultante simbólica (D(I)). Vale salientar, com a dicção de Delmas-Marty, que se trata de um “modelo contraído de política criminal correspondente à prática das sociedades ditas primitivas, sociedades sem Estado” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 274), atuando de acordo com procedimentos internos ao próprio grupo social.

A característica fundamental do chamado *modelo autogestor*, típico de uma política criminal originada no âmbito do *modelo societário* de gestão dos conflitos sociais, é a sua disposição para gerar uma resposta à infração, produzindo a relação de *dominância* cuja resultante simbólica pode ser expressa da seguinte forma: I-Rs, uma vez, que já vimos que o *modelo Estado-Sociedade Liberal* permitia a resposta da sociedade aos desvios (D-Rs). E nesta dimensão verificaremos, ao menos, duas variantes das redes de *autorregulação* propostas no âmbito desta derivação, trata-se das *redes autodisciplinares*, típicas de uma parte do corpo social que se apresenta de maneira estruturada na sociedade, a qual organiza normas específicas em tornar do escopo da sua formação e fazem uma gestão deste corpo normativo à margem das decisões estatais (entendemos como exemplo no Brasil, órgãos de classe, como a Ordem dos Advogados do Brasil). Temos, ainda, as *redes de autodefesa*, que consideram as deficiências estatais em promover de maneira satisfatória a defesa dos interesses de determinados indivíduos ou grupos (bancos, *shopping centers*, condomínios etc.), e assim à margem do grupo social, desenvolvem suas próprias estratégias.

Delmas-Marty usa a teoria das instituições, de Houriou, para caracterizar a maneira como – sendo estranho à sociedade civil um sistema organizado disciplinar –, as instituições assumem uma vanguarda tendo em vista as dificuldades latentes do Estado em regular determinados conflitos, e formam as *redes autodisciplinares*.

[...] A organização de redes disciplinares estaria ligada à instituição, ou seja, à existência de um grupo de pessoas organizadas em uma entidade distinta de seus membros. A ideia fundamental é a de que, quando um grupo de pessoas que exercem um mesmo gênero de atividades e são regidas por um estatuto autônomo colaboram em uma perspectiva comum, este grupo constitui um corpo submetido a normas específicas cuja fonte varia de acordo com as categorias consideradas [...]. A implementação dessas normas é assegurada pelo sistema de sanções disciplinares cujo caráter social é igualmente mais ou menos marcado conforme o Estado exerça ou não um controle (DELMAS-MARTY, 2004, p. 275).

Assim é que a autonomia institucional, bem como certa divisão da autoridade e dos poderes no âmbito da própria instituição marcam a forma como esta instituição se relaciona com as instâncias estatais e com os seus membros. Vale frisar que a autonomia institucional, de aparência relativa em relação ao Estado – na medida em que este pode ser chamado para a resolução de discordâncias no âmbito institucional –, em verdade se estabelece como um elemento sólido com esta intervenção, na medida em que a mesma o reforça do ponto de vista institucional, não prescrevendo normas ou limitações que descaracterizem a autogestão realizada. No que se refere à divisão da autoridade e poderes institucionais, temos que o direito de defesa e a afirmação do direito à garantia do contraditório marcam o desenvolvimento de um subsistema interno à normatividade institucional, na medida em que tal prerrogativa apresenta todo um direito de fundo característico das pessoas próprias à determinada instituição, inclusive, ocasionando uma dificuldade na comunicação com as redes de sanções tipicamente estatais, o que não significa uma barreira.

No que diz respeito às *redes de autodefesa*, temos que a autodefesa do ponto de vista individual é percebida hodiernamente como algo difícil e mesmo indesejável, na dimensão da composição de estratégias político-criminais, considerando o seu caráter individualista; no entanto, em se tratando de empresas ou formações complexas que envolvam a possibilidade da reunião de fundos financeiros (bancos, *shopping centers* ou condomínios), que reúne potencial para selecionar pessoal e fazer a gestão de determinados conflitos – levando-se em consideração a lacuna deixada pelo Estado –, reposiciona-se a compreensão e a autodefesa passa a ser largamente aceita nas sociedades. Com efeito, devemos dizer também que, do ponto de vista legislativo, o conceito que subjaz a toda esta perspectiva é o de *legítima defesa*,

uma concepção largamente tolerada pela maioria, e que tende a servir de suporte para a justificação de tais estratégias, propondo-se, ainda, a mediação estatal para o seu processo de aplicação, uma vez se submeter à regulação do Estado. Temos, assim, a constituição do *modelo sociedade autogestora*.

Central nos modelos estatais, sempre visível no horizonte do modelo autogestor a imagem do Estado se apaga com o último modelo: Sociedade Libertária. Ela se apaga nas sociedades sem Estado. Mesmo no coração das grandes cidades, onde o Estado continua presente, sua imagem pode desaparecer também, mas como em sonho, o sonho daqueles que gostariam de esquecer o Estado (DELMAS-MARTY, 2004, p. 297-298).

E assim nossa autora dá início a uma breve análise do inspirador modelo Sociedade Libertária. Inicialmente, o aspecto importante e ao mesmo tempo distintivo a notarmos é a contração necessária entre as concepções de infração e de desvio, ausente a tradicional concepção de infração – sendo fundamental o caráter normativo de todo Estado, esta concepção mais abstrata e mais específica de um comportamento previamente identificado, delimitado, cede espaço para outra forma de observação dos comportamentos –, encontraremos a perspectiva de um “espaço contínuo, controle de vocação ilimitada do olhar de cada um sobre todos e de todos sobre cada um” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 298). Com efeito, faz-se lembrar aqui o modelo totalitário; não por acaso, Delmas-Marty registra a evolução da ideia libertária ao totalitarismo na China da Revolução Cultural. No entanto, devemos salientar que o vetor dessa contração determinará eixos político-compreensivos distintos, ou seja, por um lado, no primeiro eixo onde aquilo que comumente entendemos por infração – violação da norma, mas também comportamento em regra mais danoso –, será compreendida como desvio ($I \rightarrow D$) e resultará na relação simbolizada por $(D(I))$, caracterizando uma reação comunitária; por outro lado, temos ainda o segundo eixo caracterizado por uma resposta mais violenta, que por uma referência às noções antropológicas, o desvio, como norma social, será assemelhado à infração ($D \rightarrow I$), resultando na relação simbolizada por $(I(D))$, uma reação externa ao grupo social agredido, que gerará a reação retributiva.

O submodelo “comunitário” tem servido de inspirações múltiplas, cuja mais conhecida recebeu o nome de *abolicionismo penal*, que almeja a reconstrução de estratégias tradicionais e comunitárias para a resolução de conflitos sociais, referenciadas na solidariedade interna do próprio grupo, embora precário e dependente de uma série de fatores sociais geradores de pauperização. Um exemplo atual onde subjaz tal submodelo são as “comunidades de bairros”,

onde a conflitividade dos integrantes pode receber um tratamento alheio a qualquer intervenção estatal (DELMAS-MARTY, 2004, p. 299-313).

Este é um bom exemplo da ideologia libertária, que busca resolver o conflito fora de qualquer intervenção do Estado para manter a coesão no interior de uma comunidade de pessoas suficientemente unidas umas às outras para que se desenvolvam, como uma secreção contínua do corpo social, redes que tendem muito mais para a reintegração dos desviantes ao interior da comunidade do que à sanção das infrações, privilegiando, de alguma forma, a normalidade sobre a normatividade (DELMAS-MARTY, 2004, p. 299).

O segundo eixo caracterizado pela variante “retributiva”, assemelha-se a toda espécie de vingança, podendo ser observado trações do totalitarismo irracional, cuja capacidade de violência por parte da resposta à infração extensível nada se aproveita.

Definitivamente, e uma última palavra acerca dos modelos apresentados aqui. A política criminal, a partir dos modelos até aqui expostos, encontra uma forma e uma possibilidade de pesquisa mais específica, em especial se considerarmos a necessidade de termos as suas combinações como estratégia fundamental de análise. No entanto, quero salientar que a nossa referência fundamental almejou uma perspectiva universalista, estabelecendo critérios mínimos de pesquisa, que, a nosso ver, não dão conta de realidades político-criminais cuja pluralidade social podemos verificar nas Américas. Não se trata de um demérito do material utilizado, apenas observamos a necessidade de darmos maior relevância a pesquisas, cuja perspectiva local – e no caso em tela, a nossa realidade social brasileira –, seja a referência. Dito de outra forma, tais pesquisas deverão ser desenvolvidas no âmbito da nossa realidade sociocultural e a partir das nossas demandas político-criminais.

3.2 CONTEMPORANEIDADE POLÍTICO-CRIMINAL: A DUPLA ABERTURA DA POLÍTICA CRIMINAL AO NEOCONSTITUCIONALISMO E AO NEOLIBERALISMO

A política criminal compreendida como disciplina responsável pela "*definição das estratégias de controle social* do fenômeno da criminalidade" (DIAS, 1999, p. 23) tem buscado, desde o início do século passado, com variações consideráveis, consolidar-se nessa tarefa, e essa consolidação se perfaz em meio a infindáveis discussões teóricas e desafios práticos. Com efeito, tais debates nascem de uma miríade de fatores, dentre os quais, e situando aquele que se colocou como um dos mais ingentes – considerando para efeito de

análise histórica –, esteve a inócua disputa – considerando também o contexto originário –, pela titularidade do protagonismo em meio à chamada *ciência conjunta do direito penal*.

Este cenário se atualizou nas últimas décadas do século XX, em especial, em meio à estruturação daquilo que temos chamado de *neoconstitucionalismo*, ou a nova forma de perceber a concretização do sistema jurídico a partir dos desígnios constitucionais. Se for verdade que a dogmática jurídico-penal foi considerada no passado a barreira de contenção das elaborações político-criminais, no momento do ato decisor, e mesmo na sua elaboração disciplinar; com efeito, precisaremos compreender, que esta síntese epistêmica formulada por *von Liszt* foi construída no contexto dos festejos do positivismo jurídico mais estrito. E com isso, a partir da compreensão desta nova vertente de interpretação jurídico-sistemática, cumulada com a proposta de uma nova concepção de ciência conjunta, como aquela formulada por Alessandro Baratta - um movimento que tende a trazer maior racionalidade hermenêutica e social ao sistema -, teremos um novo lugar para a dogmática jurídico-penal.

A perspectiva do positivismo jurídico, especialmente na sua versão clássica – embora para muitos quaisquer das suas versões –, apresenta-se com sinais bastante evidentes da sua avançada exaustão, e o advento de perspectivas mais abrangentes nos traz alternativas gnosiológicas bastante consistentes. Propostas como: a maior participação social nas elaborações teóricas; a reconfiguração do poder nas decisões políticas; a reorganização das estratégias de penalização, como forma de alcançar aquelas instâncias tradicionalmente imunes são apresentadas no contexto da afirmação de um paradigma constitucionalista, e de reforço dos direitos sociais. Com efeito, em meio a este novo cenário, radicalizar a mutação da postura positivista em direção ao contexto compreensivo de elaboração do direito, e, conseqüentemente, da sistemática de interpretação/aplicação do direito penal, não parece justificar o atual estado de expansão do direito penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

3.2.1 Sistema penal e neoconstitucionalismo

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, inaugura no cenário nacional, as condições necessárias para a modificação essencial do tratamento que tradicionalmente vinha-se prestando ao ordenamento jurídico pátrio, e de maneira singular, à sua dimensão penal – tanto material, quanto processual –, especialmente, considerando à época o Estado de exceção vigente até tão pouco tempo.

Um quadro normativo-constitucional de perfil altamente prolífico em matéria de garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, inspirado pela tendência à afirmação dos

direitos humanos em todo o mundo, teve na realidade nacional dos *Anos de Chumbo* um evidente manancial, originado dos fatos que há pouco haviam feito muitos brasileiros reclamarem *slogans* como: Brasil Nunca Mais! Tratava-se de certo Brasil, sob certo regime, para o qual o sistema penal serviu como instrumento de controle essencial.

Juntamente com o direito material e processual, afirmado na Constituição, vimos acompanhá-los a reafirmação de instituições, que tendiam a repensar as bases estruturais do país e também do sistema penal: novos tempos para o judiciário, mas também, e, sobretudo, para o Ministério Público e para a Defensoria Pública. Além disso, a elaboração de novas legislações, jurisprudências e doutrinas que viessem a conformar uma nova ordem constitucional, e, para o que nos interessa, também, uma nova ordem jurídico-penal precisou/precisa ser desenvolvida. Trata-se do tempo do Neoconstitucionalismo.

É importante afirmar que o sistema penal cumpre determinadas funções, objetivando certas finalidades, o que remete à necessidade de refletirmos um conceito amplo que dê conta das nuances mais complexas desse sistema, e aqui, como sistema penal, tomaremos por lição os ensinamentos de Eugênio Zaffaroni e Henrique Pierangeli:

Chamamos “sistema penal” ao *controle social punitivo institucionalizado*, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação.

[...] Com efeito: “punição” é ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista na lei penal, podendo ser ações que denotem qualidades pessoais, posto que o sistema penal, dada a sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais do que contra certas ações.

Não se pode ignorar que fazem parte do sistema penal – inclusive em sentido limitado – os procedimentos contravencionais de controle de setores marginalizados da população, as faculdades sancionatórias policiais arbitrárias, as penas sem processo, as execuções sem processo etc. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 63-64, grifo do autor).

Tomar como ferramenta de análise um conceito tão amplo, que considera aspectos epistêmicos e metodológicos tão diversificados, aqui nos serve apenas para apontar – considerando os limites deste estudo –, utilizando-se de uma descrição *grosso modo*, de como tradicionalmente percebemos o fenômeno do sistema penal. Trata-se de um sistema eminentemente estatal, para o qual concorrem múltiplas agências, com múltiplos discursos: agência judicial, que se autoproclama garantidora, baseada *na retribuição e/ou na*

ressocialização do indivíduo desviante, desenvolvendo uma cultura particularmente “pragmática, legalista, regulamentadora, de mera análise da letra da lei, com clara tendência à burocratização” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 66); agência policial, altamente moralizante; e a agência penitenciária, que aqui e ali sustenta um discurso pedagógico, não deixando de registrar-se também nestas duas últimas, um forte perfil burocratizante.

A par dos tradicionais discursos do sistema penal, a realidade da sua interpretação/aplicação¹³ se move em direções por vezes opostas, e noutras, vertical e incisivamente oscilantes. Trata-se do seu caráter estigmatizante, seletivo e altamente segregacionista, características que se entrecruzam e se reforçam no processo de reafirmação das funções, ao mesmo tempo, de manutenção do *status quo* e simbólica do sistema penal. Esta última função se caracteriza face ao caráter sempre *fragmentário* e *seletivo* do sistema, agindo sobre certo número de casos criminalizados – deixando sempre de lado a maior parte (cifra oculta) –, e sobre determinados indivíduos; desta forma, servindo, sobretudo, para aplacar a sensação de perigo dos segmentos sociais abastados. Quanto àquela função de manutenção do *status quo* – a qual invariavelmente se combina com a função simbólica –, diremos que o mesmo poder de determinação da criminalização primária que resta aos segmentos sociais detentores da economia privada, parece mover-se numa dupla e oposta direção: ao mesmo tempo em que criminaliza certo segmento da sociedade, autoimuniza-se e se põe à margem de qualquer expectativa de criminalização.

Temos, então, a descrição de um sistema, que nos leva à compreensão de ter sido montado – dada a sua eficácia no atingimento das suas aparentes funções de controle social desigual –, com propósito de manter as estruturas de poder exatamente como se encontram, criando condicionamentos sociais desumanizadores, sobre a tradicional clientela penal (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 75), tais como: 1. *criminalização*, na sua modalidade primária (formulação da lei) e secundária (alcance seletivo dos atos desviantes); 2. *fossilização*, um processo de criminalização ainda mais contundente e letal, característico dos típicos “bodes expiatórios” incontornáveis, a exemplo daqueles indivíduos conhecidos como “falcões”, viciados ou “aviões”, que de regra não encontram saída da realidade social do crime que lhes é imposta; e 3. *burocratização*, que remete a agentes públicos, recrutados em camadas sociais, que medeiam entre os segmentos que comandam o poder e os subalternos, objetivando a criação de uma massa ingente de controle; referimo-nos aos típicos intérpretes/aplicadores do

¹³ Essa expressão é utilizada por Eros Roberto Grau no seu livro *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*.

direito, v.g., juízes, promotores, defensores públicos, advogados, delegados etc. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 69-70).

Uma vez estabelecido o nosso conceito básico, vamos observar agora esta contemporânea relação, a qual muitos pensadores vêm reputando como uma saída possível para a reestruturação do sistema penal, elevando-o a uma categoria de instrumento jurídico de justiça social, através do reforço de aspectos democráticos e de afirmação incessante da dignidade da pessoa humana, o Neoconstitucionalismo.

Assim, na esteira da linha de desenvolvimento dos debates político-criminais havidos na segunda metade do século XX, vimos chegar uma nova onda de análises das relações entre direito e Estado, que se originaram dos debates acerca da teoria do direito e da teoria da constituição e que repercutiram – como não poderia deixar de ser –, na dimensão compreensiva da interpretação/aplicação do direito penal, e, mais precisamente, da política criminal; estamos falando daquilo que, na falta de uma expressão técnica mais rigorosa (BARROSO, 2014, p. 2), passamos a chamar de pós-positivismo.

Inicialmente, tem-se que o fim da Segunda Grande Guerra nos trouxe a certeza, por um lado, da necessidade de abandonarmos definitivamente o positivismo – uma vez sobre este ter recaído parte significativa, do ponto de vista gnosiológico, do sucesso nazifascista –, por outro lado, com a superação histórica do jusnaturalismo percebeu-se a necessidade da formulação de um novo paradigma acerca da função social e da interpretação do direito.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (BARROSO, 2014, p. 6).

Assim, sob a luz dessa *verdadeira revolução copernicana* na dinâmica constitucional, vimos surgir este novo paradigma, que tende a trazer consigo uma força normativa *sui generis* às disposições constitucionais, anteriormente vistas como meros programas de intenções do legislador constituinte. Com efeito, a partir de fatos e elementos da vida sociojurídico-constitucional, tais como: a aproximação entre constituição e democracia; o reconhecimento

da força normativa da constituição e a difusão da jurisdição constitucional, tivemos a colocação das condições necessárias para o fenômeno fundamental do neoconstitucionalismo: a *constitucionalização dos direitos* (MELLO, 2012, p. 494-497).

Entenderemos aqui por *constitucionalização dos direitos* o efeito expansivo das normas constitucionais – especialmente, na dimensão dos direitos e garantias fundamentais –, ou seja, a compreensão da necessidade de irradiação dos conteúdos material e axiológico da Constituição por todo o ordenamento jurídico. Um registro histórico: temos na doutrina, razoável consenso de que o início desta prática jurídico-constitucional se deu na Alemanha, sob o influxo da Lei Fundamental de 1949, que consagrou que os direitos fundamentais, núcleo essencial deste espectro de irradiação, possuíam mais do que “sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais”, desempenhando “outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores” (BARROSO, 2014, p. 19).

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema (BARROSO, 2014, p. 28).

E seguindo essa trilha sociojurídico-constitucional, deveremos nos deparar com um direito penal de mesma espécie, destinado a cumprir as funções políticas que lhe foram previamente asseguradas na Constituição. Com efeito, aqui ainda encontraremos o pensamento de Paulo Queiroz, para quem “saber quais as funções que se devem creditar ao direito penal implica, assim, saber previamente, as funções constitucionalmente assinaladas ao Estado” (QUEIROZ, 2001, p. 121). Neste sentido, outra reflexão que nos aponta o mesmo horizonte, colhemos da dicção de Alessandra Prado:

O Título I, art. 1º da Constituição brasileira de 1988, eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito. Decorre daí que a estrutura e ação do poder político e a organização da vida econômica, cultural e social está subordinada ao respeito e desenvolvimento da pessoa humana. Esse é o fio condutor do sistema normativo brasileiro. Considerando o que dispõe o texto constitucional, conclui-se que o legislador infraconstitucional deve observar o quadro de valores constitucionalmente positivado, de modo que busque implementá-lo (PRADO, 2000, p. 19).

Com efeito, uma concepção singular, ligada aos avanços do constitucionalismo, deve aqui ser destacada, qual seja: a orientação essencial das disposições de direitos e garantias

fundamentais, tendo como baliza o princípio da dignidade da pessoa humana (PRADO, 2000, p. 17-20; HABERMAS, 2012, p. 7-37). E sob a orientação do pensamento de Francesco Palazzo, Alessandra Prado nos traz ainda mais um critério esclarecedor acerca da compreensão sobre a interpretação/aplicação dos princípios constitucionais em matéria penal, própria da condução feita a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser agregado ao entendimento de elaboração jurídico-constitucional-penal de, ao menos, dois subprincípios decorrentes da dignidade, quais sejam: *princípios de direito penal constitucional*, que apresentam disposição tipicamente penal; e *princípios (ou valores) pertinentes à matéria penal*, de conteúdo propriamente constitucional, no entanto, disciplinadores das matérias em geral, inclusive do direito penal (PRADO, 2000, p. 19-20).

Desta forma, “a mais grave intervenção estatal na esfera da liberdade humana, que se dá por meio do poder punitivo, tem oscilado, ao longo da história, entre o arbítrio e a segurança jurídica, conforme o tipo de Estado, a ideologia e a política predominante em cada momento histórico” (PRADO, 2000, p. 21). Logo, o que se almeja com o atual desenvolvimento metodológico dos trabalhos jurídico-constitucionais, é trazer maior racionalidade ao sistema penal, que ademais não pode olvidar que “a Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria” (BARROSO, 2014, p. 41), tendo essa mesma Constituição erigido ao topo da sua hierarquia os direitos fundamentais, estruturados através de princípios e regras, organizados no tronco firme da valorização e proteção intransigente da dignidade da pessoa humana. Assim, um sistema penal atento à contemporaneidade constitucional, deverá deixar de ser meramente penal, tornando-se verdadeiro sistema penal constitucional.

E como princípios fundamentais da Constituição, que deverão ser necessariamente contemplados para o advento do novo sistema penal constitucional, Prado (2000, p. 21-30) nos traz um rol de três grandes princípios que, não obstante, podem sofrer subdivisões: 1. o princípio do Estado de direito, responsável por outros princípios dele advindos, tais como, legalidade, reserva legal, responsabilidade penal, necessidade do direito penal, proporcionalidade, intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade; 2. o princípio do Estado social, para o qual a função garantidora do direito penal abrange o dever à proteção de bens jurídicos que garantam o desenvolvimento econômico e social; e 3. o princípio do Estado democrático de direito, densificador do sistema, a partir da elaboração de estratégias que o materializem para *a defesa de interesses coletivos e o objetivo da justiça social*.

Definir, ou redefinir, os fins e os limites do direito de punir supõe, portanto, conhecer, antes, os fins e os limites do próprio Estado. E o faz a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, fixando as bases e os limites do direito penal, que é o braço armado da Constituição Nacional. Os limites do direito penal são os limites do Estado (QUEIROZ, 2001, p. 122).

E não é muito reafirmar que os limites do Estado são estabelecidos pela Constituição, que, contemporaneamente, à luz da doutrina neoconstitucional, deve ser utilizada como uma lente através da qual se deve observar e, ao mesmo tempo, apreender todo o direito, de modo a realizar os valores nela consagrados, pois *toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional*; a esse fenômeno se tem chamado de *filtragem constitucional* (BARROSO, 2014, p. 27).

O sistema penal constitucional, surgido de toda esta trama teórica, que envolve o direito, o Estado e as suas histórias, ainda se encontra por fazer. Muitas promessas foram feitas, muitas intenções foram postas à mesa, muito trabalho nos resta realizar, mas, o que queremos de um sistema realmente penal constitucional? Utilizar-nos-emos aqui de Santiago Mir Puig para esboçar, ainda de maneira duvidosa, e, *grosso modo*, essa resposta:

El Derecho penal de un tal Estado ha de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto Derecho penal de un Estado *social*, debe legitimarse como sistema de *protección social efectiva*, lo que le atribuye la misión de prevención de delitos en la medida – y sólo en la medida – de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Por otra parte, en cuanto Derecho penal de un Estado *democrático de Derecho*, debe someter la prevención penal a otra serie de *límites*, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal. Dos palabras resumen, a mi juicio, este programa político-criminal: *prevención limitada*.¹⁴ (MIR PUIG, 2011, p. 19-20).

Definitivamente, se é certo que atingiremos tais objetivos – proclamados não só nas constituições de diversos países, mas desejo inclusive das comunidades internacionais, através da afirmação dos direitos humanos –, ou, mesmo, se tais objetivos são de fato desejáveis, não sabemos. Pensamos que nos resta muito trabalho de pesquisa e reflexão à margem dos tradicionais sistemas jurídicos, ou de resolução de conflitos, do ocidente; de outra banda, e na

¹⁴ “O Direito penal de tal deverá assumir várias funções, correlativas aos distintos aspectos que nele se combinam. Enquanto Direito penal de um *social*, deve legitimar-se como sistema de *proteção social efetiva*, o que lhe atribui a missão de prevenção de delitos na medida – e só na medida – do necessário para aquela proteção. Ele já constitui um limite da prevenção. Por outra parte, enquanto Direito penal de um *democrático de Direito*, deve submeter a prevenção penal a outra série de *límites*, em parte herdeiros da tradição liberal do de Direito e em parte reforçados pela necessidade de encher de conteúdo democrático o Direito penal. Duas palavras resumem, a meu juízo, este problema político-criminal: *prevenção limitada*” (Tradução livre).

continuação da tentativa de compreensão dos avanços do novo sistema penal constitucional é que encontraremos a doutrina do Garantismo Penal.

3.2.2 Contemporaneidade garantista: sentido e alcance

O período pós-guerra nos apresentou diversas formas de evolução dos diversos componentes sociais. Com efeito, presenciamos toda forma de contestação às clássicas tradições da sociedade, em especial, na busca por igualdade: de raça, de gênero, de orientação sexual, por protagonismo político, dentre outras. A forma de organizarmos os conhecimentos filosóficos foi alterada: não discutimos mais em termos ontológicos ou representacionais, abordamos a linguagem e a mente, pois percebemos cabalmente, que as realidades humanas e sociais são decididamente multiformes, multiculturais e transdisciplinares. Mas acreditamos, sobretudo, que essas modificações não poderiam acontecer alheias aos desenvolvimentos também na área do direito.

As mudanças no direito se seguiram, especialmente, na teoria do direito, com a superação das bases clássicas do juspositivismo, como forma de produção do conhecimento jurídico, onde tal abandono, não encontrou, como outrora, a sua base antagonista clássica de substituição, o *jusnaturalismo* – uma vez esta ter sido finalmente superada pela história (BARROSO, 2014, p. 6). Outro locus importante de mudanças deu-se na dimensão da relação do direito com o Estado, haja vista a promulgação de novas constituições na maioria dos países da comunidade internacional; foi um momento de refundação dos pactos políticos e sociais em praticamente todo o mundo.

Os Estados Unidos da América não levou a cabo tal alteração (ou refundação) – formalmente –, levando-nos a perceber que a relação do direito com o Estado na maioria dos países da comunidade internacional, em especial na sua dimensão constitucional, passou a seguir o exemplo americano. Falamos sobre ativismo judicial, obediência às constituições, e estudamos textos americanos do final do século XIX e início do século XX como exemplos. A esse respeito, podemos dizer que a fórmula – mesmo considerando a diferença fundamental da existência do *Common Law* no sistema americano –, vem sendo seguida nas muitas legislações afora: estreitamento da relação do direito com o Estado, jurisdição constitucional, respeito absoluto à constituição, judiciário independente, primazia da igualdade.

No entanto, nada disso afastou o sistema americano da produção de bolsões de miséria, guerras, injustiças e iniquidades. Acredita-se no constitucionalismo substancialista, nascido das entranhas da negação do III Reich, o qual se espelha no constitucionalismo norte-

americano liberal e igualitarista, mas deseja-se muito mais. Percebemos a necessidade de novas formulações, de novas ideias, de novas formas de combater aquele *signo de uma calamidade triunfal* sob o qual *resplandece a Terra*, como nos mostraram Adorno e Horkheimer (1985, p. 17). E no contexto desta *história do presente*, a ideia de submetermos todos os nossos subsistemas jurídicos à Constituição nos afigura como uma expectativa de progresso e humanização do direito, o modelo ou sistema garantista.

Para Luigi Ferrajoli o modelo ou sistema garantista se expressa através da compreensão do direito como um sistema de garantias. O método de trabalho de construção dos fundamentos deste modelo ou sistema ferrajoliano se dá a partir das elaborações acerca do que para muitos é a crise do direito, e para o nosso autor, em verdade, trata-se de uma crise da razão jurídica, expressa, singularmente, pela derrocada daquilo que Ferrajoli vai chamar de paleopositivismo, fazendo alusão a uma Era do Positivismo que merece ser superada. E essa crise, seja do direito ou da razão jurídica, anuncia-se a partir da leitura de diversos autores, e, nesse ponto, Ferrajoli não discorda: da crise da legalidade, da crise do Estado social e da crise do Estado Nacional. Para muitos – e nosso autor cita Luhmann, Teubner e Zolo –, trata-se de uma crise que nos levará a “una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico”¹⁵ (FERRAJOLI, 2004, p. 17). Por outro lado, para o jurisconsulto italiano, os pensadores da Era Moderna e da Ilustração que inauguraram a razão jurídica como a conhecemos, a exemplo de Hobbes a Montesquieu e Beccaria, atravessaram uma época onde as questões ingentes da sociedade eram ainda mais complexas, e isso não teria impedido o desenvolvimento da razão jurídica que nos trouxe até aqui.

Com efeito, vejamos a partir daqui o que Ferrajoli pensa sobre cada uma dessas crises, sobre as quais se estrutura e se percebe o garantismo. A primeira das crises é a *Crise da Legalidade*, que se apresenta como uma verdadeira crise dos valores de vinculação, especialmente, por parte dos detentores dos poderes públicos às regras do direito. Com efeito, o exemplo utilizado por Ferrajoli acerca da situação política na Itália – que degradava a realidade nacional –, quando ele escrevia sobre o tema, coincide perfeitamente com aquilo que vemos hoje no Brasil: escândalos de corrupções que fazem parecer que vivemos a existência de Estados paralelos, que se põem à margem da legalidade, com o intuito de se locupletar das vantagens de pertencerem à administração. Vale salientar que esta é uma realidade histórica do Brasil, muito anterior à época política atual, marcando a similaridade com o texto ferrajoliano, apenas na dimensão de que tanto na Itália dos últimos anos do século

¹⁵ “una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico” (Tradução livre).

XX, quanto no Brasil atual, tais crimes passaram a ser de fato investigados. Assim, estas ilegalidades públicas alcançam os ditames constitucionais, na dimensão de subordinação daquilo que se impõe como dever para o exercício das funções dos poderes públicos, e se prefiguram como uma ineficácia dos controles sobre tais atividades.

Essa crise é tida como a *Crise do Estado social*, que se expressa através da constatação da inadequação estrutural das formas do Estado de direito (liberal) às funções do Estado de bem-estar, associada ao caráter seletivo e desigual do primeiro, que se evidencia pelas contradições na satisfação das promessas da modernidade tanto do Estado de direito (prestação negativa), quanto do Estado social (prestação positiva). E se manifesta, na contemporaneidade, pela inédita inflação legislativa provocada pela pressão dos grupos econômicos e interesses privados, ocasionando “la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción”¹⁶ (FERRAJOLI, 2004, p. 16).

Ao último aspecto da crise deu-se o nome de *Crise do Estado nacional*, e se reflete pela mudança dos espaços de exercício da soberania, e na alteração da sistemática das fontes do direito que passarão a ser consideradas, com isso, ocasionando um enfraquecimento do constitucionalismo. Um episódio no Brasil que nos apresenta tal crise é a situação irresolúvel quanto ao entendimento na doutrina acerca do *status* que devem possuir os tratados ou acordos internacionais vinculados formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro, algo que encontrou uma resposta com a Emenda Constitucional nº 45, mas não silenciou as discussões doutrinárias, ao que Ferrajoli chega a propor um constitucionalismo de direito internacional, algo que poderia se aliar ao tradicional modelo de hierarquia das fontes.

Ferrajoli não despreza o fato de que esse quadro possa evoluir para uma crise da própria democracia, mas assegura que quanto ao direito, situações sociais mais complexas já puderam ser verificadas, o que não impediu o desenvolvimento da razão jurídica, aquilo que o nosso autor concebe como o elemento estrutural do direito, que se encontra em crise pelas mudanças que se avizinham. E mais, entende que o paradigma do Estado de direito, tido como criação extraordinária da modernidade, nos dias de hoje tem a vantagem do constitucionalismo, com o seu *sistema artificial de garantias constitucionalmente preordenado para a tutela dos direitos fundamentais*. Afirma, ainda, que este sistema de

¹⁶ “a perda de generalidade e abstração das leis, a crescente produção de leis-ato, o processo de descodificação e o desenvolvimento de uma legislação fragmentária, inclusive em matéria penal, habitualmente sob o signo da emergência e da exceção” (Tradução livre).

garantias encontra sustentação na complexidade da estrutura formal das constituições rígidas, e se caracteriza por uma dupla artificialidade: pelo caráter positivo das normas; e, ao mesmo tempo, pela sujeição das mesmas ao direito. Este último, um traço característico do Estado constitucional de direito, que produz não só normas de cunho formal, mas também, e sobretudo, normas de natureza substancial.

Esta dupla artificialidade das estruturas normativas contemporâneas gera algumas conclusões imprescindíveis: se, por um lado, as normas positivas são uma realidade definida formalmente pelos seres humanos, logo fruto da vontade coletiva, e o “ser” do direito, dessa realidade ontológica se observa a possibilidade de antinomias, própria do Estado de direito; por outro, a sujeição de tais normas ao direito, que faz surgir aquilo que Ferrajoli vai identificar com a estrutura deôntica de definição das normas, será considerada como o seu “dever ser”, espaço para a ocorrência de possíveis lacunas, própria do Estado social. Essa estratégia complexa de definição das normas, que ultrapassa a fase positivista clássica do mero reconhecimento de normas sobre a forma de produção do direito, para o reconhecimento de mesmo *status* às normas que se referem aos conteúdos dessas produções é considerada pelo nosso autor como a maior conquista do direito na contemporaneidade, ou seja, o advento *do direito dos direitos* – o modelo ou sistema garantista.

Gracias a esta doble artificialidad – de su «ser» y de su «deber ser» – la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar «modelo» o «sistema garantista», por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía em relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica.¹⁷ (FERRAJOLI, 2004, p. 20, grifo do autor).

¹⁷ “Graças a esta dupla artificialidade – de seu «ser» e de seu «dever ser» – a legalidade positiva ou formal no constitucional de direito tem mudado de natureza: não é só condicionante, se não que ela está por sua vez condicionada por vínculos jurídicos não só formais senão também substanciais. Podemos chamar «modelo» ou «sistema garantista», por oposição ao paleopositivista, a este sistema de legalidade, ao qual essa dupla artificialidade confere um papel de garantia em relação ao direito ilegítimo. Graças a ele, o direito contemporâneo não programa somente suas *formas* de produção através de normas de procedimento sobre a formação das leis e demais disposições. Programa ademais os seus *conteúdos* substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e aos valores inscritos em suas constituições, mediante técnicas de garantia cuja elaboração é tarefa e responsabilidade da cultura jurídica.” (Tradução livre).

Na sua monumental obra sobre a teoria do garantismo penal, Ferrajoli, apresenta a estrutura epistemológica do seu garantismo estritamente penal, a partir da concepção moderna dos princípios clássicos que – com adaptações contemporâneas – a sustenta: a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência. Assevera ainda o caráter de unidade que a razão jurídica clássica conseguiu imprimir a esses princípios, afirmando:

[...] os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2006, p. 38).

O modelo garantista ferrajoliano se fundamenta na reestruturação da razão jurídica clássica, a partir dos moldes contemporâneos neoconstitucionalistas, e refunda um neopositivismo penal alicerçado em dois elementos estruturais fundamentais, quais sejam: 1. *Convencionalismo penal e legalidade estrita*, ou seja, nos **princípios de mera e estrita legalidade**, que se afiguram como, no primeiro caso, no “caráter formal ou legal do critério de definição do desvio”, que designa o desvio como aquela conduta descrita na lei, insuscetível da tão só subjetividade do juiz – destinatário primeiro dessa metanorma – e equivale ao princípio da reserva legal, e ainda pode ser representado pela clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*, e no segundo caso, no “caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas”, que designa a produção da definição legal do desvio exclusivamente a partir de figuras empíricas e objetivas de comportamento, excluindo toda e qualquer descrição subjetiva de autor ou de *status* do indivíduo, tendo como destinatário primeiro o legislador, e equivale ao “caráter *absoluto* da reserva da lei penal”, e ainda pode ser representado pela fórmula clássica *nulla poena sine crimine et sine culpa*; 2. *Cognitivismo processual e estrita jurisdiccionariade*, ou tão somente, **princípio da estrita jurisdiccionariade**, associado ao elemento anterior para a sua efetividade, deve cuidar da “determinação concreta do desvio punível”, e “exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação”, o objetivo é alcançar as razões de fato e de direito utilizadas para justificar as motivações das sentenças, e equivale – não somente no que toca à lei, mas também à acusação – à fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Tais princípios objetivam na prática a

evitação de qualquer constituição meramente subjetiva de norma ou comportamento, e exclusivamente a sua regulação ou regulamentação (FERRAJOLI, 2004, p. 37-42).

Temos então um modelo declaradamente ideal e irrealizável (FERRAJOLI, 2004, p. 44; QUEIROZ, 2001, p. 78), que deverá passar pelo crivo de diversas abordagens e sempre se afigurar em alguma medida nos sistemas jurídicos de Constituição rígida, e que na sua formulação ampliada suscita dez axiomas clássicos de garantias penais, que tentarão reproduzir o mais possível o sistema ideal acima descrito, formando o seu Sistema Garantista SG (FERRAJOLI, 2004, p. 91). Nada obstante à excepcional elaboração do modelo ferrajoliano, vítima, ao que parece, das mesmas mazelas de todo sistema positivista, deontológico, que parece desconectado das realidades mesmas das sociedades da maior parte do mundo, embora reconheça os limites ideais das suas formulações, o direito penal resta como um sistema não só “repressivo propriamente, mas ‘configurador-disciplinário’ (positivo e não negativo), arbitrário e seletivo” (QUEIROZ, 2001, p. 82).

As bases ideológicas, sobre as quais fixa suas raízes, Alessandro Baratta extrai das mesmas fontes ferrajolianas acerca do tema, embora seja radical, ou seja, trata-se de uma abordagem que suscita a compreensão da possibilidade mesma do Estado de direito como *locus* realizador da razão jurídica e emancipação da sociedade; logo, do respeito às regras penais, que no caso de Baratta, contempla um controle externo do sistema penal, bem como a sua crítica epistemológica externa, com maior participação da sociedade em todos os níveis de definição. Essas palavras poderiam ter sido escritas pelo autor de *Direito e Razão*: “*el derecho penal mínimo* es, al mismo tiempo, como se ha visto, el ‘derecho penal de la Constitución’”¹⁸ (BARATTA, 2004b, 188).

Não acreditamos ter encontrado um elemento que possa substituir o paradigma do Estado de direito, mas afirmamos a necessidade de pensarmos para além desse paradigma que nos remonta à dominação de uma minoria sobre uma maioria, supostamente representada. Com efeito, e não abrindo mão completamente da ideia do Estado de direito, Zaffaroni e Pierangeli parecem menos crédulos quanto aos efeitos totalizantes desse paradigma, e como nós, entendem na atualidade a sua realização em graus, o que não é desejável, mas algo melhor do que a sua não realização; mas isso não é suficiente.

[...] o “Estado de Direito” ou “República” em sentido estrito, cuja máxima fundamental é a submissão de todos ao direito, não se realiza perfeitamente, mas sempre por graus, o que exclui a validade do princípio geral como

¹⁸ “*o direito penal mínimo* é, ao mesmo tempo, como se tem visto, o ‘direito penal da Constituição’.” (Tradução livre).

orientador, servindo como comprovação só para afirmar – retificando ficções – que o “Estado de Direito” ou princípio republicano tem graus de realização, o que é positivo, em razão de que – à diferença da cômoda ficção – nos conscientizará da necessidade de tê-lo como farol na tormenta e esforçarmo-nos continuamente para a sua realização ideal, propugnando uma integração comunitária organizada que diminua o grau de marginalização inevitável em toda a sociedade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 68-69).

Tal realização em graus nos remete à ideia de ter o Estado de direito como princípio de otimização, sempre verificável na prática cotidiana da publicística das nações.

3.2.3 Política criminal e garantismo neoliberal

Aqui, partiremos da compreensão de que a política criminal é "o espírito" – o fundamento – de todo sistema punitivo, sem que precisemos afirmar a sua anterioridade nem à dogmática e nem à criminologia, mas compreendendo que são as decisões político-criminais que estruturam amplamente o discurso jurídico-penal estabelecido na dogmática, bem como determinam destinos sociais analisados pela criminologia. Esta é uma concepção não ideal, e que podemos reportar a sua percepção à prática cotidiana, especialmente, com o fim didático de podermos nos aproximar da forma como se organiza esta disciplina.

Tendo por referência as principais reflexões garantistas da contemporaneidade, o garantismo penal também pode e deve ser entendido como o gênero das doutrinas minimalistas, e, mesmo, na medida, abolicionistas. Com efeito, minimalismo e abolicionismo penal outras coisas não são senão espécies de doutrinas político-criminais de deslegitimação do direito penal, em proporções variadas. Enquanto o minimalismo propugna pela redução ao máximo possível da intervenção penal, considerando a maioria dos seus defensores a desnecessidade das penas de reclusão – algumas perspectivas pela falta de utilidade e outras pela falta de legitimidade das penas –; o abolicionismo questiona a utilidade/legitimidade mesma do próprio direito penal, propugnado pela sua abolição, e reconduzindo o *locus* apropriado para a resolução dos conflitos para o âmbito dos grupos sociais, apresentando-se nas suas versões marxista e verde – como já vimos.

Logo, podemos dizer que o garantismo penal é um gênero sob o qual podemos encontrar variadas espécies de estratégias político-criminais, mais notadamente o minimalismo e o abolicionismo – estes em, também, diversas versões; e a política criminal agora pode ser percebida como um metadiscurso de análise que tende a apontar e ao mesmo tempo organizar as estratégias políticas que os diversos gêneros e espécies de formas de

resolução de conflitos sociais se dão, desde modelos garantistas, autoritários, aos totalitários e suas simbioses.

Com efeito, viemos adotando uma metodologia de compreensão dos modelos político-criminais que ocorrem, a partir de realidades nacionais, a partir de políticas criminais que se dão por estratégias de resolução de conflitos que se organizam, muitas vezes, dentro de um mesmo território, e sob o manto de uma mesma Constituição e forma de organização política geral. Tais políticas criminais se apresentam como a mescla de tipos de modelos diversos, como já sabem, no Ocidente, a maioria das práticas político-criminais se organiza a partir do tipo de *modelo Estado-Sociedade Liberal*, mas apresentam aspectos também autoritários e mesmo totalitários; no entanto, podemos registrar outros arranjos político-criminais de combinações diversas, cuja variação se encontra na dominância de certo modelo face aos seus complementares. E se assim é, dentro de um mesmo território e sob o manto de uma mesma Constituição e política nacional, quando inserimos as componentes das consequências do processo de globalização, daí então podemos verificar – com uma amplitude diferenciada –, no mundo contemporâneo, o quão complexas as análises políticas se tornam, especialmente, no que se refere aos fundamentos das estratégias utilizadas para resolução de conflitos. É o que passaremos a estudar brevemente.

A globalização é uma forma de reorganização da geopolítica mundial, que da forma como a conhecemos na contemporaneidade, é uma característica das sociedades pós-industriais, e possui, ao menos, duas complexas formas de ocorrência. Trata-se daqueles fenômenos que Silva Sánchez vai indicar como: globalização econômica; e integração supranacional (SANCHEZ, 2013, p. 97-125). A partir de uma análise complexa dos *aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, o penalista espanhol vai nos mostrar as mudanças havidas no direito penal e na forma como o mesmo passou a ser percebido no âmbito da nova geopolítica no mundo.

Para Silva Sánchez (2013), o direito penal das sociedades pós-industriais se apresenta, de maneira genérica, como uma estratégia de contenção da violência, que na atualidade apresenta características expansionistas, o que, em contraponto ao constitucionalismo contemporâneo – fruto de um mesmo processo de jurificação da vida, como perceberemos, também nos traz efeitos colaterais deveras indesejados –, e aos avanços teóricos do garantismo penal – que pugna por um minimalismo de forma intransigente, e um retorno do direito penal às suas bases clássicas que o afirmavam como *ultima ratio* –, esse direito penal em expansão tende a diminuir as suas garantias clássicas e flexibilizar direitos fundamentais, para muitos inegociáveis em outras esferas, v.g., direito civil, direito administrativo etc.

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que a tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio que seria ingênuo situar as causas do fenômeno de modo exclusivo na superestrutura jurídico-política, na instância estatal. Ao contrário, é minha opinião que em boa medida nos encontramos aqui ante causas mais profundas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer, pelo menos, das duas últimas décadas, na conseqüente mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal (SÁNCHEZ, 2013, p. 29 e 30).

Prima face, é importante ressaltar que as bases sociais que reclamam tal expansão não coincidem exatamente com a mesma base social que propunha, na década de 1970, os movimentos de *Law and Order* nos Estados Unidos da América, que se deram a partir de orientações, inclusive teóricas, como a teoria "Broken Windows", e propunham intervenções legais, mais polícia, penas mais duras contra as comunidades periféricas, contra a típica criminalidade de rua, “assim as coisas, uns setores sociais – para simplificar, os acomodados – apoiavam tais propostas; outros – os excluídos, mas também os intelectuais e os movimentos dos direitos humanos – se opunham a elas” (SÁNCHEZ, 2013, p. 31). De outra banda, caracterizando a base social que propõe a atual expansão do direito penal: “a divisão social característica dos debates clássicos sobre o Direito Penal foi substituída por um consenso geral, ou quase geral, sobre as ‘virtudes’ do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos” (SÁNCHEZ, 2013, p. 32), unindo assim direita e esquerda política neste processo.

A partir deste ponto da sua pesquisa Silva Sánchez organiza os argumentos que ele entende como justificadores da sua tese. Inicialmente, afirma que o surgimento de *novos interesses* sociais contribui para a expansão na medida em que, sendo o direito penal uma estratégia de proteção de bens jurídicos relevantes, com o surgimento de novos bens nasce a demanda por novos tipos penais. Assim como *o efetivo aparecimento de novos riscos* se afigura para o nosso autor como um segundo fator da expansão, que possui a mesma característica do primeiro, com a variação de que neste caso teremos uma caracterização típica das sociedades pós-industriais, como sociedades de risco, fenômeno este alavancado pelos avanços tecnológicos e pela globalização da economia, criando formas transnacionais de criminalidade organizada (SÁNCHEZ, 2013, p. 33-37).

Outrossim, na elaboração de mais um grupo de fatores da expansão, encontraremos a *institucionalização da insegurança*, ocasionada pelos avanços tecnológicos que geram

incertezas, quanto à distribuição dos riscos. Nesta senda, proliferam os chamados delitos de perigo, tendo ainda como fator a crise do Estado de bem-estar, que faz surgir bolsões de miséria, e com estes o aumento da criminalização provinda das ruas, a partir dos bolsões de marginalização.

Neste contexto, temos como mais um fator *a sensação social de insegurança*, que tem destaque uma vez tratar-se de um aspecto subjetivo da sociedade – também denominada *insegurança sentida* –, caracterizada pela crescente dificuldade de adaptação a sociedades em contínua *aceleração*, bem como pela dificuldade de obter uma autêntica *informação* fidedigna em uma sociedade caracterizada pela avalanche de *informações*, assim como pela aceleração do modo de vida, imposto pela lógica do mercado que reclama indivíduos sozinhos e disponíveis. Destaca-se, ainda, a perda de referências valorativas objetivas, ou seja, de parâmetros éticos comuns na sociedade, como um elemento constante desta seara, e podemos afirmar que dificilmente tal sensação de insegurança possa refletir a real insegurança à qual a sociedade estaria submetida, sendo provavelmente menor, do ponto de vista factual (SANCHÉZ, 2013, p. 37-52).

Neste mesmo sentido, como mais um fator da ampliação do alcance jurídico-penal, teremos *a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”*, que se caracteriza, nas sociedades pós-industriais, como aquele sentimento ou intuição de uma garantia subjetiva da redução da ideia de risco permitido. Acrescente-se que nesta mesma linha, a sociedade não admite a inexistência de responsáveis aos seus danos individuais ou coletivos, anulando quase que por completo a possibilidade dos casos fortuitos, e propondo a expansão do direito penal a essas áreas de supostos riscos como solução, reforçando o seu caráter simbólico. *A identificação da maioria com a vítima* é mais um fator, que se afigura como componente do processo expansionista, e se caracteriza pela identificação social da maioria com as vítimas dos delitos, mudando a clássica lisztiana do *direito penal como protetor dos delinquentes*, para a percepção de que quem precisa e merece cuidados é a sociedade, o que se amplia com o fato da macrocriminalidade; não raro a sua persecução vem acompanhada de um clamor dessa maioria pela flexibilização das garantias, com o objetivo de responsabilização dos criminosos (*powerful*), experiência que se irradia pelo sistema e contamina toda a atuação penal irrestritamente, alcançando os menos abastados (*powerless*) (SANCHÉZ, 2013, p. 52-74). Teremos assim como resultado mais direito penal.

Seguindo esta senda, encontraremos *o descrédito de outras instâncias de proteção* em proveito da estratégia penal. Vale salientar que até aqui identificamos fatores da expansão, mas não apontamos os motivos da escolha privilegiada do meio de repressão. Desta forma,

podemos acrescentar como elemento constitutivo da causa da expansão a insuficiência ou o desprestígio dos mecanismos de proteção não jurídicos ou jurídicos não penais, tais como: a ética social; o Direito Civil e o Direito Administrativo. Face à quase inexistência de condutas que serão consideradas eticamente negativas quando não sancionadas pelo direito penal, pôs-se de lado a ética, ainda quando as características sancionatórias do direito civil impõem multas padronizadas, ocasionando *a perda de conteúdo valorativo da responsabilidade civil*; e ainda as dificuldades do direito administrativo frente ao princípio da oportunidade (inadequado para o combate a uma ação entendida como merecedora do alcance penal), mas também pela burocratização e corrupção características presentes nesta seara (SANCHEZ, 2013, p. 75-80).

Aquilo que Silva Sánchez chamou de *os gestores “atípicos” da moral* constitui mais um motivo que o nosso autor considera responsável pela expansão, e se dá pela identificação de novos gestores da moral coletiva, que diversamente da década de 1970, no caso do movimento de Lei e Ordem, não coincide apenas com a direita punitiva, mas desta vez a esquerda, representada por ONGs e movimentos sociais variados, face ao reconhecimento de novos direitos, especialmente, difusos e coletivos, os quais reclamam em conjunto pela proteção penal. Temos, ainda, especificamente, *a atitude da esquerda política*, considerada, especialmente, aqui, *a política criminal social-democrata na Europa* que ao ascender ao poder assumiu o discurso da segurança, antes típico da direita chamada de punitiva, embora com uma argumentação diversa, vez que pugnam por um direito penal que combata a violência nos bairros pobres e alcance os poderosos (SÁNCHEZ, 2013, p. 80-89).

Silva Sánchez ainda aponta *um fator colateral: o “gerencialismo”*, como responsável pela expansão do direito penal, uma vez que o anseio por segurança da sociedade e a ineficácia do sistema penal em atender à crescente demanda social geram uma pressão pela relativização de seus princípios (SÁNCHEZ, 2013, p. 89-96).

Assim, desde a presunção de inocência e o princípio de culpabilidade, assim como as regras do devido processo e a jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, os princípios do Direito Penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas (SÁNCHEZ, 2013, p. 90).

Como parte do processo de relativização surge o conceito de *justiça negociada*, que compreende desde pactos de imunidade com a promotoria até as mais diversas formas de mediação, inclusive os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo previstos na Lei n.º 9.099/95. A ineficácia em atender às demandas prometidas pelo discurso

penal leva à utilização de estratégias, tais como: a privatização dos sistemas penitenciários; a desformalização, caracterizada pela *diminuição de garantias*, reduzindo a *capacidade preventiva do sistema*, gerando a necessidade de uma compensação com mais leis penais (SÁNCHEZ, 2013, p. 89-96).

Todos esses fatores serão potencializados pelo duplo fenômeno característico das sociedades pós-industriais: a globalização econômica; e a integração supranacional, trazendo a necessidade de combate a um tipo de criminalização até aqui desconhecida, e colocando para o direito penal questões até este momento inéditas, que erigem desafios complexos para a teoria do delito, v.g.: respostas penais supranacionais; identificação do novo objeto do delito, diverso das propostas tradicionais; a homogeneização das regras legais da Parte Geral, dentre outras importantes e complexas mudanças (SÁNCHEZ, 2013, p. 97-135).

Repensando as bases constitucionais do direito penal na contemporaneidade, Santiago Mir Puig (2011) observa a influência degenerativa do sistema neoliberal neoconservador, que tem modificado as funções do Estado ante a sociedade, especialmente, pressionado por interesses privados de megacorporações, que tem afetado a política criminal e o direito penal. De sorte que chama a atenção o abandono, por parte dessa nova doutrina, dos pressupostos liberais, que fizeram eclodir no século XVIII as bases políticas e conceituais do sistema de garantias penais do modelo clássico, que se aliava organicamente a uma política criminal de tipo restritiva. *“Junto a la exigencia de un Estado mínimo en la intervención económica, se ha reclamado una intervención cada vez más intensa en la lucha del Estado contra el delito.”*¹⁹ (MIR PUIG, 2011, p. 21, grifo nosso). Essa lógica assimétrica tem como principal expressão a distinta atenção prestada pelo Estado ao respeito aos direitos fundamentais, uma vez os observando de forma diferenciada para aquelas pessoas tidas como “de bem” em detrimento daquelas criminalizadas.

El resultado ha sido el paso de una prevención preocupada por sus límites, a una prevención obsesionada por su ineficacia. Se espera superar esta ineficacia mediante el endurecimiento del sistema penal, pero esta expectativa se ve defraudada continuamente por un supuesto aumento imparable de la criminalidad²⁰ (MIR PUIG, 2011, p. 22).

¹⁹ “Junto à exigência de um mínimo na intervenção econômica, se tem reclamado uma intervenção cada vez mais intensa na luta do contra o delito.” (Tradução livre).

²⁰ “O resultado tem sido o avanço de uma prevenção preocupada com seus limites a uma prevenção obcecada por sua ineficácia. Espera-se superar essa ineficácia mediante o endurecimento do sistema penal, mas esta expectativa se vê frustrada continuamente por um suposto aumento irrefreável da criminalidade.” (Tradução livre).

O contexto globalizante tem permitido que a influência americana leve à maioria dos países as suas ideias expansionistas da necessidade de mais tutela penal, e o nefasto modelo: de gigantesca população carcerária; de práticas totalitárias como as que vinham se realizando em Guantánamo; dentre outras, são exemplo a não serem seguidos.

Definitivamente, os novos tempos – esses da globalização econômica, das integrações supranacionais e do hiperconservadorismo neoliberal –, não se afiguram como bons tempos para o respeito aos direitos humanos e às garantias constitucionais no âmbito penal. E pelo que viemos assistindo ao longo das últimas duas décadas, as restrições de direitos têm alcançado os bens jurídicos mais preciosos das pessoas: a dignidade, a liberdade, e mesmo a vida. E nas sociedades, de característica multicultural, essas restrições letais têm vitimado contingentes sempre desproporcionais, se levarmos em consideração origens étnicas e/ou culturais presentes nas populações. O papel daqueles que influenciam de alguma forma a política em geral e, especialmente, a política criminal deverá ultrapassar o voluntarismo sem consequências, para assumirem responsabilidades coletivas por todos e por cada um.

4 BIOPOLÍTICA E ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINAIS

A sociedade disciplinar, da qual tratamos no primeiro capítulo, nos legou um sistema penal estruturado para realizar a tarefa de conter indivíduos que não se ajustassem à lógica de funcionamento da sociedade capitalista. Essa é uma conclusão essencial que podemos extrair do pensamento de Michel Foucault, mas, também, dos autores utilizados e outros tantos que enfrentem o tema da relação entre direito penal e sociedade contemporânea.

Para os juristas, a temática geral do direito penal tem sido tratada eminentemente a partir do seu viés dogmático. Consequência disso é um sistema penal altamente técnico, distante da realidade social, e, paradoxalmente, uma formidável ferramenta de utilização política para a realização da tarefa de contenção dos indivíduos e/ou grupos sociais que não se adequem à proposta hegemônica de socialidade.

Desta forma, podemos concluir que o cientificismo que fora engendrado à estrutura de formação do direito penal no século XIX teve a responsabilidade de levar a forma de compreensão epistêmica das chamadas ciências penais para o campo asséptico positivista, afastando os estudos na seara das temáticas que em seguida lhe seriam cobradas. Tivemos então o advento da criminologia e da política criminal, agora críticas do sistema penal.

Neste contexto, propomos a análise dos modelos político-criminais, como forma de demonstrar a autonomia da política criminal enquanto disciplina e ao mesmo tempo evidenciar o seu potencial crítico. Percebemos que a impossibilidade de modelos puros se mostrou uma nuance epistemológica válida para a consecução de análises complexas, e, ao mesmo tempo, abriu o campo de percepção para a possibilidade da elaboração de modelos mais adequados a determinadas realidades sociais.

O garantismo veio em seguida se apresentar como o modelo político criminal adequado a esta época que já é reconhecida pela característica da primazia da constituição na organização do Estado, mas, não só, e, sobretudo, como critério ativo de aplicação das normas. O momento constitucionalista para o direito penal exige mudanças que compatibilizem os sistemas penais aos mandamentos fundamentais das constituições democráticas. O central para a compreensão do garantismo penal é a sua filiação incondicional ao Estado de direito, conceito, ademais, que merece sempre mais reflexões, e a uma ordem constitucional que privilegie o atendimento aos direitos fundamentais.

O preceito garantista encontra na doutrina neoliberal globalizada imposições que limitam a sua atuação, tendo em vista a necessidade crescente de atendimento aos interesses de mercado, que exigem sempre posturas do Estado que garantam uma política do lucro sem

limites, tendo como resultado, mais leis penais. O nosso fio condutor de análise é, sem dúvidas, para este contexto, o pensamento de Michel Foucault, e nos encontramos com os últimos desenvolvimentos da biopolítica. A passagem de uma sociedade disciplinar para uma sociedade de controle se evidencia pelo alinhamento cada vez mais insuspeito aos ditames do mercado.

O nosso desejo, portanto, neste capítulo, é o de demonstrar que as elaborações foucaultianas acerca da sociedade disciplinar, e seu desdobramento, promovido por pensadores que seguindo a trilha de Foucault apontaram a emergência da sociedade de controle, e, mesmo, de um sistema mundial de dominação neoliberal, que passa a receber o nome de Império, levam-nos a conhecer as estruturas da sociedade brasileira mais profundamente, especialmente, na sua relação com a história nacional.

Temos ainda que a política de controle de natureza imperial ganha dimensões que abarcam a compreensão de atuação mesma do próprio Estado, não é possível dissociar os objetivos políticos dos sistemas de controle postos em andamento dos diversos Estados ocidentais. A natureza eficiente dos sistemas de política criminal neoliberal não será contida mesmo pela política internacional de defesa dos direitos humanos, na medida em que o perfil da geopolítica mundial acaba sendo “dragado” pela biopolítica das sociedades de controle.

O que assistimos no Brasil é uma realidade que se acredita não ter sido pensada por qualquer intelectual num passado recente. Os índices de mortalidade bem como a violência estatal apresentam um perfil de relação entre Estado e sociedade que revela números típicos de confrontos bélicos declarados. Isso redundará numa série de reivindicações por uma condição de vida mais humana no país. Os dados são ainda mais contundentes se realizarmos uma análise especializada que considere recortes raciais, etários e geográficos. Desta forma, o caráter seletivo alardeado pela criminologia acerca da atuação do direito penal pode ser reeditado pela política criminal apontando o perfil dos indivíduos que são atraídos para as malhas do sistema penal brasileiro, especialmente, a sua reconhecida instituição de sequestro.

A expectativa é que a atuação dos diversos atores sociais em combinação com as engrenagens tradicionais do Estado produza modificações estruturais no sistema de políticas em geral, restando à política de segurança pública a reorientação para os quadros da política criminal, em seguida, reconduzida à estrutura da formulação das políticas em geral. Tais elaborações contam com contribuições convergentes de diversos intelectuais, mas, não só, e, principalmente, de experiências que apontam para modificações importantes, bem como resultados necessários.

4.1 A CULTURA DO CONTROLE OU A ARTE DE DOCILIZAR CORPOS

Anteriormente, tratamos de abordar o pensamento foucaultiano na sua relação com o capitalismo histórico. Aqui, aprofundaremos em direção à formação mesma do conceito de biopolítica na sua relação com outros elementos político-criminais. E para tanto, evidenciaremos a elaboração do conceito de biopolítica como uma matriz de convergência da governamentalidade desenvolvida entre os séculos XVI e XVIII, e a consequente consolidação no século XIX. A biopolítica da sociedade disciplinar que objetiva controlar a vida em cada um dos seus aspectos, tem no capitalismo nascente as bases ideais do seu desenvolvimento. Neste estágio, o Estado passa a servir de instrumento para uma nova forma de exercício do poder na bios; trata-se do atendimento a todas as demandas do mercado.

Essa nova fase da biopolítica, que se dá no século XX, foi lentamente desenvolvida pelos articuladores fisiocratas, desde o século XVIII. Estamos nos referindo às formulações liberais que questionam a centralidade do Estado nas funções do governo e apontam o mercado como o melhor regulador dos interesses da sociedade no âmbito das ações estatais; estamos então diante de uma nova forma de governamentalidade, na versão liberal. A biopolítica liberal, portanto, traz consigo todo o estrutural funcional e simbólico do biopoder, estruturado por toda uma tecnologia de disciplinamento sobre a vida, contando, especialmente, do ponto de vista interno da ação estatal, com a ação da polícia para o enraizamento das estruturas biopolíticas.

Todavia, o período pós-guerra nos apresenta uma nova forma de pensar a política mundial, e uma nova forma de governamentalidade é estruturada especialmente na Alemanha e nos Estados Unidos da América. Trata-se do neoliberalismo, que organiza uma nova governamentalidade, ainda baseada nos interesses, mas agora, com vista à construção de mecanismos de intervenção do ponto de vista global. Referimo-nos à passagem da sociedade disciplinar para uma sociedade de controle, onde o processo de docilização dos corpos será difundido e ultrapassará os mecanismos tradicionais (prisão, asilos, manicômios, escolas, hospitais), para passar a constituir as subjetivações mesmas de cada sujeito. Temos então no novo mundo globalizado, da segunda metade do século XX, a eclosão da última versão da governamentalidade biopolítica que é a neoliberal.

Com efeito, e para o que nos interessa, a governamentalidade biopolítica neoliberal, que se dá no âmbito das sociedades de controle, é a forma mais desumana de compartilhamento das experiências de controle da população havida no processo de

desenvolvimento das formas de governo desde o medievo, e isto se evidenciará a partir da identificação das consequências mortais que este sistema tem trazido para a humanidade.

4.1.1 Da razão de Estado ao biopoder: o nascimento da biopolítica

Com o propósito de construir o solo próprio para as suas elaborações acerca da origem do Estado moderno, Foucault questiona as premissas básicas dos clássicos acerca deste fenômeno, e redimensiona a origem do poder de Estado e os seus pressupostos, bem como reconduz a uma nova forma de aparição, a interpretação do poder daí advindo.

Para que seja feita a análise concreta das relações de poder, é preciso abandonar o modelo jurídico da soberania. Esse, de fato, pressupõe o indivíduo como sujeito de direitos naturais ou de poder primitivos; tem como objetivo dar conta da gênese ideal do Estado; enfim, faz da lei a manifestação fundamental do poder. Seria preciso estudar o poder não a partir dos termos primitivos da relação, mas a partir da própria relação, uma vez que é ela que determina os elementos dos quais trata: mais do que perguntar a sujeitos ideais o que puderam ceder deles mesmos ou de seus poderes para se deixar sujeitar, **é preciso procurar saber como as relações de sujeição podem fabricar sujeitos** (FOUCAULT, 1997, p. 71, grifo nosso).

Situando a sua análise no princípio de inteligibilidade das guerras, que se deram, especialmente, na Idade Média, Foucault encontrará os pressupostos fundacionais do Estado moderno. Não se trata de uma releitura hobbesiana, contexto no qual evitar *a guerra de todos contra todos* origina um Estado de direito e de paz; mas de reconduzir a origem das estruturas administrativo-burocráticas do Estado às guerras mesmas, às “guerras reais e [...] [às] batalhas efetivas; as leis nasceram em meio às expedições, às conquistas e às cidades incendiadas” (FOUCAULT, 1997, p. 73), e não se limita a esse período – dos séculos XII ao XV –, essas sedimentações foram se dando e constituindo as bases do Estado moderno, através da absorção dos institutos próprios da guerra pela realidade objetiva das instituições estatais – e Foucault nos avisa: “Mas a guerra continua a irromper no interior dos mecanismos do poder, ou, ao menos, a constituir um motor secreto das instituições, das leis e da ordem” (FOUCAULT, 1997, p. 73).

Durante o século XVI e o início do século XVII deu-se o momento do encontro mais agudo dos debates acerca das *artes de governar* – já tendentes à formação do Estado de governo –, com um mecanismo intrínseco a toda forma de gestão das sociedades, a *razão de Estado*. Aqui, tomaremos a razão de Estado no sentido considerado por Foucault, um sentido

positivo e pleno, no qual se exprime uma racionalidade tipicamente estatal – não derivada de leis naturais ou divinas, nem dos preceitos de sabedoria ou prudência tradicionalmente principescos, mas de uma lógica interna adequada à própria formação estatal. Segundo o sentido aqui adotado de razão de Estado, o Estado possui a sua racionalidade própria, que nesse período passa a utilizar a disciplina como um dos seus componentes. Michel Foucault estudando a razão de Estado, fala sobre a natureza da racionalidade que lhe é típica:

A racionalidade é o que programa e orienta o conjunto da conduta humana. Há uma lógica tanto nas instituições quanto na conduta dos indivíduos e nas relações políticas. Há uma racionalidade mesma nas formas as mais violentas. O mais perigoso, na violência, é sua racionalidade. É claro que a violência é, nela mesma, terrível. Mas a violência encontra a sua ancoragem mais profunda e extrai sua permanência da forma de racionalidade que utilizamos. Pretendeu-se que, se vivêssemos em um mundo de razão, poderíamos nos livrar da violência. Isso é inteiramente falso. Entre a violência e a racionalidade não há incompatibilidade (FOUCAULT, 2003, p. 319).

A razão de Estado própria desse período de transição (séculos XVI-XVII) se apresenta com profundas características do Estado administrativo: ligado à teoria da soberania, e a um tipo de economia gestada no âmbito das relações familiares; sendo este um dos fatores de bloqueio à livre eclosão do Estado de governo naquele período, que teve também nas sublevações sociais (guerras, revoluções, levantes), que assolaram o século XVII na Europa, mais um elemento de contenção. Bloqueada por uma mentalidade do passado, ainda fortemente presente, os avanços da arte de governar seguiram por todo o século XVII reprimidos por uma lógica que a contrariava, um regime dominado pela estrutura da soberania.

O desbloqueio da arte de governar se dará com o aparecimento do problema da população, e, conseqüentemente, com a recondução da perspectiva econômica da família ao lugar de instrumento de análise das questões populacionais, e os novos cálculos dessa riqueza da população se constituirão como “economia política”. Um saber apropriado a quantificar todos os dados desse novo modelo de natureza de grupamento social, irá servir para eleger a população como o novo objetivo do governo: o seu bem-estar, o aumento da sua riqueza; ou seja, “a constituição de um saber de governo é absolutamente indissociável da constituição de um saber sobre todos os processos referentes à população em sentido lato” (FOUCAULT, 2012a, p. 426). Com efeito, a reunião de múltiplas formas de conhecimento foi fundamental para a eclosão desse novo estágio da arte de governar, que Foucault chamou de Estado de governo, passando a constituir um traço identificador-histórico desse período.

Paralelamente à persistência das antigas teorias políticas, a Época Clássica desenvolveu uma racionalidade técnica e política. Em meados do século XVII, a investigação sistemática e empírica das condições históricas, geográficas e demográficas engendrou as ciências sociais modernas. [...] As ciências sociais modernas surgiram da teoria política tradicional, que visava à sabedoria prática, e da linha do pensamento de Hobbes, que visava a uma teoria geral da sociedade, imitando as ciências físicas (DREYFUS; RABINOW, 2013, p. 177).

Desta forma, temos esquadrihado a forma básica do biopoder, que só vem a se consolidar enquanto estratégia de ação política propriamente a partir do século XVII, com a arte de governar chegando ao estágio de Estado de governo, tendo a população como objetivo (e não mais a justiça territorial feudal, e nem a urgência de técnicas para a manutenção do poder do Príncipe). As ciências empíricas e sociais, voltadas para a manutenção do poder deste Estado, mantiveram ao longo de todo o período da Época Clássica, ao menos, dois polos estratégicos de articulação do poder separados e que viriam a se unir definitivamente no século XIX, formando eficazes tecnologias de poder. Referimo-nos aqui a: 1. Um saber técnico e científico acerca da espécie humana fora definitivamente articulado (conhecimentos sobre a espécie humana, população, taxa de natalidade, mortalidade etc.), saber que nesse período ganha mais importância que o próprio saber jurídico (acerca das leis, direito, jurisdição); 2. Um saber eficaz sobre o corpo humano, não com o propósito de regular a sua saúde ou bem-estar, mas, mais precisamente para controlá-lo, para torná-lo produtivo, para submetê-lo e torná-lo *corpo dócil*, “uma nova ciência, ou melhor, uma tecnologia do corpo como objeto de poder, constituiu-se gradualmente em localizações periféricas e díspares”, o que Foucault denominou *poder disciplinar*. “O controle disciplinar e a criação dos corpos dóceis estão incontestavelmente ligados ao surgimento do capitalismo. [...] Sem a inserção dos indivíduos disciplinados no aparelho de produção, as novas demandas do capitalismo teriam sido impedidas” (DREYFUS; RABINOW, 2013, p. 177-179).

Vale ressaltar, Foucault não quer determinar o fim dos debates acerca da soberania, muito pelo contrário, a soberania terá que encontrar a sua justificação política e jurídica nesse novo estágio de elaboração da arte de governar, que passará a ser constituída (agora no século XVIII), como ciência política. E como dito acima, mais um elemento irá desempenhar um papel fundamental neste momento. “Nunca a disciplina foi tão importante, tão valorizada quanto a partir do momento em que se procurou gerir a população” (FOUCAULT, 2012a, p. 428).

E com a tríade de composição do Estado de governo: *soberania*, que numa nova perspectiva passa a colocar a questão do governo; *disciplina*, que coloca a população como

campo de intervenção das técnicas de governo; e *gestão governamental*, que estabelece a economia política como uma ciência e uma técnica de ingerência do governo na realidade social, teremos assim as condições necessárias ao surgimento e desenvolvimento daquilo que Foucault denominou de *governamentalidade* (FOUCAULT, 2012a, p. 429).

Assim, e dito de outra forma, toda essa intrincada trama tendente ao controle das sociedades, que se desenvolve lentamente, na superfície, mas, sobretudo, no nível mais profundo das relações sociais, da Alta Idade Média até o século XIX, vem a ser batizada por Foucault com o nome de governamentalidade; logo, uma natureza de Estado que elege uma forma de intervenção absoluta por sobre todos os indivíduos e coisas sob o seu domínio. Essas foram as condições sociais e políticas que, a partir do século XVIII, manifestaram-se de forma suficiente para a articulação dos elementos que mais tarde constituirão o conceito foucaultiano de biopoder, sendo este um regime fundado nas técnicas de governo que têm a população como alvo, os dispositivos de segurança como mecanismos essenciais de controle da sociedade, e que elaborou uma série de aparelhos específicos de governo e um conjunto de saberes para este propósito (FOUCAULT, 2012a, p. 431).

Com efeito, para estabelecer um quadro que organize critérios argumentativos ainda mais consistentes, no propósito da elucidação do complexo conceito foucaultiano de biopoder, Dreyfus e Rabinow (2013, p. 167-187) opõem os estatutos das noções foucaultianas de *hipótese repressiva* e *biotécnico-poder*, ou simplesmente *biopoder*. Por hipótese repressiva, teríamos a passagem, nos séculos XVI ao XVII, de uma sociedade mais tolerante com as questões ligadas ao corpo e aos discursos, para uma sociedade altamente repressiva e largamente hipócrita acerca de tais temas, concepção esta que seria facilmente ligada ao contexto de surgimento do sistema capitalista, e da sua conseqüente necessidade de controle dos indivíduos; nesta, o poder se exerceria de forma desproporcional, considerando fatos e respostas sociais, objetivando alcançar concepções estruturantes nas sociedades, tais como: a sexualidade, a distinção racial e mesmo a origem nacional.

Outrossim, a noção de hipótese repressiva deverá nos conduzir à “ideia de que a verdade é intrinsecamente oposta ao poder, desempenhando, todavia, um papel liberador”; para os seus partidários o poder seria apenas *constrangimento, negatividade e coerção*, sendo conduzido por uma recusa sistemática em aceitar a realidade, produzindo verdades e negando a formação do saber: temendo a verdade, o poder deve suprimi-la (DREYFUS; RABINOW, 2013, p. 168-171). Desta forma, teremos o poder como a lei e a repressão, e o saber como a verdade e a universalidade: poder e saber se põem em planos externos e opostos de produção. E o intelectual, responsável pela elaboração do saber, terá um lugar privilegiado na sociedade,

como o sujeito universal que fala para a humanidade. Veremos os efeitos da magnitude deste *intellectual universal* nas elaborações do discurso jurídico penal do século XIX, e que, de toda forma, mantém-se em nossa contemporaneidade.

E contra essa noção da hipótese repressiva, que alça a um patamar de universalidade certo tipo de sujeito que diz opor-se ao poder, e que em verdade se articula em suas engrenagens – tornando toda esta falsa ideia de operabilidade do poder contra o saber, um quadro ao mesmo tempo altamente sedutor e eficiente –, Michel Foucault irá elaborar a noção de biotécnico-poder, ou biopoder, para afirmar uma realidade imbricada de poder-saber. E essa camuflagem proposta pela noção da hipótese repressiva, a qual Foucault não atribui a nenhum autor, e nem a nenhuma Escola ou movimento, apresentar-se-á, talvez, como o principal objeto de análise subliminar nas elaborações foucaultianas, pois a proposta deste nosso autor é justamente uma proposta liberatória, para a qual toda esta noção se esforça para esconder sua real funcionalidade.

A hipótese repressiva, portanto, constitui, nas elaborações foucaultianas, o *leitmotiv* da chegada ao liberador conceito de biopoder, na medida em que articula uma série de acontecimentos histórico-políticos de desenvolvimento do poder de Estado. Esta falsa concepção, que põe poder e saber em polos opostos de produção e operação, os quais se desenrolariam assim separadamente, tem por objetivo aprofundar materialmente as chances de êxito desta noção enquanto aparato teórico orientador, assegurando um contexto de controle da sociedade sempre mais capilarizado. Com efeito, e neste sentido, “Foucault afirma que as tecnologias disciplinares permaneceram relativamente ocultas enquanto se expandiam”, compreendendo que a disciplina não se opunha à lei ou ao direito, nem mesmo à justiça, e nem tentava sobrepor-se a nenhum destes fatores sociais: os movimentos revolucionários do século XVIII conviveram com esquemas disciplinares altamente rigorosos nas fabricas. “Sempre que há um progresso inquestionável em termos de representação política e de igualdade nas instituições do Estado, é porque as disciplinas garantiram que todos os membros da sociedade não fossem iguais e nem igualmente poderosos” (DREYFUS; RABINOW, 2013, p. 179).

E a compreensão da relação necessária entre toda essa tecnologia disciplinar com a racionalidade política que se desenvolvera, culmina no Estado de governo, que nos revelará a razão de Estado responsável pela articulação da noção de biopoder. Uma perspectiva de análise do poder do Estado autocentrada, e que, portanto, tinha como objeto o próprio Estado, e como mecanismo de ampliação do seu poder a formulação, coleta e aplicação do saber acerca do Estado mesmo, sua população, suas fontes e seus problemas. Estamos na passagem

do século XVIII para o século XIX, onde assistimos ao surgimento das ciências humanas empíricas, “a história, a geografia, o clima e a demografia de um país específico tornaram-se mais do que meras curiosidades. [...] O governo, particularmente o aparelho administrativo, necessitava de um saber concreto, específico e mensurável a fim de operar eficientemente” (DREYFUS; RABINOW, 2013, p. 181-182). Assistimos, assim, à transformação da política em biopolítica.

Da ideia de que o Estado possui sua própria natureza e sua própria finalidade, até a ideia de que o homem é o verdadeiro objeto do poder do Estado, na medida em que produz acréscimo de força e que é um ser que vive, trabalha e fala, na medida em que ele constitui uma sociedade, e que pertence a uma população e a uma circunvizinhança, vemos crescer a intervenção do Estado na vida do indivíduo. Vemos também crescer a importância da vida para esses problemas de poder político; daí resulta uma série de animalização do homem através das técnicas políticas mais sofisticadas. Aparecem, então, na história, o desdobramento das possibilidades das ciências humanas e sociais, assim como a possibilidade simultânea de proteger a vida e autorizar o holocausto (FOUCAULT, 1979 *apud* DREYFUS; RABINOW, 2013, p. 182).

E essa vida do ser humano passa a interessar ao Estado inteiramente, produzindo ou morrendo, temos a figura do Estado que ao mesmo tempo faz viver e permite morrer. E no *continuum* de afirmação desta nova natureza de Estado, veremos por fim, ser formulada no século XIX a noção última de biopolítica. Para essa noção, nesse contexto de maturidade do Estado de governo, veremos se articularem amplamente dois conjuntos de saberes que se desenvolveram junto às artes de governar: por um lado, a *tecnologia diplomático-militar* própria das relações entre Estados soberanos, e por outro, a *polícia*, entendida como “o conjunto dos meios necessários para fazer crescer, do interior, as forças do Estado” (FOUCAULT, 1997, p. 83). “O trabalho da polícia era a articulação e a administração das técnicas do biopoder de modo a aumentar o controle do Estado sobre os seus habitantes” (DREYFUS; RABINOW, 2013, p. 183). E na articulação destas duas grandes tecnologias, servindo a ambas, teremos o sistema capitalista, organizando-se dentro e entre os Estados; o enriquecimento do Estado dava condição ao crescimento da população e fortalecimento das suas possibilidades de luta.

Tratando do elemento central de todo Estado de governo, que é o problema da população, nos termos últimos então propostos, Foucault encontra a partir da derivação da relação entre a tecnologia de “polícia” e o nascimento da reflexão econômica no século XIX, uma espécie de quadro geral, no qual nos revela a sua ideia de biopolítica:

[A população deverá ser] analisada como um conjunto de elementos que, por um lado, se vinculam ao regime geral dos seres vivos (a população diz respeito, então, à “espécie humana”, noção nova na época que se deve distinguir de “gênero humano”) e, por outro, pode dar vazão a intervenções articuladas (por intermédio das leis, mas também das mudanças de atitude, de maneiras de fazer e de viver que podem ser obtidas pelas “campanhas”). [...] E, para gerir essa população, é preciso, entre outras coisas, uma política de saúde que seja suscetível de diminuir a mortalidade infantil, prevenir as epidemias e fazer baixar as taxas de endemia, intervir nas condições de vida, para modificá-las e impor-lhes normas (quer se trate da alimentação, do habitat ou da organização das cidades) e assegurar os equipamentos médicos suficientes. [...] [A *biopolítica*] tende a tratar a “população” como um conjunto de seres vivos e coexistentes, que apresentem traços biológicos e patológicos particulares, e que, por conseguinte, dizem respeito a técnicas e saberes específicos. E a própria “biopolítica” deve ser compreendida a partir de um tema desenvolvido desde o século XVII: a gestão das forças estatais (FOUCAULT, 1997, p. 84-86).

O que se encontra em jogo para a noção de biopolítica é o *quantum* da força do Estado se poderá ampliar a partir da intervenção na vida de cada indivíduo componente da população. Não assistimos em nenhum outro período da história à ação de uma forma de organização social que pretendesse uma ingerência tão profunda na vida das pessoas, e com isso, arrebatasse a possibilidade de definir a existência ou o perecimento de cada sujeito.

4.1.2 Biopolítica e eficientismo penal: faces político-criminais contemporâneas

Entre o procedimento de exclusão, provocado pelo contágio da lepra na Idade Média, a imposição de um estado de quarentena a uma cidade atingida pela peste na passagem do século XVII ao XVIII, e as práticas da inoculação e vacinação empregadas no combate às epidemias de varíola, no final do século XVIII, todas estas ocorrências havidas na Europa, Foucault estabelece uma linha de análise própria dos avanços das artes de governar, que passa pelo modelo “jurídico-discursivo” do poder, em seguida pelo seu modelo “disciplinar”, e culmina numa forma de poder, tipicamente “biopolítico”, o qual também pode ser designado como “mecanismo de segurança”.

Na última fase de representação da forma de exercício do poder, o propósito é, não de excluir o sujeito ou disciplinar o corpo, mas, sobretudo, a produção de verdades e a elaboração de saberes próprios à melhor forma de gerir o Estado, ou seja, saberes sobre: o número de pessoas doentes; o alcance territorial da doença; as estatísticas etárias; a mortandade causada pela incidência de determinado vírus; o estabelecimento do mapa das

regiões afetadas, se urbana ou rural; a chances de êxito da solução encontrada e também de insucessos; enfim, quais os efeitos disso tudo sobre a “população”.

São procedimentos que envolvem a formação de saberes e a concretização de ações precisas sobre um grupo de indivíduos que constituem determinada “população”, entendida como uma unidade portadora de sentido em função dos processos biológicos, das regularidades, constantes e variações que carrega. Procedimentos que não implicam propriamente a exclusão ou a disciplina, mas certo “governo”, cujo foco central de atuação seriam os processos da vida biológica, ou seja, implicam uma “arte de governar” como forma de atuação de uma “biopolítica” (FONSECA, 2012, p. 189).

Desvelado o sentido e alcance inicial da governamentalidade biopolítica, nascida do estágio da arte de governar responsável pela natureza do Estado de governo gerador do biopoder, que se espalhou pelas sociedades arregimentando saberes úteis ao exercício do poder soberano do Estado tanto no plano externo – com a tecnologia diplomático-militar, poder este exercido de maneira restrita, no limite da manutenção do “equilíbrio das forças” entre os Estados soberanos –, quanto no plano interno – com as atividades de garantia da ordem estatal desempenhadas pela polícia, poder exercido irrestritamente, no propósito da estabilização do Estado a partir do controle dos indivíduos –, como se apresentou até o final do século XIX.

Faremos agora uma breve abordagem da fase seguinte, e que engendra o estágio atual das coisas, e esta nova fase, seguindo o esquema de análise foucaultiano, é marcada pela influência restritiva, especialmente no plano interno, do liberalismo.

Das profundas modificações impostas, pelo pensamento liberal clássico nascente, à governamentalidade ainda no fim do século XVIII – alterações estas que só vêm a se consolidar no século XX –, podemos iniciar com uma mudança radical que opera uma troca de objetivo, e, conseqüentemente, a formulação de uma nova arte de governar agora de cunho liberal. E a mudança à qual nos referimos, trata-se do abandono da prioridade da “população”, como objetivo reitor das elaborações estatais, para a assunção do “mercado” como novo fator determinante das regularidades do Estado.

E esta mudança não ocorreu instantaneamente, como todo processo de mudança paradigmática, durou tempo e dispendeu um largo período de elaboração teórica e realizações práticas; Foucault destaca os fisiocratas nesta tarefa. Mas o sentido de liberalismo assumido pelo pensador francês esclarece em parte como se deu esse processo de transformação:

O “liberalismo” [deve ser entendido] como uma prática, como uma “maneira de fazer” orientada para objetivos e se regulando através de uma reflexão contínua. O liberalismo deve ser analisado, então, como princípio e método de racionalização do exercício de governo – racionalização que obedece, e aí está sua especificidade, à regra interna da economia máxima (FOUCAULT, 1997, p. 90).

E a noção de biopolítica não deixa de ser aquela mesma forma de racionalizar os problemas da prática governamental, propostos pelos fenômenos próprios dos seres vivos reunidos em uma “população” (saúde, renda, mortandade, raça...). No entanto, o vetor que deverá direcionar as ações passará a ser o “mercado”. Com efeito, Michel Foucault estabelece uma operação complexa para se chegar a este estágio, e tudo começa com a aparente aporia da governamentalidade desenvolvida entre os séculos XVI e XVIII, que punha o Estado em si mesmo como finalidade de todo governo, ampliando no plano interno o seu poder infinitamente, atendendo ao princípio: “Governar mais para sempre governar melhor”. O que os liberais irão impor será uma alteração cética a este princípio, o que deverá levar a questões metodológicas de análise conducentes a um pensamento diametralmente oposto: por que é preciso governar e para quais fins? E aqui encontraremos a sociedade como resposta: governar para a sociedade e com o propósito de ampliar as suas potencialidades. Não se trata de um retorno à razão de Estado medieval, mas, sobretudo, à eleição de novos critérios que não afastam a governamentalidade, mas a modificam no sentido de uma governamentalidade liberal, tendente a atender interesses de limitação do Estado que se encontrava sempre em expansão.

Não deve se questionar apenas sobre os melhores meios de atingir seus efeitos (ou sobre os menos custosos), mas sobre a possibilidade e até mesmo a legitimidade de seu projeto de atingir efeitos. [...] A reflexão liberal não parte da existência do Estado, encontrando no governo um meio de atingir essa finalidade que ele seria para si mesmo, mas da sociedade que vem a estar numa relação complexa de exterioridade e de interioridade em relação ao Estado (FOUCAULT, 1997, p. 91).

São inúmeras e profundas as nuances de alteração da proposta de governamentalidade que tinha o Estado como fim último, em direção à governamentalidade liberal, as críticas propostas são profundas e culminam na ordem social que temos hoje. Mas apenas mais uma modificação será apresentada aqui, que é a mudança para uma nova governamentalidade nascida no pós-guerra, na segunda metade do século XX. Trata-se do surgimento da *governamentalidade neoliberal*, que podemos resumir o seu principal impacto desta forma:

O neoliberalismo, segundo Foucault, definirá como uma das tarefas da economia a análise do comportamento humano. A economia não será mais a análise da lógica histórica de um processo, mas antes a análise da programação estratégica da atividade e do comportamento dos indivíduos. [...] No neoliberalismo, o mercado não é mais um princípio da autolimitação do governo, mas um princípio normativo que se invoca diante dele, o mercado é um tribunal econômico permanente em face do governo (FONSECA, 2012, p. 225-227).

E aqui nos deparamos com o nosso ponto de inflexão com os debates político-criminais, dentro de uma lógica biopolítica, que passa a investir no comportamento dos indivíduos enquanto função do Estado, no propósito de atendimento aos interesses do mercado. Com efeito, esta noção da biopolítica neoliberal que nos circunda e nos rege na contemporaneidade, apresenta alguns conceitos e ideias que, a par da necessidade de uma ampla discussão, faremos uso dos limites reduzidos deste trabalho para tratá-los. E o primeiro deles é a noção de *controle social*, necessária para compreender o contexto atual da *cultura do controle*.

Enfatizam-se as dificuldades em se lidar com uma noção que pode ser encontrada em diversas áreas e disciplinas, sendo usada mesmo do ponto de vista endógeno a elas de maneira diversa, como se verifica com a noção de controle social. A noção de controle social provém do conceito de *integração social*, proposto inicialmente nos estudos de Émile Durkheim, que vem a ser fortemente criticado pelas teorias interacionistas, culminando na noção de controle social, como uma espécie de dispositivo conducente à ideia de limitação de certos indivíduos ou grupos sociais, a partir das relações mesmas, e realizadas por diversas instituições e/ou indivíduos no exercício de relações de poder. Contemporaneamente, esta noção apresenta sinais de modificações, que levam em consideração o papel dos indivíduos sujeitados no processo de reforçamento do controle (ALVAREZ, 2004, p. 168-176).

A perplexidade engendrada pelas mudanças na forma de gestão do controle do crime e da justiça criminal é a marca de uma das obras mais importantes na área da política criminal escrita no início do presente século. Refiro-me à *Cultura do Controle*, do americano David Garland (2008). Para enfrentar os problemas típicos à análise da atual situação da política criminal Garland aponta perspectivas *históricas*, que evidenciam a perplexidade das mudanças havidas nos últimos 30 anos, considerando-as indizíveis pelos analistas que trabalhavam no momento anterior a este período, e salienta que os sinais das mudanças que podem ser percebidos apontam em direção a um rumo que não coincide nem com a trilha moderna que víamos seguindo, e nem com experiências do passado. Aponta, também, perspectivas *penalógicas*, as quais revelam uma espécie de mudança estrutural que atinge os

fundamentos da percepção que se vinha construindo desde o início da prisão moderna, e assevera que os operadores de sistemas se veem perdidos frente ao crescimento de um aparelho absolutamente desconhecido. E uma última perspectiva que deve fazer-se presente no fundamento das elaborações desta análise é a *sociológica*, que aponta o incremento do campo do controle do crime por experiências que tornam ainda mais imbricadas agências de controle formais e informais, que se entrecruzam e se fazem dependentes em suas ações (GARLAND, 2008, p. 41-48).

E para caracterizar as mudanças acima indicadas, Garland elenca uma série de sinais, observados nas experiências político-criminais dos Estados Unidos da América e da Grã-Bretanha, salientando serem sinais que se assemelham, sem com isso significar nem a assimilação e nem a identidade de uma cultura à outra, mas que pelo grau de semelhança podem ser considerados sinais de uma tendência. E o primeiro destes sinais é *o declínio do ideal de reabilitação*, destacando como a principal mudança que pode ser sentida, e que evidencia a redução na ênfase ao propósito da reabilitação como objetivo das instituições penais, bem como uma alteração no elenco de medidas aplicadas aos sentenciados, onde não se verifica a participação em programas de tratamento, não inspirando mais acepções correcionais; e salienta que tais objetivos guiaram por longo período profícuas agendas de práticas e ideologias de reformas do sistema. Mais um dos sinais é *o ressurgimento de sanções retributivas e da justiça expressiva*. Neste ponto Garland aponta que punições explicitamente retributivas ou excessivas eram duramente criticadas no século XX, ao passo que no presente assistimos ao ressurgimento da chamada *retribuição “justa”* como uma espécie de objetivo político-criminal generalizado, ocasionando um efeito em cadeia, desde o desenvolvimento do ideal da proporcionalidade, até às manifestações expressivas de políticos que clamavam por experiências legislativas mais draconianas. Um terceiro sinal a ser observado é a *mudança no tom emocional da política criminal*. Neste sentido vimos a alteração deste tom que no âmbito do modelo penal-previdenciário afirmava a confiança no sistema e na melhoria das ações de combate ao crime, fazendo uso de um discurso humanitário e de responsabilidade social, para no tempo presente assistirmos a uma política do medo, que amplia a sensação de insegurança, rivaliza indivíduos, setores e grupos sociais, e faz surgir clamores por experiências político-criminais mais duras. “O crime foi redramatizado” (GARLAND, 2008, p. 50-54).

O retorno da vítima vem destacado por Garland como mais sinal de mudança na política criminal da biopolítica neoliberal, e evidencia o ressurgimento da vítima; desta vez, também, redramatiza, que se apresenta em si mesma, por um parente, por sua família, ou

mesmo pela comunidade à qual pertence, tudo isso em nome de mais apoio “às medidas de segregação punitivas”. Mais um sinal destacado, surge como uma espécie clamor: *antes de mais nada, o público deve ser protegido*, observa-se que numa época onde os reclamos por proteção do público não eram enfatizados e não poderiam ser utilizados como estratégia de formulação de políticas públicas, tomou o lugar “uma nova e urgente ênfase na necessidade de segurança, na contenção do perigo, na identificação e gerenciamento de riscos de todos os tipos” (GARLAND, 2008, p. 56). *A politização e o novo populismo* constituem mais um dos sinais destacados, no qual se percebe o afastamento dos especialistas e o uso populista de temas criminais em meio às discussões em partidos e no bojo de campanhas eleitorais (GARLAND, 2008, p. 54-58).

Mais um sinal de destaque é *a reinvenção da prisão*, de uma instituição desacreditada e questionável em todo sentido, no seu objetivo correccional, quando verificávamos a relação ‘criminalidade > encarceramento’. Passamos à opinião dominante de que “a prisão funciona”, com ênfase no propósito de retribuição e neutralização, inverte-se a equação mencionada. *A transformação do pensamento criminológico* é mais um sinal de mudança; no pós-guerra a criminologia era norteada por teorias da psicologia da anormalidade, da anomia, da privação relativa ou das subculturas, e o rotulacionismo, que substituídas na atualidade, por “teorias e controle de várias espécies, concebem a delinquência como problema não de privação, mas de controle inadequado” (GARLAND, 2008, p. 61). *A expansão da infraestrutura da prevenção do crime e da segurança da comunidade* figura como mais um sinal e evidencia as chamadas *parcerias preventivas*, que se dão entre as agências públicas e privadas de controle do crime e da delinquência (GARLAND, 2008, p. 59-63).

Mais um sinal é aquilo que Garland chama de *a sociedade civil e a comercialização do controle do crime*, que se evidencia, especialmente, por uma “terceirização” do controle e da segurança, a partir da privatização daquilo que antes era exclusivo da ação estatal, a segurança dos cidadãos. *Novos estilos de gerência e de rotinas de trabalho*, este é mais um sinal da mudança derivado da situação do modelo político do presente, que se apresenta a partir das novas “atribuições” da polícia, como agência reativa ao medo, das autoridades prisionais, que se limitam a guardar o preso, e do juiz criminal, que apenas distribui penalidades. O último dos sinais, é *uma perpétua sensação de crise*, atesta que esta perpetuidade se evidencia pelo longo período de observação (desde 1970), e marca um lugar de afirmação de que “a moderna estratégia de controle do crime pela justiça criminal foi testada e fracassou” (GARLAND, 2008, p. 63-68).

Os estudos de David Garland querem nos apresentar um giro epistêmico em relação às análises foucaultianas, afirmando que “a perspectiva do poder não seria capaz de refletir sobre o atual processo de fortalecimento da área penal-punitiva, do enorme investimento da infraestrutura do controle do crime. Uma nova concepção de punição pós-disciplinar emerge na modernidade tardia” (SOUZA, 2006, p. 249). Ao elencar essa multiplicidade de sinais Garland se move no sentido da afirmação da emergência de uma *sociedade de controle*, neste mesmo sentido, mas apoiando-se em Foucault, encontraremos Giles Deleuze (1992) para quem esta seria uma sociedade modular que se ajusta para controlar, contínua e incessantemente, uma sociedade de “indivíduos” sempre à mostra, monitorados e controlados. Estamos imaginativamente a um passo do delírio do *Minority Report* – o longa-metragem de ficção científica que reproduz a ideia do controle absoluto, a ponto de antecipar os acontecimentos –, esse é sem dúvida o desejo obscuro da sociedade de controle; controlamos incessantemente, sob a ideia de prevenirmos tão incessantemente quanto, e, talvez, alimentemos a expectativa, como no filme, de anteciparmos virtualmente o fato criminoso.

E essa sociedade de controle que se estriba na biopolítica neoliberal exigirá uma excelência nas ações de segurança por parte do Estado, bem como na aceitação dos mecanismos estatais como apropriados ao combate à criminalidade. Este é o atual estado de coisas, no qual nos encontramos, e podemos chamá-lo de *eficientismo penal*, que “*constituye una nueva forma de derecho penal de la emergencia, degeneración que ha acompañado siempre la vida del derecho penal moderno.*”²¹, e que, ademais, coloca-se como um denominador comum na compreensão das diversas realidades político-criminais no Ocidente, e se apoia em ao menos duas grandes crises: naquela que verificamos no sistema econômico-social, resultado da globalização e das políticas neoliberais; e na crise política, fruto da corrosão da idoneidade pública dos partidos representativos realizarem a sua tarefa de mediação das realidades sociais (BARATTA, 2004b, p. 179, grifo do autor).

Definitivamente, todo este cenário pode ser resumido com a expressão foucaultiana, recuperada por Vera Malaguti Batista (2015): Estado de Polícia (*Polizeistaat*). Com efeito, a *adesão subjetiva à barbárie* identificada na aceitação apática da sociedade a toda violência institucionalizada a qual assistimos leva Vera Batista, observando os acontecimentos na gestão político-criminal no estado do Rio de Janeiro, especialmente, as chamadas “*pacificações*”, a afirmar vivermos atualmente uma “*gestão policial da vida, imposta aos*

²¹ “constitui uma nova forma de direito penal da emergência, degeneração que tem acompanhado a vida do direito penal moderno.”

pobres em seu cotidiano” (BATISTA, 2015, p. 96), trata-se de um controle seletivo e desmedido.

4.1.3 Globalização, biopolítica e direitos humanos

A noção biopolítica neoliberal na atualidade escapa a toda forma de territorialidade ou regionalismos, no propósito de expandir sempre e cada vez mais o seu alcance nacional. Essa natureza da biopolítica, face à sua essência funcional de agir sobre a bios, que se espalha e enraíza em cada sociedade, não lhe permite limites. A presença biopolítica garante a sua influência, assegurando uma dada existência. E o presente planetário nos apresenta o momento de expansão máximo, antecipado por Foucault, desta natureza governamental, caracterizada na atualidade como uma sociedade de controle, que exerce a sua função natural de forma cada vez mais ampla e irrestrita. Assim, ao nos depararmos, em termos político-criminais, com as noções que informam o presente biopolítico, neoliberal nós continuaremos lidando com expressões, tais como: mercado, política, técnica, encarceramento, seletividade, a partir desta realidade.

O que deveremos fazer, a partir daqui, será apresentar brevemente noções que nos auxiliem na compreensão de como a lógica biopolítica neoliberal se espalha, com alcance planetário, influenciando formulações político-criminais em todo o mundo – considerando a maior influência de determinados atores em detrimento de outros –, bem como as suas consequências. Com efeito, as noções que trabalharemos neste ponto, contemporaneamente, têm oferecido contribuições fundamentais à geopolítica mundial, e os sistemas de política criminal não escapam a essas construções.

A noção eixo, que por um lado traz uma multiacepção, tal como outras que já utilizamos, é a de *globalização*. Para Milton Santos (2006) a globalização apresenta ao menos três perfis. O *fabuloso*, engendrado por uma política de “*marketing* pessoal” desenvolvido pelo fenômeno da globalização ao redor do mundo, que propala expressões e ideias hiperpositivas acerca da sua ocorrência, resumidas em algumas fórmulas, tais como: “aldeia global”, que singulariza uma unidade comunicativa inexistente; a ideia de encurtamento das distâncias, que se realizará de fato para quem o possa fazer (viajar), e somente para estes; e também a noção de espaço-tempo contraído, equívoco na prática. O *perverso*, que se apresenta a partir da realidade empírica do cotidiano da comunidade internacional, onde se podem verificar fatos como: desemprego em massa; fome alarmante; mortandade genocida; doenças curáveis, todas essas e outras mazelas fortemente influenciadas por decisões políticas

havidas dentro ou fora de determinados territórios. E o *possível*, próprio daquele perfil desejado pelo autor que possibilita a “construção de um outro mundo”, de uma outra realidade global, aspecto derivado, da compreensão de que se as decisões políticas puderam criar este mundo perverso, outras decisões devem criar este mundo possível (SANTOS, 2006, p. 17-21).

As reflexões acerca dos perfis da globalização, que podem ser encontradas em Milton Santos (2006), levam-nos a perceber a primazia da política na definição dos destinos nacionais e mesmo internacionais, e mais, a influência das decisões políticas na percepção dos destinos históricos. Com efeito, outro elemento constitutivo do mundo moderno e contemporâneo caracteriza a história: a técnica. Desta forma, a história funciona como uma espécie de amálgama analisador da relação entre a política e a técnica, e neste ponto de inflexão encontramos a natureza biopolítica neoliberal no âmbito da política criminal da contemporaneidade. “A globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista. Para entendê-la, como, de resto, a qualquer fase da história, há dois elementos fundamentais a levar em conta: o Estado das técnicas e o Estado da política” (SANTOS, 2006, p. 23).

Ao caráter necessariamente sistemático da técnica, que nunca se dá de forma isolada, soma-se, na contemporaneidade, um desenvolvimento atual revolucionário, trata-se da técnica da informação. Esta modalidade técnica trouxe outra realidade e outra dimensão ao contexto global ligando todas as demais técnicas e serviu de mola-mestra a impulsionar o fenômeno da globalização. Com efeito, o mundo globalizado resulta de ações que são responsáveis pela existência do mercado global, que por sua vez dirige os processos políticos atualmente eficazes; logo, este mercado deve ser compreendido como responsável pela governamentalidade neoliberal.

Os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscibilidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais-valia globalizada. Um mercado global utilizando esse sistema de técnicas avançadas resulta nesta globalização perversa. Isso poderia ser diferente se seu uso político fosse outro. Esse é o debate central, o único que nos permite ter a esperança de utilizar o sistema técnico contemporâneo a partir de outras formas de ação (SANTOS, 2006, p. 24).

Dito desta forma, o tom esperançoso de Milton Santos pode ser compartilhado; técnica e política são consideradas, assim, como motores da história, reinventando esta celebre equação. A trajetória histórica da prisão que trouxemos até este ponto percebe nesta análise

um frutífero campo a ser explorado em busca de saídas, do atual estado de coisas que vivemos na seara político-criminal. A *unicidade da técnica*, que articula a lógica central da globalização, aplicando imperativos epistêmicos na mesma proporção e sentido das forças e hegemonias nacionais, deverá ser relativizada no contexto político-criminal. Podemos perceber na observação das instituições prisionais, mas, também, e, sobretudo, na dogmática-penal a urgência da necessidade de refletirmos localmente, no propósito de superação dos discursos que se impõem. A perspectiva do *motor único* é mais um traço profícuo no largo campo de análise que encontramos aqui. Esta noção nos traz a ideia da existência de uma espécie de unificação nos motivos do mercado, que se antes atendiam a interesses locais e culturalmente localizados, hoje atendem a interesses mundiais e culturalmente desorientados, agravando ainda mais as situações de criminalização, que passam a atender demandas de ordem, provindas de concepções deslocadas. Com efeito, *a convergência dos momentos* nos traz o fecho do nosso argumento, a partir do pensamento de Santos (2006). Na medida em que “se a hora é a mesma, convergem, também, os momentos vividos” (SANTOS, 2006, p. 27), eis que surge a possibilidade, ao menos momentânea e dirigida por certos interesses aglutinadores, à criação de respostas ampliadas para problemas comuns que se apresentam em pontos diferentes do planeta, bem como num mesmo território. Os dados dos processos de criminalização, difundidos em todos os cantos da rede mundial de computadores, tendem a formar uma percepção sobre esse tema, e a reunir pessoas e poderes cada vez mais dispares num mesmo propósito – outro não foi o meio utilizado no plano nacional para mobilizações, tais como: a “Primavera Árabe”, no primeiro semestre de 2011; as sublevações no Egito em 2013; e as volumosas manifestações, de junho de 2013, no Brasil.

No contexto global do biopoder, talvez, a noção mais contundente seja aqui produzida por Michael Hardt e Antonio Negri (2003), a qual intitula a obra fundamental destes autores, *Império*. Para estes intelectuais a biopolítica neoliberal encontra-se em processo de mais uma mudança, ou de uma reestruturação fundacional, e consideram que os institutos jurídicos não têm condições de evidenciar e singularizar esse processo. Para esse novo momento do biopoder global, Hardt e Negri elaboraram o conceito de Império que nasce da consolidação da transição da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, com todas as suas características e consequências, especialmente, a sua capacidade de integralizar não somente os corpos docilizados, mas, sobretudo, as mentes controladas.

Os comportamentos de integração social e de exclusão próprios do mando são, assim, cada vez mais interiorizados nos próprios súditos. O poder agora

é exercido mediante máquinas que organizam diretamente o cérebro (em sistemas de comunicação, redes de informação etc.) e os corpos (em sistemas de bem-estar, atividades monitoradas etc.) no objetivo de um estado de alienação independente do sentido da vida e do desejo de criatividade.

[...] [No Império] o poder só pode adquirir comando efetivo sobre a vida total da população quando se torna função integral, vital, que todos os indivíduos abraçam e reativam por sua própria vontade (HARDT; NEGRI, 2003, p. 42-43).

Ainda mais poderoso o biopoder no sistema de controle se exerce a partir das ações mesmas dos indivíduos, que regulam, constroem, exercem o poder horizontalmente nas sociedades, e dimanam verdades e a partir de subjetividades controladas, que tendem a produzir outras subjetividades controladas. Desta forma, aplicando as noções foucaultianas até as últimas consequências, o tempo presente globalizado realiza “o sentido de que só a sociedade de controle está apta a adotar o contexto biopolítico como terreno *exclusivo* de referência” (HARDT; NEGRI, 2003, p. 43, grifo do autor). Aqui o capitalismo está plenamente realizado, e a sociedade tende a ser regida como um só corpo, atuando como subjetividade controlada.

Essas concepções da sociedade de controle e do biopoder descrevem aspectos centrais do conceito de Império. O conceito de Império é a estrutura na qual a nova omniversalidade de sujeitos deve ser entendida, e é o objetivo em cuja direção o novo paradigma de poder conduz. Assim se abre um verdadeiro abismo entre as diversas fundações teóricas antigas de lei internacional (tanto em sua forma contratual e/ou na forma da ONU) e a nova realidade da lei imperial. Todos os elementos intermediários do processo ficaram, com efeito, à margem, de forma que a legitimidade da ordem internacional já não pode ser construída por mediações e tem de ser captada imediatamente em toda a sua diversidade. Já reconhecemos este fato sob o prisma jurídico. Vimos, na verdade, que quando a nova noção de direito aparece no contexto da globalização e se revela capaz de tratar a esfera universal, planetária, como um conjunto único e sistêmico, deve-se presumir um imediato pré-requisito (agindo num Estado de exceção) e uma tecnologia adequada, plástica e constitutiva (as técnicas de polícia) (HARDT; NEGRI, 2003, p. 45).

Os elementos políticos e soberanos que comandam esta ordem de coisas não estão limitados aos organismos supranacionais. Hardt e Negri (2003) destacam que de forma mais central e influente encontram-se as grandes corporações industriais e financeiras multinacionais e transnacionais construindo “o tecido conectivo fundamental do mundo biopolítico [...] [e] estruturam e articulam territórios e populações” (HARDT; NEGRI, 2003, p. 50), e desta forma “as grandes potências industriais e financeiras produzem, desse modo, não apenas mercadorias, mas também subjetividades” (HARDT; NEGRI, 2003, p. 51). Tais

subjetividades são fruto das necessidades e expectativas constituídas no plano das relações sociais, dos corpos e das mentes, construindo assim produtores. “Na esfera biopolítica, a vida é levada a trabalhar para a produção e a produção é levada a trabalhar para a vida” (HARDT; NEGRI, 2003, p. 51).

O lugar de construção simbólica, de elaboração imaterial linguística da nova realidade biopolítica é a indústria da comunicação, que assume um poder central de legitimação, expressando e organizando os movimentos da globalização mundial. Desta forma, “o imaginário [social] é guiado e canalizado dentro da máquina de comunicação. [...] O poder, enquanto produz, organiza; enquanto organiza, fala e se expressa como autoridade” (HARDT; NEGRI, 2003, p. 51-52); a linguagem comunica e produz subjetividades, ordenando-as, “a produção comunicativa e a construção da legitimação imperial marcham lado a lado e não podem mais ser separadas. A máquina é autovalidante, autopoiética – ou seja, sistêmica” (HARDT; NEGRI, 2003, p. 53).

A multiplicidade de informações, provindas de uma miríade interminável de canais de comunicação na atualidade, torna o mundo biopolítico um grande espetáculo e palco inexorável de demonstração de força. A ordem mundial biopolítica neoliberal e eurocêntrica é, sobretudo, falocêntrica, e, com isso, belicosa. Esta nuance do perfil global do mundo contemporâneo tende a inspirar ações internas nos diversos países, por óbvio, e como resultado, para além da influência político-criminal para um encarceramento desenfreado, encontramos a distribuição da noção belicista de civilização presente na lógica de funcionamento dos diversos “Estados de direito” que se encontram na comunidade internacional.

Hardt e Negri (2003) nos chamam a atenção acerca da natureza intervencionista do Império, que faz do uso da força elemento fundamental da constituição de legitimidade do seu poder, apontando “a forma como a eficácia do novo poder é demonstrada [...] [incluindo] a conexão da ação repressiva com todos os aspectos da estrutura biopolítica da sociedade” (HARDT; NEGRI, 2003, p. 53-54), e destacam ainda as intervenções morais, provindas sobretudo de organismos não governamentais, que se amalgamam à estrutura imperial no processo de desenvolvimento da biopolítica neoliberal, como responsável pelo elemento material de justificação das intervenções repressivas, que em verdade se estribam em interesses comerciais. “Dessa forma, a intervenção moral tornou-se a linha de frente da intervenção imperial” (HARDT; NEGRI, 2003, p. 55). E com a intervenção moral, temos os aspectos centrais para a ocorrência de toda forma de intervenção, pois estas passam a

prefigurar o Estado de exceção permanente a partir da elaboração simbólica da “imagem do inimigo”, não raro servindo como ato inicial que prepara a intervenção militar.

A intensidade dos princípios morais aos quais é confiada a construção da nova ordem mundial não pode alterar o fato de que isso é, na realidade, uma inversão da ordem convencional e da lógica constitucional.

[...] Essa espécie de intervenção contínua, portanto, ao mesmo tempo moral e militar, é realmente a forma lógica do exercício da força, que deriva de um paradigma de legitimação baseado num Estado de exceção permanente e de ação policial (HARDT; NEGRI, 2003, p. 56-57).

Com efeito, outra não pode ser a noção constitutiva do nosso tempo presente acerca da legitimidade das intervenções policiais no plano interno nacional, de resto, excessivamente morais, como vimos assistindo: projetos de “pacificação” em localidades específicas; implantação de Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs); polícias comunitárias; pelotões especiais de incursão de alto impacto, tais como, BOPE, RONDESP, ROTA, entre outras, tais são as situações “familiares” que assistimos como soluções político-criminais no Brasil.

Nesse contexto a noção central de justiça do mundo globalizado é chamada a dar a sua percepção acerca dos acontecimentos, e se vê absolutamente enredada na lógica de funcionamento das agências estatais estruturadas no âmbito de exercício da realidade biopolítico neoliberal. Estamos nos referindo ao direito internacional dos direitos humanos, uma noção já desgastada, que se apresenta em crise: crise paradigmática, acerca das noções que o orientam; crise moral, acerca das ações legítimas de atuação; crise de convicção, acerca dos conflitos internos que estruturam a sua natureza; e, por fim, crise instrumental, acerca dos usos e objetivos da sua utilização. Todas estas questões são trazidas por Costas Douzinas (2011), que propõe sete teses para a compreensão do processo necessário à mudança do atual paradigma em direitos humanos, nesta Era do Império.

A contribuição de Eugênio Raul Zaffaroni (2000) ao tema da relação entre globalização e política criminal, amplamente discutida neste trabalho que ora utilizamos, nos oferece importantes sinais acerca das tarefas que cabem aos juristas no atual contexto. A deterioração dos direitos humanos, tendo em vista a noção de pensamento único hegemônico no contexto biopolítico neoliberal globalizado, incita o *jusfilósofo* argentino a recomendar maior força hermenêutica às elaborações jurídicas frente às demandas internacionais.

Las construcciones teóricas del derecho penal en la forma de sistemas cerrados (no alimentados con datos de la realidad y deducidos sólo de la

función que el constructor asigna arbitrariamente a la pena) adelantan lo que los científicos vislumbran como riesgo de la inteligencia artificial en la robótica del futuro y que llaman rizados de retroalimentación que enloquecen el sistema²² (ZAFFARONI, 2000, p. 30-31, grifo do autor).

Definitivamente, e por óbvio, que esse compromisso não deve e não pode caber exclusivamente aos juristas, mas, sim, a todas as pessoas que acreditam na necessidade da modificação do cenário da geopolítica mundial, especialmente, considerando os seus efeitos sobre a lógica de funcionamento dos modelos político-criminais largamente praticados, bem como o alcance da consequência dessas práticas na vida concreta da maioria das pessoas. Como disse Milton Santos, “vivemos num mundo confuso e confusamente percebido” (SANTOS, M., 2006, p. 17). A ordem mundial aponta um período de crise, nós aprendemos com o citado geógrafo baiano que esse período se confunde com a própria crise, na história do sistema capitalista contemporâneo, que estamos chamando aqui de estágio da biopolítica neoliberal globalizada, e que essa crise é estrutural; “por isso, quando se buscam soluções não estruturais, o resultado é a geração de mais crise” (SANTOS, M., 2006, p. 35). O que faremos a seguir será identificar as raízes estruturais da crise da política criminal brasileira e apontar possíveis soluções.

4.2 A NEGAÇÃO DO ADESTRAMENTO OU POR UMA CIDADANIA PLENA NO BRASIL: MAZELAS E ALTERNATIVAS

O âmbito da chamada sociedade de controle se mostrou como o espaço adequado para a proliferação de mazelas institucionais improváveis num passado recente. A biopolítica neoliberal em exercício nas diversas sociedades no Ocidente tem a capacidade de colmatar elementos de controle característicos das diversas culturas com as quais interage. Esse fenômeno tende a ampliar e reforçar esquemas de repressão para os quais os diversos grupos atingidos tendem a não ter estratégias de defesa no presente.

A tarefa do adestramento típica das sociedades disciplinares não perdeu força na contemporaneidade neoliberal, ao contrário. Como já dito, o adestramento deu lugar ao controle, não como forma de amenizar as incidências negativas, mas como um meio de aprimorar a estratégia de sujeição e de desenvolvimento de subjetividades úteis.

²² As construções teóricas do direito penal na forma de sistema fechado (sem alimentação de dados da realidade e deduzidos somente da função que o elaborador arbitrariamente prescreveu a pena) adiantam o que os cientistas vislumbran como o risco da inteligência artificial na robótica do futuro e que chamam de risco de retroalimentação que enlouquece o sistema. (Tradução livre).

No Brasil a biopolítica neoliberal se aliou às estruturas históricas de sujeição de viés racista e patrimonialista para realizar um projeto intentado no início do século XX e nunca colocado a cabo, com o mesmo ímpeto que assistimos neste momento. Trata-se do projeto genocida brasileiro, que hoje mata certa de 50 mil pessoas por ano no Brasil, a maioria delas negras, na faixa etária entre 15 e 29 anos, e moradoras de localidades periféricas nas grandes cidades brasileiras.

O projeto biopolítico neoliberal não se intimida em lançar mão de implementar o modelo político-criminal utilizado no país como uma ferramenta de execução para o seu intento. O que constatamos é que as características próprias do sistema permitem vazamentos dando oportunidades para refletirmos alternativas ao atual estado de coisas que se abate por sobre a população brasileira, mais notadamente, o seu contingente negro.

A experiência dos movimentos sociais bem como a abertura que se dá para construção de políticas públicas de caráter multiagencial têm servido como instrumento de mitigação do projeto genocida mencionado. As políticas públicas têm operado mudanças nos rumos das decisões institucionais que mais se aproximam da população, e a segurança pública já tem permitido intervenções qualitativas em torno das ações públicas elaboradas.

Com efeito, abre-se o espaço necessário em que se questiona a viabilidade do formato do modelo político-criminal que vem sendo operacionalizado no presente no Brasil, sendo hoje possível refletirmos sobre alternativas viáveis que possam trazer soluções de fato emancipatórias para a sociedade. Os números são alarmantes; nenhuma pesquisa poderá tergiversar, as soluções tateiam no escuro.

4.2.1 *E os Camburão O Que São? Negreiros a Retrafiar: racismo institucional e genocídio: faces da política criminal brasileira*

A realidade social brasileira é marcadamente estruturada pelo racismo institucional e por uma desigualdade socioeconômica alicerçada nas relações patrimonialistas e clientelistas herdadas do período colonial – séculos XVI ao XIX. As análises elaboradas nas academias brasileiras até o final da primeira metade do século XX organizam uma série de fatores socioeconômicos como exclusivos elementos responsáveis pela dinâmica das desigualdades no país. Os estudos raciais²³ restavam relegados a uma agenda pós-abolicionista que,

²³ Não abordaremos neste estudo os debates, já desgastados, acerca da utilização do conceito de “Raça”, para tanto, caso se faça necessário, remetemos ao Relatório de Desenvolvimento Humano: racismo, pobreza e violência, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (BRASIL, 2005). Documento este, que traz a noção largamente utilizada na literatura nacional e internacional a respeito deste conceito, que faz larga referência a essa discussão, do que destacamos: “A aplicação do conceito de ‘raça’ é hoje uma

inicialmente, especializou a discussão em torno de elementos pseudocientíficos calcados no “determinismo biológico” – com o *racismo biológico* institucionalizado de Nina Rodrigues –, e, em seguida, culturalizou os debates – com o luso-tropicalismo de Gilberto Freire –, estabelecendo, a partir dessa segunda fase, aquilo que se convencionou chamar de “democracia racial” no Brasil (SANTOS, G., 2002, p. 119-161).

O ponto de inflexão nas pesquisas brasileiras acerca da sua realidade sociorracial tem início após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando as Nações Unidas para a Educação, Ciência e Organização Cultural (UNESCO) solicitaram – inspiradas na necessidade de refletir mundialmente a possibilidade de convivência pacífica em sociedades multiétnicas, em vista dos recentes acontecimentos promovidos pelo III *Reich* –, aos intelectuais da Escola Sociológica de São Paulo, liderados pelo sociólogo Florestan Fernandes, uma análise da origem e manutenção da convivência harmônica da sociedade brasileira, de composição multirracial, qualidade alardeada entre os países da comunidade internacional e afirmada pela teoria da “democracia racial”. E o resultado dessa pesquisa foi a constatação de que a suposta harmonia multirracial brasileira se alicerçava numa farsa que mantinha a população negra e indígena deste país relegada ao *status* de “cidadãos de segunda classe”, e que a propalada “democracia racial”, em verdade, não passava de uma fraude para a permanência e manutenção da ordem social brasileira hierarquizada nos moldes estabelecidos no passado colonial, e, ainda, que o conceito de “democracia racial” refletia o discurso fundante de uma sociedade estruturada por sobre as desigualdades sociorraciais (MUNANGA, 2001).

As consequências da fraudulenta “democracia racial” brasileira – que serve comumente como apanágio explicativo para justificar a situação atual do povo negro no Brasil, estabelecendo tal situação como responsabilidade única das desigualdades de classe ou socioeconômica, ou da falsa ideia das mazelas sociorraciais associadas às consequências do período escravocrata (AZEVEDO, 2004), –, combinada com as remanescentes concepções fixadas no imaginário social acerca da inferioridade biológica da população negra e sua consequente periculosidade, refletem-se na organização do sistema de política-criminal no país. Com efeito, temos aqui um dado a ser mais explorado nos estudos criminológicos e político-criminais vindouros.

necessidade teórica e prática nos estudos e nos processos sobre identidade étnica, conquista de direitos e justiça social de grupos fenotipicamente distintos. Nesse sentido, a erradicação do racismo e a luta contra raça como um critério de segregação social e de exclusão de oportunidades requer que o termo – ou conceitos correlatos, como cor e fenótipo – seja mantido nas coletas de dados e nos registros e notificações das instituições, públicas ou particulares, ao menos enquanto perdurar essa situação de flagrante desigualdade. Esse é o sentido que se dá à utilização de raça neste relatório. A classificação aqui usada, porém, não é das Nações Unidas, que não reconhecem nenhum sistema de classificação racial, mas a utilizada pelo Estado e pela sociedade brasileiros.”

O contexto sócio-histórico brasileiro requer a elaboração de muitas noções para a compreensão que se aproxime daquilo que demonstram os dados coletados, especialmente, nos dias atuais, nas publicações das diversas agências nacionais e internacionais públicas e privadas. Mas, ao menos, duas noções fundamentais para os nossos argumentos serão aqui sucintamente trabalhadas. Com efeito, teremos para o estudo do fenômeno do racismo as análises elaboradas pelo pensador cubano Carlos Moore (2007), para quem o racismo é um dado histórico da experiência humana, que se desenvolve desde, ao menos, o período neolítico (há cerca de 12.000 anos), após a glaciação *Würn*, com os avanços das hordas arianas que passaram a migrar do extremo norte da Europa para as regiões equatoriais (MOORE, 2007, p. 257). Inspirado pelas elaborações do físico e egiptólogo senegalês Cheikh Anta-Diop, Moore irá conceituar o racismo contemporâneo como “uma visão coerente e operacional do ‘Outro’ racial, baseado em um poder total sobre este, que se manifesta por meio de uma consciência grupal *historicamente* construída” (MOORE, 2007, p. 258, grifo do autor). E com o uso da expressão *historicamente*, de importância fundamental para estas elaborações, deveremos compreender que o racismo não possui uma forma exclusiva, do ponto de vista subjetivo, de atuação ou exteriorização, mas, sim, e, sobretudo, que este fenômeno opera nas mais diversas instâncias da realidade humana consciente, comandando discursos e comportamentos, por vezes, de maneira “silenciosa”, a partir dos engendramentos havidos nos processos de socialização em um meio social-racista, ou seja, não raro, comportamentos inconscientes racistas virão à tona no nosso processo cotidiano de sociabilidade. Talvez, aqui, tenhamos a nossa principal dificuldade em lidar com esta “realidade fantasmática”.

A partir das análises de Moore, entenderemos a matriz operativa do racismo brasileiro, de origem ou modelo ibero-árabe (oriundo da experiência árabe na Península Ibérica ao longo de oito séculos, 711 a 1492), que constitui, a partir da miscigenação forçada – forma operacional da elaboração da sociedade brasileira a partir da chegada dos europeus neste continente –, um complexo contingente populacional, marcadamente miscigenado, e que estabelece um *ranking* racial, concentrando na base da pirâmide sociojurídica de exercício dos direitos fundamentais, os indivíduos pertencentes ao grupo social subalternizado, e legando ao topo os cidadãos componentes dos grupos violentadores. Ou seja, na medida em que o indivíduo se aproxime do topo da pirâmide, poderá usufruir cada vez mais dos seus formais direitos fundamentais; na medida em que o indivíduo migrar no sentido contrário, em direção à base, o efeito também será diametralmente oposto. Some-se à forma estrutural de composição desta pirâmide o necessário aspecto fenotípico, especialmente, o acúmulo de

melanina nas diversas estruturas fisiológicas dos sujeitos componentes de uma sociedade deste tipo, que é classificada por Moore como sociedades pigmentocráticas (MOORE, 2007, p. 260-278). Esta realidade explicativa já se encontra presente na literatura jurídica nacional, e fez parte do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186, que julgou a legalidade do sistema de cotas raciais para acesso ao ensino superior no país (BRASIL, 2015).

Mais uma noção central à construção do nosso modelo estatal de política criminal é a de *racismo institucional*. E nós podemos entender por racismo institucional aquelas ações provindas da iniciativa pública ou privada, que se evidenciam pelo descaso e negligência, que se exteriorizam por ação e/ou omissão que venha a diminuir direitos, levando-se em consideração as características físicas e/ou culturais de determinados sujeitos, notadamente, considerando os aspectos raciais acima identificados. Uma nota histórica: através da ação de diversos grupos sociais que se organizaram ao longo do tempo, especialmente, do século XX – que no seu conjunto, contemporaneamente, chamamos de Movimento Negro –, o governo brasileiro fora instado a assumir compromissos para o combate ao racismo (1995), e no processo de organização da comitiva brasileira para a “III Conferência Mundial contra o Racismo, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas”, realizada pelas Nações Unidas, em 2001, fora criado, em parceria com o Ministério Britânico para o Desenvolvimento Internacional (DFID) e com o PNUD, o Programa de Combate ao Racismo Institucional (PCRI), que, em intercâmbio com a Comissão de Igualdade Racial do Reino Unido, formularam o seguinte conceito:

O racismo institucional é o fracasso das instituições e organizações em prover um serviço profissional e adequado às pessoas por causa de sua cor, cultura, origem racial ou étnica. Suas manifestações podem ser identificadas por meio de normas, práticas e comportamentos discriminatórios adotados no cotidiano de trabalho, resultantes da ignorância, da falta de atenção, preconceitos ou estereótipos racistas. Em qualquer caso, o racismo institucional sempre coloca pessoas de grupos raciais ou étnicos discriminados em situação de desvantagem no acesso a benefícios gerados pela ação do Estado, de suas instituições e organizações (CRI, [2007?], p. 24).

Como ressalva a este conceito, considerando o momento histórico e o contexto institucional da sua elaboração, devemos atualizá-lo apontando a necessidade da inclusão da esfera privada ou particular, como responsável potencial por ato e/ou incitação a atos de racismo, racismo institucional ou discriminações correlatas.

Da análise que nos propomos até aqui, podemos assegurar que se o capitalismo, na sua versão pós-transição sociedade disciplinar para a sociedade de controle, encontrou na biopolítica neoliberal o seu espaço mais adequado de desenvolvimento pleno, como forma de espalhar a sua natureza desumana em meio à sociedade, a biopolítica neoliberal da sociedade de controle faz evidenciar o racismo institucional, talvez, com a clareza que mesmo Foucault não tenha presenciado, mas soube descrever a sua origem e forma de atuação política como nenhum outro pensador.

[Refletindo sobre a tecnologia do biopoder que tem como objeto e objetivo a vida, Foucault indaga:] Como um poder como este pode matar, se é verdade que se trata essencialmente de aumentar a vida, de prolongar sua duração, de multiplicar suas possibilidades, de desviar seus acidentes, ou então de compensar suas deficiências? Como, nessas condições, é possível, para um poder político, matar, reclamar a morte, pedir a morte, mandar matar, dar a ordem de matar, expor à morte, não só seus inimigos, mas mesmo seus próprios cidadãos? Como esse poder que tem essencialmente o objetivo de fazer viver pode deixar morrer? Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no biopoder? É aí, creio eu, que intervém o racismo. [...] O que inseriu o racismo nos mecanismos do Estado foi mesmo a emergência desse biopoder. Foi nesse momento que o racismo se inseriu como mecanismo fundamental do poder, tal como se exerce nos Estados modernos, e que faz com que quase não haja funcionamento moderno do Estado que, em certo momento, em certo limite e em certas condições, não passe pelo racismo (FOUCAULT, 2002a, p. 304).

A realidade constitutiva da biopolítica neoliberal, calcada numa lógica de atendimento aos interesses do mercado e das grandes corporações industriais e financeiras, insere-se numa concepção de ação burocratizante e mecanicamente objetiva. O que queremos dizer é que o objetivo genocida poderia ser freado pelos limites morais da política, que se vê, na ordem presente, afastada, confundida, fazendo com que as diversas nuances sociais e institucionais se movam, sem necessariamente obedecerem a operativos éticos, mas, tão-somente, a partir de uma mecânica de ação, conduzida por motivos elaborados virtualmente no centro da máquina deste novo modelo de governamentalidade. Não se trata tão-somente de treinar, produzir e consumir; parece eclodir na arquitetura da sociedade contemporânea um desejo estético e narcísico, que não podemos dizer que nasceu com a biopolítica desenvolvida no final do século passado. Talvez a própria natureza etnocêntrica do Estado leve à condução de constructos institucionais involuntariamente etnocêntricos, mas o que assistimos no modelo atual é a ausência de uma mediação que promova limites morais à atuação institucional.

Para Vera Batista um elemento central deve ser analisado para que possamos compreender o móbil da ação policial no Brasil, principal instrumento das decisões político-criminais geradoras do genocídio no país. Batista (2002b) destaca a figura do medo, elaborado e articulado pelas elites brasileiras ao longo do século XIX, para a construção do imaginário constitutivo da figura do negro como componente da “classe perigosa” nacional. Neste sentido também encontramos Célia Maria de Azevedo (2004) que aponta esta estratégia realizada pelas elites pré-abolição, como o elemento central das elaborações políticas no período, especialmente, considerando a avalanche legislativa que preparava o país para a abolição iminente da escravatura, garantindo o controle ou eliminação do contingente populacional negro, que no século XIX constituía a maior parte da população.

Este processo de regulação, modernização e padronização do sistema de repressão vai se aprimorando e, junto com a importação de mão de obra europeia, vai embranquecendo a cidade negra e preparando-a para o mais longo processo de emancipação da escravidão. Estava-se criando o artefato-antídoto contra a abolição, uma *máquina mortífera* de terror contra a relé livre.

[...] Enfim, é assim que os discursos do medo se cristalizam, do perigosismo do discurso jurídico às concretudes exigidas pelas políticas criminais, produzindo espacialidades apartadoras, fronteiras indissolúveis e zoneamentos invisíveis (BATISTA, 2002b, p. 104-105).

A máquina mortífera mencionada por Vera Batista tinha o seu alvo predeterminado, e constituído nas franjas das decisões políticas e jurídicas nacionais daquela época, que elaboravam argumentos públicos de autoridade acerca da natureza dos indivíduos negros, que iam fazer parte dos treinamentos levados adiante nas casernas, a partir dos citados discursos do medo, que alimentaram a noção de indivíduos desprovidos de humanidade e sujeitos aos piores tratamentos possíveis, e mesmo à eliminação pura e simples.

Atravessado por pressupostos racistas, marca de nascença irremovível do sistema penal brasileiro, o aparato neoliberal assume mais uma vez a metodologia calcada na intervenção física para o controle ostensivo dos corpos. Como se sabe, tal metodologia tomou seus primeiros contornos sob a égide do período colonial. Dos maus-tratos nas delegacias de polícia à “limpeza” dos centros urbanos, caracterizada pela remoção de “flanelinhas” e camelôs, chegando às ações dos grupos de extermínio – que, pelos números de sua intervenção, institucionalizaram-se por dentro das agências policiais, sendo, mesmo inconfessadamente, considerados essenciais para a garantia da “ordem” –, a agenda do sistema penal dos tempos globalizantes vai sendo executada.

[...] Como se pode constatar, a democracia racial está de tal forma enraizada na autoimagem do país, que as elites nacionais podem contar com grupos de extermínio institucionalizados, sem que isso comprometa seu perfil de

benevolência e tolerância no trato com os grupos historicamente marginalizados (FLAUZINA, 2008, p. 99-100).

Ana Luiza Flauzina (2008) assevera que a forma de trabalho típica do sistema penal brasileiro, fundamentado “na violência e na produção de mortes, tem o racismo como variável central” (FLAUZINA, 2008, p. 168), e assegura que essa conclusão tende a alterar o padrão de elaboração do discurso político-criminal no Brasil, para a assunção da compreensão que o Estado brasileiro tem levado a cabo uma política de genocídio da população negra. Salienta ainda que “a recusa em se pensar o sistema penal a partir dessa perspectiva que propomos serve à manutenção dos projetos hegemônicos, com a construção de um discurso funcional ao sistema” (FLAUZINA, 2008, p. 169), ressaltando que a criminologia crítica posiciona-se à margem desta discussão, mantendo um débito com uma abordagem que leve em conta a situação histórica do cenário nacional, rompendo o silêncio racista promovido pela reminescente “democracia racial”.

Essa dívida epistemológica por parte da criminologia crítica mencionada por Flauzina vem tentando ser colmatada na literatura internacional, e quem nos traz essa informação é Zaffaroni (2007), que produz uma resenha crítica de uma obra que para ele tende a mudar o vetor da produção crítica em criminologia nas academias ocidentais. Trata-se da obra do criminólogo neozelandês Wayne Morrison, *Criminology, Civilization & the New World Order* (Criminologia, Civilização e a Nova Ordem Mundial). Nesta obra, Morrison considera o genocídio o elemento chave para a construção de uma criminologia de alcance global, e assume um conceito ampliado de genocídio, fugindo dos limites estabelecidos pela criminologia do pós-guerra, atribuindo a qualidade de genocídio a crimes massivos perpetrados por diversos Estados ao longo da história, desde ao menos 1885, e cita: Congo (1885-1908), com 8 milhões de vítimas, perpetrado pelo Estado Belga; Hereros, sudeste africano (1904), 80 mil vítimas, perpetrado pelo Estado germânico; dissidentes políticos soviéticos (1936-39), 500 mil vítimas, perpetrado pelo governo da ex-União soviética; Tutsis de Ruanda (1994), mais de 800 mil vítimas, perpetrado por milícias Hutus e soldados do governo, são alguns exemplos.

Essa virada epistemológica tem muito a contribuir no debate nacional do Brasil, onde cerca de 60 mil pessoas são mortas por ano²⁴, em cujo perfil se destaca a presença de jovens, negros e moradores de periferias das grandes cidades, a maioria delas através de ações

²⁴ Cf. “Mapa dos Homicídios Ocultos no Brasil”, do IPEA.

estatais, sendo-lhes negado aquele direito que funciona como um postulado universal e imanente, anterior a qualquer reivindicação, a vida.

4.2.2 O Direito a ter direitos: o modelo das políticas públicas afirmativas e as alternativas à política criminal no Brasil

O que está em jogo na defesa de direitos, no limite da atuação político-criminal, é, justamente, o direito à vida. Ter direitos não deveria significar a possibilidade de reivindicar o viver, pois a existência, a vida, trata-se de pressuposto para quaisquer reivindicações. Mas numa lógica de desenvolvimento social calcada no genocídio de grupos sociais específicos numa dada sociedade, reivindicar a vida torna-se necessário. O exercício do poder intervencionista na sua versão mais cruel, através da demonstração da sua força repressiva, de natureza biopolítica neoliberal, das sociedades de controle, torna-se material diante dos números apresentados pelos dados colhidos na contemporaneidade brasileira.

A Anistia Internacional divulgou pesquisa, realizada em 2011, na qual constatou que nos vinte países que ainda mantêm a pena de morte, em todo o planeta, foram executadas 676 pessoas, sem contabilizar as penas capitais infligidas na China, que se nega a fornecer os dados. No mesmo período, somente os estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 961 mortes a partir de ações policiais, totalizando um número 42,16% maior do que de vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados e ainda superior ao da letalidade da última guerra em nosso continente. Mas de que forma estamos a legitimar e conviver com essas cifras, no marco de um Estado de direito, se temos a pena de morte proibida (em regra) pela Constituição Federal Brasileira? (ZACCONE, 2015, p. 21).

Em se tratando da realidade social e das características estruturais do Brasil, o que se evidencia, não se trata, somente, da validade de certos direitos e seu potencial reivindicatório, mas da forma como serão distribuídos. Para elucidar as dificuldades na compreensão da perspectiva letal da atuação estatal brasileira, o que se torna manifesto é a necessidade de mesclarmos metodologicamente o *modus operandi* da noção biopolítica neoliberal, nas sociedades de controle, e o racismo institucional, presente nas relações raciais no país.

Com efeito, que é o racismo? É, primeiro, o meio de introduzir, afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior

da população, uns grupos em relação aos outros. Em resumo, de estabelecer uma cesura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico. Isso vai permitir ao poder tratar uma população como uma mistura de raças ou, mais exatamente, tratar a espécie, subdividir a espécie de que ele se incumbiu em subgrupos que serão, precisamente, raças. Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder (FOUCAULT, 2002a, p. 304-305).

E a partir dos fatores sociais estruturantes da sociedade brasileira, já especificados, mais notadamente o racismo, considerando aqui a sua forma institucional, devemos dizer que o primeiro olhar por sobre os fatos sociais presentes aponta paradoxos inefáveis, retratados muitas vezes a partir de aproximativas literalidades: “A tragédia carioca e brasileira é ver homens de preto, quase todos pretos, matando homens pretos” (FREIXO, 2015, p. 11). Este fato sói se constituir como um drama para a condução das pesquisas nesta área. Mais uma vez nos socorreremos nas análises de Foucault acerca do exercício do biopoder.

De outro lado, o racismo terá sua segunda função: terá como papel permitir uma relação positiva, se vocês quiserem, do tipo: “quanto mais você matar, mais você fará morrer”, ou, “quanto mais você deixar morrer, mais, por isso mesmo, você viverá”. Eu diria que essa relação (“se você quer viver, é preciso que você faça morrer, é preciso que você possa matar”) afinal não foi o racismo, nem o Estado moderno, que inventou. É a relação guerreira: “para viver, é preciso que você massacre seus inimigos”. Mas o racismo faz justamente funcionar, faz atuar essa relação de tipo guerreiro – “se você quer viver, é preciso que o outro morra” – de uma maneira que é inteiramente nova e que, precisamente, é compatível com o exercício do biopoder. De uma parte, de fato, o racismo vai permitir estabelecer, entre a minha vida e a morte do outro, uma relação que não é uma relação militar e guerreira de enfrentamento, mas uma relação do tipo biológico: “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar”. A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura (FOUCAULT, 2002a, p. 305).

A “degenerescência do negro” no Brasil é obra do processo longo de desajuste da imagem do indivíduo negro constitutivo da população brasileira, pois estamos aqui tratando da construção de uma identidade racial, que nada mais é do que uma identidade de grupo. As pesquisas feitas pela psicóloga Maria Aparecida Bento (2002) evidenciam que na sociedade brasileira os negros tendem a internalizar “coisas negativas sobre negros” (BENTO, 2002, p. 157), o que redundará, segundo Taylor ([1994?]) num reconhecimento incorreto, “podendo uma

pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam reflectirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos” (BENTO, 2002, p. 45); e as consequências são absolutamente indetermináveis. Com efeito, ocorrendo tais fatos no âmbito de uma corporação que tem a função de lidar com a violência no seu cotidiano, a eliminação física de um sujeito lhe afigurará como uma alternativa. A reprodução social de uma autoimagem nesses casos, não é somente evitada, mas redirecionada através, sobretudo, da “indústria da comunicação”, para outra perspectiva que viabilize a ação desejada pelo sistema, que neste caso será a eliminação do indivíduo negro.

O redirecionamento das expectativas identitárias acima mencionado pode se evidenciar na experiência das inúmeras cromátides de peles “escolhidas” nas pesquisas dos censos no Brasil, quando a pesquisa é realizada no seu formato aberto. Edith Piza e Fúlvia Rosemberg (1998-99) estudando “a cor nos censos brasileiros” apontam a tentativa de se opinar por múltiplas cores, sempre presente na resposta da população brasileira a cor da sua pele, lembrando “o estudo famoso do IBGE durante a realização da PNAD 76, [quando] foram mencionadas mais de 190 nuances diferentes de cor à pergunta aberta sobre a designação de cor, sendo que a cor morena foi a mais frequentemente empregada depois da branca (34,4% das respostas)” (PIZA; ROSEMBERG, 1998-99, p. 130), evidenciando o desejo de branqueamento da população.

Naquela PNAD uma larga maioria da população, portanto, autodeclarava-se morena (designativo negador da negritude) ou branca. Os últimos dados divulgados pelo IBGE em 2014 apontam que 51% da população se autodeclara negra, ou seja, preta ou parda, e uma pergunta surge: como se operou uma “mudança fisiológica” tão contundente na população brasileira em 30 anos? E a resposta é simples: não se operou tal mudança, por óbvio. Essa mudança no perfil populacional vem da maior participação da população negra nas decisões políticas e estéticas na governabilidade nacional, através da atuação da sociedade civil, propondo modificações legais e iniciativas públicas e privadas culturais de valorização da população negra.

Essa é uma realidade imanente à forma de pensar da população brasileira, fruto de um processo histórico de subalternização de grupos raciais não hegemônicos, que lhe impedem o desenvolvimento de uma noção identitária de grupo favorável quando se trata de cidadãos negros, o que responde a questão formulada em muitos debates sobre a ação letal da polícia no Brasil, quando se destaca que tal ação não constitui consequência do racismo, pelo fato de

que, assim como a maioria das vítimas, a maioria dos policiais também seria formada de negros.

Com efeito, para que se possa operar uma mudança radical numa sociedade, dados os efeitos históricos que o racismo legou à nação brasileira, parece fundamental a intervenção estatal nesse processo, e a forma por excelência com a qual o Estado intervém no espaço público é através de políticas públicas. As políticas públicas devem ser compreendidas como ferramentas temporais de correção de distorções contingentes e/ou históricas. A noção de política pública que desenvolveremos aqui não estará livre de críticas ou problemas de trato com a realidade histórica, dada a condição multirreferencial do tema.

Outrossim, deveremos considerar que o Estado, enquanto instância política de controle das ações dos indivíduos, desde o início das formulações teóricas, gozava de uma primazia diante dos cidadãos. Atualmente, verificamos o desenvolvimento de doutrinas que aperfeiçoam estas ideias, para dizer que mesmo o Estado terá no exercício da sua atuação a limitação das disposições dos direitos fundamentais – temos aqui a relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (SARMENTO, 2005, *passim*; BINENBOJM, 2005, *passim*).

Dito isto, observar o campo de deveres/obrigações do Estado, é, sobretudo, privilegiar uma espécie de supremacia dos direitos, e, em especial, dos direitos fundamentais, concernentes ao princípio da legalidade, mas não só uma mera legalidade, e, sim, uma legalidade que priorize uma visão holística acerca dos direitos, tendo como fundamento basilar o atendimento aos direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade.

O perfil proativo do Estado brasileiro vem amplamente descrito na nossa Constituição Federal, onde, não raro, encontramos uma série de dispositivos que obrigam o Estado a ações que operem mudanças principiológicas na sua atuação. Assim, v.g., o art. 3º estabelece como “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” a garantia do desenvolvimento nacional, bem como a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Assim, os verbos “garantir” e “promover” demandam uma ação proativa do Estado, que será realizada através de políticas públicas. Com isso, traçamos o quadro sobre o qual poderemos trazer um conceito especializado de política pública, qual seja:

Como sugerimos, a *policy making* [política pública] trata fundamentalmente de atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (*policy goals*) com meios políticos (*politic means*), num processo que pode ser caracterizado como “resolução aplicada de problemas”.

Identificar os problemas e aplicar (por mais imperfeitas que sejam) as soluções encontradas (soluções captadas na expressão *naming, blaming, framing and claiming*, ou seja, dar nomes, culpar, moldar e cobrar) (Felstiner *et al.*, 1980-1; Druckman, 2001; Steinberg, 1998) envolvem a articulação de objetivos políticos por meio de deliberações e discurso, além do uso de instrumentos políticos (policy tools), numa tentativa de atingir esses objetivos (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 5-6, grifo dos autores).

As políticas públicas, portanto, devem ser percebidas como elementos complexos que envolvem desde o fazer político do governo até a extrapolação – na composição dos atores proponentes –, dos limites da atuação do Estado, tendo a Constituição como parâmetro legal de controle. A visão técnica expressa acima nos impõe a compreensão da política pública como uma ferramenta sensível para as tarefas de governo. As políticas públicas podem partir de uma ação específica de governo, constituindo-se como uma política que tende a ter o envolvimento de um dado organismo, mas, também, de multiagências públicas, dado o envolvimento da máquina estatal, mas ela pode também ter o envolvimento de iniciativas privadas ou não governamentais. Assim, teremos a constituição de multiagências mistas na composição do grupo de elaboração, e mesmo, execução da política pública; exemplo de políticas públicas desta natureza são as políticas públicas intersetoriais.

A intersetorialidade cria espaços de comunicação e relação de instituições que atuam em diversos setores (político, técnico, administrativo etc.), em diferentes áreas (saúde, educação, meio ambiente, assistência social, planejamento etc.), e que podem pertencer a órgãos governamentais, não governamentais, empresas e órgãos internacionais. Políticas públicas intersetoriais agregam setores diversos e várias áreas, permitindo melhor utilização de conhecimentos e experiências acumuladas, colaborando para o alcance de metas comuns, sob uma coordenação que abarca todas as contribuições (HEILBORN; ARAÚJO; BARRETO, 2010, p. 14).

Qual então seria a forma de estabelecermos a composição agencial para elaboração e execução de uma política pública? Se apenas tínhamos a presença de agências públicas ou o agenciamento misto seria utilizado? A estas perguntas deveremos dizer não haver uma única resposta, nem uma única metodologia de análise, pois depende de uma série de fatores.

Diferentemente da Física ou da Química, não existe uma metodologia universalmente reconhecida para análise dos problemas políticos. Em vez disso, pode-se encontrar uma gama de habilidades e técnicas na caixa de ferramentas da análise política (por exemplo, Direito, Economia, métodos quantitativos, análise organizacional, orçamento etc.). Os analistas políticos aplicam uma combinação de ferramentas analíticas internas e externas ao governo para compreender os problemas da política (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 24-25).

Além da questão da técnica, outro elemento fundamental para a definição da política pública é a sociedade civil organizada, que serve, sobretudo, de manancial de ideias para a formulação, mas não só, pois também fiscalizam desde o processo de formulação, execução, controle e finalização da política, de regra, sendo chamada para se manifestar acerca dos resultados e forma de avaliação. Com efeito, a sociedade civil desempenha papel central na implementação das políticas públicas como se vê, expediente que é, por excelência, de fomento da democracia participativa.

É da sociedade civil que emergem as demandas para que os governos efetivem com medidas concretas, os postulados muitas vezes genéricos afirmados pelos Estados Democráticos de Direito. Cabe destacar a atuação dos/as pesquisadores/as, sujeitos que têm contribuído para a qualificação das políticas públicas. São economistas, matemáticos/as, analistas de sistemas, engenheiros/as, sociólogos/as, antropólogos/as, psicólogos/as, profissionais da área da saúde, pedagogos/as, educadores/as e de outras áreas que ao pesquisar as políticas públicas conferem-lhe um caráter interdisciplinar (HEILBORN; ARAÚJO; BARRETO, 2010, p. 19).

Todavia, as evidências trazidas pelos dados são alarmantes e falam por si mesmas, mas não teremos os dados com função meramente expositiva, queremos demonstrar que a análise de dados estatísticos pode constituir importante motor para a elaboração de políticas públicas na área da segurança pública no nosso país. Outro não foi o objetivo da pesquisa de Zaluar e Monteiro (2014), que produziram uma análise nesta área, baseada na comparação dos dados dos censos brasileiros de 2000 e 2010, e trouxeram importantes contribuições. O foco desta pesquisa foi “construir, analisar e desenvolver indicadores baseados em função de mortalidade e sobrevivência de modo a analisar as mudanças nos riscos de morrer jovem (entre 15 e 30 anos) na última década” (ZALUAR; MONTEIRO, 2014, p. 201), objetivando elaborar dados que auxiliem na formulação de políticas públicas, especialmente, considerando fatos atinentes àquelas frações da população tidas como vulneráveis, e utilizam uma conceituação internacional para esta categoria:

Populações vulneráveis são constituídas por pessoas menos capazes do que outras de garantir suas próprias necessidades e interesses, devido à situação econômica, local de residência, condição de saúde, idade, nível educacional ou outra característica pessoal como raça, etnia ou sexo. A primeira etapa para desenvolver programas de apoio a estes grupos é aumentar a compreensão da magnitude e dimensões do problema, incluindo um reconhecimento maior das causas que determinam suas condições sociais e de saúde, e outras consequências de pertencer a um destes grupos, e um entendimento maior de como as políticas públicas podem afetá-los (COHEN, 2001 *apud* ZALUAR; MONTEIRO, 2014, p. 201).

E após afirmarmos o genocídio da população negra no Brasil como uma verdadeira política de Estado, articulado no âmbito do modelo político-criminal adotado pela Nação brasileira, a ideia de “direito a ter direitos”, que trouxemos no título desta seção quer justamente apontar para a noção de que a vida é um dado inegociável e axiomático da própria existência humana e de toda proposta verdadeiramente cidadã. Assim, o que nos resta é propor estratégias que articulem as condições de possibilidade de superação dos rumos até aqui tomados pelo país. Um primeiro passo epistemológico, acreditamos já termos dado: a assunção da noção de que o modelo político-criminal adotado por qualquer país nada mais é do que uma fração da política em geral conduzida por determinado governo. Com efeito, no contexto da biopolítica neoliberal, o criminólogo americano David Garland nos alerta:

As estratégias de controle do crime e as ideias criminológicas não são adotadas por sua capacidade de resolver problemas. [...] Essas estratégias são adotadas, e logram êxito, porque caracterizam problemas e identificam soluções de maneira compatível com a cultura dominante e com a estrutura de poder sob a qual ela reside (GARLAND, 2008, p. 77).

Considerando os objetivos desta elaboração, resta-nos dizer que políticas públicas afirmativas (*affirmative actions*) nada mais são do que políticas públicas focalizadas objetivando a superação dos problemas que atingem os grupos vulneráveis de determinadas regiões. As chamadas ações afirmativas constituem um verdadeiro manancial de alternativas à alteração da realidade social brasileira, e já temos esta experiência na área da educação, reconhecida pela nossa Suprema Corte (ADPF 186). Cabe-nos agora ampliar o alcance da sua incidência para a formulação de uma política integral de defesa de direitos.

4.2.3 Por uma política integral de defesa dos direitos na esfera dos conflitos sociais

A imagem do tempo presente é complexa e, ao mesmo tempo, fluida, quanto à imagem que temos da presença do direito na sociedade. O caráter absoluto da normalização nos transfere a lugares de imanência civilizacional, da mesma forma que nos mantém longe de aspectos mais axiomáticos como a vida. A certeza perdeu toda a sua vontade de imponência, e os modelos existentes deixaram de apontar para o infinito. Tudo parece acabar como um longa-metragem.

Esta realidade fluida criada pelo tempo presente no contexto de uma biopolítica neoliberal garante o amanhã, ao mesmo tempo em que nos retira expectativas de felicidade e prosperidade, e, por vezes, nos faz sentir, exatamente, o contrário. Vivemos um período de

caos, que longe da leitura nietzschiana, não parece embrionário do surgimento de gênios. A continuidade deixou de ser a imagem do horizonte.

Esta seção se abre requerendo alguns recomeços. A sociedade contemporânea é ao mesmo tempo uma consequência da história do Ocidente e uma contradição a esta mesma história. É uma consequência na medida em que opera regularidades históricas como consequência de acontecimentos do passado; é uma contradição, na medida em que se constitui como negativa a verdades indissolúveis do passado, que já não existem mais. O direito penal se encontra nas franjas do indizível da contemporaneidade.

O sistema penal privado da Alta Idade Média ruiu ao mesmo tempo pela ganância da acumulação e pelo desejo de acumulação, a primeira de recursos, a segunda de poder. O sistema penal nascido dessa contradição viu-se titular da tarefa de ordenar uma sociedade que se encontrava por fazer, e tateou na escuridão do medievo estabelecendo uma trilha de sangue e medo. O sistema disciplinar que surgiu com a Iluminação desse período prometia autonomia, humanidade e beleza, e entregou calamidade, dominação e um período confuso.

Em meio a isto tudo, a razão tenta organizar a fé e nos entrega a ciência. Um manancial de ideias que sustentam o desejo de reordenar a sociedade e conduzi-la ao progresso, vê-se limitado por interesses pouco nobres e muito nobres ao mesmo tempo. Pouco nobres, pois não intentavam a emancipação; muito nobres, porque as suas ações eram comandadas por quem sempre as comandou. Consolida-se uma nova forma de socialidade e um novo *ethos*: aquilo que se convencionou chamar de burguesia; e o capitalismo.

Inaugura-se o século onde a maioria de nós nasceu, um século de *extremos* tenta desde o início mudanças radicais, que levaram o humano ao inumano, a duvidosa civilização à verdadeira barbárie, e o resultado foi a tentativa de uma nova civilização, comum, mundial, polimorfa, polissêmica. Da tentativa, herdamos um arremedo mais uma vez influenciado por uma lógica fantasmática que desde o século XVIII explica tudo; o grande monstro ocidental ganha uma nova feição, supostamente ainda mais inumana, o capitalismo agora é capitalismo neoliberal. E o liberalismo que havia nos assustado agora não passa de uma doce lembrança de quando nos parecia permitido pensar, discordar, lutar, mas é que sempre (nesse período), pareceu-nos haver com quem lutar.

Essa parece ser uma das imagens do modelo de governamentalidade neoliberal da sociedade de controle. Um governo imperial que muda de traje, e muda de mãos, diz-se hoje nas mãos dos americanos, e que amanhã estará em poder de quem se comunica numa língua pouco conhecida no Ocidente, e que cresce em popularidade a cada dia, seriam sinais estarmos percebendo símbolos em mandarim em rótulos de produtos? Talvez sim.

As elementares políticas acima descritas interagem com o direito penal para afirmar que o caminho não é linear, que o ponto a que chegamos não é uma consequência necessária da história e que mudanças e operações não somente podem como devem ser refletidas por todas as pessoas, no propósito de trazer soluções contemporâneas a contingências de mesma natureza. E para esta tarefa retornaremos a um diálogo entre Michel Foucault e Alessandro Baratta acerca do futuro do direito e da política criminal.

Os estudos de Márcio Alves da Fonseca (2012) acerca da relação entre o pensamento de Michel Foucault e o fenômeno do direito marcam um capítulo importante da relação do autor francês com o Brasil. Na construção de uma obra que tenta captar os momentos de pensamento foucaultiano onde o direito se apresenta em diversas nuances, Fonseca identifica, ao menos, três *imagens* do direito que se definem em função de dois *planos* de análise. A primeira imagem do direito se define no plano teórico, e deveremos considerá-la uma *primeira oposição* entre norma e direito, onde estão em jogo as categorias explicativas da normalização, que evidenciam o direito como legalidade. Neste momento opor normalização e direito é refletir a diferença entre o modelo explicativo do poder soberano e o modelo da normalização. Uma segunda imagem, essa agora concebida no plano das práticas, será elaborada como uma imagem de implicação (logo, de não contradição) entre norma e direito, aqui se trata do direito enredado pela norma e os seus mecanismos de construção, aqui, direito e norma não se excluem, pelo contrário, o direito se apresenta como veículo da normalização, essa imagem será chamada de “direito normalizado-normalizador”. E uma terceira e última imagem, também estabelecida a partir do plano das práticas, se revelará como uma *segunda oposição* entre norma e direito, onde se vislumbra uma oposição não conceitual, mas pós-normativa do direito. “Estamos aqui diante da possibilidade de pensar o direito como uma forma de resistência aos mecanismos de normalização”, algo que o autor brasileiro designará como “direito novo” (FONSECA, 2012, p. 32-33).

E a par das implicações trazidas pelas duas primeiras *imagens* do direito, observadas no pensamento de Foucault por Fonseca, o que nos interessa é a perspectiva da resistência, é a concepção do novo. Com efeito, outra não poderia ser a postura de um intelectual que propôs uma sociedade “pós-poder”, quando desejou uma sociedade que pudesse contar com um “direito novo”, um “direito antidisciplinar” que nos conduziria a experiências que objetivam a resolução de conflitividades longe do princípio da soberania. E aqui nos deparamos com uma perspectiva que “procura interrogar sobre a possibilidade de práticas ligadas ao direito que possam constituir-se como formas de resistência ao poder normalizador” (FONSECA, 2012, p. 238).

A ideia de um “direito novo” nos escritos de Foucault aparece, especialmente, na aula de 14 de janeiro de 1976, que ministrava no *Collège de France*, num curso que nesse ano recebeu o nome de “Em defesa da sociedade”. Essa noção se dá no domínio das práticas, mas, também, no domínio teórico onde estará livre dos mecanismos de normalização e do princípio da soberania, pressupostos necessários para a formulação dessa nova forma de experienciar o direito para Foucault.

A noção de direito para Foucault sempre esteve ligada à ideia da reprodução do poder. Para ele, “nas sociedades ocidentais desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez em torno do poder régio” (FONSECA, 2012, p. 238). Neste sentido é que o “princípio da soberania” se faz como elemento necessário à produção da legitimidade do poder jurídico, legitimidade teórica e prática ao exercício do direito.

Para o autor, afirmar que o problema da soberania foi o problema central do direito nas sociedades ocidentais significa reconhecer que o discurso e a técnica do direito tiveram por função maior “dissolver, no interior do poder, o fato da dominação, para fazer que aparecessem no lugar dessa dominação, que se queria reduzir ou mascarar, duas coisas: de um lado, os direitos legítimos da soberania, do outro, a obrigação legal da obediência”. Daí uma análise sobre o poder que assume o modelo jurídico-discursivo da soberania deixar de considerar a dominação como um fato, em detrimento daquilo que faz aparecer em seu lugar: os direitos legítimos da soberania e a obrigação legal da obediência (FONSECA, 2012, p. 239).

A forma como se pode depreender esta nova experiência jurídica decorre das condições que a analítica do poder da teoria foucaultiana se dá, fazendo a dominação *valer como um fato*, tendo o direito apenas como mais uma forma de dominação. Desta forma se consegue estabelecer uma espécie de “mesa de trabalho” onde cada ferramenta ocupa um lugar e tem o seu papel, e pode ser percebida nas suas múltiplas funções; o direito então será pensado a partir das implicações estabelecidas com os processos de dominação e com as diversas formas de sujeição: o direito como instrumento, como meio, como possibilidade nas relações sociais.

Com efeito, a partir da compreensão que a soberania e o poder normalizador do Estado estabelecem os mecanismos disciplinares, depreende-se que não será desta fonte histórica de realização do direito que poderemos contrapor essas mesmas bases. Para que possamos pensar estratégias de contraposição e substituição da forma de atuação do direito em nossas sociedades deveremos pensar uma nova forma de estabelecer o direito. Por óbvio, que a busca por estas bases deverão contar com a referência a certos usos e práticas, bem como saberes que pertencem ao domínio da história do pensamento jurídico.

Um traço da metodologia de análise que leve ao encontro deste “direito novo” no pensamento de Michel Foucault é a abordagem da realidade do campo jurídico de maneira reativa, ou negativa, objetivando um confronto com a forma elementar de elaboração do direito como o conhecemos, ou seja, confrontando os aspectos da teoria e da prática do direito que radiquem no “princípio da soberania” e/ou nas práticas de normalização. Com efeito, essa prática metodológica encontrará em Fonseca o atributo de uma postura de “desconfiança” a “todas as ‘formas’ do direito como as conhecemos – a forma da lei e da produção legislativa, a forma das instâncias de julgamento e de aplicação das regras do direito, a forma da organização e da reprodução do saber jurídico” (FONSECA, 2012, p. 243-244).

Essa metodologia que se aproxima de uma espécie de “filosofia da suspeita” em Foucault, não radica as suas bases exclusivamente no direito, essa foi a forma tradicional de trabalho do pensador francês. Desta forma, ele atuou em face à loucura, à clínica, às “instituições de sequestro” (prisões, manicômios e hospitais), e todos aqueles mecanismos que agem sobre o corpo do indivíduo. Aquilo que aproxima todas estas instituições é justamente a natureza normalizadora, estruturas próprias para a construção de sujeições (ciência, instituições e aparelhos estatais) (FONSECA, 2012, p. 244-245).

E Foucault não se limita à observação crítica formal, ele passa a produzir uma linha de reflexão acerca da natureza desta imagem do direito, como um “direito novo”. A partir da perspectiva da desconfiança ligada a aspectos objetivos, conseguimos destacar alguns elementos retirados da sua crítica ao aparelho judiciário: 1. Quanto à forma, temos uma recusa na medida em que o aparelho judiciário reduz a justiça, a domina e sufoca, diante do procedimento com que a reorganiza no interior dos mecanismos de Estado; 2. Quanto à coerção, a atuação tradicional da justiça se alicerça no uso da força, tendo no início do processo de apropriação do poder de julgar por parte do Estado sido constituída por uma série de atos confiscatórios; 3. Quanto à centralização do poder (a burocratização), apresentando-se como poder público o aparelho judiciário é, sobretudo, estatal e interessado; 4. Quanto à imparcialidade do julgador, a suposta imparcialidade se alicerça na ideia de neutralidade, ideia ademais irrealizável pela natureza mesma dos sujeitos; 5. Quanto à ideia abstrata de justiça, radicada no discurso da lei e do seu suposto valor absoluto (FOUCAULT, 2012a, p. 87-128).

Estas ideias foram expressas por Foucault numa discussão havida entre ele e militantes maoistas na França, por ocasião da instalação de um “tribunal popular” para julgar a polícia, documento que recebera o título *Sobre a justiça popular*. Assim, diante de um debate ingente acerca da inviabilidade do aparelho judiciário, eis que é feita a pergunta a Michel Foucault

sobre como normalizar, no sentido de regular, uma forma alternativa de tratar o direito que se expresse a partir dessas críticas, ao que Foucault responde: “Respondo com um gracejo: deve-se inventá-la” (FOUCAULT, 2012a, p. 118). E a perspectiva renovadora é a própria perspectiva criadora do novo direito, que surge no campo específico de enfrentamento do problema da legitimidade do poder e do dever legal de obediência, inscritos na própria dinâmica histórica da normalização.

No campo dos direitos humanos podemos encontrar algumas experiências já consolidadas em torno da participação popular através da elaboração de políticas públicas. Isso não é sequer uma novidade no Brasil, mas a literatura tem registrado esse fato com mais frequência em democracias mais duradouras.

[Propõe-se que se trabalhe igualmente] do trabalho de elaboração e de ampliação dos quadros normativos dos direitos (os textos), entre outros, a fim de tornar visíveis os fatores que até hoje limitaram o acesso aos direitos coletivos ou tornaram difíceis as imbricações harmoniosas entre direitos e culturas. Tratar-se-ia aqui de desenvolver uma abordagem crítica dos direitos humanos, sensível ao seu caráter perfectível, e de ensejar um trabalho cooperativo entre instâncias de governança, populações, sociedade civil, especialistas, governantes, e de criar os métodos apropriados capazes de refletir da melhor maneira o que se desenha como um dos ícones privilegiados da globalização. [...] Em suma, trata-se de desembarcar do formalismo dos textos e de suas aplicações legalistas e de entrar na essência dos discursos e das práticas multissituados e que têm curso nas diversas sociedades (SAILLANT, 2009, p. 198-199).

Essa é a descrição de uma sugestão de trabalho que anima o pensamento e as reflexões de Alessandro Baratta para a proposição da política integral de defesa de direito em lugar da própria política criminal. Baratta salienta que se a criminologia crítica se encontra em crise, a situação da política criminal tende a se agravar, tendo que dar respostas para a resolução dos seguintes fenômenos: 1. Às situações problemáticas de violação de direitos fundamentais perpetradas pelos indivíduos; 2. Aos processos de criminalização; e 3. Às consequências individuais e sociais das violações dos direitos, bem como dos processos de criminalização (BARATTA, 2004b, p. 184). Esse é o contexto para o qual o criminólogo italiano não vê as ferramentas típicas do sistema penal preparadas para dar solução, considerando a sua tradição histórica. E salienta que diante do ilimitado campo de atuação da política criminal, bem como do seu caráter heterogêneo, que vai desde a proposição de novas definições legais à modificação das existentes, resta a análise deste campo para a operação das mudanças que poderão alcançar êxito no propósito de constituição de uma política que promova uma alteração real no processo de desgaste em torno das elaborações político-criminais.

A proposição de Baratta é relativamente simples. A ideia da percepção do campo ampliado acerca das proposições políticas para resolução de conflito se apresenta vastamente quando abrimos mão do discurso punitivo, afirmando que “*el espacio que se abre a la imaginación política es extremadamente vasto cuando salimos de las penas alternativas a la cárcel y entramos en la alternativa a la pena, en el universo de la prevención no penal*”²⁵ (BARATTA, 2004b, p. 185). Considerando, ainda, a prática da interdisciplinaridade externa como uma metodologia de êxito, que não se afasta ideologicamente da proposição foucaultiana provinda da “filosofia da suspeita”, ou mesmo, daquilo que já vem se realizando em face das demandas de direitos humanos, e que, ademais, é a forma clássica de atuação no âmbito da proposição de políticas públicas, especialmente, as de caráter afirmativo.

Baratta é taxativo acerca do garantismo defendido por ele, e afirma que a questão não reside exclusivamente no desenho de um direito penal da constituição, mas se amplia em larga medida em direção à redefinição das políticas públicas, que devem refletir nos exatos termos o projeto constitucional, constituindo assim aquilo que denominou de uma “política de exercício efetivo e de proteção integral dos direitos fundamentais” (BARATTA, 2004b, p. 186-187). Com efeito, Baratta aceita a hipótese que diante de uma alteração dessa natureza, estaríamos preparando o Estado para assumir uma posição de independência face ao direito penal, até mesmo a consecução de um direito penal mínimo e restrito a absolutas situações necessárias.

A segurança pública só existe quando ela decorre de um conjunto de projetos públicos e coletivos capazes de gerar serviços, ações e atividades no sentido de romper com a geografia das desigualdades no território usado. Sem isso, não há segurança, mas controle truculento dos pobres e resistentes da cidade (BATISTA, 2015, p. 93-94).

Definitivamente, acreditamos que o tempo do direito penal chegou ao fim, bem como da criminologia e da política criminal, arsenal que poderemos aposentar e lançar mão de estratégias de análise de resolução de conflitos que promovam emancipação. De outro modo, pensamos ser demasiado frágil qualquer proposição que aponte modificações a este sistema. Precisamos aceitar o fato de que o sistema penal como o conhecemos é uma invenção recente, e que não devemos ter medo de abrir mão dele em prol de estratégias alternativas.

²⁵ “o espaço que se abre à imaginação política é extremamente vasto quando saímos das penas alternativas ao cárcere e entramos na alternativa à pena, no universo da prevenção não penal” (Tradução livre).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nosso título usamos a figura hobbesiana do Leviatã que representa o grande monstro mítico fenício da destruição, retratado na Bíblia cristã. O contratualista inglês pretendia refletir acerca dos limites de um governo fragmentado e sem forças, e em oposição propôs um governo absoluto que teria o condão de suplantar “a guerra de todos contra todos”, típica do chamado estado de natureza dos homens. Com efeito, partindo dessa proposta, e seguindo orientação foucaultiana, podemos afirmar que Hobbes não fala de uma teoria do Estado, portanto, mas sim, e, sobretudo, de uma teoria do direito, de um direito que realiza um Estado ideal; de um direito e de um Estado que se põem acima das confusões e das disputas; um Estado absoluto que busca uma verdade única e sem contradições; um Estado de direito. Para Foucault, tal Estado não existe. Em Foucault, o Estado é o local onde se estabelecem as disputas, onde a verdade será apenas contingente na medida em que auxilie a vitória de um dos lados em contenda. O Estado, portanto, tende a ser não um árbitro, mas uma geografia da guerra.

As nossas elaborações aqui têm o condão de trazer sucintamente, seguindo a linha de análise proposta por Michel Foucault, uma visão sobre a utilização política do direito penal. Tal forma de utilização política já serviu de elemento justificador do próprio direito penal, no período inicial das suas elaborações científicas. Essa estratégia serviu para reforçar o papel de instrumento adequado para a realização de projetos de poder, essa é a constatação político-criminal que buscamos nestas linhas.

Ao longo do processo do seu desenvolvimento, o sistema penal contou com uma série interminável de elementos simbólicos de legitimação, a ponto de no presente alimentarmos a sensação de que este foi um expediente do qual a história nunca esqueceu. Essa força de atração pelo direito penal, que as sociedades contemporâneas alimentam, radica no fato de ser a arma mais potente que a história das instituições já construiu.

O resultado após dois séculos de utilização do direito penal é a soma interminável de vítimas do sistema sem que para isso sequer nos dermos conta. Nenhuma guerra, nenhum conflito, matou mais do que o direito penal. As circunstâncias que levam um indivíduo ao cárcere são múltiplas e ocorrem de variadas formas, a arrogância do direito imagina poder abarcar todas as situações. Podemos lembrar autores como Zaffaroni ou Muñoz Conde, que dedicam parte de suas obras a estabelecer inexistência de qualquer coerência acerca da natureza dos comportamentos elencados num código penal. Os limites teóricos do direito

penal lembrados por esses autores cumprem um papel no processo de legitimação do sistema, e isso a dogmática não estuda.

Escrevendo estas linhas nos deparamos com uma dúvida deveras inusitada: qual a relação existente entre prisão e dogmática penal? Por vezes podemos recordar que a sugestão voluntarista de uma visita a um estabelecimento prisional é o máximo que ouvimos sobre encarceramento no período da graduação, nas faculdades de direito – especialmente, considerando que a disciplina execução penal é por demais negligenciada –, quando muito, temos a recomendação de assistir a uma ou outra audiência criminal. E aqui, temos certamente mais uma nuance da causa do grande abismo que se pode perceber entre teoria e prática do direito penal, pois certamente a prática do direito penal não pode se limitar à aplicação da dogmática penal, olvidando os efeitos práticos dessa aplicação na vida concreta das pessoas que figuram num processo criminal, e é exatamente desta forma que se dá a realidade da apreensão dos conhecimentos acerca do sistema penal nas academias brasileiras.

Com efeito, e seguindo a linha de raciocínio expressa acima, podemos pensar na relação entre a expansão do encarceramento e a dogmática penal. Certamente, o acadêmico menos preparado terá dificuldade de localizar qualquer ponto de contato nessas temáticas, e ao revelarmos que do ponto de vista político-criminal, o aumento do encarceramento está ligado ao processo de criminalização primária (formulação de leis penais), institutos normativos que são a matéria-prima dos trabalhos da dogmática nesta área, que muitas vezes validam certas expansões legislativas sem uma maior acuidade, e que como consequência pode estar propiciando o aumento das chances políticas da implementação de privatização das penitenciárias, uma vez, como decorrência da inflação legislativa, termos o aumento da demanda por vagas prisionais.

Um dado histórico-político. Não devemos deixar de lembrar que, como relatamos acima, o direito penal já existiu sob uma lógica de funcionamento privado, e não deve nos surpreender o fato de que, inserto num contexto de subordinação máximo, atrelado à realidade do crime, uma instituição carcerária privada, no passado, acarretou toda sorte de ilegalidades e atrocidades, não somente ligadas à execução das penas, mas, sobretudo, no propósito de aumento ilegal dos lucros dos privatistas responsáveis.

Outrossim, se a partir destas reflexões ampliarmos para questões que alcançam considerações conexas como a relação entre processo de criminalização, índice de mortandade cuja autoria pode ser atribuída a agentes estatais e a prática da dogmática penal, neste caso, corremos o risco de nos ser indicada outra disciplina para a realização de tal análise. Com efeito, o estreitamento das elaborações epistemológicas acerca da realidade do

sistema penal brasileiro pode e deve ser considerado como uma das causas do “estado de coisas” da situação político-criminal na qual nos encontramos.

Um dado epistemológico das pesquisas apresentadas neste estudo. Ainda que, contando com a participação de autores provindos da nossa realidade nacional e outros, radicados em países vizinhos, não nos deixa escapar o fato de que ainda utilizamos instrumental estrangeiro para análises nacionais. Essa constatação trata-se de uma crítica interna e que nos lança o desafio de realizarmos produções que possam contribuir de maneira original acerca da realidade que nos circunda. O que aplaca a nossa angústia nesta questão é ainda propostas que não são nossas, refiro-me à ideia de ciência como elemento universalizante, à perspectiva filosófica kantiana, que fala de um homem transcendental, e, atualmente, as ideias globalizantes sobre o encurtamento dos espaços, a existência de uma “aldeia global”. Num dado momento, e olhando em volta das circunstâncias institucionais de controle que se impõe, podemos afirmar que este limite epistemológico não é circunstancial, e, sim, uma estratégia de controle.

E em busca da superação de limites institucionais, epistemológicos ou legais, o que estabelecemos aqui foi a necessidade de aproximação de uma lógica que teima em manter apartados os sujeitos para quem supostamente servem. O Estado precisa se apoiar nos indivíduos para superar um estágio de desumanidade que atualmente o constitui. Essa relação entre Estado e população não pode mais ser mediada por um ente não humano. O que se percebe é que quanto mais se ampliam as características globalizantes do Estado neoliberal, mais se afasta as pessoas dos espaços de decisão sobre suas próprias vidas. E o resultado não poder ser diverso daquele que nos deparamos no presente. As mortes não possuem mais qualquer sentido de acaso, elas estão inscritas nas estatísticas que as antecipam, os movimentos sociais afirmam números de óbitos para os fins de semana que virão, essa é a realidade social com que lidamos.

E como espécie de lógica de funcionamento interno, as justificativas que aparecem são das mais diversas e sem sentido, inclusive contra o próprio sistema: guerra às drogas; autos de resistência; redução da maioria penal; desaparecimentos forçados, e as vítimas destes fatos teimam em ter uma fisionomia semelhante: serem vizinhos, terem quase a mesma idade, suas mães possuírem históricos de vida que se confundem. Todos estes males cuja solução deveria se encontrar no contexto das sociedades, afinal de contas somos “animais gregários”. E enquanto uma maioria inumerável sofre em cadeia com estes fatos, uma minoria cômoda simplesmente finge não ver, e essas minorias estão morando em bairros diversos aos resididos por aquelas outras majorias, nas universidades, nas escolas particulares, vivendo numa

sociedade que embora absolutamente conectada não permite contatos. A morte no Brasil tem os seus prediletos, e a forma de ocorrência dessas mortes está sendo produzida dia a dia nos gabinetes, nas repartições públicas e nas instituições públicas. Parece ter chegado a hora de começar a construir outra história.

Afinal, quem mais está preocupado em recuperar a história, lutar por outras formas de justiça e, sobretudo, reparação e colocar freios efetivos à marcha fúnebre que não cessa de empilhar corpos de nosso povo durante essa *democracia das chacinas*? Nós nos propomos a isso, gritando, quebrando algemas, queimando emblemas, saindo às ruas e bolando táticas e estratégias junto aos demais coletivos autônomos e nosso povo. Encarar o monstro, pela *nossa autodefesa e ação direta*:

Volta redonda (1988); 42^a DP (1989); Acari (1990); Matupá (1991); Carandiru (1992); Candelária e Vigário Geral (1993); Alto da Bondade (1994); Corumbiara e Nova Brasília (1995); Eldorado dos Carajás (1996); morro do Turano, São Gonçalo e favela Naval (1997); Alhandra e Maracanã (1998); Cavalaria e Vila Prudente (1999); Jacareí (2000); Caraguatatuba (2001); Castelinho, Jardim Presidente Dutra e Urso Branco (2002); Amarelinho, Via Show e Borel (2003); Unaí, Caju, praça da Sé e Felisburgo (2004); Baixada Fluminense (2005); Crimes de Maio (2006); Complexo do Alemão e Bauru (2007); morro da Providência (2008); Canabrava (2009); Vitória da Conquista e crimes de abril da Baixada Santista (2010); Praia Grande (2011); Pinheirinho, Saramandaia, Aldeia Teles Pires, crimes de junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro, dezembro (2012); Jardim Rosana, Revolta da Catraca, Vila Funerária, Maré, Itacaré, Onde está Amarildo? Por que o senhor atirou em mim? MC Daleste, Quem matou Ricardo? (2013); Pedrinhas, Campinas, Sapopemba, morro do Juramento, Somos todas Cláudias, DG Bonde da Madrugada, Parque Belém, Sorocaba, morro Da Quitanda, favela Novo México, memória de Lua Barbosa, Belém, #QuemMatouBrunoRocha? Cadê Davi Fiúza? Mogi das Cruzes, execução no Jardim Ibirapuera (Thiago Vieira da Silva), caso Ruzivel Alencar (2014); Betim, execução do pequeno Patrick, Limoeiro, Cabula, Maré, Jardim São Luís, execução do pequeno Eduardo, Parelheiros, Pavilhão 9, São Carlos (2015). Qual será o próximo? (SILVA; DARA, 2015, p. 88-89) (Movimento Independente Mães de Maio).

E o que mais nos angustia é sabermos, mais do que isso, termos a certeza, de que haverá o próximo.

Com estas linhas esperamos ter contribuído para o enfrentamento desta realidade, que não cessa de recrudescer, pois sabemos, como nunca, que agora *estamos por nossa própria conta*.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

ALVAREZ, Marcos César. Controle social: notas em torno de uma noção polêmica. **São Paulo em perspectiva**, n. 18, ano 1, p. 168-176, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista CCJ/UFSC**, n. 30, p. 24-36, jun. 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. **Onda negra, medo branco**: o negro no imaginário das elites século XIX. São Paulo: Annablume, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

_____. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. ¿Tiene futuro la criminología crítica? reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales e la interdisciplinariedad externa. In: _____. **Criminología y sistema penal**. (Compilación in memoriam). Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., Julio César Faira – Editor, 2004a. p. 139-151.

_____. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: _____. **Criminología y sistema penal**. (Compilación in memoriam). Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., Julio César Faira – Editor, 2004b. p. 168-198.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. A arquitetura do medo. Instituto Carioca de Criminologia. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: Editora Revan, ano 7, n. 12, p. 99-106, 2. sem. 2002.

_____. Criminologia e política criminal. In: **Passagens**. Revista internacional de história política e cultura jurídica, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, jul./dez. 2009. p. 20-39.

_____. Estado de polícia. In: KUCINSKI, Bernardo et al. **Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 91-96.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branquitude – O lado oculto do discurso sobre o negro. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). **Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 147-162.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse público versus interesse privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Não paginado. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/nbaieopec.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186**. Direito administrativo e outras matérias de direito público, controle de constitucionalidade, garantias constitucionais, ADPF sobre cotas raciais na UnB. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 jul. 2015.

CHÂTELET, François; DURAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zaah Editor, 2000.

CRI. Articulação para o Combate ao Racismo Institucional. **Identificação e abordagem do racismo institucional**. Brasília: CRI, [2007?].

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Barueri, SP: Manole, 2004.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: _____. **Conversações: 1972-1990**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 219-226.

DIAS, Jorge Figueiredo de. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos. **Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas**, v. 1, n. 1. Goiás: Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos/UFG, 2011. Disponível em: <<http://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDY ROCK. Mágico de Oz. In: BROWN; ICE BLUE; EDY ROCK; KL JAY. **Sobrevivendo no Inferno**. [S.I.]. Sony Music Entertainment (Brasil) Ind. e Com. Ltda. 1997. 1 CD. Faixa 10.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2004.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. A Governamentalidade. In: _____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2012a. p. 407-431.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. Foucault estuda a razão de Estado. In: _____. **Estratégia, poder-saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 317-322.

_____. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

_____. Sobre a justiça popular. In: _____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2012b. p. 87-128.

_____. Sobre a história da sexualidade. In: _____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2012c. p. 363-406.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2002b.

FREIXO, Marcelo. Prólogo: polícia e direitos humanos. In: KUCINSKI, Bernardo et al. **Bala perdida**: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 11.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

_____. **Sobre a constituição da Europa: um ensaio**. São Paulo: UNESP, 2012.

HEILBORN, Maria Luiza; ARAÚJO, Leila; BARRETO, Andréia. **Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça | GPP – GeR: Módulo I**. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília; Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e sistemas, uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói-RJ: Luam Editora Ltda., 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAPA dos homicídios ocultos no Brasil, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1848.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, n. 101, Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, out. 2011/ jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj036897.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

MIR PUIG, Santiago. Globalización, estado constitucional y derecho penal. In: _____. **Estado, pena y delito**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., Julio César Faira Editor, 2006a. p. 1-12.

_____. Dogmática creadora y política criminal. In: _____. **Estado, pena y delito**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F Ltda.; Julio César Faira Editor, 2006b. p. 13-34.

_____. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Iustel Portal Derecho, S.A., 2011.

MOORE, Carlos. **Racismo & sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo**. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007.

MUNANGA, Kabenguele. Prefácio. In: D'ADESKY, Jacques. **Pluralismo étnico e multiculturalismo**. Racismos e anti-racismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

PIZA, Edith; ROSEMBERG, Fúlvia. A cor nos censos brasileiros. **Revista USP**, São Paulo, n. 40, p. 122-137, dez./fev. 1998-99.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**: fundamentos. São Paulo: Atlas, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RELATÓRIO de Desenvolvimento Humano: racismo, pobreza e violência, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/brazil_2005_po.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

RÖD, Wolfgang. **O caminho da filosofia**: dos primórdios até o século XX: volume 2: do século XVII ao século XX. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SAILLANT, Francine. Direitos, cidadania e reparações pelos erros do passado escravista: perspectivas do movimento negro no Brasil. In: PAULA, Marilene de; HERINGER, Rosana (Org.). **Caminhos convergentes**: Estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, ActonAid, 2009. p. 197-226.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. **A invenção do “ser negro”**: um percurso das idéias que naturalizaram a inferioridade dos negros. São Paulo: Educ/ Fapesp; Rio de Janeiro: Pallas, 2002.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional. In: _____. (Org.). **Interesse público versus interesse privado**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: _____, **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1991. p. 31-80.

SILVA, Débora Maria da; DARA, Danilo. Mães e familiares de vítimas do Estado: a luta autônoma de quem sente na pele a violência policial. In: KUCINSKI, Bernardo et al. **Bala perdida**: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 91-96.

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

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Paradoxos da modernidade vigiada: Michel Foucault e as reflexões sobre a sociedade de controle. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard (Org.). **O legado de Foucault**. São Paulo: Editora da UNESP, 2006. p. 241-259.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TAYLOR, Charles. Política do reconhecimento. In: _____ et al. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, [1994?]. p. 45-94.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

_____. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Um replanteo epistemológico em criminología: a propósito del libro de Wayne Morrison. **Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología**, Iuspenalismo Editor, Matías Bailone, 2007. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/replanteo_epistemologico.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ZALUAR, Alba; MONTEIRO, Mario Francisco Giani. Usando dados dos censos demográficos no Brasil para avaliar políticas de prevenção da violência. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). **Tensões contemporâneas da repressão criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 199-223.