

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNO CORTEZ TORRES CASTELO BRANCO

**DOGMÁTICA PENAL DO PERIGO E O PERIGO DA DOGMÁTICA PENAL:
DOIS MIRANTES SOBRE O EXCESSO DE PUNIÇÃO NOS CRIMES
PATRIMONIAIS**

CURITIBA

2015

BRUNO CORTEZ TORRES CASTELO BRANCO

**DOGMÁTICA PENAL DO PERIGO E O PERIGO DA DOGMÁTICA PENAL:
DOIS MIRANTES SOBRE O EXCESSO DE PUNIÇÃO NOS CRIMES
PATRIMONIAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Katie Silene Cáceres Arguello

CURITIBA
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

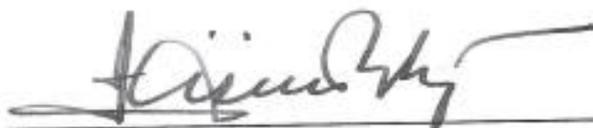
BRUNO CORTEZ TORRES CASTELO BRANCO

DOGMÁTICA PENAL DO PERIGO E O PERIGO DA DOGMÁTICA PENAL:
DOIS MIRANTES SOBRE O EXCESSO DE PUNIÇÃO NOS CRIMES
PATRIMONIAIS

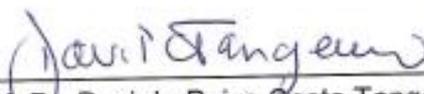
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Profa. Dra. Katie Silene Cáceres Arguello
Orientadora - Setor de Ciências Jurídicas da UFPR



Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR



Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino
Faculdade de Direito da UERJ

Curitiba, 14 de maio de 2015.

Aos meus pais,
Humberto e Perpétua.

AGRADECIMENTOS

Este é o espaço da dissertação em que os formalismos da ABNT e da Gramática nos dão uma breve trégua! E não por acaso: agradecer é reconhecer a importância de pessoas que têm todo o nosso afeto e carinho porque contribuíram significativamente para a concretização de mais uma conquista! Melhor dizendo: sem elas nada disso sequer seria imaginável!

Sair da minha cidade natal, Teresina, para um outra no sul do país, trocando as altas temperaturas por casaco e luvas, ficando distante de toda a família e dos amigos, foi realmente desafiador. Dispensar até mesmo boas oportunidades imediatas de trabalho para viver um sonho acadêmico na melhor pós graduação em Direito do Brasil valeu muito a pena! Morar sozinho e dar conta de tudo, abraçando a solidão por muitas horas ao dia, é uma experiência que inevitavelmente leva ao amadurecimento – mas que também gera saudades!

O que aprendi nas aulas e grupos de discussão na UFPR já seriam suficientes, por si sós, a justificar toda essa empreitada. As aulas de filosofia do direito, teoria do estado, direito constitucional, direito penal, criminologia... nunca pensei que conheceria tantas coisas novas num ano! Autores que eu, antes, não tinha noção de que existiam e que tanto me ajudaram à lançar luz sobre minha pesquisa e a compreender melhor a nossa realidade, em especial a criminal. É certo que nem tudo que escutei, li e vi se farão presentes diretamente nas linhas que se seguem, mas de alguma forma tentei aproveitar ao máximo as novas e as velhas ideias com as quais esbarrei, seja refutando-as, retificando-as ou ratificando-as.

A primeira dessas pessoas especiais a quem rendo minhas homenagens é à minha adorável orientadora, Katie Arguello: uma mulher de qualificação invejável e de incansável resistência ao senso comum criminológico! Não é tarefa fácil tentar desconstruir uma enxurrada de topois que a mídia ordinariamente propala acerca da questão criminal e que acabam sendo reproduzidos também no seio acadêmico. Testemunhei o seu compromisso e o seu extraordinário empenho na docência, tanto na graduação como na pós graduação em direito da UFPR, fazendo provocações e compartilhando leituras inspiradoras para jovens pesquisadores como nós! Sua formação humanística multidisciplinar, que a maioria dos juristas apenas senhoria em ter, ainda assim não a convence a deixar de se manter atualizada e buscar se

aperfeiçoar cada vez mais. Mesmo numa sociedade tão displicente quanto ao papel do professor, posso afirmar que ela, sem dúvida alguma, escolheu e está na profissão e na Universidade certa! Muito obrigado por tudo, inclusive pelas caronas!

Minha família... sem o apoio incondicional dos meus pais, Humberto e Perpétua, e da minha avó, Creuza, além dos meus irmãos, Breno e Amanda, esse sonho tampouco teria sido possível! Me mudei para Curitiba com o compromisso de ser um pesquisador em dedicação exclusiva, mas não tinha garantia alguma de que receberia uma bolsa de uma instituição de fomento para me manter na nova cidade. Ainda assim larguei tudo, até o cargo público a que tivera sido recém nomeado, e fui, porque era mesmo o que eu queria! Passei o primeiro semestre de 2014 em completa dependência financeira e, para piorar, os servidores das Instituições de Ensino Superior Federais de todo o país entraram numa greve que durou quase três meses, fechando por longo tempo as Bibliotecas e o Restaurante Universitário, que fornecia uma boa alimentação a um preço subsidiado. Sem bolsa, sem R.U. e sem biblioteca por um semestre! Ainda assim consegui contornar essa delicada situação. Sei que não foi nada fácil, principalmente para minha mãe, aguentar a tamanha distância... Por mais que eu escreva, não posso expressar minha gratidão pelo sacrifício que minha família fez para que tudo desse certo! Amo muito todos vocês!

Os amigos... deixei alguns em Teresina, mas fiz tantos outros em Curitiba! Logo na cidade que todo mundo dizia ser tão "fria"! Numa lista meramente exemplificativa e ordem aleatória: Washington Reis, Leonardo de Paula (vulgo "carioca"... ops "fluminense!"), Vítor Dieter, Vanessa Massuchetto, Gustavo Vilar, Leandro Rutano, Leonardo Marcondes, Judá Leão, Marco Berberi, Flávio Bortolozzi, Eduardo Castro, Letícia Kreuz, Jorge Giulian, Fábio Bozza, Leandro Gornicki, João Rafael, Cami Poli, Flávio Cruz, Márcio Berclaz, Jacson Zilio, Franciele Nascimento, Guilherme Pegoretti, Viviane Lemes, Mariel Muraro, Eduardo Motta, João Christofis, Guilherme Milkevick, André Carias, June Cirino, Luiz Krassuski, Lygia Copi, Fábio Guaragni, Larissa Alfaro, Vivianeli Prestes, Vinicius Bressan, Ricardo Alexandre, Larissa Alfaro, Helena Schiessl, Deborah Dettmam, Paula Pessoa, Rogério Rudiniki, Aulus Graça, Sandro Pacífico... (mas não só!) Nossas conversas de corredor e discussões nas salas de aula do terceiro andar do Prédio Histórico da Praça Santos Andrade, outras vezes em barzinhos do Centro ou no apartamento 6A da Rua Alfredo Bufren, fizeram a diferença e vão deixar boas recordações! Muitos outros,

mesmo não permanecendo tão próximos a mim e tendo convivido por pouco tempo comigo, também foram de uma simpatia insuperável e a eles, que são mais de duas dezenas, expresso aqui o meu afetuoso reconhecimento!

As aulas de Direito Penal nas quintas-feiras pela manhã começaram com apenas três pessoas: eu, Gustavo Quandt e o professor Paulo Busato. Foram intensas e produtivas discussões que me exigiram muito para acompanhar uma espetacular literatura, sobretudo estrangeira, que eu até então não conhecia. Revezando a função de revisor ou relator dos seminários propostos, pude aprofundar assuntos que eu ingenuamente pensava ter esgotado por meio dos manuais que li na graduação! Eu, recém-formado, entrei um pouco tímido, afinal era o mais novo dos três, mas a humildade e abertura que me deram os outros dois me deixou muito à vontade para perceber qual era a verdadeira atmosfera da vida universitária: o diálogo sincero e o confronto com os viciados argumentos de autoridade! A depuração democrática que o prof. Paulo faz do Direito Penal me fez repensar diversos pré-conceitos e a volumosa carga de leituras (bote volumosa nisso!) permitiu o contato com pensamentos que de outro modo eu dificilmente teria. Obrigado pelos incentivos e lições, Prof. Paulo! Obrigado pela parceria e pelas preciosas digitalizações, grande Gustavo Quandt! Fernanda, Carol e Sérgio, três potências do Penal: conhecer vocês foi tudo de bom!

Outras disciplinas também me abriram horizontes que eu não esperava: a filosofia do direito ministrada pelo prof. Celso Ludwig, comprometida com a descolonização do pensamento jurídico latino-americano; a teoria do estado que o prof. e amigo Manoel Eduardo compartilhou com elegante competência e, acima de tudo, humildade; o constitucionalismo popular pela profa. Vera Karam; a metodologia da pesquisa jurídica apresentada pelo prof. Pedro Bodê por meio de provocações desde uma perspectiva sociológica; o impacto de Agamben e Foucault no sistema criminal pela profa Clara Borges; a teoria do direito e suas nuances próprias segundo o prof. Cesar Serbena; a docência no curso de Direito e seus desafios práticos pelo prof. Abili Lázaro, de quem extraí dicas preciosas; o processo penal e a problematização de sua ideologia inquisitorial nas lições do prof. Jacinto Coutinho.

Juarez Cirino, Amilton de Carvalho, Davi Tangerino, Vera Regina, Vera Malaguti, embora não tenham sido formalmente meus professores no Mestrado, o foram pelas conversas, mesmo que breves, e pelas leituras, estas bem extensas, de

seus legados ao Direito Penal e à Criminologia Crítica. Obrigado prof. Juarez, pelo combate incisivo à criminalização em massa da miséria! Obrigado prof. Amilton, pelas marteladas nestes abismos monstruosos! Obrigado prof. Davi, pela especial atenção, revisões, dicas bibliográficas e a oportunidade de levar minha pesquisa a um grande congresso internacional no Rio! Obrigado profa. Verinha, pelas calorosas recepções na Ilha de Floripa, por seu instigante horizonte utópico e pelo exemplo de humanista que é! Obrigado profa. Vera Malaguti, pela cortesia das publicações sediciosas do Instituto Carioca de Criminologia!

Meu muito obrigado à Secretaria do PPGD: Mauro, Ana Maria, Luís Antonio, Vanessa, enfim, todos que trabalham nos bastidores para o êxito do nosso Programa! Obrigado, UFPR e CAPES! Obrigado por terem me dado a chance de entrar no mais acreditado Programa de Pós Graduação em Direito do país, sediado num grande e belíssimo prédio que é cartão postal de Curitiba, por terem me permitido ser aluno dos mais fantásticos professores da área, por terem confluído para que eu pudesse conhecer tanta gente nova e aprender tanta coisa diferente! Por terem me concedido uma bolsa de pesquisa, por terem custeado as viagens que fiz para apresentação de trabalhos científicos, por terem me acolhido tão generosamente!

É... a jornada não acabou, em verdade ela nunca acabará, mas ter chegado até aqui me enche de esperança e entusiasmo para prosseguir neste projeto de vida que completa a minha existência!

Curitiba-PR / Teresina-PI, 16 de março de 2015.

*Tá vendo aquele edifício, moço?
Ajudei a levantar
Foi um tempo de aflição
Eram quatro condução
Duas pra ir, duas pra voltar*

*Hoje depois dele pronto
Olho pra cima e fico tonto
Mas me vem um cidadão
E me diz desconfiado
"Tu tá aí admirado?
Ou tá querendo roubar?"*

*Meu domingo tá perdido
Vou pra casa entristecido
Dá vontade de beber
E pra aumentar meu tédio
Eu nem posso olhar pro prédio
Que eu ajudei a fazer*

("Cidadão", Zé Ramalho)

RESUMO

Cada sociedade gera fantasias segundo o tipo de ordem social que se esforça em ser. Na ordem capitalista, o direito penal foi direcionado para defender um pretense direito natural à propriedade da burguesia e, não por acaso, ante um universo magmático de delitos previstos no Código Penal e na legislação penal extravagante, os que atentam contra o patrimônio correspondem à metade da população carcerária brasileira. Essa seletividade nodal das agências de criminalização tem sido ignorada pela dogmática penal tradicional, que brada uma isonomia fictícia e um eficientismo da punição que não encontra qualquer amparo empírico-científico. Mas essa desmaterialização do direito, cujo ápice é a teoria do inimigo de Günther Jakobs, só pode ser compreendida se antes forem examinados os alicerces filosóficos e sociológicos sobre os quais ela se desenvolveu moderna e contemporaneamente, tarefa esta a que nos propomos no primeiro capítulo. A noção de mirante epistemológico é aprofundada no capítulo seguinte, onde contextualizamos a relevância do materialismo científico e da luta de classes a fim de alcançar uma percepção mais alta e ampla acerca do excesso de punição dos crimes patrimoniais para, então, demonstrar as debilidades incontornáveis do positivismo jurídico-penal e alternativas antipunitivas desde um horizonte crítico contradogmático.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes patrimoniais; Contradogmática penal; Mirante epistemológico; Positivismo jurídico.

ABSTRACT

Each society generates fantasies according to the type of social order that strives to be. In the capitalist order, criminal law was directed to defend an alleged natural right to property of bourgeoisie, and not by chance, in view of a magmatic universe of offenses provided in the Penal Code and extravagant criminal law, that threaten the heritage correspond to half of the Brazilian prison population. This nodal selectivity of criminalization agencies has been ignored by traditional criminal dogmatic, hailing a fictitious equality and efficientism punishment which there is no empirical and scientific support. But this dematerialization of law whose apex is the theory of the enemy of Günther Jakobs, can only be understood if they are examined before the philosophical and sociological foundations on which it developed modern and simultaneously, a task we set ourselves in the first chapter. The notion of epistemological viewpoint is detailed in the next chapter, where we contextualize the relevance of scientific materialism and the class struggle in order to achieve a higher and broader perception of excessive punishment of crimes against property to then demonstrate the conceptual weaknesses of criminal legal positivism and anti punitive alternatives from a critical horizon against dogmatic.

KEYWORDS: Crimes against property; Against criminal dogmatic; Epistemological viewpoint; Legal positivism.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 -
População carcerária brasileira (2012) e os principais tipos penais..... p. 18

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p. 15
1. O MIRANTE ATRINCHEIRADO DA DOGMÁTICA PENAL	
1.1. O aprisionamento epistemológico das ciências sociais.....	p. 22
1.1.1. A dimensão positivista do conhecimento	p. 25
1.1.2. O relativismo histórico na compreensão do ser social	p. 32
1.2. A desmaterialização do direito pelo positivismo jurídico.....	p. 37
1.2.1. <i>Os níveis de depuração normativa de Hans Kelsen</i>	p. 39
1.2.1.1. O primeiro nível de purificação: político e ideológico	p. 42
1.2.1.2. O segundo nível de purificação: o anti-jusnaturalismo	p. 46
1.2.1.3. O terceiro nível de purificação: o anti-naturalismo	p. 46
1.2.1.4. O quarto nível de purificação: o intra-normativo	p. 48
1.2.1.5. O quinto nível de purificação: o monista ou anti-dualista	p. 49
1.2.2. <i>O positivismo atrincheirado de Frederick Schauer</i>	p. 51
1.2.2.1. A natureza das regras	p. 52
1.2.2.2. As generalizações sub e sobreincludentes	p. 56
1.2.2.3. Os modelos de decisão conversacional e atrincheirado	p. 61
1.2.2.4. Interpretação e razões subjacentes das regras	p. 63
1.3. A dogmática penal do perigo de Günther Jakobs.....	p. 65
1.3.1. Aproximações e dissensos com a teoria sistêmica de Luhmann	p. 65
1.3.2. Responsabilidade penal e justificação da dor	p. 69
1.3.3. A estabilidade normativa como função da pena	p. 71
1.3.4. A condição para ser pessoa.....	p. 75
1.3.5. Inclusão e exclusão como escolhas do sujeito	p. 76
1.3.6. Há limites na guerra contra o inimigo?	p. 78
2. O MIRANTE CRÍTICO-CRIMINOLÓGICO	
2.1. O materialismo científico e a impureza do direito (penal, inclusive).....	p. 80

2.1.1. A metáfora do mirante ou horizonte intelectual	p. 81
2.1.2. Luta de classes e autonomia relativa da ciência	p. 83
2.1.3. O capitalismo como religião e sua jaula de aço	p. 86

2.2. As debilidades da dogmática penal do perigo no contexto latino-americano..... p. 93

2.2.1. A ilegítima distinção entre pessoa e indivíduo	p. 93
2.2.2. A precariedade da inclusão (ou a exclusão não é uma escolha)	p. 94
2.2.3. A criminalização dos miseráveis	p. 97
2.2.4. O estranho como inimigo	p. 98
2.2.5. O risco da (in)segurança	p. 100
2.2.6. O efeito pela causa: gerir ao invés de prevenir	p. 106
2.2.7 O isolamento da política criminal	p. 107
2.2.8. Ambiente social e ausência de suporte cognitivo	p. 109
2.2.9. Um modelo meramente descritivo?	p. 114

2.3. Contradogmática penal: nas trincheiras da crítica antipositivista..... p. 117

2.3.1. A razão subjacente dos crimes patrimoniais	p. 119
2.3.2. Condições sociais adversas e propostas de humanização do sistema penal	p. 123
2.3.3. Funcionalismo penal redutor e tipicidade conglobante	p. 127
2.3.4. Culpabilidade e ausência de motivabilidade da norma penal	p. 133
2.3.5. Interpretação social do direito e escolha da linguagem político-criminal.....	p. 138
2.3.6. A criminologia crítica também é etiológica?.....	p. 140
2.3.7. Dogmática penal criminologicamente fundamentada	p. 143

3. CONCLUSÕES p. 146

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS p. 149

INTRODUÇÃO

A ideologia produz imaginários e lógicas de identificação social cuja função é escamotear o conflito. O Direito Penal, alegoricamente fundado num contrato só efetivamente firmado entre a burguesia, distribui desigualmente o status criminalizante e é, destarte, o direito desigual por excelência. Há ululante paradoxo entre a igualdade formal dos sujeitos de direito, tomados abstratamente, e a desigualdade substancial existente nas posições reais que ocupam no sistema de produção.

O "ser criminoso" é um *status* socialmente construído e atribuído a certos grupos de pessoas que se encaixam num dado estereótipo e, portanto, não alcança a todos, ainda que se tenha realizado o mesmo comportamento juridicamente punível. O discurso oficial de que "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*", entabulado como princípio da igualdade na própria Constituição Federal (art. 5º, caput), não passa de mera retórica. A definição do que é ou não crime, de que atos devem ou não ser perseguidos, é, pois, uma questão política — e, logo, uma questão de poder.

Os desprovidos de propriedades também o são em termos de poder e, portanto, têm pouca força para influenciar a tomada de decisões no âmbito do Estado. E se não têm poder, também nada têm a perder — nem mesmo a honra. O compositor brasileiro Gabriel O Pensador retrata insuperavelmente essa condição na letra "O resto do mundo" ao descrever um sujeito miserável, que mesmo não tendo nome ou qualquer relevância para o resto da sociedade, também sente fome e por isso precisa ser "cara-de-pau" e pedir dinheiro na rua porque "a necessidade é maior do que a moral". A personagem (que nada tem de fictícia), traçando um representação de si mesma e exprimindo o seu singelo desejo, declama:

Eu sou sujo eu sou feio eu sou antissocial
Eu não posso aparecer na foto do cartão postal
Porque pro rico e pro turista eu sou poluição
Sei que sou um brasileiro
Mas eu não sou cidadão
Eu não tenho dignidade ou um teto pra morar
E o meu banheiro é a rua
E sem papel pra me limpar
Honra?
Não tenho
Eu já nasci sem ela
E o meu sonho é morar numa favela

Durante toda a canção a personagem torna a repetir um mesmo verso para deixar bem claro qual é o seu sonho: morar numa favela! O que soa tão absurdo ("pensar pequeno") para os incluídos na sociedade de consumo, fascinados por carros de luxo e roupas de grife, é, no entanto, o mínimo existencial do qual a maior parte dos excluídos ainda carece. Segundo dados do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), em 2010 a população brasileira residente em favelas (eufemisticamente denominadas pelo jargão técnico de "aglomerados subnormais") correspondia a 11,2 milhões, mais de três vezes o número de habitantes do Uruguai, ao passo que o número de pessoas sem moradia no Brasil, de acordo com o Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, beirava os 33 milhões.

A arte pode permitir agrupar objetos e ações heterogêneas e explicar o desconhecido pelo conhecido. Desta forma, recorre-se mais uma vez para uma composição musical, também de autoria de Gabriel O Pensador, que ilustra perfeitamente a temática em comento. Trata-se da provocante letra "Pátria que me pariu", em que se narra a história de um aborto malsucedido feito por uma prostituta de dezessete anos (ironicamente chamada "Brasil"), de um feto forte que escapou da morte, mas que não se sabe "se foi muito azar ou muita sorte", porque foi abandonado num terreno baldio assim que nasceu. E a criança pergunta: "Quem foi a pátria que me pariu?", consternado pela completa ausência de apoio afetivo e material que, por sua vez, o obriga a ir tentar sobreviver vendendo bala no sinal vermelho — afinal, "não dá tempo prá (*sic*) sonhar".

A concepção meritocrática alavancada pelo capitalismo, para quem a boa vida é uma decorrência lógica da virtude individual de irresignação e trabalho árduo, fecha os olhos para aqueles indefesos que não têm futuro e nada a perder. A personagem então retruca:

Eu não aguento mais dar murro em ponta de faca
E tudo o que eu tenho é uma faca na mão
Agora eu quero o queijo. Cadê?
Tô cansado de apanhar. Tá na hora de bater!

Até mesmo a capacidade de sonhar e de poder concretizar tais desejos é, como visto, desigualmente distribuída na sociedade. A medida desses sonhos — morar numa favela ou num condomínio fechado de alto padrão — também é

delimitada pelas condições materiais de cada um, porque quando o tempo vai passando se percebe que toda aquela ilusão do trabalho honesto vendida pela TV apenas camufla a conservação do *status quo*. Um salário mínimo não permite manter uma família dignamente — e quiçá morar numa favela, ante o alto custo do aluguel e da alimentação. O aborto inexitoso daquele feto de que fala a canção demorou um pouco, mas ao fim é realizado por sua "pátria mãe gentil":

Pistola na mão, moleque sangue bom
É melhor correr, que lá vem o camburão
É matar ou morrer! São quatro contra um!
Eu me rendo! Bum! Clá! Clá! Bum! Bum! Bum!

De acordo com relatório¹ publicado em junho de 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a população carcerária brasileira, incluindo as prisões domiciliares, já passava de 700 (setecentos) mil, conferindo ao Brasil o título nada invejável de terceiro país mais encarcerador do mundo — ultrapassando até mesmo a Rússia, conhecida por sua rígida política criminal. Relatórios anteriores elaborados pelo Ministério da Justiça, e sistematizados pelo *International Centre for Prison Studies* (ICPS), já davam conta desse progressivo crescimento numérico: em 1995 havia cerca de 173 mil presos, representando uma taxa carcerária de 107 por 100 mil habitantes; em 2006 já eram 401 mil presos a uma taxa de 212 presos a cada 100 mil habitantes; e, menos de dez anos depois, em 2012, já era de 548 mil o total da população carcerária brasileira, levando também à elevação da taxa carcerária para 275 apenados por 100 mil habitantes².

O fato que mais chama a atenção em todos esses números é o de que uma espécie de delito em particular representa praticamente a metade de toda essa massa prisional. Em 2012, aproximadamente 267.975 (duzentos e sessenta e sete mil novecentos e setenta e cinco) pessoas cumpriam pena só por crimes contra o patrimônio. No gráfico abaixo, em que indicamos os tipos penais mais recorrentes segundo as estatísticas oficiais do Ministério da Justiça, ilustra-se bem o impacto visual dessa situação:

¹Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 13 out 2014.

²Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em: 18 out 2014.

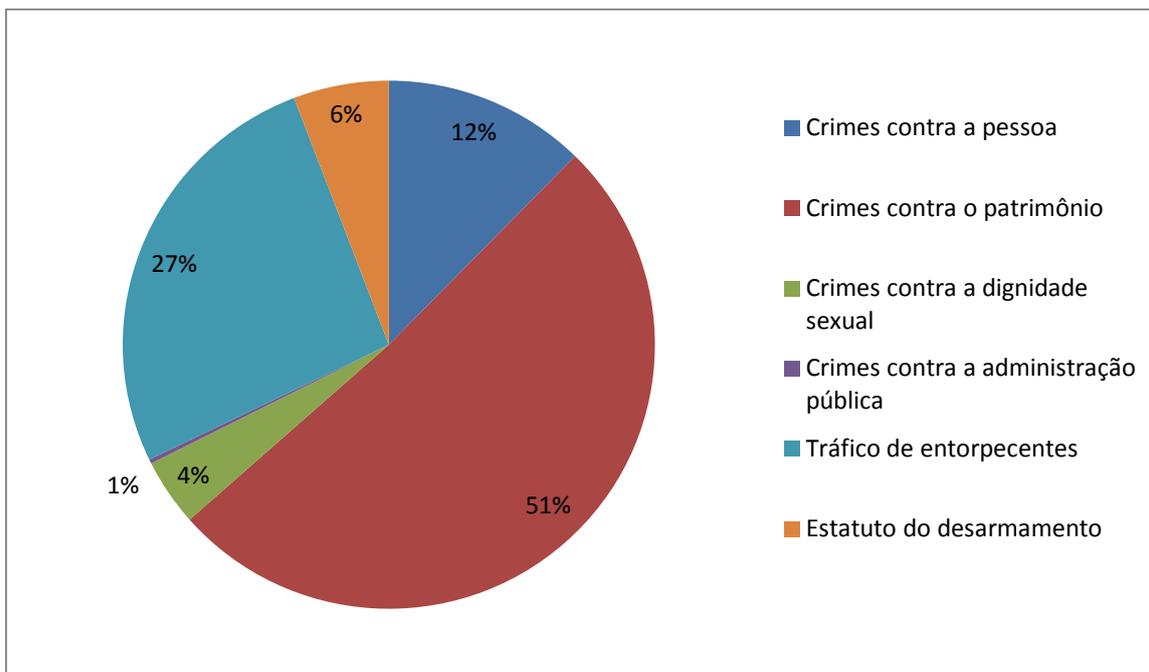


GRÁFICO 1 - População carcerária brasileira (2012) e os principais tipos penais
 Fonte: Ministério da Justiça do Brasil (InfoPen)

Será que, peremptoriamente, esses são os crimes mais recorrentes ou, pelo contrário, são apenas aqueles mais frequentemente selecionados pelas agências de controle social formal? No aludido relatório do Ministério da Justiça não há sequer menção aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990). Isso significaria, então, que os grandes empresários cumprem rigorosamente os ditames legais e nunca sonham tributos? Uma resposta positiva pareceria muito fácil e ingênua, ou melhor dizendo, representaria um total desconhecimento das contribuições do volumoso acervo da crítica criminológica. Não ser "capturado" pelo sistema penal não é mera questão de sorte, mas antes uma questão de status.

A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, em seu item 56, explica que:

Não se distingue, para diverso tratamento penal, entre o maior ou menor valor da lesão patrimonial; mas, tratando-se de furto, apropriação indébita ou estelionato, quando a coisa subtraída, desviada ou captada é de pequeno valor, e desde que o agente é criminoso primário, pode o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um até dois terços, ou aplicar somente a de multa (artigos 155, § 2º, 170, 171, § 1º).

Conquanto político-criminalmente já fosse questionável a sanção penal de um ato que, não obstante socialmente reprovável, não emprega qualquer violência à pessoa, como é o furto, o parágrafo segundo do art. 155 do Código Penal, ao invés

de implementar uma necessária excludente da própria tipicidade nos casos em que a coisa for de pequeno valor, remetendo à esfera cível, simplesmente *faculta* ao magistrado, alternativamente e progressivamente, a substituição da pena de reclusão pela de detenção, a diminuição de um a dois terços de uma condenação que pode chegar a inacreditáveis quatro anos ou a exclusiva aplicação da pena de multa — superior, inclusive, ao valor do bem.

A realidade social está encoberta por ideologias e não pode ser descoberta através dos conceitos jurídicos, como adverte Pachukanis³. O próprio papel do jurista coincide com a sua função social prática e o conteúdo lógico expresso pela forma jurídica em abstrato é deduzido dos condicionamentos sócio-históricos do capitalismo, que se funda numa economia mercantil e monetária. Nesse sentido, afirmar que o Direito protege o "interesse geral" é uma falácia que, conforme suscita Baratta⁴, despreza a grande parcela de não-proprietários desta sociedade de consumo que, em feliz expressão, Gilberto Felisberto denominou de capitalismo videofinanceiro — porque os bancos e a mídia televisiva, em especial, condicionam toda as nossas escolhas ao longo da vida.

As agências de controle social não "detectam" a existência de uma conduta criminosa, o que fazem é "produzi-la" ao etiquetarem-na como tal. Dizer que um ato é ou não criminoso depende, pois, da razão, muitas vezes não declarada, que lhe é subjacente. O sistema penal funciona de modo seletivo e não é por mero acaso que criminaliza (etiqueta como "criminosa") as classe mais pobres da sociedade — que formam a massa dos encarcerados⁵.

A privação de liberdade, cuja duração é determinada por uma sentença judicial, é a forma específica pela qual o Direito Penal moderno concretiza o princípio da *reparação equivalente*, valendo-se da inconsciente representação do trabalho humano abstrato mensurável pelo tempo. A igualdade no capitalismo é medida pelo trabalho, desconsiderando-se as desigualdades físicas e intelectuais de cada um quando, na verdade, os indivíduos desiguais (e não seriam indivíduos diferentes se não fossem desiguais) só podem ser medidos por uma mesma medida sempre e quando sejam considerados sob um ponto de vista igual.

³PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

⁴BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁵ANDRADE, Vera. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 207.

A propriedade, no sistema penal capitalista, é alçada ao mesmo patamar da liberdade individual: quanto mais caro o objeto, mais tempo é subtraído da alma do condenado — ao contrário do que explicitamente declara a supracitada Exposição de Motivos. São despejados, no trocadilho de Amilton Bueno de Carvalho⁶, às "másmorras", pois não é suficiente que o lugar tenha más condições: sua função real é ir matando aos poucos, reiterando cotidianamente a dor.

Só por uma perquirição desde fora do Direito Penal é possível perceber as fissuras de seu edifício, notadamente no que diz respeito tanto à relação — *sociológica*, e não *lógica* — entre fatos e valores, dado que o conhecimento objetivo dos fatos tem um forte impacto sobre o mundo da vida, quanto em relação à interferência categórica do julgamentos de valor não só sobre a problemática como sobre a pesquisa científica e sua interpretação socio-histórica. Isso porque, afinal, o modo como a questão é formulada já determina, em grande escala, a variedade de respostas possíveis — um sociólogo não-marxista, por exemplo, recusará desde logo o ponto de partida de Georg Lukács quanto à existência de um processo de reificação da vida, não adentrando propriamente em sua resposta, qual seja, o pleito de uma classe social (proletariado) como a única capaz de romper tal marcha.

Identificar as função latentes ou não-declaradas da pena é fundamental para a presente análise. O positivismo jurídico, ao desconsiderar a relevância da razão subjacente na aplicação do Direito, atrelando-se a um modelo atrincheirado autômato de sua justificação, acaba por naturalizar a incriminação de certas condutas, considerando-as dados ontológicos e pré-existentes, e ignorar as condições materiais da vida. O crime é produto da reação social e não uma prática reservada a um abjeto grupo de sujeitos ("inimigos") em contraposição a um outro grupo ("cidadãos" ou "pessoas") que reforça a estabilidade normativa.

É preciso fugir de uma dimensão *geométrica ou unidimensional* da realidade — como já alertava J. Stuart Mill⁷ —, uma vez que os fenômenos sociais são multideterminados. A metáfora do mirante, empregada por Michael Löwy⁸, é bastante apropriada para se compreender o quanto nosso horizonte de percepção da realidade pode se restringir ou se ampliar a depender da posição social em que

⁶CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁷MILL, Stuart. **A lógica das ciências morais**. São Paulo: Iluminuras, 1999.

⁸LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. São Paulo: Cortez, 2000.

nos situamos, mas nem o reducionismo sociológico do ponto de vista de classe, nem tampouco o seu completo alheamento (expresso pelo positivismo), são suficientes para desnudar o que vemos.

A busca pela neutralidade axiológica na ciência ("Wertfreiheit") não só não é possível no âmbito das ciências humanas, como é a marca registrada que a distingue das ciências naturais. Ter isso em conta é imprescindível para levar a cabo esta crítica à dogmática penal tradicional embasada no rótulo de "periculosidade" atribuído a um contingente de indesejáveis — aqueles *consumidores falhos*⁹, que nem podem consumir nem realizar os desejos que, em boa parte, não são seus, mas transmitidos pelo mercado como condição para alguém ser reconhecido como pessoa.

Se, para o mirante dogmático, não é possível falar sequer em "excesso" de punição em relação aos crimes patrimoniais, mas em eficiência técnica do Direito Penal, para o mirante crítico-criminológico, por outro lado, faz-se necessário examinar o que realmente há por detrás desses números.

⁹BAUMANN, Zygmunt. **O mal estar na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

CAPÍTULO 1

O MIRANTE ATRINCHEIRADO DA DOGMÁTICA PENAL

1.1. O aprisionamento epistemológico das ciências sociais

A referência a mudanças sociais, conforme suscita Karl Marx em seu célebre "O 18 de Brumário"¹⁰, pode implicar em dois níveis de sentido: de lado, uma visão passiva enquanto um aglomerado de forças cegas e impessoais, tendências estruturais e contradições que atuam sobre a história e que não podem ser contidas; de outro, e contrariamente, expressa a construção ativa da história através de esforços intencionais de agentes humanos racionais em relação aos aspectos sociais, econômicos e política da vida. Se por um lado a história social concreta é inapelavelmente a condicionadora da possibilidade e do limite do conhecimento, como anota Miriam Cardoso, por outro este conhecimento somente se constroi com a participação ativa da teoria¹¹.

Logo, se partimos do pressuposto de que o sujeito é também parte do objeto investigado, como seria possível falar em imparcialidade do sujeito? Não há produção do conhecimento científico de modo independente do investigador, pois é o próprio sujeito quem define o conteúdo das hipóteses que irá por à prova, percorrendo todo o processo do seu início ao seu desfecho. O cientista é, antes de tudo, parte de uma organização social e tem, portanto, necessidades a serem satisfeitas através de relações sociais nas quais é, ao mesmo tempo, produto e produtor do seu modo de existência historicamente situado. E tais relações, acrescentando-se, perfazem-se num ambiente de conflitos e choques de interesses, e não numa ordem consensual de indivíduos racionais¹².

É rica a discussão teórica acerca da epistemologia na qual as ciências humanas — partindo-se do pressuposto de que efetivamente são ciências — se inserem. A primeira e mais envergada tentativa de atribuir cientificidade a esse novo campo do conhecimento foi levada a cabo pelas concepções positivistas e sua

¹⁰ MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

¹¹ CARDOSO, Miriam Limoeiro. **Do materialismo no método de Marx**. Disponível em: < <http://www.unicamp.br/cemarx/ANAIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT1/gt1m5c6.pdf> >. Acesso em: 13 fev 2015.

¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 21.

correlata doutrina da neutralidade axiológica do saber tomando por parâmetro o método próprio das ciências naturais — explicação e experimentação. A sociedade, à semelhança do mundo natural, seria regida por leis naturais e, portanto, a-histórica, exaltando-se uma visão passiva em relação às mudanças sociais, enquanto um aglomerado de forças cegas e impessoais, tendências estruturais e contradições que atuam sobre a história e que não podem ser contidas. O afastamento de todo e qualquer preconceito ou julgamento de valor seria, para o positivismo, a *conditio sine qua non* para se obter uma explicação precisa e objetiva da realidade, sem os desvios provocados pelas ideologias.

Essa visão de neutralidade axiológica das ciências não foi, contudo, uma particularidade dos pensadores que explicitamente se afiliaram desde logo aos postulados desenvolvidos por Augusto Comte, assim como a desconsideração de particularidades epistêmicas no tocante ao universo que se postulava conhecer, se natural ou social, igualando-os. Mesmo autores que se afastavam das principais teses do positivismo, como Max Weber, e outros que abraçavam o materialismo histórico de Karl Marx, como Althusser, preservam, cada um a seu modo, resquícios daquela *forma de pensar* que os levam ao mesmo arremate do início deste parágrafo. Ignoram, portanto, o condicionamento histórico-social do conhecimento e a construção ativa da história através de esforços intencionais de agentes humanos racionais em relação aos aspectos sociais, econômicos e políticos da vida.

A aspiração pela objetividade não é, todavia, uma demanda exclusiva da *démarche* positivista. Assim o marxismo histórico (Georg Lukács, Rosa de Luxemburgo, Gramsci), bem como a teórica crítica da Escola de Frankfurt (Horkheimer, Marcuse, Adorno), afirmam a possibilidade do conhecimento objetivo nas ciências sociais, mas no interior de uma lógica própria e autônoma daquela empregada nas ciências da natureza que, por *consenso axiológico*, escapam aos constrangimentos e limitações impostos pelas relações entre as classes sociais¹³. A ideologia, na concepção originária de Marx, seria uma forma de falsa consciência sobre a realidade, um conjunto de ideias ilusórias e autoilusórias construídas pelos mais diversos mecanismos públicos (moral, religião, política) e privados (família).

A definição de ideologia, contudo, não foi conservada intacta nem no interior da mesma tradição teórica, ao ponto de Lênin, por exemplo, relacionar ideologia

¹³LÖWY, op. cit, p. 139.

com a visão de mundo de cada classe social e dentro da qual também estaria compreendida a marxista. — sentido esse retomado por Karl Mannheim através do conceito de "ideologia total", isto é, um estilo de pensamento vinculado a uma posição social, fragmentando-o, por sua vez, em ideologia em sentido estrito (representações que visam a reprodução da ordem vigente) e utopia (aspirações com a função subversiva de ruptura com a ordem estabelecida), ambas formas de falsa de consciência — aplicando indevidamente às categoria de falso e verdadeiro ao conjunto articulado de valores culturais, éticos e estéticos. A contradição se manifesta patente, não havendo uniformidade sequer quanto ao significado dessa expressão emblemática — o que leva a um "magma semântico", nas palavras de Löwy¹⁴.

Ao invés de se empregar o supraconceito de "ideologia total", que em si carrega ambiguidades e um certo espectro pejorativo, melhor seria designá-lo por "visão social do mundo", cuja maior amplitude permite abarcar a complexidade do fenômeno sociocultural para ressaltar a ligação intrínseca desta visão com certas posições sociais e distingui-la de uma visão do mundo como mero cosmos. Ademais, as visões de mundo podem não ser "puramente" ideológicas ou utópicas, mas resultar da combinação dos dois — como foi a filosofia iluminista, ou inverter a ordem em dados momentos históricos — a exemplo do stalinismo no século XX (ideologia), que se apropriou e transmutou aquilo que fora utopia no século anterior (marxismo). Desta forma, a objetividade nas ciências sociais não pode se circunscrever à moldura das ciências naturais, tampouco elidir o forçoso entrelaçamento da realidade social com as condicionantes visões sociais de mundo.

E quais as repercussões desse debate no seio das ciências sociais aplicadas, delimitadamente no âmbito do Direito Penal — o ramo da ciência jurídica que regula o controle social formal e prescreve sanções aos que se desviem dos padrões que impõe? Em que medida a possibilidade (ou não) de objetividade influencia o resultado final? Ora, a dogmática penalista, em sua quase totalidade, descarta a concepção de um mundo dividido em classes, considerando como "ultrapassada" a etapa marxista da divisão entre capital e trabalho. Assim sendo, exsurtem algumas questões fundamentais que serão a tônica deste trabalho: (1) é possível postular um conhecimento objetivo da realidade social, desconsiderando a categoria da "luta de

¹⁴Ibidem, p. 11.

classes"?; (2) considerando a hipótese de uma resposta negativa à pergunta anterior, não se esbarraria em um relativismo insuperável ao se contrapor diferentes visões de mundo?; (3) ademais, existiria uma autonomia relativa da ciência em relação à referida categoria ou a vinculação é absoluta?; (4) como sustentar cientificamente que a percepção da classe oprimida sobre o mundo social seria mais alta (ou adequada) que a da burguesia?

1.1.1. A dimensão positivista do conhecimento

A compreensão da vida social a partir do modelo científico-natural se liga diretamente à necessidade da burguesia revolucionária em fazer contraponto às explicações além-mundo (sobrenaturais), que constituíam a base de sustentação dos privilégios da ordem feudal-absolutista.

Como legítimo herdeiro da filosofia iluminista, o positivismo teve em Condorcet o seu embrião na medida em que subordinava não só a economia política, como o conjunto dos fenômenos sociais, à precisão própria das ciências exatas, como a física e a matemática. As leis da sociedade, assim, expressar-se-iam de modo seguro, neutro, por meio de cálculos probabilísticos que arredariam o mero acaso e voluntarismos arbitrários decorrentes de interesses egoístas e paixões exacerbadas. Sobressaía nesta elucubração uma nítida preocupação em se afastar a influência dos argumentos de autoridades do clero e suas rígidas doutrinas teológicas, típicas do Antigo Regime, que só obscureciam o conhecimento e alimentavam superstições, apregoando à economia e à política, a extensão do que já fizera Galileu no âmbito das ciências naturais.

Mas essa *assepsia* da ciência social, como se denota, dirigia-se aos interesses de classe da aristocracia feudal, que impediriam o progresso da humanidade, desapercibendo-se Condorcet da ligação desta ciência com um novo rol de interesses postulados pela classe emergente. Acreditava que os europeus, como portadores da razão em seu mais alto grau de desenvolvimento, deveriam conduzir os outros povos numa marcha mais rápida e segura a não cometerem os mesmos erros havidos na história da Europa e, assim, sobrepor a racionalidade à ignorância para se ter, então, um mundo melhor. O imperialismo do século XX e as

novas formas de colonização mostraram os extremos a que chegaram esse eurocentrismo.

Saint-Simon é o pioneiro no emprego do predicado "positivo" ao que ele denominada "ciência do homem", situada no caldeirão das ciências naturais, posto que todo fenômeno seria passível de observação, seja a partir da física (corpos brutos) como da fisiologia (corpos organizados). A superação das plúrimas e contraditórias maneiras de ver e raciocinar pela adoção desse método empírico de observação direta da sociedade transporia a infância ou imaturidade na qual a ciência do homem se encontrava, tirando-a do atraso que lhe impossibilitava obter generalizações e precisando-lhe como objeto o "corpo social".

À diferença dos positivistas posteriores, ainda não havia, entretanto, uma pretensão apologética pela conservação da ordem social vigente, mas uma função crítica, apesar de o autor negasse seu caráter revolucionário e invocasse como justificativa para o fim do absolutismo que a sociedade "não mais se encontra[va] nas condições orgânicas que puderam justificar o reino da opressão"¹⁵. Seria o mesmo que continuar comendo com as mãos sem lavá-las primeiro, ou seja, persistir em hábitos de higiene que se revelaram prejudiciais à saúde do organismo, uma metáfora que escamoteava uma severa contestação dos pomposos privilégios de que gozavam os "parasitas" da monarquia. Posteriormente ele irá se tornar um dos principais teóricos do socialismo utópico, posicionando-se ao lado da classe mais oprimida.

A conformação do positivismo como ideologia, isto é, como forma de pensar que tende à manutenção da ordem social, em oposição aqueles ditames revolucionários de outrora, foi a obra inovadora de Augusto Comte¹⁶, que não se limitou a dar mera continuidade aos pilares colocados por Condorcet e Saint-Simon. Isso porque o contexto histórico já não é mais o de seus predecessores e a crítica agora se dirigia às ideias anárquicas do Iluminismo e do socialismo utópico que se contraporiam ao progresso da sociedade industrial então emergente. O método a ser utilizado, contudo, seria o mesmo antes proposto — o do sistema das ciências naturais —, levando-o a cunhar a célebre expressão "física social" (*physique sociale*) para designar "a ciência que tem por objeto o estudo dos fenômenos sociais

¹⁵Ibidem, p. 22.

¹⁶COMTE, Augusto. **Curso de filosofia positiva**. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril cultural, 1978.

considerados dentro do mesmo espírito que os fenômenos astronômicos, físicos, químicos e fisiológicos", quer dizer, "sujeitos às leis naturais invariáveis", pressupondo, portanto, uma epistemologia homogênea, haja vista que ambas derivariam de um mesmo tronco¹⁷.

Essa visão de mundo tinha por maior símbolo a naturalização da concentração do capital nas mãos dos industriais, ao ponto de Comte afirmar como vantajosa a posição de submissão e de certa irresponsabilidade dos proletários, que deveriam ser preparados — ou *disciplinados*, na feliz terminologia de Foucault¹⁸ — para respeitar e reforçar "as leis naturais da concentração do poder e da riqueza". Nesse ínterim, Marx lucidamente constata que essa falácia, que intentava demonstrar e justificar a necessidade dos senhores do capital a partir da convicção da invariabilidade das leis, também seria facilmente aplicável para, de outro polo, sustentar a inevitabilidade dos senhores feudais preservarem o seu *status*. A apologética ideológica da ordem industrial pelo positivismo nada mais é que a consignação de uma classe que deixa de ser revolucionária e se torna conservadora do poder ao qual se associa.

Apesar de que se conceda a Comte o título de "pai da Sociologia", o responsável pela Sociologia como disciplina científica é de fato Émile Durkheim¹⁹ ao considerar os fatos sociais como "coisas" tais quais as existentes na natureza, mas que reconhece abertamente a contribuição do seu predecessor ao falar de "momentos diferentes de uma mesma evolução"²⁰. A economia política, ao destacar que as leis que regem a sociedade — como a de que a concorrência impreterivelmente conduz à nivelção dos preços — seriam tão necessárias quanto as leis naturais — como aquela segunda a qual os corpos sempre caem na vertical —, seria assim a precursora do método positivo nas ciências sociais.

A *desigualdade social* se imporia como uma dessas leis intransponíveis, pois a partir de uma visão organicista da sociedade, cada órgão (indivíduo) desempenharia uma função específica, de modo que a alguns seria inerente, completamente normal, ocupar uma situação privilegiada pela própria natureza

¹⁷LÖWY, op. cit., p. 24.

¹⁸FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

¹⁹DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁰LÖWY, op. cit., p. 26.

(importância) do papel que exerce, pois "no organismo cada órgão não reclama senão uma quantidade de alimentos proporcional a sua dignidade"²¹.

Ademais, o conceito durkheimiano de "solidariedade orgânica", a distinção entre "normal" e "patológico" e os conflitos de classe como sintomas de enfermidade do corpo social traziam consigo uma saliente função legitimadora da ordem posta e fundamento crítico do movimento socialista, que negava a "verdade elementar" de uma sociedade organizada, ao pretender constituir uma prática superior pela ampliação de uma única classe social.

Ao afirmar a possibilidade de suprimir as pré-noções para se obter um conhecimento objetivo da realidade, Durkheim ignora que tais visões de mundo são elemento constitutivo do próprio ponto de vista, que, inclusive com suas "precauções sistemáticas", a "boa vontade", seria insuficiente para afastar os ditos preconceitos em nome de uma neutralidade científica — que, no seu caso, se mostra em evidente incompatibilidade com a defesa explícita de interesses contrarrevolucionários legitimadores da ordem estabelecida, que ele tomava como uma constatação objetiva, uma "verdade elementar".

A esse esforço por objetividade, Löwy²² remete à mítica história do Barão de Münchhausen que, ao ser engolido pelo pântano junto com seu cavalo, consegue se safar puxando-se pelos cabelos, para demonstrar que nem mesmo por uma força hercúlea — a não ser divina e, portanto, fora deste mundo — o sociólogo consegue escapar da influência da História, por mais bem intencionado que seja. Os escritos de Comte e Durkheim, alardeadores de uma pesquisa avaliativa no âmbito das ciências sociais, são prova disso — ora iludindo-se na persecução de uma pretensa neutralidade, ora escamoteando os verdadeiros interesses subjacentes a esse cientificismo nada natural. É certo que a "intenção de verdade" é pré-requisito para assegurar a objetividade, mas sozinha ela não dá conta — na verdade, desconhece ou faz de conta que não existem — das estruturas que condicionam o pensamento social.

Conquanto Max Weber²³, de uma forma geral, contradiga os verbetes da doutrina positivista e extraia sua problemática do historicismo neokantiano alemão, há um ponto central em que a convergência com aquela tradição é patente: trata-se

²¹Ibidem, p. 28.

²²Ibidem, p. 32.

²³WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: EdUnB, 1991.

da neutralidade axiológica das ciências sociais. Os valores a que Weber faz referência em sua obra não são os da posição de classe, como em Marx, mas os ligados à diversidade de culturas, nações e religiões.

Segundo Heinrich Rickert, os métodos para conhecimento da realidade empírica abrangeriam a descoberta de leis (nomotéticos, de *nómos*, lei) como a descrição de fenômenos singulares (ideográfico), sendo que este último pressupõe valores como critério de seletividade, dado que é em relação a eles que se toma um dado acontecimento histórico como objeto de estudo. A objetividade científica nas ciências sociais seria, por sua vez, atrelada à existência de valores universais — e é neste ponto que Weber manifesta sua discordância, pois entende que toda análise científica, histórico-social é diretamente dependente de pontos de vista específicos e unilaterais que determinam os vários níveis de investigação: a escolha do objeto, a orientação da pesquisa empírica, o que é significativo e o que é insignificante, a formação do aparelho conceitual utilizado e, em especial, as questões que se pretende colocar²⁴.

Ademais, a divergência de Weber com os postulados positivistas se mostra presente também na sua crítica à influência da biologia nas ciências sociais, que teria expandido a ilusão de absoluta supressão dos pontos de vista axiológicos e do modelo de leis naturais para descobrir a realidade social. Essa tendência historicista, contudo, choca-se frontalmente, de outra banda, com sua teoria da neutralidade axiológica, isto é, a separação entre julgamentos de fato e de valor — cuja confusão inviabilizaria o conhecimento real do objeto.

O sociólogo alemão desacredita a dedução de fatos a partir de valores, posto que o condicionamento valorativo seria tão somente decorrente das problemáticas colocadas, mas não de suas respostas, que seriam livres de valores, porque embasadas em um proceder concretamente submetido a regras objetivas e universais. Noutros termos, um europeu e um chinês, de culturas tão diferentes, devem chegar ao mesmo resultado, pois "o interesse do objeto de estudo pode mudar de um cientista para outro, mas as conclusões da investigação empírico-causal deveriam ser aceitáveis e, neste sentido, objetivas"²⁵.

Também infirma Weber a impossibilidade de se abstrair, a partir da constatação de fatos, formulações éticas e práticas, pois a ciência só poderia

²⁴LÖWY, op. cit., p. 36.

²⁵Ibidem, p. 39.

mostrar o caminho que a sociedade estaria seguindo (o *ser*), e não qual deveria seguir (o *dever ser*) — seria prescritiva e não normativa, pois. O intento por um consenso de valores seria uma aspiração tão irresolúvel e eterna como um confronto entre deuses, e sequer o ecletismo ou tampouco algum ponto médio conduziriam à objetividade.

Apesar de reconhecer a seriedade e imponência da arquitetura teórica weberiana, Löwy deduz que só por uma perquirição desde fora é possível perceber as fissuras de seu edifício, notadamente no que diz respeito tanto à relação — *sociológica*, e não *lógica* — entre fatos e valores, dado que o conhecimento objetivo dos fatos tem um forte impacto sobre o mundo da vida, quanto em relação à interferência categórica do julgamentos de valor, não apenas acerca da problemática, como também ante a pesquisa científica e sua interpretação socio-histórica. Isso porque, afinal, o modo como a questão é formulada já determina, em grande escala, a variedade de respostas possíveis. O próprio Weber, aliás, manifestaria ao longo de sua obra, por uma certa limitação do horizonte de classe, um desejo valorativamente carregado de refutar o marxismo e reconheceria, ademais, a influência de valores no conteúdo da pesquisa — vista como uma "fraqueza" a ser remediada pelo autocontrole científico²⁶, solução idêntica ao sempre lembrado Barão de Münchhausen.

O filósofo austríaco Karl Popper²⁷ procurou se distanciar de determinados postulados do positivismo clássico. Assim como Weber, admite a inevitabilidade dos pressupostos valorativos para a explicação dos fatos, pois sendo a ciência uma "coleção", também depende dos interesses do colecionador; mas, ao contrário do sociólogo alemão, Popper não chega a vincular esses pontos de vista seletivos a dadas configurações históricas e socioculturais, tampouco os vincula, como faz a sociologia do conhecimento de matriz marxista, às classes sociais — que ele apressadamente considera um método místico ou irracional e ligado às teorias racistas que dividem o mundo entre "nós" e o "outro", a "nossa classe" e a "outra classe".

O que torna este autor original é o fato de ele não esparramar na citada falácia do Barão de Münchhausen e, destarte, não vislumbrar a objetividade científica como decorrência de uma ilusória "boa vontade" do observador, isto é,

²⁶Ibidem, p. 44.

²⁷POPPER, Karl. **Lógica da pesquisa científica**. São Paulo: EDUSP, 1985.

uma suposta capacidade de se livrar dos próprios preconceitos ("autodesideologização"). Vale a pena remeter a uma ilustrativa passagem do próprio Popper nesse sentido: "*Não é comum que os que estão mais convencidos de estarem livres de seus preconceitos sejam os que mais os têm?*"²⁸. A objetividade, portanto, nada tem a ver, como se pensa(va), com a imparcialidade do cientista individual.

Apesar de ter dado um grande passo, Popper se mantém atrelado ao positivismo ao conservar a unidade epistêmica entre ciências sociais e ciências da natureza, asseverando a impossibilidade da objetividade científica a nível individual, tanto em uma como em outra na medida em que ambas estariam sujeitas às obsessões do pesquisador concreto. A objetividade, portanto, não poderia resultar de uma construção solipsista, mas sim como produto da cooperação de vários cientistas, da "intersubjetividade do método científico" que a torna institucionalmente organizada, fundando-se na liberdade de crítica na comunidade científica e no uso de uma linguagem comum. Eliminar-se-ia, desta forma, os condicionamentos ideólogos individuais ou de classe à proporção em que o método científico torna-se público.

Essa solução pode ser bastante interessante para o universo das ciências exatas, porém, ao transpor mecanicamente para o campo das sociais não se apresenta possível por dois motivos elementares: primeiro, porque as instituições de pesquisa social não estão imunes aos plúrimos condicionamentos estruturais, assim como os cientistas em particular; segundo, porque o *consenso axiológico* admissível na química ou na física, por exemplo, não existe na história ou na economia, nas quais uma série de questões básicas continuam em aberto exatamente porque, ao inverso das primeiras, as ideologias e pontos de vista de classe, nestas últimas, têm um papel decisivo — e que sequer a crítica e tampouco o debate público são idôneos a remover completamente. Também não se admite sustentação à sua proposta de que o conhecimento social, assim como o natural, evoluiria tal qual uma seleção darwiniana que, ao promover a competição entre teorias, conservaria a melhor e eliminaria aquela eivada de erro, pois a teoria por assim dizer "vencedora" pode ter conquistado o pódio antes por fatores políticos que por mérito acadêmico. Ao fim,

²⁸LÖWY, op. cit., p. 51.

quando revendo sua trajetória propõe um processo de "autotranscendência"²⁹ para se atingir a objetividade, recai na mesma armadilha dos positivistas clássicos — a falácia do Barão de Münchhausen.

1.1.2. O relativismo histórico na compreensão do ser social

Abordar a questão do relativismo no ato de conhecimento exige uma passagem obrigatória pelo arcabouço da corrente historicista que, dada suas particularidades, apresenta caminhos metodológicos que, embora se desviem tanto do positivismo quanto do marxismo, influenciaram seus desdobramentos.

Dentre os postulados fundamentais do historicismo destacam-se a assertiva segundo a qual o conjunto de fenômenos sociais *lato sensu* só podem ser compreendidos a partir da e na sua historicidade, posto que se diferenciam dos fatos naturais e o seu objeto, assim como o ponto de vista do sujeito que o estuda, encontram-se sobejamente imersos no fluxo da história³⁰.

Mas o historicismo é, ele mesmo, eivado de historicidade. Tendo por berço a Alemanha do século XIX, seus conceitos passaram por intensas metamorfoses até desembocar na manjedoura da sociologia do conhecimento. Em seu contexto originário, arquitetou-se como um contraponto conservador ao racionalismo abstrato e a-histórico das ideias iluministas, a ruptura brusca com o passado promovida pela Revolução Francesa e ao expansionismo sem limites capitaneado por Napoleão. Foi, assim, um movimento apologético da cultura gótica e das instituições medievais do passado, que se manifestou por meio do romantismo literário e político, da escola histórica do direito e da historiografia moderna. Não foi, todavia, uma corrente homogênea.

Os principais representantes desse quadro reacionário à emergente sociedade burguesa centram-se, por evidente, na camada aristocrática, cujo poder e privilégios foram postos em xeque, notadamente a nobreza, o clero, a burocracia e os intelectuais e artistas vinculados à tradição pretérita. Apesar de seu primevo caráter conservador, sua visão das contradições sociais foi, em certa medida, mais transparente que as formulações analítico-quantificadoras dos revolucionários — que, para firmar posição, precisavam de encobrir inúmeras deformidades e

²⁹Ibidem, p. 57.

³⁰Ibidem, p. 66.

promessas não cumpridas perante as classes populares. Uma dada ordem vigente, em um dado período era entendida como produto de um longo desenvolvimento histórico, cujas bases não seriam passíveis de realocações abruptas, como queriam os burgueses.

Ser conservador, por conseguinte, significava reconhecer a marcha inexorável da história — e não uma tendência axiológica subjetiva, uma "ideologia" —, posto que "tudo que emerge da história de forma estável eo *ispo* válido, como expressão da vontade divina"³¹. Ressalta-se, desta forma, uma conexão indissociável entre ciência e religião, em oposição ao dogma secularizador da filosofia iluminista. O que é percebido é compreendido como evidente e ao historiador não cabe avaliar, emitir juízos de valor, pois o julgamento seria tarefa da própria história. Apesar da aparente aproximação com a dimensão positivista, ao se pretender uma ordem natural das coisas que se encaminham por si só para o melhor destino — e adiante há de se abordar a retomada deste ponto de vista pelo marxismo positivista de Enrico Ferri —, haja vista que toda compreensão sempre é havida historicamente situada, então, exsurge o problema da verdade relativa.

Com a unificação da Alemanha ao fim do século XIX e a efervescente industrialização que lhe predomina, o conservadorismo da corrente historicista cede lugar a novos valores. A nova tônica passa a ser a crítica cultural do capitalismo e a consideração de todas as formas de pensamento como historicamente relativas. Wilhelm Dilthey³² foi um de seus mais acentuados expoentes, sobretudo por sua clássica e ainda bastante declamada distinção entre as ciências da natureza e as "ciências do espírito": as primeiras se adscreveriam à *explicação* exterior dos fenômenos naturais, ao passo que as últimas se caracterizariam pelo pertencimento histórico-cultural do sujeito e do objeto, pela unidade entre julgamentos de fato e de valor e pela necessidade de *compreensão* dos fatos sociais.

A absoluta validade objetiva do conhecimento histórico ante sua ilimitada e caótica variedade seria, pois, uma *vã pretensão*, pois cada visão de mundo, sendo historicamente condicionada, exprimiria uma parcela de verdade, ainda que unilateral³³. Resiste, assim, a uma proposição eclética ao negar a possibilidade de conjugação de todas essas visões contraditórias em um único feixe sem, com isso,

³¹Ibidem, p. 69.

³²DILTHEY, Wilhelm. **Teoria de la concepcion del mundo**. Madrid: Revistas de Occidente, 1974.

³³LÖWY, p. 71.

cair no relativismo absoluto (ceticismo). Lowy aponta que essa coerência argumentativa de Dilthey, ainda que sem indicar uma saída definitiva para se conciliar a historicidade do conhecimento e sua objetividade, o leva a uma compreensão mais próxima da realidade do que as irreais proposições positivistas, mas sublinha que sua maior limitação estaria em considerar apenas o papel da história em si, para a sua compreensão sem que as classes sociais ocupem qualquer espaço neste quadrante³⁴.

Outro importante historicista da vertente relativista, Georg Simmel, associava o conhecimento oriundo das ciências históricas como uma espécie de paisagem ou retrato pintado por um artista, ele ressalta que o resultado final estará sempre vinculado a um ponto de vista unilateral do pintor. Ademais, admoesta o materialismo histórico de subjetivo, porque sua "vontade prática do socialismo", isto é, a sua aspiração pela igualdade, é o que explicaria a sobreposição da economia em relação aos outros estratos da vida social, dado que apenas na economia é que seria possível postular a igualdade. Entrementes, quanto ao problema do relativismo, acaba cedendo a uma solução eclética ao creditar sua resposta concreta à síntese de distintas correntes filosóficas abstratas. Essa proposta — rejeitada por Dilthey e também por Weber — se revela extremamente frágil e em nada afasta o relativismo, de forma que várias combinações, inclusive, com resultados diametralmente opostos são possíveis e, assim, "o exato meio-termo ou a mistura eclética não são, em nada, mais objetivos ou mais próximos da verdade científica que as posições extremas"³⁵.

Fundando uma versão radical do historicismo relativista, Karl Mannheim³⁶, sob influência, em especial, da obra de Georg Lukács³⁷, desenvolve a ideia de uma "dependência situacional" de todo conhecimento histórico, que seria sempre inculcado pelo ponto de vista do observador (ser social). Este, por sua vez, se conectaria à dinâmica do sistema político, econômico e, decisivamente, das classes sociais — que, embora tenham diferentes representações do mundo, circundam um mesmo objeto e, desta forma, não se apresentam em absoluta oposição³⁸.

³⁴Ibidem, p. 75.

³⁵Ibidem, p. 76.

³⁶MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

³⁷LUKÁCS, Georg. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁸LÖWY, op. cit., p. 80.

A estrutura socialmente condicionada de consciência de uma determinada classe ou categoria social, Mannheim designará pelo conceito de "ideologia total", que repercutiria diretamente na escolha da problemática, dos modelos conceituais e do próprio vocabulário a ser empregado durante a investigação científica. Posteriormente, entende oportuno, contudo, a permuta do termo "ideologia" pela expressão "perspectiva socialmente vinculada", tendo em vista o sentido pejorativo — como "fonte de erro ou ilusão" — a frequentemente permear o primeiro e que, ao contrário, comportaria também uma parcela de conhecimento verdadeiro. Nesse ínterim, reforça a particularidade epistêmica das ciências sociais, pois às ciências naturais não se aplicaria o referido modelo de implicações constitutivas no conteúdo cognitivo a partir da perspectiva do sujeito.

Destarte, a posição social com o espectro mais abrangente dessa parcela de verdade seria a do marxismo, que se coloca em um campo de visibilidade mais elevado, enquanto que à consciência burguesa é fundamental o ocultamento dos próprios interesses para lhes conferir um ar de naturalidade. Mannheim irá, todavia, se distanciar do marxismo, adotando a crítica weberiana do "princípio da carruagem", segundo a qual o materialismo histórico se recusaria a se autoaplicar e revelar sua constituição social ao conceber como ideológico apenas o conhecimento das correntes opostas.

A proposta de Mannheim é, então, de uma sociologia do conhecimento apta a superar esse *déficit* do marxismo, ao se libertar, sem exceção, de todos os perspectivismos socialmente condicionados. Para tanto, reformula uma já conhecida alternativa: o ecletismo dos modos diversos de pensar, uma visão de conjunto através da síntese, dinâmica e reiteradamente renovada, de posições unilaterais, derivada de uma determinada posição política³⁹. Tenta, pois, encontrar um fundamento social para tal empreitada e alça como protagonista dessa síntese a "*intelligentsia*", entendida como intelectuais de diversas origens e com pontos de vista contraditórios, sem relativa posição de classe, o que viria a favorecer o avanço do conhecimento em um ambiente de caráter flutuante e deliberativo.

Assim, ao invés de se aderir às lutas de uma ou outra classe, aos intelectuais caberia postular pelo todo social — isto é, advogar o interesse coletivo, desconsiderando aqui a pertinência quanto à contradição desses interesses.

³⁹Ibidem, p. 85.

Desaba-se, pois, na velha problemática positivista, pois só é possível defender simultaneamente a todos partindo do pressuposto de que todos são iguais, de modo que qualquer escolha é válida universalmente — e, assim, neutra axiologicamente.

1.2. A desmaterialização do direito pelo positivismo jurídico

A pedra inaugural do moderno método jurídico, assenta Vera Andrade citando Enrique Puceiro, fixou-se a partir da transição do jusnaturalismo racionalista ao positivismo intermediado pelo historicismo. O positivismo tem por alicerce a exaltação do cientificismo como única forma válida de conhecimento e principal engrenagem para a promoção do progresso da humanidade, concebendo o mundo como um universo de fatos sujeitos a leis passíveis de descrição pela verificação empírica. O que não fosse observável experimentalmente seria incognoscível e estaria, pois, fora da circunscrição da ciência. Nesse sentido, o saber jurídico descarta tudo o que não estiver devidamente positivado no sistema⁴⁰.

O positivismo jurídico assume três nuances diferentes: ora como modo de aproximação ao estudo do direito (esquemas decisórios eticamente neutros a partir do sistema de ordem estabelecido), ora como uma teoria específica acerca do direito (o fenômeno jurídico como monopólio do Estado, isto é, a lei como fonte única do direito, sua aplicação enquanto atividade lógico-dedutiva atribuída a um juiz imparcial e a coação estatal como forma legítima de assegurar a sua obediência) e ora como ideologia (crença na validade do direito positivo pelo simples fato de existir como tal, de modo do juízo de validade deriva automaticamente o juízo de justiça)⁴¹.

Em suma, dá-se luz às figuras de um legislador e de uma ordem jurídica racionais, descomprometidos com o jogo social, a serem formalmente decodificadas pela dogmática jurídica. Mas dogmático não é o conteúdo que se formula, e sim a formulação em si mesma, procedendo-se a uma adesão acrítica do que foi previamente fixado, não obstante sua variação espacial e temporal. Um saber conceitual a serviço da ação e que teria por mérito a uniformização e previsibilidade das decisões judiciais, assim como sua aplicação isonômica a casos semelhantes - o excesso de punição numa classe específica de desvios bem desmente esses postulados)⁴².

A discussão que há muito tem envolvido os teóricos do direito abrangem as questões da validade conceitual, fidelidade descritiva e propósito normativo a partir

⁴⁰ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e Sistema Penal**: em busca da segurança jurídica prometida. 1994. 501f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 1994. p. 60-61.

⁴¹Ibidem, p. 80.

⁴²Ibidem, p. 91.

de uma perspectiva do sistema normativo — o positivismo — fundada em regras, cuja negação de conexão necessária entre moral e direito traduz sua ideia central. Há, contudo, duas variações desse positivismo que precisam ser apartadas por suas especificidades.

O positivismo, em suas várias vertentes, pressupõe uma comunidade regida por um pacto entre cavalheiros. E num sentido isso poderia estar certo, se entendermos por cavalheiros exclusivamente os detentores do poder político e econômico, pois de outro modo seria forçoso concluir na total desconformidade dessa crença ante o amplo espectro de embates cotidianos que se dão no seio social - alguns lutando para ter (ainda mais), outro lutando simplesmente para sobreviver. São indivíduos que, conquanto excluídos das deliberações políticas, são diretamente afetados por elas e não têm força para se contrapor a elas — toda tentativa é massacrada pelo braço armado do Leviatã e suas normas penais. Uma passagem da canção "Hino de Duran", de Chico Buarque, ilustra bem esse dilema:

Se pensas que burlas as normas penais
Insufilas agitas e gritas demais
A lei logo vai te abraçar infrator
com seus braços de estivador

Kelsen encabeça uma visão de positivismo, a denominada "tese da separação", que se caracteriza por uma *dimensão conceitual* da ideia de direito — e não meramente descritiva — na qual identificar o que é e o que não é direito numa dada comunidade constitui um fato social inerente a ela. Assim, o positivismo será correto enquanto uma certa comunidade puder estabelecer como direito a um conjunto de normas ou processos de tomada de decisão cujo caráter jurídico não dependa de sua correção moral.

Noutros termos, mesmo não existindo uma conexão necessária entre princípios morais e proposições jurídicas, nada impediria que houvesse uma relação de dependência da segunda à primeira, ou, ademais, a total coincidência das duas esferas. O que determina o que é direito, portanto, são os fatos sociais — e não argumentos morais. O problema desta formulação é que, no extremo, até uma decisão isolada de um líder carismático — o "Führerprinzip" ou "vontade do Führer",

p. ex. —, bastaria para instituir o direito, de modo que, no processo decisório, as regras poderiam ser descartáveis⁴³.

Já para Joseph Raz, o positivismo é uma *tese descritiva* das divergências entre direito e moral na qual a *regra de reconhecimento* em qualquer comunidade deve demarcar os limites de cada esfera — pois se ambas em tudo coincidissem, então o sistema jurídico dessa comunidade não poderia ser descrito como positivista. A moral, por conseguinte, seria mais um dentre os diversos fatores extrajurídicos e, via de regra — nem precisaria ser um caso extremo como na corrente conceitual —, um direito moralmente inócuo, ou econômico e politicamente desastroso, poderia, ainda assim, ser direito.

Se a ideia de reconhecimento — isto é, a referência a critérios que permitam distinguir as normas jurídicas de outras normas — é inerente a uma concepção positivista de direito, esta se assenta, conforme Frederick Schauer, no conceito de *isolamento sistemático* — e não na separação entre direito e moral.⁴⁴ Nesse ínterim, um limitado conjunto de normas circunscreveria a tomada de decisões, delimitando o que é potencialmente relevante, e o sistema jurídico como um todo é considerado a "instanciação" de suas justificações subjacentes. Schauer defende um modelo atrincheirado de tomada de decisões no qual olvidam as razões subjacentes das regras — o que se mostrará adiante ser completamente averso às pretensões da criminologia crítica.

1.2.1. Os níveis de depuração normativa de Hans Kelsen

Pressupor uma Ciência Jurídica exige, para a Teoria Pura do Direito, a determinação dos princípios metodológicos necessários para se estabelecer um objeto teórico que lhe seja autônomo e sistemático, isto é, as condições de possibilidade do saber jurídico e as diretrizes que lhe são particulares. Noutros termos, dever-se-ia operar a completa libertação do Direito das categorias que lhe são externas, epistemologicamente se restringindo, pois, a descrever o que é ele e como ele é, sem qualquer pretensão de justificá-lo ou mesmo de transformá-lo tendo em conta aspectos que não lhe dizem respeito.

⁴³Ibidem, p. 261.

⁴⁴Ibidem, p. 262.

A partir dessa perspectiva metodológica de purificação, assim a produção como o ajuizamento das normas jurídicas corresponderiam a elementos da Política Judiciária e, destarte, alienígenas ao objeto do Direito, porquanto inviabilizariam a estrita separação entre ideologia e verdade. Este seria o inarredável equívoco do jusnaturalismo que lhe precedeu na medida em que tentou instrumentalizar um padrão axiológico ("justiça") hábil a ditar e legitimar o conteúdo das normas jurídicas, quando a teoria jurídica deveria se incumbir exclusivamente de analisar o direito posto enquanto realidade normativa sem, portanto, doutrinar a ação política dos juristas⁴⁵.

Alinhado ao ponto de vista kantiano, Kelsen reconhecia que a Ciência Jurídica produziria o seu próprio objeto ao percebê-lo como totalidade significativa que, num momento antecedente (pré-científico), constituiria uma pluralidade caótica de normas positivas carecedoras de sistematização para a construção de um sentido uniforme dentre as possibilidades de significados que alternativamente se apresentam. Essa produção do objeto científico, contudo, encontraria o seu limite no campo gnoseológico, posto que impedido de adentrar na circunscrição da elaboração e aplicação do Direito.

Não haveria qualquer condicionamento por parte da ciência jurídica em relação às escolhas das significações das regras positivas pelos órgãos judiciais, distanciando, assim, o enunciado (texto legislativo) do seu discurso (significado). Isso posto, ressalta Warat que a Teoria Pura exaltaria uma separação maniqueísta entre normas e juízos - o primeira, de caráter prescritivo, resultante da produção legislativa, e o segundo, de feição descritiva, realizado pela Ciência do Direito -, de modo que esses juízos seriam meras proposições destituídas de efeito juridicamente vinculante⁴⁶.

A superação de toda espécie de sincretismo metodológico, ademais, constitui alicerce fundamental do processo de purificação, demandando um distanciamento de outras áreas do saber que, de alguma forma, também se debruçam sobre os fenômenos jurídicos - a exemplo da Sociologia e a Psicologia. Para tanto, sustenta um afastamento paradigmático das teorias dogmáticas do Direito de categorias metafísicas típicas do Direito Natural por eivadas de um arcabouço inundado por

⁴⁵WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: UFSC, 1983. p. 27.

⁴⁶Ibidem, p. 30.

critérios de justiça enraizados numa visão a-histórica - e, por isso mesmo, retórica - dos fenômenos jurídicos, que suplanta qualquer possibilidade de sistematização científica. A sua crença, herança do positivismo científico, é a de que o status científico das ciências sociais dependeria diretamente da aproximação de seus resultados, na medida do possível, ao ideal de objetividade e exatidão.

Essa concepção, ou seria melhor dizer ilusão, termina por ignorar as funções sociais intrínsecas a toda ciência, não obstante reconhecendo à Sociologia Jurídica como espaço apropriado para essa perquirição. E isso porque o discurso científico é edificado por uma série de evocações da prática institucional que atuam como "gramática evocativa" ainda que tais evocações permaneçam ocultas ou esquecidas, de forma que elidi-las significa mitigar exponencialmente a visão acerca dos processos de significação jurídica e subjugar o conhecimento a uma nova retórica legitimadora das mesmas funções (políticas) que se almejava depurar⁴⁷. Dá-se, implicitamente, sobre a forma jurídica, um discurso de legitimação de uma determinada modalidade de poder.

O eixo elementar da Teoria Pura repousa numa análise metodologicamente imanente que, autolimitando a Ciência do Direito a um sistema de relações normativas, exclui a alusão a quaisquer fatores extrajurídicos rodeados por obscuras aspirações ideológicas. Para a concretização de seu intento, Kelsen delinea então cinco níveis de purificação que se interrelacionam a caminho do mesmo propósito: apartar o joio do trigo, quer dizer, expurgar o que é valorativo do que é verdadeiramente científico a fim de compreender o sistema normativo à revelia de toda sorte de referências ético-transcendentais.

É a Dogmática Jurídica, por conseguinte, o objeto de conhecimento da Teoria Pura, pelo que se arroga na elucidação do significado de uma concha de conceitos que irradiam as próprias condições de possibilidade do conhecimento dogmático, a exemplo do conceito de pessoa e de sujeito de direito - tomados como estruturas universais do direito positivo. Mas Warat adverte que a Teoria Pura, ao tempo em que desempenha o papel de dogmática geral, refletindo sobre suas inconsistências, compõe também um discurso epistemológico dessa dogmática, de modo que, a priori, não se confundiria com ela⁴⁸.

⁴⁷Ibidem, p. 32.

⁴⁸Ibidem, p. 34.

O que torna possível a permanência do saber dominante é o seu potencial para ocultar os pressupostos e razões epistemológicas do pensamento crítico a favor dos seus próprios pressupostos e razões. Tal estratégia argumentativa Warat denomina "Processo de Recuperação Ideológica"⁴⁹ para assentar a imprescindibilidade de atualização de um saber bem como a função ideológica das redefinições operadas, à medida em que o processo de reorganização do conhecimento é governado por razões para além da lógica estritamente jurídica. Esse processo de recuperação ideológica dos discursos críticos é levado a cabo sobretudo pelas faculdades de direito, como na execução de atividades que, embora se arbitrem "críticas", simplesmente reverberam a racionalidade positivista e afixam o saber jurídico dominante, ainda que inconscientemente. O mesmo se dá pelos controles burocráticos que estabelecem critérios hierárquicos condicionadores e limitadores da crítica institucional.

O imbricamento da epistemologia com a ideologia repele, portanto, a ilusória possibilidade de pureza metodológica alheia às necessidades de acomodação, no interior do conhecimento científico, das significações ideológicas às transformações das condições materiais da vida social. Ao se desconfigurar enquanto instância crítica da Dogmática Jurídica, a Teoria Pura se apresenta como mera atualização desta dogmática, isto é, de recuperação ideológica, passando ela mesma a se arvorar como necessário objeto de crítica. Essa teoria crítica, se almeja fazer jus ao predicado, requer um diagnóstico dos efeitos sociais da egocêntrica acepção normativista do direito como saber substancialmente técnico para fazer emergir as funções ideológicas encobertas pela fetichização desse discurso jurídico que se assenta na absoluta primazia da lei sob o pretexto de satisfazer uma garantia aos indivíduos. Desnudar o Direito, portanto, como uma das ferramentas de realização de um determinado projeto político do Estado⁵⁰.

1.2.1.1. O primeiro nível de purificação: política e ideológica

A rígida separação entre direito e política, distanciamento os saberes próprios ao Direito das tradicionais formulações jurídicas voltadas à explícita defesa de um certo interesse social e ao balizamento do conteúdo normativo, constitui o primeiro

⁴⁹Ibidem, p. 35.

⁵⁰Ibidem, p. 39-40.

estrato metodológico de purificação proposto por Kelsen. O seu intento, nesta etapa, é frustrar a subserviência do Direito às conveniências cotidianas, alijando o seu objeto de valorações ideologicamente arquitetadas. Não competiria, pois, à Ciência Jurídica, tentar resolver os conflitos sociais ou se manifestar partidária ou não daqueles que estão no poder, mas tão somente perfazer uma análise estrutural do Direito Positivo, como ele realmente é - e não como se tornou o que é. Ao conhecimento se justaporia a vontade, posto que o primeiro se fincaria no elemento racional ao passo que o segundo no elemento emotivo, é dizer, noutra interesse que não a busca da verdade.

Warat assinala que, para entender essa elucubração, é preciso ter em mente a ambiguidade e imprecisão do conceito de política que empregado por Kelsen, o que se explicaria na intenção de diferenciar a atividade criadora das normas dos desejos dos indivíduos em relação à produção do Direito. Política se ligaria, portanto, às fontes produtoras do Direito, pelo que o jurista austríaco se abstém de comentar o papel político desempenhado pelo Direito na sociedade, inclusive dos órgãos legislativos e judiciais - cujas funções não se adstringem a meramente legislar ou aplicar a legislação ao caso concreto⁵¹, mas em especial reproduzir a marginalidade social.

Ademais, Kelsen insiste que numa visão idealista de que a política é uma atividade finalisticamente orientada a valores, a uma ideia de justiça, sem qualquer malícia. Ocorre que, se a política for intrinsecamente sinônimo de justiça, não haveria razão para se problematizar as funções de dominação manobradas pelas estruturas políticas. Também a sua concepção de ideologia, tomada como uma falsa teoria, deixa de lado sua inserção material nas relações sociais. Pretende, assim, suprimir os efeitos significativos do poder nos discursos da Ciência Jurídica como condição indispensável de sua significação ao invés de analisar e por em questão tais efeitos. À medida em que a objetividade e a neutralidade são postulados perseguidos pela Teoria Pura, verte-se uma completa alienação da ciência jurídica por ser tomada como um conjunto de enunciados sem enunciadores.

Sublinha o autor da Teoria Pura que a objetividade teria melhores condições de ser alcançada em períodos de estabilidade social, quando as ideias teriam uma proeminência em relação ao poder. O seu discurso epistemológico racionalista,

⁵¹Ibidem, p. 43.

todavia, atua exatamente ao inverso ao legitimar o consenso em torno do monopólio do exercício do poder pelo Estado, valendo-se, para tanto, de artifícios metafísicos que lhe atribuem intrinsecamente a natureza de bom governo, de justiça. É o Direito Positivo, pois, condição de existência para uma certa forma de organização social (capitalista), cumprindo a função mítica de justificar a coação estatal como resposta ética aos desvios ou comportamentos indesejáveis e, concomitantemente, ocultar o papel ideológico operado no interior da Ciência Jurídica⁵².

Incorrendo a ideologia, para Kelsen, na falsificação da verdade para atender expedientes que são estranhos à ciência, e, por conseguinte, um empecilho à objetividade, acreditava na possibilidade de se estabelecer um processo racional de depuração de falácias. Mas se por ideologia se entender qualquer contraposição a uma realidade causalmente determinada ou sua descrição, então o normativismo jurídico também se apresenta como ideologia.

Kelsen sustenta uma realidade jurídica oposta a uma realidade natural, mas que deve ser igualmente descrita em termos científicos, é dizer, sem a influência de juízos subjetivos. Assim, as teorias da justiça seriam nada mais que ideologia ao tentar vincular o Direito a um ideal eticamente superior. Só seria possível haver uma Ciência do Direito sendo ela anti-ideológica, pois dados de procedência axiológica imporiam um obstáculo intransponível à pretensão de cientificidade. Ocorre que um conhecimento científico, segundo Warat, é aquele capaz de tematizar as próprias significações ideológicas - e não fingir que elas não existem, numa espécie de mito epistemológico, como o faz a Teoria Pura⁵³.

O sentido normativo é fruto de um complexo processo de constituição significativa, no qual os textos legislativos se situam como alvo significativo de um jogo bastante sutil de solidariedades. Estas, por seu turno, são determinadas pelo saber acumulado aliado às práticas institucionais dos órgãos investidos de autoridade. Kelsen pensava ser possível ouvir a língua fora do poder, mas a significação que é operada pelo Direito advém sempre de um ato político que previamente define, inclusive, quem pode ser ouvido, de modo que a ciência necessariamente deve ser analisada a partir do contexto social e dos compromissos que alberga institucionalmente. A Teoria Pura, no entanto, exalta o controle lógico e

⁵²Ibidem, p. 45.

⁵³Ibidem, p. 48.

negação do contexto social como condição *sine qua non* para a constituição do discurso científico.

Ao passo que a Sociologia do Conhecimento se propõe a explicitar os fatores socialmente condicionantes do conhecimento, o objetivo da Epistemologia da Ciência é por em claro a relação entre o saber produzido e a sociedade ao sistematizar os efeitos sociais da produção de um conhecimento legitimado como científico. Warat destaca, com eloquência, que por trás de toda teoria científica se alberga uma teoria social e política que fatalmente é transposta ao campo científico e, desta feita, escolher uma ciência apartada da ideologia é já a manifestação valorativa quanto à função a ser por ela desempenhada em relação às práticas sociais - qual seja, a manutenção do *status quo*⁵⁴.

É a Semiologia do Poder quem pode trazer *significantes* contribuições para se compreender a simbiose entre discurso jurídico e poder ao por em evidência os efeitos dos discursos nas sociedades ao invés dos efeitos sociais dos discursos. O poder que detém Direito se exerce *pari pasu* com o ocultamento da dimensão política de sua linguagem - alçada a uma posição meramente descritiva cujo único fim seria a adequação dos enunciados à conduta tipificada. É o saber jurídico, então, vestido com os trajes incólumes da academia sob a incumbência de uma casta de doutores comprometidos unicamente com a reprodução do sistema e, conseqüentemente, do próprio poder, ao negarem o caráter jurídico do político e a dimensão política do direito. São esses juristas, via de regra, conduzidos por um senso comum teórico que absorve as representações costumeiras das práticas cotidianas bem como os critérios epistemológicos institucionalizados pelas ciências sociais, o que os leva a propagar a crença na neutralidade do conhecimento construído pela ciência.

Uma teoria crítica do direito pressupõe, portanto, a correlação entre saber e dominação para deixar explícito as implicações do saber jurídico sobre as relações sociais. Daí porque é imprópria a separação erigida pelo normativismo jurídico entre a lei o saber acerca dela na medida em que estabelece uma desvinculação do indivíduo para com órgãos dotados de poder decisório, no qual o direito é dissociado da coerção estatal como se o Estado não fosse a expressão das relações de poder. Em vez de cair no mesmo engodo de uma purificação ideológica, para Warat a

⁵⁴Ibidem, p. 51.

crítica deve levar a cabo a exteriorização das funções sociais do senso comum teórico⁵⁵.

1.2.1.2. O segundo nível de purificação: o anti-jusnaturalismo

Passado o primeiro depuramento metodológico, Kelsen aduz a impossibilidade de se instituir um critério supralegal de validade do Direito Positivo, é dizer, da ideia de justiça. Assim, a Ciência do Direito seria absolutamente incompetente para avaliar se uma determinada norma é ou não é justa porque não se mostra factível um consenso científico a esta indagação. A crítica de Kelsen tem seu fundamento: o conteúdo do Direito Natural é apresentado como intuitiva auto-evidente, porque extraída de um tal "natureza humana", mas corresponde, em verdade, à concepção abstrata de cada um.

Destarte, somente as condições objetivas de validade do direito positivo poderiam ser objeto da Ciência Jurídica, estando elas atreladas a uma norma básica da ordem jurídica - e não a postulados de justiça. Essa norma gnosiológica é hipotética e fundamental, pois conquanto não posta, é pressuposta, e estabelece as condições de produção de expressões com significação jurídica, é dizer, a regra de formação dos enunciados da Ciência do Direito⁵⁶.

O fundamento último da ordem jurídica assume então uma configuração lógica, e não valorativo, como outrora. A validade do Direito já não se lastrearia no voluntarismo de uma doutrina metafísica, excluindo toda instância transcendente como critério de validade. E isso porque, levando em conta o relativismo axiológico dos postulados jusnaturalistas, poderiam coexistir normas de justiça contraditórias entre si, levando a uma insuperável ambiguidade ante a inexistência de um critério unívoco de validade.

1.2.1.3. O terceiro nível de purificação: o anti-naturalismo

Reverter o sedutor sincretismo metodológico, a conjugação de princípios e categorias pertencentes a outras áreas do conhecimento, é a terceira chave do

⁵⁵Ibidem, p. 56.

⁵⁶Ibidem, p. 60.

processo de purificação cunhado por Kelsen para delimitar um campo próprio para a Ciência do Direito.

O autor da Teoria Pura distingue as ciências da natureza das ciências da sociedade tendo em vista a especificidade de seus saberes, é dizer, o plano dos princípios constituintes inerentes a cada uma delas: enquanto as investigações levadas a cabo pelas naturais são regidas pela causalidade, por uma conexão de causa e efeito entre dois elementos do real, as sociais operam pelo princípio da imputação que, embora também seja expresso por um enunciado condicional ("se...então"), a conexão entre os elementos se dá por um critério de retribuição - premiando a conformidade e punindo o desvio.

Dessa forma, as ciências sociais, inclusive a ciência jurídica, sempre trariam consigo um emaranhado de enunciados normativos que conferem sentido ao comportamento dos indivíduos, diferenciando-se entre si pelo tipo de consequência a ser imputada - se moral, religiosa ou jurídica, objetos respectivamente da Ética, da Teologia e da Ciência Jurídica⁵⁷. Mas as duas primeiras, ao contrário desta última, seriam inexoravelmente passíveis de um tratamento jusnaturalista já que se fundam sobre alicerces metafísicos.

Para a definição temática do campo das ciências sociais, Kelsen refuta a ideia de que o saber produzido por estas teria por base as relações humanas, porquanto a convivência entre os indivíduos se compreenderia como parte da natureza e, assim, interno à causalidade. São as normas que disciplinam a conduta humana que interessam às ciências sociais, de modo que tanto a História, a Psicologia e a Sociologia não integrariam propriamente este grupo porque, assim como a Química e a Física, regulam-se pelo princípio da causalidade, ainda que sob graus variados. Nesse sentido, apenas as ciências normativas da sociedade fariam jus, de fato, ao epíteto de ciências sociais⁵⁸.

A Ciência do Direito é, à vista disso, classificada como Ciência Social normativa: centra-se na conduta humana exigível pela ordem jurídico-normativa, e não como ela efetivamente se realiza. Logo, imiscui-se de qualquer interesse pela explicação dos motivos e fatos que determinam a produção e a eficácia de uma determinada lei na medida em que essas averiguações se perfazem no plano da causalidade - que, conforme acima ressaltado, contemplaria o campo das ciências

⁵⁷Ibidem, p. 67.

⁵⁸Ibidem, p. 68.

sociais *lato sensu*, como a Sociologia e Antropologia. A Teoria Pura, por conseguinte, volta-se exclusivamente a delinear as condições metodológicas da Ciência Jurídica, isto é, a forma de se precisar o sentido que a normas legais impõem à conduta dos indivíduos.

Essa significação dêontica (dever-ser) está diretamente vinculada à norma fundamental, a qual Kelsen atribui múltiplas funções a sustentar o seu modelo teórico: enquanto referencial último das normas positivas, asseguraria não só a unidade do sistema, como também as regras de formação genérica da linguagem normativa, de tal forma que apenas as proposições que preenchessem as suas condições poderiam ser validamente consideradas como jurídicas⁵⁹.

O apelo à *Grundnorm* constitui, assim, requisito indispensável à interpretação jurídica - significando, na acepção Kelsen, a organização sistemática da significação normativa -, que atribuiria uma qualificação objetiva à conduta humana - como se a redação dos próprios termos empregados pelo Direito não se revestissem de uma opção política. Por sua vez, critérios extranormativos de validade são renegados uma vez que relação de imputação desempenharia uma função eminentemente dêontica na qual a sanção seria mera consequência lógica de um dever não cumprido.

1.2.1.4. O quarto nível de purificação: o *intra-normativo*

Se as ciências sociais propriamente ditas ou imputativas, em contraposição às causalistas, são lastreadas essencialmente pela normatividade, necessário se faz demarcar as especificidades que outorgariam autonomia científica ao campo jurídico - que seria, para Kelsen, o saber social por excelência⁶⁰.

Warat aponta o erro em se atribuir ao contratualismo ou consenso entre indivíduos, a uma hipotética delegação da coerção, a fonte de legitimidade do Estado moderno. O seu real fundamento reside na legalidade, é dizer, o monopólio da coerção sob o império do Direito, de modo que o Estado é, pois, o produto de um conflito de forças que se opera para além dos órgãos revestidos de autoridade. Assim, tem-se que o poder não se exerce apenas por meio da força, mas também pela posse dos instrumentos de produção e dos instrumentos de formação de ideias,

⁵⁹Ibidem, p. 70.

⁶⁰Ibidem, p. 81.

marcando-se o Estado capitalista pelo trinômio coerção/produção/ideologia. É imprescindível tomar em consideração as interrelações entre essas três esferas do poder para desvelar as funções latentes do Direito e que se encontram camufladas⁶¹.

A sanção, para Kelsen, constitui-se na privação, feita de forma devida pelo Estado, de certos bens - uma imputação devida. Essa definição, contudo, é ela mesma extra-normativa, porque se origina de um estado empírico dos ordenamentos jurídicos existentes e não de uma análise estrutural interna de uma ordem normativa particular. Logo, só é possível estabelecer o sentido de sanção caso ela seja relacionada com as próprias normas, pois do contrário seria forçoso reconhecer a referência a um sistema de valores e evocar a ideia de um prejuízo⁶².

1.2.1.5. O quinto nível de purificação: o monista ou anti-dualista

Enfim, após ultrapassados os outros quatro estratos do seu projeto metodológico de purificação, Kelsen se contrapõe às concepções dualistas de produção do Direito, alinhando aos cânones cartesianos. Nega, pois, a divisão entre Direito Público e Direito Privado e sustenta a total identificação entre o Direito e o Estado - ambos conectados pelo bem comum assegura pelo monopólio da força por instituições neutras - e suprime a clássica distinção entre normas naturais e normas positivas, uma vez que apenas estas efetivamente existiriam no plano jurídico.

A principal característica de uma teoria monista do Direito é afirmar que um conceito jurídico de Estado apenas se perfaz através de uma abstração que restringe a sua ordem jurídica, de modo que os órgãos do Estado produzem as normas e o Estado produz o seu Direito, dispensando-se qualquer alusão a uma “vontade do Estado” já que esta se mescla com a ordem jurídico-positiva. Opõe-se, portanto, à noção jusnaturalista de que o Estado é um entidade metafísica e necessária para entendê-lo enquanto forma contingente da organização social⁶³.

A Dogmática Jurídica cumpre, nestes termos, o papel de legitimação da ordem normativa ao desvencilhar as pessoas das condições sociais em que vivem, justificando as formas de governo por meio de categorias técnicas que apelam ao

⁶¹Ibidem, p. 93.

⁶²Ibidem, p. 96.

⁶³Ibidem, p. 112.

inconsciente dos juristas, tornando-se mera retórica. São as práticas constituintes da materialidade institucional do Estado, pois, que demarcam parte do conteúdo significativo das normas, de modo que ignorar tais práticas resulta num conhecimento muito pobre acerca dos sentidos das normas. Sendo as normas jurídicas elementos codeterminantes das relações sociais, o conhecimento Direito e sua função na sociedade andam lado a lado.

1.2.2. O positivismo atrincheirado de Frederick Schauer

Professor da Harvard Law School, Frederick Schauer é possivelmente a principal voz contemporâneo do positivismo jurídico. Ele se propõe a definir a natureza filosófica das regras prescritivas dentro do universo jurídico e desenvolver a assertiva de que decisões completamente errôneas podem ser tomadas em casos concretos com base nessas regras, marcadas que seriam por uma *generalização probabilística dura*.

Não obstante acredite na possibilidade de se identificar nessas regras prescritivas o que é e o que não é relevante, obtempera que elas mesmas se fundam em generalizações descritivas que elevam sobremaneira as chances de erro e que, do ponto de vista de suas justificações subjacentes, serão sub ou sobreincludentes, seja atual ou potencialmente⁶⁴.

Distingue, ademais, entre dois modelos de generalização: o *conversacional*, segundo o qual as generalizações sub e sobreincludentes são adaptáveis às necessidades exigidas pelo contexto, e o *atrincheirado*, que não teria essa mesma flexibilidade – e que seria a forma específica aplicada à tomada de decisões por regras, uma vez que subministraria razões para as decisões enquanto generalizações sem, portanto, qualquer relação com as razões apontadas por suas justificações subjacentes. É dizer: desprende a regra da motivação originária para sua criação de modo a privilegiar a sua completa abstração.

Schauer pretende ir ao encontro das fontes desse atrincheiramento que sustentaria as regras e, para tanto, procede à análise da relação entre regras, formulações de regras, linguagem e significado e também no que se baseia a afirmação de que o significado da formulação real ou potencial de uma regra é essencial para compreender sua força.

Para explicar o funcionamento da linguagem e das regras ele recorre a algumas pistas oferecidas por Wittgenstein acerca das diferenças entre semântica e pragmática e, posteriormente, delinea melhor a interação entre uma "instanciação" e sua "justificação subjacente" para demonstrar que somente quando a instanciação é atrincheirada é que se pode falar em decisão baseada em regras.

⁶⁴SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 53.

1.2.2.1. A natureza das regras

Schauer delimita *a priori* a espécie de regras com a qual pretende trabalhar: as *regras regulativas*, que pertencem à classe das *regras prescritivas*, e que carregam um conteúdo semântico normativo direcionado a normalizar, a exercer uma pressão sobre a conduta de agentes com capacidade de tomar decisões com o fim de reforçá-las ou modificá-las, como o são as regras do próprio Código Penal. Aquelas duas se diferenciam, por sua vez, das *regras descritivas*, que retratam regularidades ou generalizações empíricas e não se destinam a orientar condutas, como, por exemplo, o enunciado de que "As águas das praias do Nordeste são quentes o ano inteiro".

As já mencionadas regras prescritivas podem ser subdivididas ainda em outras espécies. Uma dessas são as *instrutivas*, que se prestam a fazer indicações sobre como se proceder para obter êxito numa determinada empreitada — o exemplo típico são os manuais de instruções para montagem de um móvel ou uma revista de receitas. Seu caráter é meramente optativo, pois as instruções só se aplicam caso o agente realmente queira realizar uma tarefa com sucesso e apenas se tal atividade for de natureza eletiva, discricionário e, portanto, evitável caso o agente não tenha mais interesse em levá-la adiante, posto que as instruções são hipóteses cujas cláusulas condicionais só valem para quem vai ao seu encontro — quem queira montar um berço seguro ou fazer um cupcake igual ao do modelo ilustrado na revista⁶⁵.

São optativas porque a sua força está diretamente vinculada à probabilidade de se atingir o resultado desejado. Se a receita sugere que, para uma massa mais consistente é indicada a adição de uma porção maior de um certo ingrediente, se o paladar do indivíduo preferir algo menos consistente então a instrução poderá ser ignorada sem qualquer prejuízo, pois não se almeja atingir o ponto recomendado pela receita. Se a revista nada dissesse a respeito da consistência da massa, limitando-se a informar a quantidade padrão dos ingredientes, mas tendo o cozinheiro já preparado o mesmo prato em outras ocasiões e percebido que com dois terços do material indicado o resultado final tivera sido melhor, poderia decidir

⁶⁵Ibidem, p. 60.

que, *neste caso*, as regras de experiência devem prevalecer em detrimento das regras de instrução.

Uma *regra prescritiva regulativa* de trânsito seria do tipo "Use sempre cinto de segurança quando estiver dirigindo", enquanto que "Faça sempre a revisão do veículo antes de viajar" seria uma *regra prescritiva instrutiva*, um conselho recomendável para quem pretender evitar eventuais falhas mecânicas durante a viagem e chegar em perfeitas condições ao destino traçado. O fato de uma regra não ser de todo optativa exerce uma pressão normativa que a converte numa razão para ação, independente do caso concreto e se ela é, de fato, a melhor alternativa. Ainda que seja circunstancialmente seguro dirigir a mais de 60km/h (sessenta quilômetros por hora) numa determinada hora numa certa avenida da zona urbana, se a legislação impõe essa velocidade como a máxima permitida, excedê-la, neste modelo de regras, acarretará invariavelmente a sua violação.

Mesmo que as justificações subjacentes plausivelmente assentassem que um resultado lesivo não se produziria, a simples existência de uma regra imperativa seria o bastante para que se estabelecessem razões para a ação conforme o que ela prescreveu. Existiriam, todavia, situações nas quais seria admissível agir de outro modo — a ambulância que excede o limite de velocidade para transportar uma pessoa gravemente ferida até um hospital, por exemplo. A essa altura, Schauer remete a uma catalogação doutrinária que distingue entre "infração de um direito" e "violação de um direito", cuja diferença se daria pela total injustificabilidade da segunda⁶⁶.

Entender as regras imperativas como *prima facie* ante as demais, contudo, pode provocar alguns sérios equívocos:

(1) Que a razão que a regra subministra decai quando é superada por uma razão mais forte e, desta forma, a insuficiência da regra para um dado microcosmo a anula macroscopicamente quando, em verdade, ela pode continuar sendo suficiente para diversos outros;

(2) Que deve existir uma razão de peso substancial, quando as razões podem ter muito peso e nem por isso serem substanciais, pois ainda que débeis e, portanto, com pouca força ante as razões em contrário, continuariam a serem qualificadas como razões.

⁶⁶Ibidem, p. 61.

Para se precaver destas imprecisões conceituais, o professor norte-americano assinala a necessidade de se distinguir a capacidade de um fator para oferecer uma razão para a ação do relevante questionamento acerca do que é que se deveria fazer⁶⁷. O importante, até aqui, é saber que, ao revés das regras de experiência, as regras prescritivas imperativas, pelo só fato de existirem, exercem pressão normativa sobre a conduta do agente.

As *regras regulativas* também são frequentemente distinguidas por filósofos do Direito das ditas *regras constitutivas*: aquela rege condutas previamente existentes, enquanto esta constitui atividades que de outro modo não poderiam sequer existir. Um exemplo do primeiro tipo é a regra que estabelece em 60km/h o limite máximo de velocidade máxima permitida e que só faz sentido se alguém, previamente, estiver dirigindo um veículo. O mesmo se pode dizer das regras de Direito Penal, que preveem tipos de condutas que, para serem punidos, precisam antes serem realizadas ou pelo menos tentadas — matar alguém, por exemplo. Uma regra do segundo tipo, por seu turno, seriam aquelas próprias de um jogo, no qual a possibilidade de qualquer das partes ganhar é ditada por tais regras, assim como aquelas expressas pelo estatuto de uma sociedade comercial ou pela gramática de uma língua. Apesar de Schauer não descartar por completa essa subdivisão — como o fez outro positivista, Joseph Raz —, assinala que essa divisão é muito obscura e perde muita de sua relevância na medida em que tais regras, inobstante constitutivas num momento inicial, acabam assumindo posteriormente uma função regulativa de condutas previamente existentes⁶⁸.

Conquanto a pressão normativa da regras se oriente em duas direções — ou proibir ou exigir um conduta —, o autor adverte que isso não equivale a dizer que a lógica das normas é equivalente posto que a negação da proibição é tanto uma obrigação quanto uma permissão. Noutros termos, "o universo deontico é um conjunto em que proibição e obrigação são os polos positivo e negativo de uma escala contínua que contém a propriedade de *força*", a qual advém das sanções homólogas às atitudes dos destinatários em relação às regras, ou seja, das condições que circundam sua aplicabilidade, aceitação e efetivação. Nesse sentido,

⁶⁷Ibidem, p. 62.

⁶⁸Ibidem, p. 64.

quanto mais incisiva for a pena, mais obrigatória se faria a norma, porque optar por seu descumprimento seria um cálculo menos vantajoso⁶⁹.

Ainda que as obrigações formais possam ser convertidas em opções da mesma forma que as sanções podem converter as permissões formais em obrigações, pagar uma multa por algo que é proibido — estacionar na vaga para deficientes, por ex. — não é o mesmo que pagar o preço de uma coisa que é permitida — como comprar um carro. As regras existem no interior de sistemas complexos da comunicação e controle e, portanto, não podem ser compreendidas sem que se faça referência às suas próprias condições externas.

Assalta-se, à toda vista, dúvidas sobre a natureza das regras — se entidades linguísticas ou fenômenos comportamentais — e de sua força normativa — se emana do seu significado, de seu poder sancionador ou da atitude de seus destinatários. O certo é que uma imensidão de *fatores de fato* influenciam a tomada de decisões além das próprias regras imperativas, mas estas tornam certas condutas mais (se permitidas) ou menos (se proibidas) elegíveis do que se tais regras não existissem⁷⁰.

É contingente a relação entre as regras e o sistema jurídico, uma vez que certa decisão conforme regras é tão somente uma dentre as várias formas possíveis de decidir, até porque a maioria dos conflitos nem chegam à alçada do Judiciário. Nesse sentido, até mesmo Schauer sublinha que a concepção de regras por ele desenvolvida não necessariamente deve ser adotada em todas as esferas do sistema jurídico, havendo espaço também para a tomada de decisões substancialmente livres de regras — como ocorre nos procedimentos de arbitragem, mediação e conciliação. Tem-se, assim, que o processo de tomada de decisão baseado em regras não é o todo, mas apenas um dos subconjuntos que a deliberação judicial comporta. Também não se limita à esfera jurídica — perpassa inúmeras áreas da vida social.

Em síntese, nas palavras de Schauer:

As regras não só não permitem explicar por completo o funcionamento dos sistemas jurídicos, como, por outra parte, explicam muitas coisas que ocorrem fora dos sistemas jurídicos. (...) As regras regulativas se intrometem em muitos rincões de nossas vidas e, por isso, sucede como simplesmente errôneo supor que somente conformam a peculiar região dessa porção de nossa existência que descrevemos como "o direito"⁷¹.

⁶⁹Ibidem, p. 65 (tradução literal).

⁷⁰Ibidem, p. 67.

⁷¹Ibidem, p. 69 (tradução livre).

Se decidir por regras não é a única forma que a deliberação judicial pode tomar, e se mesmo no seio social — igrejas, clubes, associações —, portanto "fora do direito", é comum o uso de regras regulativas, uma questão central é lançada: se e em que medida se deve institucionalizar esse modelo decisório a partir do sistema jurídico, dado que o direito não se constitui apenas de regras?

1.2.2.2. *As generalizações sub e sobreincludentes*

As generalizações — como "Correr faz bem à saúde" ou "Dormir poucas horas provoca olheiras" —, ainda que sejam válidas para a maioria dos casos, não o são para todos. Tentar superar esse déficit com o emprego de uma linguagem hermética, contudo, não serviria aos propósitos da fala ordinária, pois ao cabo as generalizações são apenas probabilidades estatisticamente justificadas entre causa e efeito e que têm, portanto, um considerável valor preditivo — e não verdades universais invariáveis⁷². Quando, num episódio específico, havia probabilidade fática de não se produzir a consequência atinente à justificação da regra, está-se diante de um predicado fático *sobreincludente* da regra.

Se, por outro lado, esse predicado fático der indícios de justificação em situações em que ela é admitida — ser maior de dezoito anos, por exemplo, não significa inexoravelmente um total senso de responsabilidade que confira aptidão para o consumo de bebidas alcoólicas —, existirá uma *subinclusão*, isto é, um estado de coisas foi deixado descoberto em detrimento de outros — seguindo o mesmo exemplo, a inviabilidade prática de saber qual a idade apropriada para autorizar o consumo de álcool.

A generalização, para ser subincludente, não precisa ser meramente probabilística, e a subinclusão pode existir mesmo que o predicado fático de uma regra se conecte apenas probabilisticamente com a justificação. Assim, tal predicado fático será sempre subincludente ou sobreincludente, ou ainda ambos, posto que as generalizações são necessariamente seletivas e, por isso, incluirão propriedades irrelevantes em determinados casos (por ex., subtrair coisa alheia móvel de valor insignificante) e excluirão propriedades que poderiam ser relevantes noutras

⁷²Ibidem, p. 90.

ocasiões (por ex., a ampla exculpação concedida pela Lei do Crime Organizado aos agentes oficiais infiltrados que praticarem crimes no curso da investigação, dando azo a uma verdadeira licença prévia para a cometimento de ilícitos por agentes estatais com o intento de buscar a famigerada "verdade real" a todo custo)⁷³.

É possível fazer generalizações descritivas que nem sejam subincludentes e tampouco sobreincludentes — por ex., "Todos os Papas e padres da Igreja Católica foram do gênero masculino". Todavia, como o mundo é densamente variável, e o que hoje é de uma forma pode mudar no dia seguinte, a possibilidade de que estas generalizações se tornem sub ou sobreincludentes é recorrente e até "a mais precisa das regras é potencialmente imprecisa"⁷⁴, não se podendo descartar a possibilidade futura, ainda que remota, de alguma mulher vir a ocupar a liderança do Vaticano.

Exsurge, neste íterim, o fenômeno da *textura aberta*: a possibilidade ineliminável de vagueza pela qual até os termos aparentemente menos vagos podem se tornar vagos pelo fato de que o conhecimento é continuamente imperfeito e a capacidade humana de apreendê-lo é limitada. Por maior que seja a cautela e a amplitude do campo de observação, um objeto menor ou mais longínquo sempre vai passar despercebido pelo olhar. É controversa a afirmação de Austin de que todos os termos possuem textura aberta, mas pode-se afirmar empiricamente que, frequentemente, as generalizações universais tendem a ser menos que universais, ou seja, probabilísticas ou apenas exemplificativas. Se a generalização é, simultaneamente, uma exclusão e uma inclusão seletivas, quando não se revelar adequada para um certo caso isso irá decorrer ou de sua textura aberta ou pela sub/sobreinclusão previamente conhecidas⁷⁵.

A generalização, ainda assim, é importante para se fazer prescrições por meio de regras, bem como para o processo de descrição. A parte principal de uma regra se denomina "prótase" ou "fatos operativos", que é a *hipótese*, o elemento subordinado que cria uma expectativa para a enunciação do segundo, a "apódose" (ou *consequente*), delimitando as condições fáticas para a aplicação da regra⁷⁶ — p.

⁷³A Lei nº. 12.850/2013, no parágrafo único do seu artigo 13 assim disciplina: "Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa".

⁷⁴SCHAUER, op. cit., p. 94.

⁷⁵Ibidem, p. 96.

⁷⁶Ibidem, p. 81.

ex, "Se matares" [prótase] "serás preso" [apódose], mas que no âmbito da dogmática penal é de uso corrente os termos "preceito primário" e "preceito secundário", respectivamente. Essa generalização precisa abranger todos os membros de uma certa categoria, por mais restrita que seja — "menores de dezoito anos não podem entrar *nesta* boate ou *nesta* sessão de cinema" —, mas não pode ser particularizada — "João não pode entrar *nesta* boate" — sob pena de perder o caráter de regra e se tornar uma *ordem* — i.e. uma proibição ou obrigação particular⁷⁷.

As regras exigem, portanto, a escolha de determinadas generalizações dentre diversas outras logicamente análogas. Neste ponto residem as problemáticas "leis penais de ocasião", que são generalizações a partir de casos particulares. Schauer cita o exemplo de um cão ("Angus") que é levado por seu dono a um restaurante e lá provoca grande tumulto, incomodando os clientes presentes no local. Por essa razão, o gerente desse restaurante resolve estabelecer uma regra imperativa a fim de evitar a repetição do mesmo fato incômodo e, para tanto, busca a propriedade individual que é causalmente relevante para a categoria mais geral — a *justificação*, que, aqui, seria a de eliminar futuros incômodos causados por cães aos frequentadores do restaurante. Nesse caso, a regra é anterior à sua justificação mais geral, uma vez que o particular precede temporalmente o geral.

Essa justificação, ademais, pode ter diferentes níveis, de modo que afastar o referido incômodo pode estar justificado pelo objetivo de propiciar bem-estar dos clientes e essa, por sua vez, pela meta de aumentar o número de clientes e, assim, o lucro do proprietário do restaurante — o que não significa que toda justificação seja (*ou não*), em última instância, utilitarista ou consequencialista, preferindo o autor uma posição agnóstica, inclusive acerca da própria existência de justificações últimas, posto que as implicações de sua teoria das regras se estende tanto a decisões de âmbito moral como a decisões não morais⁷⁸.

Ocorre que o desejo de prescrever uma determinada regra regulativa, embora aparentemente embasada num acontecimento particular, em geral se funda numa "acumulação de experiências ou percepções". A título de ilustração, a Lei 12.737 de 3 de dezembro 2012, apelidada "Lei Carolina Dickman", que alterou o Código Penal Brasileiro para regular em especial a "invasão de dispositivo informático alheio", é

⁷⁷Ibidem, p. 82.

⁷⁸Ibidem, p. 84.

uma boa amostra do que se está a comentar: o "vazamento" de fotos íntimas na internet de uma famosa artista foi o ápice de uma série de semelhantes experiências anteriores de violação da intimidade ocorridas com inúmeras outras pessoas comuns. Mas, sendo a Política Criminal uma escolha política do que se irá ou não criminalizar, é de se questionar porque o Legislativo só se moveu quando uma pessoa famosa de um grande rede de TV passou por situação idêntica à de pessoas comuns, explicitando o seu caráter seletivo inclusive no âmbito da vitimização.

A limitada capacidade de operação (falta de pessoal e equipamentos) das agências de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário) torna inexorável o seu agir de modo seletivo, isto é, decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas, de modo que a seleção não opera só sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados. Esse estado de vulnerabilidade à vitimização não se restringe apenas à classe social, abarcando também outros aspectos, como o sexo (mulheres são menos criminalizadas e mais vitimizadas), a idade (homens jovens são costumeiramente os mais criminalizados, mas a vitimização se difunde também aos adolescentes, crianças e idosos) e a etnia (imigrantes latino-americanos que se encontram em situação irregular e que, por conseguinte, não tem acessos aos mecanismos de justiça para denunciar as infrações das quais são vítimas sob pena da própria criminalização)⁷⁹.

A regra, em suma, é uma generalização percebida como causalmente relevante para se atingir um determinado desígnio que constitui, pois, a justificação da regra. A *relevância causal*, por seu turno, decorre da *probabilidade estatística* — e não de uma certeza universalmente válida — de que, assim procedendo (mediante regras), se possa evitar a repetição de uma situação desagradável ou a sua conservação quando aprazível⁸⁰ — concepções que aparecem, respectivamente, nas teorias preventiva geral negativa (a coação psicológica, e não apenas física, sustentada por Feuerbach) e preventiva geral positiva (a estabilidade normativa de Jakobs).

A seletividade da generalização pode, destarte, provocar a falta de adequação a um caso particular porque pode ser relevante para um e irrelevante

⁷⁹BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 44.

⁸⁰SCHAUER, op. cit., p. 86.

para outro. Schauer nomeia de "experiências recalcitrantes" as três espécies de generalizações que resultam inadequadas, quais sejam⁸¹:

(1) O suporte probabilístico da generalização é incorreto numa circunstância particular;

(2) A suposta universalidade da generalização na verdade não é universal;

(3) Uma propriedade primariamente ignorada se torna relevante.

Numa conversação, cuja marca é a "plasticidade de concessões recíprocas", os participantes podem se adaptar quase instantaneamente aos percalços havidos durante o seu transcurso, pois há uma elevada tolerância à natureza sub e sobreincludente das generalizações probabilísticas — basta que um dos falantes ressalve, de imediato, uma conjuntura que pondera não estar abrangida por uma formulação proposta por seu interlocutor, de modo a refiná-la (quando um diz que "Os presídios estão superlotados de criminosos" e outro retruca que "Os presídios estão superlotados, mas apenas por criminosos pobres").

Enquanto uma regra imperativa, no modelo de Schauer, é cogente tão só pelo fato de existir — e descumpri-la leva à sua violação —, numa conversa é perfeitamente possível acrescentar que, por exemplo, parar no sinal vermelho nas grandes metrópoles durante a madrugada é extremamente perigoso ante a crescente violência urbana e a inospitalidade das ruas neste período do dia — ainda que isso contrarie uma regra de trânsito.

O diálogo imaginário sugerido por Wittgenstein é ainda mais acurado para se compreender a espontaneidade própria da generalização no âmbito conversacional: X pede a Y que ensine às crianças "um jogo" e Y as ensina a jogar dados, mas X retruca que a sua intenção não se dirigia a este tipo de jogo, tentando corrigir a *sobreinclusividade* (abrangência excessiva) de Y. Mal entendidos durante uma conversa são comuns, até porque a simplificação lhe é inerente e a excessiva reclamação por precisão a tornaria muito complexa — e, muito provavelmente, impraticável. É essa sensibilidade e plasticidade, a constante oportunidade de revisar as próprias ideias, que a fazem tomar as generalizações mais como instrumentos do que como obstáculos para encarar o fenômeno da textura aberta⁸².

Esse modelo conversacional, contudo, não reflete a realidade da vida linguística na medida em que as generalizações se apresentam menos como

⁸¹Ibidem, p. 98.

⁸²Ibidem, p. 101.

maleáveis e mais como atrincheiradas, atravancando a adaptação às constantes mudanças no mundo e a recuperação das propriedades por ela olvidadas. Mas a importância do atrincheiramento, comumente um fenômeno psicológico, está em que a maioria das generalizações terminam por serem abertas a outras circunstâncias não previstas⁸³. No modelo atrincheirado, a generalização é válida mesmo nos casos em que não se sustenta sua justificação subjacente — por exemplo, proibir a entrada de cães num restaurante para não aborrecer os clientes, ainda que o cão concretamente considerado seja dócil, quieto e inofensivo.

E se, ao invés de um cão, algum cliente levasse um gato consigo, ainda que a regra seja explicitamente "proibida a entrada de cães", resgatando-se a justificativa que lhe deu causa — evitar incômodos aos consumidores do restaurante — ter-se-ia por incluída, também, a proibição de outros fatores externos que, para além de animais — usar um megafone, por exemplo — interfiram negativamente no momento de lazer dos clientes. Sendo a sub e a sobreinclusividade um fenômeno praticamente ineliminável, a generalização compreenderá, portanto, indivíduos não compreendidos pela aplicação direta da justificação que embasa a regra e, por outro lado, não abrangerá indivíduos que estariam compreendidos pela aplicação direta das justificações da regra. Eis o grande problema que este modelo traz para a compreensão da seletividade dos crimes patrimoniais: ignorar a razão de ser da supertutela do patrimônio, como se fosse mera coincidência a saliente preponderância da repressão a esse tipo de delito numa sociedade capitalista e expressivamente desigual como a brasileira⁸⁴.

1.2.2.3. Os modelos de decisão conversacional e atrincheirado

Ainda que se decidisse esmiuçar uma regra, incorporando-lhe exceções expressas em artigos, parágrafos, parágrafos únicos, incisos e alíneas — como "É proibido matar, salvo em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito" —, ela continuaria sendo

⁸³Ibidem, p. 102.

⁸⁴Segundo relatado pelo BBC Brasil, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2013 demonstra que a renda média dos 8,6 milhões de trabalhadores brasileiros mais pobres é de R\$ 235 por mês ante R\$ 20.312 dos 864 mil situados no topo da pirâmide. Mais informações: < http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/09/140918_desigualdade_ibge_brasil_pnad_rb>. Acesso em 17 jan. 2015.

uma generalização e, nesse sentido, sujeita a uma das três supramencionadas experiências recalcitrantes — insubsistência do suporte probabilístico num caso particular, não universalidade e desconsideração de uma propriedade que se mostra relevante⁸⁵.

Desenham-se, assim, dois modelos de tomada de decisão que, conquanto possam, em alguma medida, chegar às mesmas soluções, têm atitudes diferentes frente às experiências recalcitrantes. No modelo conversacional, altera-se a decisão toda vez que ela não for fiel à sua justificação subjacente — p. ex. prevenir crimes mais graves pela punição até das infrações mais leves, como acreditava (e ainda crê) os adeptos do "Movimento Lei e Ordem" —, de modo que a generalização é somente um indicador cuja pressão normativa será nula quando não produzir o resultado correto (i.e. sua justificação). Já no modelo atrincheirado, não há essa constante maleabilidade, posto que a generalização tem força ainda quando sua justificação não se faz presente, dado que a sua simples existência já constitui uma razão para a ação mesmo em situações recalcitrantes — e, por isso, é a direção assumida pelo decidir com base em regras capitaneado por Schauer⁸⁶.

As justificações existem porque as generalizações normativas são frequentemente instrumentais para se alcançar um fim. Essa justificação, contudo, não é infalivelmente anterior à própria regra em termos temporais. Uma generalização limita o alcance das propriedades que seriam indicadas pela aplicação da justificação e essas generalizações que constituem uma regra Schauer denomina de "instanciação" ("*instantiation*", em inglês⁸⁷) da justificação que lhe é subjacente⁸⁸.

Se toda generalização contida numa regra imperativa pressupõe um propósito ou justificação, tem-se por limitado o número de propriedades que, acaso ela existisse, se aplicariam levando em conta sua justificação⁸⁹. A generalização opera-se, portanto, ao aplicar e especificar suas justificações subjacentes, válida para a grande parte dos casos — ainda que não para todos. Surgindo uma experiência recalcitrante, uma situação não abarcada (subincludente) ou abarcada em demasia (sobreincludente) pelo predicado fático, não se procede — segundo o modelo

⁸⁵SCHAUER, op. cit., p. 109.

⁸⁶Ibidem, p. 111.

⁸⁷SCHAUER, F. **Playing by the rules**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 54.

⁸⁸Idem, 2004, p. 114.

⁸⁹Ibidem, p. 20.

atrincheirado de decisão com base em regras — à modificação ou reformulação da generalização, pois o conflito se resolveria em favor da regra na medida em que o significado de uma regra não é inteiramente determinado pela aplicação da justificação num caso concreto⁹⁰.

1.2.2.4. *Interpretação e razões subjacentes das regras*

Schauer dispensa a intenção originária de quem formulou a regra como uma necessidade linguística, porque a linguagem teria um significado independente do que quem o formulou originalmente teve intenção de dizer. De outro modo, utilizar tais intenções seria considerar a legislação a partir de um modelo imperativo, como que numa relação de autoridade entre um soldado e um sargento na qual este precisa atender aos desejos daquele.

A validade de uma regra concreta seria atribuída apenas quando ela passa por todos os testes requisitados por uma *regra de reconhecimento*, isto é, quando satisfaz seus critérios. Herbert Hart ressalta que não há uma relação necessária entre tal validade e a sua eficácia, entendida como o maior ou menor grau de obediência de uma determinada regra — a menos que a própria regra de reconhecimento preveja a revogação de uma regra em decorrência do seu desuso — e diferencia a não observância geral das regras do sistema da ineficácia de uma regra concreta, pois o primeiro revelaria a inutilidade de um sistema de regras que nunca foi efetivamente eficaz assim como as regras de um jogo que nunca foram seguidas e só subsistem porque impressas no manual que o acompanha.⁹¹

A regra de reconhecimento seria uma regra última, *suprema*, dentre uma ordenação de outras regras a ela subordinada, isto é, dentro de um sistema. A regra de reconhecimento determinaria os critérios para se apreciar a validade de outras regras e destas se distingue na medida em que não existe uma regra para testar sua própria validade, quer dizer, a sua validade não pode ser demonstrada porque é antes pressuposta, hipotética, e, portanto, não admite julgamento sob o binômio válida/inválido⁹². Afirmar que uma lei concreta é válida e, concomitantemente, asseverar a excelência da regra de reconhecimento e manifestar apoio ao sistema

⁹⁰Ibidem, p. 22.

⁹¹Ibidem, p. 115.

⁹²Ibidem, p. 119.

que nela se ampara, significa transitar da validade jurídica (afirmação interna) a uma afirmação de valor (afirmação externa).

Mesmo que uma justificação não deva se sobrepor à própria regra neste modelo de tomada de decisão, Schauer sublinha que disso não decorre que a justificação permaneça invisível quando não há segurança em relação ao significado da regra e que a *consulta* a essa justificação nem sempre será suficiente para afastar todas as dificuldades. A questão, mais uma vez, é que embora admitindo a mera possibilidade de "consulta" à razão subjacente da norma, Schauer não vislumbra a existência de razões subjacentes diversas daquelas oficialmente declaradas.

Essa pretensão de elaborar uma teoria geral do direito válida indistintamente para todos os espaços de regulamentação jurídica esbarra, no âmbito do Direito Penal, na grande hipótese de Foucault acerca da distinção entre objetivos ideológicos e objetivo reais do sistema penal capitalista: se, declaradamente, a repressão e a redução da criminalidade são alardeados como seus norteadores, é a gestão diferencial da criminalidade, através da repressão seletiva das classes marginalizadas e da imunização das elites políticas e econômicas, que, embora não dita, corresponde ao seu verdadeiro intento⁹³.

As regras são, portanto, mecanismos pelos quais se delineiam papéis e se distribui o poder - no caso do Direito Penal, o poder de definir o que é e o que não é crime (criminalização primária) e o quem deve e quem não deve ser criminalizado (criminalização secundária). Mas não só: as regras são, sobretudo, um instrumento de controle social utilizadas para a consecução de determinadas fins (declarados e não declarados). É a problematização das condições de atribuição de significados (quem é criminoso?) bem como a dimensão do poder (quem define quem é criminoso?) tarefa encampada pela Criminologia Crítica de Alessandro Baratta, para quem somente a interpretação do comportamento é que o torna uma ação provida de relevância significativa tal a desencadear a reação social — e não o comportamento por si mesmo⁹⁴.

Isto posto, passemos à análise do principal representante, agora, do positivismo jurídico-penal: Günther Jakobs.

⁹³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **30 anos de vigiar e punir** (Foucault). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 14, n. 58, p. 289-298, jan./fev. 2006.

⁹⁴BARATTA, op. cit., p. 88.

1.3. A dogmática penal do perigo de Günther Jakobs

Malgrado geralmente associado a Niklas Luhmann, Günther Jakobs nega que a teoria dos sistemas, assim como por este formulada, tenha muita relevância para a sua compreensão do Direito Penal⁹⁵. Por outro lado, apela frequentemente a Hegel, para quem penas mais leves seriam o reflexo de uma sociedade que se sente segura de si mesma e o ato criminoso se dirigiria, pois, não a outro alguém do povo, mas à própria estrutura social, ao Direito, ao princípio da juridicidade.

Antes de se adentrar propriamente na elaboração dogmático-penal de Jakobs, faz-se mister a pré-compreensão dos pilares sociológicos e filosóficos sobre os quais ela se assenta. Polaino Navarrete assevera que, além da dimensão tridimensional habitualmente atribuída ao Direito (fato social, valor e norma), deve-se incorporar outros fatores para aproximar-se de sua compreensão conceitual — como o tempo, que dinamiza, articula e dá coesão ao conhecimento jurídico ao longo da História, e o conceito de pessoa⁹⁶.

Esse último elemento levanta importantes indagações — a posição da pessoa frente ao Direito é principal ou acessória? As características subjetivas da pessoa influenciam na definição do Direito Penal? Haveria, pois, um entranhamento entre o conceito de *pessoa* e os de *norma* e *sociedade* — fundamentais ao sistema penal funcionalista de Jakobs e que, por sua vez, têm como *ponto de partida* a teoria sistêmica de Luhmann, mas sem acreditá-la como um todo.

1.3.1. Aproximações e dissensos com a teoria sistêmica de Luhmann

Igualmente denominada "estruturalismo funcional" ou "construtivismo", a teoria geral da sociedade de Luhmann importa recursos teóricos externos (da teoria dos sistemas, teoria da comunicação e teoria da evolução) para promover uma revolução paradigmática dos conceitos classicamente adotados pela sociologia (como razão, finalidade, sujeito, ação) — que já não abarcariam a complexidade da sociedade de hoje — e escapar da epistemológica contraposição entre ciências da

⁹⁵JAKOBS, Günther apud MIZRAHI, Esteban. **Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo**: conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza, 2012. p. 39.

⁹⁶NAVARRETE, Miguel Polaino. **Dimensiones básicas del funcionalismo jurídico-penal**: algunas consideraciones críticas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 26, n. 79, 2005. p. 56.

natureza e ciências humanas, bem como entre objetos que se expressam na forma de leis e outros na forma de textos (hermenêutica).

Algumas outras formulações, oriundas especialmente dos Estados Unidos entre as décadas de 40 e 50, tentaram dar conta desse novo panorama encorpado pela sociedade, dentre as quais Giovanni Saavedra destaca três⁹⁷:

O *funcionalismo estrutural*, que considera a existência factual de certas estruturas nos sistemas sociais cuja preservação e manutenção se dão pela identificação das funções necessárias. Sua grave deficiência, de acordo com Luhmann, é não admitir o questionamento da própria função da estrutura, axiomáticamente considerada invariável — desprezando, pois, a história.

O *sistema de ação* delineado pelo sociólogo norte-americano Talcott Parsons, inicialmente alicerçado no funcionalismo estrutural ao postular a manutenção e conservação das estruturas no sistema, passa a definir que "ação é sistema" ("*action is system*"). São exigíveis sempre certos componentes para a realização de uma ação, de modo que incumbiria à teoria social a tarefa de analisar quais são esses componentes. Na medida em que uma sociedade só se torna viável quando balizada por consensos morais, a escolha entre fins e meios não se apresenta como um solitário arbítrio, mas o sujeito seria apenas um elemento no interior da ação. Só pela combinação diagramal de quatro componentes fundamentais é que uma ação se produziria — quais sejam: adaptação, obtenção de fins, integração e manutenção de estruturas latentes. Conquanto Parsons acredite que a totalidade da condição humana possa ser explicada por seu modelo de ação, Luhmann a rejeita porque ela cria uma arquitetura argumentativa excessivamente hermética e dissociada das mesmas condições da ação — o que inviabilizaria, pois, a elaboração de conceitos idôneos a descrever a sociedade contemporânea em sua complexidade.

A *teoria dos sistemas abertos*, decorrência de novas descobertas no âmbito da termodinâmica, considera o sistema como um organismo e traz o conceito de "abertura" com o sentido de "intercâmbio" com o entorno. Destarte, as trocas entre sistema e ambiente são entendidas como estímulos advindos do exterior e com potencial de afetar a estrutura do sistema. Luhmann, que no início foi partidário dessa concepção, posteriormente argumenta que a condição de abertura do sistema

⁹⁷ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 26-32.

é o seu fechamento operacional e replica que a estrutura sistemática está fora do alcance do ambiente e, portanto, as trocas entre sistema e entorno não a afetam. Disso resulta que, ao se considerar previamente tanto a observação como o observador enquanto sistemas, a noção de indivíduo é *desprezada*.

A sociedade é compreendida por Luhmann como um sistema estruturalmente complexo integrado por vários subsistemas que se interrelacionam entre si. Incide, pois, uma visão global da sociedade como sistema geral e dos sistemas integrados no sistema social, como o Direito. Cada subsistema teria uma dimensão própria de acordo com a variedade dos níveis de referência do sistema e a as relações abstratamente possíveis entre os elementos de um sistema tende a se elevar quando surgem novos elementos.

Parte Luhmann da existência de três classes de sistemas — sistemas vivos, sistemas psíquicos e sistemas sociais — cujas nuances jazem no modo de autorreprodução (autopoiese) de cada um. Enquanto os seres vivos operam a partir da própria vida, os sistemas psíquicos o fazem através da consciência e os sistemas sociais por meio da comunicação — que transmite sentidos. Não há, porém, uma irrestrita separação entre eles, que se interrelacionam mediante um "acoplamento estrutural" ou "interpenetração", pois a comunicação não seria possível se o sistema psíquico estivesse redondamente apartado do sistema social.

A diferença de classe de relação entre os elementos de um sistema repousa no conceito de "comunicação", que circunscreve os limites entre o que está no "sistema" e o que se situa em seu "entorno". Essa imprescindível distinção permeia qualquer análise sistêmica, pois somente no âmbito do sistema se produzem comunicações socialmente relevantes — todo o resto fica no entorno. Há, contudo, aqui também, um entrelaçamento entre ambos, uma vez que a unidade do entorno só se perfaz através do sistema e apenas na relação com o sistema⁹⁸.

Luhmann importou da Biologia o conceito de "autopoiese", que lá significa a capacidade de as próprias células se autorreproduzirem e, assim, gerirem elas mesmas o seu meio de vida. Aplicando-a à sociedade, implica que o sistema social (como o Direito) tem autossuficiência para configurar sua própria estrutura e criar os elementos que o integram, operando, assim, intrassistematicamente — as regras jurídicas teriam por referência, destarte, apenas o sistema jurídico do qual fazem

⁹⁸NAVARRETE, op. cit, p. 62.

parte. Nessa perspectiva, a análise do Direito requer entendê-lo como um sistema que operacionaliza sua diferenciação com o entorno. É o código jurídico a referência interna quanto ao que é ou não Direito a partir do binômio legal/ilegal — que, no entanto, não pode ele mesmo ser julgado como legal ou ilegal. Sendo um sistema jurídico operacionalmente fechado, há uma autonomia comunicativa que lhe é própria, de modo que as questões sociais se acomodam em seu entorno e, por isso, não podem ser diretamente problematizadas no seu interior⁹⁹.

Na medida em que a norma é, para a teoria do direito, um conceito fundamental irrenunciável que prescreve o "dever-ser", um fato só se torna fato jurídico quando está de acordo com alguma norma. Da autopoiese, enquanto reprodução cega do sistema, decorre que a produção do direito, num primeiro nível, também se daria cegamente, sem qualquer finalidade. É num segundo nível, o do observador, que se torna possível falar acerca das operações — interna ou externa ao sistema, como o são as realizadas por juristas e sociólogos, respectivamente¹⁰⁰.

A comunicação, enquanto expressão dotada de relevância comunicativa, é um requisito indispensável para a existência de qualquer sociedade, pois exige que alguém partilhe uma informação com um interlocutor, que por sua vez compreende a mensagem — uma síntese, portanto, de três elementos: participação, informação e compreensão. Mas não é o homem quem pode comunicar, pois *só a comunicação comunica*, de modo que não há comunicação de consciência a consciência e tampouco entre indivíduo e sociedade. É preciso ter isso em mente para entender a afirmação do sociólogo alemão de que a Sociedade é composta por comunicadores — e não por indivíduo ou seres humanos¹⁰¹.

O conceito de pessoa é quem personaliza as outras quatro dimensões do Direito (sociedade, norma, valor e tempo). Ser pessoa é, nas linhas de Hegel, respeitar a todos os demais também como pessoa. Jakobs compartilha dessa concepção, cimentando-a como autorreferente, autopoietica e funcional — pessoa é quem deve cumprir uma tarefa no interior de um grupo social a partir de um esquema alicerçado no dever e no respeito à liberdade, de modo que uma pessoa não deve ser lesionada por ninguém, assim como não tem a faculdade de lesionar a outrem. O cerne do problema que se levanta é, então, acerca da natureza do

⁹⁹ SAAVEDRA, op. cit., p. 33.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 35.

¹⁰¹ NAVARRETE, op. cit., p. 64.

conceito de pessoa — se uma construção jurídica (é pessoa quem o Direito assim define como seu destinatário e suscetível de responsabilização) ou um dado que lhe é precedente —, que por sua vez se diferencia do conceito de indivíduo — o ser humano em estado de natureza que, confundindo-se com o próprio meio ambiente, é incapaz de comunicação social, e do qual não se pode esperar um atitude de fidelidade ao Direito porque não exerce um papel de cidadão a exigir tal expectativa¹⁰².

As contribuições de Luhmann à formulação da teoria normativo-funcionalista são, contudo, apenas parciais, pois ainda que Jakobs se valha de categorias já empregadas pela teoria sistêmica, estas não foram construídas unicamente por Luhmann. Outros pensadores de peso, como Hegel e Kant, também têm considerável relevância e são constantemente citados por Jakobs. Mesmo a finalidade da pena como prevenção geral positiva, que demonstraria peremptoriamente a influência de Luhmann, é, como lembra Navarrete, bastante questionável, pois a filosofia do direito hegeliana já advogava essa concepção¹⁰³.

1.3.2. *Responsabilidade penal e justificação da dor*

A pena, numa interpretação comunicativa, seria a resposta a um ilícito e se consubstanciaria em dor — para os Iluministas, porque seria um meio para reduzir a motivação delitiva; para Kant, como merecida compensação pelo ato maldoso; para Feuerbach, a simbiose de ambos; para Hegel, também um elemento simbólico que expressa a contradição operada pelo ordenamento jurídico ante a negação praticada pelo autor, reafirmando-se a estrutura da sociedade. Que a sociedade seja comunicação não implicaria, porém, que apenas possa haver comunicação sobre a comunicação — a dor seria, nesse sentido, uma comunicação sobre coisas silenciosas, pois ainda que o indivíduo não possa se insurgir contra ela, o diálogo estaria no fato de o Estado aplicar uma norma que o outro sabia ou deveria saber previamente¹⁰⁴.

¹⁰²Ibidem, p. 70.

¹⁰³Ibidem, p. 67.

¹⁰⁴JAKOBS, Günther. **La pena estatal**: significado y finalidad. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. p. 35. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/pena_estatal.doc>. Acesso em: 19 out 2014.

Antes de se indagar sobre a medida adequada da pena no caso concreto, faz-se necessário responder quando se pode falar da realidade do Direito. Para os jusnaturalistas, assim como para Feuerbach, o Direito é real quando não se cometem delitos — noção que se prende ao comportamento dos autores potenciais, olvidando outra preocupação central. Ocorre que há uma oposição irreconciliável entre liberdade e garantia de segurança absoluta, posto que para tanto seria preciso recorrer a um Estado totalitário que a todos vigiasse — ceifando, pois, qualquer mínimo resquício de liberdade.

A questão que se colocaria seria outra: a juridicidade (*Rechtlichkeit*), pois o Direito, enquanto for o esquema de orientação dirigente para a prevenção do injusto ou para a reação frente a ele, continua em vigor ainda que ocorra uma conduta antijurídica. A sua vigência apenas seria corroída caso o Estado se mantivesse inerte, não se importasse com a tendência lesiva — noutros termos: não contra-atacasse. Além de orientar os potenciais autores, o Direito também deveria fazer o mesmo em relação às potenciais vítimas, pois numa sociedade em que nenhuma pessoa possa se mover livremente por medo da delinquência, o direito à liberdade de locomoção não seria real. A certeza normativa de que seja mínima a probabilidade de que alguém no regular exercício de um seu direito torne-se vítima de um delito deve, por sua vez, ter suporte cognitivo — uma pessoa que decide fazer caminhada num parque público assim o decidiu acreditando que factualmente não será assaltada ou morta, por exemplo¹⁰⁵.

Ter consciência de um direito não seria o suficiente para o uso dos direitos se não houver, ademais, uma confiança concreta de que não se produzirão perdas nos interesses do agente. É por esse motivo que a contradição da negação da vigência da norma efetuada pelo delito se daria por meio da dor, pois esta serviria justamente para a salvaguarda cognitiva da vigência da norma. Após ter praticado um delito, o seu autor deve não apenas ser denominado delinquente — não basta a sua identificação —, como também ser "tratado" como delinquente — é preciso que seja "eliminado enquanto destinatário da comunicação de modo mais ou menos completo e por tempo mais ou menos longo" — de modo a manter a força reitora do Direito¹⁰⁶.

A legitimação da dor infligida ao autor residiria, pois, na imputação da responsabilidade por se colocar a norma em perigo, mas só faria sentido falar em

¹⁰⁵Ibidem, p. 40.

¹⁰⁶Ibidem, p. 42.

manutenção da norma se a pena cativasse a fidelidade por medo ou por convicção. Ocorre que, quando a pena é aplicada não em função de um delito praticado, mas a indivíduos que de *per se* apresentam tendências a delinquir, a dor seria utilizada para eliminar riscos pelos quais o autor não haverá de responder. Neste caso, para além da reparação, o autor seria um instrumento de política social¹⁰⁷.

1.3.3. A estabilidade normativa como função da pena

Em Hegel, pessoa é o sujeito da vontade livre, é dizer, o sujeito de direito abstrato alçado à categoria primeira. Não se assenta, portanto, no homem concreto, social e historicamente situado, que é apenas a “máscara” pela qual o sujeito figura no direito – que tem uma natureza intrinsecamente formal que corresponde ao que se deduz da pessoa como conjunto de relações compostas entre essas “máscaras”. Daí o seu imperativo jurídico segundo o qual ser uma pessoa é respeitar os outros enquanto pessoas de forma inviolável. Conforme esclarece Kashiura Júnior, Hegel provoca uma ruptura com o pensamento de Kant ao escorar que “o direito é forma, que a forma direito é determinada pela forma sujeito de direito e que a forma sujeito de direito é necessariamente universal”¹⁰⁸.

Ao Direito Penal, segundo Jakobs, não competiria precipuamente a prevenção de delitos – de tal tarefa se incumbiria a polícia –, mas a reação frente ao delito a fim de se manter, como atitude natural da maioria das pessoas, a fidelidade ao ordenamento jurídico. Por conseguinte, os indivíduos que têm “tendência” a cometer delitos não os únicos destinatários da pena: a grande parcela de pessoas que são devotas do ordenamento também, para que conservem tal fidelidade e confiança na norma¹⁰⁹.

Resplandece, pois, o ideal de prevenção geral positiva na medida em que a intenção não é promover a intimidação supraindividual, mas, como já sublinhado, a manutenção da norma como esquema de orientação – isto é, *prevenir* o seu ataque – por todos os membros da sociedade – por isso, *geral*. Ademais, o fator determinante para a fixação da medida da pena, de acordo com Jakobs, seria “o

¹⁰⁷Ibidem, p. 45.

¹⁰⁸KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo**. 2012. 177 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 60.

¹⁰⁹JAKOBS, op. cit., p. 43.

grau de perturbação social gerada pelo fato", não a probabilidade de o autor praticar o delito nem tampouco a intensidade da tendência de outros indivíduos já decididos a fazer o mesmo. Assim, o que de fato se mostra relevante é apreciar o peso da norma golpeada e o seu grau de vulneração, a situação de asseguramento cognitivo dessa norma e, por último, a responsabilidade do autor conforme sua motivação para cometer o ilícito — se por torpeza ou se por razão que lhe exclua parcial ou integralmente a responsabilidade¹¹⁰.

Conquanto a prevenção geral positiva seja o intento de sua teoria do delito, Jakobs assinala que foi J. Bentham, posteriormente a Kant e Hegel, quem desenvolveu uma concepção utilitarista da pena também atenta aos desvios futuros na medida em que o delito não seria um fato isolado — um delito impune abriria caminho para a prática de outros delitos não apenas pelo mesmo autor como a todos os demais que tiverem motivos e oportunidades semelhantes. A pena cominada a um indivíduo, portanto, seria a fonte de segurança de todos. O professor de Bonn, entretanto, retruca que o filósofo inglês constatou apenas que uma ação intimidatória não tem razão de ser quando ninguém precisa ser intimidado, mas não demonstra qual o sentido e a legitimidade de uma intimidação dirigida ao conjunto social e não limitada aos indivíduos influenciados a cometer outros crimes a partir do delito em questão — o que confirmaria sua tese de fundamentação da pena como confirmação da vigência da norma que o delinquente haja posto cupavelmente em risco¹¹¹.

Estando a importância externa de uma lesão diretamente relacionada ao grau de segurança adquirido por uma sociedade, Hegel descarta a possibilidade de um Código Penal com bases filosóficas, porque tal regramento está vinculado ao seu próprio tempo e ao estado no qual se encontra a sociedade civil que lhe deu origem. Embora Jakobs esteja de acordo com essa assertiva, acrescenta ser plausível a identificação de fatores que não se devem levar em conta para a determinação da pena, dentre os quais destaca a intimidação (ou prevenção geral negativa) advogada por Bentham como meio de evitar a prática de delitos por outras pessoas sem qualquer relação com um ilícito precedente. A referida tese estava já embrionariamente presente em Grocio, Pufendorf e Wolff, que defendiam a pena capital como forma de "dar o exemplo" aos demais e a justeza de penas mais rígidas

¹¹⁰Ibidem, p. 44.

¹¹¹Ibidem, p. 48.

do que o necessário com o fim de se melhorar o delinquente. Mas punir alguém nestes termos, objeta Jakobs, violaria o direito do autor de ser apenado unicamente na medida de sua responsabilidade e significaria tratá-lo como uma mera coisa útil à consecução de um fim¹¹².

Ao examinar a atribuição de um caráter pedagógico à pena, pela qual se obteria o melhoramento do autor – conforme postula a teoria da prevenção especial positiva –, Jakobs se pergunta se esse seria um efeito secundário, conquanto desejável, do intento de garantir a base cognitiva da vigência da norma ou uma finalidade autônoma da própria pena. Se aos jovens em conflito com a lei é aplicada uma "medida socioeducativa" – não em decorrência de um fato, mas por ocasião dele –, a todos aqueles condenados à privação de liberdade a ressocialização também deveria ser levada a cabo¹¹³. Assim sendo, a liberdade do sujeito estaria condicionada à sua reconfiguração nos moldes da expectativa normativa, isto é, somente quando estivesse "preparado" para retornar ao convívio social. A Lei de Execuções Penais brasileira elenca tal finalidade em seu artigo 10¹¹⁴, ao passo que sua congênere na legislação alemã (SVollzG¹¹⁵) impropriamente a enuncia antes mesmo de importantes garantias à integridade do preso¹¹⁶.

Ao se ameaçar, por exemplo, os "cabeças" por detrás de uma organização terrorista com uma pena privativa de liberdade de até quinze anos, ainda que não se tenha passado da fase preparatória, a pena seria justificada, além da intimidação, para assegurar a defesa social. Essa tem sido uma prática recorrente em alguns Estados norte-americanos que, amparados no brocardo "*three strikes and you are out*", punem em progressiva severidade os reincidentes – da elevação da privação de liberdade, passando pela proibição de liberdade condicional até a pena de morte,

¹¹²Ibidem, p. 51.

¹¹³Ibidem, p. 52.

¹¹⁴Lei n. 7.210 de 1984, art. 10: "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade".

¹¹⁵Acrônimo para "*Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung*" (em tradução livre, Lei sobre a execução da prisão e das medidas privativas de liberdade de correção e prevenção).

¹¹⁶Em tradução livre: "§ 2 Deveres na execução: Durante a restrição de liberdade, o preso deve tornar-se capaz de levar uma vida socialmente responsável, sem cometer crimes [efeitos de execução]. A execução da prisão também serve para proteger o público de outros crimes". No original: "§ 2 Aufgaben des Vollzuges: Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten".

corroborando-se a ideia de Franz von Lizst de que existiriam indivíduos irrecuperáveis tal qual um membro enfermo do organismo¹¹⁷.

De outro lado, Feuerbach aduz que uma situação conforme ao Direito não exige essa atitude interna de todos os cidadãos, mas de uma sociedade submetida a uma constituição civil resguardada pelo Estado — e não por cada um dos indivíduos. Bastaria, portanto, orientar-se pela juridicidade, pelo cumprimento externo das normas jurídicas, pois o dever de uma atitude interna de acordo com o Direito, o atuar pelo cumprimento de um dever, concerniria ao âmbito da moral — e a mentalização de ações ilegais, por si só, não lesionaria direito algum. Mas Jakobs acredita ser ingenuidade se referir unicamente à prevenção geral do delito quando há um criminoso a manifestar repetidamente uma atitude interna permanentemente deficitária em relação às normas jurídicas¹¹⁸.

A impossibilidade de averiguação empírica da funcionalidade da teoria da prevenção geral positiva é seu calcanhar de Aquiles. O fortalecimento da confiança no sistema jurídico não é particularidade do Direito Penal, pois todo o ordenamento jurídico intenta igualmente o reforço do caráter cogente de sua vigência, de modo que termina-se caindo num círculo fechado no qual o modelo de culpabilidade de Jakobs seria o maior exemplo: ao definir a pena como reação instruída às expensas do autor pela inobservância da norma a fim de promover a confiança no Direito, não explica, contudo, a própria necessidade da pena e a sua legitimidade frente ao condenado na medida em que outras possibilidades também se apresentariam (mais) plausíveis, como a instituição de acordos de boas intenções ou companhas na imprensa. Ademais, Schünemann salienta que o argumento de Jakobs perde força com a teoria preventiva unificadora de Roxin, para quem o sentimento de justiça conduz ao axioma de que ninguém pode ser punido desproporcionalmente, isto é, sofrer uma pena maior do que merece — e é exatamente no estrato da culpabilidade em que se deve operar esse juízo de adequação, e não de mera reprovação genérica, sendo impróprio (e perigoso, acrescente-se) embasar a sanção tão somente em necessidades preventivas¹¹⁹.

¹¹⁷LIZST, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C Editores, 1889. p. 93 ss.

¹¹⁸JAKOBS, op. cit., p. 57.

¹¹⁹SCHÜNEMANN, Bernd. **Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal - Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 89-100.

A demanda por estabilização, em Jakobs, sobrepõe-se como valor inegociável em nome de um abstrato “interesse social” que, envolto numa concepção contratualista, nega a possibilidade de dissenso, de discordar e se contrapor ao ponto de vista oficial, tornando o ser humano mero objeto político do sistema jurídico e retroalimentando o discurso estrutural estabelecido. O sistema penal é, pois, um subsistema no interior de um sistema de controle e seleção de maior amplitude (capitalista/patriarcal) cujo funcionamento ideológico, ao tempo em que oculta suas funções reais, também as inverte: se a redução e eliminação da criminalidade – função declarada – tem sido um grande fracasso, a sua realização seletiva e estigmatizante a partir de um processo de reprodução das assimetrias sociais – função real ou latente –, por outro lado, é um sucesso absoluto¹²⁰.

1.3.4. A condição para ser pessoa

A formulação central aquinhoadada por Jakobs: quem quer que seja tratado como pessoa pelo Direito deve oferecer certa garantia de que se conduzirá como uma pessoa conforme o Direito. Para se tornar real, a situação normativa necessita, pois, de um apoio cognitivo. Remetendo a Kelsen, o mestre de Bonn enfatiza que, assim como o patrono do normativismo insistia no pressuposto de uma Constituição amplamente – e não artificialmente – efetiva, para satisfazer a condição de cidadão não basta ser um mero destinatário de direitos e deveres. Faz-se imprescindível, pois, que esse destinatário verdadeiramente se comporte como uma pessoa de acordo com o Direito. E exemplifica: um indivíduo sobre o qual recaia fundada suspeita de ter praticado uma série de delitos contra o patrimônio constituiria um “evidente” aporte cognitivo a expressar elevado risco de reincidência – o que, por si só, justificaria a prisão cautelar como meio de se precaver do perigo¹²¹.

A fonte de um perigo é tratada não como uma pessoa, mas como um animal selvagem. Seriam indivíduos cuja condução no âmbito da vida sexual (estupro), econômica (crimes empresariais, financeiros, tributários) ou por imbricação numa organização criminosa (tráfico de drogas ilícitas), demonstrariam apartamento, em

¹²⁰REGINA, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal**: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 26, n. 50, p. 9-10, jan. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

¹²¹JAKOBS, op. cit., p. 58.

geral de modo permanente, do universo das normas jurídicas. Ou, nas palavras do próprio Jakobs, aqueles "que não prestam a garantia cognitiva mínima que é imprescindível para o tratamento como pessoa pelo Direito"¹²².

A pena, contudo, não "despersonalizaria", porque o autor, sendo um cidadão, tem o dever de compensar o seu ato que pôs em perigo a vigência da norma. A pena é uma reparação dada pela pessoa, que pode inclusive se submeter a ela voluntariamente — e, neste caso, ao renovar votos de fidelidade ao ordenamento, já não se precisaria de qualquer medida para assegurar a sua vigência. Quando um indivíduo é submetido a uma pena por tempo superior ao devido pelo crime praticado a fim de prevenir ilícitos futuros, porém, não será mais de "pessoa" que se estará falando — e sim de um indivíduo perigoso e, portanto, despersonalizado juridicamente. A abstrata pretensão de que ele volte a se conduzir conforme o Direito pode até existir, mas o tratamento que efetivamente lhe é conferido o converte em "inimigo" — cujas presumíveis perturbações da ordem estabelecida se amparam exclusivamente no aspecto cognitivo, na esperança ou expectativa de que os mesmos eventos irão fatalmente se repetir¹²³.

Nos termos de Jakobs, "não se pune cidadãos, senão a inimigos", pois o "delinquente contradiz a norma e uma pessoa que é materialmente tal, ou seja, uma pessoa que se conduz como pessoa, não contradiz a norma". Pessoa seria uma atribuição, uma ficção criada pelo direito. Portanto, para que alguém seja tratado como pessoa é indispensável que aceite esse rótulo — e, por conseguinte, assumam também os deveres que lhe são correlatos, pois do contrário será um "indivíduo" — ente biológico (corpo) que é pessoa apenas numa dimensão formal, uma atribuição que não tem qualquer efeito sobre sua conduta. A pessoa, sendo uma *atribuição normativa*, se não se conduz como pessoa, não pode ser tratada como tal¹²⁴.

1.2.3.5. *Inclusão e exclusão como escolhas do sujeito (e não como imposição heterônoma)*

Jakobs reconhece que a maioria dos presos, seja na Alemanha ou na América Latina, provêm das classes mais pobres. A diferença que verifica é no âmbito da

¹²²Ibidem, p. 60.

¹²³Ibidem, p. 62.

¹²⁴JAKOBS apud MIZRAHI, 2012, p. 43.

prisão cautelar, pois em seu país ela é mais breve, tem prazos limitados que, uma vez excedidos, revogam a custódia preventiva. O efeito desse tipo de sistema penal sobre a sociedade se qualificaria, então, como "excludente" no sentido dado por Luhmann, o qual constata que, mesmo não havendo qualquer motivo para a exclusão, uma organização formal não pode incorporar todas as pessoas na qualidade de membros — todos, p. ex., têm direito à educação (esse é um direito universal), mas nem todos podem frequentar uma escola (ainda que pública e gratuita, alguns precisam trabalhar desde muito jovens em prejuízo de sua educação)¹²⁵.

A inclusão num subsistema (religião, p. ex.) não significa que o sujeito também estará incluído noutros subsistemas (economia, p. ex.), mas a *exclusão* de um subsistema, ao revés, torna o indivíduo progressivamente menos relevante enquanto pessoa na medida em que vai perdendo a qualidade de interlocutor até o extremo de se converter num mero ente biológico (corpo). A violência física, destarte, libera-se e assume relevância imediata, transmutando-se as próprias expectativas de reciprocidade rumo à desintegração dos laços familiares¹²⁶.

A inclusão e a exclusão adquirem formas diferentes conforme o tipo de sociedade na qual se é pessoa: num período como o atual, em que a hierarquia se acha flexibilizada, as pessoas são observadas essencialmente como "biografias", isto é, carreiras temporalmente demarcadas que permitem antecipar o futuro (expectativas de ação) unicamente com base no passado do sujeito. Neste ponto, é notável a semelhança com a ideia de "apoio cognitivo" instruída tão insistentemente por Jakobs. Ante o encarceramento em massa da miséria, questionado se é inexorável que os pobres sejam excluídos do sistema social e enviados ao cárcere, Jakobs responde: "aquele que é excluído radicalmente, que não tem dinheiro, logo fica sem moradia, deixa de ter parentes, seus filhos não podem frequentar a escola... a exclusão tem a tendência de ir aumentando, diria Luhmann"¹²⁷.

Só é possível falar em exclusão, para Jakobs, quando se viola o direito de uma pessoa sem que haja uma justificativa para tanto. Não sendo o caso, o correto é falar em *despersonalização*. Além disso, por mais que falte suporte cognitivo à

¹²⁵LUHMANN, Niklas. **Inclusión e exclusión**. *Acta Sociológica*, Ciudad de México, nº. 12, set./dez. 1994.

¹²⁶Idem. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 501.

¹²⁷JAKOBS apud MIZRAHI, op. cit., p. 51.

norma — mesmo sendo proibido ultrapassar o sinal vermelho, as pessoas frequentemente o fazem na madrugada com receio de serem assaltadas —, isso só significaria que um ou outro pode não tomá-la como orientação, não que a norma enquanto tal deixou de ter vigência, pois o sujeito poderá ser punido por sua conduta antijurídica¹²⁸.

Retomando Hegel mais uma vez, o professor de Bonn conclui que um sistema de direito penal não pode alcançar a justiça comutativa numa realidade social na qual não há justiça social distributiva, pois nessa circunstância o direito penal se aplica de forma completamente externa sobre os indivíduos que não têm qualquer possibilidade de se autodeterminar como pessoas. Cita o exemplo dos ciganos do século XIX, oriundos da Hungria, que não tinham moradia fixa e, antes de uma nova migração, costumavam roubar tudo o que podiam do lugar que deixavam. Eles, contudo, não compreendiam o próprio ato como "roubo" — afinal, roubavam de estranhos, de uma sociedade com a qual não se identificavam. O direito do outro se lhe apresenta como externo, uma mera coação, "pura domesticação"¹²⁹.

Não pairam dúvidas de que a conjuntura social da Alemanha e da América Latina são, de fato, bem distintas. A propósito, Nilo Batista fala que a introdução do funcionalismo sistêmico na periferia soa como verdadeiro "escárnio" e de como a Criminológica Crítica renovou o paradigma anterior, de tradução positivista, ao tornar clara a relação entre o poder político de definição do que é delito e para quem as agências de criminalização, de fato, projetam os seus holofotes¹³⁰.

1.2.3.6. Há limites na guerra contra o inimigo?

Kant seria quem melhor descreveria a conjuntura de guerra aludida por Jakobs: ao entrar no "estado cívico-legal", uma pessoa dá segurança à outra, ao passo que quem permanece no "estado de natureza" não confere qualquer garantia de que não lesionará a outrem. Deste modo, quem não se submete a uma constituição civil pode legitimamente ser obrigado a se separar — seja pela expulsão, desterro ou custódia¹³¹.

¹²⁸Ibidem, p. 52.

¹²⁹Ibidem, p. 53.

¹³⁰BATISTA, Nilo. Prefácio. In: TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

¹³¹JAKOBS apud MIZRAHI, op. cit., p. 62.

O Direito, em todo caso, não pode se manter indiferente frente ao sujeito que continuamente se porta contrariamente às regras imperativas sem oferecer, portanto, a necessária garantia cognitiva inerente ao conceito de "cidadão" ou "pessoa". Isso não implicaria na autorização de seu uso instrumental para intimidar terceiros, pois sua personalidade se mantém intacta, dado que o que se intenta é a garantia das relações jurídicas – e não a destruição arbitrária do outro. Haveria uma personalidade indelével, intocável, que precede a própria personalidade jurídica e limita o poder do Estado ante o inimigo, mantendo-se sempre a possibilidade de reconciliação para quem deseje regressar à sociedade civil. Ainda que se trate de uma guerra contra o inimigo, esta guerra se circunscreveria a *certos limites* – a ausência destes poderia gerar, no extremo, prisões como a de Guantánamo¹³².

Jakobs repreende o fato de o legislador frequentemente introduzir, de forma esparsa, regulações que, acompanhadas de elevadas ameaças de pena, destinar-se-iam apenas a inimigos. É dizer: tais regras deveriam ser alocadas à parte, ter um capítulo específico, delimitando-se claramente daquelas aplicáveis a outros delitos. Do contrário, "inimigo" e "delinquente civil", "guerra" e "processo penal", poderiam ser indevidamente permutados – quando, em verdade, diferenciar-se-iam patentemente: o segundo só é penalizado caso externalize um ato criminoso ao menos na modalidade tentada, ao passo que o primeiro – um terrorista, p. ex. – é responsabilizado simplesmente por representar um perigo à vigência da norma e antes mesmo de concretizar sua pretensão ilegítima, penalizando-se inclusive a fase interna (planejamento ou cogitação) do *iter criminis*¹³³.

Deste modo, a administração da segurança se sobrepõe à própria confirmação da vigência da norma, mas a despersonalização do sujeito se "restringe" ao cerceamento da liberdade, pois o indivíduo manteria direitos elementares, como a integridade corporal e a propriedade, assim como o dever de pagar tributos¹³⁴.

¹³²Ibidem, p. 63.

¹³³Ibidem, p. 67.

¹³⁴Ibidem, p. 62.

CAPÍTULO 2

O MIRANTE CRÍTICO-CRIMINOLÓGICO

2.1. Materialismo científico e impureza do direito (penal, inclusive)

Jakobs caracteriza suas formulações como uma "teoria pura do direito penal", sem um conteúdo ideológico, na medida em que suas definições poder-se-iam aplicar tanto a um Estado liberal como a um totalitário. Mas adverte que o mesmo pode se passar com a teoria dos bens jurídicos — retrucando, pois, a afirmação de Hassemer segundo o qual a proteção de bens jurídicos teria uma natureza intrinsecamente liberal enquanto a proteção da vigência normativa poderia assumir qualquer conteúdo¹³⁵. Para Kelsen¹³⁶, porém, uma "teoria pura do direito" estaria purificada tanto de ideologias políticas como de *todos* os elementos da ciência natural, porquanto consciente de suas especificidades — o que não ocorre no funcionalismo de Jakobs, pois mesmo parcialmente, ancora-se em postulados da biologia (e na ideia de unidade epistêmica das ciências) incorporados pela teoria sistêmica de Luhmann.

Não é nova essa tentativa de conservar uma homogeneidade epistemológica — a "física social" de Augusto Comte bem o demonstra. Duas razões, no entanto, tornam inevitável essa separação: a uma, porque as instituições de pesquisa social não estão imunes aos plúrimos condicionamentos estruturais assim como os cientistas em particular; a duas, o *consenso axiológico* admissível na química ou na física, por exemplo, não existem na história ou na economia, nas quais uma série de questões básicas continuam em aberto exatamente porque, ao inverso das primeiras, nestas as ideologias e pontos de vista de classe têm um papel decisivo — e que nem mesmo a crítica e o debate público são idôneos a remover completamente¹³⁷.

Se, consoante Luhmann, o direito detém nas sociedades complexas a função de estabilizar expectativas de comportamento, imunizando-a de enfermidades como o conflito e a violência, há um enclausuramento normativo que reduz drasticamente seu nível de observação. Longe, contudo, da neutralidade que almeja perseguir,

¹³⁵Ibidem, p. 46.

¹³⁶KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

¹³⁷LÖWY, 2000, p. 56.

essa é uma concepção estritamente liberal que privilegia a esfera privada e a defesa de direitos subjetivos através de procedimentos institucionalizados e incita a ilusão de que os movimentos sociais são dispensáveis porque tudo se resolve no domínio legal. Isso pode explicar porque essas manifestações são tratadas como "baderna" ou "desordem" e, por isso, criminalizadas e desproporcionalmente reprimidas.

Os tribunais, acoplando-se a uma lógica autopoiética, portam-se então como cegos aos problemas políticos e estruturais da sociedade, exercendo exclusivamente o papel institucional de reproduzir as mesmas decisões aos casos análogos a partir de análises superficiais e abstratas de "questões de direito". Noutros termos: garantindo, a todo custo, a estabilidade de uma ordem determinada¹³⁸.

2.1.1. A metáfora do mirante ou horizonte intelectual

O condicionamento histórico e social do pensamento e suas ideologias de classe, em contraste com um discurso científico neutro e objetivo, tem no marxismo a sua entoação. O engajamento epistemológico, perceptível pela íntima ligação com o ponto de vista do proletariado, é tomado como *condição de possibilidade* para a objetividade e superação de qualquer forma de relativismo.

Para Marx, cada classe cria suas visões sociais de mundo (as ditas "superestruturas") cujo desenvolvimento, no entanto, é havido por meio de seus ideólogos ("representantes políticos e literários"). Essas visões se vinculam, todavia, não a meros interesses materiais (leia-se "econômicos") da classe, como também à própria situação social. Outrossim, acrescenta que há uma relativa autonomia dos intelectuais em relação à sua classe, posto que sua posição social pode ser distinta, e que a ideologia não se perfaz sempre como "mentira deliberada", podendo derivar ainda de ilusões ou autoilusões.

Denota-se, então, uma primeira conclusão: havendo uma *autonomia relativa* da ciência em relação às visões de mundo, o simples fato de que de uma dada pesquisa despontar um caráter classista não invalida, por si só, seu valor científico¹³⁹. Marx, ao distinguir os economistas políticos em "clássicos" (Adam Smith, Ricardo) e "vulgares" (Malthus, J.B. Say.), destaca que, enquanto os

¹³⁸ SAAVEDRA, op. cit., p. 66.

¹³⁹ Ibidem, p. 102.

primeiros tinham uma preocupação científica séria em desvendar desde dentro as relações de produção burguesas, os segundos, por seu turno, agiam de "má-fé" e se voltaram à sistematização e apologética dos axiomas capitalistas (eram "falsificadores deliberados")¹⁴⁰.

Mas a essa explicação de cunho psicológico, Marx acrescenta outra de viés socio-histórico, já que *é este que elucidava aquele*: a honestidade científica presente nos escritos dos "clássicos" seria o produto de um período no qual a burguesia é revolucionária e não está ameaçada pela classe subalterna, ao passo que os "vulgares" derivam de um novo contexto no qual a burguesia, associada ao exercício do poder, torna-se conservadora e precisa legitimar suas conquistas¹⁴¹.

Ainda que se vislumbre uma "boa-fé" da parte dos "clássicos", Marx adverte que a ideologia de classe, a visão social de mundo, impõe limites à cientificidade — o que se constata pelas problemáticas alçadas, que partem do pressuposto generalizante da produção burguesa como sendo uma forma necessária, natural até, e não historicamente fundada. Löwy insere então o conceito de "horizonte intelectual", segundo o qual a ideologia é a responsável pela circunscrição dos limites da investigação científica, como a concepção burguesa de que determinadas estruturas são imodificáveis. Há, portanto, barreiras que obnubilam o campo de visibilidade cognitiva e delimitam o "máximo de conhecimento possível" de acordo com a posição social a qual se situa o cientista¹⁴².

Como superar essa dualidade sem cair no relativismo? Marx retoma a noção hegeliana de "*Aufhebung*", pela qual o conhecimento não advém simplesmente do acúmulo ou síntese, mas de um movimento dialético de negação/conservação/superação, reconhece o legado de Ricardo e ao mesmo tempo suas limitações pela adstrição à óptica burguesa. Desta forma, não incide no erro de um reducionismo sociológico que absolutiza a teoria social em termos de lutas de classe, tampouco faz uma dissociação integral entre um e outro, tal como foi o legado do positivismo.

Ocorre que mesmo no seio do marxismo operou-se a sedimentação do cerne positivista da pura cientificidade, sobretudo no final do século XIX e início do século XX. Na chamada corrente "revisionista" aparece Eduard Bernstein, que conjugou a

¹⁴⁰Ibidem, p. 103.

¹⁴¹Ibidem, p. 105.

¹⁴²Ibidem, p. 109.

ética socialista, sob inspiração do imperativo categórico da moral kantiana, com a ciência social empírica e neutra de matriz comteana — referenciada nas ciências naturais, e denunciou o viés partidário e tendencioso que Marx teria assumido e que impediria atingir a tão perseguida objetividade científica, pois o conhecimento não pertenceria a nenhum partido ou classe em particular. Assim como não faria sentido uma "física liberal", uma "matemática socialista" ou uma "química conservadora", soaria igualmente absurdo falar em ciência social liberal, conservadora ou socialista¹⁴³.

Também se inclui no mencionado rol os italianos Enrico Ferri e Filippo Turati: o primeiro, autor de "Socialismo e ciência positiva: Darwin-Spencer-Marx", assumia o socialismo como uma etapa certa da evolução humana que espontaneamente se concretizaria, de modo que nenhuma revolução se faria necessária para sua implementação dado que a sociedade, assim como o organismo, não está preparado para transformações bruscas; o segundo, por seu turno, autor de "Socialismo e ciência", aproximava a figura do sociólogo à do químico, pois só com a supressão das simpatias e antipaias pessoais se chegaria ao conhecimento objetivo, dissecando-se o corpo social com o bisturi da ciência¹⁴⁴.

O princípio da carruagem, enunciado por Weber, pode ser melhor compreendido através de Bourdieu: "todas as proposições que essa ciência enuncia podem e devem aplicar-se ao sujeito que faz a ciência".¹⁴⁵ O marxismo não pode ser arrogantemente tomado como "a" ciência social, escapando aos auspícios do próprio materialismo histórico, posto ser a ciência transitória de uma etapa também historicamente transitória da humanidade — a de transição do capitalismo para o socialismo. Em uma sociedade sem classes o marxismo em nada poderá contribuir, e assim uma nova ciência social precisará de ser desenvolvida para abranger a nova realidade que se projeta.

2.2.2. Luta de classes e autonomia relativa da ciência

Para fugir do relativismo absoluto, da ideia de que o conhecimento depende exclusivamente de uma perspectiva ligada a uma certa visão social do mundo

¹⁴³Ibidem, p. 116.

¹⁴⁴Ibidem, p. 117.

¹⁴⁵BOURDIEU, Pierre. **Lições da Aula** - Aula inaugural proferida no Collège de France em 23 de abril de 1982). São Paulo: Ática, 2011. p. 4.

historicamente situada, Löwy afirma ser devido reconhecer que "certos pontos de vista são mais favoráveis à verdade objetiva que outros", ou seja, o maior ou menor grau cognitivo depende de certa perspectiva de classe, ao que cita Adam Schaff, que na obra "História e Verdade" ilustra como cada "Estado" interpreta de modo diferente as transformações decorrentes da Revolução Francesa¹⁴⁶. Qual seria, então, o ponto de vista mais amplo, mais alto, em termos epistemológicos, para o conhecimento da realidade social?

Nesse sentido, desvia-se da concepção positivista de que os valores interferem negativamente e de forma decisiva no alcance da objetividade — preterindo uma compreensão dialética das visões de mundo. O marxismo historicista põe tal esquema em contradição, posto que o "máximo de consciência possível" seria atributo da classe revolucionária de cada época que, para se firmar, precisa necessariamente desconstruir as "miopias" que obscurecem o conhecimento dos fenômenos sociais. Ocorre que a burguesia, tão logo se torna vitoriosa, tenta naturalizar as novas instituições assim como faziam os nobres no período feudal. É, portanto, o proletariado que, nesta nova etapa histórica, tem maiores condições epistêmicas de reconhecer a temporalidade desse atual sistema.

Veja-se que, com isso, não se assevera a descoberta de verdades absolutas, mas sim que há determinadas perspectivas de mundo mais elevadas do que outras na busca por objetividade. Esta, embora relativa, revela-se mais *dilatada* diante da limitação do conhecimento humano. Enquanto a burguesia revolucionária acudia interesses próprios e contrários aos das massas populares, o proletariado, sendo uma classe universal, defende interesses transparentes que coincidem aos da maioria da população e a própria supressão de sua condição de classe social rumo à sua integral abolição. Ernst Bloch, citado por Löwy, assinala isso muito bem:

Contrariamente a todas as classes que a precederam, o proletariado revolucionário não tem nenhum interesse em camuflar seus interesses de classe — isto é, em produzir ideologias. Ele quer antes suprimir todas as classes e, finalmente, suprimir a si próprio enquanto classe; assim não tem ele necessidade, diferentemente das classes anteriores, de uma ideologia que embeleze (...) ¹⁴⁷.

¹⁴⁶LÖWY, 2000, p. 204-205.

¹⁴⁷Ibidem, p. 208.

Noutros termos, a não ser que o proletariado se comprometa com o desvelamento objetivo da realidade social, da relação de forças que se engendram no seu interior, a prática revolucionária para a transformação da sociedade e tomada do poder será, de fato, uma pretensão meramente imaginária. A superação de toda forma de dominação é inerente à perspectiva do proletariado que, como última classe revolucionária, tem na verdade, concretamente, sua arma de combate¹⁴⁸. Quem representa esse ponto de vista do proletariado não é, porém, um único grupo, mas, em uma união dialética, a multiplicidade de forças políticas, sociais e culturais que reivindicam a sua utopia — termo empregado aqui em sentido conexo ao dado por Mannheim, qual seja, a luta pela mudança da ordem burguesa estabelecida.

A possibilidade de um maior nível de objetividade, a suplantação do antagonismo entre as classes, tem fundamento, contudo, em um horizonte de uma aposta racional acerca do papel historicamente emancipador do proletariado. Não é, destarte, por si só suficiente para dar conta de conclusões relativamente mais objetivas e verdadeiras do que aquelas oriundas da restrita posição da burguesa — e isso porque há uma autonomia relativa (não independência, como postula o positivismo) da ciência em relação a tais contrapontos de classe.

A alusão a graus, níveis ou alturas do espectro do conhecimento não é sem razão. Löwy se vale da metáfora topográfica do "mirante" ou "observatório", segundo o qual o ponto de vista de classe determina uma posição mais elevada ou mais baixa quanto ao campo de visibilidade. Estar no térreo não significa nada ver — apenas ver (bem) menos do que estando no cume, de modo que o que vai impactar o horizonte do conhecimento não é a "boa fé" ou "má fé" do observador, mas sua altura desde o objeto — caso seja mais ampla ou mais reduzida¹⁴⁹. É por isso que o observador, estando em um patamar superior — poderíamos dizer, analogamente, no último andar de um prédio — consegue absorver assim os limites quanto às visões verdadeiras provenientes dos andares inferiores. Ressalte-se, contudo, que esse maior grau de percepção — onde se situa o proletariado — concede tão somente a possibilidade objetiva de uma determinada visão da paisagem, mas a sua pintura final do quadro também passa por outras determinações para além do mirante.

¹⁴⁸Ibidem, p. 209.

¹⁴⁹Ibidem, p. 212.

Dentre essas determinações de caráter *não-classista*, podem-se enumerar dois grupos: o primeiro, que corresponde à "forma de olhar", liga-se a questões como a nacionalidade, religião, cultura, geração e gênero, o que permite, por exemplo, a uma mulher centrada em dada posição de classe visualizar com mais nitidez determinados fenômenos sociais que tendem a ser evitados por alguém do sexo masculino, ainda que partilhe da mesma condição social; o segundo elemento seria a "arte de pintar", pois a ciência tem sua disciplina própria para descobrir a verdade, que compreende princípios gerais como a busca do conhecimento como objetivo em si e a liberdade de discussão e crítica, além de princípios específicos de cada ciência que mobilizam, como enfatiza Bourdieu, o capital do saber que foi acumulado — pois é através da história social da ciência social que se pode suprimir "a influência de um passado incorporado que sobrevive ao presente"¹⁵⁰.

A equivalência do fetichismo da mercadoria com o fetichismo jurídico, tomados de *per se* como se a visão social de mundo não lhes fosse um pressuposto, demonstra a fragilidade dos argumentos positivistas que negam essa relação e continuam a disseminar a (auto)ilusão de neutralidade axiológica e do mais extravagante meio de controle social — a pena.

2.2.3. O capitalismo como religião e sua jaula de aço

A partir dos argumentos ambivalentes de Max Weber acerca da relação entre a ética protestante e o capitalismo, após sua morte foram realizadas graduadas leituras anticapitalistas de sua obra — sobretudo por Ernst Bloch e Walter Benjamin. Já não se falaria apenas em uma intrínseca relação entre a esfera temporal e a esfera secular, pois de acordo com Bloch a doutrina calvinista devastou o cristianismo primitivo e seus resquícios medievais a tal ponto que os elementos que lhe foram incorporados — o dever abstrato de trabalhar, a obrigação moral de poupar e a riqueza como bastante em si mesma — elevaram o capitalismo à condição de uma nova religião¹⁵¹.

Esse novo direcionamento interpretativo teve em Benjamin o seu âmago, em especial no pequeno ensaio "O capitalismo como religião", malgrado sua patente

¹⁵⁰BOURDIEU, op. cit., p. 6.

¹⁵¹LÖWY, Michael. **A jaula de aço**: Max Weber e o marxismo weberiano. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 95.

discordância com Bloch sobre a inversão dos princípios cristãos, os quais o calvinismo teria levado a cabo. Também criticou a concepção weberiana de *Wertfrei* (neutralidade axiológica) e sua ideia central de que a estrutura religiosa do capitalismo seria uma formação condicionada pela religião, afirmando-o, pelo contrário, como um fenômeno de natureza religiosa por essência – e não apenas beneficiário da reforma protestante. Essa nova religião, consubstanciada em práticas utilitaristas, teria um caráter mais cultual do que qualquer outra e dispensaria dogmas ou teologia, uma vez que não exigiria adesão a um credo – o utilitarismo é só o que importa.

A adoração dos fiéis do culto capitalista é voltada ao papel-moeda cuja face variaria conforme o Estado – assim como a imagem dos santos de cada religião¹⁵². É certo que, em tempos de globalização, a própria moeda se tornou universal (dólar) ou regional (euro) nas relações comerciais, ou já nem tem mais uma face propriamente dita, e sim uma bandeira – de cartão de crédito – que é transnacional. O dinheiro seria como o inferno de Dante: ao nele se adentrar toda esperança é perdida, pois na sociedade capitalista as pessoas são atormentadas pelo desespero – do endividamento permanente, diria Baumann, pois fazer mais dívidas (hipoteca para pagar o empréstimo e este para pagar a casa, por ex.) é o único jeito de saldar as dívidas anteriores, criando assim uma dependência perniciosa do crédito, assim como se dá com as drogas mais pesadas¹⁵³. Dá-se uma espécie de *amor fati*, expressão que Nietzsche emprega para designar o amor ao destino, o “nada pretender ter de diferente, nada para frente, nada para trás, nada por toda a eternidade”¹⁵⁴.

As relações humanas são substituídas pelas relações monetárias, de modo que cada um é culpado pelo próprio destino – e o dinheiro não tem piedade de quem não o tenha. O sentimento de desespero pelo endividamento deve ser entendido a partir da naturalização da ordem capitalista como contorno inevitável do atual estado da economia, como se qualquer outra alternativa não se mostrasse viável. Não haveria como escapar dessa realidade e, sendo assim, esperar (ter esperança) por uma saída, pela redenção (ainda que em um mundo transcendente), não se

¹⁵²Ibidem, p. 97.

¹⁵³BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. p. 24.

¹⁵⁴NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce Homo**. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. p. 42.

apresentaria como factível – e é por isso que o desespero toma conta de todos, porque até mesmo a expiação outrora concedida lhes é subtraída¹⁵⁵.

Ao refletir sobre modos de dar fim a essa irresignação com o “destino”, Benjamin adverte que o dinheiro concentra um poder tão extraordinário e a perversidade está tão imbricada na religião capitalista que não é nem um pouco plausível acreditar na possibilidade de sua reforma. A autossuperação individual, presente no conceito nietzschiano de “Além do homem” (*Übermensch*), também não seria a solução, posto que a superação do capitalismo não se perfaz limitadamente pela ação de indivíduos excepcionais, membros da elite aristocrática¹⁵⁶.

Recorrer à etimologia em muito pode contribuir no desenvolvimento deste raciocínio herético: tanto a palavra Deus (*Gott*, no alemão) quanto ídolo (*Götze*) tem idêntica origem e significam “o fundido” (*Gegossene*), é dizer, um objeto ao qual os seres humanos deram vida e que, ao final, usurpa a vida dos próprios humanos e se torna mais poderoso do que eles – a criatura toma o lugar do criador. Nesse diapasão, o dinheiro (*Geld*) teria sido o único Deus/ídolo a que o homem deu vida, pois é simultaneamente artificial e vivo – um espírito que se tornou uma coisa viva, mas que não cria riqueza, pois a riqueza está gravada nele mesmo¹⁵⁷.

Nada tem sentido, na vida capitalista, fora das manifestações *cultuais* de seu ídolo. Impende destacar que esse culto não é consagrado a um dia específico na semana – como o sábado para os judeus e o domingo para os católicos: ele é permanente, duradouro, não há tempo para descanso. Todos o dia é dia de adoração, de “festa”, sem nenhuma piedade – os antigos feriados sagrados da Igreja Católica são reputados pelo calvinismo como sinônimo de ócio, de uma perda de tempo que não traz virtude alguma ao espírito, um óbice ao acúmulo de riquezas.

O culto do capitalismo é essencialmente culpabilizante – e não expiatório – na medida em que a consciência é permeada por uma culpa que vai se tornando universal e, portanto, estende-se aos capitalistas, cuja responsabilidade aumenta na proporção do acréscimo de suas posses, e também aos pobres, que são condenados *a priori* porque apenas se endividam e não conseguem acumular dinheiro. A exclusão social não seria, por conseguinte, um efeito negativo desse sistema de produção, mas antes um fato natural decorrente da vontade divina (do

¹⁵⁵LÖWY, 2014, p. 103.

¹⁵⁶Ibidem, p. 105.

¹⁵⁷Ibidem, p. 99.

Mercado) que escolhe os bem-aventurados. Para chegar a essa conclusão, Benjamin leva em conta a ambiguidade expressa pelo termo alemão *Schuld*, que tanto pode significar “dívida” como “culpa”, de modo que o homem é, em relação a Deus, *culpado* – por contrariá-lo – e *devedor* – por ser destinatário de sua graça¹⁵⁸. Dos pobres se exige o sacrifício da própria vida no altar do Mercado¹⁵⁹.

O final do século XIX foi caracterizado por uma rotunda desconfiança e desencantamento com a modernidade e as rápidas transformações operadas pelo capitalismo industrial com seu ideal de “progresso” permanente (seja técnico, científico ou moral), opondo-se a *Kultur* (valores religiosos, éticos, estéticos, políticos) à *Zivilisation* (o universo técnico-burocrático). Esse “pessimismo cultural”, como é habitualmente designado, teve o seu cerne na Alemanha e em Georg Simmel, um dos pensadores que melhor expressou a visão trágica da inevitabilidade dessa civilização, ao aduzir a suplantação da cultura das pessoas pela cultura das coisas, mas esse movimento não pode ser tomado como exclusivamente conservador e melancólico, comprometido apenas com tradições feudais, uma vez que dele também se pode extrair uma vertente de esquerda revolucionária preocupada com as classes oprimidas, mormente representada por Walter Benjamin.¹⁶⁰

É nesse mesmo contexto em que se situa Max Weber, não obstante seja difícil a empreita de classificá-lo em uma ou em outra corrente tendo em vista algumas de suas concepções estarem eivadas de uma ambivalência intransponível: se de um lado exalta as liberdades e direitos individuais conquistadas a duras penas, por outro, manifesta apreensão com o enaltecimento exacerbado do individualismo.¹⁶¹

Todavia, e nesse ponto se aproximaria de Nietzsche, Weber tão somente se dispunha a traçar um diagnóstico da modernidade capitalista e seu destino inexorável, sem, portanto, vislumbrar qualquer caminho diferente. É, nesse sentido, que o pensamento weberiano traduz uma lógica de aço, pois o homem estaria preso a um habitáculo ou jaula (*Gehäuse*) que ele mesmo criou e do qual escapar já não seria uma opção possível, dado o estado de submissão em que se encontra – uma

¹⁵⁸Ibidem, p. 101.

¹⁵⁹Ibidem, p. 108.

¹⁶⁰Ibidem, p. 43.

¹⁶¹Ibidem, p. 42.

residência forçada, pois. A historicidade dos sistemas de produção é, deste modo, negada – antes por irresignação do que por convivência desvairada –, apontando o reino da mercadoria como inquebrável e insuperável e, assim, desautorizando as propostas revolucionárias socialistas.¹⁶²

Nitidamente se percebe que esse diagnóstico nada tem de meramente descritivo e axiologicamente neutro (*Wertfreiheit*). Ainda que Weber não seja um adversário do capitalismo, engaja-se penhoradamente em dirigir-lhe críticas pessoais, como a metafórica morte de Fausto, o homem renascentista belo e realizado desenhado por Goethe, e a impossibilidade de reavê-lo no presente. O culto do homem teria sido fatalmente substituído pelo culto da coisa como que numa relação de escravo sem dono, é dizer, absoluta e impessoal ao mesmo tempo. É a maquinaria capitalista que passa a determinar o estilo de vida de todos os indivíduos numa espécie de coerção irresistível¹⁶³ e a liberdade que se dá é apenas para se adequar às regras do mercado – jamais para sair dele. Sendo assim, não há que se falar, como supõe a doutrina liberal, em afinidade de *per se* entre liberdade e democracia, senão em penoso paradoxo.

Weber emprega o termo *Wahlverwandtschaft* para balizar o que considera como “afinidade eletiva”, isto é, uma atração mútua interna ou “casamento” entre duas entidades que compartilham elementos significativos singulares – e não uma simples relação externa e destituída de sentido, como incorreu T. Parsons ao traduzir a referida expressão para a língua inglesa como “certain correlations” (certas correlações)¹⁶⁴. O escopo de Weber era ir de encontro à tradicional abordagem meramente causalista no âmbito das ciências sociais ao enfatizar a existência de uma série de influências recíprocas entre as formas de organização social para, então, averiguar em que medida determinados substratos da cultura moderna estariam embasados por motivações de cunho religioso.

Nesse sentido, o sociólogo alemão tenta estabelecer correlações entre o ascetismo puritano e sua sobressalente lógica do “trabalhar para acumular” e a disciplina burguesa equacionada pela obtenção de lucros para concluir pela existência de afinidades eletivas entre ambas, uma vez que aquela seria útil a essa e o inverso também. Afinidade eletiva, portanto, pode ser compreendida como sendo

¹⁶²Ibidem, p. 46.

¹⁶³Ibidem, p. 47.

¹⁶⁴Ibidem, p. 65.

a congruência entre duas formas culturais, políticas ou econômicas ou uma forma cultural e os interesses de um grupo social, tendo em conta algumas afinidades significativas que se atraem e se reforçam reciprocamente.¹⁶⁵

Weber desenha algumas críticas substanciais ao sistema capitalista, sobretudo no que diz respeito à exploração do trabalhador, ao denunciar a celeuma calvinista de que obedecer cegamente ao patrão significaria obedecer a uma ordem do próprio Deus, tornando a exploração do trabalho uma prática eticamente aceitável. O prazer pelo ofício teria sido completamente perdido, pois já não subsistiria mais qualquer encanto pela criação, e as relações de trabalho agora são impessoais, posto que o empregado sequer conhece o seu real empregador. Mas para além de tudo isso, a grande marca desse sistema é a “racionalidade instrumental” (*Zweckrationalität*) na qual o dinheiro se torna um fim em si mesmo, em uma lógica irracional de acumulação que nega a felicidade pessoal ao subjugar o homem às riquezas que produz¹⁶⁶.

À diferença de Marx, Weber se limita, contudo, a tecer críticas funcionais ao sistema capitalista sem, no entanto, induzir a qualquer horizonte de ruptura revolucionária – como se a “jaula de aço” fosse transcendentemente insuperável. O mesmo raciocínio é plenamente reproduzido pela dogmática penal menos conservadora, de raiz garantista: a pena privativa de liberdade, não obstante toda a crítica criminológica, é alvo de um mero “retoque”¹⁶⁷. Cárcere e estrutura social andam, realmente, de mãos dadas¹⁶⁸, de modo que não é possível aduzir a abolição do primeiro sem se romper com a segunda. A forma jurídica nada mais é do que a manifestação da forma política do capitalismo¹⁶⁹.

O direito está vinculado a uma ordem social específica, que é a ordem capitalista, atravessada por uma luta de classes irreconciliável na qual a paz e a harmonia, progresso e desenvolvimento, que a ele se atribuem são, em verdade, a paz, a harmonia, o progresso e o desenvolvimento da supremacia da classe burguesa na sociedade capitalista. É preciso ultrapassar o direito, deixá-lo para trás, posto ser um instrumento inviável numa sociedade pós-capitalista. O conteúdo do

¹⁶⁵Ibidem, p. 63.

¹⁶⁶Ibidem, p. 37.

¹⁶⁷FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁶⁸RUSCHE, G; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

¹⁶⁹MASCARO, Alysson. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

direito, portanto, está associado ao um contexto de domínio de classes e, nesse sentido, vinculado ao dado momento histórico.

Antes de Pachukanis, agregava-se as passagens marginais nas quais Marx falava em Direito, montando-se um espécie de quebra-cabeça. Mas Pachukanis não vai se limitar a subtrair passagens de Marx, transpondo o seu método - o materialismo histórico - para pensar o direito criticamente na medida em que refuta a ideia de Direito como um conjunto de normas externas e coercitivas. Isso porque a especificidade do direito não está na norma, pois direito não é norma, mas na subjetividade jurídica, na a noção de sujeito de direito, é dizer, o homem proprietário igual e livre perante outros homens em igual situação na troca de mercadorias.

Tal noção de sujeito de direito não é inata, natural, e sim uma exigência da sociedade capitalista, posto que a troca de mercadorias exige algo além das próprias mercadorias na medida em que as mercadorias não se trocam por si mesmas - precisam de um guardião, alguém que as leve para que sejam trocadas. Desse modo, o homem vai ocupar na teoria do direito de Pachukanis o mesmo lugar que a mercadoria ocupa na teoria econômica de Marx.

2.2. As debilidades da dogmática penal do perigo no contexto latino-americano

2.2.1. A ilegítima distinção entre pessoa e indivíduo

Entre os gregos, havia dois termos para expressar o sentido da palavra "vida": tanto poderia ser "zoé", isto é, o fato de viver inerente a todos os seres vivos, como também "bios", a indicar um modo qualificado e particular de vida para além daquele natural. Assim, não faria sentido falar numa "zoé politké", ou seja, num viver natural voltado à política, pois a simples vida natural tinha um papel exclusivamente reprodutivo, opondo-se o *mero viver* (enquanto nascer) a um *viver bem* (enquanto existência)¹⁷⁰. A partir desse horizonte, pode-se estabelecer analogias que favorecem a melhor compreensão das categorias da teoria funcionalista: o *indivíduo*, aquele que está no entorno (fora da norma, no estado de natureza), tem vida no sentido de "zoé" (mero animal, organismo vivo), ao passo que a pessoa, aquela incluída no sistema (dentro da norma, signatária da sociedade civil), tem vida no sentido de "bíos" — isto é, uma vida qualificada pelo atributo de "cidadão".

O sujeito que não se comporta de acordo com as normas realiza, segundo Jakobs, uma "comunicação defeituosa" (um crime) e, a despeito de atuar formalmente como pessoa — pois apenas o ser humano é capaz de agir intencionalmente —, é substancialmente um indivíduo — está no entorno do sistema, mas não equivale ao meio ambiente, pois a natureza no máximo produz sinistros e não delitos. Estaria dentro e fora, ao mesmo tempo¹⁷¹.

Essa explicação do professor alemão quanto à infração de normas, conforme Navarrete, entra em contradição: formalmente a pessoa, que por essência deve ser fiel ao Direito, não o é; materialmente o indivíduo, que é incapaz de comunicação — e portanto de violar uma norma e de sofrer uma pena —, a infringe. Essa distinção entre pessoa e indivíduo proposta por Jakobs não tem, destarte, legitimidade para fundamentar o poder punitivo estatal. Além disso, deixa em aberto se para receber o tratamento de pessoa é preciso apenas ser potencialmente fiel ao Direito ou se é preciso exercitar tal fidelidade. E, em relação ao momento e justificativa adequados

¹⁷⁰AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 9.

¹⁷¹JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feiió Sánchez. Madrid: Civitas, 2000. p. 18.

para a pena, Jakobs defende uma posição extremamente radical — a de que ela serve não somente como contradição à negação operada pela perturbação da ordem (numa visão hegeliana), mas também como reação à configuração de um mundo paralelo (entorno) projetado e imposto arbitrariamente (e ineficazmente) pelo infrator para desestabilizar o Direito¹⁷².

2.2.2. *A precariedade da inclusão (ou a exclusão não é uma escolha)*

Guillaume Le Blanc — professor de filosofia da Universidade de Bordeaux (França) — indaga se somos autores ou vítimas das normas. Ele considera que a Filosofia é um pensamento entre outros e que procura produzir uma regulação tolerante de diferentes formas de pensamento. Ser tolerante significa para ele que a Filosofia busca afrouxar o curso das normas dentro das quais as existências estão contidas¹⁷³.

A vida não se apoia apenas em normas que se devem respeitar, pois ao regular a vida elas refletem relações de poder — ainda quando se tornam obsoletas e então gerem novos conflitos. O apátrida, aquele que deixa seu país para viver em outro, é uma figura que expressaria bem a situação na qual o indivíduo se encontra privado de um certo número de regras que sustentavam sua existência, tornando a sua vida — agora como estrangeiro — não tão confortável como outrora. Algo semelhante se dá com o desempregado: um conjunto de regras sociais (a regulamentação da jornada de serviço, por ex.) que não eram questionadas enquanto se estava trabalhando passam a sê-lo à medida que o indivíduo não mais nelas se inscreve porque é excluído¹⁷⁴.

A atual crise que levou à fragilização social deve ser entendida, conforme Le Blanc, a partir da crise de enfraquecimento do sentido das normas para a vida, pois o que era socialmente evidente deixou de sê-lo. A sociedade contemporânea, referenciada em normas cada vez mais determinantes e que se vinculam ao impacto da economia sobre a vida, não se resumiria, contudo, a uma completa mercantilização. Afirmar isso seria simplificar o mundo demasiadamente a partir de

¹⁷² NAVARRETE, op. cit, p. 73.

¹⁷³ A VIDA pode ser fora das normas? Conferência de Guillaume Le Blanc. São Paulo: CPFL Cultura, 2010. (46 min.), son., color. Legendado. Disponível em: <<http://vimeo.com/50990374>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

¹⁷⁴ Ibidem.

uma lógica de governabilidade neoliberal, ignorando que há modos de vida alternativos ou de contracultura que estão à margem, mas são fundamentais para um diagnóstico do nosso presente. É exatamente essa crise que torna possível problematizar os fundamentos neoliberais do mundo hodierno e a contestação do mercado, pois há, de um lado, um conflito entre a lógica econômica de mercantilização da vida humana e, de outro, as respostas alternativas a tal fenômeno e que constituem uma nova experiência de democracia — a qual fomenta a possibilidade de se contrapor àquela lógica.

Le Blanc destaca a existência de três grandes experiências sociais que servirão para desmascarar cabalmente as implicações da ideia de inimigo no direito penal, quais sejam: (a) experiência de *inclusão*, na qual a vida humana é portadora de certas garantias de que terá propriedades sociais mínimas indispensáveis ao próprio desenvolvimento; (b) a experiência de *exclusão*, na qual a vida humana não possui qualquer propriedade social que lhe permita a estabilidade, a exemplo dos sem-teto; e, no limite entre essas duas experiências sociais, a *precariedade* — ser um "incluso-excluído", "ter um pé dentro e um pé fora da sociedade", em que a posse de alguns bens (emprego, domicílio) permite que se continue integrado à sociedade, mas de forma tão precária (trabalho subqualificado, residência em cortiços) que essa é uma inclusão que está a caminho da exclusão¹⁷⁵. Noutras palavras, a precariedade significa ir de um espaço de regras a outro fora das regras — do sistema ao entorno, na linguagem luhmanniana.

Quanto mais uma vida é excluída, mais ela derrapa para fora da norma, isto é, para o estado "inassimilável" — aquele que deixou de ser e que agora sobra e não sabemos o que fazer com ele. Essa fragilização social leva à perda de significado para o mundo — uma vida que aparentemente *não vale a pena ser vivida*, na expressão de Agamben. Uma vida fora da norma é, pois, uma vida que não é mais reconhecida como sendo capaz de ser dentro de um espaço comum de normas. Em francês, a região situada no entorno da cidade é denominada "*banlieu*" — o lugar do banimento, do banido, de todos que foram expulsos do centro, ou seja, a *periferia*. É uma vida que foi banida¹⁷⁶.

Nessa mesma linha, Luciano Oliveira destaca a eminência do pensamento de Hannah Arendt para compreender o problema contemporâneo dos excluídos,

¹⁷⁵Ibidem.

¹⁷⁶AGAMBEN, op. cit., p. 143.

aqueles seres humanos que parecem não ter um "lugar peculiar no mundo" porque economicamente desnecessários e passíveis de serem eliminados. A filósofa fazia especial referência ao povo judeu, que se tornou apátrida dentro do próprio território onde vivia e nasceu e foi cerceado de todos os direitos e, logo, da própria condição de cidadão¹⁷⁷.

Tornaram-se, assim, indivíduos privados de identidade, que não mais pertenciam a uma comunidade e que não despertavam mais o interesse de ninguém - a não ser um sentimento de hostilidade que, hoje também, pode desembocar numa "mentalidade exterminatória" (ou neonazista) retroalimentada assim pelo medo que esses indivíduos inspiram como pelo temor de igualmente vir a se tornar um "nada". O extermínio, pois, dos "excedentes" da sociedade, que não são assimiláveis pelos tradicionais processos de trabalhos, tampouco de socialização — uma "escória" que só incomoda¹⁷⁸.

Esse processo de fragilização social sobreviria, assim, com a progressiva perda da voz, da imagem e da humanidade. A possibilidade de ter voz e ser escutado depende da relevância que se confere à existência social de alguém, da importância que um indivíduo tem na sociedade, que aos poucos se perde com a experiência da precariedade e acaba completamente com a experiência da exclusão. Não se perde precisamente a voz (som das cordas vocais), mas esta é destituída de sentido, torna-se um mero ruído dos selvagens da periferia (os banidos) e, por conseguinte, não é levada em conta. Desaparecendo a voz, a imagem do sujeito vai decaindo cada vez mais em nitidez ao ponto de não se poder mais associá-la ao rosto de quem a carrega, que se torna então invisível. Quanto menos alguém for escutado, menos também será percebido, de modo que não ouvi-lo é a condição para não mais vê-lo. A perda da voz produz a perda da imagem¹⁷⁹.

A principal consequência desse processo de perdas acumuladas é a perda da humanidade, haja vista que nem todos os seres humanos passam a ser reconhecidos inteiramente enquanto tais. A escravidão foi o extremo dessa experiência ao se coisificar e subtrair a qualidade humana do ser pelo olhar indiferente que simplesmente atravessava o outro. A "morte social" do sujeito, de

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Luciano. **Os excluídos 'existem'?** Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 33, fev. 1997.

¹⁷⁸ A VIDA pode ser fora das normas?, *ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

modo semelhante à loucura, seria, pois, a ausência da obra — quando aquilo que se faz não tem qualquer valor para a sociedade. É o inimigo, desprezado porque não executa nenhuma função útil ao sistema — antes o incomoda.

2.2.3. A criminalização dos miseráveis

Pobres e loucos, durante a Idade Clássica (Renascimento), entreolhavam-se como sujeitos das margens, haja vista que, nas linhas de Descartes, a loucura seria profundamente contaminada pela pobreza — o louco pensa que é Rei quando na verdade é pobre¹⁸⁰. Não à toa ambos eram arranjados no mesmo espaço (os hospitais gerais) que, por seu turno, os classificavam em *pobres de Cristo* — os que eram obedientes e aceitavam o confinamento como uma dádiva — e *pobres do Demônio* — que se rebelavam contra o internamento. O tratamento moral da loucura ancorava-se, pois, no tratamento moral da miséria.

A partir do nascimento do asilo, dá-se a distinção medicalizada entre o normal (pobre) e o patológico (louco). Antes enxergados como "bem-aventurados" e postos por Deus na Terra para testar a caridade dos cristãos, os pobres perdem essa "purificação" e se transmutam em elemento necessário à riqueza das nações na medida em que *trabalha e pouco consome*. Thomas Malthus, famoso economista britânico, chegou a reconhecer que o livre desenvolvimento da produção capitalista estaria condicionado à miséria de seus principais protagonistas — as classes trabalhadoras¹⁸¹.

Internar os pobres, portanto, já não fazia mais sentido num contexto no qual a mão-de-obra era escassa e o *critério da empregabilidade* lançava uma nova classificação: o pobre sem emprego, mas empregável, e o pobre empregado. É precisamente a *não empregabilidade* — aquela incapacidade de participar da produção econômica no interior do sistema social mencionada por Jakobs — que faz emergir a categoria de indivíduo perigoso¹⁸².

No atual cenário os inimigos não se limitam, pois, àqueles que perpetram crimes de inusitada gravidade. Estende-se, sobretudo, ao grupo de risco constituído

¹⁸⁰LE BLANC, Guillaume. **História da loucura na Idade Clássica**: uma história da pobreza. In: VEIGA-NETO, Alfredo; FONSECA, Márcio Alves da; MUCHAIL, Salma Tannus. *O mesmo e o outro*: 50 anos de História da loucura. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. Cap. 12. p. 179.

¹⁸¹LÖWY, 2000, p. 111.

¹⁸²LE BLANC, op. cit., p. 184.

pela "underclass" (prostitutas, mendigos, desempregados, negros, pequenos ladrões, usuários de drogas ilícitas) em virtude da indisciplinada e reprovável condição de vida que decidem levar em contraste com o Direito — e, porque não dizer, com a moral burguesa. A noção de *risco* não é, destarte, um dado empírico — e sim uma forma de compreensão do real que tem natureza política¹⁸³.

2.2.4. O estranho como inimigo

O pertencimento e o estranhamento sempre foram fatores modeladores da punição. Em termos de Política Criminal, Eugenio Zaffaroni assinala que são recorrentes as teorizações sobre estilos diferenciados de repressão, reservando-se aos crimes considerados mais nocivos ("*molestos*") penas desproporcionais — da segregação (dos loucos e incômodos) à eliminação (dos repugnantes). É neste último grupo, comovido por atos de incomum gravidade, que Jakobs alocaria os "inimigos" — já conhecidos da história política ocidental, como as bruxas da Idade Média¹⁸⁴.

Partindo-se do pressuposto de que são o contexto e as circunstâncias quem determinam a relevância de uma conduta, a reação que juridicamente se instrumentaliza contra ela é, antes de tudo, política — não por acaso o jurista alemão se apoia em Hobbes, para quem a noção de inimigo se vinculava a todo aquele que oferecesse *resistência*, antes mesmo no domínio interno (pensamento) do que externo (atos), às determinações do soberano. Mas a política hoje foi reduzida de tal monta pela globalização que lhe restou uma expressão mínima, de modo que as decisões estruturais exsurgem como mero poder de definir o inimigo — priorizando-se a violência em detrimento da negociação e dos direitos humanos.

A dualidade do poder punitivo (iguais/estranhos), no entanto, conheceu modelos peculiares. Na Europa do primeiro quartel do século XX, os regimes totalitários (nazismo, fascismo e stalinismo) perfaziam nitidamente essa distinção, seja direcionando os estranhos a tribunais de exceção (*ad hoc*) seja os condenando

¹⁸³DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial**: a Criminologia do fim da história. 2012. 309 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 259.

¹⁸⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La legitimación del control penal de los "extraños"**. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (org.). *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. v. 2. Madrid: Edisofer, 2006. p. 1118.

sumariamente, furtando-lhes a garantia do devido processo legal. Ainda que a eliminação não seja mais admitida hodiernamente na União Europeia, o gradiente político entre criminosos graves, dissidentes e estranhos permanece expressa na medida da pena¹⁸⁵.

Os Estados Unidos, cuja população carcerária é predominantemente negra e latina e seu aumento vertical foi acompanhada da redução de políticas públicas¹⁸⁶, é o único país do continente americano que persiste na aplicação da pena de morte aos “repugnantes” (terroristas, assassinos). Aos demais, o sentenciamento indeterminado (sistema “*three strikes and you're out!*”) é bastante comum e as condenações se produzem normalmente pelo instituto do “*plea bargain*”, pelo o qual o réu é levado a negociar a própria culpa com o órgão acusador numa fase pré-processual — sem, portanto, a corroboração judicial dos indícios probatórios que se lhe apresentam aparentemente desfavoráveis¹⁸⁷.

Nas ditaduras da América Latina, por sua vez, o paradigma da “segurança nacional” embasou a eliminação em detenções administrativas ilimitadas (sistema penal paralelo) — no Brasil o caso Vladimir Herzog é emblemático — e a eliminação direta, por morte ou desaparecimento forçado de pessoas (sistema penal subterrâneo) — a exemplo da Guerrilha do Araguaia, também em território brasileiro, entre 1972 e 1975. Contemporaneamente, a mortífera violência estatal — da polícia e do sistema prisional — remanejou-se quase que integralmente para as classes miseráveis.

O saber jurídico-penal liberal volta-se à programação de conteúdo do poder punitivo que irá guiar a atividade forense a fim de conter o (sempre latente) estado de polícia. Assim sendo, Zaffaroni apregoa que, no marco de um Estado de Direito, é politicamente *intolerável* a adoção da categoria de “inimigo” pelo direito ordinário (penal e administrativo), pois já se ocupando o direito militar das guerras excepcionais, admitir-se-ia a existência de guerras permanentes¹⁸⁸. Se estas de fato existem, então o Estado de Direito, ao impor limites ao poder soberano, significaria um empecilho à eficaz neutralização desses estranhos a fim de se manter a paz

¹⁸⁵Ibidem, p. 1124.

¹⁸⁶WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹⁸⁷DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 95.

¹⁸⁸ZAFFARONI, op. cit., p. 1122.

entre os cidadãos, de modo que o Estado absoluto — e, por decorrência, autoritário — projetar-se-ia como o único plausível.

2.2.5. O risco da (in)segurança

Massimo Pavarini demonstra perplexidade pelo fato de a teoria do direito penal do inimigo ter nascido logo na mais forte democracia e economia da Europa, a Alemanha, e a necessidade de contextualizar suas implicações nas "democracias débeis" latino-americanas. O significativo acolhimento das ideias de Jakobs num país da periferia tal qual a Colômbia — onde as FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia) há muito foram traçadas como o grande inimigo público interno —, revela claramente que esse debate de modo algum se circunscreve à dogmática penal germânica — onde nem sequer tem mais audiência¹⁸⁹.

O tom de catástrofe que toma conta das discussões sobre segurança pública é um efeito direto, como nota Mariel Muraro, da reunião dos mais diversos assuntos - de brigas em escolas aos "rolezinhos" em shoppings centers - que criam a imagem de que a insegurança afeta, de forma generalizada, todos os setores sociais. E, no discurso midiático, o termo segurança é usado de forma restrita, como se fosse exclusivo à esfera criminal, e instrumentalizado para o agigantamento do aparelho repressor estatal para a contenção dos marginalizados. Dissemina-se, pois, um direito à segurança ao invés da necessária segurança de direitos¹⁹⁰.

Nils Christie lucidamente denominou de indústria do controle do crime a produção de insegurança como meio para se auferir altos lucros¹⁹¹. A vida das pessoas se torna mercadoria no capitalismo e o epíteto da biopolítica não poderia ser mais preciso: o poder soberano agora já não faz morrer, mas deixa morrer e faz viver. E quem pode viver numa sociedade assim? Aqueles que podem pagar pelo preço da proteção que o Estado se omite em oferecer — não porque seja incapaz de fazê-lo, mas porque é mais vantajoso para o mercado que não o faça. Inevitável,

¹⁸⁹PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos**: Criminalidade, Exclusão e Insegurança. Curitiba: ICPC, 2012. p. 6.

¹⁹⁰MURARO, Mariel. **Crime, violência e segurança**: um estudo de caso da Campanha Paz Sem Voz é Medo do Jornal Gazeta do Povo. 2013. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 84-85.

¹⁹¹CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime**: caminho dos Gulags em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 95.

portanto, desconstruir o mito da ineficiência da coisa pública e o culto da iniciativa privada que é tão inadvertidamente reiterado.

Nessa sociedade complexa, a polícia pouco pode fazer e só tem capacidade de solucionar o que geralmente se resolveria sozinho. Inúmeros boletins de ocorrências são registrados diariamente, mas poucos chegam a um desfecho. Desenrola-se, então, uma crise da hegemonia estatal, posto que as instituições de sistema de justiça criminal tornaram-se um recurso mecânico ao qual se recorre automaticamente por falta de alternativa. Como que cumprindo um ritual, a vítima faz a queixa na delegacia de polícia mesmo sabendo que quase sempre nenhuma providência será tomada a respeito porque não há suspeitos na maioria dos casos.

O estado de bem-estar social é caracterizado pela ideia de cuidado com os seus cidadãos, protegendo-os (ainda que coercitivamente) dos perigos da vida e punindo severamente os que infligem tal perigo sobre os demais. A guerra contra as drogas, cujos cadáveres são banalmente explanados em manchetes de periódicos e telejornais, só reforça o controle efetivo do Estado em relação às classes consideradas como um perigo em potencial pelo seu estilo de vida ofensivo à ética do trabalho. Faz-se um cerco ideológico para justificar as deformidades sociais que, embora oficialmente não assumidas, constituem sua consequência necessária, encarcerando-se os que não são absorvidos pelo sistema de produção (excedentes, como os desabrigados e desempregados) por ameaçarem a ordem estabelecida. Abre-se caminho, assim, para a guerra contra as pessoas tomadas como inúteis e potencialmente perigosas, mais tóxicas até do que o próprio lixo¹⁹².

É progressiva a transição da condição de "mau cidadão" ao de "inimigo", passando por fatores como reincidência, habitualidade e inserção em associações criminosas. Mas a grande questão a se perfilhar é o porquê de os inimigos corresponderem predominantemente àqueles últimos estratos da sociedade. Não é possível respondê-la satisfatoriamente sem reconhecer que o objetivo do cárcere é produzir ordem social por meio da neutralização seletiva de sujeitos — que nem chegam a ter o status jurídico de "pessoa" —, dado que a *inclusão* no sistema social não é benefício de que todos podem usufruir. O próprio Luhmann o diz em linhas anteriores.

¹⁹²CHRISTIE, op. cit., p. 65.

No Brasil, o processo de invasão das favelas do Rio de Janeiro com o implemento das chamadas Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) é um fértil campo de discussão criminológica acerca do direito penal do inimigo. Os Grupamentos de Policiamento em Áreas Especiais (GPAEs) a antecederam com a mesma proposta de eliminar o poder paralelo do tráfico, mas em pouco tempo perdeu apoio popular em virtude da conivência das autoridades com o retorno do comércio ilícito de entorpecentes sob uma configuração menos violenta¹⁹³.

Nesse vácuo, surgiram organizações paramilitares de agentes públicos civis e militares, as ditas milícias, que coagiam a população a pagar uma espécie de taxa com a promessa de oferecer a segurança que os órgãos oficiais não garantiam. As fronteiras do legal e do ilegal são então mescladas, perfazendo-se uma estreita simbiose entre os gestores do controle social criminal e os destinatários desse controle a partir da instrumentalização da soberania estatal como meio para a consecução de um mercado de serviços privados.¹⁹⁴

Se o objetivo declarado foi o de “pacificar” comunidades dominadas por uma espécie de poder paralelo do tráfico, as UPPs também estabeleceram um território de dominação. O discurso estruturado na desqualificação pessoal, na demonização dos selecionados pelas agências de criminalização, notadamente pelo epíteto de “traficante”, encontra perfeito enlaçamento com a ideia de inimigo traçada por Jakobs – corpos que se desviam deliberadamente e habitualmente das normas jurídicas e que, por isso, devem ter as garantias processuais e constitucionais flexibilizadas, o que acaba por enterrar os princípios da proporcionalidade e da lesividade.

Esse “direito penal dos traficantes” envolve um elementar binômio discursivo de cunho biopolítico: punição aos traficantes/tratamento médico aos usuários, concedendo a estes últimos a possibilidade de normalização e docilização, de fazê-los viver e torna-los normais, enquanto àqueles é direcionada a repressão por representarem ameaça à normalização dos demais, deixando-os morrer.¹⁹⁵

¹⁹³BUSATO, Paulo César. **A realidade das unidades de polícia pacificadora e o discurso legitimador do medo**: mais um exemplo de direito penal do inimigo. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal – Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 585.

¹⁹⁴Ibidem, p. 591.

¹⁹⁵OLIVEIRA, Vivian de. **Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 57, p. 239, dez. 2013. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/34565/21425>>. Acesso em: 03 Fev. 2015.

Duas são, portanto, as formas de enfrentar a questão das drogas: enquanto a lógica proibicionista prega um ideal absenteísta que se calca no axioma de que o uso de drogas irremediavelmente leva à dependência e é uma conduta moralmente reprovável, devendo ser castigada, a política de redução de danos é pragmática e reconhece que os usuários enxergam não apenas efeitos negativos, mas também positivos, no uso de drogas, pelo que apresenta medidas sanitárias (por ex., o fornecimento gratuito de seringas para evitar o seu compartilhamento e, assim, a transmissão de doenças) para reduzir esses efeitos negativos tanto ao consumidor quanto à sociedade sem recorrer, pois, ao fatigado direito penal¹⁹⁶.

Estudos empíricos demonstram, explicitamente, a seletividade ínsita à pseudo-subsunção típica: estudantes universitários que moram em zonas nobres são encarados como “recuperáveis”, enquanto os meninos da periferia são sumariamente condenados a medidas “socioeducativas” ou remetidos a prisões (a diferença entre ambas é apenas terminológica, e não semântica) por desejarem o mesmo – consumir o que o marketing comercial lhes impõe como condição para uma cidadania de “primeira classe”¹⁹⁷.

A remissão de Jakobs ao modelo teórico de Luhmann merece cautela, pois neste, segundo Busato, os sistemas psíquicos são externos aos sistemas sociais, é dizer, margeiam o seu entorno, ao passo que para Jakobs operaria um cabal reducionismo ao confundir sujeito e pessoa e atribuindo apenas a esse último um rol de direitos fundamentais, revelando um demasiado apego ao sistema normativo em detrimento da dignidade humana. A semelhança com o discurso do estado de exceção de Carl Schmitt não é mera coincidência: a definição do inimigo é de titularidade do soberano, que decide quando a lei excepcional é aplicável para prover a sua autoconservação.¹⁹⁸

A imputação de atos de terrorismo aos movimentos sociais que lutam pela reforma agrária, em especial o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra), é outra forma na qual o direito penal do inimigo disfarçadamente se desenha em *terrae brasilis*. É ilustrativo, nesse sentido, o caso da Fazenda Coqueiros, no

¹⁹⁶DIETER, Vitor Stegmann. **A Guerra Proibida**: os fundamentos da política de drogas proscritas. 2014. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 102.

¹⁹⁷Por todos, cf. ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁹⁸BUSATO, 2012, p. 595.

norte do Rio Grande do Sul, ocupada por camponeses membros do MST no ano de 2004 e cujos os líderes foram denunciados por crimes prescritos na malfada Lei de Segurança Nacional (Lei nº. 7.170/1983) pelo Ministério Público Federal, que os considerou integrantes de um grupo extremamente organizado, com divisão hierárquica de tarefas e, inclusive, uso de uniformes, táticas de guerrilha e insultos contra as entidades governamentais (Polícia, Judiciário e Executivo estadual)¹⁹⁹.

A defesa da “segurança nacional”, no entanto, demonstra-se incompatível com a ordem constitucional democrática, uma vez que se sustenta como categoria de uma ideologia inexoravelmente autoritária²⁰⁰. O direito democrático de resistência expresso na luta do MST pela regularização fundiária nacional, obstada por uma cultura de raiz escravocrata e latifundiária como a brasileira, pode ser legitimamente concebida como inexigibilidade de conduta diversa por causa supralegal de exculpação²⁰¹, ausência de motivabilidade pela norma penal²⁰² ou permissão fraca²⁰³, posto que não se propõe a depor a ordem vigente, senão a protestar pela sua efetiva realização.

O medo é então produzido e reproduzido como forma de legitimar esse estado de exceção permanente, permeado por uma guerra subterrânea não declarada. Uma massa de indivíduos é apresentada como uma espécie de “homo sacer” (Agamben), cuja vida torna-se matável por ter sido cerceada de qualquer relevância significativa para a sociedade, ainda que por mera suspeita embasada em estereótipos (negro morador da favela), acudindo-se da dogmática penal como artifício de justificação do que não é injustificável senão pelo senso comum esposado pela mídia – que, numa sociedade ágrafa como a brasileira, onde ninguém lê, mas todos veem televisão, esta se projeta como componente

¹⁹⁹TANGERINO, Davi; D’ÁVILA, Fábio Roberto; CARVALHO, Salo de. **O direito penal na “luta contra o terrorismo”**: delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais (O caso do Movimento dos Trabalhadores sem Terra). In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal* – Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe, 2012. p. 650.

²⁰⁰Ibidem, p. 655.

²⁰¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 262.

²⁰²TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. São Paulo: Campus, 2010. p. 203.

²⁰³BUSATO, Paulo César. **Direito Penal** - Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 557; VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 492 ss.

fundamental do processo político ao determinar o rumo da consciência das pessoas e de suas atitudes ao longo da vida, no olhar de Gilberto Felisberto²⁰⁴.

A mídia, enquanto instância de controle informal, exerce relevante influência na criminalização dos movimentos sociais, frequentemente tomando os sem-terra como algozes intolerantes e os fazendeiros como vítimas. Os meios de comunicação funcionam, assim, como o instrumento ideológico pelo qual o Estado previamente cria a opinião pública conveniente para levar a cabo uma ação impopular. No Brasil, onde uma rede de televisão (Globo) detêm quase que exclusivamente a hegemonia da audiência, esse cenário é ainda mais preocupante²⁰⁵.

O fato é que tanto a esquerda quanto a direita têm se valido do mesmo senso comum para embasar idêntico discurso: a expansão do direito penal pelo endurecimento das penas – como se não bastasse a violência física e moral subjacente à prisão, ainda que não expressa no preceito secundário da norma penal –, novos tipos de criminalização primária – de um lado, o Projeto de Lei do Senado 236/2012 (Novo Código Penal Brasileiro) cria quatro capítulos e dezenove artigos para tratar dos “crimes contra o estado democrático de direito” para abarcar, por exemplo, a destruição de ônibus em manifestações, e de outro o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 122/2006 defende a equiparação da homofobia aos crimes de racismo e antissemitismo –, a construção de mais presídios e o aumento do efetivo de policiais nas ruas.

Como não são capazes de oferecer soluções apropriadas aos problemas coletivos a fim de permitir uma existência estável aos cidadãos, o foco das incertezas individuais – como garantir os meios de vida – é então desviado para uma preocupação extremada com a segurança pública, como adverte Katie Arguello²⁰⁶. O direito penal do inimigo sobrepõe a segurança em detrimento da liberdade, exaltando uma dimensão politico-econômica neoliberal, quando o preço da liberdade é exatamente uma parcela de insegurança.

²⁰⁴SALLES, Marcelo. **A TV é ponta-de-lança dos interesses internacionais**: entrevista com Gilberto Felisberto Vasconcellos. Observatório da Imprensa, Rio de Janeiro, 23 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a-tv-e-pontadelanca-dos-interesses-internaciona-is/>>. Acesso em: 11 jan 2015.

²⁰⁵BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. **A criminalização dos movimentos sociais como obstáculo à consolidação dos direitos fundamentais**. 2008. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 106.

²⁰⁶ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal**: invertendo o discurso da ordem. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 10 jan 2015.

2.2.6. O efeito pela causa: gerir ao invés de prevenir

Em conferência na cidade de Atenas, Giorgio Agamben delineou uma genealogia da ideia de "segurança" para demonstrar que o seu uso nada tem a ver, como se poderia supor num primeiro momento, com a finalidade de prevenir perigos ou de evitar catástrofes. O termo "crise", que expressa uma noção não-jurídica, tem sua raiz no verbo grego "crino" que, por sua vez, remete a dois significados: no âmbito da medicina, "crisis" é o momento em que o médico precisa julgar o destino do paciente — se permanecerá vivo ou irá morrer; já na teologia, "crisis" se refere ao julgamento final anunciado por Jesus no fim dos tempos. Posteriormente, esta dupla acepção é bifurcada e crise não mais se confunde com julgamento, dissolvendo-se completamente a capacidade de decidir para, então, ter-se um contínuo estado de exceção. Crise vira sinônimo de normalidade²⁰⁷.

François Quesnay, no século XVIII, trouxe à tona o moderno conceito de segurança: como meio de prevenir a fome, problema constante por que passavam os Estados europeus, geralmente se propunha a criação de celeiros públicos e a proibição de exportar cereais, mas a partir da teoria econômica dos fisiocratas, a preocupação política passou a ser não mais a prevenção, mas a administração da fome assim que ela aparecesse. Isso porque seria inútil alterar a ordem natural das coisas — resumida na máxima "laissez faire, laissez passer" ("deixai fazer, deixai passar").

Nascia, assim, um novo paradigma de governo no qual a segurança tem por objetivo a habilidade de bem governar os perigos — e não a de preveni-los. Uma vez que ter o domínio das causas é tarefa árdua e muito custosa, opta-se pela tentativa pragmática de controlar apenas os efeitos — o que se pode visualizar, por exemplo, na criação, no século XVIII, de métodos de identificação biométrica por impressões digitais direcionados não para a prevenção de crimes, mas para registrar os criminosos reincidentes²⁰⁸.

A lógica circular continua a mesma: ao invés de se averiguarem sociologicamente as razões do elevado número de presos por crimes patrimoniais

²⁰⁷AGAMBEN, Giorgio. **Por uma teoria do poder destituente.** In: <<http://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituente-de-giorgio-agamben/>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

²⁰⁸Ibidem.

no Brasil, reclamam-se penas ainda mais severas aos infratores. Luciano Oliveira constata exatamente isso ao analisar como os editoriais de veículos de comunicação retratam os meninos de rua que praticam assaltos: mediações sociológicas são *ab initio* rejeitadas, consumando-se uma adesão automática ao senso comum – que, em geral, tem uma reação epidérmica, à flor da pele, que privilegia atitudes imediatistas e se abstém de refletir para além da aparência²⁰⁹.

2.2.7 O isolamento da política criminal

Alardeava Hans Welzel que, na dogmática penal, o causalismo era *cego* enquanto o finalismo seria *vidente*²¹⁰. A validade dessa afirmação é hoje bastante questionada pela doutrina²¹¹, mas uma outra combinação é possível: sem as observações empíricas proporcionadas pela Criminologia, a Política Criminal – que cuida da programação criminalizante – torna-se completamente (quando não deliberadamente) cega à realidade concreta do sistema penal.

Trazendo à tona o problema da definição do delito, as teorias da reação social ou "labeling approach" entendem ser indispensável, para a compreensão da criminalidade, o estudo da atuação das agências oficiais que ditam o que seja crime e contra ele reagem. Nesse sentido, deve-se ir desde a atuação legislativa abstrata ou criminalização primária até a sua aplicação concreta pelas agências de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário, agentes penitenciários). Estas, por sua vez, não "detectam" a existência de uma conduta criminosa: o que fazem é "produzi-la" ao etiquetarem-na como tal, a partir de *metarregras*²¹², de modo que caracterizar um ato como criminoso ou não irá depender do que será feito a respeito²¹³.

Porta-se Jakobs, conforme assinala Juarez Cirino, como penalista no sentido literal da palavra, pois acredita no Direito Penal como método de luta contra a

²⁰⁹OLIVEIRA, op. cit.

²¹⁰CIRINO DOS SANTOS, 2002, p. 16.

²¹¹BUSATO, 2013, p. 232-235.

²¹²Metarregras ou "basic rules" é um termo empregado por Fritz Sack para indicar os preconceitos, estereótipos e outros traços pessoais que atuam decisivamente no processo de criminalização. Cf. BARATTA, 2002, p. 104-109.

²¹³ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 57.

criminalidade²¹⁴. Não percebe, contudo, que as indesejadas práticas de violência pessoal, sexual e patrimonial nas sociedades contemporâneas se atrelam diretamente à exclusão das massas marginalizadas do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania. Mesmo o terrorismo — que, segundo o jurista alemão²¹⁵, conduz a uma guerra contra o terror que não pode ser enfrentada com os meios próprios a um Estado de Direito, pois do contrário se trataria aos inimigos como pessoas e, sendo assim, eles não poderiam ser vistos como fontes de perigo — é, acima de tudo, um problema *político* (de um Estado com outro Estado ou com grupos de indivíduos) que reclama soluções igualmente políticas, e no qual a violência institucional tão somente o agrava²¹⁶.

A justificação da pena privativa de liberdade por seu caráter supostamente inibidor da prática de novos delitos é integralmente falaciosa, pois consiste, segundo Peter-Alexis Albrecht, em mera técnica de decisão pragmaticamente dirigida na qual a vinculação da lei e os supostos efeitos das consequências jurídicas são aceitas *a priori* pela dogmática jurídico-penal como se a prevenção fosse uma premissa de validade incondicional, quando não tem qualquer suporte fático²¹⁷.

O novo discurso punitivo já não se ampara mais na ideia de correccionalismo, de pretensão de ressocialização do condenado. A pena vai deixando de ser a medida da culpabilidade para se refuncionalizar como instrumento de óbice à criminalidade futura, isto é, uma punição antecipada hábil a neutralizar os inimigos com base em previsões estatísticas calculadas por programas de computador segundo o histórico de vida do indivíduo — um direito penal da periculosidade alicerçado, pois, numa Política Criminal Atuarial²¹⁸.

²¹⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo — ou do discurso do direito penal desigual**. In: *Liber Amicorum*: homenagem ao Prof. Doutor Antonio José Avelãs Nunes. São Paulo/Coimbra: Coimbra, 2010. p. 541.

²¹⁵JAKOBS, Günther. **Terroristas como personas en Derecho?**. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Org). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006. p. 77-92.

²¹⁶CIRINO DOS SANTOS, 2010, p. 553.

²¹⁷ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**. Uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76.

²¹⁸DIETER, 2012, op. cit.

2.2.8. Ambiente social e ausência de suporte cognitivo

Desde uma apreciação criminológica dos fundamentos da culpabilidade é possível inferir que a missão oficial a que se propõe o Direito Penal é a de controlar as condutas humanas a fim de se evitar a lesão a bens que gozariam de uma particular relevância e, por isso, seriam dignos de uma especial tutela. Para tanto, parte do pressuposto de que o sujeito é capaz de agir racionalmente e que, por conseguinte, deve responder por suas escolhas – tanto é assim se isenta de pena aqueles que, ao tempo da ação, não compreendiam a ilicitude do seu ato ou, ainda que o compreendesse, eram incapazes de se comportar de tal modo (por insanidade mental, por exemplo). Indispensável, pois, que se remeta à gênese do sentimento de obrigatoriedade, é dizer, a internalização do dever²¹⁹.

A vontade, na filosofia kantiana, pode assumir tanto a forma autônoma como a heterônoma: pela primeira o indivíduo faz suas escolhas baseadas num juízo moral universal (o que se escolhe deve ser o mesmo que os outros escolheriam nas mesmas circunstâncias), enquanto que pela segunda se tem a vontade pela vontade, o querer pelo querer (imperativos hipotéticos). Desse modo, o sujeito é moralmente heterônomo quando se determina de acordo valores que lhe são externos e é moralmente autônomo quando se baliza por dispositivos internos²²⁰.

A sociologia durkheimiana, perfilhada num viés heterônomo, vinculava o agir corretamente ao ato de fazer aquilo que a sociedade julgasse como correto, ou seja, obedecer a um sistema moral já posto. Nesse sentido, um determinado fato se tipificaria como crime por ser reprovável - e não o inverso -, concepção da qual se aproxima em grande medida William Sumner ao empregar o termo *mores* (regras morais) para designar as regulamentações externas da sociedade que traçam os limites do agir individual.

De outro lado, no âmbito da psicologia, Jean Piaget preconiza que a formação moral do sujeito se inicia por uma fase de anomia, na qual ainda não se tem nem mesmo consciência das consequências do próprio agir; caminha-se, em seguida, para uma fase de heteronomia, na qual o agir é determinado por fontes externas de legitimidade, como os pais e os professores, por exemplo; e, só após percorrido

²¹⁹TANGERINO, 2010, p. 111.

²²⁰Ibidem, p. 113.

esse trajeto, é alcançada a autonomia, que se radica no agir em conformidade com a razão a partir de determinados princípios morais²²¹.

Guiando-se por fio semelhante, Lawrence Kohlberg classifica em três as etapas da moralidade, subdivididas em estágios: a primeira, *pré-convencional*, é inicialmente marcada pelo egocentrismo e o cumprimento das regras por receio do castigo (estágio 1) para depois se assentar num individualismo que leva em conta os próprios interesses tendo em vista que as outras pessoas fazem o mesmo (estágio 2); a segunda, *convencional*, centra-se nas relações interpessoais e nas mútuas expectativas decorrentes dessas interações, surgindo a preocupação de manter uma boa conduta perante si mesmo e os outros (estágio 3) e, posteriormente, pela noção de que as obrigações acordadas, mesmo que não albergadas juridicamente, sempre se devem cumprir como forma de garantir o funcionamento das instituições (estágio 4); a terceira, *pós-convencional*, caracteriza-se pelo reconhecimento de que a sociedade é integrada por diferentes grupos que têm, cada um deles, opiniões próprias, mas que existem certos interesses em comum que precisam ser legalmente protegidos por uma espécie de contrato social com o propósito de resguardar, indistintamente, o bem-estar da coletividade, sobrepondo-se a lei (concebida como neutra) à própria moral (que é relativa) em situações de conflito (estágio 5), para enfim se acreditar na validade de princípios morais universais ao tomar as pessoas como fins em si mesmas (estágio 6)²²².

Já nos passos da psicanálise, Freud salienta que a fonte primária e essencial do psiquismo humano é a busca do prazer. Na fase infantil, o próprio ego é o centro da sua libido, o ato prevalece sobre o pensamento, porque a libido é atividade em si mesma e por si mesma, isto é, não há um direcionamento da pulsão a um objeto determinado. O princípio da realidade, entretanto, produz dor e constantemente se choca com o princípio do prazer ao impedir a sua realização concreta e, simultaneamente, permite a libertação de uma vivência alucinógena desse desejo, que é então reapresentado por possibilidades concretas de seu alcance²²³.

O mecanismo interno responsável pelo freio moral do agir individual a partir da introjeção dos valores ditados pela autoridade (civilização) é denominado superego, que notadamente se alinhava a uma concepção heterônoma de

²²¹Ibidem, p. 115.

²²²Ibidem, p. 116-118.

²²³Ibidem, p. 122.

moralidade. A repressão dos instintos delitivos por meio da ação do superego, segundo Freud, não elimina, contudo, os instintos, que se assentam no inconsciente juntamente a um sentimento de culpa, que por sua vez gera a tendência à confissão, afetando-se radicalmente a tradicional noção de culpabilidade no Direito Penal²²⁴.

Assim, a pena infligida a quem delinque atua como contrabalanceamento à pressão dos impulsos reprimidos de tal forma que a punição representa uma defesa e um reforço ao superego, é dizer, o ego aplaude a punição de outras pessoas reais porque tem necessidade de receber esse reforço ao próprio superego para reprimir a pulsão de praticar o mesmo desvio – é uma reação defensiva do ego contra os próprios impulsos. Desse modo, a psicanálise põe em xeque a exaltada função declarada da pena de erradicar a criminalidade, posto que reflete um mecanismo psicológico universal, necessário e ineliminável pela sociedade, uma concepção antropológica que, no entanto, é a-histórica, pois não incorpora em sua análise as contradições materiais das relações socioeconômicas que consubstanciam o conteúdo do desvio²²⁵.

Erich Fromm, a partir das formulações marxistas de que o ser humano seria um animal social (um ser de práxis) e não um animal político – como era classicamente imaginado por Aristóteles –, denunciou a ingenuidade da base metodológica mecanicista de Freud e o seu intrínseco fisiologismo, para consignar ao ser humano um caráter supra instintivo que não se limitaria a satisfazer necessidades biológicas quando a sobrevivência física não está ameaçada, mas a buscar soluções às contradições de sua existência, isto é, dar um significado à própria vida²²⁶.

A reprovação da conduta de um delinquente se aporta, destarte, na presunção de que ele escolheu agir contra um valor que ele deveria reputar relevante, porquanto membro da sociedade. Ocorre que esse criminoso, que é selecionado pelas agências de criminalização, ainda que compartilhe das mesmas metas culturais da sociedade capitalista que abstratamente integra, pode não ter, como de fato a maioria não tem, as vias lícitas para atingir esses objetos de desejo²²⁷.

²²⁴BARATTA, op. cit., p. 45.

²²⁵Ibidem, p. 47.

²²⁶VIANA, Nildo Silva. **Fromm crítico de Freud**. Revista Espaço Acadêmico, Maringá, ano X, n. 110, p. 45, julho 2010.

²²⁷MERTON apud BARATTA, 2002, p. 63.

Sob o ponto de vista da análise do comportamento — particularmente o behaviorismo radical de B. F. Skinner, que não se confunde com a vertente mecanicista de J. B. Watson —, conquanto a punição seja utilizada a fim de induzir as pessoas a não agir de determinado modo, removendo-se as contingências punitivas daquelas condutas que foram sujeitas a sanção muito provavelmente elas irão ressurgir. Ao ser punido, o indivíduo não se sentirá, só por isso, menos propenso a reincidir — no máximo aprenderá a evitar a punição, precavendo-se para não ser pego novamente²²⁸.

Uma estratégia bem mais razoável para se evitar a prática de atos indesejáveis pela comunidade é modificar o ambiente para que o comportamento tenha menos probabilidades de ser punido. Toca-se explicitamente na questão estrutural — se todos têm igual acesso a um bem, ninguém precisará subtraí-lo de outrem, por exemplo. Ademais, a construção de ambientes onde as pessoas possam praticar atos que substituam comportamentos passíveis de punição — espaços de lazer e esporte, p. ex. — também pode surtir efeitos positivos na redução da violência.

A responsabilidade tem sido o conceito central a distinguir os seres humanos das outras espécies de animais. Um indivíduo é responsabilizado juridicamente por sua conduta quando pode ser legitimamente punido pelo injusto que praticou. Mas o que uma pessoa intenta fazer irá depender daquilo que fez no passado e do que então aconteceu. Nesse sentido, o ambiente social que é responsável pelo comportamento censurável e é ele que precisa sofrer modificação — e não qualquer atributo do indivíduo²²⁹.

No âmbito das neurociências, Benjamin Libet submeteu algumas pessoas a um teste de observação neurológica no qual solicitava a elas que iniciassem espontaneamente um determinado movimento do braço, anotando, em seguida, o momento exato no qual a decisão foi tomada — que, conforme o esperado, precedia o próprio movimento corporal. Observou, todavia, um lapso temporal entre o transcurso dos processos inconscientes observados nas áreas primárias e associativas do córtex cerebral e o ato consciente que a pessoa experimenta como sua própria decisão, levando-o a constatar que haveria no cérebro uma espécie de “potencial de disposição” específica para cada tipo de ação antes mesmo de a

²²⁸SKINNER, B. F. **Para além da liberdade e da dignidade**. Lisboa: Edições, 70, 2000. p. 54.

²²⁹Ibidem, p. 64.

pessoa decidir praticar o ato e que, por conseguinte, os processos cerebrais determinam as ações conscientes. Outros estudos comprovariam que, sob certas circunstâncias, os indivíduos podem executar ações nas quais só posteriormente atribuem suas próprias intenções²³⁰.

Habermas contesta a possibilidade de generalização dos resultados desse experimento, que se adstringiriam aos movimentos corporais arbitrários que concederiam poucas frações de segundos aos seus agentes da tomada de decisão à execução da ação, ao que acresce Vives Antón que a determinação do momento da decisão ocorre numa sequência temporal reflexiva – e não na sequência empírica dos fatos neurofisiológicos observáveis. O aparecimento da linguagem como processo de desenvolvimento da evolução natural dispensa o dualismo entre corpo e alma, enquanto instâncias autônomas, porquanto agir livremente não significa total indeterminação, mas uma conjugação de diversos controles flexíveis. O determinismo confunde alienação social e alienação mental e tenta reduzir toda enfermidade a uma perturbação do funcionamento nervoso²³¹.

A prisão e o hospital são instituições centrais da sociedade que, por sua vez, atuam na manutenção da exclusão social, como conclui Foucault²³²; A imagem da prisão não deveria ocupar o centro da sociedade, pois é irracional fomentar a exclusão em vez de reduzi-la, mas para tanto o castigo precisaria superar sua vinculação ao ressentimento – a sede de vingança.

Esse acúmulo de veneno rancor, segundo Nietzsche, associa-se à moral judaico-cristã e impede o homem de viver efetivamente e desfrutar o presente sem remoer continuamente ao passado, indigestão essa ante a qual postula não a supressão do sofrimento, mas o sofrimento como enérgico estimulante para a elevação do homem, que “sacode de si com um solavanco muitos vermes que em outros [homens] se enterrariam”, na medida em que há formas diversas de se responder a uma agressão, inclusive e sobretudo pelo esquecimento – é dizer, a libertação do espírito pela assimilação (digestão) dos sentimentos ruins, e não apenas pelo *des-culpar*, pois a culpa caminha lado a lado do ressentimento²³³.

²³⁰VIVES ANTÓN, Tomás. Ley, lenguaje y libertad: sobre determinismo, libertades constitucionales e Derecho penal. **Teoria e Derecho**: Revista de pensamento jurídico, Valencia, n. 11, jun. 2012. p. 181.

²³¹Ibidem, p. 182.

²³²FOUCAULT, op. cit.

²³³NIETZSCHE, Friedrich apud PASCHOAL, Antonio Edmilson. **A superação do ressentimento na filosofia de Nietzsche**. *Estudos Nietzsche*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 183-206, jul./dez. 2012.

Um Direito Penal simbólico ou da periculosidade cuja condição de pessoa se adstringiria àqueles que, "autoconscientes" de sua própria liberdade, ofertariam um apropriado grau de segurança cognitiva em relação aos seus comportamentos futuros, sem qualquer (co)responsabilidade política do Estado e da sociedade, não tem, ele mesmo, qualquer suporte fático. É uma dogmática penal pura, dissociada do mundo do ser²³⁴.

2.2.9. Um modelo meramente descritivo?

É comum a alegação de Jakobs de que o seu modelo constitui quase que integralmente uma descrição de quem o sistema penal trata como inimigo e um prognóstico de quem receberá o mesmo tratamento no futuro, constatações portanto, sem ter o exato propósito de converter alguém artificialmente em inimigo²³⁵. Pavarini concorda em parte com esse argumento, pois o tratamento dispensado aos encarcerados do cruelmente universal sistema penitenciário é o mesmo dado aos inimigos de guerra — sujeitos que não transmitem confiança e, por isso, precisam ser eliminados como forma de defesa social²³⁶.

Uma coisa, porém, é observar que uma parcela dos que violam as leis penais são concretamente encarados como inimigos — outra bem diferente é propugnar que alguns indivíduos, quem quer que sejam e a quantidade que representem, não devem ser destinatários das mesmas garantias conferidas aos cidadãos. Não é senão o que Jakobs postula: que a intimidação somente tem por alvo dirigir aqueles que carecem de disposição jurídica e que a pena nos moldes do Estado de Direito é insuficiente em alguns casos — ainda que com a ressalva de que o Direito Penal do inimigo deve se limitar ao necessário²³⁷. Intimidar os desiguais e corrigir aos semelhantes — como propunha Liszt dois séculos atrás.

²³⁴Para um estudo da metodologia da pureza normativa e sua relação com o poder, cf. WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. UFSC, 1983.

²³⁵JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo?** Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. *PANÓPTICA - Direito, Sociedade e Cultura*, v. 2, n. 7, p. 197-213, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/258/280>>. Acesso em: 28 Nov. 2014.

²³⁶PAVARINI, op. cit., p. 175.

²³⁷JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004. p. 42.

Essa dimensão legitimadora-afirmativa do conceito de inimigo é também criticada por Luís Greco²³⁸, para quem, a uma, embaraça a fixação de limites *inultrapassáveis* ao poder estatal de punir por se estribar na existência de um potencial para o cometimento de delitos a exigir regularmente estratégias *inimagináveis* para o seu combate. A uma, dizer que o estranho conserva um resquício de personalidade e que, por isso, o direito penal do inimigo não poderia suplantar a medida do necessário, só confirma que o tratamento por ele recebido é meramente instrumental e utilitário — logo, orientado a uma coisa e não a uma pessoa. A duas, porque a história da humanidade é farta em exemplos de concepções baseadas na distinção amigo/inimigo que justificaram o autoritarismo, a segregação e o extermínio em massa de grupos étnicos — aplicando, pois, seletivamente, a prognose de periculosidade. O termo "inimigo" é tão carregado valorativamente que o seu uso apenas para descrever um fato, conclui Greco, é tão tortuoso quanto provável²³⁹.

O Direito penal do inimigo não é Direito penal, brada Bernd Schünemann, pois não pode existir um inimigo como não-pessoa no Estado de Direito ainda quando recaia a suspeita de que alguém tenha se comportado como se fosse um inimigo, de modo que sempre fará jus a que seja processado como cidadão com os direitos e recursos jurídicos inexoráveis. À assertiva de que existiriam indivíduos totalmente apartados das regras jurídicas, uma categoria de "pessoas basicamente delinquentes" (um retorno eloquente ao atavismo lombrosiano), Schünemann pondera que um sujeito pode se orientar contra o Direito Penal, mas não contra o Direito de Família (um chefe da máfia pode, por exemplo, ser um marido e pai que cumpre rigorosamente com seus deveres matrimoniais e paternais)²⁴⁰.

A igualdade perante a lei, como pontua Fábio Bozza, é substituída pela desigualdade diante da lei, obscurecendo-se as reais diferenças oriundas das relações verticais de poder e se atribuindo aos dominados o rótulo de vilões (inimigos) para legitimar o exercício do poder punitivo (ou "fazer morrer") face a tais

²³⁸GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 1, n. 7, dez. 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2014. p. 230.

²³⁹Ibidem, p. 239.

²⁴⁰SCHUNEMANN, Bernd. **Derecho penal contemporáneo: sistema y desarrollo, peligro y límites**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 164.

sujeitos²⁴¹. Nesse sentido, questionar em que forma de Estado vivemos é o primeiro passo para se responder (positivamente ou negativamente) se esse Direito Penal de exceção é com ele ou não compatível, pois sendo um Estado de Direito sua existência é quem está em perigo²⁴².

²⁴¹BOZZA, Fábio. **Bem jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. 2014. 328 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 59.

²⁴²SCHEERER, Sebastian. **Além do direito penal do inimigo** – ou: o que vem após o estado de direito? In: BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.), op. cit., p. 536.

2.3. Contradogmática penal: nas trincheiras da crítica antipositivista

A Revista "Contradogmáticas" foi uma publicação da Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito, na década de 1980, voltada à problematização do saber jurídico instituído e liderada, dentre outros, por Luís Alberto Warat. Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e depois da Universidade de Brasília (UNB), ele foi provavelmente o maior crítico do positivismo jurídico no país e de seus perniciosos reflexos tanto no ensino jurídico como na prática forense, tendo cunhado a expressão "senso comum teórico dos juristas" para designar a "caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e da relações que tais crenças mitificam"²⁴³.

A delimitação dos enfoques teóricos acerca do direito é o ponto de partida para que posteriormente se adentre na concepção de horizonte intelectual do conhecimento ou mirante epistemológico, que determina a maior ou menor amplitude de percepção do pesquisador. Tércio Sampaio foi quem melhor cumpriu essa tarefa ao ressaltar que o objeto de estudo das outras ciência é um dado que o cientista pressupõe com unidade, ao passo que para o objeto do jurista é um resultado que somente existe e se realiza através de uma prática interpretativa. Mas não é só: as definições de que se utilizam os pensadores do direito (preferimos essa à expressão "operadores do direito", que para nós transmite uma noção de automatismo que vai justamente de encontro à natureza interpretativa do direito) não têm um caráter meramente informativo, de descrição de um estado de coisas ("João lesionou a perna de José", por ex.), mas também diretivo, de indução do comportamento das pessoas em geral ("É proibido lesionar outrem"). Noutros termos, "a ciência jurídica não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda"²⁴⁴.

Uma teoria, enquanto conjunto de proposições com pretensão de explicar determinados fenômenos, mesmo no âmbito do Direito, pode ter uma abordagem

²⁴³WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [S.l.], p. 48-57, jan. 1982. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em: 16 fev 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/17121>.

²⁴⁴FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 40.

mais informativa ou mais diretiva dependendo do enfoque escolhido. Será zetético se for privilegiado o aspecto da pergunta, mantendo a coloração hipotética das explicações, então seus conceitos elementares ficam sempre em aberto e, portanto, passíveis de crítica e redefinição, de modo que o horizonte de problematizações possíveis nunca está completamente delimitado. Todavia, se o intento do pesquisador for ressaltar o aspecto da resposta, o enfoque será dogmática, pois se terá que estabelecer conceitos previamente fechados, imunes a dúvidas e cujas soluções apresentadas são inatacáveis porquanto tomados esses conceitos como referenciais absolutos que devem reger as demais respostas por um juízo de adequação. A função diretiva da linguagem (*dever ser*) é inerente ao modelo dogmático na medida em que, por regra, despreza opiniões que lhe sejam contrárias e simplesmente impõe como se deve agir, enquanto que a função informativa, pela qual se perquire e se tematiza como realmente é a coisa, associa-se à zetética²⁴⁵.

Esses dois enfoques ou mirantes de abordagem do direito são essenciais para a composição deste trabalho. A dogmática jurídico-penal tradicional, presa a conceitos inflexíveis e a velhas regras de hermenêutica, peca por seu exagerado compromisso com a direção da ação e faz vista grossa à efetividade desse tipo de orientação baseado num modelo de regras que se sustenta sobre uma punição cruel, estigmatizante e seletiva. A zetética penal, como contraponto, retoma imprescindíveis contribuições da criminologia crítica para expor o real funcionamento do sistema penal e de suas agências de controle social formal e adequar os seus instrumentos teóricos ao plano do ser, das condições de vida material da população que é, potencialmente, sua principal clientela (e vítima).

É alicerçado nas lições de Warat acerca da impureza do direito expostas no primeiro capítulo, e na noção de zetética jurídica lançada por Tercio Ferraz Júnior, que delimitamos sob o epíteto de "Contradogmática penal" (inspiro no título da revista antes aludida) um conjunto de penalistas e criminólogos que, não obstante as particularidades de suas produções acadêmicas, comungam, em maior ou menor grau, a consecução de um direito penal democrático e mínimo, reconhecendo os efeitos tóxicos de sua expansão na sociedade e, inclusive, deixando em aberto a possibilidade de sua abolição.

²⁴⁵Ibidem, p. 41.

2.3.1. A razão subjacente dos crimes patrimoniais

Os homens, na produção social de suas vidas, contraem determinadas relações de produção, de forma necessária e independentemente da sua vontade, que correspondem a um determinado estágio de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais que, posteriormente, tornam-se grilhões e entram em contradição com as relações de produção existentes. O conjunto dessas relações de produção consubstancia a estrutura econômica da sociedade, que é a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política que correspondem a determinadas formas da consciência social. Nesse diapasão, conclui Marx, é o modo de produção da vida material que condiciona o processo da vida social, política e espiritual e, por conseguinte, "não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, inversamente, o seu ser social que determina a sua consciência"²⁴⁶.

Há uma enorme discrepância entre a quantidade de conflitos que de fato acontecem na sociedade e, de outro lado, aqueles que são levados ao conhecimento das agências punitivas, constituindo as chamadas cifras ocultas. A realidade, assim, torna-se verdadeira ficção ao se empreender a tese de que o Estado detém o monopólio da resolução das disputas individuais, quando, em verdade, apenas uma reduzidíssima parcela destes é por ele conhecida e processada²⁴⁷.

O processo de criminalização se desenvolve em duas etapas: inicialmente ocorre a criminalização primária, atividade de natureza política, na qual se escolhem condutas a serem incriminadas e elevam-nas ao status de lei penal, cominando sanções em abstrato; a criminalização secundária, por sua vez, é a efetivação do programa criminalizador da primeira e se dá através de agentes específicos desta esfera (polícia investiga, promotor denuncia, advogado defende, juiz condena, agentes penitenciários executam a pena), punindo pessoas em concreto.

Partindo das elaborações de Michel Foucault acerca das funções reais (ou declaradas) e funções latentes (ou ocultas) da pena, pode-se desnudar quais sejam, analogamente, as razões subjacentes — *declaradas e não declaradas* — da norma penal incriminadora dos crimes patrimoniais. Isso porque há um déficit histórico

²⁴⁶MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política**. São Paulo: Edições Sociais, 1977. p. 300-303.

²⁴⁷BATISTA, 2010, p. 54.

quanto ao cumprimento das ditas funções declaradas da dogmática penal (generalidade e igualdade no exercício do poder punitivo) e, por outro lado, o cumprimento excessivo de funções inversas àquelas oficialmente declaradas (seletividade e arbitrariedade) que produzem e reproduzem as desigualdades sociais, levando, pois, a uma séria crise de legitimidade do seu caráter garantista²⁴⁸.

O sociólogo norte-americano Edwin Sutherland foi um dos grandes críticos das concepções que se limitavam a enxergar a gênese do desvio em fatores econômicos, psicopatológicos ou sociopatológicos. A uma, por causa das amostras irreais de criminalidade que se baseavam nas meras estatísticas oficiais que, por sua vez, ignoravam os delitos das classes superiores. A duas, porque não se teve uma correta explicação da criminalidade de "colarinho branco", que não se enquadra no perfil tradicional de "criminoso nato", posto que são, ao contrário, considerados modelos de sucesso a serem seguidos.

O sociólogo alemão Ralf Dahrendorf, por sua vez, assinala a existência de uma sociedade dividida, na qual se extrai os juízes de uma metade (classes médias e superiores) que terão diante de si, predominantemente, uma outra metade (classes subalternas). Os juízes tendem a julgar, ainda que inconscientemente, de acordo com a condição social do acusado, inclusive com projeções acerca da conduta futura do réu. Daí porque assevera Vera Andrade que os positivistas deram ao criminoso um passado - de *periculosidade* - e um futuro - a *recuperação*, delimitando um verdadeiro "direito penal do autor" cuja aplicação da pena respinga mais na análise existencial do indivíduo que na conduta juridicamente reprovável.

Perfazendo uma análise histórica, vê-se que as transformações compreendidas entre a Alta Idade Média e o início da Idade Moderna modificaram a própria lógica punitiva. O século XV é marcado pela piora nas condições de vida e a intensificação de conflitos sociais, com a expulsão de camponeses do campo e a concentração abundante de mão-de-obra apta ao trabalho. O feudalismo vai cedendo espaço a uma nova modalidade de produção cuja locomotiva será o capital, superando a produção para mera subsistência.

²⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica**: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? In: Revista Seqüência, no 59, p. 161-192, dez. 2009. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/14151/13594>. Acesso em 19 out 2014.

O direito punitivo também muda de foco, pois se antes a principal vítima era o Estado arrecadador de impostos, a ascensão da burguesa tornou esta a principal vítimas das novas ilegalidades alçadas à tutela penal, como explica Cláudio Guimarães:

Não é mais a vadiagem, a vagabundagem, a prostituição, a sonegação fiscal, o contrabando ou crimes violentos contra os agentes do fisco que estão na alça de mira do Direito Penal - já não estamos mais nos albores mercantilistas - e sim os crimes contra a propriedade particular, principalmente contra as fábricas, assim como aqueles perpetrados contra a grande massa de matéria-prima, de ferramentas, de objetos fabricados que pertencem, agora, ao empresário-burguês na nova era da Revolução Industrial.²⁴⁹

A burguesia, no intento de defender seu direito natural à propriedade, direcionou o direito penal para combater os delitos que afrontassem-na. A mendicância estimula o aumento da severidade das penas como meio (ineficaz) de convencer as massas a se adaptarem a um modelo produtivo completamente diverso do anterior. O trabalho assalariado de agora, além de exigir maior esforço, já não era garantia sequer da própria subsistência. Desprovidos de bens, penas pecuniárias eram inidôneas aos pobres marginalizados e, desta forma, cabia ao corpo a aflição de desumanos castigos corporais. A pena de morte era mesmo utilizada como forma de controle demográfica da miséria, eliminando-a vez que abundante.

Contudo, com o desenvolvimento do mercantilismo a partir do século XVI os métodos punitivos ganham um nova perspectiva diante da necessidade de se explorar a mão-de-obra com vistas ao acúmulo de capital. Vera Malaguti Batista explica essa virada de paradigma:

Se na época de abundância de mão-de-obra os mendigos são considerados criminosos, o final do século XVI, de escassez, impõe mudanças no tratamento dos pobres. Multiplicam-se as leis que punem os trabalhadores aptos que deixaram seu trabalho para mendigar, já que os trabalhadores se transformavam periodicamente em mendigos, quando desejavam descansar das penosas condições de trabalho da época.²⁵⁰

²⁴⁹GUIMARÃES, Cláudio. **As históricas ingerências do capital na conformação dos sistemas punitivos**. In: Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 573.

²⁵⁰BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 44.

Para disciplinar e adestrar os antigos servos à nova lógica mercantilista, surge inicialmente na Inglaterra as Casas de Correção (*workhouses*), na qual a força de trabalho dos reclusos era utilizado pelo Estado ou até mesmo alugada para a iniciativa privada. A administração desse negócio foi bastante lucrativa até o final do século XVIII, pois com o decréscimo demográfico advindo de intensas disputas imperialistas a demanda por trabalho era tão alta que o preço da escassa mão-de-obra aumentou absurdamente e era aí que entravam as casas de correção enquanto reguladoras do mercado, pois ou se escolhia permanecer livre ganhando pouco ou trabalhar recluso sem nada ganhar.

A pena de morte como meio dissuasório tornavam ainda mais explícitas as disparidades socioeconômicas, incitando as classes miseráveis. Não foi, portanto, por mero intento humanitário que o suplício cedeu espaço para a prisão, pois a diminuição da severidade da pena era imperativo de defesa contra a revolução das classes populares diante da considerável piora nas condições de vida. Se a prisão moderna estava, portanto, associada à domesticação dos cidadãos para o mundo do trabalho, com a fixação de normas e comportamentos direcionados à laboriosidade, à produtividade e à disciplina, na contemporaneidade, todavia, ela é o destino certo dos "consumidores falhos" (Baumann) — aquele lixo que, assim como eletrodomésticos defeituosos, o reparo é mais caro que um produto novo.

Nils Christie observa que o instituto da educação compulsória, ao tempo em que deixa boa parcela da população (no Brasil, cerca de 64 milhões em 2010) alheia ao competitivo mercado de trabalho, atribui à juventude o papel de consumidora. O mesmo ocorre com aqueles que deixam de trabalhar porque se aposentam de forma antecipada, seja por ter alcançado a idade mínima seja por motivo de saúde, mas continuam a consumir. A grande celeuma nas sociedades modernas reside naqueles que nem são uma coisa nem outra, mas mero "excedente", porque além de serem potenciais causas de distúrbios — sobretudo pequenos delitos —, portam-se explicitamente em antagonismo à moral oficial que dignifica a dedicação ao trabalho²⁵¹.

No âmbito da execução penal, a apuração de condutas que, num primeiro momento, remeteriam a sanções administrativas, têm, como alerta Washington dos Reis, uma verdadeira natureza de sanção penal, de modo que a supressão de

²⁵¹CHRISTIE, op. cit., p. 54.

garantias processuais penais e constitucionais durante o seu procedimento de apuração alimenta um poder arbitrário dos carcereiros no subterrâneo do sistema penal que viola o princípio da legalidade e extrapola os limites da sentença penal condenatória. Ademais, falta aos agentes penitenciários a própria condição de imparcialidade (mesmo que parcial), uma vez que são meros operadores do interesses ideológicos do Estado e não têm as prerrogativas jurisdicionais para tanto²⁵².

Diante de uma situação de incerteza (caso penal²⁵³) frente a um fato pretérito como é o crime, o processo é o meio de que a jurisdição se utiliza para reconstituir uma verdade processualmente válida e, então, chegar à conclusão se o réu deve ou não ser punido. Desse modo, a jurisdicionalização dos procedimentos administrativos disciplinares em todas as suas fases, para que fiquem claras as regras do jogo²⁵⁴, é medida que se faz imperativa para a minimização dos seus efeitos, pois reforçar o exercício do poder punitivo sob o eufemismo de "infração administrativa" é disfarçar o seu intento (não declarado) de destruição física e psíquica do condenado.

2.3.2. Condições sociais adversas e humanização do sistema penal

O maior precursor da teoria finalista da ação e da criminologia crítica no Brasil, Juarez Cirino dos Santos assevera que o discurso jurídico do processo legal devido ("due process of law"), que apresenta o crime como uma realidade ontologicamente pré-constituída e a justiça criminal como órgão axiologicamente neutro que aplica imparcialmente uma legislação produzida para atender o bem comum, cai por terra quando a Criminologia Crítica revela o seu exercício seletivo do poder de punir, bem como a desigualdade ínsita ao processo de criminalização — que atribui a qualidade de crime apenas a determinados fatos e, conquanto assim formalmente tipificado, só alcança determinados indivíduos.

²⁵²REIS, Washington Pereira da Silva dos. **A fundamentação ideológica do poder punitivo e o cárcere como meio de controle social**: a punição para além do cumprimento da pena. 2014. 333 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 163.

²⁵³MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p. 134-135.

²⁵⁴CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 201.

Nos países periféricos, e o Brasil à toda evidência se inclui neste volumoso grupo, ao tempo em que o Estado sedimenta uma política criminal que envolve a precarização de direitos fundamentais elementares — como emprego, saúde, educação e moradia —, conseqüentemente acaba por intensificar o estado de marginalização da maior parte da população excluída da sociedade de consumo e da própria condição de cidadania.

A resposta oficial para problemas que são eminentemente sociais repousa, pois, não em políticas públicas com vistas a alterar ou reduzir as condições sociais adversas, mas em formulações violentamente repressivas albergadas sob manto do racionalismo jurídico-penal. O crime individual, portanto, deve ser compreendido como uma reação normal de indivíduos que se encontram em condições estruturais anormais, é dizer, privados até mesmo do básico para subsistir ou incapazes de ter acesso, por via licitamente admissível, às metas culturais socialmente estabelecidas. Devida, pois, a exculpação supralegal por inexigibilidade de conduta diversa, é dizer, a conduta desses sujeitos socialmente excluídos é, embora sem expressa previsão legal, penalmente escusável²⁵⁵.

Juarez Cirino defende o despovoamento do sistema carcerário pelo implemento de novas hipóteses de extinção, redução e desinstitucionalização da execução penal — o que vem exatamente ao encontro da linha mestra do presente trabalho, que é a necessidade de desencarcerização pelos crimes patrimoniais. Dentre suas propostas concretas de humanização do sistema penal de forma imediata, não obstante ressalte que tal sistema integra a superestrutura do capitalismo e sua abolição só seria possível pela superação deste opressor modo de produção, no âmbito da execução penal se destacam²⁵⁶:

a) A uma, a redução do tempo de cumprimento de pena para obtenção do benefício de livramento condicional (atualmente de 1/3 para não reincidentes em crimes dolosos e com "bons antecedentes" e de 2/3 para os condenados por crimes hediondos e reincidentes em outros crimes dolosos) e a extinção dos arbitrários pressupostos subjetivos exigidos para a sua concessão ("comprovado

²⁵⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007. p. 339.

²⁵⁶Idem. **A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação penal**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 21 fev 2015. p. 9-11.

comportamento satisfatório durante a execução da pena" e "*bom desempenho no trabalho*");

b) A duas, a reformulação do instituto da remição penal, que atualmente subministra a desproporcional dedução de um dia de pena por três dias de trabalho efetivo, para a justa equação de um dia de remição para cada dia trabalhado, além do aproveitamento do trabalho artesanal como trabalho produtivo.

c) A três, a aceleração da progressão de regimes na execução da pena, pela redução do tempo mínimo de cumprimento de pena no regime anterior, e o conseguinte alargamento do regime aberto, amenizando-se os efeitos negativos da privação da liberdade e do afastamento do convívio social, uma vez que o cárcere não é hábil a promover a reabilitação das pessoas — fomenta, ao revés, a "prisionalização", isto é, a introjeção de hábitos perniciosos típicos do ambiente penitenciário (perda do nome e da identidade pelo uso de uniformes numerados e raspagem do cabelo, estupros, violência física e moral, favorecimentos ilícitos, etc).

d) A quatro, a garantia de fruição de serviços públicos constitucionalmente assegurados ao condenado: o ensino geral e profissionalizante, posto que mais da metade da população carcerária chegou apenas ao ensino fundamental ou é analfabeta; concessão de oportunidades de trabalho formal interno e externo com as mesmas garantias trabalhistas e previdenciárias do empregado livre; atendimento médico, odontológico e psicológico para a manutenção da saúde física e mental.

e) A cinco, a revogação do malfadado Regime Disciplinar Diferenciado (Lei 10.792/2003) que, sob o paradigma da defesa social, vale-se do pretexto de combater "organizações criminosas" para suprimir ainda mais os direitos do preso, submetendo-o a pena cruel e degradante (redução do banho de sol e isolamento por trezentos e sessenta dias, que pode, ademais, ser renovado).

Para a redução do próprio sistema de justiça criminal, Juarez Cirino propõe, por sua vez, uma dilatada política-criminal em duas frentes: a descriminalização (retirar determinados fatos da esfera de incidência penal, seja por sua mínima

lesividade seja pela inadequação da via eleita) e a despenalização (num sentido mais amplo, tornar lícito o que hodiernamente se rotula de ilícito). Pela primeira frente, dar-se-ia a descriminalização²⁵⁷:

a) De crimes punidos com detenção, crimes de ação penal privada e de ação penal pública condicionada à representação, e dos crimes de perigo abstrato, por violarem os princípios da insignificância (conteúdo mínimo do injusto), da subsidiariedade da intervenção penal, da idoneidade da pena como efeito social útil e pelo confisco do conflito da vítima que lhe subtrai a possibilidade de solucionar a situação-problema por meios diversos da punição, como reparação do dano ou indenização.

b) De crimes sem vítima, pela ausência de lesão de bem jurídico de terceiro e violação do princípio da proporcionalidade, como são os delitos de autoaborto (art. 124, CP), aborto consentido (art. 125, CP) e porte de drogas ilícitas para consumo pessoal (art. 28, Lei. 11.343/2006).

c) De crimes albergados sob o epíteto de "direito penal simbólico", aqueles que refletem a ação instantânea do legislador para fazer frente aos emotivos clamores populares por mais recrudescimento penal suscitados por eventos criminosos de grande repercussão midiática, as chamadas "leis de ocasião", assim como outros crimes (ecológicos e tributários, por ex.) cuja regulamentação e sanção no âmbito cível e administrativo se consubstanciam mais apropriados.

A segunda frente, da despenalização, constitui "inversão semântica" (o ilícito que passa ser lícito) e abrange²⁵⁸:

a) A extinção do modelo de cominação de penas mínimas em abstrato, violador que é do princípio da culpabilidade na medida em que a reprovabilidade concreta da conduta pode ser perfeitamente compatível com uma pena inferior ao mínimo legal e, *pari passu*, revelar-se-ia ainda mais deletéria e imprópria uma pena maior do que a estritamente devida por seu já retratado efeito criminogênico.

²⁵⁷Ibidem, p. 7-8.

²⁵⁸Ibidem, p. 8-9.

b) A redução da pena máxima cominada em abstrato também deve ser levada em consideração, pois o populismo penal não pode ser enaltecido dogmaticamente em detrimento da avaliação da gravidade real do injusto.

c) A aplicação *prima facie* de substitutivos à pena privativa de liberdade, priorizando-se a conciliação, o perdão judicial, a transação penal, a suspensão condicional da pena, as penas restritivas de direito (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana) e, em nossa opinião, a prisão domiciliar sem limitação *a priori* de faixa etária (o art. 318 do Código de Processo Penal exige atualmente a idade mínima de 80 anos quando a *média* da expectativa de vida do brasileiro é inferior a 75 anos, restringindo arbitrariamente a sua administração a indivíduos que, conquanto mais jovens e francamente saudáveis, poderiam ter nela uma pena bastante o suficiente);

d) A diminuição dos prazos de prescrição, a fim de não prorrogar ainda mais a dor e sofrimento, e a institucionalização da prescrição retroativa antecipada, evitando-se o martírio de uma instrução processual penal fadada ao nada *ab initio*;

e) O alargamento da hipótese de extinção da punibilidade dos crimes tributários (leia-se pagamento do tributo a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória) aos crimes patrimoniais, em especial o de furto, sempre que devolvida a coisa subtraída — também a qualquer momento, mesmo depois de oferecida a denúncia, e não para simples efeito de redução da pena por arrependimento posterior (art. 16, CP) ou circunstância atenuante genérica (art. 65, III, b, CP).

2.3.3. Funcionalismo penal redutor e tipicidade conglobante

O funcionalismo penal construído por Zaffaroni é dito redutor porque, à diferença do funcionalismo alemão de Roxin e Jakobs — que se alicerçam na sociologia sistêmica, numa visão de mundo consensualista —, o argentino se aporta no mirante das teorias do conflito e, ademais, numa concepção agnóstica da pena,

para afirmar que os conceitos jurídicos inevitavelmente cumprem uma função política — ainda que originariamente não tinham sido orientados para tanto. Deste modo, a fim de afastar conceitos jurídicos perversos, imperativa seria a sua (re)orientação humanística no sentido de conter o poder punitivo. A sua eliminação ou abolição, contudo, estaria fora da alçada do juízes, porquanto uma teoria do delito encontraria o seu limite exatamente na mitigação da imputação pena²⁵⁹l.

A incisiva crítica de Zaffaroni às clássicas funções da pena o faz concluir pela impossibilidade de se afirmar qual é, verdadeiramente, a sua finalidade. Sustenta, assim, um conceito agnóstico pelo qual a pena seria uma espécie de coerção que impõe uma privação de direitos ou inflige uma dor, mas que além de não reparar o dano, tampouco é idônea para deter lesões que estejam em curso ou na iminência de acontecer. Nessa linha, a pena não traria consigo qualquer função positiva, cabendo à dogmática penal impedir a precipitação do estado de polícia sobre o estado de direito.

O jurista argentino se filia à majoritária corrente tripartite da teoria do delito e entende que cada um dos estratos (tipicidade da ação, ilicitude e culpabilidade) atuam como filtros ao exercício do poder punitivo que colocam em suspenso a possibilidade de responsabilização penal do indivíduo até que seja percorrido o trajeto legalmente delineado, de modo a compensar, pelo menos parcialmente, a violenta seletividade do processo de criminalização. A polícia, estando no fronte de toda essa artilharia punitiva, é quem, de fato, movimenta toda a máquina judiciária, frequentemente por autos de flagrância, cabendo, pois, ao Ministério Público, à defesa e ao magistrado participarem da instrução processual como meio de garantir o contraditório e a ampla defesa. Mas não basta a comprovação da autoria, pois o ato ilícito pode ter sido de ínfima ofensividade, o sujeito poderia estar juridicamente autorizado a praticá-lo ou lhe ser inexigível uma conduta diversa, por exemplo.

O primeiro estrato do delito, o da ação típica, embora remeta a uma noção pré-jurídica, é definido normativamente por Zaffaroni como sendo um comportamento humano cuja exteriorização dá azo a efeitos relevantes no mundo. Na esteira do funcionalismo redutor, a finalidade que o ato expressa num contexto determinado, à semelhança do que já advogada a teoria finalista da ação de Welzel, seria um dado essencial no cotejo da imputação, pois os conceitos jurídicos seriam

²⁵⁹BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. vol. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 98.

tanto mais estritos quanto mais incorporassem elementos empíricos da conduta e menos se ancorassem em ficções legais²⁶⁰.

Mas para ser tipicamente relevante, a ação deve dar ensejo a um conflito provocado por uma situação de lesão a terceiro, isto é, reconfigurar o mundo de maneira conflitiva, violando o princípio da ofensividade e da alteridade. A redução interpretativa do alcance dos tipos penais, é dizer, a o juízo de valor operado pelo magistrado acerca do caráter proibitivo de ações concretas, e não a mera redução abstrata das hipóteses de incidência, é o que leva a uma restrição do próprio espectro de seleção criminalizante de condutas, perfazendo a pretendida função redutora da dogmática penal. Não obstante tenha se afastado de um conceito ôntico de ação, Zaffaroni entende que haveria, destarte, alguns limites ônticos à construção do conceito jurídico-penal de ação²⁶¹.

Ainda sobre o tipicidade, atribui ao tipo objetivo, por um lado, uma função sistemática — de fixar primariamente o objeto da proibição —, e, de outro, uma função conglobante — de verificar o aspecto conflitivo da ação (ou "pragma"), examinando sua lesividade concreta (houve lesão significativa?) e a possibilidade de imputar (a título doloso ou, quando possível, a título culposos) essa lesão ao sujeito como sendo um ato próprio dele (o que se traduz pela expressão "dominabilidade").

A antinormatividade, portanto, não se constata pelo simples choque da ação com a norma deduzida do tipo, pois as ações que não têm condições objetivas de dominar o curso dos fatos (não é suficiente apenas a previsibilidade, pois nem tudo que é previsível é dominável) são desprezadas pela tipicidade conglobante. Assim, sequer há de se falar em dolo quando o curso não puder ser dirigido por alguém, como no recorrente exemplo do sobrinho que, na tentativa de antecipar sua herança testamentária, envia o tio para uma floresta a fim de que ele venha a ser atingido por um raio²⁶².

Mais uma vez contrariando as formulações da doutrina alemã, fundada em critérios preventivistas (proteção de bens jurídicos em Roxin e da estabilidade normativa em Jakobs), Zaffaroni afirma que terminariam por legitimar e ampliar o poder punitivo e ressalta, então, a função redutora da tipicidade conglobante no sentido de excluir a lesividade nas seguintes hipóteses:

²⁶⁰Ibidem, p. 100.

²⁶¹Ibidem, p. 101.

²⁶²Ibidem, p. 497.

a) O bem jurídico, numa concepção limitativo-declaratória compatível com o princípio da fragmentariedade da intervenção penal (e não constitutivo-legitimante), não é lesado ou a lesão é mínima;

b) A conduta exteriorizada pelo agente se ampara objetivamente no seu dever jurídico de agir dessa forma;

c) A ação é fomentada pelo direito;

d) O sujeito passivo tenha assumido o risco;

e) O resultado não represente um excesso ao risco permitido.

No âmbito dos crimes patrimoniais, a tipicidade conglobante tem sido aplicada de modo parcial e nem sempre adequado pela jurisprudência nacional, servindo de mero adereço literário ou para demonstrar uma falaciosa erudição, sem, portanto, cumprir a função redutora da criminalização secundária para a qual foi delineada. Cite-se, a título de exemplo, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, no delito de furto, ignora o ínfimo valor do objeto subtraído na aferição do grau de lesividade da conduta pelo simples fato de o réu deter antecedentes criminais e ter praticado o ato sob modalidade que a lei intitula teratologicamente de "qualificada" (como se as circunstâncias elencadas pelo parágrafo quarto do art. 155 do Código Penal fossem bastantes, por si sós, para caracterizar a relevância da ofensa), e que no caso concreto só extingui a punibilidade porque prescrita a pretensão punitiva:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, II DO CP). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - PEQUENO VALOR A 'RES' - IRRELEVÂNCIA - RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIS - DESVALOR DA AÇÃO PREPONDERA AO DO RESULTADO - TIPICIDADE CONGLOBANTE-CONDENAÇÃO -INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA APLICADA. RECURSO PROVIDO. DE OFÍCIO EXTINTA A PUNIBILIDADE.

"O reconhecimento do crime de bagatela, quando se trata de furto, determina que se admita que o agente cometeu um furto privilegiado, mas nunca permite que se absolva o agente sob argumentação de que o valor do bem subtraído é ínfimo. Ocorre que, para o reconhecimento do crime de bagatela no furto, há necessidade que o agente preencha outros requisitos além de ter subtraído um bem de pequeno ou ínfimo valor. Há necessidade que o furto seja simples e que o agente não possua antecedentes criminais. Assim, mesmo que o agente não possua antecedentes criminais e o valor da 'res' que furtou seja mínimo, mas tenha cometido um furto qualificado pela escalada, não se pode reconhecer o crime de bagatela". (RT 738/645) (TJ-PR - ACR: 5592272 PR 0559227-2, Relator: Miguel Pessoa, Data de Julgamento: 15/10/2009, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 259)

A ilicitude ou antijuridicidade, por seu turno, conforma o juízo acabado de proibição ou de mandato que deixa a ação do agente imune à intervenção do poder punitivo tendo em conta causas de justificação ou preceitos permissivos. Diferentemente da atipicidade, na qual a ilicitude se descarta desde logo pela norma deduzida do tipo, a análise da justificação só faz sentido se a ação é considerada antinormativa.

Zaffaroni afirma a natureza objetiva da antijuridicidade, porque este opera um juízo fático que verifica que um preceito permissivo confirma a vigência de uma esfera de licitude; o juízo valorativo é-lhe anterior e pertinente à atividade legislativa. Elementos subjetivos da justificação, assim, não teriam relevância limitante, mesmo nas situações de justificação frustrada, na medida em que um critério objeto traria grande vantagem ao considerar o tipo de permissão bastante em si mesmo²⁶³.

Já no âmbito da culpabilidade, dá-se o juízo de vinculação pessoal entre o injusto e o seu ator, pois a mera conformação do injusto não leva, automaticamente, à existência do delito. Esse vínculo se estabelece de acordo com a maior ou menor probabilidade de o agente sofrer o processo de criminalização, é dizer, pelo seu grau mais ou menos intenso de vulnerabilidade à Justiça Penal a depender de sua posição na estrutura social (fatores como renda, prestígio pessoal, cor da pele, profissão, nível de instrução, estética, que se conjugam na gênese de estereótipos de sujeitos inassimiláveis, estranhos à comunidade e, por conseguinte, versados como inimigos). As pessoas que já detém os caracteres geralmente associados ao estereótipo criminoso são facilmente criminalizadas quando da atuação das agências penais, sem que para isso precisem fazer muito esforço, pois seu estado de vulnerabilidade é permanente.

Conquanto em proporção muito mais ínfima (basta retomar os dados constantes da introdução deste trabalho, que indicam a inexistência de pessoas presas por crimes de "colarinho-branco"), também entre pessoas que ocupem os estratos mais elevados há o risco de criminalização, que se reduz exponencialmente conforme a maior proximidade do poder político (aqui incluído o poder judicial, é claro). Quando estes incomuns episódios de criminalização acontecem, sobrevivendo às perfunctórias defesas de grandes bancas de advocacia, e há efetiva condenação com trânsito em julgado, sua função é mais propriamente de

²⁶³Ibidem, p. 605.

natureza simbólica para alimentar a falácia de que a lei é realmente aplicada a todos indistintamente, quando é na verdade a expressão um duelo pelo poder entre os que se encontram no topo da pirâmide social.

O exercício do poder punitivo ganha o contorno de uma guerra contra o crime e aos criminosos, com efetiva participação da imprensa na construção de inimigos que merecem ser eliminados em detrimento de guardiões que estão a postos para defender os interesses de toda a coletividade. O derramamento de sangue é consensualmente aceito para livrar o organismo social daqueles que provocam o seu distúrbio e rompem um "contrato social" silentemente aceito por quem dele se beneficia.

Como os criminalizados, os vitimizados e os policizados são majoritariamente egressos das camadas subalternas da sociedade, é bastante lúcida a conclusão de Zaffaroni segundo a qual o poder “estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma autodestruição”²⁶⁴.

Não há, destarte, algo ou alguém (classe, grupo econômico ou partido político, por exemplo) que age por trás do sistema de modo maquiavélico, imunizando os amigos e punindo os que lhe são incômodos. Tal conclusão seria extremamente simplificadora do problema posto e não acrescentaria nada de novo, uma vez o uso de "bodes expiatórios" é lugar comum para justificar regimes ilegítimos.

Negar a existência de uma espécie de conspiração arquitetada por um ente abstrato não significa dizer que o sistema, assim como é, deixe de beneficiar determinados setores sociais — que por isso mesmo resistem a mudanças radicais e preferem a manutenção do conjuntura que lhe é favorável.

A impunidade, aponta Reinaldo dos Santos, é condição *fisiológica*, e não patológica, do sistema penal, porquanto faz parte de sua essência agir de modo seletivo, desigual e simbólico na escolha do que se irá criminalizar, de quem será criminalizado e com que intensidade²⁶⁵. O problema, pois, não é quem está no controle do poder punitivo — mas o próprio poder de punir.

²⁶⁴BATISTA, 2010, p. 58.

²⁶⁵ALMEIDA JÚNIOR, Reinaldo Santos de. **A política criminal alternativa**: a proteção libertária de bens jurídicos na vida concreta da América Latina. 2011. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 118.

2.3.4. *Culpabilidade e ausência de motivabilidade da norma penal*

A culpabilidade, majoritariamente classificada como terceiro estrato do delito, tem sido objeto de teorias que tentam definir o seu conceito e seus elementos. Os impactos destas diferentes concepções vão além da mera retórica dogmática, possuindo relevantes implicações práticas na configuração do ilícito e de como se entende a conformação da culpa – se livre por natureza ou atributo normativo²⁶⁶.

Com os ares positivistas do século XIX, à culpabilidade atribuiu-se caráter eminentemente naturalista-causalista. O fato punível poderia ser fragmentado em duas partes: externa, compreendendo a antijuridicidade – dotada exclusivamente de elementos objetivos; e outra interna, a culpabilidade – composta por elementos subjetivos (dolo e imprudência).

Assim como o incremento do injusto (fato típico e antijurídico) se daria pelo nexos de causalidade material, a atribuição da culpabilidade derivaria de um nexos causal psíquico, sendo o resultado um produto da mente do sujeito. A culpabilidade, assim, circunscreveria o aspecto subjetivo ou força moral do crime, tendo como espécies o dolo e a imprudência – aos quais não se direcionaria qualquer juízo de valor.

O principal defensor desta acepção psicológica foi Franz von Lizst, avesso à ideia de autodeterminação do sujeito, posto que a negação do livre-arbítrio foi a base da construção teórica do positivismo, cujos alicerces repousavam no determinismo de matiz biológico. Ernst Belling, de sua parte, contribuiu para o início da delimitação do conceito analítico de fato punível – conduta típica, antijurídica e culpável. Ao último estrato, sedimentou uma base empírico-causal, comportando a imputabilidade – capacidade de compreender o fato e de ajustar a essa compreensão, ficando excluída ou reduzida em casos de imaturidade ou imprudência – e a relação anímica entre o autor e o resultado – que daria mediante dolo ou prudência.

Essa teoria, todavia, foi incapaz de explicar a culpa inconsciente – na qual o sujeito não prevê um resultado que seria previsível, não havendo portanto nexos psíquico – e extirpou toda a dimensão normativa do delito. Ademais, considerou a imputabilidade como pressuposto do dolo, quando na verdade um inimputável é

²⁶⁶CIRINO DOS SANTOS, 2002, p. 200-204.

capaz de ter consciência da realidade e de querer o resultado, faltando-lhe apenas idoneidade para ser destinatário das normas.

Não obstante tais críticas, teve sua importância por ter afastado a responsabilidade penal de eventos derivados de fato fortuito ou obra do acaso, dado que inexistente qualquer relação psicológica entre o autor e o evento – a exemplo da embriaguez completa em “trote universitário” que suprima inteiramente a capacidade de agir do sujeito.

Superando o insuficiente paradigma do positivismo naturalista, desenvolveu-se no início do século XX a concepção psicológico-normativa da culpabilidade, reformulando o conceito antes estritamente formal que se reduzia à mera responsabilidade pelo fato. Frank foi o primeiro autor a vincular à culpabilidade a ideia de juízo de reprovabilidade, que averiguaria ser o autor passível ou não de censura considerando sua possibilidade de agir de modo diverso – não bastando, destarte, o vínculo físico e psíquico entre o agente e o resultado.

A imputabilidade, o dolo, a imprudência e o que Frank denominou de circunstâncias concomitantes (normalidade das circunstâncias concretas em que o autor agiu) não seriam mais espécies ou formas de culpabilidade, mas elementos ou requisitos desta. Desta forma, seria perfeitamente possível existir uma conduta dolosa e não culpável, isto é, sobre a qual não recairia um juízo negativo de reprovação por ter sido praticada, exemplificativamente, por alguém acometido de grave doença mental – inimputável, portanto.

Outros dois importantes juristas desta mesma vertente teórica foram Goldschmidt e Freudenthal. O primeiro condicionou a reprovabilidade a um comportamento íntimo oposto a uma norma de dever (implícita), dotada de caráter subjetivo e individualmente – diversamente da norma jurídica (objetiva e geral) que está ligada ao injusto. Já o segundo, numa visão de Direito como mínimo ético, acrescentou a noção de exigibilidade de conduta diversa, questionando, no caso concreto, a possibilidade de evitar o fato ou se exigir sua não realização.

Ainda que tenha inovado, ao acrescentar um atributo normativo (juízo de reprovação) ao lado dos elementos psicológicos (vontade e previsão), a teoria psicológico-normativa trouxe consigo um problema crítico: se o agente pratica uma conduta dolosa, mas não tem consciência de sua ilicitude, a culpabilidade restaria excluída e, também, o próprio dolo.

A superação dos elementos psicológicos no interior da culpabilidade teve o importante aporte de Graf zu Dohna, que distinguiu o objeto da valoração (dolo) da valoração do objeto (reprovação). O dolo, portanto, deveria vir antes, na tipicidade, enquanto que a valoração viria depois, na culpabilidade.

Seguindo esse referencial, Hans Welzel desenvolveu o conceito finalista de ação, entendendo toda ação humana como dotada de desígnios a serem alcançados. O dolo e culpa migram para o campo do injusto, constituído por desvalor de ação e desvalor de resultado, enquanto que a culpabilidade envolveria desvalor de ânimo²⁶⁷.

O dolo seria apenas a vontade de realizar um fim, independentemente da consciência da ilicitude do ato, auferida só posteriormente na culpabilidade. Esta se limita a reunir as circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da formação da vontade. Implícita, portanto, a metafísica presunção de liberdade do indivíduo – empiricamente indemonstrável.

O juízo de culpabilidade deixou de ser um conceito ontológico, que descreveria a qualidade (ser livre) de um sujeito, e tornou-se um conceito normativo, que atribui aquela qualidade ao sujeito que vive na comunidade, pois nas palavras de Juarez Cirino²⁶⁸: “se a pena pressupõe culpabilidade e a reprovação de culpabilidade se baseia em fundamento indemonstrável, então a culpabilidade não pode servir de fundamento da pena”.

Para Jakobs, como exaustivamente demonstrado anteriormente, a culpabilidade se ampara na necessidade de manter a confiança comunitária no direito e, por conseguinte, promover a estabilização do ordenamento jurídico. Zaffaroni, por outro lado, introduz nessa discussão a tese da coculpabilidade da sociedade organizada, pois ao lado da inexigibilidade de conduta diversa situa as condições sociais adversas, de modo que a conformação da vontade estará diretamente relacionada ao status social do indivíduo – maior liberdade na classe superior e maior determinação na classe subalterna.

Logo, ao invés de fundamento da pena, a culpabilidade é hoje hasteada como limitação do poder de punir estatal. Nesse sentido, as hipóteses legais de

²⁶⁷ NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e exculpação**: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 104.

²⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, 2002, p. 178.

inexigibilidade de conduta diversa têm sido tratadas pela doutrina, e também por parcela da jurisprudência, como rol meramente exemplificativo, admitindo-se outras – como a supracitada exculpação por condições sociais adversas.

Davi Tangerino, por sua vez, advoga a tese da exculpação por falta de motivabilidade penal, segundo a qual determinados injustos, quando abraçados como o único projeto de vida eticamente possível, não estariam aptos a serem rotulados como delitos. Para tanto, enumera quais seriam os requisitos necessária para a incidência dessa nova causa de escusa da responsabilidade penal:²⁶⁹

a) A prática do injusto deve estar compreendida por um projeto de vida associado ao autorrespeito e inclusão do outro. Não se incluiriam, destarte, os atos praticados com violência ou que expressem assaz desprezo pela vida humana (homicídio, tortura, redução à condição análoga de escravo, estupro, por exemplo).

b) O grupo social no qual se inclui o sujeito deve oferecer legitimação aos seus valores morais. Nesse sentido, um jovem de classe média que comercializa drogas ilícitas para elevar o seu padrão de vida, à diferença do jovem morador de uma comunidade reconhecida por idêntico comércio, não faria jus à exculpação em comento.

c) O Estado, agindo de modo negligente quanto à efetivação e universalização dos direitos sociais, não criar as condições estruturais para compelir o indivíduo a formar um outro projeto de vida ético e moral condizente com o Direito.

Acreditamos que a exclusão da exculpação nos crimes praticados com violência, de modo apriorístico e abstrato, tende a ser precipitado. Isso porque o desprezo pela vida humana pode ter por motivação justamente a condição beligerante na qual o indivíduo se encontra – realidade essa nada incomum nas periferias das grandes cidades e muito bem retratada, a título de exemplo, na película nacional "Última Parada 174" (2008), que mostra todo o processo de crescimento de um jovem que passa a viver na rua e a ter no crime o seu meio de vida. A violência, que num ambiente social normal seria uma atitude anormal, passa

²⁶⁹TANGERINO, 2010, p. 203.

a ser a atitude normal em circunstâncias anormais, de modo que mesmo nos injustos que envolvam algum tipo de violência, como ocorre no roubo ("subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa"), não se pode afastar, antecipadamente, a possibilidade de se exculpar a conduta quando, no caso concreto, outra não seria exigível.

O segundo requisito também poderia menos restritivo, pois ainda no nosso exemplo do comércio de entorpecentes, a conformação do desejo do sujeito não se dá propriamente e exclusivamente pelo local onde habita (se um bairro nobre ou periférico), pois o consumismo é uma prática difundida pelo capitalismo por toda a sociedade como se fosse um pressuposto para a consecução da dignidade humana — *ser é ter*. Assim como o jovem da periferia pode almejar um aparelho eletrônico da marca X, e não ter condições materiais para tanto, o jovem de classe média também está sob a mesma pressão social forjada pelo marketing televisivo. As metas culturais podem ser idênticas, não obstante a classe social distinta a que pertence o indivíduo, e serem igualmente inacessíveis a ambos por vias lícitas.

Quanto ao terceiro ponto, concordamos integralmente com a posição do conceituado autor, porquanto o Estado não pode atuar apenas como aparelho repressor aos que descumprem os seus ditames e ele mesmo se eximir das responsabilidades que lhe são inerentes numa sociedade politicamente democrática.

É Roberto Merton quem assinala que a estrutura social não se resume ao aspecto repressivo: também molda o comportamento individual²⁷⁰. O desvio se apresenta como um confronto entre estrutura social e cultura na medida em que esta sugere ao indivíduo determinadas metas a serem alcançadas e padrões institucionalizados de comportamento — ditados pela família, religião, escola, etc.

No entanto, o acesso às metas culturais se dará por meios legítimos ou ilegítimos a depender principalmente da posição do indivíduo ante os diversos estratos sociais. Existe, pois, uma disparidade entre os fins considerados como socialmente válidos e, por outro lado, os meios desigualmente distribuídos para sua consecução, negando-se à ampla margem da população a possibilidade de se orientar a conduta para uma perspectiva de um alto bem estar através de meios institucionais legítimos.

²⁷⁰BARATTA, op. cit., p. 63.

2.3.5. *Interpretação social do direito e escolha da linguagem político-criminal*

A introdução do elemento voluntário no conteúdo da ação levou à superação da concepção causalista, segundo a qual para haver ação seria suficiente o atuar positivamente ou o permanecer inativo. A análise da intenção, que era afeta ao campo da culpabilidade, é então deslocada para o próprio tipo, que deixa de ser apenas objeto e ganha também uma zona subjetiva.

O ponto de partida do finalismo é o de que o homem, de um modo geral, é capaz de prever as consequências de suas ações, que a vontade integra a ação típica, de modo que "ação humana é exercício de atividade final"²⁷¹. A missão do direito penal, nesse sentido, seria a de adequar as atitudes internas dos cidadãos segundo os ditames das regras sociais²⁷².

Uma gama de funções específicas que o conceito de ação deveria desempenhar foram granjeadas por diferentes penalistas, sobressaindo-se as de caráter classificatório, de definição, de união e de delimitação²⁷³:

a) Mezger exaltava uma função classificatória, pela qual o conceito de ação serviria para consolidar uma unidade superior, um supraconceito, que abrangeria todas as hipóteses delitivas (omissão e omissão, dolo e imprudência), o mesmo fazendo Welzel ao empregar o termo "conduta" para designar assim a ação quanto a omissão;

b) A função de definição ou coordenação do conceito de ação, igualmente capitaneado por Mezger, atribuía-lhe um viés ontológico (pré-jurídico) apto a servir de base para a valoração de todos os demais elementos do delito — ressaltando, pois, a primazia da ação no conceito do delito.

c) Jeschcek, por sua vez, abalizou a função de enlace ou união pela qual o conceito de ação não deveria antecipar os elementos gerais do delito, porque esses acabariam se dissolvendo precipitadamente na esfera genérica da imputação. É

²⁷¹WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**: Parte General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 39.

²⁷²BUSATO, Paulo. **Direito Penal e Ação Significativa**: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24.

²⁷³Ibidem, p. 48-52.

dizer: a ação precisa ter os seus contornos bem definidos, mas sem invadir o espaço reservado aos outros elementos vindouros, privilegiando a composição analítica do delito. Roxin também adere a tal função ao conceber que o conceito de ação deve guardar uma neutralidade valorativa frente aos demais graus do delito.

d) A função negativa, ao seu turno, confere ao conceito de ação o papel de elemento limite, porque excluiria da apreciação do Direito Penal fatos estranhos ao seu âmbito, isto é, comportamentos destituídos de relevância na medida em que ausentes os requisitos essenciais para a configuração mesma de uma ação.

A inexistência da ação a partir da função negativa do conceito de ação, aplicada especificamente aos crimes patrimoniais, leva à exigência de que o comportamento se embeba de um sentido social a ser aferido desde o mirante epistemológico crítico das classes subalternas do capitalismo. Quanto mais amplo o horizonte de observação, mais reduzido será o alcance do poder punitivo estatal, uma vez que este se volta especialmente para a criminalização da população socialmente vulnerável.

A interpretação social a ser concretizada pelo juiz deverá sopesar, necessariamente, as condições sociais adversas como critério delimitador da ação, a fim de que o seu sentido comunique o clamor por políticas públicas idôneas a refrear a opressão suscitada na relação capital/trabalho assalariado — e não por mais encarceramento de uma massa de miseráveis.

Admitir um valor social externo à ação e à norma é, pois, negar as pretensões de neutralidade ideológica, de normatização absoluta do conceito de culpabilidade e da confirmação da estabilidade normativa como exclusiva função da pena, como intransigentemente patrocinadas pelo funcionalismo sistêmico de Jakobs²⁷⁴. Uma dogmática desse tipo, embasada em formulações excessivamente abstratas, respalda um pseudo-tecnicismo alheio à realidade concreta da população marginalizada e complacente com a violenta seletividade do sistema penal.

²⁷⁴Ibidem, p. 170.

2.3.6. A criminologia crítica também é etiológica?

A etiologia, como referido ao longo deste trabalho, é entendida pela biologia como o estudo das causas indutoras de doenças e foi o paradigma adotado também pela criminologia positivista no afã pela mesma legitimidade científica detida pelas ciências naturais. Ainda que a criminologia antipositivista, a exemplo da Criminologia Radical de Juarez Cirino, fale em condições sociais adversas como causa de exculpação supralegal de um injusto, pressupondo, também, uma cadeia causal — a exclusão da culpabilidade do sujeito à medida em que se lhe foi imposto um estado material antagônico, este sim merecedor de patente reprovabilidade —, é *apressada* e *equivocada* a conclusão de que ambas se valem, igualmente, de persecuções etiológicas.

Explica-se: a noção de etiologia se encontra ligada, como já destacado, à busca dos geradores de uma enfermidade — que nem sempre decorre da falta de cuidados com a própria saúde, uma vez que pode ter origem genética e, portanto, inevitável —, e por sua vez se relaciona com a nosologia (classificação das doenças) e a patogênese (a reação do organismo à ação dos agentes etiopatogênicos que o agridem). A criminologia positivista, incorporando essa compreensão, assentava como seu objeto, de igual modo, a perquirição acerca das causas motivadoras de comportamentos num grupo reduzido de indivíduos considerados anormais, portadores de anomalias em seu próprio ser (concepção ontológica).

Ocorre que, com as investigações empíricas inovadoras levadas a cabo pela sociologia criminal, o fato criminoso revelou-se resultado de um processo de imputação de rótulos através de metarregras, não sendo, como antes se acreditava não tão ingenuamente, o produto exclusivo de seres humanos atávicos ou atrasados evolutivamente em termos biológicos, e sim uma categoria universal presente em todas as classes sociais e étnicas.

Transmuta-se radicalmente o objeto de estudo da criminologia, não mais se partindo de conceitos naturalizados, como o de "crime" ou de "criminoso". Com uma abordagem crítica, foca seu estudo nos processos de interação dessa realidade. Duas são as orientações sociológicas que conformaram as teorias do etiquetamento: a psicologia social ou sociolinguística, também denominada "interacionismo simbólico", concebe a sociedade como sendo constituída por diversas interações

concretas entre indivíduos; já para a etnometodologia, a sociedade é produto de uma construção social e que por isso não admite um conhecimento puramente objetivo. Conjugados esse dois marcos, o estudo do desvio seria, fundamentalmente, "estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social".²⁷⁵

Destaca-se o relevante impacto ocasionado pela reação social no *psiqué* do desviado, pois mesmo que tenha sido apenas e uma única vez alcançado pelas agências penais, para sempre estará marcado em sua ficha de antecedentes criminais e, de forma ainda mais dolorosa, na consciência coletiva das pessoas que o cercam, remoendo constantemente o passado. A punição de um primeiro ato ilícito, portanto, frequentemente muda a identidade do indivíduo assim estigmatizado, que tende a assumir o papel que o etiquetamento lhe atribuiu²⁷⁶.

As pesquisas sobre cifra negra da criminalidade foram essenciais para a transição a esse novo paradigma, porque pôs em evidência a discrepância numérica entre delitos registrados oficialmente e os realmente cometidos e, assim, alimentou críticas às estatísticas oficialmente divulgadas — que não representam, pois, a real frequência e distribuição do comportamento desviante penalmente perseguível, sobretudo no tocante à criminalidade de "colarinho branco", que muito raramente estão representadas.

Entrementes, tal qual as teorias que a precederam, a do *labeling* também estanca como sendo de médio alcance, porquanto reduz a criminalidade ao que é assim juridicamente definido e etiquetado pelas agências oficiais. Não questionam o funcionamento do sistema socioeconômico e suas implicações no processo de criminalização, permanecendo no nível do aparente (fenômeno), quando a compreensão da realidade está imbuída de uma lógica material assentada historicamente. Não se pode negar, todavia, a contribuição do rotulacionismo à crítica deslegitimadora dos sistemas punitivos de modo a se romper a idealização própria dos teorias do consenso que povoam o imaginário dos juristas - baseadas no mito do contrato social enquanto fundante da sociedade civil e legitimador do direito de punir estatal.

²⁷⁵BARATTA, op. cit., p. 87.

²⁷⁶Ibidem, p. 90.

O que diferencia a criminologia crítica daquela tradicional é justamente a superação da perspectiva etiológica, que conformou uma teoria das causas da criminalidade de viés correccionalista. Com a superação dessa perspectiva, nega-se a ideia de que crime e criminalidade são realidades de *per si* (naturalizadas), preexistentes aos mecanismos de controle social, revelando-as como status atribuído a determinados indivíduos de forma seletiva. Esta é realizada, inicialmente, com a seleção dos bens a serem tutelados pelo direito penal e a tipificação de condutas que os violentem (criminalização primária) e, posteriormente, com a seleção de indivíduos estigmatizados dentre todos os demais que também infringem tais normas.

Para o marxismo, base teórica desta nova criminologia, a abordagem econômica significa que a organização da produção é decisiva para determinar a estrutura social e política, dando ênfase aos conflitos entre capitalistas e operários. As teorias materialistas adotam o entendimento de que se vive em uma sociedade que nada tem de harmônica, vivendo, na verdade, em constante conflito. O Sistema de Justiça Criminal, constituído pela Lei (Penal e Processual Penal) e instâncias formais de controle (polícia, ministério público, magistrado, sistema penitenciário) é a instância que acaba por produzir a delinquência, posto que a lei define as condutas a serem taxadas de delituosas e os operadores do sistema, dentre inúmeras pessoas que cometem delitos, selecionam aqueles que devem desempenhar o papel de criminosos.

Dessa forma, o causalismo a que se refere a Criminologia Crítica nada tem a ver com aquele forjado pela vertente positivista, pois se a etiologia é instrumento de grande utilidade para a medicina, não é adequada para as ciências sociais na medida em que o crime é ato político — e não um fato natural circunscrito a indivíduos defeituosos. Crime e doença são, cada um, objetos específicos de áreas diversas do conhecimento: o positivismo, amparado no já exposto postulado da unidade epistêmica, tentou convertê-los numa coisa só, ignorando que o comportamento criminoso não se configura como degenerescência orgânica, mas um reflexo de como se estrutura a sociedade — que pune uns em demasia e imuniza a outros poucos, "amigos do Rei".

Impróprio, pois, afirmar que a Criminologia Crítica se vale também, mesmo que parcialmente, do modelo etiológico de causalidade: ele nada explica sobre a

razão de a população carcerária brasileira se constituir abundantemente de miseráveis (semi)analfabetos encarcerados por crimes patrimoniais e comércio de entorpecentes — a não ser que se tome como boa explicação que estes presos estão presos porque, no interior do universo social, são os únicos adoecidos pelo desejo feroz do consumismo e inconformados em não ter acesso, pelas vias legais, às mesmas metas culturais de seus semelhantes. O crime não é uma herança genética dada pela natureza: é obra de quem tem o poder de defini-lo.

2.3.7. *Dogmática penal criminologicamente fundamentada*

Uma sociedade desigual cerceia até mesmo as chances de as pessoas se conceberem como sujeitos capazes de participar da comunidade de comunicação. Jakobs assegura que, na Alemanha, o Estado confere uma garantia mínima de existência a qualquer ser humano, uma espécie de "bolsa" em dinheiro que, mesmo módica, é o bastante para propiciar alimentação, moradia e calefação contra o frio. Isso o leva a uma importante proposição que, por certo, é a base de apoio de toda a sua elucubração teórica: em princípio, há condições para que os membros de todas as classes tratem de participar da sociedade civil, isto é, reconheçam e se conformem ao Direito²⁷⁷.

Se isso é o que de fato sucede na Alemanha — e generalizações inevitavelmente guardam um potencial sobreincludente²⁷⁸, por mais remotas que pareçam as exceções²⁷⁹ —, não é, empiricamente, o que se visualiza cotidianamente desde a margem latino-americana, onde desigualdades de toda ordem saltam aos olhos nas ruas²⁸⁰. Amparado em Hegel, Jakobs acredita piamente que o Estado é "o

²⁷⁷JAKOBS apud MIZRAHI, op. cit, p. 54.

²⁷⁸Sobre a questão do potencial sub e sobreincludente das normas na teoria do direito, cf. SCHAUER, Frederick. *Las reglas em juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

²⁷⁹A rede de notícias alemã Deutsche Welle (DW) noticiou em outubro de 2011 que, segundo pesquisa da Universidade de Hamburgo, há cerca de 7,5 milhões de adultos analfabetos no país. Considerando que sua população total é estimada em 82 milhões de habitantes, isso representaria uma taxa de analfabetismo de 9% — um indicador de que a inclusão social de todos, mesmo na terra de Kant e Hegel, é ainda um grande desafio. Disponível em: <<http://dw.de/p/12kcX>>. Acesso em: 04 Dez. 2014.

²⁸⁰O relatório "Equilibre o jogo! É hora de acabar coma desigualdade extrema", divulgado em outubro de 2014 pela ONG britânica Oxfam International, aponta que a América Latina é a região mais desigual e insegura do mundo, reunindo 41 das 50 cidades mais violentas do planeta, 16 delas no Brasil. Disponível em: < http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/cr-even-it-up-extreme-inequality-291014-summ-pt.pdf >. Acesso em: 04 Dez. 2014.

reino da liberdade realizada²⁸¹. Não para os tratados com indiferença pelo próprio Estado, contudo — e este acréscimo faz toda a diferença. A questão dos excluídos deve se esquivar de uma análise de viés simplesmente econômico: a necessidade de sua inclusão não é um problema dessa natureza, e sim um problema ético e político, de modo que ela não pode ser pautada pela capacidade que cada indivíduo possui para participar da produção de riquezas. Perpassa, assim, pela afirmação de um conceito de pessoa diverso do da lógica mercantil organicista.

A pretensão de universalidade da dogmática jurídica pela colonização de teorias alienígenas, a-históricas e desconexas com a realidade de um povo — a exemplo da antropologia lombrosiana recepcionada em fins do século XIX por Nina Rodrigues na Bahia, logo numa província predominantemente africana —, revela na teoria do direito penal do inimigo o seu feitio mais obscuro e letal. Essa criação da Criminologia na América Latina como *tradução* do positivismo, como fala Máximo Sozzo, ou *assombroso transplante*, na linguagem de Roberto Bergalli, reflete uma importação cultural de racionalidades que, consideradas neutras, são na verdade deformadores, por etnocêntricas²⁸².

Para que outros doutores Levenson²⁸³, como na (quase) ficção de Jorge Amado, não continuem a ditar copiosamente o que se estuda e discute na periferia, indispensável que se proceda à antropofagia das ideias advindas do centro, fazendo emergir os saberes locais ao invés de, num gesto de automenosprezo e submissão intelectual, espontaneamente incorporar aqueles.

Num Estado que se pretenda democrático, Vera Andrade consigna, com razão, que o papel do Direito Penal deve ser — a curto e médio prazos — o de promover um garantismo criminologicamente fundamentado, no qual a crítica ao real funcionamento do sistema criminal apurada pela Criminologia siga ao encontro do aspecto garantidor da Dogmática Penal²⁸⁴. Deve, porém, estar cravado no horizonte utópico de superação desse vigente modelo de controle social pela exclusão — só

²⁸¹JAKOBS apud MIZRAHI, op. cit., p. 44.

²⁸²BATISTA, Vera Malaguti. **O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo**. In: MELLO, Marcelo Pereira de (org.). *Sociologia e Direito: explorando interseções*. Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito/ UFF, 2007.

²⁸³Cf. AMADO, Jorge. **Tenda dos Milagres**. São Paulo: Cia das Letras, 2010. Na obra, a personagem Doutor James Levenson é um renomado professor norte-americano, ganhador de Prêmio Nobel, que, em visita ao Brasil, faz de um autor bahiano, até então desconhecido em sua própria terra, o repentino objeto de interesse de toda a imprensa e dos intelectuais da região — o que antes fora tentado, sem sucesso, por professores nacionais.

²⁸⁴ANDRADE, Vera. **Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 233.

deveras realizável num outro Estado (ou melhor, em um "não-Estado") para além do capitalismo, porquanto a abolição da pena amputaria o bastião do poder estatal: sua capacidade de legislar²⁸⁵. Entretanto, tamanha pretensão pressupõe superar, antes, a reprodução do discurso autolegitimador do Direito que opera a naturalização de uma ralé de "pessoas" — ou que sequer chegam a isso, porque perderam a voz, a imagem e a própria humanidade.

É o tipo de presença do Estado, e não propriamente a sua ausência, que constitui os principais focos de enfrentamento e violência nas zonas periféricas dos grandes centros urbanos²⁸⁶. A ocupação militar de comunidades, sob o epíteto eufemístico de "Unidades de Polícia Pacificadora" (RJ) ou "Unidades Paraná Seguro" (PR), e com o pretexto de garantir a segurança coletiva é, em geral, a única forma pela qual o Leviatã manifesta sua existência para milhões de brasileiros oprimidos, subempregados e desempregados (*punidos e mal pagos*, na sintética expressão de Nilo Batista²⁸⁷). Esse tipo de presença arbitrária e negligente do poder público seria preferível, pois, que se metamorfoseasse em *ausência*.

²⁸⁵TAVARES, Juarez. **Os objetivos simbólicos da proibição**: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). *Direito e Psicanálise: Interseções a partir de "O Processo" de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 52.

²⁸⁶ MISSE, Michel. **Sobre a construção social do crime no Brasil**: esboços de uma interpretação. In: MISSE, M. (org.). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

²⁸⁷ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

CONCLUSÕES

1. A substancial hipótese trabalho desta pesquisa foi a de que não é mera coincidência a desproporcional onda punitiva no Brasil em relação aos crimes contra a propriedade: metade das pessoas enjauladas no sistema carcerário nacional foram punidas por essa espécie de delito. E dois mirantes se colocam para a compreensão deste cenário: para o positivismo, a punição é decorrência lógica do descumprimento de um preceito primário e seus contumazes violadores são rotulados como inimigos; para a crítica criminológica, a punição é o resultado de um processo de criminalização extremamente seletivo e que precisa ser investigado amiúde.

2. Abandonando o senso comum teórico dos juristas, na feliz expressão de Luís Alberto Warat, procedeu-se ao exame do referencial teórico que dá sustentação à extremada dogmática penal de Günther Jakobs e seu onírico ideal de neutralidade axiológica (*Wertfreiheit*): o positivismo sociológico e o positivismo jurídico. Sustentamos um conjunto de argumentos (da impureza do direito à ocultação das funções subjacentes das normas) que deslindam porque o conhecimento da questão criminal não pode abrir mão do plano do *ser* sob o risco de a dogmática se manter alheia às práticas reais seletivas das agências de criminalização primária e secundária.

3. Aliás, a diferença entre dogmática e zetética é fundamental para se compreender a perspectiva aqui perseguida: enquanto a primeira se vale de conceitos fixos e indiscutíveis *a priori*, privilegiando o aspecto da resposta e balizando as demais respostas a partir da solução posta, a segunda exalta a esfera da pergunta e se abre a críticas e redefinições dos postulados inicialmente estabelecidos, priorizando o plano do *ser*. As formas superestruturais, como é a forma jurídica, são incompreensíveis quando excluídas do contexto das relações sociais a que devem a sua existência.

4. A noção de mirante ou horizonte epistemológico é bastante esclarecedora e pertinente na medida em que relaciona a maior ou menor amplitude do

conhecimento diretamente à filiação teórico do pesquisador e esclarece porque a posição da massa de trabalhadores é a mais elevada: uma aproximação máxima da realidade, sem as cortinas erguidas pela classe dominante, é uma questão de sobrevivência e arma de combate. Quanto mais perto estiverem da verdade, tanto mais perto estarão os trabalhadores de desnudarem a ideologia que os adestram para a disciplina do capitalismo.

5. Os crimes patrimoniais, dentre todos os demais tipificados no Código Penal e na legislação penal extravagante, são os mais recorrentemente punidos pelo sistema penal no Brasil. Isso não quer dizer que sejam os mais praticados, e sim os mais selecionados, porquanto atentam contra o princípio basilar desta forma de constituição da sociedade: a propriedade privada. A categoria da luta de classes é imprescindível ponto de partida dialético para entender o porquê desse fenômeno de encarceramento em massa da população miserável.

6. A importação de teorias estrangeiras é nada mais que a expressão de uma cultura marcadamente eurocêntrica e que não conseguiu ainda se descolonizar das raízes alienígenas. A dogmática penal do perigo de Jakobs é não só imprópria para a realidade latino-americano como perversa para qualquer que seja o espaço de sua aplicação, porque reduz à condição de inimigo aqueles que não oferecem uma espécie de suporte cognitivo apto a reforçar a estabilidade do ordenamento jurídico. Como demonstrado na segunda parte do trabalho, a própria ideia de suporte cognitivo não encontra apoio empírico-científico, uma vez que o ambiente social também é corresponsável pela formação dos desejos e pela ausência de condições materiais para se alcançar as metas culturais socialmente compartilhadas.

7. A perda progressiva da voz leva inevitavelmente à perda da imagem e, por derradeiro, da própria humanidade. Quando o que o indivíduo ou um grupo de indivíduos quer expressar não é escutado no meio político, suas reivindicações são meros ruídos que, no máximo, irão provocar um incômodo a ser reprimido. Nesse processo de fragilização social, cuja escravidão foi o seu ápice, o ser deixa de existir aos olhos dos demais membros da comunidade porque não transmite qualquer sentido relevante e, aos poucos, dá-se a experiência da precariedade (um pé dentro

e outra fora) que acaba então com a experiência da exclusão (marginalização completa). Quanto menos alguém for escutado, menos também será percebido, de modo que não ouvi-lo é a condição para não mais vê-lo.

8. O antissocial é patologizado, transfigurado em ser doentio que não pode permanecer por mais tempo no convívio comum sob o risco de contaminar os outros e provocar um estado de anomia irreversível. A construção do crime como produto de uma gama de causas determinantes (paradigma etiológico) põe de lado os conflitos de classe inafastáveis no mundo capitalista e a reação social das agências de controle social formal a partir de estereótipos conformados pelos aparelhos ideológicos do Estado.

9. Uma dogmática penal criminologicamente fundamentada é a saída para a reparação dos efeitos deletérios de um instrumento que surge com o capitalismo para disciplinar a mão de obra, mas que hoje atua prioritariamente para neutralizar determinadas classes de sujeitos considerados indesejáveis e irrecuperáveis, pelo que são extirpados do convívio social e taxados de marginais — como se a condição marginalizada fosse uma escolha assentida pelo próprio indivíduo. A introjeção de elementos empíricos nas construções dogmáticas do Direito Penal, conquanto não seja capaz de reverter a sua eficácia invertida no tocante às funções que oficialmente se lhe atribuem (redução da criminalidade e harmonia social), é fundamental para a redução do alcance dos tipos penais por uma análise conglobante que evidencie a ausência de ação significativamente relevante, pela ampliação das hipóteses de exculpação supralegal (por condições sociais adversas e por falta de motivação da norma penal) e pela interpretação social das normas penais a partir de uma linguagem político-criminal compatível com a criminologia de mirante crítico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A VIDA pode ser fora das normas? Conferência de Guillaume Le Blanc. São Paulo: CPFL Cultura, 2010. (46 min.), son., color. Legendado. Disponível em: <<http://vimeo.com/50990374>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. **Por uma teoria do poder destituente**. In: <<http://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituente-de-giorgio-agamben/>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**. Uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALMEIDA JÚNIOR, Reinaldo Santos de. **A política criminal alternativa**: a proteção libertária de bens jurídicos na vida concreta da América Latina. 2011. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e Sistema Penal**: em busca da segurança jurídica prometida. 1994. 501f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 1994.

_____. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A soberania patriarcal**: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 26, n. 50, p. 9-10, jan. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. **Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica**: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? In: *Revista Sequência*, no 59, p. 161-192, dez. 2009. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/14151/13594>. Acesso em 19 out 2014.

_____. **Pelas Mãos da Criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal**: invertendo o discurso da ordem. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 10 jan 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. **Direito Penal Brasileiro**. vol. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo**. In: MELLO, Marcelo Pereira de (org.). *Sociologia e Direito: explorando interseções*. Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito/ UFF, 2007.

_____. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. **A criminalização dos movimentos sociais como obstáculo à consolidação dos direitos fundamentais**. 2008. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

BOZZA, Fábio. **Bem jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. 2014. 328 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

BUSATO, Paulo. **Direito Penal e Ação Significativa**: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **A realidade das unidades de polícia pacificadora e o discurso legitimador do medo**: mais um exemplo de direito penal do inimigo. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal – Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012.

_____. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime**: caminho dos Gulags em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia da Repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **A retribuição equivalente**. Conferência no Seminário Internacional de Direito Penal e Criminologia da EMERJ (2012). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-ota1Y1tL7w>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

_____. **30 anos de vigiar e punir** (Foucault). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 14, n. 58, p. 289-298, jan./fev. 2006.

_____. **O direito penal do inimigo – ou do discurso do direito penal desigual**. In: *Liber Amicorum*: homenagem ao Prof. Doutor Antonio José Avelãs Nunes. São Paulo/Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. **A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação penal**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 21 fev 2015.

BAUMANN, Zygmunt. **O mal estar na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **Lições da Aula** - Aula inaugural proferida no Collège de France em 23 de abril de 1982). São Paulo: Ática, 2011.

CARDOSO, Miriam Limoeiro. **Do materialismo no método de Marx**. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/ANAIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT1/gt1m5c6.pdf>>. Acesso em: 13 fev 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

COMTE, Augusto. **Curso de filosofia positiva**. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril cultural, 1978.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial**: a Criminologia do fim da história. 2012. 309 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DIETER, Vitor Stegemann. **A Guerra Proibida**: os fundamentos da política de drogas proscritas. 2014. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

DILTHEY, Wilhelm. **Teoria de la concepcion del mundo**. Madrid: Revistas de Occidente, 1974

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 1, n. 7, dez. 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2014. p. 230.

GUIMARÃES, Cláudio. **As históricas ingerências do capital na conformação dos sistemas punitivos**. In: *Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

JAKOBS, Günther. **La pena estatal**: significado y finalidad. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/pena_estatal.doc>. Acesso em: 19 out 2014.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feiíoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

_____. **Terroristas como personas en Derecho?**. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Org). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.** Vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006.

_____. **Derecho penal del enemigo?** Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. *PANÓPTICA - Direito, Sociedade e Cultura*, v. 2, n. 7, pp. 197-213, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/258/280>>. Acesso em: 28 Nov. 2014.

_____. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo.** 2012. 177 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LE BLANC, Guillaume. **História da loucura na Idade Clássica:** uma história da pobreza. In: VEIGA-NETO, Alfredo; FONSECA, Márcio Alves da; MUCHAIL, Salma Tannus. *O mesmo e o outro: 50 anos de História da loucura.* Belo Horizonte: Autêntica, 2013. Cap. 12.

LIZST, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C Editores, 1889.

LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen:** Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **A jaula de aço:** Max Weber e o marxismo weberiano. São Paulo: Boitempo, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Inclusión e exclusión.** *Acta Sociológica*, Ciudad de México, nº. 12, set./dez. 1994.

_____. **La sociedad de la sociedad.** Ciudad de México: Herder, 2006.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte.** São Paulo: Boitempo, 2011.

_____; ENGELS, Friedrich. **Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política**. São Paulo: Edições Sociais, 1977.

MASCARO, Alysso. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MILL, Stuart. **A lógica das ciências morais**. São Paulo: Iluminuras, 1999.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p. 134-135

MISSE, Michel. **Sobre a construção social do crime no Brasil**: esboços de uma interpretação. In: MISSE, M. (org.). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

MIZRAHI, Esteban. **Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo**: conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza, 2012.

MURARO, Mariel. **Crime, violência e segurança**: um estudo de caso da Campanha Paz Sem Voz é Medo do Jornal Gazeta do Povo. 2013. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **Dimensiones básicas del funcionalismo jurídico-penal**: algunas consideraciones críticas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 26, n. 79, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce Homo**. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e exculpação**: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

OLIVEIRA, Luciano. **Os excluídos 'existem'?** Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 33, fev. 1997.

OLIVEIRA, Vivian de. **Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 57, p. 239, dez. 2013. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/34565/21425>>. Acesso em: 03 Fev. 2015.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PASCHOAL, Antonio Edmilson. **A superação do ressentimento na filosofia de Nietzsche**. *Estudos Nietzsche*, Curitiba, v. 3, n. 2, pp. 183-206, jul./dez. 2012.

PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos: Criminalidade, Exclusão e Insegurança**. Curitiba: ICPC, 2012.

POPPER, Karl. **Lógica da pesquisa científica**. São Paulo: EDUSP, 1985.

REIS, Washington Pereira da Silva dos. **A fundamentação ideológica do poder punitivo e o cárcere como meio de controle social: a punição para além do cumprimento da pena**. 2014. 333 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

RUSCHE, G; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHAUER, F. **Playing by the rules**. New York: Oxford University Press, 1993.

_____. **Las reglas en juego**. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

SCHEERER, Sebastian. **Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito?** In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal - Libro homenaje a Claus Roxín*. Barcelona: Bosch, 1997.

_____. **Derecho penal contemporáneo: sistema y desarrollo, peligro y límites.** Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

SKINNER, B. F. **Para além da liberdade e da dignidade.** Lisboa: Edições, 70, 2000.

TANGERINO, Davi. **Culpabilidade.** São Paulo: Campus, 2010.

_____; D'ÁVILA, Fábio Roberto; CARVALHO, Salo de. **O direito penal na “luta contra o terrorismo”:** delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais (O caso do Movimento dos Trabalhadores sem Terra). In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal – Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário.* Curitiba: LedZe, 2012.

TAVARES, Juarez. **Os objetivos simbólicos da proibição:** o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). *Direito e Psicanálise: Interseções a partir de "O Processo" de Kafka.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIANA, Nildo Silva. **Fromm crítico de Freud.** Revista Espaço Acadêmico, Maringá, ano X, n. 110, p. 45, julho 2010.

VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal:** acción significativa y derechos constitucionales. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. **Ley, lenguaje y libertad:** sobre determinismo, libertades constitucionales e Derecho penal. *Teoria e Derecho:* Revista de pensamento jurídico, Valencia, n. 11, jun. 2012.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [S.l.], p. 48-57, jan. 1982. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em: 16 fev 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/17121>.

_____. **A pureza do poder:** uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: UFSC, 1983.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres:** A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Brasília: EdUnB, 1991.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán: Parte General**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La legitimación del control penal de los "extraños"**. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (org.). **Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión**. v. 2. Madrid: Edisofer, 2006.