

# CAPÍTULO VII

## GENEALOGIA DO PENSAMENTO PENAL

AA.VV., *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Nápoles, 1991; Accademia Nazionale dei Lincei, *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, Roma, 1965; Agudelo Betancur, Nodier, *El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*, Bogotá, 1988; Ajello, Raffaele, *Formalismo medievale e moderno*, Nápoles, 1980; Ambrosoli, Filippo, *Cenni intorno alla vita e alle opere del Prof. Giovanni Carmignani*, na trad. italiana dos *Elementa*, pp. XI ss.; Andreotti, Giulio, Ore 13: *il Ministro deve morire. La tragica fine di un appassionato uomo di governo della Roma di Papa Pio IX*, Milão, 1991; Asúa Batarrita, Adela (org.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, 1990; Bader, Guido, *Die Hexenprozesse in der Schweiz*, Affoltern, 1945; Bakounine, Miguel, *Dios y el Estado*, trad. E. Heras, Valencia, s/d.; Barrière, Pierre, *Un grand Provincial: Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu*, Bordeaux, 1946; Barthou, Louis – Walter, Gérard, *Marat*, 1946; Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse, Die Geschichte eines Massenwahns und seiner Bekämpfung*, Munique, 1963; Baumgarten, Arthur, *Paul Johann Anselm von Feuerbach, anlässlich seines 100. Todestags*, em *Sch. Z. F. Strafrecht*, Berna, 1933, pp. 293 ss.; Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene, con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del settecento*, a cura di Franco Venturi, Turim, 1981; também, *Dos Delitos e das Penas*, trad. Sabino Jr., Vicente, S. Paulo, 1972, ed. Juriscrédi; *Dos Delitos e das Penas*, trad. Campana, A. C., S. Paulo, 1978, ed. Bushatsky (com introdução de Calamandrei); Hommel, Karl Ferdinand, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, Breslau, 1778; do mesmo, *Opere diverse del Marchese Cesare Beccaria Bonesana Patrizio Milanese*, Nápoles, 1770 (dois volumes); Beiderman, Bernardo, *Vigencia del ideario de Beccaria en la política criminal latinoamericana*, em *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, Madri, 1989, pp. 99 ss.; Belloni, Giulio Andrea, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, Turim, 1931; Biggini, C.A., *Rassegna bibliografica in torno a Pellegrino Rossi*, em *Nuovi Studi di Diritto, Economia e Politica*, 1930, pp. 140 ss.; Binding, Karl, *Zum hundertjährigen Geburtstage Paul Anselm Feuerbachs*, reproduzido em *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Munique e Leipzig, 1915, pp. 507 ss.; Birkhan, Ingvild, *Feindbild*

Filangieri, titulada *Ciencia de la legislación, con notas de los autores más clásicos, redactado en el año 1834 por Don Bernardo Latorre, Magistrado Honorario y Juez de Primera Instancia de Toledo*, Madrid, 1839; Lautenbauer, Siegfried, *Hexerei- und Zaubereidelikt in der Literatur von 1450 bis 1550*, Berlín, 1972; Ledermann, P. Rossi, *l'homme et l'économiste*, París, 1929; Leithäuser, Joachim G., *Das neue Buch vom Aberglauben*, Berlín, 1964; Lins e Silva, Evandro, *De Beccaria a Filippo Gramatica*, em *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro, 1992, pp. 5. ss.; Locke, *Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, trad. Armando Lázaro Ros, Madrid, 1990; Lohmann, Friedrich, *Jean Paul Marat und das Strafrecht in der französischen Revolution*, Bonn, 1963; Lorene, Sönke, *Aktenversendung und Hexenprozess*, Frankfurt, 1982; Luisi, Luiz, *Os novecientos anos da ciência do direito*, em *Filosofia do Direito*, P. Alegre, 1993; Lustkandl, W., *Sonnenfels und Kudler*, Viena, 1891; Maestro, Marcello, *Cesare Beccaria e le origine della riforma penale*, Milão, 1977; Manupella, Giacinto, *Cesare Beccaria (1738-1794)*, *Paenorama Bibliografico*, Coimbra, 1964 (separata do Boletim da Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra, 1963, pp. 107 a 375); Marat, J. P., *Principios de legislación penal*, Madrid, 1891; Melossi, Dario, *El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*, México, 1992; Mello Freire, *Paschalis Josephi Mellii Freirii, Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Liber singularis, Coninbricæ*, 1842 a primeira edição data de 1789); do mesmo, *Historia Juris Civilis Lusitani*, Lisboa, 1788; *Institutiones Juris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*, Lisboa, 1789; Merzbacher, Friedrich, *Die Hezenprozesse in Franken*, Munique, 1970; Mondolfo, Rodolfo, *Cesare Beccaria y su obra*, Buenos Aires, 1946; Montesquieu, *Ouvres de Monsieur de Montesquieu, nouvelle édition, revue, corrigée et considérablement augmentée par l'auteur*, Londres, 1767; *Esprit des Lois, par Montesquieu, avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, Servan etc.*, Paris, 1849; Moore, E. H., *The Livingston Code*, em *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, nov. de 1928, pp. 344 ss.; Mori, F. A., *Scritti Germanici di Diritto Criminale*, Livorno, 1846 (t. III e IV, 1847); existe uma estranha edição parcial de tradutor anônimo, em dois tomos: *Scritti Germanici di Diritto Criminale. Opera que può formar seguito e compimento alla teorica del Diritto Penale di A. Chaveau, Prima versione italiana con note riguardanti la legislazione in vigore nel Regno delle Due Sicilie*, Nápoles, 1852; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1990; Müller, Wilibald, *Josef von Sonnenfels*, Viena, 1882; Murillo, Susana, *El discurso de Foucault. Estado, locura y anormalidad en la construcción del individuo moderno*, Bs. As., 1996; Nathan Bravo, Elia, *Territorios del mal. Un estudio sobre la persecución europea de brujas*, México, 1997; Naucke,

Wolfgang, *Kant und das psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburgo, 1962; Nietzsche, Friedrich, *Also sprach Zarathustra, II, Von der Erlösung*, em *Werke in vier Bänden*, ed. Karl Müller, Erlangen, I; Nuvolone, Pietro, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Pádua, 1969; Pagano (h.), José León, *Aproximación a los demonios y las brujas*, Bs. As., 1996; Pagano, Francesco Mario, *Principj del codice penale*, Milão, 1803; do mesmo, *Considerazioni sul processo criminale*, Milão, 1801; também *Saggi politici*, em *Opere filosofico-politiche ed estetiche*, Saggio II (1783), Nápoles, 1848; Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, 1954; Pardini, Francesco, *Cenni biografici intorno al Prof. Giovanni Carmignani*, Pisa, 1847; Pereda, Julián, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959; Pereira dos Santos, Gérson, *Do passado ao futuro em direito penal*, Porto Alegre 1991; Poliakov, León, *La causalidad diabólica. Ensayo sobre el origen de las persecuciones*, Barcelona, 1982; Radbruch, Gustav, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969; Radbruch, Gustavo – Gwinner, Enrique, *Historia de la criminalidad (Ensayo de una Criminología histórica)*, Barcelona, 1955; Reichenbach, Hans, *La filosofía científica*, México, 1967; Riezler, Sigmund, *Geschichte der Hexenprozesse in Bayern. Im Lichte der allgemeinen Entwicklung dargestellt*, Stuttgart, 1896; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires, 1993; do mesmo, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fé, 1964; Robert, Henri, *Les grands procès de l'histoire*, Paris, 1928; Roberts, Edward – Pastor, Bárbara, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madrid, 1997; Romagnosi, Giandomenico, *Genesis del diritto penale*, Florença, 1834 (5ª ed.); do mesmo, *Opere edite e inedite di G.D. Romagnosi sul diritto penale con annotazioni di Alessandro De Giorgi*, Milão, parte I, 1841, parte II, 1842, I; do mesmo, *Degli enti morali, em Ricerche sulla validità dei giudicj del pubblico a discernere il vero dal falso*, t. II, Milão, 1836; também, *Progetto del Codice di Procedura Penale pel cessato Regno d'Italia*, Prato, 1838; Rossi, Pellegrino, *Ouvres Complètes de P. Rossi, publiées par ordre du Gouvernement Italien, Traité de Droit Pénal*, Paris, 1863; Ruggiero, Gerardo, *Gaetano Filangieri, Un uomo, una famiglia, un amore nella Nápoles del settecento*, Nápoles, 1999; Rüping, Hinrich, *Carpzov und Thomasius*, em *ZStW*, 1997, pp. 381 ss.; do mesmo, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, Munique, 1991; Salvioli, Giuseppe, *Storia del Diritto Italiano*, Turim, 1930; Scalvanti, O., *Francesco Carrara nella storia politica del giure criminale*, Perugia, 1888; Scandellari, Simonetta, *Alcune note sull' influenza di Filangieri nella Codificazione Penale Spagnola del 1822*, em *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, 1991, pp. 519 ss.; Schaffstein, Friedrich, *La Ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957; Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951; Schmidt, Eberhard, *Montesquieu "Esprit des Lois" und die Problematik der*

Hexe-Feindbild Frau? Zur Ideologie der Hexenverfolgungen, em Grabner-Haider-Weinberger-Weinke, *Fanatismus und Massenwahn*, Graz-Viena, 1987, pp. 99 ss.; Blasco y Fernández de Moreda, Francisco, *Lardizábal. El primer penalista de América española*, México, 1957; Böhmer, Georg Wilhelm, *Litteratur des Criminalrechts in seinen allgemeinen Beziehungen, mit besonderer Rücksicht auf Criminalpolitik nebst wissenschaftlichen Bemerkungen*, Göttingen, 1816, reed. Amsterdam, 1970; Bracalini, Romano, *Cattaneo. Un federalista per gli italiani*, Milão, 1995; *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 49, jul. 1955, *Antologia do pensamento jurídico português*; Bunge, Mario, *La investigación científica*, Barcelona, 1976; do mesmo, *La ciencia, su método y su filosofía*, Bs. As., 1978; Byloff, Fritz, *Das Verbrechen der Zauberei (crimen magiae). Ein Beitrag zur Geschichte der Strafrechtspflege in Steiermark*, Graz, 1902; Caboara, Lorenzo, *La filosofía política di Romagnosi*, Roma, 1936; Campa, Riccardo, *La università de Bologna y el debate de la razón*, Bs. As., 1989; Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Direitos humanos e meio ambiente. Paralelo dos sistemas de proteção internacional*, Porto Alegre, 1993; Canuti, G., *Giovanni Carmignani e i suoi scritti di filosofia del diritto*, Grottaferrata, 1924; Cardini, Franco, em *Commento a Gui, Bernard, Manuale dell'inquisitore*, Milão, 1998; Carmignani, Giovanni, *Cause celebri discusse dal Cav. Commendatore Giovanni Carmignani*, Pisa, 1843; do mesmo, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831; Carmignani, Joannis, *De Pisana Academia Antecessoris. Juris Criminalis Elementa. Editio tertia*, Pisis, Excudebat Sebastianus Nistri, 1822; trad. italiana, *Elementi di Diritto Criminale del Professore Giovanni Carmignani. Traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa del prof. Caruana Dingli. Prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli*, Milão, Francesco Sanvito ed., 1863; Carrara, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa dal Professore Francesco Carrara*, Florença, 1924; do mesmo, *Opuscoli di Diritto Criminale del Professore Comm. Francesco Carrara*, Prato, 1885; Casas Fernández, Manuel, *Voltaire criminalista. Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, Madri, 1931; Cassirer, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, México, 1972; do mesmo, *Kant, vida y doctrina*, México, 1968; Cattaneo, Carlo, *Sulla riforma carceraria. Rapporto al Congresso di Lucca*, em *Il Politecnico*, VI, 1843, pp. 604 ss.; Cattaneo, Mario A., *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milão, 1976; do mesmo, *Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri*, em Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo, 1991, pp. 274 ss.; também, Anselm Feuerbach, *filosofo e giurista liberale*, Milão, 1970; Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale, Turim, 1988; Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, Milão, 1981; Cavalieri, Paula, *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Turim, 1999; Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa

Sociale, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, Milão, 1988; Claro, Andrés, *La inquisición y la cábala. Un capítulo de la diferencia entre metafísica y exilio*, v. I, *Historia: Saber y Poder*, Santiago do Chile, 1996; Coquard, Oliver, *Marat. O amigo do Povo*, São Paulo, 1996; Costa, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, México, 1953; Costa, Pietro, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, v. I, Milão, 1974; Couto, F. de A. e Carvalho, L. J. D. de, *Lições de Direito Criminal segundo as preleções orais do Dr. Bazilio Alberto de Souza Pinto*, adaptadas às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire, Pernambuco, 1847, ed. Tip. União; Crossman, R.H.S., *Biografia del Estado moderno*, México, 1994; Cynax, Oliver, *Diccionario del crimen*, Madri, 1996; Daresté, Rodolphe, *Études d'histoire du Droit*, Paris, 1889; Dassen, Julio, *Voltaire, defensor de Juan Calas*, Buenos Aires, 1963; de Cervantes, Javier, *La tradición jurídica de occidente*, México, 1978; De Maistre, José, *Las veladas de San Petersburgo*, Madri, 1946; Diefenbach, Johann, *Der Hexenwahn vor und nach der Glauberspaltung in Deutschland*, Mainz, 1886; Döbler, Hannsferdinand, *Hexenwahn. Die Geschichte einer Verfolgung*, Munique, 1977; Dumas, Malone, *Dictionary of American Biography*, New York, 1933; Eco, Humberto, *Cinco escritos morales*, Barcelona, 1998; Eusebi, Luciano, *La funzione della pena: il comiato da Kant e da Hegel*, Milão, 1989; do mesmo, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; Eymerich, Nicolau - Peña, Francisco, *Il Manuale dell'inquisitore, a cura de Louis Sala-Molins, introd. Valerio Evangelisti*, Roma, 2000; *Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milão, 1991; *Facultades de Filosofía y Teología, Bibliografía filosófica del siglo XX*, Buenos Aires, 1952; Feuerbach, J. P. Anselm Ritter von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799; do mesmo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen, 1801; também, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn; Über den Stand der Natur. Ein Fragment*, em *Meissners Monatschrift Apollo*, 1794, pp. 197 ss.; Kaspar Hauser. *Un delitto esemplare contro l'anima, con uno scritto di Walter Benjamin e una nota di Geminello Alvi*, Milão, 1996; Filangieri, Gaetano, *La Scienza della Legislazione del Cavaliere Gaetano Filangieri*, Milão, por Giovanni Silvestri, 1807; *La Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri*, Paris, 1853; Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980; Freitas, Ricardo de Brito, *Razão e Sensibilidade*, S. Paulo, 2001, ed. J. Oliveira; Funck Brentano, *Marat ou le mensonge des mots*, Paris, 1941; Galindo Ayuda, Fernando, *La Scienza della legislazione en el nacimiento del liberalismo Español, em Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*, 1991, pp. 375 ss.; García Garrido, Manuel Jesús - Francisco, Eugenio, *Estudios de Derecho y Formación de*

Jaristas, Madrid, 1990; Garrido, Luis, *Montesquieu penalista*, em *Notas de un penalista*, México, 1947, pp. 157 ss.; Geilen, Heinz Peter, *Die Auswirkungen der Cautio Criminalis von Friedrich von Spee auf den Hexenprozess in Deutschland*, Bonn, 1963; Ginzberg, Eli – Eichner, Alfred S., *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1968; Globig, Hans Ernst von – Huster, Johann Georg, *Abhandlung von der Criminalgesetzgebung. Eine von der ökonomischen Gesellschaft in Bern gekrönte Preisschrift*, Zürich, 1783; Godwin, William, *Investigación acerca de la justicia política y su influencia en la virtud y dicha generales*, trad. J. Pnncé, Buenos Aires, 1945; Graven, Jean, *Grandes figures et grandes ouvres juridiques*, Genebra, 1948; do mesmo, *Montesquieu et le droit pénal dans Montesquieu, sa pensée politique et constitutionnelle*, Paris, 1952; também, Pellegrino Rossi, *Grand européen, Hommage pour le centième anniversaire de sa mort*, 1848-1948, Genebra, 1949; Grolmann, Karl von, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematische Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetzen*, Giessen, 1798; Grünhut, Max, Ansel v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, em *Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, 1922, pp. 15 ss.; Gui, Bernard, *Manuale dell'inquisitore*, trad. Narno Pinotti, Milão, 1998; Gutiérrez, Josef Marcos, *Discurso sobre los delitos y las penas, publicale el Lic. Don Josef Marcos Gutiérrez para mayor ilustración, la mas fácil inteligencia y el mejor uso de las doctrinas contenidas en la parte tercera de su Práctica Criminal de España*, Madrid, Imprenta de Vega y compañía año de 1806; Hamilton, Madison, Jay, *El Federalista escrito en 1788 por los señores Hamilton, Madison y Jay, sobre la nueva Constitución con un apéndice que contiene las cartas de Pacificus y Helvidius sobre la proclamación de la neutralidad en 1793, así como los artículos originarios de la Confederación y la Constitución de los Estados Unidos, traducidos por el Dr. D. Ildefonso Isla*, Buenos Aires, 1887; Hammes, Manfred, *Hexenwahn und Hexenprozesse*, Frankfurt, 1977; Hansen, Joseph, *Quellen und Untersuchungen zur Geschichte des Hexenwahns und der Hexenverfolgung im Mittelalter*, Bonn, 1901; Hansen, Joseph, *Zauberwahn, Inquisition und Hexenprozess im Mittelalter und die Entstehung der grossen Hexenverfolgung*, Munique, 1900; Hecht, Ingeborg, *In tausend Teufels Namen. Hexenwahn am Oberrhein*, Friburgo, 1977; Heidegger, Martin, *Kant y el problema de la metafísica*, México, 1973; do mesmo, *La pregunta por la técnica*, em *Conferencias y artículos*, Barcelona, 1994; também, *Ormai solo un dio ci può salvare. Intervista con lo Spiegel*, Parma, 1987; *Sein und Zeit*, Tübingen, 1953; *Umanesimo e scienza nell'era atomica*, Brescia, 1984; Heinsohn, Gunnar-Steiger, Otto, *Die Vernichtung der weisen Frauen. Beiträge zur Theorie und Geschichte von Bevölkerung und Kindheit*, Munique, 1989; Heppé, Heinrich, *Soldan's Geschichte der Hexenprozesse*, Stuttgart, 1880; Hertz, Eduard, *Voltaire und di französische Strafrechtspflege im 18.*

*Jahrhundert*, Stuttgart, 1887; Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Madrid, 1983; Holzhauser, Heinz, *Willensfreiheit und Strafe, Das Problem des Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit*, Berlin, 1970; Hommel, Karl Ferdinand, *Philosophische Gedanken über Criminalrecht*, Breslau, 1784; do mesmo, *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze, 1772* (reed. Berlin, 1970); Honegger, Claudia, *Die Hexen der Neuzeit, Studien zur Sozialgeschichte eines kulturellen Deutungsmusters*, Frankfurt, 1978; Hobsbawm, Eric, *La era de la revolución, 1789-1848*, Bs. As., 1998; Hunt, H., *Life of Edward Livingston*, 1864; Ignatieff, Michael, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese 1750-1850*, Milão, 1982; Ihde, Wilhelm, *Wegscheide 1789*, Berlin, 1941; Jaurés, Jean, *Historia Socialista (1789-1900)*, Valencia, s.d.; Jerouschek, Günter, *Friedrich von Spee als Justizkritiker*, em *ZStW*, 1996, pp. 243 ss.; Jerouschek, Günter, *Thomasius und Beccaria als Folterkritiker*, em *ZStW*, 1998, pp. 658 ss.; Kant, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft (Werkausgabe herausg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt, 1988, t. VII); Kritik der reinen Vernunft (Werkausgabe, t. III e IV); Kant, Immanuel, Versuch den Begriff der negativen Grössen in die Weltweisheit einzuführen (Werkausgabe); Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (Werkausgabe, t. VIII); Über das Misslingen aller philosophischen Versuche in der Theodizee (Werkausgabe, t. XI); Über Pädagogik (Werkausgabe, t. XII); Kipper, Eberhard, Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Darmstadt, 1969; König, Emil, *Ausgeburten des Menschenwahns im Spiegel der Hexenprozesse*, Berlin, s.d. (c. 1910); Kraemer y Sprenger, *El martillo de las brujas*, trad. Miguel Jiménez Montesión, Madrid, 1976; *Malleus Maleficarum*, trad. Montague Summers, Londres, 1928 (reimp. 1951); *O Martelo das feiticeiras*, trad. Paulo Fróes, Rio de Janeiro, 1991; Kronenberg, M., *Kant. Sein Leben und Seine Lehre*, Munique, 1905; Kunstmann, Hartmut Heinrich, *Zauberwahn und Hexenprozess in der Reichsstadt Nürnberg*, Nuremberg, 1970; La Torre, Massimo, *Anarchismo e giusnaturalismo*, em *Il diritto e il rovescio*, Milão, 1982, pp. 105 ss.; Lalinde Abadía, Jesús, *El eco de Gaetano Filangieri en España*, em *Gaetano Filangieri e l'illuminismo Europeo*, 1991, pp. 454 ss.; Laplaza, Francisco P., *Francisco Carrara, Sumo Maestro del derecho penal*, Buenos Aires, 1950; Lardizábal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes de España, para facilitar su reforma, por Don Manuel de Lardizábal y Uribe, del Consejo de S.M. su Alcalde del Crimen y de Hijosdalgo de la Real Chancillería de Granada*, Madrid, 1782; do mesmo, *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o fuero de los Jueces*, em *Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y precisos codices por la Real Academia Española*, Madrid, 1815, pp. III a XLIV; Latorre, Bernardo, *Compendio de la obra que escribió el Caballero*

Gegenwart von Recht und Justiz, em Festsch. W. Kiesselbach, Hamburgo, 1947; Schubert, Gernot, Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824, Berlim, 1978; Schwager, Johann Moriz, Versuch einer Geschichte der Hexenprozesse, Berlim, 1784; Servan, Michel de, Ouvres de Servan. Nouvelle édition augmentée de plusieurs pièces inédites, avec des observations et une notice historique, par X. de Portets, Paris, 1822; Sonnenfels, Josef von, Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz, Viena, 1798; do mesmo, Über die Abschaffung der Tortur, Zürich, 1775 (reimp. Berlim, 1970); também Über die Stimmenmehrheit bey Kriminal-Urtheilen, Viena, 1808; Spielmann, Karl Heinz, Die Hexenprozesse in Kurhessen, Marburg, 1932; Spirito, Ugo, Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri, Turim, 1932; Stebel, Heinz-Jürgen, Die Osnabrücker Hexenprozesse, Osnabrück, s.d.; Stürner, Max (Kaspar Schmidt), Der Einzige und sein Eigentum, Leipzig, 1892; Stooss, Karl, Montesquieu's Kriminalpolitik, em Sch. Zf. Strafrecht, 32 (1919), pp. 22 ss.; Tamburini, Pietro Storia generale della inquisizione, Milão, 1862; Teichmann, Eduard, Renaissance und Hexenwahn mit besonders Berücksichtigung der Verbrennung Lauttners in Müglitz, Hohenstadt, 1932; Thomasius, Christian, Über die Hexenprozesse, Überarbeitet und herausgegeben von Rolf Lieberwirth, Weimar, 1967; Valbuena Reformado, Dicionario Latino-Espaniol, Paris, 1930; Valeri, Nino, Pietro Verri, Milão, 1937; van den Haag, Ernest, Punishing Criminals. Concerning a very old and painful question, New York, 1975; Van der Vekené, E., Bibliographie der Inquisition, Hildesheim, 1963; Vasconcelos, José, Estudios indostánicos, Madrid, 1923; Verissimo Serrao, Joaquim, História das Universidades, Porto, 1983; Verri, Pietro, Observaciones sobre la tortura, trad. Manuel de Rivacoba, Bs. As., 1977; von Spee, Friedrich, Cautio Criminalis seu de processibus contra sagas liber. Ad magistratus Germaniae hoc tempore necessarius, tut autem consiliarius et confessarius Principum, Inquisitoribus, Judicibus, Advocatis, Confessariis reorum, concionatoribus, caeterig lectu utilissimus, Auctore incerto Theologo Romano, Editio Secunda, Frankfurt, 1632 (Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse, deutsche Ausgabe von Joachim-Friedrich Ritter, Weimar, 1939); Wassermann, Jakob, El misterioso Caspar Hauser, Buenos Aires, 1947; Weber, Max, La ética protestante y el espíritu del capitalismo, Barcelona, 1977; Wolf, Erik, Grosse Rechtsdenker, Tübingen, 1951; Zaffaroni, E. R., Carrara y Röder, em Facoltà de Giurisprudenza dell'Università di Pisa, Francesco Carrara nel primo centenario della morte, Milão, 1991, pp. 411 ss.; Zahn, K. v., Hommel als Strafrechtsphilosoph und Strafrechtslehrer, 1911; Zorzi, Renzo, Cesare Beccaria. Il dramma della giustizia, Milão, 1996.

## § 19. DIREITO PENAL E FILOSOFIA

### 1. Da disputatio à inquisitio

1. A humanidade buscou o conhecimento através de saberes em luta contra as coisas ou contra a natureza – para arrancar seus segredos – ou por meio da respectiva investigação ou indagação – para obter suas respostas. Vacilou-se pendularmente entre *luta* e *interrogação*, dois paradigmas alternativos na procura do conhecimento, até optar-se pelo segundo de uma maneira mais acentuada. Afirmou-se que essa preferência surgiu, primariamente, no âmbito do processo penal, ou seja, quando da procura da verdade processual ou jurídica e que, a partir daí, expandiu-se e generalizou-se como método para todo o restante do conhecimento<sup>1</sup>. Se o processual foi prévio ou simultâneo com essa mudança de paradigma é um dado importante para outros efeitos, mas não especificamente para aquele de que se trata aqui, onde basta assinalar que, na verdade, a passagem da alquimia para a química, da astrologia para astronomia, da fisiognomonía para a antropologia física etc., foi análoga à transição sofrida pelo estabelecimento da verdade processual, indo da *luta* ou *disputatio*, entre as partes, à *inquisitio* ou investigação por intermédio do soberano.

2. Obtinha-se o conhecimento da verdade processual mediante *luta*, combate ou duelo entre as partes (ou seu equivalente simbólico), e se uma triunfasse demonstrava que Deus estava do seu lado (ordália ou prova de Deus) e, por conseguinte, tal afirmação era verdadeira. Toda ciência ou todo saber procedia do mesmo modo: lutar contra a natureza para obter a verdade. Em filosofia, isso era alcançado lutando-se argumentativamente contra um rival em uma competição regulada de uma maneira meticulosa (*disputatio quaestiones*). Quando esse paradigma metodológico de *luta* foi deslocado pela interrogação, superando as hesitações anteriores, iniciou-se na Europa um processo de acumulação de *poder inquisitorial* próprio do exercício do poder que abarcaria todo o planeta, em um processo onde podem ser observadas as etapas das revoluções mercantil (século XV), industrial (século XVIII) e técnico-científica (século XX).

3. A *inquisitio*, no âmbito processual – e como método de conhecimento – instalou-se primeiro com a burocratização da Igreja, quando esta se hierarquizou

<sup>1</sup> De um modo geral, Foucault, Michel, A Verdade e as Formas Jurídicas.

como consequência de sua romanização e, nos séculos subsequentes, foi acentuando a autoridade da burocracia em relação ao restante dos crentes, até culminar em um apoderamento total do saber – e do poder – por parte da mesma, que o exercia controlando qualquer heterodoxia (heresia), segundo o Santo Ofício<sup>2</sup>. Assim, inaugurou um método de conhecimento e de poder próprio de uma sociedade corporativa e hierarquizada que, desde então até o presente momento, tem de ser adotado por todos os que exercem o poder ou pretendem fazê-lo dentro de qualquer sociedade com tais características. As revoluções que planejaram esse saber inquisitorial e a civilização que o gerou começaram na Europa e se estenderam em termos de poder planetário<sup>3</sup>, protegido de um saber no qual o valor de verdade tendeu a ser instrumental (o útil é o verdadeiro). O empírico se confundiu e se identificou progressivamente com o pragmático, dando lugar a uma superposição entre ciência e técnica, toda vez que se tratasse de um saber que pretendia conhecer para poder: o conhecimento lhe interessava apenas à medida que fosse aplicável de imediato. Hoje, o crescimento acelerado dessa tendência torna muito problemática e sempre questionável a distinção entre ciência e técnica, entre verdade e poder. Similar foi a preferência quase exclusiva pelo saber instrumental, com uma desvalorização e quase desprezo por toda forma de saber diferente, o que proporcionou uma retroalimentação com os próprios avanços técnico-científicos, considerados confirmatórios do caminho escolhido pelo saber ou, mais precisamente, pelo poder. O avanço e a imposição do próprio poder, em que pese seus temas predatórios e genocidas, foram reconhecidos como prova de verdade. Finalmente, era natural que se pretendesse ter um único método para todo o saber humano – o empírico – e, como corolário, que se afirmasse que o geral e o abstrato são apenas caracteres dos objetos particulares observáveis pelos sentidos, considerados a única coisa real (nominalismo).

4. O estabelecimento da verdade processual pelo referido método – *inquisitio* – foi um fenômeno pendular, cuja oscilação cessou no século XIII europeu, ao instalar-se para não retroceder, no confisco da vítima e no consequente rebaixamento dela e de seu agressor a meros protagonistas de um sinal que propiciasse a intervenção do poder. Não obstante, a *inquisitio*, uma vez instalada e consolidada, continuou sujeita a alternativas menores, que se restringiam à extensão do poder interveniente sem, no entanto, discutir nem questionar sua essência confiscatória. O princípio da legalidade penal e o acusatório processual constituíram uma limitação liberal à *inquisitio*, mas de modo algum

<sup>2</sup> Foi oficializado na primeira metade do século XIII, por ocasião da perseguição aos cátaros: cf. Cardini, Franco, p. XVIII.

<sup>3</sup> Por todos, Hobsbawm, Eric, *La era de la revolución, 1789-1848*.

a substituíram. Com a extensão do inquirido ou *inquisitio* ao restante saber humano, pode-se observar um fenômeno similar. A exclusão ou desclassificação de todo conhecimento produzido por um saber que não corresponde ao modelo técnico-científico também foi um processo pendular, com marchas e contramarchas, sem conseguir de uma maneira definitiva a total exclusão das demais vias de acesso ao conhecimento e, aliás, com a particularidade de ser o empírico progressivamente substituído pelo instrumental e selecionado pelo poder.

5. A tendência a um nominalismo extremo poderia ser rastreada em todas as civilizações (inclusive na Índia<sup>4</sup>), mas esta teve a característica de vencer, dominar e matizar toda a civilização de nominalismo, embora não anulasse totalmente sua opositora. A interrogação ou *inquisitio* não conseguiu alijar por completo a filosofia e, em especial, a ontologia (metafísica) e, para culminar, na maioria dos casos, em se tratando de conhecimentos que implicam mais de perto o ser humano, não passou de um conjunto de propostas metafísicas encobertas.

6. A *inquisitio* se impôs no saber cavalcando sobre o poder da tecnologia, mas não conseguiu que a *disputatio* desaparecesse. A resistência desta última pode ser interpretada de uma maneira dispar por completo, como de fato assim o foi. Para alguns, dentro da filosofia, tal resistência é vista como uma *regressio* (retrocesso ou reiteração da *gressio* ou marcha), ou seja, como uma resistência ou obstáculo à *progressio* (da *inquisitio*, é claro), o que pressupõe uma identificação da *inquisitio* com o interesse da espécie humana e da vida planetária que, naturalmente, não se manifestou de modo algum. Não faltam aqueles que postulam o franco retorno à *disputatio* e a diferentes graus de paralisação da *inquisitio*, o que pode redundar em utopias totalitárias e em integristismos apocalípticos. A precedente opção interpretativa entre a *disputatio* e a *inquisitio* se faz presente porque se parte da crença de que elas são as únicas formas que pode assumir um saber para obter o conhecimento, mas o certo é que existe uma terceira em quase todas as civilizações, embora não predominante e bastante obscurecida na civilização técnico-científica, que é o *dialogus*.

## II. A inevitável filosofia: a resistência da *disputatio*

1. O poder planetário avançou depredando e valendo-se de um saber que desprezou a filosofia. Tal desprezo vem de sua essência, salvo se se entender por filosofia uma síntese dos saberes técnicos, o que constitui um conceito diferente ou não-convencional da palavra. Passando por cima de matéria tão longa-

<sup>4</sup> Sobre o materialismo ou positivismo indiano, Vasconcelos, José, *Estudios Indostánicos*, p. 61.

mente discutida, o certo é que o desprezo pelo saber funcional é a pergunta ontológica, a pergunta pelo ser, não pelo ser de algum ente em particular, mas sim pelo ser de todos e de cada um dos entes (por que ser? por que não melhor nada?). Esta pergunta inegavelmente filosófica – que alguns chamam de metafísica e outros de ontológica – foi a que pretendeu negar o saber técnico-científico. À medida que aumentava seu poder destrutivo até pôr em perigo a vida planetária, o saber desprestigiava e desprezava mais assiduamente a pergunta sobre o ser. Como problema inútil ou falso (de contemplativos, religiosos, místicos, inoperantes, imaturos, caducos, manipuladores), ela foi estigmatizada e, como corolário lógico do nominalismo radical, considerada um erro de linguagem<sup>3</sup>.

2. O campo se dividiu entre entusiastas da civilização técnico-científica e desesperançados pessimistas apocalípticos; mais recentemente tem-se feito referência a *integrados e apocalípticos*. Alguns consideraram o progresso técnico-científico manifestação do avanço infinito da humanidade; outros, um caminho para a catástrofe. Enquanto Hegel interpretava o avanço do poder planetário como a contínua elevação do *espírito* da humanidade, Marx, por via similar, o via como o progresso para o comunismo e o começo da história, e Spéncer como uma evolução biológica da humanidade considerada organismo. Pelo lado dos apocalípticos, Nietzsche dizia que *o deserto estava crescendo*, frase que Spéngler interpretava aplicando-a a campos concretos. Porém, a pergunta ontológica, depreciada, desvalorizada, estigmatizada, sempre retornava. Muitos séculos antes, Aristóteles já havia dado, em nível teórico, a explicação dessa presença inevitável, quando observou que toda pretensão de negar a pergunta ontológica só é uma resposta à mesma, ainda que errada ou simplista. *Para decidir não filosofar, é necessário também filosofar; portanto, assim, é necessário filosofar sempre.*

### III. A ontologia e o poder punitivo

1. O poder punitivo repressivo – poder de criminalizar – e seu conseqüente confisco e negação da vítima passou para o restante do saber humano, sendo considerado um progresso indiscutível por toda a historiografia tradicional. Dentro do poder jurídico-penal, até há bem pouco tempo ninguém duvidava do progresso envolvido na supressão das lutas e dos ordálios e em sua substituição pela *inquisitio*, em que pese os horrores desta. A supressão da vítima – chamada *legalidade* ou *publicidade* da ação penal – é unanimemente reputada como uma passagem para a racionalidade e a igualdade, apesar das torturas, dos

<sup>3</sup> Sua redução a "pseudoproblema", em Reichenbach, Hans, p. 259.

suplícios, das penas de castração e da morte agravada, das empalações e atrocidades similares, em uma ideia estranha de *racionalidade* que, no fundo, não é senão o monopólio da arbitrariedade verticalizante. Cabe perguntar se um fenômeno semelhante não acontece com a exclusão da ontologia do restante do saber. Houve poucas pessoas às quais a desvalorização da pergunta ontológica causou forte impressão e elas se atreveram a confirmar isso (tambora algumas tenham interrompido sua reflexão e outras se perdido por caminhos perigosos, que desprestigiaram suas próprias advertências). Nesse caminho, Nietzsche advertia dizendo: *o deserto está crescendo*; Husserl perguntava a si mesmo se a europeização planetária prenunciava a chegada de um sentido absoluto ou se era um *não-sentido histórico*; e Heidegger afirmava que *a ciência não pensa*.

2. Apesar de uma minoria ter achado que a técnica não era um mero instrumento nas mãos do ser humano, a maioria a julgou de outro modo e foi assim que se chegou à atual revolução técnico-científica que – salvo o paradoxo – potencializa os indicadores de que *a técnica não é controlável pelo homem*. Esta se torna um problema de sobrevivência e fortalece a consciência planetária nesse sentido. E eis que volta à baila a pergunta ontológica, embora já não no nível teórico como Aristóteles a fizera, mas sim como questão surgida da observação da realidade (*ôntica*). A revanche da ontologia *não fica muito evidente se provier da pergunta pelo ser ou do próprio ser*, se for revanche ontológica ou ôntica. O ser e a pergunta por ele não prestam contas na forma de pergunta ontológica ao estilo tradicional, mas evidenciando, em nível ôntico (de fatos), que *algo* falha com a técnica e o saber técnico-científico que os tornam *incontroláveis* pelo ser humano. Efetivamente, o ser humano lançou-se em direção à técnica, pois quis saber para poder, do mesmo modo que a *inquisitio* penal confiscatória quer realizar um ato de saber para poder e, em suma, pareceria praticar apenas um simples ato de poder que o aprisiona e o impede de pensar. *Em lugar de adquirir poder, fica à mercê de um poder que não pode controlar*. A própria ciência, cujo método pretendeu-se colocar como paradigma de todo o saber – a Física – já há muito tempo deixou de lado o mecanicismo em que se baseava o romantismo materialista de Spéncer (ou Haeckel) e hoje se adentra em propostas que acabam nos umbrais da pergunta ontológica, não faltando entre seus cultivadores aqueles que se excedem e quase mergulham em uma curiosa mística.

3. O modelo de *confisco da vítima* no processo penal, que converteu um mecanismo defeituoso de solução de conflitos em um ato de poder vertical que não consegue resolvê-los, estendeu-se a todo o saber e transformou os atos de conhecimento científico em *atos de poder sobre as coisas*: foi o lema lançado por Francis Bacon em plena revolução mercantil (*pode-se o que se sabe*), que

permanece até hoje. O confisco do conflito fez o ser humano rebaixar-se de parte a objeto dominado; o conhecimento para poder reduziu o ser humano – e todo objeto de conhecimento – a objeto a ser dominado. A civilização técnico-científica estabeleceu-se em uma concepção linear, progressiva e infinita do tempo; o tempo como curso linear projetado para o infinito. Essa concepção temporal veio acompanhada das medidas mercantilistas, do romantismo (progresso sem limites), da ideia de que, com a técnica, o ser humano pode vencer qualquer limite, tudo isso em gestação durante o processo de expansão do poder técnico-científico pelo planeta.

4. As concepções de tempo de outras civilizações foram varridas pela ideia linear, porque o tempo da técnica é eminentemente linear. Um lampejo clarividente de Nietzsche foi perguntar a si mesmo de que devia livrar-se o ser humano, porque compreendia que se achava prisioneiro da vingança e que esta era própria do tempo linear: a vingança é contra o que foi e já não pode ser de outro modo nem voltar a ser. O ser humano é cativo do tempo e de seu foi. A vingança é uma necessidade da concepção linear do tempo<sup>6</sup>. Por mais que se questione Nietzsche, sua observação é certa e mostra a íntima vinculação do saber técnico-científico com a vingança através do pressuposto do primeiro: a noção de tempo como linha.

5. Há inúmeras razões para mostrar a irracionalidade do poder punitivo exercido de uma maneira arbitrária e seletiva, mas uma das chaves de sua sobrevivência secular é justamente sua vinculação com o modo de saber da civilização técnico-científica. Tal civilização provoca uma profunda incapacidade de objetivação em face da impotência diante do tempo que resulta de um acúmulo muito grande de tensão vindicativa, cuja eclosão em todas as direções trata de evitar por meio de um encaminhamento, que é o poder punitivo negativo ou repressivo. Tal poder – em seu aspecto repressivo – cumpre a função latente de encaminhar as pulsões vindicativas, impedindo que elas se dispersem para outras relações e, em seu aspecto positivo ou configurador – vigilância – a de reforçar os próprios vínculos que ele isenta das supracitadas pulsões. A vinculação do poder punitivo com o saber técnico é uma complementação necessária: reduz o ser àquilo que se percebe pelos sentidos, em vista de um tempo que avança em linha reta e permite um infundável desenvolvimento do ser humano. O que acontece no mundo construído sobre essa ideia do ser e nesse tempo passa inexoravelmente, e não há outra forma de tranquilizar-se senão vingando-se pelo que passou e não voltará.

<sup>6</sup> Nietzsche, Friedrich, *Also sprach Zarathustra*, Werke, I, p.409.

6. O poder condiciona o saber do ser humano que, por sua vez, o limita: em grande parte gera e determina o sujeito que *conhece* (sabe). O poder não só condiciona o saber, como também o ser humano que sabe, de vez que, de certo modo, o condiciona a saber determinadas coisas e não outras, e em algumas condições e não em outras. Esse ser humano da civilização técnico-científica só pode saber certas coisas em um tempo que o condiciona para exigir vingança e ficar prisioneiro dessa exigência que, de alguma maneira, deve satisfazer. O próprio poder procura tal satisfação, através do poder punitivo exercido sobre uns raros vulneráveis (poder punitivo negativo ou repressivo). Ao mesmo tempo, o aparato gerador dessa ilusão de vingança contra todos os males trata de vigiá-lo sob pretexto de cuidar dele, de protegê-lo, para que não haja ruptura em seu modo de ser e em seu consequente saber (poder punitivo positivo, configurador ou de vigilância).

#### IV. O saber técnico-científico e a perspectiva superante

1. O que se quis dizer com *a ciência não pensa?* Há várias respostas e, entre elas, algumas se perdem em desastrosas racionalizações. Entretanto, é possível entender a frase com um sentido bem definido: o *saber para poder* não é um *pensar*, embora essa afirmação pareça paradoxal. A realidade é um contínuo dinâmico, de onde o ser humano não pode captar todas as dimensões e relações. Para saber alguma coisa a seu respeito, não há outro remédio senão parcializá-la de forma mais ou menos arbitrária, razão pela qual o saber que obtém acerca de cada uma dessas parcelas é inevitavelmente parcial e provisório; e, além do mais, nunca é neutro se provier sempre de uma seleção<sup>7</sup>. Isso não significa que o conhecimento técnico não seja útil nem que seu avanço deva deter-se para retornar a um paraíso perdido, mas sim denota apenas a necessidade de reconhecer suas limitações, isto é, sua parcialidade e seu aspecto provisório. Quando se pretende que tal conhecimento seja *a verdade* (única) ou se escamoteia a questão por meio de alguma apelação para verdades *duplas*, o que se consegue é *deixar de pensar*. O ser humano já não se pergunta *quem sou, para que sou, onde estou, o que é o mundo, o que é o ser*, ou melhor, *por que ser ou por que não ser nada e*, quando esquece tais perguntas, *deixa de pensar*. Cabe advertir que não se deixa de pensar só porque algumas respostas são esquecidas, mas por causa das próprias perguntas. Nesse momento, o *saber para poder* perde a bússola: o ser humano continua atrás do saber para poder,

<sup>7</sup> Heidegger, Martin, *Ormai solo un dio ci può salvare*.

<sup>8</sup> A impossibilidade da neutralidade da ciência é reconhecida, de uma perspectiva diferente, por Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*. É do mesmo autor *La investigación científica*.



mas sem se perguntar para poder o quê. Trata-se de um mero poder para dominar as coisas indagadas, apropriar-se delas, escravizá-las, para ser seu senhor, seu dominus.

2. A *inquisitio* é uma pergunta que o ser humano dirige a algumas coisas, previamente selecionadas para serem dominadas. Desse modo, a *inquisitio* sempre é precedida – tanto no saber técnico-científico quanto no poder punitivo – de um ato de poder seletivo,<sup>9</sup> mediante o qual a relação humano/coisa se converte em uma relação sujeito/objeto. O ser humano interroga a coisa – a *inquisitio* –, mas a coisa ignora concretamente a decisão de poder implícita na interrogação e responde como coisa, ou seja, como aquilo que está dentro de uma totalidade contínua e dinâmica, que é a realidade, ao passo que o homem, ao indagar a si mesmo, limita sua pergunta àquilo que julga servir-lhe para tornar-se dominus da coisa. Ante a pergunta (*inquisitio*) a coisa aparece, apresenta-se como objeto. *Ob-jectus* é o que se joga ou se lança em frente e contra, o que se põe diante (como em *pro-jecto* para frente, em *ab-jecto* para baixo etc.). O *ob-jectus* não é algo que permanece diante, não é um *ob-stante* (*obstantia*, resistência, obstáculo, estorvo), mas sim o que está em frente dinamicamente, lançando-se contra, arremessando-se (de *jectare*, *ja-ctare*, arrojando). Não se notou nada no movimento da coisa que passa a ser objeto, como reação à pergunta inquisitorial, até o momento em que a palavra *objectus*, em plena revolução industrial (século XVIII), foi traduzida para o alemão como *Gegenstand*, que é exatamente *ob-stante*, mas sem fazer referência ao arremessar-se da coisa na raiz latina (*werfen* em alemão, projetar: *enterwerfen*)<sup>10</sup>.

3. A coisa se torna objeto ao lançar-se perante e contra o ser humano e este se transforma em sujeito, coloca-o debaixo (*subjectus*), não no sentido de pô-lo como base de nada, mas no de submetê-lo ou sujeitá-lo. Para um ser humano preparado só para receber determinada resposta, a coisa lhe é apresentada com toda a força de sua realidade, lhe é arrojada contra, arremessa-o para baixo, sujeita-o, transforma-o em sujeito e também em *subjector*, isto é, falsário<sup>11</sup>. Quando o ser humano subjetiva mais seu saber com a racionalidade funcional (expressa modernamente com o *penso, logo existo* que, por ato falho, passa a ser *exerço poder, logo existo*) em lugar de colocar-se na base, mais sujeito permanece e mais *subjector* (falsário) se torna. E isso é o algo que falha

<sup>9</sup> Claro, Andrés, em *La inquisición y la cábala*, pp. 281 ss., destaca que tanto na *inquisitio* quanto na indagação científica há conquista e submissão do objeto e negação da alteridade; por isso, afirma que o inquisidor se acha em uma posição intermediária entre Tomás de Aquino e Descartes, de vez que seguiu a doutrina do primeiro e antecipou a racionalidade do segundo.

<sup>10</sup> Heidegger, Martin, parece passar essa diferença por alto, em *Umanesimo e scienza*, p. 72.

<sup>11</sup> Cf. *subjector*, em Valbuena Reformado, p. 826.

no saber técnico, que o faz incontrolável para o ser humano. Na medida que este não reverte o sentido de sua subjetividade (de *penso, logo existo* passe a *existo, logo devo pensar*), ele continuará praticando a *inquisitio* tecnológica e não poderá pensar. A ciência não pensa porque a *inquisitio* a impede de pensar.

4. Cabe perguntar se é possível imaginar (e esperar) uma superação da *inquisitio*. Torna-se indispensável que esta possa ser obtida por meio de uma regressão à *disputatio* (à luta): é impossível retroceder, porém é preciso superar-se. Convém imaginar, portanto, que a superação consiste em uma priorização de outra forma de acesso ao conhecimento que, apesar de existir em todas as civilizações, acha-se sumamente relegada na técnico-científica: o *dialogus* ou o raciocínio a dois, entre o ser humano e a coisa. Na *inquisitio*, o ser humano pergunta o que acha necessário para dominar; no *dialogus*, indaga sobre o necessário para a inteligibilidade comunicativa conjunta à coisa; na primeira, permanece sujeito porque não está disposto nem preparado para escutar (nem sequer pode ouvir) e a resposta o aplasta; no segundo, acha-se aberto à resposta, à espera, está preparado para ouvir e escutar, para responder e perguntar. A saída do atoleiro seria ter por concluída a passagem da luta para a *inquisitio* e tentar o passo desta para o *dialogus*. Isso pode ser entendido dialeticamente, mas não convém discuti-lo aqui (seria necessário demonstrar a impossibilidade da passagem direta da luta para o *dialogus*). O desafio da revolução técnico-científica é a exploração da capacidade humana de diálogo com os entes, em cuja onticidade sempre está implícita a mensagem ontológica, e dessa compreensão depende sua capacidade de sobrevivência.

5. O exercício do poder punitivo também tem sua técnica, à qual deve-se perguntar – como a qualquer ente – sobre sua essência, aquela que, substancialmente, coincide com o cerne de toda técnica. A *inquisitio* e o *dialogus* são meios e não fins, mas se forem apenas concebidos como diferentes modalidades de meios, não se poderá excluir a ameaça de recair na vontade de dominar os entes: para evitar isso é preciso retomar a técnica a partir de uma essência mais profunda, ou seja, como uma “desocultação”, não no sentido de intimar ou demandar, mas sim no de uma *interrogação* (intercâmbio de rogatórias) liberatória<sup>12</sup>. Onde a *inquisitio* prepondera, o perigo permanece oculto e é o perigo extremo, onde o ser humano assume a figura de senhor da terra e de todos os seres – inclusive os humanos que, desse modo, se tornam artefatos do dominus. Ao desvendar o oculto, o *dialogus* também provoca a irrupção do perigo, porém este se coloca diante do humano (é um *obstante*) e não se lança sobre ele para sujeitá-lo, submetê-lo, aplastá-lo (*objectus*). Assim, os *obstantes*

<sup>12</sup> Heidegger, Martin, em *Conferencias y artículos*.

permitem manter à vista o extremo perigo: isto é o que o saber não consegue a respeito do poder punitivo que continua sendo concebido como uma técnica, pois o operador mantém-se pendente da vontade de assenhorear-se dela na forma da *inquisitio*, sujeito por seu senhorial saber (de *dominus*).

6. Se se pretende reduzir de um modo radical o âmbito da *inquisitio* e dotar os conflitos de soluções e não de puras decisões suspensivas em casos excepcionais e arbitrariamente selecionados, não é possível considerar o poder punitivo um fenômeno isolado de nossa cultura, mas sim expressão substancial do contexto generalizado do saber senhorial ou de *dominus*. Sua redução não poderia deixar de ser paralela à substituição deste último por um saber de *dialogus*, isto é, de uma ampla mudança cultural. Semelhante empresa pressupõe uma antropologia que considere o humano como onticamente assinalado entre a totalidade dos entes, porquanto, inevitavelmente, o interrogar ontológico possui forma humana, e também porque possui *capacidade de ouvir as respostas humanas e não-humanas*. Não se trata de destacá-lo preferentemente por sua capacidade de domínio nem por sua infundada pretensão de que todos os sentidos (os *para quæ*) dos entes são humanos<sup>13</sup>.

7. Uma antropologia assim entendida abre novos questionamentos e desafios para o plano jurídico, pois deve reconhecer que há bens (e lesividade conflitiva) cujos titulares não são seres humanos individuais nem coletivos, circunstância atualmente admitida no âmbito do direito internacional ecológico, reconhecendo-se nas gerações futuras, quer dizer, em pessoas que hoje não existem, titulares de direitos<sup>14</sup>. Em outro nível, reabre-se o debate sobre os chamados direitos *subhumanos*<sup>15</sup>. Embora o reconhecimento de direitos não-humanos possa parecer estranho, há quem prefira adotá-lo, conforme faz uma importante corrente, porque refutá-lo não só corresponderia a uma antropologia que situa o homem na condição de *dominus*, como também importaria racionalizações que, de uma maneira intolerável, feririam a dignidade da própria pessoa, por derivarem da tradição jurídica de perfeccionismo moral, que no campo penal não é outra coisa senão ditadura ética e, por conseguinte, imoral. Quando se diz que a punição pelos maus-tratos a animais fere o sentimento de piedade humana, está-se impondo um modelo de sensibilidade e, portanto, aquele que não o possui é inferior; se se pensar que fere a própria imagem humana será ainda pior, porque se amplia a possibilidade de criminalizar tudo o que não agrada ao poder como

<sup>13</sup> Essa pareceria ser a chave do erro ontológico de Heidegger (*Sein und Zeit*), que reduz a *âies* todos os entes que não são humanos.

<sup>14</sup> Por todos, Caçador Trindade, Antônio Augusto, em *Direitos humanos e meio ambiente*.

<sup>15</sup> Cf. Cavalieri, Paula, *La questione animale*, com farta bibliografia.

lesivo a uma suposta imagem perfeccionista da pessoa. Tudo isso pode ser evitado se se aceitar a existência de bens jurídicos não-humanos.

8. Há outras contradições que merecem menção: quando se pretende que os maus-tratos infligidos a animais sejam punidos por ferirem o sentimento de piedade humana, urgiria concluir que o sádico que os pratica de uma maneira privada não deve ser apenado, o que parece absurdo. Quando se pretende que não se pode fazer ao homem a mesma coisa que ao animal, porque aquele possui mais sensibilidade em razão de seu desenvolvimento nervoso, incorre-se na espantosa possibilidade de não proteger os seres humanos com deficiências neurológicas. Se se trata de evitar tal consequência, baseando-se em que estes são protegidos apenas em razão de sua carga genética, incide-se em um reducionismo biológico inadmissível: a pessoa seria sua carga genética. Se se pretende diferenciar o ser humano – não importando seu desenvolvimento ou suas deficiências – em virtude de qualquer conceito generalizador, como a prerrogativa da *humanidade* (ou sua imagem, condição etc.), incorre-se de novo em outra grave contradição: reduz-se a pessoa humana a um mero *representante da espécie*. Quando se deseja que o meio ambiente deva ser protegido porque serve ao homem, urge concluir que é lícito destruir tudo aquilo de que o homem não necessita ou pensa não necessitar. Se se argumentar que não há direitos das gerações futuras, mas sim o direito de perpetuação a partir da presente, excluir-se-ão da titularidade aqueles que são estereis.

## § 20. AS ALTERNATIVAS DA INQUISITIO

### I. O direito penal pensante e o que não pensa

1. O pensamento, definitivamente, vai dar na pergunta ontológica e antropológica. Discorrer sem essa referência de fundo é uma racionalização sem conteúdo pensante. O discurso penal teve momentos de predominante racionalização e outros de autêntico pensamento; seu nível de conteúdo pensante variou de uma maneira notória com o transcurso dos séculos. Sua primeira manifestação posterior ao confisco da vítima ocorreu com a autoridade dos técnicos em direito que pretendiam atualizar o conteúdo do antigo direito romano, conhecidos como *glosadores* ou *práticos*, os quais realizaram uma técnica predominantemente dedutiva de elaboração de textos, da qual se pode dizer que inicia a modernidade jurídica<sup>16</sup>. Seu nome deriva da forma de seu saber, que era a glosa ou breve comentário à margem, opinião de doutores que permaneciam ligados à letra do *corpus*. O método dos *bartolistas* era a leitura literal, a divisão da lei, a localização do caso e a coletânea de opiniões de notáveis a favor ou contra<sup>17</sup>. Dir-se-ia que, *com o exercício metódico desses instrumentos dialéticos, acompanhado por um infinito número de citações de prestígio, invocadas na maioria das vezes arbitrariamente e tanto a favor quanto contra, eles faziam um verdadeiro esforço de estudo para lançar dúvida e confusão no pensamento*<sup>18</sup>. Era evidente que esse método, pretensamente dedutivo e isento de filosofia, não oferecia segurança; no entanto, pelo menos, não se pode negar seu esforço para um pensamento que ele não era capaz de alcançar<sup>19</sup> e que perdurou nos séculos posteriores<sup>20</sup>. Desde os primeiros estudos italianos, transformados em univer-

<sup>16</sup> Cf. Pereira dos Santos, Gérson, Do passado ao futuro, p. 17; Luisi, Luiz, em Filosofia do direito, pp. 77 ss.; Morillas Cueva, Lorenzo, Metodología y ciencia penal, p. 13.

<sup>17</sup> A respeito da escola dos glosadores, por todos, de Cervantes, Javier, La tradición jurídica de occidente, pp. 107 ss.

<sup>18</sup> Salvioi, Giuseppe, Storia del Diritto Italiano, p. 105. Convém lembrar que Bolívar criticava a projeção da arbitrariedade do direito romano na conquista e colonização americanas (cf. Pérez, Luis Carlos, p. 160).

<sup>19</sup> Como é impossível prescindir totalmente da filosofia, é natural que em suas elaborações alguns traços dela sejam perceptíveis, do mesmo modo que, no século XVI, foram descobertas em Covarrubias bases retributivas agostinianas e neotomistas (cf. Schaffstein, Friedrich, La ciencia europea, p. 165).

<sup>20</sup> Acerca dos criminalistas italianos dos séculos XIII e XIV, cf. Salvioi, Giuseppe, p. 686; Pereda, Julián, sobre o mais notório espanhol, em Covarrubias penalista; Daresté, Rodolphe, a respeito dos últimos práticos, em Études d'histoire du Droit, pp. 59 ss.

sidades<sup>21</sup>, o saber jurídico estendeu-se por toda a Europa<sup>22</sup>, mas pelo flanco dessa falha de pensamento introduziu-se a primeira *emergência inquisitiva*, decidida a fortalecer brutalmente a verticalidade, combatendo toda dissidência de consciência como *heresia*, que depois foi derivando para um discurso muito mais amplo e potente, dedicado ao controle da metade da espécie humana (a mulher), imputando-lhe indispensável cumplicidade com o demônio, geradora de uma emergência que punha em perigo a subsistência da espécie. Tal emergência consolidou-se com o *Malleus Maleficarum* (Martelo das Feiticeiras), em 1487, consagrada obra oficial que tornou expressa a intencionalidade do verdadeiro sistema por ela construído, em grande parte com base pretensamente empírica, no qual *pela primeira vez se configurou uma exposição coerente e integrada do direito penal e processual penal com a criminologia e a criminalística*. A partir desta perspectiva, convém lembrar que o *Malleus* é uma obra singularmente moderna, escrita pouco antes do descobrimento da América e contemporânea do humanismo florentino<sup>23</sup>, que antecipa um modelo recorrente nos séculos posteriores.

2. O alto nível da racionalização construtiva do *Malleus* está em relação inversa com seu conteúdo pensante, que se manteve igualmente baixo durante os séculos subsequentes, embora em seu curso esse nível também se tenha deteriorado. Tão-somente no século XVIII produziu-se um crescimento notável, que se manteve durante grande parte do século XIX: foi o período de construção do direito penal liberal, ou seja, do discurso jurídico que impôs limites à *inquisitio*. Não obstante, na segunda metade do século XIX, ao serem superadas as condições sociais que permitiram o notável aumento do conteúdo pensante do direito penal, restaram as agências policiais nitidamente separadas das judiciais e com um poder extraordinário, que sobrepujava amplamente ao das jurídicas; junto com o poder e o saber das agências médicas, chegariam a dominar o discurso penal, provocando uma queda brusca do pensamento. Cabe assinalar que o saber penal não apenas limitou seu conteúdo pensante com racionalizações, como também, com frequência, o evitou ao apelar para as teorias da *verdade dupla*, algumas das quais ainda mantêm certa vigência.

<sup>21</sup> Cf. Veríssimo Serrão, Joaquim, em História das Universidades, pp. 9 ss.

<sup>22</sup> Sobre a influência de Bolonha e Pádua nos primeiros juristas alemães, em Rüping, H., Grundriss, p. 33; a respeito da evolução da doutrina dos glosadores, dos comentaristas e dos práticos, bem como da importância das universidades italianas, em especial a de Bolonha, cf. Salvioi, Giuseppe, pp. 109 ss.; Piano Mortari, V., Dogmatica e interpretazione, pp. 13 ss.; Campa, Riccardo, La università di Bologna y el debate de la razón; particularmente, a respeito do método e de seu ensino, cf. García Garrido, Manuel J. e Eugénio, Francisco, Estudios de Derecho y formación de juristas, pp. 56 ss.

<sup>23</sup> Cf. Eco, Umberto, Cinco escritos morales, p. 129.

3. É indispensável assinalar que ao longo desses séculos perpetuou-se uma determinada tendência à *glosa* e que, mesmo no momento presente, se verifica um *bartolismo* tardio, o qual, sem corresponder a qualquer ideia superior, urde seu discurso em meio a elementos heterogêneos e aleatórios, com a mesma técnica de sustentação de opiniões dispares, sem que uma tenha mais fundamento do que a outra. São ilusões de pensamento não sistematizáveis e, por conseguinte, resistem ao tratamento analítico. É um *não-pensar decadente* que, ao contrário do *não-pensar* inquisitorial, não racionaliza sem pensamento, mas só para não pensar. O baixo conteúdo pensante do saber penal foi motivado pela racionalização, da *inquisitio* ou pela do esforço para não pensar, e alcançou os mais altos níveis pensantes com o esforço liberal devido à limitação da *inquisitio*. O conteúdo pensante sublinha o grau de fundamento antropológico do discurso, com a consequente autopercepção do autor. A *inquisitio* degrada (*coisifica*) não só a imagem antropológica da pessoa convocada como também a do próprio inquisidor. Como falsa fuga em face desse dilema férreo, a *inquisitio* escolhe a *discriminação biológica* (que inaugurou ao asseverar a inferioridade biológica de metade da espécie humana), com o que o inquisidor, como consequência ineludível de seu saber senhorial, hierarquiza, rasgando a imagem antropológica.

## II. A fundação inquisitória do discurso: o *Malleus*

1. O discurso legitimador do poder punitivo, como confisco do direito das vítimas, expressou-se pela primeira vez, conforme já se disse, de uma maneira sistemática e com alto nível de racionalização teórica em uma obra que recolhia a experiência punitiva dos séculos anteriores: o *Malleus Maleficarum* ou Martelo das Feiticeiras, de 1487<sup>24</sup>, escrito pelos inquisidores Heinrich Kraemer e James Sprenger<sup>25</sup>. Seu grau de sofisticação racionalizante é bem superior àquele alcançado pelos glosadores. O ciclópico esforço teórico de ambos os inquisidores era dirigido contra a *bruxaria* e seu nível de elaboração superou grandemente o de outras obras anteriores, que centravam seu objetivo nos hereges<sup>26</sup>. O livro foi coroado por um êxito editorial sem precedentes nos primeiros

<sup>24</sup> Existem diversas traduções do *Malleus*, de Kraemer e Sprenger: a castelhana de Miguel Jiménez Montescrín; a inglesa de Montague Summers; a portuguesa de Paulo Fróes (O Martelo das Feiticeiras, Rio, 1991, ed. Rosa dos Ventos); a italiana de Buia-Caetani - Castelli - La Via - Mori - Perella e a alemã de J. W. R. Schmidt.

<sup>25</sup> Eram dois dominicanos fanáticos, intolerantes para com infrações aos votos de celibato, e devotos de Maria, que teria aparecido para Sprenger (cf. Honnegger, Claudia, *Die Hexen der Neuzeit*, p. 71).

<sup>26</sup> Talvez os mais importantes sejam os de Bernard Gui (1262-1331), *Manuale dell'inquisitore* e o de Nicolau Eymerich (1376), reelaborado por Francisco de la Peña em 1578, *Il manuale dell'inquisitore*.

anos da imprensa<sup>27</sup>. O *Malleus* é a obra teórica fundacional do discurso legitimador do poder punitivo na etapa de sua consolidação definitiva, pois constituiu o primeiro modelo integrado de criminologia e criminalística com direito penal e processual penal. Pode-se afirmar que é a primeira grande obra sistemática de direito penal integrado em um complexo interdisciplinar de enciclopédia ou ciência total do direito penal<sup>28</sup>. A esse respeito, adverte-se tanto a) para o esquecimento em que caiu e a escassa atenção que os juristas e historiadores do direito penal lhe dispensaram quanto b) para sua extremada misoginia e antifeminismo.

2. a) É explicável que praticamente se tenha passado por alto sobre a obra realmente fundacional do discurso de legitimação do poder punitivo moderno, porque nenhum grupo profissional quer reconhecer os aspectos obscuros de sua atividade nem a respectiva origem genocida. O saber jurídico-penal moderno – que reivindica para si a legitimação de um poder ao qual atribui os objetivos mais sublimes – não pode mostrar, como obra fundacional, um trabalho que postula e legitima as crueldades e as racionaliza com argumentos baseados em disparates finissimamente veiculados. b) A misoginia e o antifeminismo exigem uma análise mais profunda. A baixíssima carga pensante da *inquisitio* degrada a imagem humana da qual o próprio inquisidor participa. Daí que o único caminho que lhe resta seja formular um discurso de discriminação biológica, para salvar sua imagem da degradação à qual submete seu respectivo discurso, sem contar com o fato de que qualquer conhecimento adquirido pela *inquisitio* – como saber de *dominus* – pressupõe que o inquisidor se coloque em um nível superior ao ente que questiona. Trata-se de uma *visão policial do saber* que

<sup>27</sup> A obra de Hansen, Joseph, *Quellen und Untersuchungen*, pp. 360-408, contém minuciosa bibliografia das edições do *Malleus*: até 1520, este havia sido impresso treze vezes e de 1574 a 1669, mais de dezesseis vezes; na Alemanha, dezesseis edições, na França, onze, na Itália, duas.

<sup>28</sup> Há referências ao mesmo em obras de todas as épocas e especificamente naquelas que tratam da Inquisição, tais como nas de Nathan Bravo, Elia, *Territorios del mal*; Hansen, Joseph, *Zauberauahn*, *Inquisition und Hexenprozesse*, pp. 473 ss; König, Emil, *Ausgeburten des Menschenwahns*, p. 68; Bader, Guido, *Die Hexenprozesse in der Schweiz*, p. 27; Spielmann, Karl Heinz, *Die Hexenprozesse in Kurhessen*, p. 18; Riczler, Sigmund, *Geschichte der Hexenprozesse in Bayern*, pp. 82 ss; Teichmann, Eduard, *Renaissance und Hexenwahn*, p. 36; Van der Vekené, E., *Bibliographie der Inquisition*; Pagano (h.), José León, *Aproximación*, pp. 137 ss; Hammes, Manfred, *Hexenwahn und Hexenprozesse*, p. 50; Lautenbauer, Siegfried, *Hexerei und Zaubereideliikt*, p. 61; Cyriax, Oliver, *Diccionario del crimen*, pp. 110-111; Kunstmann, Hartmut, *Zauberauahn und Hexenprozesse in Nürnberg*, p. 9; Schwage, Johann Moriz, *Versuch einer Geschichte der Hexenprozesse*; Diefenbach, Johann, *Der Hexenwahn*, p. 222; Mezbacher, Friedrich, *Die Hexenprozesse in Franken*, p. 24; Döbler, Hansferdinand, *Hexenwahn*, p. 148; Hecht, Ingeborg, *In tausend Teufels Namen*, p. 21; Honnegger, Claudia, *Die Hexen der Neuzeit*, pp. 70 ss; Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 87; Leithäuser, Joachim G., *Das neue Buch von Aberglauben*, p. 32.

mais tarde se converterá em *visão policial da história*: deve-se perguntar sempre pela causa do mal e esta se acha em um grupo conspirador. É a *causalidade diabólica*, que depois se laicizará e criará as teorias conspiratórias da história e dos males sociais<sup>29</sup>. O *Malleus* foi elaborado sobre a emergência que impunha a necessidade de combater o complô do diabo com as mulheres, do que resultava uma racionalização do poder destinada a controlar a mulher com brutalidade: os atos de *bruxaria* (o mal) eram justificados pela *inferioridade genética* na mulher, estigmatizada por meio de pomposas citações e adjetivos difamatórios. Tudo se devia ao fato de que a mulher foi feita de uma costela que, sendo curva, se contrapõe à postura vertical própria do homem, isto é, implica um defeito genético. Tal curvatura lhe dava *menos fé*, era mais fraca que o homem na fé, mais capaz de ofender o Criador, o que se reafirmava por meio de uma imprecisada etimologia – derivando *femina* de *fe* e *minus*<sup>30</sup>.

3. Convém perguntar por que o primeiro esforço teórico de legitimação do poder punitivo teve por objeto a repressão da mulher. Há várias hipóteses particulares nesse sentido e todas são discutíveis<sup>31</sup>, mas o indiscutível é que o poder punitivo precisava controlar a mulher porquanto via nela uma ameaça para sua consolidação. O poder punitivo moderno confiscou a vítima; no entanto, para ser consolidado teve necessidade de submeter a mulher e inferiorizá-la até conseguir a introjeção desta e de seu consoante comportamento. Como parte de um exercício de poder e saber de amo (*dominus*), consolidou-se na baixa Idade Média mediante a discriminação e repressão da metade da espécie humana. *Entre o confisco da vítima e a submissão da mulher como ser inferior, existe uma claríssima coetaneidade, ou seja, trata-se de fenômenos de poder sincrônicos*. É difícil saber em que consistia a ameaça neutralizada pelo poder punitivo com a brutal repressão da mulher quando de seu surgimento. Por alguma razão esse poder achava a mulher menos disposta a aceitar a falácia do confisco da vítima e mais apta para denunciar que por trás dela existia um puro ato de poder corporativo e verticalizador da sociedade. Provavelmente não haverá uma explicação única, mas talvez se possa mencionar uma raiz comum a várias causas particularizadas. A *inquisição* não foi uma mera mudança na questão penal, mas, ao empolgar todo o saber, implicou uma profunda transformação cultural que começou pelas elites, com a aspiração de abarcar toda a sociedade. Na baixa Idade Média a

<sup>29</sup> Poliakov, León, *La causalidad diabólica*, p. 9.

<sup>30</sup> Na realidade, o termo *feminino* provém da raiz sânscrita *dhet(i)*, amamentar (Roberts, Edward e Pastor, Bárbara, p. 42).

<sup>31</sup> Relacionou-se isso com a obsessão pelo controle da natalidade, praticado pelas mulheres sábias (Heinsohn, Gunnar e Steiger, Otto, *Die Vernichtung der weisen Frauen*, pp. 112-113), assim como com a participação no *sabbat* ou com a orgia que destruíra a ordem ética e racional que começava a impor-se (Mutillo, Susana, *El discurso de Foucault*, p. 170). Discorreu igualmente sobre a ideologia antifeminista do *Malleus*, Birkhan, Ingviid, em Grabner, Haider, Weinberger e Weinke, *Fanatismus und Massenwahn*, pp. 99 ss.

cultura pagã sobrevivia em toda a Europa e as elites não estavam nem sequer aculturadas por completo. A mulher é a transmissora genética de cultura e, portanto, se se quisesse romper com a cultura anterior e impor uma nova, dever-se-ia colocar na mulher a marca controladora.

4. O *Malleus* contém três teorias perfeitamente integradas: a *criminológica*, a *penal* e *penológica*, e a *processual penal* e *criminalística*. A *criminologia* do *Malleus*, que abrange sua primeira parte dividida em dezoito itens, é um discurso que legitima o poder inquisitório ao comprovar a existência das bruxas, a gravidade do crime *hediondo* e sua pluricausalidade (o diabo, a bruxa e a permissão de Deus). Como qualquer discurso legitimador do poder punitivo, começa mostrando o mal que lhe dá azo, assinalando como ele se amplia perigosamente e o quanto é necessário detê-lo para evitar que a humanidade sucumba. O poder punitivo sempre desqualifica e estigmatiza quem se atreve a pôr em dúvida o mal que lhe serve de pretexto ou sua respectiva gravidade. O *Malleus*, como discurso fundacional do poder punitivo moderno, começa considerando hereges aqueles que duvidam do poder das bruxas (porque desse modo também põem em dúvida o poder dos inquisidores autores do *Malleus*). Quanto à gravidade do crime *hediondo* (bruxaria), concluem, mediante um complicado argumento, ser ele mais grave que o pecado de Adão. Ali se inaugura também a *criminologia etiológica plurifatorial*: para poder responsabilizar as bruxas era impossível admitir uma explicação monocausal, já que o crime hediondo não poderia ser atribuído exclusivamente às bruxas (porque, assim, seria posto em dúvida o poder de Deus) nem aos astros ou às ervas (porque não haveria responsabilidade das bruxas) nem tampouco ao diabo (porque as bruxas não seriam responsáveis e o poder diabólico seria superior ao divino). Por esses motivos se explica, detalhadamente, uma complicada etiologia do delito, em que o diabo difunde o mal atingindo as pessoas mais fracas ou inferiores (as mulheres), mas agindo com a permissão de Deus (cujos desígnios são sempre inescrutáveis). Essa complexa arquitetura intelectual deve refutar também a possibilidade da existência de seres humanos engendrados pelo demônio, em que pese a cópula dos demônios com as bruxas. Para isto provam que o diabo pode portar sêmen, mas não produzi-lo. Daí rechaçar-se uma *bruxaria nata* (ou predestinação congênita para a bruxaria), o que igualmente impediria a responsabilidade da feiteira. Eis que assim se enuncia a teoria da degeneração como antônimo da futura eugenia: o diabo, com sua ciência, seleciona o sêmen que recolhe e a bruxa que insemina, para engravidar as pessoas vulneráveis a seus fins.

5. Na teoria criminológica do *Malleus* existem elementos que até o presente momento se acham no discurso criminológico, com pequenas diferenças: a) desqualificação de quem põe em dúvida a ameaça que implica o delito, o aumento de sua quantidade e gravidade; b) a inferioridade dos delinquentes e a consequente superioridade do inquisidor; c) o repúdio pela predestinação para o delito: a inferioridade

deve estar acompanhada de uma decisão voluntária que propicie a base para a responsabilidade; d) a inferioridade da mulher e das minorias sexuais; e) a caracterização do delito como signo de inferioridade; f) a combinação multifatorial de causas do delito de modo que permita responsabilizar o infrator.

6. Quanto ao direito penal, o *Malleus* apresenta uma versão tão extrema da de autor que não faz distinção entre uma teoria do delito e uma teoria do autor: dedica sua segunda parte à explicação dos diversos modos de agir das bruxas, embora não se trate de uma parte especial, mas sim de uma descrição da forma como o mal atua para orientar aqueles que deverão reconhecê-lo. Eis a última lógica de todo direito penal de periculosidade, que será reeditada no século XX com o projeto Krylenko. É interessante dizer que tal descrição se inicia pondo em evidência alguma coisa que depois passará a ser um elemento tácito ou implícito do discurso: a *indenidade daqueles que exercem o poder punitivo*, razão por que afirmam que contra eles o maligno nada pode fazer e, por conseguinte, nem tampouco seus agentes, que são as bruxas. Isso deixa os inquisidores (e autores do livro) imunes ao mal, fato que será observado estritamente ao longo de toda a história da criminologia até a segunda metade do século XX. Uma vez proclamada a isenção de toda suspeita sobre os próprios inquisidores (criminólogos e penalistas), estes explicam minuciosamente os procedimentos das bruxas: como elas se iniciam e como compactuam com o maligno, como são transportadas e como copulam, como se valem dos sacramentos, como impedem a função procriadora e conseguem neutralizar a potência masculina, como convertem os homens em animais e provocam doenças, epidemias, suplicios, catástrofes, como matam crianças e as oferecem ao diabo. Trata-se de um tipo de parte especial exemplificador, mas em absoluto de um catálogo: o direito penal de autor só se ocupa dos signos de uma inferioridade e, portanto, sua coerência o obriga a deixar o livro sempre aberto. No *Malleus* o conjunto de signos é tão amplo que praticamente não há nenhuma conduta que não seja considerada suspeita. A manipulação dessa teoria, como instrumento para fortalecer o poder da corporação inquisitorial, manifesta-se quando ataca os senhores que protegem os adivinhos.

7. A semelhante teoria do autor (ou do delito) sucede-se um processo que não requer acusador, mas apenas um tribunal investigador. A tortura é interpretada de modo que o processo não tenha escapatória: se a bruxa admitia seus atos, urgia igualmente torturá-la para que delatasse seus cúmplices. Se ela não confessasse, mesmo sob tortura, isso seria uma prova de que tinha pacto com o maligno, razão por que resistia à dor. A bruxa devia identificar seus inimigos mortais antes do julgamento, a fim de que o tribunal pudesse convocar qualquer pessoa para testemunhar, e se esta não fosse mencionada antes, não poderia ser

ressalvada pela bruxa. Eis uma constante para um direito penal que identifica signos e sintomas: agir com amplíssima liberdade ao procurá-los, e quanto mais signos achar, maior pena (remédio) será imposta. O mal se encontra no maligno e em seu cúmplice indispensável – a mulher. As adúlteras, as libertinas e as concubinas dos poderosos eram as mais perigosas. Procurava-se mais criar um enorme estereótipo normativo do que selecionar qualquer uma, sem que ela tivesse algum direito de defesa. Parece impossível ignorar que essa é a última aspiração de todo ideólogo do estado de polícia. Em síntese: o *Malleus* expressa *as constantes de qualquer teoria de defesa social ilimitada*.

### III. A “defesa social” limitada ou versão fundacional do direito penal liberal

1. O *Malleus* revela o alto nível de elaboração que acompanha a penosa decadência do conteúdo pensante do discurso de legitimação de um poder punitivo ilimitado. Enquanto o poder punitivo não sofria nenhuma limitação – além do resultado das disputas entre aqueles que o exerciam – não se concebia uma mudança profunda do discurso penal. Seus efeitos foram devastadores e de insólita crueldade<sup>32</sup>, não atenuados em função de nenhum cálculo numérico arbitrário<sup>33</sup>. O nível do pensamento não cresceu até o surgimento das condições históricas que possibilitariam limitar o poder punitivo, quando o discurso limitador tomou-se politicamente viável e, sobretudo, aceito, pois até então a vida de quem tentava um discurso alternativo e limitador corria perigo. Aquele que criticava a tortura ou a pena de morte não fazia outra coisa senão assinar sua própria sentença, embora não se possa ignorar a existência de críticos bastante heroicos que, em grande parte, anteciparam importantes argumentos liberais.

2. Pode ser considerada decisiva a investigação de Christian Thomasius, quem desnudou publicamente a vacuidade pensante do *Malleus* em sua famosa tese defendida a 12 de novembro de 1701 e publicada, na tradução alemã de Johann Reichen, em Marburgo, em 1704<sup>34</sup>, a partir da qual se inicia a decadência do pensamento

<sup>32</sup> Sobre caça às bruxas e os respectivos processos, além da bibliografia citada, Lorene, Sönke, *Aktenversendung und Hexenprozesse*, pp. 101 ss; Rüping, *Grundriss*, p. 49; Radbruch, Gustavo e Gwinner, Enrique, *Historia*, p. 177; Tamburini, Pietro, *Storia generale della inquisizione*; Byloff, Fritz, *Das Verbrechen der Zauberei*; Stebel, Heinz-Jürgen, *Die Osnabrücker Hexenprozesse*; Hansen Joseph, *Quellen und Untersuchungen*, pp. 38 a 359, que contém a mais detalhada compilação de leis de caça às bruxas sancionadas entre 1270 e 1540.

<sup>33</sup> Uma acertada crítica a tais procedimentos na *Introduzione* de Valerio Evangelisti ao Manual de Eymereich, op. cit.

<sup>34</sup> Thomasius, Christian, *Über die Hexenprozesse*.

defensor do delito de bruxaria<sup>35</sup>; não obstante, Thomasius teve ilustres antecessores, entre os quais o mais profundo foi o jesuíta Friedrich von Spee von Lengenfeld (1591-1635)<sup>36</sup>, que antecipou seus argumentos e, inclusive, em certa medida, pode ser considerado o ascendente mais distante de Beccaria. Spee havia sido designado confessor das vítimas da Inquisição, mas sua obra não obteve eco em sua época<sup>37</sup> e ele deve ter sido obrigado a publicá-la anonimamente em 1631<sup>38</sup>, bem como seu nome foi resgatado muito tempo depois, graças a Leibnitz<sup>39</sup>. Parece que em seus argumentos, Spee seguiu a linha traçada por outro jesuíta, Paul Layman (1575-1635), em sua *Teologia Moral*<sup>40</sup>. Costuma-se assinalar também que, em 1563, o Dr. Jophannes Wier (ou Weyer) (1516-1588), de Düsseldorf, publicou, em Basileia, o primeiro livro contra o *Malleus*, que teve seis edições latinas durante a vida do autor<sup>41</sup>.

3. Uma constante histórica do estado de polícia consistiu em criminalizar a deslegitimação de seu poder. E se hoje aqueles que o deslegitimam discursivamente não são eliminados, deve-se à limitação imposta pelo estado de direito ao de polícia, e não à ter este último abandonado sua lógica de extermínio; sem poder suficiente para realizá-la, na pulsão do estado de polícia não recalcada pelo estado de direito o poder punitivo revela seu verdadeiro rosto exterminador. Por isso, o espaço para o pensamento penal mal se abriu com a revolução industrial no século XVIII, de vez que esta criou uma contradição sob cujo amparo surgiu uma classe social em ascensão e ativamente interessada em limitar o poder punitivo exercido pela nobreza, contra a qual lutava pela posição hegemônica. A disputa entre industriais em ascensão e nobres na decadência propiciou o espaço para a elevação do nível do pensamento penal, ao propor um discurso jurídico limitador, que constituiu a versão fundacional do direito penal liberal.

4. A revolução industrial foi fruto de processo que teve como precedente indispensável a revolução mercantil (século XV), com as respectivas concentração e verticalização de poder e a colonização da América e África, continen-

tes que proporcionaram as matérias-primas e os meios de pagamento. Como consequência da revolução industrial produziu-se: a) a passagem da forma de produção servil para a industrial; b) a perda de poder da nobreza e a ascensão da burguesia industrial; c) a concentração urbana de atividades econômicas e da população; d) a transferência da hegemonia europeia (da Espanha e de Portugal na direção do centro e do norte da Europa, especialmente para Holanda e Inglaterra); e) uma nova forma de complementação do centro de poder mundial com sua periferia, que exigiu uma tecnologia periférica maior, fez desaparecer a escravidão (baixa tecnologia), expandiu as áreas colonizadas e abriu mercados periféricos (do colonialismo se passou para o neocolonialismo); f) a aceleração do saber técnico-científico. Na Europa, a ruptura da relação de serviço/proteção entre servos e nobres e a racionalização da produção agrícola e pecuária impeliram para as cidades grandes contingentes de camponeses empobrecidos, que não podiam inserir-se laborativamente, devido à sua baixa produtividade e à escassez de capital. A oferta de trabalho superava a demanda e o capital se acumulava com atraso no tocante à concentração populacional. Esse descompasso criou um novo problema: o aparecimento da marginalidade urbana como classe perigosa, obrigada a conviver no exíguo espaço geográfico das cidades. Contra ela não foi efetivo o poder punitivo exemplificante e evidenciou-se o precaríssimo poder negativo do sistema penal, inaugurando-se assim um período de esplendor na exploração de seu extraordinário poder positivo ou configurador (de vigilância), com a criação das polícias, inspiradas basicamente na polícia borbônica (verticalizada, militarizada, hierarquizada e centralizada), pois o modelo norte-americano de polícia (descentralizada, municipal, com funcionários selecionados) não servia para esses fins. As polícias começaram a cumprir sua incumbência enfrentando as *classes perigosas* (que viviam de pequenos delitos) – com as quais, eventualmente, mantinham uma relação simbiótica – e os dissidentes políticos (sindicalistas, socialistas e anarquistas).

5. Tal processo – que se desenvolveu desde a segunda metade do século XVIII até fins do XIX – consagrou a prisão como quase única pena. As pessoas molestas não podiam ser eliminadas por meio da pena de morte (não cometiam atos muito graves), as pestes se reduziam, a população aumentava, as possibilidades de deportação se limitavam com a perda de colônias ou com o enriquecimento de seus habitantes. Generalizou-se, dentro desse quadro, o uso da prisão e do manicômio como instituições de fiscalização ou de sequestro. A prisão urbana conseguiu manter uma convivência forçada de guardas e presos, segundo um acordo respeitoso de hierarquias, mas suscitou um alto índice de mortalidade e morbidez. Ela se encheu de presos preventivos, fortaleceu seu efeito multiplicador e consagrou o comércio interno de tóxicos como fonte de recursos (no século XIX, a do fumo e do álcool).

<sup>35</sup> Sobre Thomasius, Jerouschek, Günter, em ZStW, 1998, p. 658; Rüping, em ZStW, 1997, p. 381; Cattaneo, Mario A., em *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, p. 131; Hepp, Heinrich, *Soldan's Geschichte der Hexenprozesse*, I, p. 244; Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 439.

<sup>36</sup> Acerca de Spee e sua obra, cf. Jerouschek, Günter, em ZStW, 1996, p. 243; Döbler Hansferdinand, *Hexenwahn*, p. 263; Hecht, Ingborg, *In tausend Teufels Namen*, p. 104; Heinsohn, Gunnar e Steiger, Otto, *Die Vernichtung der weisen Frauen*, p. 130; Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 271.

<sup>37</sup> Cf. Geilen, Heinz Peter, *Die Auswirkungen der Cautio Criminalis*.

<sup>38</sup> *Cautio Criminalis*. Ampla bibliografia sobre Spee, pp. VIII e IX.

<sup>39</sup> Cf. Hepp, Heinrich, *Soldan's Geschichte*, II, p. 188.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Cf. Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 117.

6. A defesa social ilimitada, que se justificava com a imponente racionalização argumentativa do *Malleus*, correspondia a uma concepção da sociedade como *organismo*. Não se discutia o exercício do poder porque se supunha ser ele *natural*, ou seja, *naturalizava-se* a superioridade dos inquisidores e sua imunidade ao mal. Como a classe industrial em ascensão precisava limitar o poder da nobreza para controlá-la e, depois, deslocá-la em seu discurso, valeu-se do contrato como modelo de sociedade<sup>42</sup>. A um modelo social *natural* (organicista) opôs-se um modelo *artificial* (contratualista) e, por conseguinte, eminentemente modificável. O paradigma do organismo foi substituído pelo do contrato, de modo que todos tiveram de discutir sobre o assunto no quadro desse novo paradigma, inclusive os defensores do absolutismo, assim como os do socialismo e do anarquismo. A ideia do contrato social não foi um mero recurso liberal, mas o *paradigma da disputa política no espaço aberto pela revolução industrial*.

7. Dentro deste espaço teve lugar a primeira grande divisão entre duas vertentes: a) a dos que consideraram que o estado anterior ao contrato social (*estado natural*) era um *estado de guerra*, no qual imperava a força e não havia direitos (razão por que o contrato foi firmado para deter a guerra e criar os direitos) e b) a dos que asseveravam que era um *estado de paz e de exercício* natural dos direitos, firmando-se o contrato só para reassegurar e melhorar seu exercício. A primeira, absolutista, negava o direito de resistir à opressão, diante da superioridade de qualquer ditadura frente ao caos onde os direitos naufragavam (Hobbes, Kant), embora dela se nutrissem os argumentos de algum autor que postulou seu cancelamento anarquista (Stirner), a partir do momento em que o contrato não conseguiu suprimir a guerra. A segunda, liberal (Locke, Feuerbach), reconhecia o direito de resistência civil à opressão, no caso de afronta aos direitos anteriores ao contrato. No entanto, também por causa dessa vertente, destacou-se quem observava que o contrato havia sido desvirtuado, destruindo a primeira paridade, tornando-se necessário cancelá-lo e firmar um outro em uma base igualitária (Marat), assim como aquele que, ao examinar mais ou menos a mesma coisa, negava a possibilidade de um novo contrato equânime e propunha o respectivo cancelamento anarquista (Goldwin). Já no âmbito penal, enquanto o paradigma organicista havia emprestado seu discurso de legitimação à *coerção direta policial ou administrativa (o poder punitivo como coerção direta destinada a deter a ameaça de morte do organismo)*, o paradigma do contrato optou por *pedi-lo à coerção reparadora (obrigação civil que tem como fonte o contrato), em função de uma retribuição cuja maior dificuldade consistia no fato de não se impor em favor da vítima*.

<sup>42</sup> Sobre essa figura jurídica e sua projetada transcendência na ordem social, cf. Costa-Pietro, *Il progetto giuridico*, p. 225 ss.

#### IV. Os posicionamentos no pensamento inglês: Hobbes e Locke

1. O último grande defensor do absolutismo inglês, Thomas Hobbes (1588-1679), viu-se obrigado a diminuir a lide contratualista para disputar dentro desse paradigma. O recurso de que se valeu em defesa do absolutismo foi o do *estado da natureza*, concebido como *bellum omnium contra omnes*, combate que somente cessava por meio de acordo no qual os homens depositavam seu poder na pessoa do soberano, encarregado de impor a paz mediante uma clara e precisa definição do proibido (*nullum crimen sine lege*). O direito à resistência era inadmissível por causa do retrocesso ao *bellum omnium contra omnes*. A lei devia ser sempre inexorável porque, em caso contrário, também se rompia o contrato<sup>43</sup>.

2. Com Guilherme de Orange regressou à Inglaterra John Locke (1632-1704), o grande contratualista da burguesia inglesa e ideólogo do parlamentarismo, para quem o poder punitivo ocupava um lugar central, ao ponto de, através dele, definir o poder político, como quando respondeu a Hobbes que o estado de natureza não era a guerra, mas sim um estado de completa liberdade para dispor do próprio segundo a lei natural. O estado de guerra é declarado pelo infrator, que assim se converte num inimigo da humanidade. A pena corresponde à lei natural porque é resultado do *direito que todo homem tem de defender a humanidade*. A defesa da espécie humana, na qual Locke baseava a legitimidade do poder punitivo, também apelava para a *confusão entre pena e medida policial ou coerção direta*, que continuará se reiterando em todos os esforços legitimadores e, ao mesmo tempo, abrindo o caminho para um direito penal sintomático e *perigosista*, com a dualidade que caracterizou ideologicamente todo o direito liberal fundacional e que foi o germe de sua posterior dissolução: *pela lei fundamental da natureza, o homem deve ser defendido o máximo possível; quando for impossível salvá-lo completamente, deve dar-se preferência à salvação do inocente, e pode-se destruir um homem que trava guerra conosco ou que manifestou ódio por nós, pela mesma razão que podemos matar um lobo ou um leão. Essa classe de homens não se submete à lei comum da razão nem tem outra regra senão a da força e da violência; por isso, eles podem ser tratados como feras, isto é, como criaturas perigosas e daninhas que certamente acabarão conosco se cairmos em seu poder*<sup>44</sup>.

3. Em que pese Locke não ter inventado o estado de natureza, o contratualismo social, a admissão de direitos anteriores a seu reconhecimento

<sup>43</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*.

<sup>44</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*.



positivo nem o direito de resistência à opressão, sua originalidade se centra na articulação combinatória desses elementos, como discurso sustentador do parlamentarismo e do poder industrial em ascensão e, sobretudo, no modo que nessa argumentação atuam não apenas componentes legitimadores como também os germes da futura decadência do pensamento penal. Como legitimação do poder punitivo apelou para o direito de defesa tantas vezes invocado: neste caso, defesa contra aquele que declarava a guerra rompendo a liberdade implícita no estado de natureza. O pretexto confiscatório consistia em que o direito de defesa, a partir do momento no qual cada homem o transfere para a sociedade pelo contrato, torna-se irrenunciável por esta e, justamente por causa disso, o dano causado pelo delincente não só compete à vítima, como também é fonte de uma obrigação por parte da sociedade, cujo dever de castigar o inimigo é indisponível. Tais elementos se apresentam em quase todos os autores do liberalismo fundacional, para os quais o fim da pena é a defesa social, com o que, embora legitimassem o poder punitivo que havia se consolidado no século XIII, procuravam limitá-lo discursivamente por dedução da própria premissa legitimadora.

4. Não obstante, deve-se reconhecer que o pensar de Locke é de nível mais alto que o de Hobbes: o estado natural de Locke não é a guerra e, portanto, sua defesa social é muito mais limitada. No estado natural de Hobbes não havia direitos, mas selvageria, pois os direitos surgiam apenas como criação do estado civil e qualquer reação contra o mesmo era insuportável, por tratar-se de uma regressão à selvageria com a perda absoluta de todos os direitos. Isso conduz diretamente ao absolutismo: por pior que seja um *estado civil*, será sempre melhor que a selvageria. Basta trocar *estado civil* por *civilização*, e *guerra por selvageria*, para se chegar ao racismo de Spencer. Hobbes – convém lembrar – situava seu *estado de guerra* na América<sup>45</sup>. O mérito de Locke consistiu no fato de ter invertido a proposta absolutista de Hobbes: *o estado de natureza é de liberdade* (há direitos neste estado) e *o estado civil* só faz facilitar ou remover os inconvenientes de seu exercício, razão pela qual possuía limites que não podia ultrapassar: a liberdade humana não pode ser violentada pelo artifício (contrato) criado para facilitá-la. O que esse discurso não percebeu – nem os que até hoje seguem sua trilha – foi que *o poder punitivo sempre limita a liberdade e, ao legitimá-lo, não se faz outra coisa senão semear o germe da destruição dos limites que traça*. Eis a grande contradição do liberalismo penal fundacional, que propiciou a brecha por onde penetrou todo o autoritarismo que o demoliu nos últimos cento e cinquenta anos. Essa história ensina que a legitimação do poder punitivo é sempre *metastática*.

<sup>45</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, cap. XIII.

## V. O debate na Alemanha: Kant e Feuerbach

1. O contratualismo industrialista da primeira versão liberal ou inglesa passou para o continente europeu e um século mais tarde surgiram autores de trabalhos de grande conteúdo pensante. O século XVIII é conhecido como *século das luzes*, da *ilustração* ou da *razão*. De um modo bem diferente, o empirismo inglês fizera uma combinação com as verdades racionais<sup>46</sup>. O descompasso da Inglaterra e do continente, advindo da prioridade industrial daquela, provocou essa disputa de tendências, que tornou necessário promover o tema da razão a pergunta fulcral sobre o conceito, as possibilidades e qualquer alcance da mesma. O nível mais alto do tratamento da razão foi alcançado com as investigações de Emmanuel Kant, cujas obras fundamentais chamaram-se justamente *críticas* (*Crítica da Razão Pura* e *Crítica da Razão Prática*)<sup>47</sup>, ou seja, *investigações*. A teoria kantiana da pena<sup>48</sup> talvez não seja o mais feliz de seus trabalhos, embora o filósofo de Königsberg tenha tratado várias vezes dela<sup>49</sup>. A partir de Fichte, afirmou-se que, para a teoria kantiana, a pena não é um meio, mas um fim e, em tal sentido, como suposta teoria *absoluta*<sup>50</sup>, opõe-se às chamadas teorias *relativas*. Esse simplismo gera uma confusão centrada em que a expressão de que a pena é um fim em si mesma deve ser entendida ao nível das penas em particular, mas não porque em geral não se concedesse uma função à punição: em caso contrário, a teoria kantiana seria irracional ou dogmática.

2. Kant teve o mérito de assinalar, pela via da razão, que o ser humano devia ser avaliado como um fim em si mesmo e que sua avaliação como meio é contrária à moral (*imperativo categórico*); no entanto, quando após essa premissa tratou da questão da pena, ele se viu diante de um problema que, definitivamente, não tem solução: enquanto a coerção que detém o injusto é justa, a pena posterior, à medida que queira ter algum fim que a transcenda, torna-se

<sup>46</sup> Cf. Cassirer, Ernst, *Filosofia de la Ilustración*.

<sup>47</sup> *Kritik der reinen Vernunft, Kritik der praktischen Vernunft* (Werkaufgabe, t. III e IV).

<sup>48</sup> A bibliografia sobre Kant é imensa; uma ideia até meados do século XX em Faculdades de Filosofia e Teologia, pp.83 ss. Por todos, Cassirer, Ernst, *Kant, vida y doctrina*; Kronenbmerg, M., *Kant Sein Leben und Seine Lehre*; Heidegger, Martin, *Kant y el problema de la metafísica*. Sobre teorias penais em Kant: Cattaneo, Mario, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*; Naucke, Wolfgang, *Kant und das psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*; Costa, Fausto, *El delito y la pena*; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Función y aplicación de la pena*, pp. 79 e 171.

<sup>49</sup> Pelo menos em *Versuch den Begriff der negativen Grössen in die Weltweisheit einzuführen; Kritik der praktischen Vernunft Analytik* (Werkaufgabe, VII, p. 150); *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* (em *Werkaufgabe*, VIII, p. 334 e pp. 452-460), *Über das Misslingen aller philosophischen Versuche in der Theodizee* (Werkaufgabe, XI, p. 197); *Über Pädagogik* (Werkaufgabe, XII, p. 742).

<sup>50</sup> Sobre esse conceito, Eusebi, Luciano, *La funzione della pena: il comiato da Kant e da Hegel*.

imoral, porque usa o ser humano como meio, inclusive no caso de ser ele um recurso para seu próprio melhoramento. Kant não encontrou outra forma de resolver essa inevitável contradição, ao procurar dar à pena o caráter de um meio que garantisse o próprio imperativo categórico: quis demonstrar que, sem a pena, a garantia do ser humano como fim em si mesmo acaba imediatamente. Kant – como todo o pensamento ilustrado – não só se defrontava com o problema de legitimar a pena sem mediatizar o ser humano, como também com a necessidade de pôr um limite ou medida à pena. Pela mesma via dedutiva colocou o limite da pena no talião, o que, por outro lado, era uma obsessão de seu tempo (valendo como exemplos a máquina de chicotear de Bentham ou a guilhotina dos franceses).

3. Se a teoria da pena de Kant se denomina *absoluta* por ser inteiramente dedutiva, sem admitir nenhum dado empírico, será também válida tal denominação para opiniões que admitam que em cada caso particular deve-se retribuir sem se prestar atenção na conveniência ou inconveniência casuística; mas se tal denominação deriva do entendimento de que a própria função punitiva não vai em busca de qualquer objetivo ou finalidade, aquela denominação é falsa porque, para Kant, a lei penal não é menos defensiva social do que para os contratualistas restantes: a pena é um dever do estado civil, a ponto de que neste se deva impor sempre que um delito for cometido; se se resolvesse rescindir o pacto, antes de fazê-lo a pena deveria ser imposta ao último dos delinquentes<sup>51</sup> porque, do contrário, o pacto não seria rescindido e sim rompido por descumprimento. O estado de natureza de Kant era bem semelhante ao de Hobbes: no estado de natureza não havia paz, mas sobretudo porque se tratava de um estado de guerra onde, embora as hostilidades não tivessem sido suspensas, havia a constante ameaça de sê-lo. Como consequência dessa ideia, tal como Hobbes, ele não admitia o direito de resistência à opressão. O imperativo categórico só era possível no estado civil (*bürgerlicher Zustand*) e fora dele não era concebido, porque imperava a guerra ou sua frequente ameaça de caos, a utilização do homem como meio, devido ao desenfreado emprego da força: daí a necessidade da pena, que não mediatizaria o ser humano porque justamente era a única garantia de seu tratamento como humano. Apesar de Kant não só não ter explicado isso claramente, mas também ter tentado por todos os meios evitá-lo, não é difícil admitir que em sua construção a pena tinha uma finalidade, que era a efetivação da vingança, como defesa ou sustentação do estado civil, único em que o imperativo categórico pode ser respeitado. Por isso, a teoria kantiana da pena, longe de ser uma teoria absoluta por concebê-la como fim em si mesma, é a mais radical das teorias da defesa social, de vez que a

<sup>51</sup> Kant, I. *Metaphysik der Sitten* (*Werkaufgabe*, VIII, p. 455).

vingança talional é condição imediata do estado civil, fora do qual o ser humano não seria respeitado como fim em si mesmo. Esta condição era apriorística, ou melhor, não aceitava nenhuma prova empírica em contrário, porquanto se concluía que justamente para isto se constituiu o estado civil, contra o qual não se admitia direito de resistência.

4. Embora seja costume apontar Kant como o fiador do direito penal liberal, ele está muito mais próximo do despotismo ilustrado, que pretendia introduzir reformas no absolutismo e através da autoridade dos déspotas (*tudo pelo povo, tudo para o povo, mas sem o povo*). De qualquer maneira, urge reconhecer o enorme mérito de Kant por ter levado até às últimas consequências a contradição entre o ser humano, como fim em si mesmo, e a pena: aquele exige um conceito personalista ou intrascendente do direito (o direito serve ao ser humano), ao passo que esta pressupõe um conceito transpersonalista ou transcendente do direito (o direito serve à sociedade, à humanidade, ao estado, à classe, à raça etc.). Diante de tal contradição, Kant – através de uma cadeia de deduções – voltou-se para o posicionamento mais extremado: a afirmação de que a vingança talional é condição essencial da paz, deduzida de uma definição essencial da paz, por sua vez deduzida de outra que havia dado anteriormente. Deduziu, como essencial, o que antes considerara essencial. Não se justifica a pretensão de voltar hoje ao retribucionismo, como forma de sair do atoleiro, ante o fracasso das outras teorias da pena<sup>52</sup>; as teorias com tal itinerário apenas se atolariam ainda mais.

5. Na mesma corrente criticista de Kant, o seguidor da linha de Locke na Alemanha e, por conseguinte, mais merecidamente considerado avalista do liberalismo penal é Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833). Para este filósofo e penalista bávaro, qualquer que seja a situação externa em que um ser humano se encontre, diante da razão ele continua sendo livre: o homem pode estar na condição de escravo, mas nem por isso deixa de ser livre diante da razão. No estado de natureza sou livre diante da razão tanto quanto o sou na situação da sociedade civil; mas não o sou na realidade porque a liberdade se apoia apenas em minhas forças e não é garantida nem defendida por ninguém, afirmava Feuerbach na obra onde se separava de Kant – e de Hobbes –, precisamente intitulada *Anti-Hobbes* (1797)<sup>53</sup>, na qual sustentava que o ser humano não só tem direitos que preexistem a qualquer pacto ou contrato, como também, mediante sua razão, ele sabe ou pode saber quais são os direitos que a condição natural não lhe garante, mas em sua essência tampouco os afeta. Para

<sup>52</sup> Eusebi, Luciano, *La pena in crisi*, p. 67, destaca esse fenômeno como nostalgia de Kant e Hegel.

<sup>53</sup> Feuerbach, J. P. Anselm Ritter von, *Anti-Hobbes*, versão italiana de M. Cattaneo.

Feuerbach, os direitos são naturais, do mesmo modo que em Locke, embora sem necessidade de conceber o estado de natureza como um estado de harmonia<sup>54</sup>. Feuerbach não deixava aberto o caminho para o anarquismo contratualista – que teria sua expressão em Godwin – tal como fazia Locke; contudo, não permitia tampouco que a necessidade de superar o estado de natureza o conduzisse ao absolutismo, como Hobbes propunha abertamente e Kant também, ao negar o direito de resistência<sup>55</sup>.

6. Kant distinguira nitidamente a razão pura ou teórica da razão prática ou de ação (ética), sendo esta última a que lhe permitia conhecer o dever moral (imperativo categórico). Feuerbach, partindo da naturalidade (pre-contratualidade) dos direitos subjetivos, prestou uma importantíssima contribuição ao perceber uma diferença entre a razão prático-moral (que permitia conhecer o dever moral) e a razão prático-jurídica (que pretendia conhecer os direitos). O ser humano, fazendo uso de sua razão, pode reconhecer qual é seu dever moral, assim como qual é o limite de seu direito para agir de modo diverso desse dever, pois do contrário tende a não perceber com clareza a diferença entre a moral e o direito<sup>56</sup>. O mérito de Feuerbach é indiscutível; no âmbito jurídico-penal ele conduziu o pensamento a um nível mais elevado dentro do saber penal e, sem dúvida alguma, tornou-se um de seus maiores expoentes. Nesse campo, elevou-se mais que o próprio Kant, o que é explicável devido à sua grande especialização no saber penal<sup>57</sup>. Sua contribuição para o direito

<sup>54</sup> Sua preocupação com o estado de natureza, expressada muito cedo (*Meissners Monatschrift Apollo*, pp. 197 ss) levou-o a assumir em seus últimos anos de vida a proteção do famoso Kaspar Hauser e escrever arengas em seu favor; cf. Feuerbach, Anselm von, Kaspar Hauser. Detalhes descritivos na novela de Wassermann, Jakob, *O misterioso Kaspar Hauser*.

<sup>55</sup> A obra mais conhecida de Feuerbach, como filósofo do direito penal, é *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1799) e, como prático de penalismo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, cuja primeira edição é de Giessen, 1801, e que chegou a alcançar, até 1847, o número de quatorze; as publicações posteriores à morte do autor constaram das anotações de Mittermaier; para a melhor investigação sobre sua obra, cf. Cattaneo, Mario A., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*. Pertence a seu trabalho legislativo o Código da Baviera, de 1813 (*infra* § 17), além de um projeto inconcluso, que esteve extraviado por muitos anos, mas publicado em 1978 (Schubert, Gernot, *Entwurf zu einem Strafgesetzbuch*).

<sup>56</sup> Evitou, assim, derivar o direito do dever. Cabe observar que, em uma interpretação nazista da Revolução Francesa, afirma-se que o estado prussiano, com base em Fichte e Kant, optou aos direitos dessa Revolução a ideia de deveres como essência do espírito de comunidade (Ihde, Wilhelm, *Wegscheide 1789*, p. 504).E

<sup>57</sup> Sobre Feuerbach, cf. Kipper, Eberhard, *Johann Paul Anselm Feuerbach*; Radbruch, Gustav, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*; Wolf, Erik, *Grosse Rechtsdenker*, pp. 543 ss; Grünhut, Max, em *Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, pp. 15 ss; Baumgarten, Arthur, em *Sch. Z. F. Strafrecht*, pp. 293 ss; Holzhauser, Heinz, *Willensfreiheit und Strafe*; Binding, Karl, em *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, pp. 507 ss

penal liberal consistiu, precisamente, no aprofundamento da distinção entre moral e direito, iniciada por Thomasius, e no aperfeiçoamento da imagem antropológica no saber penal. Apesar de tudo, e em especial dos esforços para explicar e legitimar o poder punitivo, não conseguiu superar a defesa social e muito menos ainda a contradição entre a pena e o imperativo categórico. Feuerbach tentou aprofundar a diferença entre moral e direito, para poder conceber a pena com um fim prático, mas sem que o imperativo categórico o obstasse. Por essa razão, construiu sua teoria da pena como coação psicológica (*psychologische Zwang*), com o que tampouco conseguiu resolver a contradição, ocasião em que foi objeto de inúmeras críticas. Tal teoria é a mais divulgada das teses de Feuerbach – e quase a única que alguns repetem – o que escondeu durante muitos anos a profundidade e o alto nível de pensamento do autor, sobretudo no mundo penal das línguas neolatinas. Por desgraça, tornou-se conhecido – em particular fora da Alemanha – pela menos feliz de suas teorias, precisamente onde sua tentativa se choca com o impossível: a legitimação do poder punitivo. Contudo, valorizando-o na totalidade de seu pensamento, ele foi, sem dúvida alguma, quem conduziu à mais elevada posição o pensar criticista (*investigador das possibilidades e limites da razão*) dentro do saber penal. Seu fracasso com a teoria da pena não é senão o fracasso no que tange à legitimação do poder punitivo, comum a toda versão fundacional do direito penal liberal.

## VI. A defesa social expressa: Romagnosi

1. Giandomenico Romagnosi (1761-1835) foi um pensador liberal que, por via independente, chegou a uma posição que mantém certa semelhança com a teoria da pena como coação psicológica de Feuerbach, e desenvolveu em sua obra mais divulgada (*Gênese do Direito Penal*)<sup>58</sup> a formulação expressa da teoria da defesa social<sup>59</sup>. Para Romagnosi, no estado social a pena deve ser uma força que se oponha ao impulso criminal (*spinta criminale*) como contra-estímulo penal (*contro-spinta penale*), de acordo com uma regra universal de ação e reação<sup>60</sup> no quadro de uma sociedade não deduzida, mas entendida como realidade<sup>61</sup>. Tal teoria apresenta vários obstáculos, porém, de um modo geral, há dois que devem ser destacados: a) a impossibilidade de falar de *defesa* quando cessou e esgotou-se a agressão; a *defesa* é viável quando existe e enquanto subsiste a agressão, mas

<sup>58</sup> Romagnosi, Giandomenico, *Genesi*, Florença, 1834 (5ª ed.), também Milão, 1857.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 76.

<sup>60</sup> Romagnosi, Giandomenico, *Opere edite e inedite*, I, p. 170; sobre a forma "natural" do surgimento da lei, *Ricerche sulla validità*, p. 235.

<sup>61</sup> Romagnosi, *Opere edite e inedite*, I, p. 842.

quando esta cessar já não poderá haver *defesa*, pois ninguém é capaz de defender-se legitimamente da agressão passada (só pode vingar-se); b) a dimensão do dano, como medida da pena (talião), não parece razoável, por ser fortuita e não necessariamente a medida da *contro-spinta penale*<sup>62</sup>.

2. Para transpor o primeiro obstáculo, Romagnosi deu um grande salto: baseou-se no fato de que a sociedade não é uma mera conglomeração de indivíduos, mas sim uma *realidade diferente* que se insere como tal em uma lei universal por ele chamada *da competição*: toda ação exige uma reação, princípio ao qual a lei positiva não pode fugir, como simples expressão dessa cosmovisão de um emaranhado interminável de ações e reações. Isso permitiu-lhe entender que o delito não era apenas agressão a uma pessoa, mas sim – e fundamentalmente – a agressão a uma entidade real e diferente, ou seja, a sociedade, que devia ser defendida em função da lei universal da *competição*<sup>63</sup>. Se a sociedade era uma realidade diferente, a agressão subsistia, mesmo consumada e esgotada a lesão à pessoa; isto estava muito próximo à noção de guerra de Hobbes e de Kant.

3. A segunda objeção será apresentada anos mais tarde, quando se negar a possibilidade de medir o impulso criminal, conforme a dimensão danosa do resultado, que é sempre fortuito<sup>64</sup>. Romagnosi – tal como Kant e todos os racionalistas – procurava uma medida ou um limite, mas sua *contro-spinta penale*, semelhante à *psychologische Zwang* de Feuerbach, não podia encontrar medida no dano inferido. Kant, mais inteligentemente, tratara de embargar o acesso a qualquer dado empírico para manter a medida talional. Sem poder limitar a *contro-spinta*, com o talião baseado no resultado, como consequência lógica Romagnosi deixava em aberto a investigação da medida necessária em cada caso, já não de acordo com o que o delincente fez, mas sim com o que o delincente é<sup>65</sup>. Por esse caminho transitará o positivismo criminológico, provocando a decadência do pensamento e a redução do saber penal a mero discurso policial.

4. Romagnosi e Feuerbach, embora quisessem e sustentassem a necessidade da medida da pena, deixaram livre o caminho para os dados empíricos. A versão fundacional do direito penal liberal, sem conseguir legitimar limitadamente o poder punitivo, foi se deslocando para a legitimação ilimitada. Seus mentores se esforçaram

<sup>62</sup> O próprio Romagnosi legitima o maior rigor para o reincidente, de um modo semelhante ao positivista (*Opere*, I, p. 1017); outro traço antiliberal se encontra na amplitude com a qual ele previu a prisão preventiva em seu *Progetto del Codice di Procedura*, pp. 48 ss.

<sup>63</sup> Caboara, Lorenzo, *La filosofia politica di Romagnosi*. Sobre a ideia de ordem na tradição contratualista, p. 17.

<sup>64</sup> Essa objeção foi formulada por Cattaneo, Carlo, em *Il Politecnico*, VI, 1843, p. 604; a respeito deste autor, Bracalini, Romano, *Cattaneo*.

<sup>65</sup> Belloni, Giulio Andrea, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, p. 36.

e, de fato, obtiveram um altíssimo nível de pensamento no saber penal; no entanto, não podiam evitar a apelação para a guerra, a defesa social e teorias que não se baseavam em dados empíricos, mas que ficavam exigindo esses dados. Encontravam a salvação dos limites unicamente nos subsídios mais indispensáveis: *os direitos naturais* anteriores ao contrato, inalienáveis, motivo pelo qual Feuerbach, com sua *razão prático-jurídica*, aparece como um dos mais importantes momentos do conteúdo pensante do saber penal. Todos, porém, deviam apelar para a defesa social, embora não empregassem esse nome, bem como procurassem não mencionar paragens perigosas para o pensar, com o que deixavam descampados lógicos. *Defesa social e guerra* foram, com estes ou outros nomes, os temas legitimadores pensantes, os quais, por sua natureza, exigem dados de fato. Não convém pôr em dúvida os sinceros e enormes esforços que muitos deles envidaram para não cair na defesa social, como o próprio Feuerbach, que polemizava a esse respeito com Grolman<sup>66</sup>, o antecessor mais direto de Romagnosi; no entanto, embora Kant e Feuerbach quisessem refutar tal conceito, dele não puderam escapar de uma maneira definitiva porque, invariavelmente, *qualquer legitimação do poder punitivo vai desembocar na ideia de guerra ou de defesa social*, como comprova todo o contratualismo, inclusive Rousseau.

## VII. Um novo contrato (socialismo) ou nenhum contrato (anarquismo)

1. O contratualismo foi o paradigma do pensamento que serviu à burguesia industrial em sua luta crescente contra a nobreza hegemônica, paradigma que se desenvolveu no espaço aberto pela disputa entre aquelas classes, mas no qual se pensou, e nem sempre na medida dos respectivos interesses, razão pela qual também mostrou seu potencial perigoso para estes. Um dos caminhos não coincidentes com os da classe então ascendente foi o percorrido pelo revolucionário francês Jean-Paul Marat (1743-1793)<sup>67</sup>, que, apesar de não ser jurista – era médico – apresentou, durante o tempo de seu exílio, um *Plano de Legislação Criminal*<sup>68</sup> para um concurso aberto na Suíça, em 1779, que não agradou à banca examina-

<sup>66</sup> Grolman, Karl von, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*.

<sup>67</sup> A bibliografia sobre Marat é enorme; sua figura foi considerada negativamente pela generalidade dos historiadores tradicionais e conservadores, por todos, Funck Brentano, *Marat ou le mensonge des mots*. Ela foi reivindicada por Jaurès, Jean, em *Historia socialista* (1789-1900); em Buenos Aires, publicou-se a biografia escrita por Barthou, Louis e Walter, Gérard, *Marat*. A bibliografia mais recente sobre Marat reflete uma posição mais comedida a seu respeito; sobre esta evolução e com amplos dados informativos, Coquard, Oliver, *Marat, o amigo do povo*.

<sup>68</sup> Existem várias traduções: em castelhano, *Marat, J.-P., Principios de legislación penal*; em francês, *Plan de législation criminelle* (com notas e introdução de Daniel Hamiche); em alemão, *Plan einer Criminalgesetzgebung*. Há um estudo em russo de Aleksei Adolfovich Gerezenon, *La teoría jurídica penal de Jean-Paul Marat*. A respeito de suas ideias penais, Lohmann, Friedrich, *Jean-Paul Marat und das Strafrecht in der französischen Revolution*.

dora<sup>66</sup>. Nesse *Plano*, Marat formulava uma crítica revolucionária e socialista à pena de talão kantiana, apesar de admitir que a medida talional era a mais justa. Ele aceitava a tese contratualista, afirmando que os homens se reuniram em sociedade para garantir seu direito, mas que a primitiva igualdade social foi negada mediante a violência que exerciam uns sobre os outros, submetendo-os, além de despojá-los da parte que lhes correspondia. Ao longo das gerações, a falta de qualquer freio ao acúmulo das fortunas foi o que fez uns se enriquecerem à custa dos outros e um pequeno número de famílias amealhar riqueza ao mesmo tempo que uma enorme massa humana ficava na indigência, vivendo em terras ocupadas por outros e sem poder assenhorear-se de nada. Perante tal situação, indagava se os indivíduos que só levavam desvantagem eram obrigados a respeitar as leis, ao que respondia negativamente: *não, sem dívida que não. Se a sociedade os abandona, eles voltam ao estado de natureza e quando clamam, através da força, por direitos dos quais não puderam prescindir senão para proporcionarem-se maiores vantagens, toda autoridade que se opuser a isso é tirânica e o juiz que os condenar à morte não passará de um vil assassino*<sup>71</sup>.

2. Marat, ao desenvolver seus princípios, afirmava que o único título de propriedade justo era o do lavrador e negava todos os demais, baseando-se no fato de que nada supérfluo pode pertencer legitimamente a alguém enquanto faltar a outrem o necessário. Convém observar que o germe do pensamento de Marat estava em Rousseau, a quem Kant manifesta grande reconhecimento e que, na famosa nota final ao primeiro volume de seu *Contrato Social* (1762), dizia: *de fato, as leis são sempre úteis para os que possuem alguma coisa e prejudiciais para os que nada têm. De onde se conclui que o estado social não é vantajoso para os homens senão enquanto todos possuírem alguma coisa e nenhum deles tiver demais*. Em que pese não ter a obra de Marat grande profundidade jurídica ou filosófica, seu mérito reside em não legitimar o poder punitivo da sociedade de seu tempo. Quanto ao sistema que propunha uma sociedade justa, suas teses eram análogas às de outros teóricos da época (penas fixas etc.).

3. Diante da disputa de poder em discussão durante o processo do capitalismo industrial emergente, em que basicamente podem ser distinguidas a nobreza, a burguesia ascendente e as massas desvalidas e deslocadas para as cidades, o contratualismo, com Kant (e antes com Hobbes), ofereceu muitos argumentos à medida do despotismo iluminista, isto é, aos setores da nobreza que pretendiam introduzir reformas racionais para evitar a perda da hegemonia social; Feuerbach (e

<sup>66</sup> O prêmio foi outorgado à obra de Globig, Hans Ernst von e Huster, Johann Georg, Globig era conselheiro do reino da Saxônia (cf. Böhrer, Georg Wilhelm, *Literatur des Criminalrechts*, pp. 283 ss).

<sup>70</sup> Marat, J.-P., trad. castelhana, p. 14.

anteriormente Locke) ofereciam discursos mais úteis aos burgueses, pois lhes reconheciam direitos subjetivos naturais, anteriores ao estado e por este intangíveis, além de um direito à resistência desde que tais direitos não fossem respeitados; e, por último, Marat discorria sobre o assunto de uma forma que se adaptasse àqueles que pretendiam uma revolução radical, que conduzisse as massas desvalidas ao poder e instaurasse uma sociedade igualitária. Dessa maneira, o contratualismo forneceu argumentos a três posições políticas bem diversas e incompatíveis: o despotismo ilustrado, a revolução burguesa e a revolução proletária.

4. Da leitura de Locke não surgem muito claras as dificuldades que teriam induzido o homem a deixar o estado de natureza ou, pelo menos, elas não são convincentes. Muito mais forte foi a argumentação de Hobbes, pois para este era necessário sair da guerra e do caos. Menos convincentes parecem ser os argumentos de Feuerbach e os do próprio Rousseau. À medida que se assegura a existência de direitos anteriores ao contrato (naturais) e reconhecidos pela razão, menos se justifica a passagem do estado de natureza para o estado social, e vice-versa; quanto mais tenebrosos sejam os traços com que se descreve o estado natural, mais se justifica e explica a voluntária submissão do homem ao contrato. O paradigma contratualista, bem como a descrição do estado de natureza que ele pressupõe, somado à experiência histórica, provocou também desdobramentos que levaram de uma maneira direta ao desprestígio do contrato social. Por um lado, a comprovação de que a sociedade não havia servido justamente para assegurar o respeito de direitos anteriores ao contrato devia induzir a que alguém pensasse que o poder político realmente dificultava mais que facilitava o respeito a esses direitos e impedia seu reconhecimento racional por parte do homem. Esta foi a tese anarquista-racionalista de William Godwin (1756-1836), defendida sobretudo em sua obra *Enquiry concerning Political Justice* (1793)<sup>71</sup>; se existem direitos naturais, estes não podem realizar-se em uma sociedade artificial, mas sim em uma natural, em que a educação permita a cada homem reconhecer tais direitos mediante o recurso à sua razão. O anarquismo de Godwin é uma espécie de deslegitimação do pacto de Locke e de Feuerbach. Pelo caminho de um racionalismo jusnaturalista também transitou Bakounine: a liberdade do homem consiste em que ele obedeça unicamente às leis naturais, reconhecidas por ele mesmo, e não porque lhe foram impostas externamente por uma vontade estranha, humana ou divina, coletiva ou individual, quaisquer que elas sejam<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Godwin, William, *Investigación acerca de la justicia política*.

<sup>72</sup> Bakounine, Miguel, *Dios y el Estado*, p. 71; observou-se que no pensamento anárquico existe também uma corrente contrária ao jusnaturalismo, na qual se menciona Malatesta, para quem o anarquismo é uma escolha ética (cf. La Torre, Massimo, em *Il diritto e il rovescio*, p. 105).

5. O mais curioso, porém, é que algo similar foi conseguido também por outro caminho: se o estado de natureza era a guerra, na realidade tampouco a história está em condições de expor muitas razões para achar que o pacto social a tenha superado. Nesse sentido, foi um alemão, Johann Gaspar Schmidt, que escreveu sob o pseudônimo *Max Stirner* (1806-1855) o livro *Der Einziger* (O Único), publicado em 1843, que levou ao extremo a proposta de Hobbes (e talvez a de Kant) e, por conseguinte, refutou todo o direito anterior a qualquer contrato e glorificou a guerra, a qual conduziu a um estado de equilíbrio<sup>71</sup>. Embora esse anticontratalismo anárquico – em cujo seio o valor pensante da elaboração de Godwin se apresenta bem superior ao de Stirner – não seja propriamente uma manifestação contratualista, não é menos exato que se trata de uma reação negativa efetuada no âmbito do pensamento criado por esse paradigma, reafirmando a assertiva de que o mesmo não foi elaborado conforme uma classe, mas sim aconteceu em um espaço, rico e politicamente policromático, aberto por ela.

### VIII. O liberalismo sem metáfora: o pensamento norte-americano

1. O pensamento dominante na revolução norte-americana não foi tributário do contratualismo. De um modo geral, ele rechaçou o conceito de Estado que vinha recebendo da Europa, questionando não só os aspectos principais do contratualismo, do individualismo ontológico ao formalismo legal, mas também um conceito de Estado como alguma coisa superior à dimensão humana<sup>72</sup>, o que os teóricos chamaram de *democracia natural* ou *estado débil*. Foi a própria coesão social das colônias norte-americanas que tornou desnecessárias a apelação para a metáfora do contrato e a ficção de um ser humano *pré-estatal*. A revolução norte-americana – ao contrário da francesa – não mudou nem pretendeu mudar uma estrutura social, mas limitou-se a organizar o autogoverno de uma sociedade já estabelecida que não se alterava. Aliás, essa sociedade se integrava nos pequenos proprietários, não conhecia aristocracia nem privilégios feudais, expandia permanentemente sua fronteira geográfica e admitia qualquer culto<sup>73</sup>. A ética protestante e o puritanismo nutriram os valores da convivência colonial norte-americana<sup>74</sup>; os puritanos eram inimigos dos anglicanos e careciam

<sup>71</sup> Stirner, Max, *Der Einzige und sein Eigentum*.

<sup>72</sup> A respeito disso, Melossi, Dario, em *El estado del control social*, pp. 137 ss.

<sup>73</sup> Tocqueville, Alexis de, *A Democracia na América*, Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, p. 95.

<sup>74</sup> Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*.

de estrutura centralizada e hierarquizada. A ideia predominante era que a crescente riqueza aumentaria o bem-estar e dissolveria as contradições sociais.

2. Os norte-americanos não precisaram recorrer a uma imagem metafórica para reformar um contrato, mas vivenciavam a própria existência do mesmo, o que os levou a propor seu asseguramento institucional: enfumaram-se numa questão descuidada na Europa, que era a preservação do contrato diante da mutante vontade das maiorias. Seu *Bill of Rights* foi um instrumento prático de preservação e não uma ideologia que pretendesse universalizar-se como a francesa. Esta foi a base do sistema de *checks and balances* que tomou corpo na sua Constituição. Tratou-se, pois, de um liberalismo que não utilizou o contrato como metáfora, por surgir de uma forma *natural* em uma sociedade tida por si mesma como sem exclusões, autopercepção que os levou a considerar que os negros não eram norte-americanos, inclusive na opinião dos antiescravistas mais esclarecidos<sup>75</sup>. Suas expressões teóricas mais significativas se acham nas obras de Thomas Paine (1737-1809) e em O Federalista. A filosofia política de Paine se baseava na teoria da *harmonia natural dos interesses individuais*, razão por que ele polemizava com o reacionário inglês Burke. Assim sendo, criticava as sociedades estratificadas europeias, de um modo bastante parecido com o de Marat: *quando, em países que se dizem civilizados, vemos a velhice indo para o hospício e a juventude para o patíbulo, tem de ser porque alguma coisa anda mal no sistema de governo. Talvez o aspecto externo desses países seja de absoluta felicidade, porém, oculta aos olhos do observador comum, encontra-se a massa desvalida que quase não tem outra opção senão sucumbir na pobreza ou na infâmia. Sua entrada na vida está assinalada com o presságio de sua sina; e enquanto isto não se remediar, inúteis serão os castigos*<sup>76</sup>. Quanto a O Federalista, seu programa poderia ser sintetizado na noção de que em uma república *não só é de grande importância preservar a sociedade da opressão de seus governantes, como também proteger uma parte da sociedade contra as injustiças da outra*<sup>77</sup>, com o que assenta as bases para a tutela dos direitos das minorias, que é fundamento de toda prática democrática e que se assegura institucionalmente mediante o controle de constitucionalidade a cargo dos juízes.

3. A noção norte-americana de uma sociedade que não conhecia exclusões era sustentada a partir da exclusão dos negros. Tal atitude se modificou no decorrer dos anos e passou-se a considerá-los – pelo menos em teoria – parte da sociedade. Esta incorporação obteve um efeito discursivo paradoxal, embora

<sup>75</sup> Cf. Ginzberg, Eli e Eichner, Alfred S., *El negro y la democracia norteamericana*, pp. 58 ss.

<sup>76</sup> Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, p. 285.

<sup>77</sup> Hamilton, A., Madison, J. e Jay, J., *El Federalista*, pp. 356 ss.

convenha reconhecer que marginal dentro do âmbito académico: seguiu-se utilizando o mesmo conceito de sociedade integrada para legitimar a repressão indiscriminada e sustentar que os pobres devem ser apenados sem se levar em conta suas dificuldades sociais. Por meio da ficção de que todos estão incorporados à sociedade, afirmou-se que os pobres são mais propensos a delinquir do que os ricos; daí ter-se concluído que a sociedade, ao apená-los por igual, só ratifica sua inclusão social<sup>80</sup>.

### IX. Os penalistas do contratualismo

1. Os penalistas do contratualismo se movimentaram entre as necessidades contraditórias de legitimar e de limitar o poder punitivo. Seu pensamento viu-se restringido pela primeira e alçado pela segunda, debatendo-se nessa polarização insolúvel. Fora do penalismo – se por tal entendermos os juristas ou cultivadores do saber jurídico-penal – o contratualismo surtiu outros efeitos. Tem-se visto uma série de pensadores que lidaram com esse paradigma, no que tange ao sistema penal e ao saber, mas entre eles só podem ser considerados penalistas Anselm von Feuerbach e Giandomenico Romagnosi, pois para os demais o contratualismo se apresentou apenas como uma questão ineludível, porém incidental. De qualquer maneira, a circunstância de que todos os que pensaram a política tenham se ocupado do poder punitivo, a partir da filosofia, comprova que não erraram em seu diagnóstico quanto a considerá-lo uma questão central do poder político, o que contrasta marcadamente com a atitude dos cientistas políticos do século XX, que negligenciaram o tema e minimizaram-o até deixá-lo oculto, ao mesmo tempo que os penalistas também ocultavam a dimensão política básica de suas propostas.

2. Os penalistas do contratualismo, por sua vez, tiveram de explicar a notória transformação das penas na segunda metade do século XVIII e na primeira do XIX: a *passagem das penas corporais para as privativas de liberdade*. O chamado processo de *humanização* do direito penal, que fez da privação de liberdade o eixo central do sistema de penas, precisava de uma explicação, porquanto até então a privação da liberdade só era preventiva, mas não operava como pena e muito menos ainda em delitos graves<sup>81</sup>. A partir do contratualismo, a gravidade do delito traduziu-se num desvalor legal expresso em tempo. Até então se pensara nas penas *naturais* (derivadas da *natureza* dos delitos), talionais, privando o infrator de bens análogos aos afetados (vida, patrimônio, honra,

<sup>80</sup> Esta tese insólita foi defendida na obra marginal de van den Haag, Ernst, *Punishing Criminals*.

<sup>81</sup> Por todos, Ignatieff, Michel, *Le origini del penitenziario*.

integridade física, sexualidade etc.), mas a transformação se deu no sentido de uma *taxa praticamente única* (em uma só espécie) e medida de uma forma linear. Isso corresponde a toda uma cosmovisão linear da época mercantilista: progresso, medida do tempo, unificação de penas e recursos para facilitar o comércio etc., tudo linear e evolutivo. Dentro de tal concepção do mundo, e embora não o expressassem claramente, entendia-se que o delito era uma violência contratual, passível de ser indenizada, para o que se privava o infrator de seu trabalho como mercadoria (passível de ser oferecida no mercado).

3. De qualquer maneira, esse momento de elevado pensamento e reflexão lançou as bases de um direito penal como discurso limitador da punição, cuja característica mais destacada foi pretender baseá-la em um ato sujeito à legalidade, à judicialidade e a um debate acusatório com direito a defesa. Sem dúvida alguma, elas representaram um instante de autêntico pensamento no saber penal e seu aporte, isto é, a *versão fundacional do direito penal liberal* garantiu-lhes um lugar preferencial na história. O lastro de seu pensamento constitui sua teoria da defesa social: a pena era para eles necessária pelo próprio efeito do contrato. Essa suposta necessidade – que sobrevive no chamado retribucionismo contemporâneo –, por via do idealismo dedutivo, passou por alto sobre a seletividade estrutural que desbarata o aspecto legitimante de seu discurso.

4. Não é possível mencionar, em particular, todos os penalistas do racionalismo, em virtude da extrema riqueza do movimento. Uma análise desse tipo excede o *quadro demonstrativo*: a) *do alto grau de conteúdo pensante do saber penal daquela época*; b) *do valioso aporte da versão fundacional do direito penal liberal* e c) *da inevitável contradição entre legitimação e limitação, que continha germinalmente os elementos que seriam empregados para demolir sua obra ciclópica*. No tocante a tais efeitos, basta destacar que houve uma etapa preparatória ou político-crime do racionalismo, com Beccaria na condição do mais difundido dos pensadores penais da Ilustração, e uma etapa posterior construtiva do sistema, a partir dos moldes do liberalismo penal, da qual é suficientemente representativa a chamada *escola toscana*, de Carmignani e Carrara. O liberalismo foi demonizado na Espanha e em Portugal; não obstante, ambos os países tiveram também seus penalistas iluministas: Lardizábal, na Espanha, e Mello Freire, em Portugal.

5. A tradição e a enorme difusão da obra de Cesare Bonesana, marquês de Beccaria (1738-1794)<sup>82</sup>, implicam abrir o elenco dos juristas do momento fundacional

<sup>82</sup> Bibliografia sobre Beccaria: Manupella Giacinto, em separata do Boletim da Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra, 1963, pp. 107 a 375; Academia Nazionale dei Lincei, *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera Dei delitti e delle pene*; Graven, Jean,

do direito penal liberal com o *menos penalista* de seus integrantes, no que se refere a técnica jurídica ou a elaboração de sistema. Esse marquês milânês não foi um destacado jurista, embora seu nome seja o mais repetido e por isso deva ser tido como a inquestionável cabeça visível desse momento histórico, a quem todos tomaram por referência para coincidir ou polemizar. Sua obra, *Dos Delitos e das Penas* (1764),<sup>83</sup> é fruto de juventude que tem muito mais de discurso político do que de estudo jurídico ou científico. Apesar disso, seu livro foi sumamente oportuno e os respectivos resultados, positivos.<sup>84</sup> Seu pensamento pertence mais à vertente revolucionária que ao despotismo ilustrado, como integrante de um círculo onde se sobressaíam os irmãos Verri, em Milão.<sup>85</sup> A primeira edição do livro foi anônima e Beccaria não voltou a tratar da questão penal, mas sim de temas econômicos e técnico-financeiros,<sup>86</sup> e passou o resto de seus dias exercendo funções burocráticas. O pensamento de Beccaria foi semelhante ao de Rousseau quanto ao contratualismo e daí derivava a necessidade de legalidade do delito e da pena. Ele considerava que as penas deviam ser proporcionais ao dano social causado e refutava duramente a crueldade inusitada destas e da tortura, que era o meio de prova mais comum. Beccaria sustentava que a pena de morte devia ser abolida, salvo para os delitos contra o estado, baseando-se no fato de que seria inadmissível que alguém, no contrato, tivesse renunciado ao direito à vida, o que Kant criticou. Sua obra foi logo traduzida para várias línguas e influenciou todas as reformas penais dos déspotas esclarecidos de seu tempo. O impulso difundiu-se-lhe dado por Voltaire, que lhe dedicou, na França, um comentário consagrador. Voltaire – homem do Iluminismo – havia assumido a defesa *post mortem* de um protestante francês, Jean Calas, acusado de assassinar o filho por ter este querido

*Grandes figures et grandes oeuvres juridiques*, pp. 97 ss; Nuvolone, Pietro, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, pp. 438 ss; Spirito, Ugo, *Storia del diritto penale italiano*, pp. 39 ss; Mondolfo, Rodolfo, *Cesare Beccaria e su obra*; Maestro, Marcello, *Cesare Beccaria*; Asúa Batarrita, Adela (org.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*; Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*; Zorzi, Renzo, *Cesare Beccaria*; Lins e Silva, Evandro, em *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, pp. 5 ss; Beiderman, Bernardo, em *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, pp. 99 ss; Freitas, Ricardo de Brito, *Razão e Sensibilidade*, S. Paulo, 2001, ed. J. Oliveira.

<sup>83</sup> Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi.

<sup>84</sup> Sua obra teve várias traduções. Em castelhano, *Tratado de los delitos y de las penas* (traducido del italiano por Don Juan Antonio de Las Casas), assim como o *Tratado de los delitos y de las penas por Beccaria (nueva traducción)*. Para uma análise detalhada das primeiras versões castelhanas, Francisco P. Laplaza, em *Estudio preliminar a la edición bilingüe de Beccaria, De los delitos y de las penas*, p. 152. Seu tradutor alemão foi o iluminista Hommel, Karl Ferdinand, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*. No Brasil, há diversas traduções, entre as quais Sabino Jr., Vicente, *Cesare Beccaria e seu Livro dos Delitos e das Penas*, S. Paulo, 1972, ed. Juriscredi (com estudo biobibliográfico preliminar) e a tradução de Campana, A. C., *Dos Delitos e das Penas*, S. Paulo, 1978, ed. Bushatsky (com introdução de Calamandrei).

<sup>85</sup> Cf. Valeri, Nino, *Pietro Verri*.

<sup>86</sup> Cf. *Opere diverse* (dois volumes, em especial o segundo).

convertê-lo ao catolicismo, e por isso condenado ao suplício da roda.<sup>87</sup> Dois anos após a execução de Calas, Voltaire obteve a declaração judicial de sua inocência, seguida aproveitou a ocasião para difundi-la.<sup>88</sup> Como resultado dessa difusão, as penas atrozes acabaram desaparecendo da legislação, pelo menos formalmente.

6. Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820) desenvolveu sua obra na Espanha, embora nascido no México, motivo pelo qual pode ser considerado o primeiro penalista da América Espanhola,<sup>89</sup> embora o País Basco reivindicasse também para si esse título. Homem da Ilustração, sua melhor obra – *Discurso sobre as penas* (1782)<sup>90</sup> – corresponde a essa corrente. Lardizábal combinava a teoria do contrato social com o aristotelismo, pois sustentava que o contrato não se efetuava por acaso, mas sim porque correspondia ao pendor social do homem. Suas ideias penais são semelhantes às revolucionárias. Segundo ele, o princípio da legalidade não provinha do contrato social, mas de razões práticas. Apesar de confessar-se católico, concedia à religião o valor de um meio de controle social idóneo para conter a rebeldia: poder-se-ia dizer que, nesse aspecto, tratava-se de um funcionalista *avant la lettre*. Quanto à sua formação jurídica, ela era bem superior à de Beccaria, e sua obra muito mais técnica<sup>91</sup>, em que pese não haver tido o mesmo resultado prático imediato que a dele.<sup>92</sup> Sua erudição foi comprovada com a apresentação do *Fuero Juzgo da Real Academia Española*<sup>93</sup>.

7. Já o português Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798) foi catadrático da Universidade de Coimbra desde 1781. Sua obra científica consiste em uma trilogia: uma história do direito português, algumas instituições de direito civil e suas *Institutionum juris criminalis lusitani*, de 1789<sup>94</sup>. Em 1792, recebeu formalmente de

<sup>87</sup> Cf. Dassen, Julio, *Voltaire, defensor de Juan Calas*; o comentário de Voltaire à obra de Beccaria, na tradução de Laplaza, pp. 241; sobre seu pensamento penal, Casas Fernández, Manuel, *Voltaire criminalista*; Hertz, Eduard, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18 Jahrhundert*. A reação francesa foi continuar afirmando a culpabilidade de Calas; cf. De Maistre, José, *Las veladas de San Petesburgo*; Robert, Henri, *Les grands procès de l'histoire*, pp. 149 ss.

<sup>88</sup> A famosa tradução francesa de Morellet: *Beccaria, Cesare, Traité des délits et des peines*.

<sup>89</sup> Blasco y Fernández de Moreda, Francisco, *Lardizábal – El primer penalista de América Española*.

<sup>90</sup> *Discurso sobre las penas* (edição fac-similar com prólogo de Javier Piña y Palacios).

<sup>91</sup> Cf. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Lardizábal, un penalista ilustrado*.

<sup>92</sup> De qualquer maneira, Gutiérrez publicou uma síntese e reprodução de suas ideias: *Discurso sobre los delitos y las penas*.

<sup>93</sup> Lardizábal, *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o fuero de los Jueces*, em *Fuero Juzgo en Latin y Castellano cotejado con los más antiguos y precisos codices por la Real Academia Española*, pp. III a XLIV.

<sup>94</sup> Paschalis Josephi Mellii Freiri, *Institutionum Juris Criminalis Lusitani*; suas demais obras são *Historia Juris Civilis Lusitani*; *Institutionum Juris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*.



Dona Maria I, a rainha louca, a incumbência de elaborar dois códigos, um de direito público e outro criminal<sup>96</sup>. Sua posição próxima à de Beccaria e Filangieri acarretou-lhe a inimizade dos revisores de seus trabalhos e dos censores de suas obras. Seu projeto era extraordinariamente avançado em relação à atrasadíssima legislação portuguesa vigente na época (as Ordenações Filipinas). Em sua exposição de motivos citava Beccaria, Montesquieu, Servan, Locke, Rousseau, Vermeil, Blackstone e outros. Para Mello Freire, a pena tinha um evidente fim preventivo: *ou para que corrigisse aquele que era apenado, ou para que o exemplo melhorasse os outros, ou para que, afastados os maus, os demais vivessem mais tranquilos*. O projeto de Mello Freire não foi sancionado, embora tenha exercido grande influência no pensamento português e, posteriormente, no brasileiro. Sua *Institutionum* nunca foi traduzida integralmente para língua romãnce<sup>97</sup>, apesar de ter sido o livro de texto mais difundido em Portugal durante muitos anos. Trata-se, sem dúvida alguma, de um autor de sólida formação jurídica e muito bem informado a respeito do movimento iluminista de seu tempo.

8. Já na Toscana floresceu uma escola cujo primeiro representante foi Giovanni Alessandro Francesco Carmignani (1768-1847), um nítido expoente da etapa fundacional do direito penal liberal, ao passo que o segundo – Francesco Carrara (1805-1888) – soube difundir-lhe de uma forma monumental. *Elementa juris criminalis*, a obra mais específica de Carmignani,<sup>98</sup> recebeu esse nome só na terceira edição (1822), de vez que na primeira (1809) se intitulava *Elementa jurisprudentiae criminalis*<sup>99</sup>. Sua principal característica era a dedução do direito penal da razão, chegando a uma concepção preventiva da pena e, em obra subsequente (Teoria das Leis da Segurança Social, de 1831-1832)<sup>100</sup> propunha explicitamente a substituição dos termos *delito* e *pena por ofensa e defesa*. Carmignani também usava expressões como *dano social* e *defesa social*, com o que se avizinhava de Romagnosi. Seu grande mérito consistiu em haver tentado criar, com seriedade, um sistema de direito penal derivado da razão: a anarquia legislativa italiana e a falta de uma constituição ou de um código político garantidor, ao estilo norte-americano, obrigavam-no a pro-

<sup>96</sup> Cf. *infra*, § 17 e 18.

<sup>97</sup> Há fragmentos traduzidos em Boletim do Ministério da Justiça nº 49, julho de 1955, pp. 67 ss. Na metade do século XIX, suas Instituições ainda constituíam as bases dos cursos de direito criminal luso-brasileiros (Couto, F. de A. e Carvalho, L. J. D. de, Lições de Direito Criminal segundo as preleções orais do Dr. Bazilio Alberto de Souza Pinto, adaptadas às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire, Pernambuco, 1847, ed. Tip. União).

<sup>98</sup> Sobre Carmignani, cf. Pardini, Francesco, *Cenni biografici intorno al Prof. Giovanni Carmignani*, Ambrosoli, Filippo, *Cenni intorno alla vita e alle opere del Prof. Giovanni Carmignani*, na trad. italiana cit., pp. XI ss; Canuti, G., *Giovanni Carmignani e i suoi scritti di filosofia del diritto*.

<sup>99</sup> Carmignani, Joannis, *De Pisana Academia Antecessoris, Juris Criminalis Elementa*, trad. italiana, *Elementi di Diritto Criminale del Professore Giovanni Carmignani*.

<sup>100</sup> Carmignani, Giovanni, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*.

curar os limites para o poder punitivo na razão. A partir dessa premissa dedutiva, construiu um sistema de direito penal, arvorado desse modo em *ponte indispensável para incorporar ao discurso jurídico os princípios liberais expostos nos trabalhos de política criminal ou de crítica, tal como o fizera Beccaria*. Apesar de outros autores merecerem destaque, porquanto também tentaram estabelecer esse sistema – sobretudo os alemães e, em especial Feuerbach –, Carmignani pode ser considerado, por um lado, seu mais afortunado mentor em língua não germânica e, por outro, quem, segundo revela abertamente, tratou do assunto sem a pretensão de estar limitado à interpretação de um texto. É fundamentalmente diferente o espírito do sistema que preside os trabalhos de Carmignani e o que se encontra no dos pós-glosadores ou práticos, embora, no tocante ao exclusivamente técnico, ele não só não desprezou, como até incorporou a experiência deles; enquanto eles se limitavam – ou pretendiam limitar-se – a comentar leis, Carmignani tinha como fonte a razão, e as leis ou conformavam-se a ela ou não eram racionais, recurso pelo qual conseguiu vestir com técnica dogmática os princípios liberais e, assim, torná-los práticos para legisladores e juizes<sup>101</sup>, objetivo para o qual contribuía seu ativo exercício de advogado<sup>102</sup>. Em suma, sua metodologia não deixava de ser dogmática, ainda que com uma nítida particularidade: o direito penal liberal requer um quadro liberal, ou seja, uma constituição; ante a ausência, o primitivismo ou estágio rudimentar desse instrumento, a intencionalidade política liberal de Carmignani na construção do sistema levava-o a procurá-lo na razão e a pretender deduzi-lo desta. Por esse motivo, ele pode ser considerado o mais direto antecedente do direito penal de garantias emoldurado no direito constitucional e no direito internacional, pois se viu impellido a construí-lo carente de um quadro normativo de hierarquia superior.

9. Francesco Carrara (1805-1888)<sup>103</sup> foi, desde 1848, professor em Lucca, sua cidade natal, até 1859, quando passou a catedrático da Universidade de Pisa, como sucessor de Mori (divulgador do pensamento penal alemão na Itália)<sup>104</sup>, embora, na realidade, tenha sido o continuador ideológico de Carmignani, de vez que prosseguiu

<sup>100</sup> É absolutamente injusta a minimização que faz de sua obra Spirito, Ugo, pp. 60 ss.

<sup>101</sup> São notáveis seus escritos forenses, apesar de pouco difundidos em seu próprio país e em que pese ter ele mesmo os recompilado em quatro volumes: *Cause celebri discusse dal Cav. Commendatore Giovanni Carmignani* (é curioso que o editor tenha acrescentado às pp. 5 ss. do t. I os *Cenni biografici*, de Francesco Pardini, datados de 1847).

<sup>102</sup> Sobre esse autor escreveram: Scalvanti, O., *Francesco Carrara nella storia politica del giure criminale*; Laplaza, Francisco P., *Francesco Carrara, sumo maestro del derecho penal*; Spirito, Ugo, op. cit., pp. 193 ss; Nuvoletto, Pietro, *Trent'anni di diritto e procedure penale*; Facoltà de Giurisprudenza dell'Università di Pisa, *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*; Cattaneo, Mario A., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*; Agudelo Betancur, Nodier, *El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*.

<sup>103</sup> Mori, F. A., *Scritti germanici di Diritto Criminale*. (Existe uma estranha edição parcial de tradutor anônimo, em dois tomos: *Scritti germanici di Diritto Criminale. Opera que può formar seguito e compimento alla teorica del Diritto Penale di A. Chaveau*.)

sua trilha metodológica<sup>104</sup>, aprofundando-a e enriquecendo-a com a construção de um sistema muito mais desenvolvido, principalmente quanto à pesquisa da parte especial, que expõe em seu monumental *Programma del Corso di Diritto Criminale*, cuja publicação foi iniciada tão logo ocupou a cadeira na Universidade de Pisa. Com Carrara, a construção do sistema do direito penal alcançou um elevadíssimo nível técnico, a ponto de ter sido apontado nessa vertente como o ápice do direito penal liberal em sua versão fundacional. Quando sua vida estava se extinguindo, já começavam a aparecer os sinais da decadência do pensamento no direito penal, isto é, já se havia posto em andamento o franco processo de demolição da construção liberal desse direito. Carrara não teve tempo de discutir diretamente com os positivistas, mas o fez com os românticos do idealismo alemão (como Röder por exemplo), intuindo de uma maneira clara de onde vinha o perigo<sup>105</sup>.

10. A extrema riqueza do pensamento racionalista penal torna impossível discorrer aqui, de uma forma particular, sobre todos os autores dessa corrente e época. Entre os que anteriormente não foram referidos, apenas por motivo de espaço, merecem ser lembrados Kurt Ferdinand Hommel (1722-1781), o já conhecido tradutor alemão de Beccaria, que apresentou uma interessante concepção liberal contratualista baseada no determinismo<sup>106</sup>; o iluminista austriaco Josef von Sonnenfels (1733-1817), que impulsionou a extinção da tortura<sup>107</sup> e as reformas legislativas de meados do século XIX; Michel de Servan (1739-1807), que foi o teórico francês do despotismo ilustrado<sup>108</sup>; o napolitano Gaetano Filangieri (1752-1788)<sup>109</sup>, cuja *Scienza della*

*Legislazione*<sup>110</sup> sofreu uma profunda influência de Locke e Beccaria, bem como inspirou legisladores e projetistas espanhóis<sup>111</sup> e portugueses e, portanto, a primeira codificação penal latino-americana; o também napolitano Francesco Mario Pagano (1748-1799), que tentou a construção de um sistema, especialmente em seus *Princípios do Código Penal*, publicados postumamente em 1803, nos quais antecipa o ensaio de Carmignani<sup>112</sup>; Pellegrino Rossi (1787-1848)<sup>113</sup> que, desde o ecletismo historicista, não se afastou da marca liberal generalizada<sup>114</sup>; o norte-americano Edward Livingston (1764-1836), quem começou seu projeto de legislação para Louisiana seguindo muito de perto Bentham, mas depois deu uma grande guinada para o racionalismo<sup>115</sup> etc. Pelas mesmas razões já citadas não é possível determo-nos em outros importantes trabalhos de juristas e não-juristas, como os do intelectual milanês Pietro Verri (1728-1797)<sup>116</sup> e do jurista e literato espanhol Juan Pablo Forner (1756-1797) contra a tortura, nem tampouco nas ideias sobre assuntos penais de outros pensadores referidos, como Rousseau, Voltaire e do próprio Montesquieu, que, embora não sendo contratualista, pode ser considerado o fundador da moderna sociologia jurídica<sup>117</sup>.

<sup>104</sup> *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa dal Professore Francesco Carrara*. Seus demais trabalhos se acham em *Opuscoli di Diritto Criminale del Professore Comm. Francesco Carrara*.

<sup>105</sup> Cf. Zaffaroni, E. R., *Carrara y Röder*, em *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, pp. 411 ss.

<sup>106</sup> A respeito desse autor, cf. Zahn, K., *Hommel als Strafrechtsphilosoph und Strafrechtslehrer*, Schmidt, Eberhard, *Einführung*, p. 209; sobre suas obras, Hommel K. F., *Philosophische Gedanken über Criminalrecht, über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze*.

<sup>107</sup> Sonnenfels, Josef von, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz; über die Abschaffung der Tortur*, assim como *Über die Stimmmehrheit bei Kriminal-Urtheilen*. Sobre este autor, cf. Müller, Wilibald, *Josef von Sonnenfels*; Lustkandl, W., *Sonnenfels und Kudler*; Schmidt, Eberhard, *Einführung*, p. 211 ss.

<sup>108</sup> *Oeuvres de Servan (Nouvelle édition augmentée de plusieurs pièces inédites, avec des observations et une notice historique, par X. de Portets)*; em especial, *o Discours sur l'administration de la justice criminelle*, t. II, pp. 1 ss e *Des assassinats et de vols politiques, ou des proscriptions et des confiscations*, t. III, pp. 365 ss.

<sup>109</sup> A respeito de Filangieri, acham-se reunidos trabalhos em AA.VV., *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*; cf. ainda Ruggiero, Gerardo, *Gaetano Filangieri - Un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del settecento*; Ajello, Raffaele, *Formalismo medievale e moderno*, pp. 38 ss.; Constant, Benjamin (o francês - 1767-1830 -, não o brasileiro - 1833-1891), *Commentario alla Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri*, trad. it., 1839.

<sup>110</sup> *La Scienza della Legislazione del Cavaliere Gaetano Filangieri: La Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri*; foram traduzidas para o castelhano e escreveu-se, inclusive, um Compendio: *Compendio de la obra que escribió el Caballero Filangieri*.

<sup>111</sup> Cf. Lallinde Abadia, Jesús, em *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, pp. 454 ss; Scandellari, Simonetta, ob. cit., pp. 519 ss; Galindo Ayuda, Fernando, ob. cit., pp. 375 e Cattaneo, Mario A., ob. cit., pp. 274 ss.

<sup>112</sup> Pagano, Francesco Mario, *Principii del codice penale; Considerazioni sul processo criminale e também Saggi politici, em Opere filosofico-politiche ed estetiche, Saggio II*.

<sup>113</sup> Rossi, Pellegrino, *Oeuvres Complètes de P. Rossi* (há, pelo menos, duas edições em Bruxelas, de 1835 e 1850); em castelhano, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Cayetano Cortés.

<sup>114</sup> Indagações a respeito de Rossi em Ledermann, P. Rossi, *l'homme et l'économiste*; Biggini, C. A., em *Nuovi Studi di Diritto, Economia e Politica*, 1930, pp. 140 ss; Graven, Jean, *Pellegrino Rossi*; e sobre seu assassinato, Andreotti, Giulio, *Ore 13: il Ministro deve morire*.

<sup>115</sup> Sobre esse autor, cf. Hunt, H., *Life of Edward Livingston*; Moore, E. H., em *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 1928, pp. 344 ss, com grande informação bibliográfica; Dumas, Malone, *Dictionary of American Biography*, t. XI, pp. 309 ss, assim como a bibliografia supra-indicada, § 17.

<sup>116</sup> Pode-se consultar Verri, Pietro, *Observaciones sobre la tortura*, trad. de Manuel de Rivacoba.

<sup>117</sup> *Oeuvres de Monsieur de Montesquieu, nouvelle édition; Esprit de lois, par Montesquieu, avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, Servan etc.*; de um modo geral, Barrière, Pierre, *Un grand provincial, Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu*. A respeito de suas ideias penais, Stooss, Karl, em *Sch. Z. f. Strafrecht*, 32, 1919, pp. 22 ss; Graven, Jean, *Montesquieu et le droit pénal dans Montesquieu, sa pensée politique et constitutionnelle*; Schmidt, Eberhard, em *Fest. f. W. Kiesselbach*, pp. 117 ss; Garrido, Luis, *Montesquieu penalista*, em *Notas de un penalista*, pp. 157 ss.

## CAPÍTULO VIII

### A DECADÊNCIA DO PENSAMENTO

Aarão Reis Filho, D. *et alii*, História do Marxismo no Brasil, Rio, 1991, ed. Paz e Terra; AA.VV., *Gedächtnisschrift f. Franz von Liszt*, em ZStW, 1969, pp. 685 ss.; *Revue Internationale de Droit Pénal*, ano 1951; AA.VV., *Homenaje a Dorado Montero*, em *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madri, 1971; AA.VV., *L'opera di Cesare Lombroso nella scienza e nelle sue applicazioni*, Turim, 1908; Abbagnano, Nicola, *Dizionario di Filosofia*, Turim, 1980; do mesmo, *Historia de la Filosofía*, Barcelona, 1973; também, *Filosofía, religión y ciencia*, Buenos Aires, 1961; Abegg, Julius Friedrich Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt a.d. Orla, 1841; do mesmo, *Die verschiedene Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, Neustadt a.d. Orla, 1835; também, *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft*, Breslau, 1830; Abraham, Tomás, *El último oficio de Nietzsche y la polémica sobre El nacimiento de la tragedia*, Wilamowitz-Rohde-Wagner, Buenos Aires, 1996; Ahrens, *Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie nach dem gegenwärtigen Zustande dieser Wissenschaft in Deutschland*, Braunschweig, 1846; *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, Viena, 1870; Alimena, Bernardino, *Note filosofiche di un criminalista*, Modena, 1911; do mesmo, *Principii di Diritto Penale*, Nápoles, 1910; Alvarez-Uría, Fernando, *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX*, Barcelona, 1983; Antón Oneca, José, *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951; Aramburu y Zuloaga, Félix de, *La nueva ciencia penal (Exposición y crítica)*, Madri-Sevilha, 1887; Arciniegas, Germán, *América en Europa*, Bogotá, 1980; Areco, Horacio P., *Enrique Ferri y el positivismo penal*, Buenos Aires, 1908; do mesmo, Areco, Horacio P., *Psicología legal*, Buenos Aires, 1912; Atkinson, C.M., *Jeremy Bentham: his life and his work*, Londres, 1905; Azcárate, Pablo de, *Sanz del Río (1814-1869). Apunte biográfico de F. Giner de los Ríos*, Madri, 1969; Baumgarten, Arthur, *Die lisztische Strafrechtsschule und ihre Bedeutung fue die Gengenwart*, em *Schw.z.f.Str.*, 1937, pp. 1 ss.; Bekerman, Gérard, *Vocabulaire du Marxisme - Wörterbuch des Marxismus*, Paris, 1981; Belegón, Jerónimo, *La justificación del castigo*, Madri, 1992; Bentham, J., *Traité de Législation civile et pénale*, Paris, 1830; do mesmo, *Théorie des peines et de récompenses, ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie*

Bentham, *Jurisconsulte anglais*, par E. Dumond, Paris, 1825, 2 vols.; e ainda, *Le Panoptique*, Paris, 1977, ed. P. Belfond; Bernaldo de Quiroz, Constancio, prólogo a Dorado Montero, *Naturaleza y función del derecho*, Madri, 1927; Berner, Albert Friedrich, *Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843; do mesmo, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857; Bettiol, Giuseppe, *Scritti Giuridici*, 1966-1980, Pádua, 1980; Binder, Julius, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1935; do mesmo, *Der deutsche Volkstaat*, 1934; Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t.I, Leipzig, 1872, 2ª ed. 1890; t. II, 1877, 2ª ed. 1914-1916; t.III, 1918; t. IV, 1919-1920; do mesmo, *Grundriss des deutschen Strafrechts*; também, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885; Birkmeyer, Karl, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht, "nicht die Tat, sondern der Täter ins zu bestrafen"*, Leipzig, 1909; do mesmo, *Was Lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*, Munique, 1907; Bloch, Ernst, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, 1961; do mesmo, *Karl Marx*, Bolonha, 1972; também, Bloch, Ernst, *Soggetto-Oggetto, Commento a Hegel*, Bolonha, 1975; *El pensamiento de Hegel*, Buenos Aires, 1945; Bobbio, Norberto, *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Madri, 1985; Bölsche, Wilhelm, *Ernst Haeckel, Ein Lebensbild*, Berlin e Leipzig, s.d. (c. 1900); Bonger, Willem Adriaan, *Criminality and Economic Conditions*, New York, 1916 (reimp. fot., New York, 1967); do mesmo, *Introducción a la Criminología*, México, 1943, trad. Antonio Peña; también, *Race and crime*, New York, 1943 (reed. New Jersey, 1969); Bourgeois, B., *El pensamiento político de Hegel*, Buenos Aires, 1972; Buarque de Holanda, Sérgio, *História Geral da Civilização Brasileira*, v. III, *O Brasil Republicano (1889-1930)*, São Paulo, 1985; Buber, Martin, *¿Qué es el hombre?*, México, 1964; do mesmo, Buber, Martin, *Caminos de utopía*, México, 1992; Buezas, Fernando Martín, *La teología de Sanz del Río y del krausismo español*, Madri, 1977; Buffon, *Ouvres coistes, précédée d'une notice sur sa vie et ses ouvrages par D. Saucié*, Tours, 1855; Bulnes, Francisco, *El provenir de las naciones latinoamericanas*, México, s.d.; Bunge, Carlos Octavio, *Casos de derecho penal*, Buenos Aires, 1911; do mesmo, *Nuestra América. Ensayo de psicología social*, Buenos Aires, 1903; Capelletti, Angel J., *Bakunin y el Socialismo libertario*, México, 1986; Cario, Robert, *Femmes et criminelles*, Pau, 1992; Carnevale, Emmanuele, *Una terza Scuola di Diritto Penale*, Roma, 1891; do mesmo, *Diritto Criminale*, Roma, 1932; também, *Crítica penal. Estudio de filosofía jurídica*, Madri, s.d.; Carpena, Fructuoso, *Antropología criminal*, Madri, 1909; Carrara, Francesco, *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, em *Opuscoli di Diritto Criminale del Professore Comm. Francesco Carrara*, Prato, 1885, I, pp. 203 ss.; Chalhoub, Sidney, Cidade Febril, S. Paulo, 1996, ed. Cia das Letras; Cole, G.D.H., *Historia del pensamiento socialista*, México, 1957; Conte,

Édouard - Essner, Cornelia, *Culti di sangue*, Roma, 2000; Corre, A., *Le crime en pays créoles*, Paris, 1889; Corrêa, Mariza, As Ilusões da Liberdade, S. Paulo, 1998, ed. Edusf; Croce, Benedetto, *Saggi sullo Hegel*, Bari, 1948; Cuevas del Cid, Rafael, *Introducción al estudio del Derecho Penal*, Guatemala, 1954; Chamberlain, Houston Stewart, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, Munique, 1938; Chorover, Stephan L., *Del génesis al genocidio. La sociobiología en cuestión*, Madri, 1985; Darmon, Pierre, *Médicos e assassinos na Belle Époque. A medicalização do crime*, Rio de Janeiro, 1991; De Marsico, Alfredo, *Penalisti italiani*, Nápoles, 1960; De Ruggiero, Guido, *Hegel, Bari, 1968*; De Veyga, Francisco, *Degeneración y degenerados. Miseria, vicio y delito*, Buenos Aires, 1938; Deleuze, Gilles, *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, 1951; Della Porta, Giovan Battista, *Della fisonomia dell'uomo, con illustrazioni dell'edizione del 1610*, Parma, 1988; Dellepiane, Antonio, *Las causas del delito*, Buenos Aires, 1892; Díaz, Elías, *La filosofía social del krausismo español*, Madri, 1989; Dilthey, Wilhelm, *Hegel y el idealismo*, México, 1944; Dorado Montero, Pedro, *El derecho protector de los criminales*, Madri, 1916; do mesmo, *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1905; también, *Problemas de Derecho Penal*, Madri, 1895; *Valor social de leyes y autoridades*, Barcelona, s.d.; *Contribución al estudio de la historia primitiva (El derecho penal en Iberia)*, Madri, 1901; *Naturaleza y función del derecho*, Madri, 1927; Drago, Luis Maria, *Los hombres de presa*, Bs. As., 1888; Duguit, León, *El pragmatismo jurídico*, Madri, s.d. (c. 1924); Durkheim, Émile, *De la division du travail social*, Paris, 1893; do mesmo, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895; también, *Le suicide. Étude de sociologie*, Paris, 1897; Farré, Luis, *Cinuenta años de filosofía en Argentina*, Bs. As., 1958; Faure-Biguet, J.N., *Gobineau*, Paris, 1930; Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Buenos Aires, 1969; Ferrero, Ernesto, *Storie nere di fine secolo. La mala Italia*, Milão, 1973; Ferri, Enrico, *I delinquenti nell'arte*, Gênova, 1896 (Turim, 1926); do mesmo, *La justicia humana*, em *Rev. Penal Argentina*, IV, 1924, pp. 5 ss.; también, *Scuola positiva e filosofia idealista*, em *Difese penali e studi di Giurisprudenza*, Turim, 1925, III; *Socialismo e criminalità*, Turim, 1883; *Socialismo e scienza positiva (Darwin, Spencer, Marx)*, Roma, 1894; *Sociología Criminal*, trad. A. Soto y Hernández, Madri, s.d. (última edição póstuma, ao cuidado de Arturo Santoro, *Sociología Criminale*, Turim, 1939); *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, trad. I. Pérez Oliva, Madri, 1887; Florian, Eugenio, *Parte Generale del Diritto Penale*, Milão, 1934; Francotte, Xavier, *L'Anthropologie criminelle*, Paris, 1891; Frégier, H. A., *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures. Ouvrage récompensé en 1838 par l'Institut de France (Académie des Sciences Morales et Politiques)*, Bruxelles, 1840; Fromm, Erich, *Marx y su concepto del hombre*, estudo preliminar a Marx, Karl, *Manuscritos*

económico-filosóficos, México, 1973; Galton, Francis, *Hereditary Genius*, Londres, 1892; Garofalo, Rafeale, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Turim, 1885; trad. Pedro Dorado Montero: *La Criminologia. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, Madri, s.d.; do mesmo, *Di un criterio positivo della penaltà*, Nápoles, 1880; também, *La superstizione socialista*, Turim, 1895; Gentile, Giovanni, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Florença, 1944; do mesmo, *Opere complete*, Florença, 1930-1952; Geoffrey Saint-Hilaire, Isidore, *Histoire générale et particulière des anomalies de l'organisation chez l'homme et les animaux*, Paris, 1832 (três tomos); Georgakis, Yannis A., *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt*, Leipzig, 1940; Gerbi, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica 1750-1900*, México, 1982; Giusso, Lorenzo, *Nietzsche*, Milão, 1942; Gobineau, Arthur de, *Essai sur l'inegalité des races humaines*, edição Pierre Belfond, Paris, 1967; do mesmo também *La Renaissance*, Paris, 1906; Gómez, Eusebio, *Criminología argentina. Reseña Bibliográfica*, Bs. As., 1912; do mesmo, *Delincuencia político-social*, Buenos Aires, 1933; também, Enrique Ferri, *Aspectos de su personalidad, síntesis y comentario de su obra*, Buenos Aires, 1947; *La mala vida en Buenos Aires*, Bs. As., 1908; Götz, Karl August, *Nietzsche als Ausnahme*, Freiburg, 1949; Gretener, Xaver, *Ursprung und Bedeutung der soziologischen Schule des Strafrechts*, em *Fest. f. Binding*, Leipzig, 1911, I, pp. 521 ss.; Grispigni, Filippo, *Derecho Penal Italiano*, trad. Isidoro De Benedetti, Buenos Aires, 1943; Guarnieri, Luigi, *L'Atlante Criminale. Vita scriteriatà di Cesare Lombroso*, Milão, 2000; Guerrero, Julio, *La génesis del crimen en México*, Paris, 1901; Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madri, 1989; Haecckel, Ernst, *Die Welträtsel. Gemeinverständliche Studien über Monistische Philosophie*, Leipzig, 1909; do mesmo, *El origen de la vida*, trad. Aurelio Medicana, Barcelona, 1908; Halévy, Daniel, *La vida de Federico Nietzsche*, Buenos Aires, 1946; Hälscher, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargest.*, Bonn, 1881, 1887; do mesmo, *Das preussische Strafrecht*, Bonn, 1855, 1868; também, *System des preussischen Strafrechtes*, t. I (1858), t. II (1868); Harris, Ruth, *Assassinato e loucura - Medicina, lei e sociedade no "fin du siècle"*, Rio de Janeiro, 1993; Hegel, G.W.F., *Filosofia del Derecho*, prólogo e nota biográfica Juan Garzón Bates, México, 1985; do mesmo, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madri, 1980; Heidegger, Martin, *Kant y el problema de la metafísica*, México, 1973; Heinze, Kurt, *Verbrechen und Strafe bei Friedrich Nietzsche*, Berlim, 1939; Herren, Rüdiger, *Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, Stuttgart, 1973; Hippolite, Jean, *La concepción de la antropología y el ateísmo en Hegel*, Bs. As., 1972; Hobsbawn, Eric J. (org.) *História do Marxismo*, trad. C. N. Coutinho et alii, Rio, 1983, ed. Paz e Terra, 12 vols.;

Impallomeni, Gian Battista, *Istituzioni di Diritto Penale*, Turim, 1921; Ingenieros, José, *Criminología*, Madri, 1913; Jaeger, Werner, *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, México, 1971; Jaspers, Karl, *Nietzsche*, Buenos Aires, 1963; Jiménez de Asúa, Luis, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madri, 1922; Joly, Henri, *Le crime. Etude sociale*, Paris, 1888; Joussain, André, *Psychologie des masses*, Paris, 1937; Kant, Immanuel, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht (Werkaufgabe)*, herausg. Von Wilhelm Weischedel, Frankfurt, 1991, XII); Kaufmann, Walter, Hegel, Madri, 1972; Koerner, Andrei, O impossível panótico tropical-esclavista, em Rev. IBCCrim 35, pp. 211 ss; Kokert, Josef, *Der Begriff der Typus bei Karl Larenz*, Berlim, 1995; Korn, Alejandro, *Obras*, La Plata, 1938-1940; Köstlin, Christian Reinhold, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübingen, 1845; do mesmo, *System des Deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1855; Kovalevsky, Paul, *La psychologie criminelle*, Paris, 1903; Krause, K. Ch. F., *Ideal de la humanidad para la vida*, trad. Julián Sanz del Rio, Madri, 1904; do mesmo, *Abriss des Systemes der Philosophie des Rechtes oder des Naturrechtes*, Göttingen, 1828; também, *Das System des Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1874; *Vorlesungen über Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und des Staates* (manuscritos do autor editados por Richard Mucke), Leipzig, 1892; Lacassagne, A., em *Archives de l'Anthropologie criminelle et des sciences pénales*, Paris, I, 1886, pp. 167 ss.; Landau, Peter, *Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe. Karl Kristian Friedrich Krause und Karl David August Röder*, em *Fest. f. Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993; Laplaza, Francisco P., *Los estudios penales en Argentina*, em *Criminalia*, México, 1941; Larenz, Karl, *Rechtsperson und subjektives Recht, Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, Berlim, 1935; Laurent, Émile, *La antropología criminal y las nuevas teorías del crimen*, Barcelona, 1905; Lavater, Johann Caspar, *La physiognomie ou l'art de connaitre les hommes d'apres les traits de leur physionomie*, Gustave Havard, Paris, s.d.; Le Bon, Gustav, *Psicología del socialismo*, Madri, 1903; do mesmo, *La psicología política y la defensa social*, Madri, 1912; Lefevre, Henri, *Nietzsche*, México, 1972; Liszt, Franz von, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, em ZStW, 1883, pp. 1 ss., reproduzido em *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlim, 1905, pp. 126 ss.; trad. italiana com introdução de Alessandro Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milão, 1962; trad. Castellhana, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. Enrique Aimone Gibson, prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1984; Lombroso Ferrero, Gina, *Vida de Lombroso*, trad. Nicolás Cilla, Buenos Aires, 1940; Lombroso, Cesare -Ferrero, Guglielmo, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Turim, 1915; Lombroso, Cesare, *Gli anarchici*, Turim, 1894; do mesmo, *L'uomo delinquente in rapporto alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, quinta edizione, Turim, 1896;

también, *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*, Turim, 1894; *El delito, sus causas y remedios*, Madri, 1902; *Palimpsesti del carcere*, Turim, 1888; *Delitti vecchi e delitti nuovi*, Turim, 1902; Lombroso-Laschi, *Le crime politique et les révolutions*, Paris, 1892; López Morillas, Juan, *El krausismo español. Perfil de una aventura intelectual*, México, 1956; do mesmo, *Krausismo: estética y literatura*, Barcelona, 1973; López, Vicente Fidel, *Les races aryennes du Perou, leur langue, leur religion, leur histoire*, Paris, 1871; Löwith, Karl, *De Hegel a Nietzsche*, Bs. As., 1974; Löwy, Michael (org.), *O Marxismo na América Latina*, trad. C. Schilling et alii, S. Paulo, 1999, ed. P. Abramo; Lozano, Godofredo, *La Escuela Antropológica y Sociológica Criminal (ante la sana filosofía)*, La Plata, 1889; Lucchini, Luigi, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, trad. M. H. Prudhomme, Paris, 1892; Lukacs, Georg, *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México, 1983; Machado, Roberto, *Nietzsche e a Verdade*, Rio, 1999, ed. Grall; también, *et alii*, *Danação da Norma*, Rio, 1978, ed. Graal; Macintyre, Ben, *Sulle tracce di Elisabeth Nietzsche. Alla ricerca di una patria dimenticata*, Milão, 1993; Magnasco, Osvaldo, *Justicia y utilidad*, Bs. As., 1884; Marcuse, Herbert, *Razón y revolución*, Madri, 1972; Mari, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, 1983; Martindale, Don, *La teoría sociológica, Naturaleza y escuelas*, Madri, 1979; Martínez Bretones, Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra*, México, 1989; Martínez Estrada, Ezequiel, *Nietzsche*, Buenos Aires, 1947; Marx, Karl – Engels, Friedrich, *Acercas del colonialismo*, Moscu, 1981; Marx, Karl, *Manuscritos económico-filosóficos*, México, 1973; Masaveu, Jaime, *Nueva dirección española en filosofía del derecho penal, Estudio y ficha bibliográfico-crítica del Prof. Saldaña*, Madri, 1942; Mayer, Hellmuth, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936; Mazzola, Enrico, *Nel I Centenario della nascita di Enrico Pessina*, Nápoles, 1928; Melossi, Dario – Pavarini, Massimo, *Carcere e fabbrica. Alle origine del sistema penitenziario*, Bolonha, 1979; Menzel, Adolf, *Calicles*, trad. Mario de la Cueva, México, 1964; Moleschott, J., *Die Kreislauf des Lebens; La circolazione della vita*, Milão, 1869; *La circulación de la vida. Cartas sobre la filosofía en contestación a las cartas sobre la química de Liebig*, Madri, 1881; Mondolfo, Rodolfo, *Marx y marxismo*, México, 1969; do mesmo, *El humanismo de Marx*, México, 1973; Montes de Oca, M.A., *Represión*, Buenos Aires, 1888; Moraes, Evaristo de, *Ensaio de Pathologia Social*, Rio, 1924, ed. F. Bastos; do mesmo, *Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil*, Rio, 1923, ed. C. Oliveira; Morel, Bénédict August, *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine*, Paris, 1857; también, *Traité des maladies mentales*, Paris, 1860; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1990; Mosse, Georg S., *La cultura nazi*, México, 1973; do mesmo, *Il*

*razzismo in Europa. Dalle origini all'olocausto*, Bari, 1992; Moyano Gacitúa, Cornelio, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1899; do mesmo, *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*, Córdoba, 1905; Niceforo, Alfredo, *Criminali e degenerati dell'Inferno dantesco*, Turim, 1898; do mesmo, *La fisonomia nell'arte e nella scienza*, Florença, 1952; Nicolai, Helmut, *Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge e. nationalsozialist. Rechtsphilosophie*, Munique, 1932; Nietzsche, Friedrich, *Also sprach Zarathustra*, II, *Von der Erlösung*, em *Werke in vier Bänden*, ed. Karl Müller, Erlangen, I; do mesmo, *Zur Genealogie der Moral*, em *Werke in vier Bände*; Nina Rodrigues, Raimundo, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Salvador, 1894; Niveau, Maurice, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, Barcelona, 1977; Nordau, Max, *Degeneración*, trad. N. Salmerón y García, Madri, 1902; Obenauer, Karl Justus, *Friedrich Nietzsche der ekstatische Nihilist. Eine Studie zur Krise des religiösen Bewusstseins*, Jena, 1924; Ortí y Lara, *Lecciones sobre la filosofía de Krause*, Madri, 1865; Paladines-Guerra, *Pensamiento positivista ecuatoriano*, Quito, 1980; Palmier, Jean-Michel, *Hegel*, México, 1971; Parmelee, Maurice, *Criminología*, Madri, 1925; Pavón, Cirilo, *La defensa social. Medios preventivos y represivos*, Bs. As., 1913; Pessina, Enrico, *Elementi di Diritto Penale*, Nápoles, 1882; trad. Hilarión González del Castillo, Madri, 1913; do mesmo, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Florença, 1868; también, *Il naturalismo e le scienze giuridiche*, Nápoles, 1879; *La crisi del diritto penale nell'ultimo trentennio del secolo XIX*, Nápoles, 1906; *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria fino alla promulgazione del codice penale vigente*, Milão, 1906; Philippson, Coleman, *Three criminal law reformers. Beccaria, Bentham Romilly, Montclair*, 1970; Pick, Daniel, *Volti della degenerazione. Una sindrome europea 1848-1918*, Milão, 1999; Piñero, Osvaldo, *Derecho Penal, Apuntes tomados en la Facultad de Derecho al profesor de la materia por C.A.A.*, Bs. As., 1906; Platón, *Gorgias o de la retórica*, em *Obras completas*, Buenos Aires, 1967, t. II, pp. 441 ss.; Poliakov, Léon, *Il mito ariano*, Roma, 1999; Prins, Adolphe, *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, trad. F. Castejón, Madri, 1912; do mesmo, *Science Pénale et Droit Positif*, Paris-Bruxelas, 1899; Radhakrishnan, Sarvepalli, *History of Philosophy Eastern and Western*, Londres, 1952; Raeders, Georges, *O inimigo cordial do Brasil, O Conde de Gobineau no Brasil*, Rio de Janeiro, 1988; Ramos Mejía, José María, *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912; Rénon, Louis, *Les maladies populaires. Maladies vénériennes, alcoolisme, tuberculose*, Paris, 1907; Ricaurte Soler, *El positivismo argentino*, Bs. As., 1968; Richter, Raoul, *Friedrich Nietzsche. Sein Leben und Sein Werk*, Leipzig, 1909; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*, Santa Fe, 1962; do mesmo, prólogo a Dorado Montero, Pedro, *Bases*

para un nuevo derecho penal, Buenos Aires, 1973; también, *El correccionalismo penal*, Córdoba, 1989; Krausismo y Derecho, Santa Fe, 1963; Rivarola, Rodolfo, *Escritos filosóficos*, Bs. As., 1945; Röder, K. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, trad. F. Giner, Madrid, 1871; do mesmo, *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, trad. Vicente Romero y Girón, Madrid, 1875; también, *Besserungstrafe und Besserungstrafanstalten als Rechtsforderung. Eine Berufung an dem gesunden Sinn des deutschen Volkes*, Leipzig e Heidelberg, 1864; *Grundzüge des Naturrecht oder der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1846; Romañach, A. - Miranda Naón, C., *Apuntes de Derecho Penal*, Bs. As. 1901 (aulas de Norberto Piñero); Römer, Heinrich, *Nietzsche*, Leipzig, 1921; Romero, Gladys, *El control social del "estado peligroso". Su influencia en hispanoamérica*, em *Algunas cuestiones de Derecho Penal*, Bs. As., 1986; Rosenberg, Alfred, *El mito del siglo 20. Una valoración de las luchas antimico-espirituales de las formas de nuestro tiempo*, Buenos Aires, 1976; Ross, Werner, *Friedrich Nietzsche. El águila angustiada. Una biografía*, Barcelona, 1994; Rossi, Pascual, *Los sugestionadores y la muchedumbre*, Barcelona, 1906; Ruiz Funes, Mariano, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, Havana, 1948; Sabatini, Guglielmo, *Principii di Scienza del Diritto Penale*, Catanzaro, 1918-1924; Saldaña, Quintiliano, *Teoría pragmática del derecho penal*, Madrid, 1923; do mesmo, *La défense social universelle*, Paris, 1925; también, *Modernas ideas penales*, Madrid, 1922; *La nueva Criminología*, Madrid, 1931; *El derecho penal socialista y el Congreso Penitenciario de Berlin*, Madrid, s.d. (c.1935); Salessi, Jorge, *Médicos, maleantes y marías. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la nación Argentina (Buenos Aires: 1871-1914)*, Rosario, 1995; Salvatore, Ricardo, *Criminología positivista, reforma de prisiones, y la cuestión social/obrera en Argentina*, Instituto Gino Germani, UBA, Bs. As., 1996; Santarelli, Enzo, *Storia del Fascismo*, Roma, 1973; Sanz del Río, Julián, en Sanz del Río/Krause, *Ideal de la humanidad para la vida*, Madrid, 1985; Sauer, E. Friedrich, *Filósofos alemanes*, México, 1973; Savitz, Leonard - Turner, Stanley H., Dickman, Toby, *The origin of scientific criminology. Franz Josef Gall as the first criminologist*, em Robert F. Meier, *Theory in criminology. Contemporary Views*, Londres, 1977, pp. 40 ss.; Sciacca, Michele Federico, *Historia de la Filosofía*, Barcelona, 1966; Schmidt, Eberhard, *Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts*, em *Festf. Julius von Gierke*, Berlín, 1950, pp. 201 ss.; Schwarcz, Lilia Moritz, O Espetáculo das Raças, S. Paulo, 1993, ed. Cia. das Letras; Serrau, René, *Hegel y el hegelianismo*, Bs. As., 1964; Sighele, Scipio, *I delitti della folla, studiati secondo la psicologia, il diritto e la giurisprudenza*, Turim, 1910 (1923); *La muchedumbre delincuente. Ensayo de psicología colectiva*, trad. Pedro Dorado, Madrid, s.d.; Silva Riestra, Juan, *Evolución de la enseñanza del derecho penal*

en la Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 1943; Soler, Sebastián, *Exposición y crítica a la teoría del estado peligroso*, Bs. As., 1929; Spencer, Herbert, *La justicia*, trad. Adolfo Posada, Madrid, s.d.; do mesmo, *Principes de Sociologie, critici*, Florença, 1930; do mesmo, *La vita come ricerca*, Florença, 1948; también, *Il problematicismo*, Florença, 1948; *La filosofia del comunismo*, Florença, 1948; *Scienze e filosofia*, Florença, 1950; *La vita come arte*, Florença, 1948; *El pragmatismo en la filosofía contemporánea*, Buenos Aires, 1945; *Il nuovo diritto penale*, Veneza, 1929; *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Turim, 1932; *Giovanni Gentile*, Florença, 1969; Stoddard, Lothrop, *The Revolt against Civilization. The menace of the underman*, Londres, 1928; Strassmann, Fritz - Carrara, Mario, *Manuale di medicina legale*, Turim, 1901; Taine, H., *Les origines de la France contemporaine*, Paris, 1878; Tarde, Gabriel, *Études de Psychologie Sociale*, Paris, 1898; do mesmo, *Les lois de l'imitation. Étude sociologique*, Paris, 1900; Terán, Oscar, *Positivismismo y nación en la Argentina*, Bs. As., 1987; Testena, Folco, *Le conferenze di Enrico Ferri nella Repubblica Argentina, raccolte e annotate da Folco Testena*, Buenos Aires, 1911; Thibon, Gustave, *Nietzsche*, Buenos Aires, 1951; Tiberghien, G., *Estudios sobre filosofía*, trad. A. Garcia Moreno, Madrid, 1875; Toffoletto, Ettore, *Haeckel*, Brescia, 1945; Ureña, Enrique M., *Krause, educador de la humanidad. Una biografía*, Madrid, 1991; van Ginneken, Jaap, *Folla, Psicologia e politica*, Roma, 1991; van Heijnsbergen, P., *Gescheidenis der Rechtswetenschap in Nederland*, Amsterdam, 1925; Velasco, Leopoldo, *La vida y obra del maestro Dr. Rodolfo Rivarola*, Bs. As., 1944; Vetter, August, *Nietzsche*, Munique, 1926; Vezzetti, Hugo, *La locura en la Argentina*, Bs. As., 1985; Vida, Jerónimo, *Los criminalistas españoles en el extranjero*, em *La nueva ciencia jurídica*, Madrid, 1892, p. 3; Villa, Renzo, *Il deviante e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milão, 1985; Windelband, G., *Storia della filosofia moderna*, trad. Aldo Oberdorfer, Florença, 1925; Wundt, Wilhelm Max, *Sistema de la filosofía científica*, Madrid, 1913; do mesmo, *Introducción a la filosofía*, Madrid, 1911; Zalazar, Daniel A., *Libertad y creación en los ensayos de Alejandro Korn*, Bs. As., 1972; Zea, Leopoldo, *El positivismo en México: Nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1993.

## §21. O PRENÚNCIO DO DECLÍNIO

### I. As circunstâncias que estreitaram o impulso pensante

1. Ao ser definitivamente superada, no século XIX, a grande disputa de classes, a burguesia, impondo-se, passou a dominar a forma de produção industrial com seu consequente saber funcional técnico-científico, e a estrutura de poder social se reorganizou, sob outro modelo de verticalização ilimitada, pois a nova classe hegemônica já não necessitava de limites com os quais obstar outras mais poderosas, para passar a exigir dispositivos de controle e disciplina em relação ao proletariado. O saber penal da etapa fundacional liberal havia alcançado um admirável nível de pensamento, mas sob o signo da contradição entre a necessidade discursiva de limitar e a de legitimar. Carregava em seu cerne o germe de seu fracasso, pois a legitimação do poder punitivo tende sempre a romper qualquer limite, tendo em vista não ser nunca racional e só poder basear-se em racionalizações, as quais, na condição de falsas razões, estão propensas a encaixar e a varrer qualquer limitação ao poder. Por isso, a *defesa social* foi também uma racionalização que, como não podia ser de outro modo, trazia consigo um forte impulso para romper qualquer barreira. Daí o fato de o primeiro liberalismo penal, mediante a defesa social, ter alimentado o futuro declínio do pensamento, que se completou quando a racionalização substituiu totalmente a razão. A decadência do pensar fomentou isso a partir da cúspide do poder social, que nessa nova etapa preferia um saber penal menos pensante, sem impor-lhe limites, a fim de facilitar-lhe um poder de controle que devia disciplinar o proletariado, dificultar e desarticular suas tentativas de coalizão e conseguir que produzisse por salários insignificantes. Em tais circunstâncias, era necessário e funcional um direito penal-policia vigilante.

2. Isso facilitou a difusão de uma ideologia na qual o imaginado *estado de natureza pré-contratual* (entendido como *guerra*) logo se identificasse com a *selvageria* ou com a *barbárie* dos colonizados e assalariados. Estava assim preparada a transição, porque os próprios autores contratualistas, quando não sabiam onde localizar o estado de natureza, não duvidavam em remetê-lo à periferia do poder mundial. Dessa maneira, uns encontraram na América uma espécie de paraíso bucólico e outros uma guerra selvagem, mas de qualquer forma sempre um *estado de inferioridade*: na versão bucólica era o paraíso do *homem puro*, embora em estado natural, ou seja, sem capacidade de pecar, não livre e, por conseguinte, incapaz de moralidade; na versão selvagem, a guerra de todos contra todos revelava inferioridade no tocante a uma coexistência que

considerava a si mesma pacífica<sup>1</sup>. Uma atenta leitura de Hobbes e Locke revela os elementos que, no século XIX, permitiram a *generalização da ideia de inferioridade, primitivismo e selvageria* (em estado de *natureza* ou de *guerra*) dos homens dos países colonizados e dos assalariados ou das classes subalternas ou não incorporadas à produção industrial dos próprios países centrais, colonizadores ou neocolonizadores. Foi preciso um passo muito curto para concluir que o delinquente não era senão um ser *regressivo, atávico*, ou seja, *um selvagem que surge em meio a uma civilização superior e que tende a desorganizá-la*. Os acontecimentos políticos da Europa de 1848 deram a nota que faltava a essa transição: as massas desordenadas e primitivas, semelhantes aos selvagens colonizados<sup>2</sup>. A clara consequência dessa transição – germinalmente presente no próprio pensamento liberal fundacional – é algo que os pensadores europeus costumam passar por alto: a prisão para esses selvagens que emergiam nos países civilizados não tinha um fundamento muito diferente daquele legitimador do colonialismo e do neocolonialismo, cujo ponto culminante foi a arbitrária divisão da África. Em suma, *a colônia era uma gigantesca instituição total, de dimensões descomunais, cuja pequena réplica nos países centrais era a prisão*.

3. A cúspide da pirâmide social europeia, que inaugurava ao mesmo tempo um extraordinário domínio planetário (neocolonialista), privilegiou o saber que era útil ao poder, isto é, o empírico (muitas vezes convertido em pragmático e que, com frequência, esquecia o método empírico ou o generalizava de uma forma arbitrariamente anticientífica). Tal saber foi deixando de lado o pensamento que inclusive, de um modo expresso, ficou excluído de seus limites. Esse percurso vai desde o *pragmatismo* de Bentham até o *positivismo* de Spencer. Não obstante, não houve um corte linear, por serem curtas as etapas e, portanto, tendências foram superpostas. A dinâmica não se produzia através de séculos, mas de décadas. Na Europa continental, o pensamento começou a declinar no momento que os mesmos elementos legitimadores do poder social e planetário, fornecidos por Kant e outros pensadores, se reorganizaram para classificar os seres humanos em selvagens e civilizados, segundo um modelo em que estes últimos eram apenas os que alcançaram tal posição por via evolutiva e, necessariamente, no quadro do estado moderno, o único que a garantia por causa de sua suposta racionalidade. Uma vez admitida essa classificação, *o talão penal estaria reservado apenas aos civilizados, enquanto os selvagens ficavam fora do jogo, devendo ser controlados, tutelados ou colonizados*, mas não se podia reconhecer-lhes a *dignidade* que pressupõe a retribuição talional, porquanto só é possível retribuir o exercício de um arbítrio àquele cuja capacidade fosse

<sup>1</sup> Sobre essas visões da América, Gerbi, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo*.

<sup>2</sup> Cf. Pick, Daniel, *Volte della degenerazione*.



reconhecida. A expressão máxima deste racionalismo penal romântico<sup>3</sup> foi o pensamento de Hegel, que provocou uma série de reações de repúdio. Dentre as reações que repudiavam o pensamento penal hegeliano destacaram-se para o saber penal as seguintes: a) a abertamente irracionalista (Nietzsche); b) a que incide em um repúdio parcial pela via da dialética materialista (Marx); e) a que se desloca para o caminho romântico, mas à margem do estado (Krause).

4. Entretanto, essa disputa era travada, ainda, dentro de um saber com considerável nível de pensamento, embora a classificação dos humanos já refletisse sua alarmante decadência. O poder social não se interessava pelo pensamento e, como era natural, maior espaço e impulso obtiveram as tendências do saber que reduziram ainda mais o nível de pensamento e desqualificaram a própria disputa. Por momentos, tem-se a impressão de que uma ação policial irrompeu no saber, expulsando ou proibindo o pensar. Este passou a ser uma contravenção punida com silêncio, estigmatização, ironia e ridículo. Ficou proibido todo saber que não exprimisse o supostamente técnico-científico e toda metodologia (acesso ao conhecimento) que não fosse pretensamente empírica (pelo menos quanto a enunciados metodológicos). No direito penal, o pensamento desceu a seu nível mais baixo quando o etnocentrismo – que, com Hegel, mantinha voos filosóficos – reduziu-se a puro biologismo racista, sob cuja proteção nasceram a *antropologia* e a *criminologia*, assim como o estudo de homens biologicamente inferiores (por serem colonizados ou delinquentes). Nesse direito, não sobrou nenhum espaço para o pensamento (*positivismo perigosista*). O direito penal se deteriorou a ponto de tornar-se um puro discurso funcional para as *agências policiais*: pode-se asseverar que deixou de ser saber penal para arvorar-se em discurso policial, elaborado como racionalização técnico-científica a serviço de suas práticas burocráticas. Em que pese a grande decadência do pensamento no direito penal dessa corrente, que chegou a ser predominante, em seu próprio cerne *houve impulsos tendenciais para um certo nível maior de pensamento: o positivismo dualista alemão (von Liszt) e o correccionalismo espanhol (Dorado Montero)*.

5. A contradição irredutível da versão fundacional do direito penal liberal (legitimar uma defesa social e limitar o poder defensivo desta), posta em qualquer conjuntura propícia a uma queda abrupta do pensamento, sempre será dirimida no sentido da defesa social ilimitada ou inusitadamente ampla, com o que acabará legitimando de maneira irremediável um exercício do poder punitivo (verticalizador) também ilimitado. Não se concebe uma sociedade sem coer-

<sup>3</sup> Nicola Abbagnano identifica esse romantismo no sentido amplo por seu *titanismo*, que é como ele chama seu "culto do infinito" (*Dicionário*, p. 760).

ção direta, pois sempre há perigos reais para neutralizar. No entanto, a coerção direta socialmente positiva demanda controles que, por sua vez, neutralizem sua permanente tendência ao exercício ilimitado, evitando que se traduzam em arbitrariedade e corrupção. À medida que o direito penal deixa de pensar, vai se convertendo em uma análise e elaboração de regulamentos que legitimam, racionalizam e facilitam o poder ilimitado da coerção direta. Por isso, o saber penal que não pensa, não só degrada o jurista como também a própria função policial e, portanto, transforma o cultor desse saber em um *corruptor policial e político*. Foi a esse máximo de deterioração (decadência do pensamento) que chegou o positivismo perigosista.

## II. O etnocentrismo do idealismo romântico europeu

1. A burguesia industrial, assumindo o poder hegemônico nas sociedades centrais, lançou-se à expansão neocolonialista de seu poder por todo o planeta. O etnocentrismo foi consequência inevitável da necessidade de identificar a própria cultura como superior para legitimar o domínio mundial, do mesmo modo que para verticalizar o controle social dentro das próprias sociedades centrais (reprimindo a dissidência política e a coalizão dos segmentos subalternos). Tal etnocentrismo se assentou em uma nova localização de elementos discursivos e conceituais que estavam presentes nos próprios autores contratualistas, parcelando e reelaborando conceitos dos racionalistas contratualistas. Para isto, não só se propôs anular discursivamente os limites do poder punitivo – ou do poder, pura e simplesmente –, como também se chegou a isso como resultado de cancelar os limites das próprias possibilidades do ser humano: este, concebido como ente limitado pelo racionalismo liberal ou ilustrado<sup>4</sup>, foi substituído por uma ideia que o lançava a uma corrida rumo ao infinito. *A tarefa da filosofia deixava de ser a busca dos limites humanos para passar a indagar os princípios infinitos*. Esta é a característica do *romantismo em sentido amplo* (por oposição a outra ideia limitada do romantismo, que o reduz àqueles que também procuram os princípios infinitos, mas detraem a razão como via para a procura)<sup>5</sup>.

2. Conforme foi assinalado, a referência aos elementos discursivos e conceituais, de que o romantismo teria de valer-se, podia ser encontrada em Hobbes e no próprio Locke. É de sumo interesse lembrar, também, que do etnocentrismo nem Kant escapava, eis que para ele a saída do paraíso *significava a transição*

<sup>4</sup> Sobre tal concepção antropológica no último Kant discorre Buber, Martin, em: *Qué es el hombre?*, pp. 12 ss; Heidegger também já o fizera, em *Kant y el problema de la metafísica*.

<sup>5</sup> Eis a tradicional conceituação do romantismo (cf. Abbagnano, *Dicionário*, p. 759).

da rusticidade, própria de uma criatura meramente animal, para a humanidade; a passagem da sujeição das andadeiras do instinto para a condução da razão. Em síntese: da tutela da natureza ao estado da liberdade. Ele considera tal passagem um progresso para a perfeição, como destino da espécie humana a ser invadido por uma contradição entre natureza e cultura – as quais exercem permanentes e recíprocas violências – até que o artificial (a arte) se torne natureza, que será o fim derradeiro do destino moral do gênero humano. Este, porém, não era um destino que ia se desenvolvendo em cada homem, mas na espécie humana. No humano, as originárias disposições, referentes ao uso da razão, não se desenvolvem completamente no indivíduo, mas sim na espécie<sup>6</sup>.

3. O conceito kantiano de ser humano era limitado, ou seja, o de um ente que se questionava dentro de certos limites ou finitudes. Se a principal característica do romantismo, em sentido amplo, é precisamente seu oposto, ou melhor, ter como real o infinito e relegar o finito, pode-se afirmar que tal inversão se processou com Hegel (1770-1831)<sup>7</sup>, para quem o infinito era a razão, porém já não a razão no aspecto mais ou menos passivo de acesso ao conhecimento, mas sim como princípio ativo e configurador, quer dizer, como força propulsora ou motora<sup>8</sup>. Sejam quais forem os méritos puramente filosóficos da contribuição de Hegel, o certo é que no âmbito penal (o do controle social interno) e no antropológico (o do controle planetário) as teses hegelianas serviram ou foram manipuladas com considerável habilidade.

4. Para Hegel, a humanidade progride, isto é, o *Geist* avança na história, impelido pela razão. A ideia do espírito da humanidade torna-se orgânica, quer dizer, toda a espécie é uma unidade cujo *Geist* caminha para a frente. Trata-se de um avançar dialético (conceito que provém da filosofia oriental e platônica), ou seja, a razão vai contrapondo a cada tese uma antítese, o que resulta em uma síntese (em que as duas se acham destruídas e conservadas ao mesmo tempo, em um misterioso *aufgehoben* intraduzível), o qual, por sua vez, será uma nova tese. O avanço triádico (dialético) do *Geist* da humanidade na história vai dei-

<sup>6</sup> Kant, Immanuel. *Anthropologie*, pp. 315-324 (*Werkaufgabe*, pp. 672-690).

<sup>7</sup> A bibliografia sobre Hegel é incomensurável. Por todos, e a título meramente exemplificativo, podem ser mencionados: Bloch, Ernst, *Soggetto-Oggetto*, assim como *El pensamiento de Hegel*, Bourgeois, B., *El pensamiento político de Hegel*; Croce, Benedetto, *Saggi sul Hegel*; De Ruggiero, Guido, *Hegel 1968*; Dilthey, Wilhelm, *Hegel y el idealismo*; Hippolite, Jean, *La concepción de la antropología y el ateísmo en Hegel*; Kaufmann, Walter, *Hegel*; Löwith, Karl, *De Hegel a Nietzsche*; Marcuse, Herbert, *Razón y revolución*; Palmier, Jean-Michel, *Hegel*; Sauer, E., Friedrich, *Filósofos alemanes*; Serrau, René, *Hegel y el hegelianismo*.

<sup>8</sup> Cf. Abbagnano, Nicola, *Historia de la Filosofía*, III, p. 92; e também de sua autoria *Filosofía, religión y ciencia*, p. 15; Sciaccia, Michele Federico, *Historia de la Filosofía*, p. 474.

xando à beira do caminho todas as civilizações que a industrial despreza: os árabes, por serem fanáticos, decadentes e sem limites; os judeus, porquanto sua religião os impede de alcançar a liberdade por submergi-los no *serviço rigoroso*; os latinos, por não terem sabido atingir o espírito de liberdade germânico etc. Outros nem sequer são colhidos pela história, como os negros que, segundo Hegel, mal superam os animais e carecem de moral; alguns asiáticos, por serem apenas um pouco mais avançados que os negros; e nós, latino-americanos, por carecermos ainda de história – só temos futuro<sup>9</sup>. A esse respeito, convém ter presente que a inferioridade americana era geográfica (continentes de origem mais recente), onde havia mais umidade (o que fazia crescer os animais pequenos, mas impedia o desenvolvimento dos grandes), que a tudo apodrecia e debilitava todos os animais vindos da Europa, inclusive o homem europeu. Era essa a visão dos enciclopedistas, que Hegel acolhia em grande parte<sup>10</sup>. O *Geist* alcança a liberdade pela consciência de si mesmo (autoconsciência); o objetivo (antítese), em que, já livre, o ser humano se relaciona com seus semelhantes também livres; o estágio do espírito absoluto (síntese), em que o espírito da humanidade se eleva por sobre o mundo. O direito pertence à etapa do espírito objetivo (relações entre seres humanos livres), ao passo que à do espírito absoluto pertencem a religião, a arte etc. Como corolário deste pensamento o humano que não havia superado o estágio subjetivo não era candidato a atuar com relevância jurídica, por não ser livre, o que permitia classificar os seres humanos entre os que pertenciam à *comunidade jurídica ou espiritual* e os que dela não faziam parte e, conseqüentemente, urgia imprimir-lhes um tratamento diferenciado. Os que não eram livres (não compartilhavam os valores e normas da civilização industrial) podiam ser colonizados (para obter a liberdade), mas não cometer um delito, porque estavam impossibilitados de agir com relevância jurídica. Os indígenas, os negros, os loucos e os que, por não compartilharem os valores da comunidade espiritual ou jurídica, devido a seu comportamento reiterado, não eram livres (autoconscientes) nem tampouco podiam agir com relevância jurídica, achavam-se *sujeitos à tutela* e considerados *indignos de pena*.

5. O pensamento penal hegeliano, com tais elementos, pôde defender, sem grande esforço, que o contrato social não abrangia toda a espécie humana, mas só a parte em que o *espírito da humanidade* se achava mais evoluído por assemelhar-se bastante à cultura da classe hegemônica (etnocentrismo). Dentro dos próprios países europeus, aqueles que sinalizavam não pertencer à *Gemeinschaft*

<sup>9</sup> Hegel, G. W. Friedrich, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, especialmente pp. 169, 177, 215, 354 e 657.

<sup>10</sup> Buffon, *Oeuvres choisies*, especialmente, em *Différence entre le nouveau continent et l'ancien*, pp. 26 e 27. Cf. também Gerbi, Antonello, *op. cit.*, pp. 7 ss.

ou à *Rechtsgemeinschaft* (comunidade jurídica) não mereciam o tratamento da pena retributiva ou talional, isto é, não podiam ser apenados com justiça (dedução que Hegel parece não fazer de uma maneira direta, mas que provém nitidamente de seus princípios e permite abandonar a pena proporcional ao delito para os *reincidentes* e *contumazes*, os quais ficariam sujeitos a medidas de coerção direta diferida e indeterminada).

6. A eticidade se consolida em Hegel no estado racional, que é o único que subtrai do castigo seu componente de vingança. À medida que o delito é considerado sob o aspecto de *crimina privata* (como o furto e o roubo entre os judeus e romanos, e agora entre os ingleses em determinados casos – esclarece)<sup>11</sup>, o castigo mantém sua condição de vingança, o que o torna uma simples injustiça somada à outra (o delito). Para ele, só em mãos do estado racional a pena perde sua irracionalidade e passa a ser ética, deixando de ser uma contradição. O estado racional de Hegel é o único que pode levar a pena à condição de cancelamento do injusto e consequente ratificação do direito. *O delito, como negação do direito, é cancelado com a pena, como negação do delito (a negação da negação é afirmação)*<sup>12</sup> e, portanto, como afirmação do direito, somente no estado racional. Hegel reafirmava, assim, o confisco da vítima como progresso da razão, distinguia o dano do delito do injusto do delito, a lesão criminosa da afetação do bem jurídico e ratificava a lesividade como signo desse injusto, mas não como sua essência. *O bem jurídico não se resalta em Hegel, pois sendo o estado, praticamente, o garantidor da eticidade, ele permanece como único titular dos bens jurídicos*. A essência do delito era para Hegel uma lesão à eticidade, alcançada no estado e não nas ações que consistem em vontade subjetiva. Sua noção de estado não é a de uma vontade comum, mas universal, que o coloca bem acima da pessoa, como intérprete único do espírito do mundo. Por isso, não impugna a pena de morte, como fizera Beccaria, pois o estado podia impor sacrifícios existenciais<sup>13</sup>.

7. Na realidade, o estado racional de Hegel é uma utopia. Não se trata de um estado realizado e concreto. Ele foi, na verdade, o primeiro filósofo que enfrentou o problema da modernidade em toda sua magnitude<sup>14</sup> e, portanto, o da racionalidade na coexistência, mas seu modo de conceber a razão (como motor ou força) e seu romantismo (a busca de infinitude) levaram-no a fragmentar o avanço da razão no estado. Hegel racionalizou, como ninguém antes, a empresa planetária da civilização industrial, e o mais curioso – embora

<sup>11</sup> Hegel, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, pp. 112-113.

<sup>12</sup> A respeito da pena em Hegel, Betegón, Jerónimo, *La justificación del castigo*, pp. 60 ss.

<sup>13</sup> Cf. Bobbio, Norberto, *Estudios de Historia de la Filosofía*, p. 218.

<sup>14</sup> Cf. Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, pp. 37 ss.

não aleatório – é que em seu cerne aparece o poder punitivo. Tal poder é chave para essa civilização técnico-científica, que exige ter o estado em suas mãos, que ratifica o confisco da vítima, que deve erradicar dessa maneira a vingança, mas que de modo algum pode admitir ser ela exercida pelo estado incontroladamente, motivo pelo qual a única via de escape que encontra é um estado racional que, com efeito, não é uma saída, mas sim um fecho utópico e não-explicado do caminho da razão. Hegel é suscetível a muitas interpretações, mas, nesse aspecto, não se afasta muito da contradição básica do direito penal liberal em sua versão fundacional: debate-se entre legitimar e pôr limites. Legítima por um lado, enquanto o limite alça voo rumo à utopia. Daí, a partir de seus escritos – frequentemente não muito claros – abrirem-se dois caminhos, e que ambos tenham sido percorridos: a) uns circularam pela trilha da legitimação e postergaram a referência ao estado racional, confundindo-o com o estado real (é o *hegelianismo autoritário e reacionário*); b) outros enfatizaram a necessidade de modificar o estado, conduzindo-o em direção ao estado racional (trata-se do *hegelianismo liberal e do hegelianismo de esquerda*)<sup>15</sup>.

8. Seria absurdo dizer que o pensamento decaiu com Hegel, mas talvez não fosse tão absurdo afirmar que ele chega a um de seus pontos mais altos e o deixa à beira de um abismo. Por um lado, permitiu racionalizar o estado com a burguesia consolidada no poder hegemônico, como oligarquia deixando fora do contrato as *classes perigosas* (não-autoconscientes) e os colonizados periféricos (os negros próximos aos animais e nós, latino-americanos, que não temos história, mas futuro). A minoria autoconsciente era a única que permanecia no contrato. Sua tradução penal tem o nome de *sistema vicariante* de penas e *medidas de segurança*: os autoconscientes são apenados dentro dos limites da retribuição racional, e os não-autoconscientes (não-livres) são neutralizados pelas medidas; nos casos duvidosos, o juiz escolhe se se trata de um livre ou de um não-livre e, em última instância, faz a pena ser substituída (vicária) pela medida. Por outro lado, os hegelianos liberais ou de esquerda afirmam que isso é uma deformação do pensamento de Hegel, quem, na realidade, inaugura a grande disputa em torno da construção do estado racional ético, o que implica uma transformação política revolucionária.

9. Tal circunstância explica que o hegelianismo penal tenha acolhido pensadores liberais, como os penalistas hegelianos alemães do século XIX, entre eles Köstlin (1813-1856), Abegg (1796-1868), Hälscher (1817-1889) e Berner

<sup>15</sup> Os diversos caminhos do hegelianismo em Marcuse, Herbert, *Razão e Revolução*, Rio, 1969, ed. Saga.

(1818-1907)<sup>16</sup>, e o italiano Pessina (1828-1916)<sup>17</sup>. Porém, não se pode ignorar tampouco que os que se deslocaram para o lado da legitimação chegaram a valer-se de suas teses para produzir penalismo nazista, como o fizeram Larenz<sup>18</sup> (discipulo do jusfilósofo Binder)<sup>19</sup> e Hellmuth Mayer<sup>20</sup>, ou que do idealismo liberal de Pessina se passasse com algumas incoerências para a escola penal neo-idealista ou do idealismo atual, com Ugo Spirito<sup>21</sup> (apesar de seu avalista filosófico, não totalmente estranho a seu pensamento, ter sido Giovanni Gentile<sup>22</sup>). Novas combinações contemporâneas fazem-no ressurgir como legitimação inserida no funcionalismo sistêmico. Hegel tensionou a contradição da versão fundacional do penalismo liberal até fazê-la colidir, e a partir dele cada um pôde recolher o pedaço que quis – o que não foi sua culpa, é claro –, mas sua tarefa, indiscutivelmente, converteu-o em referência das tendências mais díspares.

<sup>16</sup> Kostlin, Christian Reinhold, em *Neue Revision* e em *System*; Abegg, Julius Friedrich Heinrich, em *Lehrbuch*, em *Der verschiedene Strafrechtstheorien* e em *Untersuchungen*; Halscher, Hugo, em *Das gemeine deutsche Strafrecht*, em *Das preussische Strafrecht* e em *System des preussischen Strafrechts*; Berner, Albert Friedrich, em *Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre* e em *Lehrbuch* (há quinze edições posteriores, até 1898).

<sup>17</sup> Pessina, Enrico, *Elementi*. Ainda da autoria de Pessina há outras obras como *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX; Il naturalismo e le scienze giuridiche; La crisi del diritto penale nell'ultimo trentennio del secolo XIX; Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria fino alla promulgazione del codice penale vigente*. Sobre este autor discorreu Mazzola, Enrico, *Nel I Centenario*. Spirito, Ugo, *Storia*, pp. 155 ss.

<sup>18</sup> A respeito desse autor, cf. Kökert, Josef, *Der Begriff der Typus bei Karl Larenz*. A tese de Larenz (1903-1993), de 1926, foi *Hegelzurechnungslehre* e sua habilitação, em 1929, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* (1930). Seu neo-hegelianismo é nazista e sua influência, discutível. O trabalho que realizou nesse período intitulou-se *Gegenstand und Methode des volkischen Denkens*, 1938. Sua tese central era que toda relação jurídica estava submetida à ordem da comunidade e que cada vínculo devia ser compatível com o interesse desta (assim o defendeu em *Rechtsperson und subjektives Recht, Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, pp. 31-40).

<sup>19</sup> Binder, Julius, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*. Também de sua autoria, *Der deutsche Volkstaat*.

<sup>20</sup> Mayer, Hellmuth, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*.

<sup>21</sup> De Spirito, Ugo, *L'idealismo italiano e i suoi critici; La vita come ricerca; Il problematicismo; La filosofia del comunismo; Scienze e Filosofia; La vita come arte; El pragmatismo en la filosofía contemporánea; Il nuovo diritto penale*.

<sup>22</sup> Gentile, Giovanni, *Teoria generale dello spirito come atto puro*. Sobre Gentile escreveram Spirito, Ugo, *Giovanni Gentile*; Santarelli, Enzo, *Storia del Fascismo*, Roma, 1973, III, pp. 251 ss.

### III. As respostas ao hegelianismo

1. Entre as respostas ou reações desencadeadas pelo hegelianismo, talvez aquela filosoficamente mais importante seja a de Friedrich Nietzsche (1844-1900)<sup>23</sup>, que suscitou as mais desencontradas interpretações. Seu caráter de demolidor de ruínas filosóficas é incontestável, mas a obscuridade de muitas de suas expressões e a aberração de outras tantas deram lugar a leituras arbitrárias, sem contar com as tergiversações intencionais, em grande parte de sua própria irmã e curadora<sup>24</sup>. Nietzsche jogou por terra tudo quanto pôde, mas demolir não é tarefa harmônica, embora seja sistemática, porquanto a magnitude das ruínas e respectivas paragens é que marca seu ritmo e sua intensidade. Não há um *penalismo nietzscheano*, porque seria impossível que existisse. Entretanto, é importante saber como Nietzsche retomou um tema central de Hegel e tratou de arrasá-lo em sua obra de maior relevância (*Also sprach Zarathustra*): a temática da vingança. Hegel havia escrito que *a vingança, por ser a ação positiva de uma vontade particular, tomada, como herança que vai passando de geração em geração*<sup>25</sup>. Hegel pretendia livrar-se da vingança na eticidade de seu estado racional, mas justamente neste estado a razão hegeliana é interrompida, parece deter-se em seu caminho para o infinito, em seu progresso linear, que foi pensamento comum a toda a Ilustração e pertinente a um tempo em *avanço*, segundo uma ideia linear de tempo, de onde surge a prisão como pena. Nietzsche retomou o tema ridicularizando o estado racional de Hegel, embora, ao fazê-lo, tenha incorrido nas mais aberrantes afirmações. Sua liberdade de pensamento nessa matéria desconhecia qualquer limite, pois não havia baliza convencional que o contivesse. Impelido por sua genialidade ou por sua doença, o certo foi que levou adiante a tarefa demolidora, pouco importando sua motivação. Para ele, o que escraviza o homem é a vingança, e onde Hegel via a saída, Nietzsche só enxergava uma *aliança de vingadores*, que tratava de controlar e destruir o que pretendesse superar a vingança, ou seja, seu *Übermensch* (super-homem). Contudo, anteriormente, Nietzsche já se pergunta-

<sup>23</sup> Sobre Nietzsche publicou-se um número enorme de obras. Por todas elas podem ser mencionados: Römer, Heinrich, *Nietzsche*; Obenauer, Karl Justus, *Friedrich Nietzsche, der ekstatische Nihilist*; Richter, Raoul, *Friedrich Nietzsche, sein Leben und sein Werk*; Giusso, Lorenzo, *Nietzsche*; Götz, Karl August, *Nietzsche als Ausnahme*; Halévy, Daniel, *La vida de Federico Nietzsche*; Martínez Estrada, Ezequiel, *Nietzsche*; Thibon, Gustave, *Nietzsche*; Vetter, August, *Nietzsche*; Deleuze, Giles, *Nietzsche y la filosofía*; Lefebvre, Henri, *Nietzsche*; Löwith, Karl, *De Hegel a Nietzsche*; Jaspers, Karl, *Nietzsche*; Ross, Werner, *Friedrich Nietzsche*; Abraham, Tomás, *El último oficio de Nietzsche*; Sajfranski, Rüdiger, *Nietzsche – Biografía de su Pensamiento*, Barcelona, 2001; Machado, Roberto, *Nietzsche e a Verdade*, Rio, 1999, ed. Grall.

<sup>24</sup> Cf. Macintyre, Ben, *Sulle tracce di Elisabeth Nietzsche*.

<sup>25</sup> Hegel, *Filosofía del Derecho*, p. 112.

va qual era o objeto da vingança, a quem ela se dirigia, e concluía ser a mesma contra o tempo e seu foi que, em uma concepção linear, se torna irremediável. A vingança era contra o que foi e já não pode ser de outro modo. Seguir-se-ia daí que se o homem tem de passar de sua condição humana para o estado de super-homem (*Übermensch*), devia livrar-se da vingança e, para isso, devia liberar-se antes da ideia linear de tempo. Apesar de Nietzsche não dizê-lo, é sugestivo que quando o deserto avança (ou seja, quando decai o pensamento) a pena se converte em uma medida temporal-linear como se – seguindo seu raciocínio – se depurasse e desnudasse enquanto vingança, tirando do ser humano seu tempo e seu foi<sup>26</sup>.

2. Tanto na opinião de Nietzsche quanto na de Hegel, o progresso ou superação se daria na eliminação da vingança, mas o que Hegel justamente sacraliza como sua eliminação (o estado racional), Nietzsche despreza como garantia de perpetuação da vingança. Se seu *super-homem*, rompendo com toda essa pretensa racionalidade da coalizão dos vingadores<sup>27</sup>, seria capaz de superá-la. Em suma, a superação dava em uma diferente concepção do tempo, não linear mas circular, retomando a ideia estoica do eterno retorno. É evidente que, pelo menos nessa essência do pensamento de Nietzsche, não podia haver nenhuma legitimação da pena, razão pela qual não é de estranhar que não tenha havido penalismo nietzscheano. O discurso legitimador do poder punitivo jamais pôde sentir-se mais órfão de proteção do que no pensamento de Nietzsche. Cabe assinalar que tal pensamento também rompeu contradições de uma tensão insustentável e, por conseguinte, a partir dele, pode-se muito bem empreender o caminho de um *Übermensch* como imagem de superação da vingança (nem sempre muito clara no próprio Nietzsche), ou apenas a de sua ridicularização do estado racional. Este segundo caminho foi politicamente entendido como direcionado para a *pleonexia de Calicles*<sup>28</sup> (a consagração do direito do mais forte), o que converteria seu *Übermensch* em uma *alegre besta louca* irresponsável. Nietzsche deu pábulos a essa dualidade<sup>29</sup>, mas não parece ser a essência de seu pensamento. Sem dúvida alguma, o que cabe resgatar é a conexão entre tempo e vingança, bastante sugestiva para o pensamento penal.

<sup>26</sup> Cf. Nietzsche, Friedrich, *Also sprach Zarathustra*, II, *Von der Erlösung*, em *Werke*, v. I.

<sup>27</sup> Especialmente em *Zur Genealogie der Moral*, em *Werke*, v. IV, pp. 281 ss.

<sup>28</sup> Cf. Platão, *Gorgias* o de la retórica, em *Obras completas*, t. II, pp. 441 ss; Menzel, Adolf, *Calicles*, trad. Mario de la Cueva, Jaeger, Werner, *Paideia*, pp. 296 ss.

<sup>29</sup> A reivindicação nacional-socialista de Nietzsche pode ser vista na síntese de Alfred Bäumler, transcrita por Mosse, Georg S., *La cultura nazi*, pp. 122 ss; uma leitura penal próxima a Kiel; Heinze, Kurt, *Verbrechen und Strafe bei Friedrich Nietzsche*.

3. Outra resposta ao hegelianismo, talvez a mais importante para o saber penal, tenha sido a que se chamou de *racionalismo harmônico*, ou seja, o pensamento filosófico de Karl Christian Friedrich Krause (1781-1831/2)<sup>30</sup>, cuja corrente é comumente denominada *krausismo*. Krause foi tão romântico quanto seu contemporâneo Hegel, apesar de seu êxito pessoal ter sido menor, a ponto de ser hoje quase ignorado na Alemanha<sup>31</sup>. Entretanto, devido a circunstâncias históricas particulares, seu pensamento foi divulgado na Espanha<sup>32</sup>, predominou entre os políticos da Primeira República espanhola e chegou à América Latina, onde teve seguidores no fim do século XIX e começo do XX.

4. Desde a filosofia oriental, há no idealismo uma filosofia *cósmica* e outra *acósmica*: para a primeira, tudo é no cosmo; para a segunda, o cosmo não é<sup>33</sup> (é uma ilusão) e o absoluto se encontra fora do cosmo e é. Krause segue o caminho idealista da filosofia cósmica e afirma que *tudo é no absoluto e tende para o absoluto* (é *panenteísta*: tudo em Deus, por opção ao *panetismo*, tudo é Deus). Parte de uma intuição originária: a *humanidade* abarca a *natureza* e o *espírito*, que são três infinitos relativos, por oposição ao infinito absoluto, àquilo que a tudo tende e no que tudo é. O que mais se difundiu dessa filosofia foi sua ética, como uma ética de felicidade que se consegue pondo-se de acordo com a tendência universal ao absoluto. Toda a vida é concebida como um constante movimento para o absoluto num amor entre os humanos que assume a forma de uma grande confraria. Para Krause, tal tendência universal (cósmica) abarcava não apenas os humanos, mas todos os entes: o direito seria o favorecimento dessa tendência. Eis a base do jusnaturalismo idealista de Krause.

5. A ideia krausista de estado se aproximava de uma corporação fraternal que tendia a desaparecer, à medida que os homens fossem internalizando sua

<sup>30</sup> Krause, K. Ch. F., *Ideal de la humanidad para la vida*, trad. Julián Sanz del Río, Madrid, 1904; *Abriss des Systemes der Philosophie des Rechtes oder des Naturrechtes: Das System der Rechtsphilosophie; Vorlesungen über Naturrecht*, Leipzig, 1892; de seu discípulo Tiberghien, G., *Estudios sobre filosofía*: a obra crítica de Ortí y Lara, *Lecciones sobre la filosofía de Krause*; bibliografía sobre este autor em Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, I, pp. 1065 ss; em relação ao direito, Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Krausismo y Derecho*; sobre krausismo, López Morillas, Juan, *Krausismo: estética y literatura*; uma completíssima biografia é a de Ureña, Enrique M., *Krause, educador de la humanidad*.

<sup>31</sup> Veja-se a forma despectiva como o trata Windelband, G., *Storia della filosofia moderna*, III, p. 126; nos últimos anos tem despertado certa atenção. Quanto às consequências penais de seu pensamento, cf. Landau, Peter, em *Fest. f. Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 473 ss.

<sup>32</sup> Cf. López Morillas, Juan, *El krausismo español*; Buezas, Fernando Martín, *La teología de Sanz del Río y del krausismo español*; Azcárate, Pablo de., *Sanz del Río*; Díaz, Elías, *La filosofía social del krausismo español*.

<sup>33</sup> Cf. Radhakrishnan, Sarvepalli, *History of Philosophy*, I, p. 62.

tendência ao absoluto e progredindo moralmente por essa via. O krausismo fundamentava assim uma espécie de liberalismo ético e libertário, cuja concepção cósmica impunha um respeito considerável pela natureza. A noção de tempo, em uma concepção cuja ética se assemelhava ao estoicismo, não era tampouco linear, mas seria como uma sorte de movimento de expansão e contração. O krausismo tinha componentes que urgiria aprofundar; no entanto, o que convém destacar e sua disposição dialógica cósmica, a ponto de enraizar-se no pensamento mais atual em termos de direitos subumanos<sup>34</sup>. Como todo o movimento idealista do pensamento em que se inseria, o racionalismo harmônico de Krause também procurava livrar-se da vingança. Tentava fazê-lo mediante uma fraternal atitude universal que, em lugar de vingança, propugnava um melhoramento (*Besserung*) moral. A aplicação dessa filosofia ao saber penal resultou na *concepção da pena como melhoramento moral*. Sua versão, na filosofia jurídica, esteve a cargo de Ahrens<sup>35</sup>, e no direito penal, de Karl David August Röder (1806-1879)<sup>36</sup>, que foi a cabeça mais visível da chamada *teoria da correccionalidade ou do melhoramento (Besserungstheorie)*<sup>37</sup>.

6. A tradução penal do racionalismo harmônico correu o risco de introduzir uma perigosa confusão entre moral e direito, justamente porque também incidiu no grave esquecimento do estado real e concreto. Krause concebia um estado em vias de contração e final desaparecimento, o que, por certo, contrastava frontalmente com o estado verticalizado que exigia poder de seu tempo. Não causa surpresa que o krausismo haja tido tão pouca ressonância no estado prussiano, e que enquanto seu contemporâneo Hegel ganhava algum espaço oficial, Krause não tinha nenhum. Foram muitas as críticas ao krausismo e particularmente à *Besserungstheorie* de Röder. Na realidade, o confronto entre Carrara e Röder<sup>38</sup> tem plena justificação, pois a mera transferência do krausismo

<sup>34</sup> Sobre isso, Rivacoba, *Krausismo y Derecho*, p. 67; a ideia também por outra via em Spencer, Herbert, *La justicia*, pp. 12 ss.

<sup>35</sup> De Ahrens, *Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie; Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*; em castelhano, *Curso de derecho natural o de filosofia del derecho* (sem indicação de tradutor); *Curso de derecho natural o de filosofia de derecho completado en las principales materias, con ojeadas históricas y políticas*, trad.P. Rodríguez Hortelano e M. Ricardo de Asensi; em francês, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*.

<sup>36</sup> Deste autor, em castelhano, Röder, K. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena; Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*; em alemão, *Besserungstrafe und Besserungstrafanstalten als Rechtsforderung: Grundzüge des Naturrecht oder der Rechtsphilosophie*.

<sup>37</sup> Sobre isso escreveram Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El correccionalismo penal*; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, pp. 85 ss. Em Portugal, Levy Maria Jordão projetou um código de corte correccionalista em 1864 (cf. Eduardo Correia, I, p. 109).

<sup>38</sup> Carrara, Francesco, *Programma*, I, p. 495. Cf. também *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, em *Opuscoli*, I, pp. 203 ss.

para o plano penal de um estado como o prussiano (ou qualquer um dos europeus de seu tempo) era de uma temerária ingenuidade. Röder pretendeu legitimar um poder punitivo, o que se tornava impossível com essa proposta no quadro de um estado verticalista e cujo poder de vigilância ia se fortalecendo. Lendo Krause atentamente, percebe-se que ele promove uma profunda revolução subjetiva, que não se pode adequar a um quadro de poder diferente nem sequer legitimá-lo. Em suma, Krause deslegitimava o poder punitivo e tratava de substituí-lo por um poder ético, em vias de extinção devido à progressiva internalização de sua ética fraternal. Seu emprego em forma legitimadora, como fez Röder, foi útil enquanto eliminava a pena de morte e favorecia institutos como a liberdade condicional, mas seu desenvolvimento completo poderia ser nefasto para as garantias no quadro do poder de um estado cujas classes hegemônicas tendiam a suprimir todos os limites do poder punitivo.

7. O pensamento de Krause é rico e sugestivo, mas o estado krausista não é real, como não o foi tampouco o estado racional hegeliano. Vemos, com frequência, tal problemática ser reiterada: há propostas do pensar penal que são, afinal, as de modelos de sociedade, cujo contexto não é possível suprimir, sob pena de incorrer em resultados diametralmente opostos. Eis o perigo da *Besserungstheorie*, embora o pensamento de sua fonte filosófica seja rico e generoso e tenha muitos aspectos que readquirem atualidade. Não é tão simples criticar alguns aspectos profundos do krausismo, apesar de ser mais fácil fazê-lo com a aplicação que do mesmo fez Röder ao saber penal. Quanto ao sentido da história krausista, não se distanciava muito do etnocentrismo hegeliano. Pelo menos em sua tardia versão espanhola, afirmava-se que a família havia *involuído* nos *estados-nações* europeus e que estes praticariam uma nova *involução* em um *estado-Europa*, e quando a *humanidade* tivesse cumprido na Europa essa *grande involução* iria *estendê-la a todo o planeta*<sup>39</sup>. Nesse sentido, o racionalismo harmônico não percebeu suas raízes não-europeias.

8. No século XIX, as condições de trabalho e de sobrevivência das massas humanas concentradas nas cidades europeias eram terríveis. Dickens nos faz descrições desse genocídio. Vários foram os autores que ensaiaram projetos socialistas<sup>40</sup>. À medida que o século avançava, tornava-se menos sustentável apresentar essa situação como avanço do *Geist* da humanidade. Outra reação ao hegelianismo, politicamente a mais importante, deve-se a Karl Marx (1818-1883)<sup>41</sup>, quem pro-

<sup>39</sup> Sanz del Río, Julián, em Sanz del Río/Krause, *Ideal de la humanidad para la vida*, p. 58.

<sup>40</sup> Cf. Buber, Martin, *Caminos de utopia*; Cole, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista*.

<sup>41</sup> Em especial, Marx, Karl, *Manuscritos económico-filosóficos*. Sobre sua antropologia discorreram Fromm, Erich, em *Marx y su concepto del hombre*; Mondolfo, Rodolfo, *Marx y marxismo*, assim como *El humanismo de Marx*; Bloch, Ernst, *Naturrecht und menschliche Würde*.

piciou um pensamento que enfrentasse essa situação, permitindo-lhe converter-se em bandeira de luta dos marginalizados da época. Existia, praticamente, um vazio ideológico que não podia ser mantido por muito tempo e que o marxismo e o anarquismo lutavam para preencher. Marx tomou de Hegel o tempo linear, a dialética e o progresso, a alienação e a idolatria: só que, para Marx, o motor da história não era a particular concepção da razão de Hegel, mas sim a luta de classes. O pensamento marxista sustentava que o homem nasce condicionado às relações de produção, mas que pode atuar sobre elas e modificá-las.

9. A alienação hegeliana tinha lugar quando o homem deixava de ser para si mesmo e passava a ser *para as coisas*, ao passo que a de Marx foi concebida a partir das relações de produção da economia capitalista. A dialética marxista propiciava uma visão da história cujo motor – a luta de classes – ia acionando um avanço triádico (da *escravidão* à *servidão* e desta ao *capitalismo*). A mesma dialética de luta de classes iria do capitalismo ao *comunismo*, onde Marx se encontra tal como Hegel, porque a história se esgota. Assim como Hegel acabava na utopia do estado racional, ou Nietzsche no *Übermensch*, Marx desembocava no comunismo: a partir desse momento, considerava que o ser humano estaria livre da alienação e começaria a história, em uma sociedade sem classes, porque, efetivamente, o até agora vivido seria a seu ver uma pré-história.

10. Para Marx, o direito é uma superestrutura ideológica de domínio da classe opressora. Em sua opinião, *ideologia* tinha o sentido negativo de uma manipulação discursiva que esconde a realidade<sup>42</sup>. Marx duvidou do poder do discurso. Sua preocupação prioritariamente deslegitimadora não lhe permitiu ver com clareza sua importância para o poder, ou melhor, não o considerou em seu momento histórico de grande significação. O estado seria apenas uma estrutura necessária na luta de classes, mas tanto ele quanto o direito iriam desaparecer à medida que a luta de classes fosse terminando, até serem desnecessários numa sociedade sem classes. Para chegar ao comunismo, ele considerava que se devia passar por uma ditadura do proletariado, geradora das condições de transição, isto é, que a luta de classes deveria acabar com a tomada do poder pela classe operária, encarregada de configurar uma sociedade sem classes. O componente romântico da ditadura como passagem prévia para o comunismo – que foi seu desencontro mais notório com Bakunin<sup>43</sup> – torna-se perigoso, pois é facilmente manipulável. Seu pensamento não se afasta do etnocentrismo hegeliano, a ponto de considerar o colonialismo um fenômeno positivo que incorpora à história os países colonizados<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Cf. Bekerman, Gérard, *Vocabulaire du marxisme – Wörterbuch des Marxismus*, pp. 85 e 253.

<sup>43</sup> Cf. Capelletti, Ángel J., *Bakunin y el socialismo libertario*.

<sup>44</sup> Marx, Karl e Engels, Friedrich, *Acerca del colonialismo*.

11. A rigor, o pensamento marxista tem um importante conteúdo antropológico: sua *alienação*<sup>45</sup> aprimora o conceito hegeliano e o faz mais real; a im- etnocentrismo hegeliano (a base ideológica do domínio neocolonialista), o que gera o risco de uma manipulação autoritária e interrompe, tão abruptamente como Hegel, o caminho de saída da vingança: delito e pena são o produto de relações de mudança, que desaparecerão no comunismo, quando imperarem as relações de solidariedade. Ao colocar a luta de classes como motor da história, elimina a ideia de *Geist* e razão hegelianas, além de introduzir – ou reintroduzir – uma sociologia *confitual* que separará bem nitidamente seu pensamento das correntes funcionalistas. A autoconsciência hegeliana passou a ser em Marx a consciência de classe, o que lhe permitiu introduzir uma distinção entre o proletariado consciente e o proletariado esfarrapado (*Lumpenproletariat*)<sup>46</sup>, incapaz de ação revolucionária precisamente pela falta de autoconsciência, integrado por grupos marginalizados pela sociabilidade industrial imposta às cidades europeias, e facilmente cooptáveis pela burguesia.

12. A partir de Marx nasce o *marxismo*, um conjunto de teorias que são – ou pretendem ser – a continuação de seu pensamento ou de seu método. Há numerosíssimas correntes marxistas<sup>47</sup>; muito embora nos seja impossível explanar aqui seu enunciado e sua classificação, pelo menos, para a respectiva análise, sempre se deve levar em conta a polarização primária entre a) as que são tributárias do *romantismo marxista*, ou seja, o chamado marxismo ideológico e que, por via de regra, serviram para que o marxismo institucionalizado se fortalecesse o estado totalitário, e b) as que insistem no aspecto metodológico ou de *análise marxista*, cuja virtude é sublinhar a necessidade de considerar qualquer fenômeno social segundo sua dimensão econômica inscrita em certo sistema de produção, o que expõe conflitos que, de outro modo, não seriam percebidos com clareza. Hoje, não se pode negar com seriedade a importância de tais conflitos no fenômeno criminal<sup>48</sup> e no controle social, nem tampouco o papel que desempenham na ideologia penal. O risco da *análise marxista* é incidir

<sup>45</sup> Cf. Bekerman, Gérard, *Vocabulaire*, pp. 27 e 231.

<sup>46</sup> Idem, pp. 95 e 282.

<sup>47</sup> Veja-se Hobsbawm, Eric J. (org.) *História do Marxismo*, trad. C. N. Coutinho et alii, Rio, 1983, ed. Paz e Terra, 12 vols.; Löwy, Michael (org.), *O Marxismo na América Latina*, trad. C. Schilling et alii, S. Paulo, 1999, ed. P. Abramo, Aarão Reis Filho, D. et alii, *História do Marxismo no Brasil*, Rio, 1991, ed. Paz e Terra.

<sup>48</sup> Não se pode esquecer o mérito dos trabalhos pioneiros do criminólogo holandês Bongers, Willem Adriaan (1876-1940), *Criminality and economic conditions* – em castelhano, *Introducción a la criminología* –, além de sua obra póstuma: *Race and crime*. A influência marxista é também clara na obra fundamental de Rushe e Kirchheimer, *Punição e Estrutura Social*.

num simplismo determinista que pode desembocar em um reducionismo economicista.

13. Hegel e seus críticos, por diversas, incompatíveis e insuspeitadas vias, descobriram a centralidade do tema do tempo, da vingança e a necessidade de sua superação. Todo esse complexo continua até hoje ocupando uma posição central. Segundo Hegel, a vingança se superava com a utopia do estado racional que a eliminaria, fortalecendo o confisco da vítima como indispensável para esta. Nietzsche conseguia superá-la com seu *Übermensch*, que se imporia aos humanos submetidos à escravidão da vingança, destruindo a coalizão destes para eternizá-la. Krause a diluía em uma tendência cósmica para o absoluto, evidenciada em um amor crescente e fraternidade universal entre homens e coisas. Marx a superava com a dissolução das relações capitalistas de produção e o advento do comunismo e seus laços de solidariedade. Tanto nele quanto em Hegel o tempo continuava sendo linear; em Nietzsche e em Krause, ele adquiria outras formas. Os primeiros não têm outro recurso senão esgotar a história (Hegel, no estado racional; Marx, no comunismo). A pena mensurável em tempo faz parte dessas ideologias lineares que, apesar de terem sido as que mais claramente puseram em discussão o problema, não foram as que o criaram, mas as que pretenderam dar a resposta mais refinada e elaborada. *A centralidade descoberta por esses pensadores é o que explica o enorme potencial simbólico do poder punitivo, por mais arbitrário e irracional que ele seja.* É o substrato sobre o qual todas as agências do sistema penal constroem seu poder contraditório e competitivo. Mas não é só isso: a vingança e sua irracional meta é o substrato manipulado por todos os autoritarismos. A partir desse grande debate interrompido, evidenciou-se a centralidade do tempo e da vingança e se pôde explicar o incrível fascínio desta última, que impede as próprias vítimas de perceber a questão com um mínimo de clareza. Não foi possível prosseguir o debate porque o espaço estava se fechando. O pensamento humano sofreu uma de suas quedas mais perpendiculares e o pensamento penal, em particular, alcançou logo seu nível mais baixo: degradou-se até a mera racionalização simplista do *vigilantismo*. O deserto avança.

## § 22. O PERIGOSISMO E A COISIFICAÇÃO

### 1. O pensamento penal em seu limite mais baixo: a racionalização do controle policial racista

1. A classe industrial inglesa alcançou sua hegemonia antes daquelas da Europa continental; a partir desse momento, o discurso contratualista deixou de ser necessário para impor limites ao poder punitivo, porque havia passado a exercê-lo. Foi protagonista, antes de outros países, de uma guinada para o saber penal reduzido a saber técnico-científico, isto é, a saber de onde se extrai o pensar. O primeiro autor a marcar essa etapa de redução ao *empirismo* foi Jeremy Bentham (1748-1832)<sup>49</sup>. Seu pragmatismo foi – em certo sentido – uma antecipação do que mais tarde seria o *positivismo*. Nesse aspecto, com uma boa parcela de razão, já se disse que o pragmatismo é um positivismo com cálculo de rendimento<sup>50</sup>. Bentham negava qualquer direito subjetivo anterior ao estado. Por conseguinte, refutava a Declaração Francesa de 1789 e afirmava que o único critério para estabelecer quando um fato deveria arvorar-se em delito era a pura utilidade de fazê-lo que, para Bentham, resultava de um cálculo: devia-se medir o grau de prazer que aquela conduta provocava em seu autor e o grau de dor por ela causado aos demais, ou seja, o grau de utilidade era o lucro em felicidade, porquanto a legislação e a moral tinham o objetivo comum de produzir a maior quantidade possível de felicidade. Em virtude de terem o direito e a moral um objetivo comum (produzir felicidade), não poderiam ser distinguidos por seu objeto. Na opinião de Bentham, a única coisa que os diferenciava era sua extensão: para sua tese apenas razões práticas mostravam os graves inconvenientes que a criminalização de toda imoralidade acarretaria. Essa era a única razão pela qual a moral abrangia um âmbito maior que o direito.

2. Para o pragmatismo benthamiano, a pauta geral em que se baseava a limitação à intervenção do estado consistia em que esta última só se justificava quando produzia felicidade e na estrita medida desta. Assim, distorcia-se o racio-

<sup>49</sup> Dumont publicou em francês uma obra de Bentham, de 1789, juntamente com outros escritos deste sob o título de *Traité de législation civile et pénale*. De alguns manuscritos de Bentham, de 1775, e posteriores, o próprio Dumont extraiu o texto que se publicou com o nome de *Théorie des peines et des récompenses*. Esta obra foi traduzida para o castelhano e difundiu as ideias de Bentham pela América Latina: *Teoría de las penas y de las recompensas*. No Chile, *Teoría del Derecho Penal – Extracto de las obras de Bentham*. Sobre o autor em apreço, cf. Atkinson, C. M., *Jeremy Bentham: his life and his work*; Philippon, Coleman, *Three criminal law reformers*.

<sup>50</sup> Duguit, León, *El pragmatismo jurídico*.



cinio até converter a pena em um bem: embora não produza a felicidade de quem a suporta, a pena produz um bem na soma das felicidades individuais (utilidade pública), porquanto pouparia sofrimento como prevenção geral e individual. Para Bentham, por conseguinte, a pena tinha funções preventivas de ambas as espécies, mediante uma retribuição que correspondia à inflição da mesma extensão de dor antes infendida. Tal princípio era tão obsessivo em Bentham que ele chegou a imaginar uma máquina de flagelação para evitar o arbítrio do verdugo: *uma máquina cilíndrica que movesse corpos elásticos como juncos; o número de voltas seria fixado por ordem do juiz*<sup>51</sup>. Bentham foi um dos poucos autores da época que tratou da seletividade do sistema penal, ainda que só da perspectiva do compromisso que ela acarretava à tese da prevenção geral: por isso, sem qualquer embaraço, recomendava compensar a baixa probabilidade da impunidade com pena maior, ou seja, Bentham não tinha a percepção de Kant e admitia claramente valer-se do homem como meio para a felicidade alheia<sup>52</sup>.

3. Como a pena jurídica não era substancialmente diferente da moral, Bentham se sentia livre para dar-lhe caráter moralizante, que projetou como treinamento disciplinar para a produção industrial. Daí sua invenção de um estabelecimento carcerário panóptico<sup>53</sup>, implicando a construção de um edifício radial, com pavilhões provenientes de uma sede comum, de onde se conseguisse o máximo controle com o mínimo esforço sobre toda a atividade diária do preso, de vez que um único guarda poderia vigiar todos os pavilhões da parte central apenas virando a cabeça, sem que os indivíduos ali vigiados percebessem quando isso estava acontecendo, embora soubessem que a qualquer momento poderia ocorrer<sup>54</sup>. Sua ideologia da pena foi a do treinamento mediante estrito controle do comportamento do apenado, que não desfrutaria de um só instante de privacidade. Tal ideologia foi adotada depois por diversos mentores de regimes e sistemas chamados *progressivos*, mas no fundo continuava redundando na mesma coisa: vigilância, arrependimento, aprendizagem, moralização (trabalhar em prol da felicidade). Em geral, a ideologia desse tratamento tinha correspondência com a forma de trabalho industrial, tal como era concebida e praticada na época: estrita vigilância sobre o trabalhador na fábrica, permanente controle do capataz, impedimento de dispor de qualquer tempo livre durante o trabalho etc. As analogias entre o cárcere e a fábrica foram estudadas e obtiveram resultados surpreendentes<sup>55</sup>. E não podia ser de outra maneira, pois se concebera o cárcere

<sup>51</sup> Bentham, *Teoria de las penas*, t. I, p. 72.

<sup>52</sup> Idem, pp. 22 ss.

<sup>53</sup> Idem, pp. 152 ss.

<sup>54</sup> Cf. Mari, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo*. Cf. Ainda a entrevista de Foucault (*L'Œil du pouvoir*) e o artigo de Michelle Perrot (*L'inspecteur Bentham*) no volume Bentham, Jeremy, *Le Panoptique*, Paris, 1977, ed. P. Belfond.

<sup>55</sup> Melossi, Dario e Pavarini, Massimo, em *Carere e fabbrica*.

como treinamento para a fábrica. Não obstante, convém esclarecer que na prática isso nunca funcionou como Bentham havia imaginado. O pragmatismo repercutiu na América Latina<sup>56</sup> e deu frutos no campo penal na Espanha da primeira metade do século XX<sup>57</sup>.

4. Herbert Spencer (1820-1903) foi um engenheiro ferroviário, aficionado à filosofia, quem, com grande simplicidade, apresentou uma teoria que levou o pensar a seu mais baixo nível<sup>58</sup>. Quanto mais irracional for um exercício de poder, menos pensante<sup>59</sup> será o discurso exigido por sua legitimação, e assim foi o discurso spenceriano: embora se possa pensar na manipulação do pensamento de Hegel, não foi possível, porque seu nível era elevado demais para a legitimação que se pretendia e a respectiva polémica suscitada também se mantinha dentro de certa densidade de pensamento. Foi necessário um saber muito menos pensante para legitimar a crueldade interna e planetária. O modo mais eficaz para eliminar o pensamento era a radical negação de qualquer dado que não fosse *empírico*, isto é, puro saber técnico-científico. Este foi o programa do chamado *positivismo*, apesar de não ter passado de uma declaração de propósitos programáticos porque, na realidade, tomou por empréstimo todos os elementos que o idealismo lhe propiciara e vestiu-os de ciência em um nível notoriamente burdo. No momento em que os avanços tecnológicos revolucionavam as comunicações (ferrovias, navegação a vapor, telégrafo, canal de Suez etc.), a ciência santificava de verdade o que se adaptava à sua roupagem. E como a Grã-Bretanha e o restante da Europa deviam justificar seu império colonial e as racionalizações teocráticas da colonização – as da revolução mercantil – não eram admissíveis, o neocolonialismo do século XIX preferiu abandonar a superioridade outorgada pela *verdade da fé* e optou pela pretensa

<sup>56</sup> Para a Argentina, Magnasco, Osvaldo, *Justicia y utilidad*, p. 29. Para o Brasil, mais do que a discutida redação da Constituição de 1824 (art. 179, inc. II: Nenhuma lei será estabelecida sem *utilidade pública*), mais do que as frequentes citações de Bentham nos debates parlamentares preparatórios do Código criminal de 1830, temos a utilização de uma planta inglesa, de 1826, inspirada no panóptico, ao início das obras de construção da Casa de Correção, em 1834. Um erro na execução da planta, "interceptando completamente a visão", desnaturou o prédio, inaugurado em 1850 (cf. Evaristo de Moraes, *Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil*, Rio, 1923, ed. C. Oliveira, p. 13). Sobre a matéria, Koerner, Andrei, *O impossível panóptico tropical-escravista*, em *Rev. IBCCrim* 35, pp. 211 ss. Um relatório de 1874, recentemente republicado (*Rev. IBCCrim* 35, p. 263 ss), constatando que "do octógono ou observatório não se avistaram as portas das células", atribuiu a responsabilidade àquela planta inglesa, que seria "pura cópia, sem pensamento assentado nem conhecimento do sistema".

<sup>57</sup> Saldaña, Quintiliano, *Teoría pragmática del Derecho Penal; La défense sociale universelle; Modernas ideas penales; La nueva criminología*; e em Masaveu, Jaime, *Nueva dirección española en filosofía del Derecho Penal*.

<sup>58</sup> Spencer, Herbert, em *Principes de Sociologie*, e na supracitada bibliografia, § 13, IV.

<sup>59</sup> Cf. Lukács, Georg, *El asalto a la razón*.

verdade científica. Tampouco servia o *Geist* hegeliano porque era pensante demais e confessava não ser verdade empírica. Daí o fato de se vestirem de verdades empíricas outras propostas que nunca o foram e de inventar-se uma ciência encarregada de *comprovar* a existência de *raças superiores e raças inferiores no sentido biológico*, assim como a circunstância de que os homens são superiores às mulheres<sup>60</sup>, os adultos às crianças e aos velhos, os sãos aos doentes, os colonizadores aos colonizados, os heterossexuais aos homossexuais<sup>61</sup>, os mentalmente sadios aos loucos e, naturalmente, os soltos aos presos. Elaborou-se, com pretensão científica, um catálogo completo de hierarquização biológica da espécie humana, bem como considerou-se patológico tudo aquilo que era diferente, inclusive os indivíduos ditos *gênios discólios*<sup>62</sup>.

5. Quando se descobriu a raiz indo-europeia na linguística, não demorou muito a inventar-se a existência de uma *raça ariana superior*, que foi se degenerando mas se mantinha superior onde o elemento *ariano* havia se conservado mais puro, o que, logicamente, ocorria no centro e no norte da Europa<sup>63</sup>. Essa fantasia foi desenvolvida na forma de construção fabuladora por um conde francês de duvidosa nobreza, literato e diplomata fracassado: Joseph Arthur de Gobineau (1818-1882)<sup>64</sup>. Foi esse o racismo *pessimista*, pois a inferioridade racial dos colonizados era imperdoável e a única solução seria eliminá-los. Aliás, o racismo pessimista de Gobineau tornava difícil a deslegitimação da escravatura, que havia deixado de convir aos ingleses, nessa época convertidos em campeões do antiescravismo, tal como o foram antes do comércio negreiro. As classes industriais da potência que estava na vanguarda da acumulação capitalista e era detentora do maior poder planetário deviam valer-se de um discurso que legitimasse componentes difíceis de compatibilizar: liberalismo econômico, controle sem limite das *classes perigosas*, neocolonialismo, oligarquias nos países de-

<sup>60</sup> Para a crítica à explicação biológica da criminalidade feminina, Cario, Robert, em *Femmes et criminelles*, p. 177.

<sup>61</sup> A mais disparatada versão de reconhecimento somático da homossexualidade masculina, a partir da fantasiosa biografia de um travesti da época, em Legludic, H., *Notes et observations*.

<sup>62</sup> Isso se observa claramente na obra de Nordau, Max, *Degeneración*.

<sup>63</sup> A esse respeito escreveram Poliakov, Léon, *Il mito ariano*; Conte, Édouard e Essner, Cornelia, *Culti di sangue*, pp. 58 ss. É curioso assinalar que Lucio V. López publicou um livro em francês, dedicado à memória de seu pai, onde procura demonstrar, linguisticamente, a origem ariana dos incas, e no qual agradece a colaboração de Urquiza: López, Vicente Fidel, *Les races aryennes du Pérou*.

<sup>64</sup> Gobineau, Joseph Arthur de, *Essai sur l'inégalité des races humaines* (publicado pela primeira vez entre 1853 e 1855), depois traduzido para o italiano: *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*. Dele também é *La Renaissance*. Sobre este autor, cf. Faure-Biguet, J. N., *Gobineau*. E quanto a seus curiosos vínculos com a América Latina, Raeders, Georges, *O inimigo cordial do Brasil*.

pendentes e, ao mesmo tempo, a deslegitimação da escravatura, e tudo por intermédio da *ciência*. É claro que não era Gobineau quem podia oferecer esse discurso, mas sua fantasia teve singular êxito na Alemanha, além de ter sido imediatamente traduzida para o inglês. Alguns anos mais tarde, um inglês germanófilo, naturalizado alemão e genro de Wagner, seguiria os passos de Gobineau: Houston Stewart Chamberlain (1855-1927)<sup>65</sup>, cuja obra foi livro de cabeceira de Guilherme II durante a I Guerra Mundial (1914-1918)<sup>66</sup>. O menos original de seus seguidores foi Alfred Rosenberg, considerado o teórico do racismo nacional-socialista; seu livro não contém nenhuma ideia original, própria<sup>67</sup>; aliás, na verdade, é difícil encontrar um plagiário de ideias pseudocientíficas que tenha adquirido semelhante fama e poder, até acabar executado em Nuremberg.

6. Como, no século XIX, a Grã-Bretanha não podia adotar essa interpretação do racismo, foi Spencer, o autor de uma versão funcional para suas necessidades legitimadoras, quem elaborou uma espécie de tradução da visão da história de Hegel, vazia de pensamento por sinal: o *Geist* se materializou como organismo, a dialética passou a ser a luta e a sobrevivência dos mais aptos, tal como um motor da evolução biológica, e o etnocentrismo redundou em racismo puro, tudo expresso em linguagem pretensamente empírica e científica. Apesar de suas ideias não serem originais – e é comum fazê-las, de uma maneira direta, derivar de Darwin (seu pensamento costuma ser chamado de *darwinismo social*)<sup>68</sup> – não se pode negar-lhe inventiva para acomodar tudo isso sob a aparência de ciência. A versão do racismo spenceriano foi *otimista*: a humanidade era um organismo, em cuja evolução também se cumpria a lei da seleção natural. A cosmovisão de Spencer era singularmente violenta: baseava-se no fato de que toda evolução foi realizada ao sabor de lutas, cataclismos e seleção violenta dos mais aptos. Afirmava que, na humanidade, à medida que a civilização ia avançando, reduzia-se o apetite sexual e surgia a moral, porquanto Spencer havia inventado uma biologia curiosa: segundo ele, as células cerebrais e sexuais consomem o mesmo alimento, e quanto mais se usam as primeiras, menos usadas serão as segundas. Daí a diferença entre a moral vitoriana inglesa de seu tempo e a *frequência* amorosa dos trópicos colonizados. Em meio à luta competitiva, os fracos se fortaleciam: por isso não se devia ajudar os pobres, porque eles se debilitariam. O estado devia intervir o menos possível, a fim de não atrapalhar os esforços que os fracos envidavam para se fortalecerem. Na opinião de Spencer,

<sup>65</sup> Sobre esse personagem, Wagner e o Círculo de Bayreuth, cf. Mosse, Georg L., *Il razzismo in Europa*, pp. 115 ss.

<sup>66</sup> Chamberlain, Houston Stewart, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*.

<sup>67</sup> Rosenberg, Alfred, *El mito del siglo 20*.

<sup>68</sup> Como, por exemplo, Martindale, Don, *La teoría sociológica*, p. 203.

o colonialismo significava uma espécie de tutela piedosa dos povos mais atrasados (menos evoluídos) para alcançarem mais rapidamente o mesmo grau de civilização que os europeus, após vários séculos ou milênios de proteção orientadora. Ao contrário de Gobineau, os colonizados não eram degenerados devido à degradação de uma raça superior, mas sim atrasados porque não haviam evoluído ainda.

7. Não há forma empírica que permita confirmar que a sociedade ou a humanidade seja um organismo em evolução. Só se se considerasse que o saber para poder – saber técnico-científico – fosse a medida do progresso (isto é, o saber para poder de Bacon) existiria um pressuposto objetivo: quem sabe mais, mais poder possui; quem possui mais saber, mais evoluído é; o mais evoluído tem direito a tutelar os mais atrasados. Em síntese: aquele que tem poder é melhor e domina, e por ter poder tem direito a dominar. E como isso, em que pese basear-se em uma premissa arbitrária, ataviava-se de ciência indiscutível, converteu-se, outrossim, em uma espécie de polícia científica que exilou o pensamento de todo saber. Não seria estranho, portanto, que chegasse ao saber penal, ou melhor, ao saber necessário à legitimação do poder. Bentham retornava vestido de cientista, mas inserido em um marco ideológico muito mais amplo: já não se tratava de um simples saber limitado ao penal, mas de uma radicalíssima supressão do pensamento de todos os ramos do saber, como lema para um exercício de poder planetário. O discurso jurídico-penal se assentou na informação desse saber, que recebeu o nome de *criminologia* (no princípio, o de *antropologia criminal*). A raça humana era considerada mais evoluída na Europa, onde a criminalidade significava um acidente biológico que impedira um europeu de desenvolver-se até atingir o estado de evolução biológica correspondente à sua civilização e, por conseguinte, era uma espécie de selvagem colonizado que, como célula primitiva, nascia na parte formada por células mais nobres do tecido humano. Tal ideologia foi logo aceita pelas elites latino-americanas na época das repúblicas oligárquicas<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Ricaurte Soler, *El positivismo argentino*; Salessi, Jorge, *Médicos, maleantes y maricas*; Ruibal, Celina, *Ideologia del Control Social*; Terán, Óscar, *Positivismo y nación en la Argentina*; Zca, Leopoldo, *El positivismo en México*; Paladines-Guerra, *Pensamiento positivista ecuatoriano* (convém lembrar que Carlos A. Salazar F. aplicou, no Equador, as teorias racistas de Le Bon e chegou à conclusão de que se tratava de um país decadente e sem futuro, devido à mestiçagem, p. 76); Buarque de Holanda, Sérgio, *História geral da civilização brasileira*, III, 2, pp. 360; Corrêa, Mariza, *As Ilusões da Liberdade*, S. Paulo, 1998, ed. Edusp.; Schwarcz, Lilia Moritz, *O Espetáculo das Raças*, S. Paulo, 1993, ed. Cia. das Letras, um claro exemplo argentino, em Bunge, Carlos Octavio, *Nuestra América*.

8. Tais ideias foram formuladas organicamente por Cesare Lombroso (1835-1909)<sup>70</sup>, médico italiano, cujo livro mais importante – *L'uomo delinquente*<sup>71</sup> – publicado em 1878, é considerado a obra fundacional da criminologia etiológica, embora não seja correta essa menção, conforme o que já se assinalou, pois tal papel coubera, séculos antes, ao *Malleus Maleficarum*<sup>72</sup>. Para Lombroso, o delinquente era um ser atávico, um europeu que não havia completado seu desenvolvimento embriofetal (na época dizia-se que a *ontogenia* sintetizava a *filogenia*) e, portanto, consistia numa detenção do processo embriofetal que resultava em um ser semelhante ao selvagem colonizado: não tinha moral, parecia fisicamente com o indígena ou o negro, possuía pouca sensibilidade à dor, era infantil, perverso etc. O estado de guerra hobbesiano se tornara científico e era o dos colonizados e dos delinquentes. Chamou-se aquele delinquente europeu caracterizado por atávico ou selvagem de *delinquente nato*, de acordo com a sugestão de Ferri, expressão tida como sua e que se tornou famosa, embora tenha sido criada por Cubí e Soler. Embora hoje tal teoria possa parecer curiosa, o certo é que em sua época ela teve enorme sucesso, sendo sua primazia<sup>73</sup> disputada por muitos e, com razão, assinalaram-lhe importantes antecedentes na frenologia<sup>74</sup>, embora provenha mais diretamente da antiga fisiognomonia<sup>75</sup> e, talvez, muito mais perto ainda dos estudos sobre deformações genéticas<sup>76</sup>. Com a biologização do delito nascia, de uma maneira acadêmica, a criminologia como um saber que se propunha assinalar signos e

<sup>70</sup> A biografia mais citada por seus admiradores é a de sua própria filha, Lombroso Ferrero, Gina, *Vita di Lombroso*. Dentre as obras críticas dos últimos anos, Villa, Renzo, *Il deviante e i suoi segni*; Guarnieri, Luigi, *L'atlante criminale*.

<sup>71</sup> Além dessa obra, são da autoria de Lombroso, entre outras: *L'uomo di genio*; *El delito, sus causas y remedios*; *Palimsesti del carcere*; *Delitti vecchi e delitti nuovi*. Inúmeros autores escreveram sobre seus livros, em *L'opera di Cesare Lombroso nella scienza e nelle sue applicazioni*.

<sup>72</sup> Cf. supra, §§ 13 e 16.

<sup>73</sup> Na disputa com os franceses, alguns asseveravam que o respectivo conceito foi sendo formado ao longo dos anos graças a diversos autores, razão por que não pode ser atribuída a Lombroso, e dentre eles: Kovalevsky, Paul, *La psychologie criminelle*, t. I, p. 1 ss. Em geral, os franceses admitiam a criminalidade nata, mas pela via da degeneração, segundo Francotte, Xavier, *L'anthropologie criminelle*, pp. 250 ss; Lucassagne, A., em *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, pp. 167 ss.; Laurent, Émile, *La antropologia criminal*; Joly, Henri, *Le crime – Étude sociale*, p. 5.

<sup>74</sup> A disputa por essa primazia chegou ao extremo de ser defendida, mais recentemente e dentro do paradigma etiológico, pela ideia de que a frenologia é fundacional: Savitz, Leonard, Turner, Stanley H. e Dickman, Toby, em Robert F. Meier, *Theory in criminology – Contemporary views*, pp. 40 ss.

<sup>75</sup> Remonta-se mais além da frenologia de Gall, que reconhece antecedentes muito distantes, como o sempre citado Della Porta, Giovan Battista, *Della fisonomia dell'uomo*; Lavater, *La physiognomie*.

<sup>76</sup> Convém recordar o volumoso estudo de Geoffrey Saint-Hilaire, Isidore, *Histoire générale et particulière des anomalies de l'organization*.

sintomas de uma *specie generis humani* inferior, como capítulo da antropologia física: seu objeto estava bem delimitado – tendo em vista tratar-se do estudo de um grupo humano biologicamente diferente e inferior – motivo pelo qual se chegou a dizer que ela era um ramo da zoologia<sup>77</sup>.

9. Cabe assinalar que Lombroso era um grande observador, assim como que os presos europeus de seu tempo se pareciam com os colonizados. Hoje sabemos que a seleção criminalizadora se efetua de acordo com os estereótipos e que também, graças a Lombroso, os estereótipos de sua época se nutriam das características físicas dos colonizados: todo mau era “feio”<sup>78</sup>, como um americano ou um africano, na conjuntura em que a Europa havia superado a visão bucólica de seus colonizados<sup>79</sup> e passado a considerá-los selvagens<sup>80</sup>. Ao tempo em que Lombroso trabalhava, um fluxo migratório intenso e constante transportava europeus pobres para a América Latina. A polícia selecionava pessoas com essas características e as prendia, e Lombroso verificava os presos que as possuíam. A conclusão de Lombroso assinalava que tais características eram a causa do delito quando, na realidade, eram apenas a causa da prisão. E como havia menos mulheres presas, segundo a hierarquização biológica, concluía-se que, na mulher, a prostituição atuava como um equivalente do delito<sup>81</sup>. Características patológicas e atávicas eram encontradas em delinquentes políticos<sup>82</sup> – especialmente anarquistas<sup>83</sup> – e, em particular, nos que lideravam os delitos das multidões, exemplificados nos líderes da Comuna de Paris<sup>84</sup>. O medo às multidões e a racionalização do desprezo por elas foi uma constante do pensamento positivista, ao defender a tese de que na massa neutralizava-se o psiquismo superior e retornava-se à selvageria<sup>85</sup>. O discurso positivista

<sup>77</sup> Segundo Carpena, Fructuoso, *Antropologia criminal*.

<sup>78</sup> Os próprios positivistas, ao estudarem os artistas para descobrir suas pretensas intuições artísticas, apresentaram uma genealogia dos desvalores estéticos aplicados aos delinquentes: Ferri, Enrico, *I delinquenti nell'arte*; Niceforo, Alfredo, *Criminali e degenerati dell'Inferno dantesco*, e também *La fisionomia nell'arte e nella scienza*.

<sup>79</sup> Dessa visão, tratou Arciniegas, Germán, em *América en Europa*.

<sup>80</sup> Tal mudança é apontada em Gerbi, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo*; significativa por seu racismo a obra de Corre, A., *Le crime en pays créoles*.

<sup>81</sup> Lombroso, Cesare e Ferrero, Guglielmo, *La donna delinquente*.

<sup>82</sup> Lombroso e Laschi, *Le crime politique et les révolutions*; Gómez, Eusebio, *Delincuencia político-social*.

<sup>83</sup> Lombroso, Cesare, *Gli anarchici*.

<sup>84</sup> Cf. a tradução da primeira edição (1892) de Scipio Sighele, *La muchedumbre delincuente*. Cf. ainda Rudé, George, *A Multidão na História*, trad. W. Dutra, Rio, 1991, ed. Campus.

<sup>85</sup> Há, a respeito disso, a pesquisa de van Ginneken, Jaap, *Folla, psicologia e política*. Podem ser vistas as obras de Sighele, Scipio, *I delitti della folla*; Taine, H., *Les origines de la France contemporaine*, t. I; Le Bon, Gustave, *La psicologia política y la defensa social*; Garofalo, R., *La superstizione socialista*; Rossi, Pascual, *Los sugestionadores y la muchedumbre*. E, já entrando no século XX, Joussain, André, *Psychologie des masses*.

mostrava o pânico das classes hegemônicas pelas manifestações populares e os reclamos políticos das massas.

10. Lombroso, no entanto, não era jurista, motivo por que a completa elaboração teórica de seu pensamento, em termos de sociologia spenceriana, e sua correspondente tradução para a terminologia jurídica, foi levada a cabo por Enrico Ferri (1856-1929)<sup>86</sup>, que foi o expositor mais polêmico da chamada *escola positivista*, tendo retomado a famosa *defesa social* onde Romagnosi a havia deixado e a conduzido até a pena como repressão necessária para neutralizar a *periculosidade*<sup>87</sup>. Não baseou a responsabilidade em nenhuma decisão, mas na mera circunstância de viver em sociedade. Tratava-se de uma responsabilidade completamente objetiva: o ser humano era responsável por ser uma célula do organismo social. Sob muitos aspectos, Ferri foi um homem original. Entre seus méritos, inclui-se o de ter batizado o descobrimento de seu mestre com o nome de *criminoso nato* e o de haver procurado compatibilizar o socialismo com o darwinismo, polemizando com o divulgador reacionário Haeckel<sup>88</sup>, cujo reducionismo biológico, herdado – como o de Lombroso – das teorias de Moleschott<sup>89</sup>, impelia-o a referir-se à psicologia das células<sup>90</sup>, o que desembocaria nos equivalentes do delito entre os animais e as plantas<sup>91</sup>. Convém observar que o delito parecia uma categoria reservada aos homens como seres

O critério na América Latina era similar; cf. Ramos Mejía, José María, *Las multitudes argentinas*; em alguns, adquiria traços mais racistas, Guerrero, Julio, *La génesis del crimen en México*; Bulnes, Francisco, *El porvenir de las naciones latinoamericanas*, e muito mais acentuadamente em Nina Rodrigues, Raimundo, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Excetuam-se os trabalhos de Gabriel Tarde, especialmente *Études de psychologie social* e *Les lois de l'imitation*.

<sup>86</sup> Sobre esse autor: Gómez, Eusebio, *Enrico Ferri*; Areco, Horacio P., *Enrique Ferri y el positivismo penal*; De Marsico, Alfredo, *Penalisti italiani*, pp. 111 ss.; Spirito, Ugo, *Storia*, p. 258. A respeito de sua passagem pela Argentina: Testena, Folco, *Le conferenze di Enrico Ferri*. Em 1908, Ferri fez uma consagrada visita ao Brasil.

<sup>87</sup> Sua obra mais difundida é *Sociologia criminal*, traduzida por A. Soto y Hernández (a última edição póstuma esteve a cargo de Arturo Santoro – *Sociologia criminal*). Trata-se do desdobramento daquela que inicialmente recebeu o título de *Los nuevos horizontes del derecho y de procedimiento penal*; sua obra mais sistemática sobre Direito Penal se intitula *Principii di Diritto Criminale*.

<sup>88</sup> A respeito desse autor, Bölsche, Wilhelm, *Ernst Haeckel*; Toffoletto, Ettore, *Haeckel*.

<sup>89</sup> Moleschott, J., *Die Kreislauf des Lebens (La circolazione della vita; La circulación de la vida)*.

<sup>90</sup> Haeckel, Ernst, *Die Welträtsel*, porém, em especial, *El origen de la vida*, pp. 117 ss.

<sup>91</sup> Cf. Strassmann, Fritz e Carrara, Mario, *Manuale di medicina legale*, pp. 961 ss. No apêndice de Carrara, acham-se sintetizadas as teses positivistas e desenvolvidos o conceito natural do delito e seus equivalentes nos animais, nos selvagens e nas crianças; sobre equivalentes sub-humanos discorreram também Parmelee, Maurice, *Criminologia*, pp. 7 ss; Carpena, Fructuoso, *Antropologia criminal*, p. 500.

biologicamente superiores, enquanto nos inferiores, como as mulheres, os animais e as plantas, cunhavam-se os *equivalentes*.

11. Não obstante, a maior criação de Ferri – pelo menos quanto ao êxito que perdura até hoje, sendo ratificada como verdade incontestável – foi a invenção de uma inexistente *escola clássica* do direito penal, supostamente integrada por todos os autores não-positivistas, fundada por Beccaria e capitaneada por Carrara. Essa escola abrangia toda a Europa e estaria formada por pensadores iluministas de todas as nacionalidades, revolucionários franceses, idealistas alemães, aristotélicos e tomistas, criticistas e kantianos, hegelianos, krausistas etc. Tal escola, que mais parecia um parlamento pluripartidário, naturalmente – repetimos – jamais existiu, mas para Ferri foi cômodo impor um *rótulo comum a todos os penalistas que não compartilhavam seus pontos de vista*. Essa invenção não passou de uma atitude autoritária de quem considerava ser o único dono da verdade científica, e caracterizava por *metafísicos, pré-cientistas* ou *clássicos* aqueles que não haviam alcançado os níveis de sua verdade. Embora hoje se continue fazendo referência a uma *escola clássica* como antagônica à *escola positivista*, o certo é que a primeira só existiu na cômoda rotulação autoritária de Ferri. O que houve foi uma disputa entre positivistas e os que não admitiam seus pontos de vista. Na própria Itália, Luigi Luchini (1847-1929)<sup>92</sup> chamava Ferri de *simplicista* do direito penal, enquanto este o qualificava de *espiritualista*. Em meio a esse confronto, cruzaram-se autores que procuraram conseguir uma síntese entre ambos os posicionamentos políticos e filosófico-penais, razão pela qual se aventou também a existência de uma *terza scuola*: Sabatini, Carnevale, Impallomeni, Alimena<sup>93</sup>. Essa *terza scuola* tampouco existiu propriamente, não passando de um conjunto inorgânico de autores que apresentaram pontos de vista mais ou menos ecléticos em um debate entre posições legitimadoras do poder punitivo que optavam por concepções de antropologia filosófica, as quais não admitem meio termo. Em suma: o que houve foi um enfrentamento entre a concepção reducionista biológica do ser humano – defendida pelo positivismo – e os diversos conceitos filosóficos do ser humano sustentados por seus opositores, que tratavam de dar a este uma hierarquia particular, assinalando-o por alguma coisa, embora estivessem em total desacordo no tocante à sinalização. Nada autoriza, porém, a consi-

<sup>92</sup> A respeito de sua crítica ao conceito de defesa social do positivismo, Lucchini, Luigi. *Le droit pénal et les nouvelles théories*, pp. 49 ss. Sobre este autor, cf. Bettiol, Giuseppe. *Scritti Giuridici*, pp. 143 ss. Na Espanha, o contraditor do positivismo foi Aramburu y Zuloaga, Félix de, *La nueva ciencia penal*. Sobre a forma depreciativa como foi recebida na Itália, Vida, Jerónimo, em *La nueva ciencia jurídica*, p. 3.

<sup>93</sup> Sabatini, Guglielmo, *Principii di Scienza del Diritto Penale*; Alimena, Bernardino, *Note filosofiche di un criminalista*, autor também de *Principii di Diritto Penale*; Impallomeni, Gian Battista, *Istituzioni di Diritto Penale*; Carnevale, Emmanuele, *Una Terza Scuola di Diritto Penale*, além de *Diritto Criminale e Critica penale*.

derar todas as posições antropológicas que procuram ou apresentam um conceito filosófico do fenômeno humano como uma corrente unitária, salvo o positivismo romântico, que pensava atingir o infinito com uma ciência baseada na física newtoniana e uma concepção mecanicista do mundo.

12. Dentro da concepção positivista elaborada por Ferri, o delito não é a conduta de um homem, mas o sintoma ou sinal de um mecanismo avariado: *o delito é sintoma de periculosidade; logo, a medida da pena estava dada pela medida da periculosidade*. É análogo ao defeito em um dispositivo mecânico: quando ele se estraga, o operador o tira de circulação durante o tempo necessário para consertá-lo (*sanção ressocializadora*) e, se isso for impossível, ele o descarta e o substitui (*sanção eliminatória*). Contudo, em vista de ser o delito sintoma, não tem por que ser único: daí propor-se a busca de outros sintomas que, na época, foram englobadamente chamados de *má vida*<sup>94</sup>, um confuso conjunto de todos os comportamentos que não correspondiam à vertical disciplina policial da sociedade industrial, traduzível na livre punição do mero portador dos signos do estereótipo. Esse foi o fundamento do *estado perigoso sem delito*<sup>95</sup>, por meio do qual se pretendia apenar os desocupados, mendigos, ébrios, consumidores de drogas, prostitutas, homossexuais, jogadores, rufiões, gigolôs, adivinhos, magos, curandeiros, religiosos não-convencionais etc., sem que cometessem qualquer delito, em função de sua pretensa *periculosidade pré-delitual*.

13. O terceiro representante do positivismo italiano foi Rafael Garofalo (1851-1934), autor de *Criminologia*, sua principal obra que, por certo, não tratava do que hoje se entende por criminologia<sup>96</sup>. Garofalo, ao contrário de Ferri – que era um político socialista<sup>97</sup> e terminou como senador fascista – e de Lombroso – um cientista descendente de judeus – foi um aristocrata, que exibia com orgulho seu título de barão, e chegou a ser procurador do Reino, razão por que suas ideias estão bem mais próximas de Haeckel, o divulgador do monismo darwiniano, e tomou decididamente partido contra o socialismo<sup>98</sup>, de um modo

<sup>94</sup> Escreveram sobre a *má vida* em Roma Niceforo e Sighele; em Madri, Contancio Bernaldo de Quiroz; em Buenos Aires, Gómez Eusebio, *La mala vida en Buenos Aires*, com prólogo de José Ingenieros, que se refere a esse heterogêneo conjunto como grupo biologicamente inferior devido aos genes. "O que a lei reprime na vagabundagem é a adoção voluntária de um gênero de vida socialmente perigoso", escrevia nosso Evaristo de Moraes (Ensaio de Pathologia Social, Rio, 1924, ed. F. Bastos, p. 66).

<sup>95</sup> Cf. Ruiz Funes, Mariano, *La peligrosidad y sus experiencias legales*.

<sup>96</sup> Garofalo, Rafael, *Criminologia*; há tradução de Pedro Dorado Montero (*La criminología*). De sua restante obra: *Di un criterio positivo della penality*.

<sup>97</sup> Tentou ele, artificialmente, compatibilizar o socialismo com o positivismo: cf. Ferri, Enrico, *Socialismo e criminalità*. Também escreveu *Socialismo e scienza positiva* (Darwin, Spencer, Marx).

<sup>98</sup> Garofalo, Rafael, *La superstizione socialista*.

semelhante ao racista Le Bon<sup>99</sup>. Garofalo não esconde seu autoritarismo, sua índole essencialmente antidemocrática nem a extremada frieza genocida de seu pensamento. Com ele fica evidente a tese da guerra ao delinquente e o positivismo italiano alcança o nível mais inferior de seu conteúdo pensante.

14. Apesar de não ter existido uma escola clássica, não é tarefa simples caracterizar a escola positivista, porque entre Lombroso e Ferri há diferenças grandes, e em relação a Garofalo elas são ainda maiores, pois ele representa uma claríssima vertente jusnaturalista, com fortes tintas de platonismo, embora supondo chegar à objetividade valorativa por uma via que presumia ser científica. O próprio objetivo de sua pesquisa indica essa tendência: toda sua obra se orienta para encontrar um conceito de *delito natural*. A tensão entre o princípio positivista (todo saber deve ser experimental) e o organicismo se faz bastante presente em Garofalo, que a este último se afilia – mesmo não tendo o organicismo nada de experimental –, distanciando-se assim do cientificismo tão caro ao positivismo. Garofalo percebeu que não podia negar historicamente o relativismo valorativo: em geral, não há conduta que sempre e em todas as culturas tenha sido considerada criminosa. Como se deu conta de que através da análise dos dados não poderia chegar a seu desejado delito natural, ele se lançou na procura apelando para a análise dos sentimentos, ou seja, por uma via irracional. Abandonou assim o caminho positivista que os demais trilharam à procura do *delito natural* – os equivalentes entre os seres inferiores – e empreendeu nova busca, agora pela via dos sentimentos, o que, como apelação sem dúvida alguma irracional, fê-lo cair no etnocentrismo mais ingênuo, quer dizer, na consideração acrítica de sua própria cultura como *superior*. O etnocentrismo garofaliano não estava nada isento de racismo, pois se referia com desprezo às *tribos degeneradas*, aquelas culturas que não correspondiam ao que ele considerava que devia ser o sentimento moral. Para Garofalo, as culturas que não compartilhavam normas valorativas europeias eram tribos degeneradas que se afastavam da certa razão dos povos superiores e que representavam para a humanidade o mesmo que os delinquentes são para a sociedade, ou seja, seres inferiores e degenerados<sup>100</sup>.

15. Garofalo afirmava haver dois sentimentos básicos, que são os de piedade e probidade (ou justiça), os quais vão se desenvolvendo no sentido de tornarem-se cada vez mais evoluídos, delicados e refinados. Dizia que debaixo de todas as modalidades históricas existem esses sentimentos, e que um delito sempre os afeta. Por isso, construía uma classificação *natural* dos delitos, segundo o sentimento que ferissem e, deduzindo desse dogma, asseverava que

aqueles que carecem de tais sentimentos devem ser banidos da sociedade, o que lembra um pouco a *perda da paz dos germânicos*. Não se detinha diante da pena de morte, que considerava mais piedosa do que a prisão perpétua, no caso dos *irrecuperáveis*. Assim, chegava a defender a necessidade de uma guerra santa cultural contra a criminalidade, dizendo com singular sinceridade que *com uma matança no campo de batalha, a nação se defende de seus inimigos externos e com a pena capital, de seus inimigos internos*<sup>101</sup>.

16. Em Garofalo estão todos os argumentos que seriam usados pelos totalitarismos e autoritarismos, pois culminava no direito penal idealista, com uma tábua de valores que ele conhecia por pertencer à civilização superior, e que quem desconhecesse devia ser alijado ou morto, se não se pudesse torná-lo inútil por outros meios. Esse platonismo burdo foi instrumentado politicamente na Alemanha por Nicolai, em 1933, em seu panfleto *A teoria jurídica segundo a lei das raças*<sup>102</sup>. Para Garofalo, a lei segregatória e eliminatória dos delinquentes cumpria na sociedade a função que os darwinistas concediam à seleção natural. Nicolai adotou essa ideia e, defendendo arbitrariamente uma pretensa similitude com o sistema repressivo dos germânicos, deduziu que este último permitiu a seleção que levou a uma *raça superior*: ao eliminar os *elementos degenerados* e impedir que transmitissem suas taras. Sustentou que quanto mais germânico e nórdico for um povo, menor será seu índice de criminalidade. De acordo com Nicolai, a função do direito penal era a *defesa da sociedade de seus elementos corruptores, antivitais e anti-sociais*. Para defender a pureza da raça, propugnava severos castigos aos arianos que contraíssem matrimônio com não-arianos. Naturalmente, Nicolai não podia senão partir da teoria do determinismo biológico, afirmando que a teoria do livre arbítrio e a dos fatores sociais do delito eram elucubrações *judaico-orientais e marxistas*.

17. Nem sempre se evidenciam as consequências práticas do *spencerianismo penal* ou *positivismo criminológico* (ou versão criminológica do *darwinismo sociológico*) e a isso se deve que continue vigente o conceito de periculosidade, como se fosse um produto neutro ou inofensivo do discurso, cuja genealogia e sentido parecem cair no esquecimento. O positivismo perigosista representa um nítido retorno ao paradigma organicista e, por conseguinte, à estrutura do *Malleus Maleficarum*, em uma versão na qual o mal cósmico que ameaça a humanidade é sua degeneração biológica ou atraso no processo evolutivo. Ainda na versão spenceriana do racismo, qualquer concessão que obstaculizasse a crueldade linear de sua proposta implicaria um inadmissível

<sup>99</sup> Le Bon, Gustave, *Psicologia del socialismo*.

<sup>100</sup> Garofalo, *La criminologia*, pp. 77, 83 e 112.

<sup>101</sup> Garofalo, *La criminologia*, p. 133.

<sup>102</sup> Nicolai, Helmut, *Die rassengesetzliche Rechtslehre*.

risco de que os inferiores controlassem e destruíssem o que os superiores haviam conseguido. Em suas interpretações mais transparentes, a desordem e a rebelião expressavam a inferioridade biológica: eram inferiores biológicos os líderes da Comuna de Paris e os anarquistas e, poucos anos depois, a revolução bolchevique seria considerada um produto da decadência genética da humanidade<sup>103</sup>. As consequências desse paradigma organicista se manifestavam com toda clareza e sinceridade no discurso penal do positivismo, tanto em relação às penas quanto no tocante à legitimação do poder punitivo.

18. Quanto às penas, a consequência lógica da concepção biológica resultou nas penas eliminatórias (morte, deportação), na castração e esterilização (de delinquentes e de outros *perigosos*, particularmente doentes mentais). É claro que a responsabilidade por estas penas não pode ser atribuída ao positivismo italiano, mas sobretudo ao spencerismo penal inglês (que inventou a *eugenia* com Galton<sup>104</sup>) e aos antecessores e seguidores franceses de Gobineau, que remontam à psiquiatria racista de Morel (1809-1873)<sup>105</sup>. Sancionaram-se leis de esterilização na maioria dos estados norte-americanos, em algum cantão suíço, na Suécia, na Dinamarca e, muito mais tarde, na Alemanha nazista<sup>106</sup>. Em grande parte isso foi resultante do surgimento da agência médica no sistema penal que, em aliança com as corporações policiais, impôs seu discurso às agências jurídicas. A pugna entre as agências médicas e jurídicas se apresentou com características conjunturais diferentes em cada país<sup>107</sup>.

19. O penalismo liberal havia criado um discurso que oscilava entre a legitimação e a limitação do poder punitivo, com a pretensão de deduzir a segunda da primeira, procurando um fundamento único para ambas. Mas o próprio poder punitivo que pretendia limitar inventou as agências policiais, cuja força foi aumentando de modo tão extraordinário que não tardou a superar amplamente as jurídicas e a entrar em competição com as políticas, mas que, desde o princípio, e mesmo antes dos acontecimentos de 1848, com toda a clareza, tinha detectado suas dificuldades operacionais nos limites para agir contra

<sup>103</sup> Segundo Stoddard, Lothrop, em *The Revolt against Civilization*.

<sup>104</sup> Galton, Francis, *Hereditary genius*.

<sup>105</sup> Morel, Bénédict August, *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine*, assim como *Traité des maladies mentales*. Sobre os estudos de degeneração na Espanha, Álvarez-Uría, Fernando, *Miserables y locos*, pp. 212 ss.

<sup>106</sup> Podem ser encontrados importantes dados no relato de Saldaña, Quintiliano, *El derecho penal socialista y el Congreso Penitenciario de Berlín*; a neutralidade com que De Veyga, Francisco, trata do tema, em *Degeneración y degenerados*; e um amplo panorama se descortina em Chorover, Stephan L., *Del génesis al genocidio*.

<sup>107</sup> Cf. Darmon, Pierre, *Médicos e assassinos na Belle Époque*, assim como Harris, Ruth, *Assassinato e loucura*, e Carrara Sérgio, *Crime e Loucura*.

as classes *perigosas*<sup>108</sup>, suspeitosamente muito similares às que depois seriam formalizadas no confuso discurso da *má vida*<sup>109</sup> e das *doenças populares*<sup>110</sup>. Em determinado momento, tiveram como aliado o poder médico e elaboraram um discurso legitimador do exercício de seu poder o mais amplo que se possa conceber, para o qual arquivaram o paradigma contratualista e retornaram ao organicista, daí ressurgindo a total identificação da pena com a coerção policial e a integração do direito penal e processual penal à criminalologia e à criminalística, em um novo modelo pleno que reproduzia o esquema do Malleus, segundo o qual o direito penal positivista se lançava à busca livre dos *signos do mal (periculosidade)*, passando a desprezar a legalidade como um obstáculo formal, a considerar a defesa e a acusação colaboradoras do tribunal (que deviam assisti-lo, a fim de que percebessem melhor os signos e sintomas da periculosidade) e a recomendar a prisão preventiva para qualquer delicto. O discurso jurídico tutelar – que havia tornado desnecessária a defesa para crianças e deficientes – transferiu-se para todo o sistema penal porque, na verdade, o delinquente era também inferior (identificação da criança, do selvagem e do molesta e diferente foi considerado um preconceito liberal, e qualquer raciocínio jurídico uma *abstrusidade alemã*). Toda pessoa diferente era tida como perigosa e devia ser *patologizada* e eliminada, inclusive em proveito próprio, porquanto, em virtude de sua inferioridade, não reconhecia o bem que o sistema penal lhe proporcionava. A sociedade tinha de disciplinar-se e homogeneizar-se, sendo o poder punitivo o encarregado a levar a cabo tal empresa civilizadora, ao remover os obstáculos que os atávicos e colonizados colocavam diante do progresso. O direito penal projetou-se em um vácuo de pensamento tão inimaginável que seu rebaixamento ao discurso de corrupção policial foi inevitável. Nunca foi tão certo que a *ciência não pensa* quanto nesse renascimento brutal da *inquisitio*. O discurso jurídico-penal ficou reduzido praticamente a uma combinação da ideologia inquisitorial-policial com o *apartheid*.

<sup>108</sup> Expressão utilizada pela primeira vez por um policial de Paris, Frégier, H. A., *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*.

<sup>109</sup> Além dos autores citados nesse tema, cf. Ferrero, Ernesto, *Storie nere di fine secolo - La mala Italia*.

<sup>110</sup> Expressão amplamente usada como, por exemplo, em Louis Rénon, *Les maladies populaires*. Para o Brasil, cf. Machado, Roberto *et alii*, *Danação da Norma*, Rio, 1978, ed. Graal; Chalhoub, Sidney, *Cidade Febril*, S. Paulo, 1996, ed. Cia das Letras.

<sup>111</sup> Sobre isso, Herren, Rüdiger, *Freud und die Kriminologie*.

## II. Versões positivistas com tendência ao pensamento

1. Houve versões que, embora circulando dentro do paradigma positivista da época e inclusive em períodos posteriores, não baixaram tanto o nível de seu conteúdo pensante. É possível assinalar várias<sup>112</sup>, mas as mais importantes e originais são referentes aos dois positivismos que confluíram no período da *luta de escolas* na Alemanha, quando se enfrentaram a *criminologia positivista*, por um lado, e o *positivismo jurídico*, por outro, cujos expoentes máximos foram, respectivamente, Liszt e Binding. Cabe mencionar também, mais por sua originalidade do que pela pouca transcendência de seu pensamento na época, a interpretação do positivismo feita por Dorado Montero, considerado o representante do positivismo correccionalista espanhol.

2. Franz von Liszt (1851-1919)<sup>113</sup> concebeu uma *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciência total do direito penal), que se encarregaria de três tarefas investigativas: a) criminológica – seria a verdadeira, que tinha função científica ou de indagação das causas do delito e do efeito das penas; b) político-criminal – seria a tarefa valorativa, que surgia como resultado da científica; c) direito penal (dogmática) – seria a pedagógica, que consistia em pôr limites à política criminal<sup>114</sup>. A originalidade de Liszt estava na concepção da dogmática como limitadora da política criminal. De acordo com isso, a política criminal tornava-se legitimada dentro dos limites da dogmática, que era, segun-

do as palavras do autor, a *Carta Magna do delinquente*. A pena desempenhava uma função de prevenção especial, mas sempre dentro dos limites dogmáticos. A diferença com o positivismo italiano residia no fato de que, para este, havia unicamente uma causalidade material ou física (monismo), ao passo que, para Liszt, havia duas cadeias causais ou causalidades paralelas – uma física e outra espiritual (dualismo), tendência que se pode remontar a Spinoza e àquela à qual, na Alemanha, o monismo de Haeckel se opunha, e que era muito corrente nessa época, a ponto de ter sido no dualismo que se baseou a primeira psicologia experimental<sup>115</sup>. No plano teórico, ela permitia que Liszt dispusesse de outra causalidade com a qual pudesse limitar a imputação. Tal percepção de Liszt, no que tange a conceber o poder punitivo em confronto com a dogmática penal, é algo que, como já foi dito, se deve resgatar e se acha em plena vigência. Por meio de uma concepção liberal do estado, von Liszt não podia perder de vista o fato de Montesquieu não ser um ingênuo. Não obstante, seu positivismo o impelia a elevar a criminologia ao nível de verdadeira ciência e a reduzir o direito penal ao papel de uma arte prática que se impunha por mera necessidade política. O caráter científico de sua criminologia etiológica legitimava o poder punitivo nela baseado.

3. O principal contraditor de Liszt foi Karl Binding (1841-1920), autor da monumental *Die Normen und ihre Übertretung* (As normas e sua violação)<sup>116</sup>, sua obra mais importante. Binding defendia a tese da pena como retribuição e se refugiava no *positivismo jurídico*. Sua crítica ao positivismo criminológico<sup>117</sup> era de uma clareza admirável: *quando os sociólogos consideram o delito em sua danosa consequência social, estão próximos a avaliá-lo como sintoma da periculosidade social de seu autor. Este aparece, portanto, como um deficiente social, um portador de disposição associial ou anti-social e, por isso, como perigoso para o futuro. Tal julgamento de perigo quem faz? é a sociedade, cuidando de sua segurança futura: é um julgamento de medo. No entanto, talvez os alienados possam ser perigosos em nível mais elevado do que aqueles que gozam de saúde mental. A grande bipartição jurídica dos homens cai por terra! É óbvio que, assim, a responsabilidade social de Ferri não pode desempenhar qualquer papel. A chamada responsabilidade social de Ferri*

<sup>112</sup> Na Itália poder-se-ia mencionar a guinada normativista a cargo de Crispigni, Filippo, *Derecho Penal Italiano*, trad. Isidoro De Benedetti, e de Florian, Eugenio, *Parte generale del Diritto Penale*. A União Internacional de Direito Penal foi fundada pelo alemão von Liszt, o holandês van Hamel e o belga Prins. Estes últimos também constituem variantes menos destacadas do positivismo. Sobre Gerard Anton van Hamel, van Heijnsbergen, P., *Gechiedenis der Rechtswetenschap in Nederland*, p. 226. Prins, Adolphe, *La défense sociale y las transformaciones del derecho penal*, assim como *Science pénale et droit positif*. A respeito da União Internacional e seus três fundadores, o número comemorativo da *Revue Internationale de Droit Pénal*, de 1952, publicou artigos com a colaboração de vários autores.

<sup>113</sup> Acerca de Liszt, Schmidt, Eberhard, em *Einführung*, p. 350 ss, assim como em *Fest f. Julius von Gierke*, Berlin, 1950, pp. 201 ss.; em *ZStW*, 1969, pp. 685 ss, publica-se o *Gedächtnisschrift f. Franz von Liszt*, com importantes contribuições; Baumgarten, Arthur, em *Schw. f. Str.*, 1937, pp. 1 ss; Georgakis, Yannis A., *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt*. E sobre sua influência em Radbruch, Martinez Bretones, Virginia, em *Gustav Radbruch – Vida y obra*, pp. 26 ss.

<sup>114</sup> Liszt sintetizou sua ideologia, em 1882, no famoso Programa de Marburgo, de sua autoria; em *ZStW*, 1883, pp. 1 ss, reproduzido mais tarde em *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, pp. 126 ss; (trad. italiana com introdução de Alessandro Calvi, *La teoria dello scopo nel Diritto Penale*, trad. espanhola de Enrique Aimore Gibson, com revisão técnica e prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *La idea de fin en el Derecho Penal*).

<sup>115</sup> Wundt, Wilhelm Max, *Sistema de la filosofía científica*. Do mesmo autor, *Introducción a la filosofía*.

<sup>116</sup> Além de *Die Normen und ihre Übertretung*, as mais difundidas dentre suas demais obras são: *Grundriss des deutschen Strafrechts* (Leipzig, com oito edições entre 1879 e 1913), *Handbuch des Strafrechts, e Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht*.

<sup>117</sup> Com o mesmo sentido crítico, Greterer, Xaver, em *Fest f. Binding*, Leipzig, 1911, I, p. 521; Birkmeyer, Karl, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht, nicht die Tat, sondern der Täter ins zu bestrafen*. Também de Greterer, *Was lässt von Liszt von Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*.



não é responsabilidade. A imputabilidade, a culpabilidade e a pena de culpabilidade perderam-se irremediavelmente. O chamado culpado transformou-se em um perigo sem culpa. Porém contra sua periculosidade a sociedade deve proteger-se, e ela o fará com sua intervenção policial em lugar da judicial, contudo disfarçando o mal reputado nome da medida policial junto à antiga dignidade da pena, escondendo desse modo seu horror ao leigo ignorante, impedindo o reconhecimento de sua ruptura radical com o conceito histórico-jurídico. E o certo é que o pobre tem muito mais motivo para aterrorizar-se diante daqueles que lutam contra a periculosidade do que perante os perigosos, isto é, ante os "sos-disant" criminosos! Porque se trata de uma teoria com semelhante desprezo pela personalidade humana em geral, com semelhante inclinação para vitimar no altar do medo milhares de seres humanos de carne e osso, sem contemplação, e baseada nas mais precárias provas, uma teoria de tamanha injustiça e ilimitada arbitrariedade policial, abstraído o presente, não encontrou ela sequazes longe dos anos em que o terror predominou. Se essa teoria tivesse êxito, desencadearia um tempestuoso movimento com o objetivo de conseguir um novo reconhecimento dos direitos fundamentais da personalidade<sup>118</sup>.

4. Em sua obra mais importante, Binding desenvolveu com mais amplitude sua famosa teoria das normas, que será mencionada aqui reiteradamente. Ao definir aquelas como proibições ou mandados de ação, ele afirmava que o delito se choca com tais proibições e mandados, mas não com a lei penal. Normas são, por exemplo, as do Decálogo, mas estas não pertencem à lei penal nem ali se encontram. Elas são extraídas dos modelos legais, isto é, da lei penal: se se pune o furto, deduzimos que há uma proibição de furtar; se se pune a omissão de socorro, deduzimos que há um mandado de socorrer. Porém nem a proibição nem o mandado (as normas) estão na lei. Daí concluir Binding que aquele que furta ou omite socorro não viola a lei penal, mas sim a cumpre, violando a norma, que se acha fora da lei penal, conhecida por nós através dela. As normas, pela circunstância de estarem fora da lei penal, não perdiam seu caráter jurídico, mas eram os mandados jurídicos que não estavam motivados na ameaça de pena. Binding não admitia a existência de normas penais, mas sim de normas jurídicas, sendo a violação de algumas destas (caráter fragmentário ou descontínuo do direito penal) o que se comina com uma pena.

<sup>118</sup> Binding, *Normen*, II, I, p. 464.

5. Pedro García Dorado Montero (1861-1919)<sup>119</sup> foi professor na Universidade de Salamanca. Sua obra mais difundida é uma recompilação de trabalhos publicados, intitulada *El derecho protector de los criminales*<sup>120</sup>. Em Dorado, deu-se um espetacular cruzamento de influências filosóficas: por um lado, o krausismo recém-importado para a Espanha, por outro, o influxo positivista advindo da Itália, acrescente-se a tudo isso sua inclinação política para o anarquismo, com alguns toques socialistas, e sua originária formação católica, religião que abandonaria depois, embora sem professar um anticatolicismo e, segundo contam, apesar de que o bispo de sua terra o tenha excomungado. Sua vida foi a de um professor universitário permanentemente em Salamanca, distante da política ativa e sem ser um revolucionário prático, pois advertia sempre sobre o perigo das mudanças sociais sem a devida preparação. Esse torvelinho de influências fez de Dorado o mais coerente dos positivistas.

6. Justamente ao contrário de Garofalo, Dorado refutou o delito natural, afirmando que todos os delitos são criações políticas, que é o estado quem arvorra determinadas condutas em delitos. Por outro lado, proclamava o determinismo: o homem está fadado a praticar certos atos, mas como alguns deles são criminalizados pelo estado, este não tem qualquer direito a defender-se, quanto mais a educar o homem para que não os pratique. Já está o contato de Dorado com a correccionalidade: não há responsabilidade penal, há apenas um direito do delinqüente a ser recuperado pela sociedade (eis seu famoso *derecho protector de los criminosos*, por meio do qual substituiu o direito penal). Era assim que Dorado fazia desaparecer o direito da sociedade a defender-se (defesa social) e, conseqüentemente, a própria responsabilidade penal, que não era concebível dentro do esquema pengosista e determinista do biologismo positivista. Sua coerência era impecável, de vez que, partindo dos mesmos postulados positivistas – só que sem pretender que a comprovação empírica de dados indicasse valores ou desvalores, conforme desejava o positivismo italiano – chegava a um resultado exatamente inverso a este último. A proposta não poderia ser mais clara: porque o estado quer proibir determinados atos e os homens não são livres, mas estão determinados para praticá-los, os homens devem ser recuperados ou edu-

<sup>119</sup> Sobre esse autor, Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*. Cf. ainda seu prólogo de *Bases para un nuevo Derecho Penal*, de Dorado Montero. Vários autores colaboraram com artigos, por ocasião da *Homenage a Dorado Montero*, na *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1971; Antón Oneca, José, *La utopía penal de Dorado Montero*.

<sup>120</sup> Além dessa obra, escreveu: *Nuevos derroteros penales. Problemas de Derecho Penal. Valor social de leyes y autoridades. Contribución al estudio de la historia primitiva (El Derecho Penal en Iberia)*. A bibliografia de Dorado, em Bernaldo de Quirós, Constanancio, prólogo a Dorado Montero, *Naturaleza y función del Derecho* (obra póstuma); Antón Oneca, José, op. cit., pp. 24 ss.

cados para não incorrer neles, não sendo este um direito do estado, mas sim dos homens que vivem em sociedade. Daí o nome com o qual sua teoria é conhecida: o direito protetor dos criminosos.

7. Dorado Montero foi uma alma generosa, de castelhana fidalguia vizinha da ingenuidade. Atacava o *nullum crimen sine lege*, não porém para defender o direito penal autônomo, e sim por conceber uma grande mudança social, em que o delinquente fosse tratado na condição de um ser necessitado e a punição como um direito subjetivo. Ante semelhantes ideias, não é possível ignorar sua generosidade, assim como seus riscos teóricos. Se Dorado tivesse vivido vinte anos mais, por certo teria retificado seu pensamento, apavorado diante da realidade. Entretanto, é sumamente interessante sua posição a respeito da justiça, de nítido cunho anarquista: *a justiça é uma modalidade da força e da prepotência; e a injustiça ou delito é uma rebeldia abortada contra a imposição da força prepotente e uma manifestação de fraqueza real. A diferença entre delito e pena consiste em que os ataques delituosos dos criminosos são feitos por pessoas que não têm força suficiente para impor-se aos demais*<sup>121</sup>. A partir dessa noção de identidade de males entre delito e pena estabeleceu-se a condição de proporcionalidade.

### III. A crise do positivismo

1. Em 1890 o mundo moderno sofreu sua primeira grande crise econômica<sup>122</sup>. Essa recessão começou a pôr em dúvida a linearidade do progresso. Alguns anos depois, o Japão surgiu desempenhando um papel de peso nas decisões mundiais; aliás, era a primeira vez que uma potência asiática adquiria tal importância. A guerra de 1914-1918 mudou o mapa da Europa; esta perdeu uma primazia até então indiscutível, e caiu uma ordem que se considerava assentada e inalterável, restando vencedores e vencidos submersos em um desastre crítico. A perda de confiança na progressividade linear, que foi se acentuando à medida que os acontecimentos se sucediam, teve seu reflexo científico-social, ou seja, houve a introdução dos conceitos sistêmicos na sociologia graças a Émile Durkheim (1858-1917)<sup>123</sup>, o que implicava uma importante mudança quanto ao organicismo positivista: já não se tratava da imagem de um organismo que expulsa células doentes mecanicamente, senão que o delito, visto como fatalidade social a partir da totalidade da sociedade, do mesmo modo que outros fenômenos sociais, apresenta também uma função positiva, que consiste em fortalecer

<sup>121</sup> Dorado Montero, Pedro, *El derecho protector de los criminales*, I, pp. 24 e 25.

<sup>122</sup> Cf. Niveau, Maurice, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*.

<sup>123</sup> Durkheim, Émile, *De la division du travail social; Les règles de la méthode sociologique. Le suicide. Étude de sociologie*.

a consciência coletiva, mediante o repúdio que provoca. Apesar de, com Durkheim, não se abandonar por completo o paradigma organicista, em razão da tendência de todo funcionalismo sistêmico a suscitar respostas análogas às organicistas, o certo é que ele se afastava notoriamente do maniqueísmo positivista (análogo ao do *Malleus*) e da certeza em que se baseava sua crueldade genocida. Entretanto, o positivismo penal já havia se difundido, sobretudo na versão ferriana<sup>124</sup>, e seu retrocesso demorou muitos anos em transferir-se da filosofia<sup>125</sup> para o direito penal<sup>126</sup>, sendo duvidoso que o tenha feito por completo.

2. No entanto, não foi só na ciência social que se produziu a crise. O positivismo era um paradigma que se baseava na física de Newton<sup>127</sup> e, alguns anos mais tarde, esta entrou em crise e a física começou a sofrer transformações insuspeitáveis. A filosofia deu início à cura de sua saúde, fazendo distinção entre tempo existencial e tempo físico, mas não pôde tampouco evitar as consequências de que, a partir da própria física, se admitisse, sem pestanejar, que o tempo se curva em vários sentidos diante de focos de altíssima gravitação e que

<sup>124</sup> Merecem ser lembrados: o trabalho de divulgação de Lombroso, feito por Luis María Drago, em *Los hombres de presa*; a conhecida obra de José Ingenieros, *Criminología*; Norberto Piñero, professor titular desde 1887 (suas anotações de aula Romañach, A. e Miranda Naón, C., *Apuntes de Derecho Penal*); Osvaldo Piñero, *Derecho Penal - apuntes tomados en la Facultad de Derecho al profesor de la materia por C.A.A.*; Bunge, Carlos Octavio, *Casos de Derecho Penal*, p. XLI; Gómez, Eusebio, em *Criminología argentina* e em *Tratado*; Moyano Gacitúa, Cornelio, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal argentino*, é também autor de *La delincuencia argentina ante algunas otras y teorías*; Areco, Horacio P., *Psicología legal*; Montes de Oca, M.A., *Represión*; Pavón, Cirilo, *La defensa social*, p. 35; Ramos, Juan P., *Curso*; Laplaza, Francisco P., em *Criminalia*, México, 1941; Silva Riestra, Juan, *Evolución de la enseñanza del Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires*. Há também uma obra bem mais ponderada de Antonio Dellepiane, *Las causas del delito*. Sobre seus efeitos no país, Cuevas del Cid, Rafael, *Introducción al estudio del Derecho Penal*, p. 264; Romero, Gladys, *El control social del "estado peligroso"*; Vezzetti, Hugo, *La locura en la Argentina*; Salvatore, Ricardo, *Criminología positivista, reforma de prisiones, y la cuestión social obrera en Argentina*.

<sup>125</sup> No tocante à filosofia, Rivarola, Rodolfo, em *Escritos filosóficos* (cf. os sucessivos programas da cadeira de Ética), provou estar se afastando dessa corrente. Sobre o referido autor, Velasco, Leopoldo, *La vida y obra del maestro Dr. Rodolfo Rivarola*; Farré, Luis, *Cincuenta años de filosofía en Argentina*, pp. 45 ss. Seu adversário filosófico mais enérgico foi Korn, Alejandro, *Obras*; Salazar, Daniel A., *Libertad y creación en los ensayos de Alejandro Korn*, há uma bibliografia indicada por Farré, Luis, p. 101.

<sup>126</sup> Embora tenha havido um pioneiro a defender as concepções antropológicas liberais (Lozano, Godofredo, *La escuela antropológica y sociológico criminal*, La Plata, 1889), ele passou despercebido. A reação definitiva iniciou-se com Soler, Sebastián, *Exposición y crítica a la teoría del estado peligroso*, em franca polémica (p. 190) com Jiménez de Asúa, Luis, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*.

<sup>127</sup> O próprio Ferré, em seus últimos anos de vida, precatou-se do naufrágio do positivismo e procurou manter distância dele, afirmando que o positivismo penal não dependia do filosófico; Ferré, Enrico, em *Revista Penal Argentina*, IV, 1924, pp. 5 ss; em *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Turim, 1925, III.

as contemporâneas cosmologias macrofísicas apresentassem limites curvos e universos interpenetrados. O certo é que o ser humano não consegue vivenciar tais cosmologias nem fugir do conceito linear do tempo, nem sequer do espaço euclidiano, embora talvez tudo isso seja a abertura para a superação da vingança, não isenta de perigos irracionistas nem de quedas abruptas do pensamento, análogas ao positivismo perigosista.

## CAPÍTULO IX

### O IMPULSO PENSANTE E SEUS OBSTÁCULOS

AA.VV., *Hommage a Marc Ancel*, Paris, 1975; AA.VV., *Zona abierta*, 70-71. *La teoría de los sistemas autorreferenciales*, Madrid, 1995; Adorno, Theodoro, *Dialéctica negativa*, Madrid, 1992; Aftalión, Enrique R., *La escuela penal técnico-jurídica y otros estudios penales*, Bs. As, 1952; Albrecht, Peter-Alexis, *El derecho penal en la intervención de la política populista*, en Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, p. 473 ss.; Alexander, Jeffrey C., *Las teorías sociológicas desde la II Guerra Mundial*, Barcelona, 1984; Ancel, Marc, *La réforme pénal soviétique*, Paris, 1962; Anderson, Perry, *La cultura represiva. Elementos de la cultura nacional británica*, 1977, Barcelona; do mesmo, *Modernidad y Revolución*, em *El cielo por asalto*, nº 4, 1992; também, *Tras las huellas del materialismo histórico*, Madrid, 1986; *Una cultura a contracorriente*, em *Zona Abierta*, nº 57/58, 1991, pp. 139 ss.; Anossov, J.J., *L'analogia nel diritto penale*, em *Giustizia penale*, 1934, pp. 171 ss.; do mesmo, *Ancora sull'analogia*, *ibidem*, 1935, pp. 201 ss.; Apel, Karl Otto, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, 1991; Ayer, A.J., *El positivismo lógico*, México, 1965; Ballweg, Ottmar, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basilea, 1960; Baratta, Alessandro, *Il problema della natura del fatto. Studi e discussioni negli ultimi dieci anni*, em *An. Bib. di Filosofia del Diritto*, 1968, pp. 227 ss.; do mesmo, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bolonha, 1982; também, *Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social*, em *Estudios Penales y Criminológicos*, Sgo. de Compostela, 1989; *Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*, Bogotá, 1989; *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, em *La Questione Criminale*, Bolonha, jan-abr 1975, pp. 7 ss.; *Principios de derecho penal mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)*, em *DP*, 1987, pp. 623 ss.; Baratta, Alessandro, *Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache*, em *Gedächtnisschrift f. G. Radbruch*, Göttingen, 1968, pp. 173 ss.; *Juristische Analogie und Natur der Sache*, em *Fest. f. E. Wolf*, Frankfurt, 1972, pp. 137 ss.; Bassiouni, M. Cherif - Vetere, Eduardo, *Organized Crime. A Compilation of N. U. Documents 1975-1998*, New York, 1998; Batista, Nilo, *Política criminal com derramamento de sangue*, em *Hom. al Prof. Dr. Jorge Frías Caballero*,

La Plata, 1998, pp. 75 ss.; Bayardo Bengoa, Fernando, *Protección penal de la Nación*, Montevideo, 1975; Beato, Fulvio, en De Nardis, Paolo, *Le nuove frontiere della sociologia*, Roma, 2000, pp. 343 ss.; Beck, Ulrich, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999; do mesmo, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, 1998; Bell, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, 1977; do mesmo, *The End of Ideology*, Glencoe, 1960; también, *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Madrid, 1976; Bendersky, Joseph W., *Carl Schmitt teórico del Reich*, Bolonha, 1989; Bergalli, Roberto - Resta, Eligio, *Soberanía: Un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Barcelona, 1996; Berman, Marshall, *Brindis por la modernidad*, em *El debate modernidad-postmodernidad*, Buenos Aires, 1989; do mesmo, *Porqué aún importa el modernismo. El cielo por asalto*, n.º 4, 1992; también, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*, Madrid, 1988; Bertalanffy, Ludwig von, *Teoría general de los sistemas. elementos, desarrollo, aplicaciones*, México, 1976; Bettiol, Giuseppe, *Scritti giuridici*, Pádua, 1966; *Scritti Giuridici 1966-1980*, Pádua, 1980; *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6.V.82, a cura e con prefazione di Luciano Pettoello Mantovani*, Pádua, 1984; *El problema penal* (trad. J.L. Guzmán Dálbora, prólogo de M. de Rivacoba y Rivacoba), Bs. As., 1995; *Sulla "nuova difesa sociale" considerata da un punto di vista cattolico*, em *Estudios Penales* (Hom. a J. Pereda), Bilbao, 1965, pp. 111 ss.; Bianchi, Hermann, *Hacia un derecho penal privado*, em *Concilium*, 1975; do mesmo, *Abolition: assensus and sanctuary*, em Bianchivan Swaaningen, *Abolitionism*, Amsterdam, 1986; do mesmo, *Alternativen zur Straffustiz*, Munique, Mainz, 1988; Blakeley, Thomas, *La escolástica soviética*, Madrid, 1969; Blasco Fernández de Moreda, Francisco, *Las escuelas de Kiel y de Marburgo y la doctrina penal nacionalsocialista*, em *Criminalia*, X, pp. 235 ss.; Bochenski, I., *El materialismo dialéctico*, Madrid, 1976; Boffa, Giuseppe, *Storia dell'Unione Sovietica*, Milão, 1979; Bordieu, Pierre, *Sociología y Cultura*, México, 1990; do mesmo, *Razones Prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Barcelona, 1997; Borradori, Giovanna, *Conversaciones filosóficas. El nuevo pensamiento norteamericano*, Bogotá, 1996; Braum, Stefan, *La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho Penal*, Granada, 2000; Bubner, Rüdiger, *La filosofía alemana contemporánea*, Madrid, 1991; Buchanan, James M. - Tullock, Gordon, *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Barcelona, 1993; Camargo, Pedro Pablo, *Derechos Humanos y democracia en América Latina*, Bogotá, 1996; Campbell, Tom, *Siete teorías de la sociedad*, Madrid, 1988; Cárcova, Carlos, *La opacidad del derecho*, Madrid, 1998; Carracedo, José Rubio, *Paradigmas de la política: del estado justo al estado legítimo (Platón, Marx,*

*Rawls, Nozick)*, Barcelona, 1990; Carrara, Francesco, *Opuscoli di Diritto Criminale*, 4.ª ed., Prato, 1885; Carvalho, Salo de, *Pena e Garantismo*, Rio, 2001, ed. L. Juris; Casahuga, Antoni, *Fundamentos normativos de la acción y organización social*, Barcelona, 1985; Castello Branco, Eurico, *Dos Crimes contra a Segurança Nacional*, Rio, 1971, ed. J. Konfino; Cerezo Mir, José, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, em *Rev. Gral. De Leg. y Jurisp.*, Madrid, 1961, pp. 72 ss.; Cerroni, Umberto, *Stucka-Pasukanis-Vysinskij-Strogovic, Teorie sovietiche del diritto*, Milão, 1964; Cesoni, M.L., *Organisation de type mafieux: la restauration des droit comme politique de prévention*, em *Revue de Droit penal et de criminologie*, 1999, pp. 320 ss.; Cohen, G. A., *Karl Marx's theory of History*, Oxford, 1978; Comblin, Joseph, *Le pouvoir militaire en Amerique Latine*, Paris, 1977; Coser, Lewis A., em Coser and Rosenberg, *Sociological Theory*, New York, 1960; do mesmo, Coser, Lewis A., *The function of social conflict*, New York, 1956 (*Las funciones del conflicto social*, México, 1961); también, *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*, Bs. As., 1970; Currie, Elliott, *Market, crime and community: Toward a mid-range theory of post-industrial violence*, em *Theoretical Criminology*, 1997/2, pp. 147 ss.; Christie, Nils, *Abolire la pena? Il paradosso del sistema penale*, Turim, 1985; do mesmo, *Los límites del dolor*, México, 1971; do mesmo, *Conflicts as property*, em *The British Journal of Criminology*, 17, 1, 1977; también, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires, 1993; Dahm, Georg - Schaffstein, Friedrich, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburgo, 1933; dos mesmos, *Grundfragen der neuen Strafrechtswissenschaft*, Berlim, 1935; también, *Gegenwertfragen d. Strafrechtswissenschaft*, Berlim, 1936; *Methode und System des neuen Strafrechts*, Berlim, 1938; Dahm, Georg, *Naziolasozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlim, 1935; do mesmo, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940; también, *Verbrechen und Tatbestand*, Berlim, 1935; *Gemeinschaft und Strafrecht*, Hamburgo, 1935; Dahrendorf, Ralph, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Madrid, 1962; do mesmo, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Barcelona, 1990; también, *Sociología del poder*, Bs. As., 1991; De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, 1998; Deleuze, Gilles - Guattari, Felix, *El anti-Edipo. Capitalismo y esquizofrenia*, 1973; Deleuze, Gilles, *Foucault*, México, 1991; do mesmo, *Postdata sobre las sociedades de control*, em *El Lenguaje libertario. Antología del pensamiento anarquista contemporáneo*, C. Ferrer (org.), Bs. As., 1999, pp. 105 ss.; Delmas-Marty Mireille, *Le flour de Droit*, Paris, 1986; Denninger, Erhard, *Der Präventionsstaat*, em *Kritische Justiz*, 1998, pp. 1 ss.; Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad"*, Madrid, 1994; Descombes, Vincent, *Lo mismo y lo otro. Cuarenta y cinco años de filosofía francesa (1933-1978)*, Madrid, 1988; Díaz, Elías, *El nuevo contrato social: Instituciones poli-*

ticas y movimientos sociales, en *Crisis y futuro del estado de bienestar*, Madrid, 1989, pp. 227 ss.; do mesmo, *La crisis de legitimación del derecho y del estado actual*, em *Estudios de Deusto*, v. 37/2, fasc. 83, 1989, Bilbao, pp. 383 ss.; Dinacci, Ugo, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*, Nápoles, 1984; Domínguez, Carlos Horacio, *La nueva guerra y el nuevo derecho. Ensayo para una estrategia jurídica contrasubversiva*, Buenos Aires, 1980; Donnedieu de Vabres, H., *La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, 1938; Downes, Davide - Morgan, Rod, *La política criminal de la Gran Bretaña del dopoguerra*, em *DDDP*, 1993/3, pp. 43 ss.; Dworkin, Ronald M. (org.), *Filosofía del Derecho*, México, 1980; do mesmo, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984; también, *El imperio de la justicia*, Barcelona, 1988; *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, 1993; Eagleton, Terry, *Las ilusiones del posmodernismo*, Bs.As., 1997; Elias, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, Bs. As., 1993; Engisch, Karl, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, Munique, 1971; do mesmo, *Der finale Handlungs begriff*, em *Festf. Kohlrausch*, pp. 141 ss.; Equipe SELADOC, *Iglesia y seguridad nacional*, Salamanca, 1980; Escobedo, Gennaro, *Ancora sull'analogia nel diritto penale sostanziale*, na mesma, 1934, pp. 189 ss.; Fabiani, Jean-Louis - Theys, Jacques, *La société vulnérable. Evaluer et maîtriser les risques*, Paris, 1987; Farrell, Martín, *La ética del abono y la eutanasia*, Buenos Aires, 1985; Fechner, Erich, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956; Fernández, Eusebio, *El iusnaturalismo*, em Garzón Valdés, E. - Laporta, F. (orgs.), *El derecho y la justicia*, Madrid, 1996, pp. 55 ss.; Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*; Carvalho, Salo de, *Pena e Garantismo*, Rio, 2001, ed. L. Juris, Ferri, Enrico, *La justicia humana*, em *Rev. Penal Argentina*, IV, 1924, pp. 5 ss.; do mesmo, *Scuola positiva e filosofia idealista*, em *Difese penali e studi di Giurisprudenza*, III, Turim, 1925; Fiandaca, G. - Musco E., *Perdita di legittimazione del diritto penale*, em *RIDPP*, 1994, p. 34; Fourier, Ch., *La armonía pasional del nuevo mundo*, Madrid, 1973; Freisler, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Leipzig, 1934; Fukuyama, Francis, *El fin de la Historia y el último hombre*, Barcelona, 1992; Furtado, Celso, *O capitalismo global*, Rio de Janeiro, 1998; García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Jürgen Habermas*, em *Doxa*, 13, 1993, pp. 235 ss.; Garzón Valdés, Ernesto, *Introducción*, em *Derecho y Filosofía*, Barcelona, 1988; do mesmo, *Derecho y "Naturaleza de las cosas"*, Córdoba, 1971; Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, 1994; Giménez Alcover, Pilar, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, 1993; Giorello, Giulio y Mandadori, Mario, *El utilitarismo como filosofía del cambio*, em *Zona Abierta*, 32, Madrid 1984, pp. 101 ss.; Girard, René, *El chivo expiatorio*, Barcelona, 1986; Giunta, Fausto, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, em *L'effettività della sanzione*

penale, Milão, 1998, pp. 26 ss.; Gouldner, Alvin W., *La sociología actual. Renovación y crítica*, Madrid, 1979; Gramatica, Filippo, *Principii di difesa sociale*, Pádua, 1961; do mesmo, *La défense sociale*, Tessalónica, 1966; Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la cárcel*, nº 2, *Materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*; Graven, Jean, *Le Droit Pénal soviétique*, Paris, 1948; Gruchmann, Lothar, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, Munique, 1988; Habermas, J., *Ensayos políticos*, Barcelona, 1994; do mesmo, *El discurso filosófico de la modernidad*, Buenos Aires, 1989; también, *Escritos sobre moralidad y ética*, Barcelona, 1991; *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, 1990; *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989; *La modernidad, un proyecto incompleto*, em *La posmodernidad*, Barcelona, 1985; *Faktizität und Geltung. Beiträge des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., 1992 (*Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, 1997); *La lógica de las Ciencias sociales*, Madrid, 1988; *Perfiles filosóficos-políticos*, Madrid, 1975; *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, 1987; también, *Teoría de la acción comunicativa, complementos y estudios previos*, Madrid, 1989; Hamilton, Peter, *Talcott Parsons*, Bolonha, 1989; Hart, H. - Dworkin, D., *La decisión judicial*, Bogotá, 1998; Hart, H.L.A., *Utilitarismo y derechos naturales*, em *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1982; Hartmann, Nicolai, *Ethik*, Berlín, 1949; *Introducción a la filosofía*, México, 1969; también, *Autoexposición Sistemática*, trad. B. Navarro, México, 1964, ed. Un. Aut. México; Hassemer, Winfrid, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, em *Nuevo Foro Penal*, nº 51, 1991, p. 17; do mesmo, *Três temas de direito penal*, Porto Alegre, 1993; Heidegger, Martin, *Introducción a la metafísica*, Barcelona, 1997; Heráclito, *Fragmentos*, Buenos Aires, 1983; Hernández Marín, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, 1986; Herrnstein, Richard J. - Murray, Charles, *The Bell Curve, Intelligence and class structure in american life*, New York, 1994; Herzog, Felix, *Gesellschaftliche unsicherheit und strafrechtliche daseinsorge. Studien zur Vorverlegung des strafrechtsschutzes in der gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991; do mesmo, *Algunos riesgos del derecho penal de riesgo*, em *Revista Penal*, 4, Salamanca, 1999, pp. 55 ss.; Hirschman, *Los conflictos sociales como pilares de la sociedad de mercado democrática*, em *La Política*, nº 1, Bs. As., 1996, pp. 97 ss.; Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, Barcelona, 1997; do mesmo, *Intervista sul nuovo secolo*, Roma - Bari, 1999; Hönigswald, R., *Die Grundlagen der Denkpsychologie*, 1925 (existe uma reimpressão, Darmstadt, 1965); Horkheimer, Max - Adorno, Theodor, *Dialéctica del iluminismo*, Buenos Aires, 1987; Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*, Buenos Aires, 1973; do mesmo, *Teoría crítica*, Barcelona, 1971; también, *Sociedad en transición: estudios de filosofía social*, Barcelona, 1976; Huber, E.R., *Verfassung*, Hamburgo, 1937; Hulsman,

Louk – Bernat de Celis, Jacqueline, *La apuesta por una teoría de la abolición del sistema penal*, em *Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura*, n.º. 3, 1989, pp. 19 ss.; do mesmo, *Penas perdidas – O Sistema Penal em Questão*, trad. M. L. Karam, Niterói, 1993, ed. Luam; também, *Abolire el sistema penale? (com a participação de Lolita Aniyar de Castro, Alessandro Baratta, Pio Marvoni, Realino Marra, Massimo Pavarini)*, em *Studi di teoria della pena e del controllo sociale*, a cura di M. Pavarini, Bolonha, 1987, pp. 305 ss.; Israel, Giorgio – Nastasi, Pietro, *Scienza e razza nell'Italia fascista*, Bolonha, 1998; Izuzquiza, Ignacio, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, 1990; Jacoby, Russell – Gluberman, Naomi (orgs.), *The Bell Curve Debate. History, documents, opinions*, New York, 1995; Jaeger, Werner, *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, México, 1971; Jakobs, Gunther, *Ciencia del derecho: técnica o humanística?*, Bogotá, 1996; Jameson, F., *Ensayos sobre el posmodernismo*, Bs. As., 1991; do mesmo, *Teoría de la postmodernidad*, Valladolid, 1996; Jay, Martin, *La imaginación dialéctica. Una historia de la escuela de Frankfurt*, Buenos Aires, 1991; Jescheck, H.H., *Entre dogmatismo et pragmatismo: l'évolution des expériences contemporaines de codification et des pratiques législatives*, em *Les systèmes comparés de justice pénale: de la diversité au rapprochement*, Paris, 1998, pp. 461 ss.; Johnson, Harry M., *Sociología. Una introducción sistemática*, Bs. As., 1968; Kaiser, Günther, *Abolitionismus – Alternative zum Strafrecht? Was läßt der Abolitionismus übrig?* em *Fest. f. Karl Lackner*, Berlin, 1987, pp. 1027 ss.; Karam, Maria Lúcia, *A esquerda punitiva*, em *DS-CDS*, n.º 1, 1996, p. 79 ss.; Kaufmann, Arthur, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe, 1965; Kaufmann, Matthias, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del estado y del derecho de Carl Schmitt*, Barcelona, 1989; Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madri, 1995; Kempermann, Eugen, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente. Ein Beitrag zur Revolution d. strafrechtl. Dogmatik*, Berlin, 1934; Kern, Lucian - Müller, Hans Peter, *La justicia: ¿Discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, Barcelona 1992; Klee, Karl, *Das Problem der Sicherungsstrafe*, em *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, 27, 1934-1935, pp. 485 ss.; Köning, René, *Sociología*, Bs. As., 1963; Krawietz, Werner, *Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho*, em *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, México, 1992; Krylenko, *Die Kriminalpolitik der Sowjetmacht*, Viena, 1927 (*La politique des Soviets en matière criminelle*, Paris, 1943); trad. do projeto, Conrado Perris, em *Giustizia Penale*, 1932, pp. 1769 ss.; La Spina, Antonio, *Funcionalismo o neoformalismo nell'interpretazione del diritto: teoría sistémica o ideología?* em *Sociología del Diritto*, Milão, 1998/1, p. 59 ss.; Ladeur, Karl-Heinz, *Superamento della complessità attraverso la capacità de apprendimento del diritto. L'adeguamento*

*del diritto alle condizone del postmoderno. Una crítica alla teoría jurídica del discurso de Jürgen Habermas*, em *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1996, pp. 480 ss.; Laqueur, Walter, *La Repubblica di Weimar*, Milão, 1974; Larrauri Pijoan, Elena, *Feminismo y multiculturalismo*, em *Análisis del código penal desde la perspectiva del género*, Bilbao, 1998, p. 35 ss.; da mesma, *Control informal: las penas de las mujeres*, em *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Madri, 1994, p. 1 ss.; da mesma, *Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista em Poder y control*, n.º. 3, 1987, pp. 95 ss.; Lea, John, *Criminología e postmodernität*, em *DDDP*, 1994/3, pp. 14 ss.; Leyret, Henry, *Les jugements du Président Magnaud réunies et commentés*, Paris, 1904; trad. Dionisio Díez Enriquez, Madri, 1909; Lima Rodrigues, Oswaldo, *O Crime Político e a Lei de Segurança Nacional*, Maricá, 1973; também, *O Direito de Segurança*, Maricá, 1972; Lucchini, Luigi, *La giustizia penale nella democrazia*, Bolonha, 1889; Lüderssen, Klaus, *Abschaffen des Strafrechts?*, Frankfurt, 1995; Luhmann, Niklas – de Georgi, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, Guadalajara, 1993; Luhmann, Niklas, *El sistema jurídico y dogmática*, Madri, 1983; também, *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Bs. As., 1973; *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeine Theorie*, Frankfurt, 1993; *Introducción a la teoría de los sistemas*, México, 1996; *Sociedad y sistema: La ambición de una teoría*, Barcelona, 1999; *La autopoiesis de los sistemas sociales*, em *Zona Abierta*, 70/71, 1995; *El derecho como sistema social*, em *No hay derecho*, Bs. As., ano V, n.º 11, 1994, p. 29 ss.; *Poder*, Barcelona, 1995; Lukacs, Georg, *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México, 1983; Lukes, Steven – Scull, Andrew, *Introduction em Durkheim and the law*, Oxford, 1983; Lyotard, Jean François, *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*, Barcelona, 1989; Mack, Raymond – Snyder, Richard C., *El análisis del conflicto social. Hacia una revisión y síntesis*, Bs. As., 1974; Machado, Roberto, Foucault – a filosofia e a literatura, Rio, 2000, ed. Zahar; Machiavelli, Niccolò, *Opere di Niccolò Machiavelli scelte da Giuseppe Zirardini*, Paris, 1851; Maggiore, Giuseppe, *Arturo Rocco y el método técnico jurídico*, Bs. As., 1961; Maihofer, Werner, *Recht und Sein*, Frankfurt, 1954; do mesmo, *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt, 1963; Marcuse, Herbert, *Eros y civilización*, Madri, 1970; do mesmo, *El hombre unidimensional*, Madri, 1971; também, *El final de la utopía*, Barcelona, 1968; Martindale, Don, *La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas*, Madri, 1979; Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*, Bogotá, 1990; Martyniuk, Claudio Eduardo, *Positivismismo, hermenéutica y teoría de los sistemas. Tres posiciones epistemológicas en las ciencias sociales*, Bs. As., 1994; Marxen, Klaus, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswiss. der zwanziger und dreissiger Jahre*, Berlin, 1975; Mathiesen, Thomas, *The politics of abolition*, Oslo, 1974; do

mesmo. *The politics of abolition*, em *Contemporary Crises*, nº 10, 1986, pp. 81 ss.; do mesmo, *Prison on Trial*, Londres, 1990; Maturana R., Humberto, *La realidad: ¿objetiva o construida?*, v. I *Fundamentos biológicos de la realidad*, v. II *Fundamentos biológicos del conocimiento*, Barcelona, 1995; Maurach, R., *Die gegenwärtige Situation der sowjetischen Kriminalpolitik*, em *Österreichische Osthefte*, 5, 1960; do mesmo, em *Z. f. osteuropäisches Recht*, 12, 1937, pp. 737 ss.; Mayer, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903; do mesmo, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1937; McCarthy, Thomas, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Madri, 1987; do mesmo, *Reflexión sobre la racionalización en La teoría de la Acción Comunicativa*, en Anthony Guiddens, Jürgen Habermas et alii, *Habermas y la modernidad*, Madri, 1991, pp. 277 ss.; McIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, 1987; do mesmo, *Historia de la ética*, Barcelona, 1991; Mezger, Edmund, *Die Straftat als Ganges*, em *ZStW*, 1938, pp. 675 ss.; do mesmo, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin-Munich, 1950; Moccia, Sergio, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi iliberali*, em *RIDPP*, 1995, p. 343; Montealegre, Hernán, *La seguridad del estado y los derechos humanos*, Sgo. de Chile, 1979; Mosconi, Giuseppe, *La pena e la crisi*, em *DDDP*, 1994/3, pp. 59 ss.; Moya Espi, Carlos, *Sociología crítica norteamericana: C. W. Mills*, Valencia, 1979; Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Munique, 1989; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Jerez, 1985; Murillo, Susana, *El discurso de Foucault. Estado, locura y anormalidad en la construcción del individuo moderno*, Bs. As., 1996; Napolitano, Tomaso, *Evoluzione del diritto penale sovietico dal 1919 ai nostri giorni*, em *Giustizia Penale*, 1932, pp. 1065 ss.; do mesmo, *Il nuovo Codice Penale Sovietico, I principii e le innovazioni*, Milão, 1963; Navas, Alejandro, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, Pamplona, 1989; Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1989; do mesmo, *Kant versus Hegel, otra vez*, em *La Política, Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*, nº 1, Bs. As., 1996; también, *Liberalismo versus comunitarismo*, em *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madri, 1988; Niño, Luis Fernando, *Estructura, sistema y control social: ¿réquiem para el derecho penal demoliberal?*, em *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio*, Montevideo, 1998; Nove, Alec, *Historia económica de la Unión Soviética*, Madri, 1973; Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, 1990; O'Connor, James, *The fiscal Crisis of the State*, New York, 1973 (em castelhano, *La crisis fiscal del estado*, Barcelona, 1981); Orano, Paolo, *Inchiesta sulla razza*, Roma, 1939; Palazzo, Francesco, *Legislazione penale*, separata do *Dizionario storico dell'Italia Unita, a cura di Bruno Bongiovanni e Nicola Tranfaglia*, Roma, 1996; do mesmo, *A proposito di Codice Penale e leggi speciali*, em *Questione giustizia*, nº 2, 1991,

pp. 314 ss.; também, *La recente legislazione penale*, Pádua, 1985; *Certeza del diritto e codificazione penale*, em *Politica del Diritto*, 1993, 3, pp. 365 ss.; Pannaralle, Luigi, *Il rischio della pena*, em *DDDP*, nº 1, 1998, Nápoles, p. 86; Parsons, Talcott, *The social system*, New York, 1966 (1ª ed., 1951); do mesmo, *La sociedad: perspectivas evolutivas y comparativas*, México, 1986; também, *El sistema de las sociedades modernas*, México, 1987; Passetti, Edson – Dias da Silva, Roberto B. (org.), *Conversações abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, São Paulo, 1997; Pasukanis, Eugenij B., *La teoría generale del diritto e il marxismo*, em Guastini, Riccardo, *Marxismo e teoría del diritto. Antologia di scritti giuridici*, Bolonha, 1980; Pavarini, Massimo, *Note sulle concezioni amministrative e tecnocratiche della penality*, em *DDDP*, 1994/3, pp. 157 ss.; Pavón Gómez, Gerardo, *La teoría del conflicto en la perspectiva criminológica*, em *Revista del Col. de Abogados Penalistas del Valle*, nº 21-22, Cali, 1989, pp. 187 ss.; Peñaranda Ramos, Enrique – Suárez González, Carlos J. – Cancio Meliá, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, em Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madri, 1997; Pérez Pinzón, Alvaro O., *La perspectiva abolicionista*, Bogotá, 1989; Perris, Corrado, *Le nuove teorie penali della Rusia Sovietica*, em *Scuola Positiva*, 1931; Pinto, Mônica, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., 1997; Prigogine, Ilya, *El fin de las certidumbres*, Sgo. de Chile, 1996; Pritwitz, Cornelius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993; Quirico, Mônica, *Capro espiatorio, politiche penali, egemonia*, em *DDDP*, 1993/1, p. 115; Rabl, Kurt, *Gefährdungsvorsatz*, Breslau, 1933; Radbruch, Gustav, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie: Gerechtigkeit und Gnade: Gesetzliches und übergesetzliches Recht*; todos em sua *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970; Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, 1979; do mesmo, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madri, 1986; *Las libertades fundamentales y su prioridad*, em *Libertad, igualdad y derecho*, Barcelona, 1988; *Sobre las libertades*, Barcelona, 1990; *El derecho de gentes*, em *De los derechos humanos*, Valladolid, 1998, pp. 49 ss.; Recasens Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y "lógica razonable"*, México, 1971; do mesmo, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963; Resta, Eligio, *La legalità aparente*, em *DDDP*, 1994/3, pp. 101 ss.; Rex, John, *Key problems in Sociological Theory*, Londres, 1961; Rocco, Alfredo, *Relazione al Re*, em *Gazzetta Ufficiale*, de 26.out.1930; Rorty, Richard, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madri, 1989; do mesmo, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, 1991; también, *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos, Escritos Filosóficos 2*, Barcelona, 1993; *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*, em *Batallas éticas*, Buenos Aires, 1995; *Objectivity, Relativism and Truth*, 1991; Rostand, Jean, *La*

herencia humana, Bs. As., 1961; Roxin, Claus, *Ha un futuro il diritto penale?*, em *Critica del Diritto*, n° 4, 1998, pp. 232 ss.; Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, Munique, 1988; Saint Victor, Paul de, *Las dos carátulas. Historia del teatro griego y de las grandes épocas del arte teatral*, Buenos Aires, 1952; Sampay, Arturo Enrique, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Bs. As., 1965; Sánchez Romero, Cecilia-Houed Vega, Mario Alberto, *La abolición del sistema penal, Perspectiva de solución a la violencia institucionalizada*, San José, 1992; Sauquillo González, Julián, *Michel Foucault. Una filosofía de la acción*, Madrid, 1989; Schaffstein, Friedrich, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, 1934; Schambeck, H., *Der Begriff der "Natur der Sache"*, Viena, 1964; Scheler, Max, *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un pensamiento ético*, Madrid, 1948; do mesmo, *Il formalismo nell'etica e l'etica dei valori*, Milão, 1944; também, *El puesto del hombre en el cosmos*, Buenos Aires, 1972; Scherer, Sebastian, *L'abolizionismo nella criminologia contemporanea*, em *DDDP*, I, 3, 1983; Schimmler, Bernd, *Recht ohne Gerechtigkeit. Zur Tätigkeit der Berliner Sondergerichte im Nationalsozialismus*, Berlin, 1984; Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983; do mesmo, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971; *La dictadura*, Madrid, 1968; *Teología política*, Bs. As., 1985; *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, 1990; *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburgo, 1934; *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1992; *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del Jus Publicum Europaeum*, Madrid, 1979; *El concepto de lo político*, México, 1985; Schreiber, Hans Ludwig, *Die Strafgesetzgebung im "Dritten Reich"*, em *Recht und Justiz im Drittem Reich*, Frankfurt, 1989; Sellert, Wolfgang-Rüping, Hinrich, *Studien – und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, t. II, Aalen, 1994; Serrano-Piedecasas, José Ramón, *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, 1988; Sgubbi, Filippo, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bolonha, 1990; Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999; do mesmo, *Eficiencia y Derecho Penal*, em *ADPCP*, 1996, p. 93 ss.; Simmel, Georg, *Estudios sobre las formas de socialización*, trad. J. Pérez Bances, Buenos Aires, 1939; Smaus, Gerlinda, *Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung*, Baden-Baden, 1998; Souza Neto, Claudio Pereira, *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, Rio, 2002, ed. Renovar; Steinert, Heinz, *Más allá del delito y de la pena*, em *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, 1989; Stratenwerth, G., *Die rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957; Tavares, Juarez, *A crescente legislação penal e os discursos de emergência*, em *DS-CDS*, ano, 2 n° 4, pp. 43 ss.; Terebílov, V., *El sistema judicial en la*

*URSS*, Moscou, 1977; Terradillos Basoco, Juan, *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*, em *Pena y Estado*, n° 1, 1991, pp. 22 ss.; Teubner, Gunther, *O direito como sistema autopoietico*, Lisboa, 1993; Therborn, Göran, *Ciencia, clase y sociedad. Sobre la formación de la sociología y del materialismo histórico*, Madrid, 1980; Thiebaut, Carlos, *Las racionalidades del contrato social: Kant en Rawls*, em *Zona Abierta*, 32, Madrid, 1984, pp. 117 ss.; Tjong, Zong Uk, *Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre von den "sachlogischen Strukturen" im Strafrecht*, em *ARSP*, 1968, pp. 411 ss.; do mesmo, *Über die Wendung zur Naturrecht bei Gustav Radbruch*, em *ARS*, 1970, pp. 245 ss.; Tocora, Fernando, *Política criminal en América Latina*, Bogotá, 1990; Toron, Alberto Zacharias, *Crimes hediondos, o mito da repressão penal*, São Paulo, 1996; Vallespín Oña, Fernando, *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, 1985; van den Haag, Ernest, *Punishing Criminals. Concerning a very old and painful question*, New York, 1975; van Parijs, Philippe, *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Buenos Aires, 1992; van Swaaningen, René, *Feminismo y derecho penal ¿Hacia una política de abolicionismo o garantismo penal?*, em *El poder punitivo del estado*, Rosario, 1993, pp. 140 ss.; Varela, Francisco – Maturana, Humberto, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*, Santiago de Chile, 1997; Vattimo, Gianni – Rovatti, Pier Aldo (eds.), *El pensamiento débil*, Madrid, 1990; Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad (Nihilismo y Hermenéutica en la cultura posmoderna)*, Barcelona, 1985; do mesmo, *Introducción a Heidegger*, Barcelona, 1996; también, *La sociedad transparente*, Barcelona, 1990; Vaz, Paulo, *Um Pensamento Infame*, Rio, 1992, ed. Imago; Wacquant, Loïc, *Punir os Pobres*, Rio, 2000, ed. F. Bastos; Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922; Welzel, Hans, *Derecho y ética*, em *Rev. Arg. de Cs. Ps.*, n° 5, Buenos Aires, 1973; do mesmo, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964; también, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, em *Fest.f. Niedermeyer*, Göttingen, 1953; *Das Recht als Gemeinschaftsordnung*, em *Fest.f. H. Henkel*, Berlin, 1974; Wilson, James Q. – Hermstein, Richard J., *Crime and human nature*, New York, 1986; Wilson, James Q., *Thinking about crime*, New York, 1975; Williams, Frank – McShane, Marilyn, *Devianza e criminalità*, Bolonha, 1999; Wright Mills, Charles, *The Power elite*, New York, 1956; do mesmo, *White Collar. The American middle classes*, New York, 1956; también, *La imaginación sociológica*, México, 1974; Würtenberger, Thomas, *Die geistige Situation der deutsche Strafrechtswissenschaft*, 1959; Zaffaroni, E.R., *El sistema contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represivización material*, em *Criminología crítica, Seminario*, Medellín, 1984, pp. 103 ss.; do



mesmo, *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, em NDP, 1999/A, reproduzido em *Direito e Cidadania*, Praia, República de Cabo Verde, ano 3, nº 8, 1999-2000; Zaffaroni-Pierangelli-Cervini, *Direito Criminal*, Belo Horizonte, 2000; Zolo, Danilo, *Autopoiesis: crítica a un paradigma posmoderno*, em *Zona Abierta*, nº 50, Madri, 1989; do mesmo, *I rischi evolutivi della democrazia*, em *Democrazia e diritto*, XXVI, 1986, pp. 15 ss.

## § 23. MODERNIDADE E ANTIMODERNIDADE

### I. Modernidade e estado de direito

1. O positivismo perigosista – como ponto culminante da renúncia ao pensamento – havia deixado de expor o problema do estado de direito, questão proibida por sua tosca metodologia policial. O tema teve de ser retomado quando fracassou o discurso legitimador baseado na pretensa *ciência natural*. Entretanto, não se pense que o descrédito do discurso positivista racista (reduccionismo biológico) provocou o incremento do conteúdo pensante por mero efeito mecânico, pois boa parte do saber penal se dedicou à legitimação do poder punitivo com *equivalentes da periculosidade*, porém em discursos que mencionam o estado de direito, inclusive ratificando a necessidade de seu fortalecimento.

2. O estado de direito, *concebido como a contenção do estado de polícia, orientado pelo modelo teórico em que todos os participantes se submetem por igual à lei*, possui inimigos externos e internos em seu próprio discurso, porquanto, diante da realidade que verifica a disparidade do modelo referente aos estados históricos – que é sua essência dialética – a) os *inimigos externos* do discurso o desqualificam como utopia irrealizável, ao passo que b) seus *inimigos internos* negam a disparidade (ignoram-na ou excluem-na do discurso) e anulam sua dialética essencial. Paradigmáticos inimigos externos seriam os discursos do *autoritarismo reacionário* (de De Maistre até Schmitt, passando por Spengler), enquanto os internos seriam os *discursos idealistas* (juridicamente traduzidos pela reificação da normatividade), cuja origem está na legitimação artificiosa do poder punitivo inserida nos discursos originários (os chamados hegelianos de direita)<sup>1</sup>.

3. O estado de direito é um produto da *modernidade*. A noção de modernidade é filosófica e não meramente política nem muito menos ainda jurídica, o que torna Hegel o inevitável referente ideológico desses posicionamentos, na condição de autor que inaugurou a problematização filosófica da *modernidade*<sup>2</sup>. Trata-se de um conceito não criado por Hegel, mas por ele explicitado como problemático. Sem detrimento de advertir sobre sua excessiva simplificação, é possível esquematizar o debate posterior, até o presente momento, como confronto entre *hegelianos de esquerda, de direita e anti-hegelianos*: a) para os primeiros, a modernidade seria *um projeto ainda não realizado*; b) para os

<sup>1</sup> Sobre tal conceito, Habermas, Jürgen, em *El discurso filosófico*.

<sup>2</sup> Habermas, op. cit., pp. 37 ss.

segundos, já realizado e c) para os últimos, irrealizável. Dentro desse esquema, os primeiros estariam propensos a pelo menos duvidar da legitimidade da coerção penal: os segundos, a legitimá-la no contrato ou em restrita medida; e os últimos, a retornar à legitimação corporativa pré-moderna. Tal esquema se complica quando de sua interferência com a filosofia e a política, porque a) a ideia de modernidade (filosófica) foi questionada pelos filósofos (Nietzsche, no século XIX, e Heidegger, no XX), sem possibilidade de transferência mecânica das consequências para a ideia (política e jurídica) do estado de direito; e porque b) o poder político se apropriou dos conceitos e os violou com frequência; a partir da posição do projeto ainda não realizado, chegou-se à negação do estado de direito, como transição necessária à sua realização plena, dando lugar a que de algumas variantes iluministas do hegelianismo de esquerda se passasse, sem solução de continuidade, a formas de estado pouco diferenciadas do estado de polícia pré-moderno (fascismo, nazismo).

4. A combinação do esquema referente ao estado de direito com as posições filosóficas a respeito da modernidade redonda em um quadro mais complexo, embora conserve seus traços classificatórios originários. Dentro deste, cabe distinguir: a) uma reação antimoderna que provém do pré-modernismo reacionário (o dever ser deriva do ser), e outra que, partindo de uma aceitação da modernidade como projeto visionário completo do modelo terminado, não respeita limite algum no caminho revolucionário do ser para o dever ser. Por qualquer uma das duas vias chega-se ao cancelamento do estado de direito e a uma *potentia puniendi* ilimitada. b) Por outro lado, da tradição hegeliana de direita (a modernidade realizada) desprendem-se todas as correntes que, com diferentes teorias do conhecimento e metodologias, postulam ou omitem considerar o ser, afirmando (ou admitindo tacitamente ou evitando o tema) que o ser é como deve ser, o que conduz a uma ficção de estado de direito e à ideia do *jus puniendi*. c) A crítica à modernidade reconhece um *dever ser que ainda não é*, quanto à sua realização, é mais ou menos prudente, céptica ou otimista. Oscila entre o *jus puniendi* e uma redução da *potentia puniendi*. d) Por último, na pós-modernidade e como resultado do reconhecimento da não-realização do projeto, há uma espécie de renúncia que não expõe a problemática do ser e do dever ser e acaba exigindo a abolição do poder punitivo (*nulla poena*).

5. O conceito de modernidade, tal como Hegel o apresentou, separava o estado da sociedade civil e centralizava a autoridade, regendo-se pela razão que substituíra a fé. O fundamento do estado era a liberdade (subjetivação, autoconsciência) que devia concretizar-se nos direitos assegurados pela autoridade. A secularização produzia um esfacelamento em relação às tradições e apelava-se para a razão conciliadora que se encarnava no estado, onde todos os

membros tinham seus direitos reconhecidos, satisfeitos, sem interferir nos direitos alheios. Daí separar-se esse estado da sociedade para evitar a autodestruição e preservar a emancipação que o Iluminismo levava consigo. Em Hegel, isso advinha de um forte institucionalismo que o levava a asseverar que *todo o racional é real e vice-versa*. Por meio dessa concepção filosófica bifurca sua vinculação com a formação do capital e a mobilização de recursos, o desenvolvimento de forças produtivas e o aumento da produtividade do trabalho, o monopólio do uso da força física, o exercício de poderes políticos centralizados em um território, a formação das identidades nacionais, a extensão dos direitos de participação política, a secularização de valores e normas, a concentração urbana, tudo sob o pressuposto de um tempo linear aberto a um futuro de liberdade sem opressões e ao progresso sem limites<sup>3</sup>.

## II. Estados de polícia antimodernos

1. O discurso antimoderno pode remontar-se à ideologia da restauração (De Bonald, De Maistre, Donoso Cortés), mas no século XX, embora seja em parte reiterativo, tentou caminhos relativamente novos. Sem dúvida alguma, a máxima manifestação de antimodernismo foi dada pelo estado nazista alemão, que se nutria, por um lado, das ideologias pré-modernas e, por outro, do positivismo racista. Esse discurso antimoderno (ou pré-moderno renovado) também extraiu dados de filósofos, os quais, apesar de seu cunho marcadamente reacionário, por sua crítica à modernidade – em especial à sua pretensão de realização completa – propiciaram argumentos para a crítica progressista, como Nietzsche e Heidegger<sup>4</sup>.

2. O antimodernismo alemão nutriu-se do racismo positivista e dos renovadores de Gobineau que operavam com o mito da *raça ariana*, tudo em um clima de pessimismo civilizatório. Como já foi observado<sup>5</sup>, pode-se afirmar que a tônica desse pessimismo foi dada por Spengler, e o mito ariano de Bayreuth alimentou Chamberlain e dele passou a Alfred Rosenberg, seu expoente oficial máximo. Por caminhos convergentes, alimentaram-no os teóricos do estado, críticos do liberalismo, entre eles Carl Schmitt (1888-1985), em quem urge deter-se, pois ele condensa os argumentos mais comuns, os quais, desde a teoria política contra os direitos humanos<sup>6</sup> até o presente momento, vêm

<sup>3</sup> Cf. Berman, Marshall, em *El debate modernidad-postmodernidad*; do mesmo autor, em *El cielo por asalto*, p. 21; Anderson, Perry crítica a proposta, em *El cielo por asalto*, cit., p. 92; Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, p. 142 ss.

<sup>4</sup> Cf. *supra*, § 21, III.

<sup>5</sup> Cf. *supra*, § 22.

<sup>6</sup> Sobre o modo como, em Schmitt, a sociologia desemboca no fascismo, a essência reacionária de seu combate ao neokantismo e sua descoberta no romantismo, que o leva a redescobrir Donoso Cortés, cf. Lukács, Georg, *El asalto a la razón*, p. 529.

se esgrimindo. Para Schmitt, o estado de direito regido por leis era uma concepção própria do estado burguês, baseado em conceitos de direito privado, que exigia regularidade e previsibilidade para as transações, e onde não havia lugar para a exceção; por conseguinte, em situações excepcionais, impunha-se a ditadura, que era o verdadeiro poder político (o de resolver na exceção)<sup>7</sup>. Em certo sentido, Schmitt é o antípoda de Kant, para quem a necessidade não gerava direito: o *decisionismo* schmittiano definia como poder político só a capacidade de resolver na necessidade, demarcando a linha divisória entre *amigo e inimigo*. Daí afirmar que o guardião da Constituição era o Poder Executivo e não o Judiciário, cuja função considerava meramente burocrática, limitada a simples julgamentos de submissão e a circunstâncias normais<sup>8</sup>, o que o impelia a atacar o controle constitucional kelseniano<sup>9</sup>. Para legitimar a perseguição nazista e o extermínio de todos os seus opositores, Schmitt asseverava que a Constituição não era algo intocável em sua totalidade, mas apenas em sua essência: a defesa da Constituição representava a do sistema e, portanto, quando este estava em perigo tornava-se possível desconhecer limitações secundárias, somente válidas em situações normais. Tendo em vista a ameaça do socialismo ao sistema, a situação era anormal e, portanto, impunha-se a defesa em mãos de um Executivo como guardião constitucional, além de passar por cima dos obstáculos secundários, em especial, dos limites fixados para suas atribuições em estado de sítio. Como o discurso da emergência costuma mudar de conteúdo, mas nunca renuncia à emergência, o desaparecimento das situações normais implica a consagração permanente do estado de polícia<sup>10</sup>.

3. Para Schmitt, o parlamentarismo era uma contradição<sup>11</sup>, pois o pluralismo partidário pulverizava o poder; tratava-se da representação de uma ideia, mas jamais de um povo (conceito de direito público) e a democracia nunca se realizava por meio do voto partidário, mas mediante *grito* ou *proclamação* (cesarismo plebiscitário). Democracia e liberalismo tornavam-se conceitos incompatíveis: o liberalismo era antidemocrático, de vez que, para Schmitt, a igualdade não era *perante a lei*, mas sim material, ou seja, igualação ou homogeneização (por meio disso se conciliava com o racismo). O pensamento jurídico *völkisch* considera a lei, antes de mais nada, como forma não isolada, mas inscrita no contexto de uma ordem cujo pensamento básico é supralegal, pois sua essência reside no costume e na concepção jurídica do povo<sup>12</sup>. Como o estado de polícia precisa de ideólogos para instalar-se, porém já estabelecido os devora – pois uma ideologia sempre implica algum limite, ainda que precário –

<sup>7</sup> Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*; sobre o decisionismo, Sampay, Arturo Enrique, p. 17.

<sup>8</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución e Legalidad y legitimidad*.

<sup>9</sup> Kelsen, H., *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

<sup>10</sup> Schmitt, Carl, *Teología política*.

<sup>11</sup> Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*.

<sup>12</sup> Schmitt, Carl, *Über die drei Arten*.

Schmitt caiu em desgraça, embora seu destino tenha sido menos duro que o de alguns outros. Esta circunstância provocou certa confusão, ensejando pudesse ele vir a ser considerado, por vezes, como alguém quase alheio ao nazismo. A crítica de Schmitt ao estado liberal através de sua planejada imposição da Constituição de Weimar<sup>13</sup>, da crítica da representação e dos limites do parlamentarismo, foi acolhida por alguns de seus inimigos políticos e teve, inclusive, repercussão na crítica de Frankfurt, o que determinou uma curiosa revalorização de suas obras por algum pensamento de esquerda. Os argumentos de Schmitt são adequados para legitimar os golpes de estado e as ficções de guerra não-convencionais, ou seja, são legitimadores do cancelamento de todo limite ao poder punitivo<sup>14</sup>.

4. O penalismo do nazismo, enraizado no mencionado antimodernismo, chegou a extremos desconhecidos pelo fascismo, embora não se tenha materializado em um código, cuja reforma integral ficou truncada. Legislativamente, traduziu-se em vários diplomas e no discurso gerado em torno deles. Tal discurso tinha como base a *comunidade do povo*, alicerçada, por sua vez, na *comunidade de sangue e solo* – sustentada pelo mito da raça –, e as leis nazistas se propunham defender a pureza racial contra a contaminação de veios genéticos inferiores. Por isso, a pena não possuía conteúdo preventivo, mas sim de defesa diante de qualquer delito, que era considerado um ataque ao povo alemão. Pela lei de 1933, puniu-se o mero projeto de alguns delitos; em 1935, foram punidos, por igual, os atentados tanto a chefes do partido quanto a funcionários; em 1936, foram criminalizados aqueles que transferiram bens do país ou os mantiveram no exterior; no mesmo ano, puniram-se as relações sexuais e os casamentos *inter-raciais*; diferenciaram-se as penas de morte: fuzilamento, para militares, decapitação com machado, para delinquentes comuns, e forca (infamante) para os delitos políticos, que eram julgados por tribunais especiais (o *tribunal do povo* estabelecido em 1934); em 1933, introduziu-se a esterilização como *medida de segurança* e a castração para alguns delitos sexuais; em 1935, eliminou-se o princípio da legalidade com a consagração da analogia constante do artigo 2º do StGB, no qual introduziu-se o seguinte texto: *É punível aquele que comete um ato declarado punível pela lei ou que, conforme a ideia fundamental de uma lei penal e o sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal for diretamente aplicável ao ato, o ato é apenado conforme a lei que se aplique mais adequadamente à ideia fundamental*<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*.

<sup>14</sup> Também de Schmitt, *El nomos de la tierra*. Sobre seu pensamento, cf. Kaufmann, Matthias, *Derecho sin reglas?*; Bendersky, Joseph W., *Carl Schmitt teórico del Reich*.

<sup>15</sup> Sobre esse período do nazismo e a morte suspeita de Gürtner, então ministro da justiça, Gruchmann, Lothar, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*; Sellert, Wolfgang e Rüping, Hinrich, *Studien und Quellenbuch*.

5. O sãõ sentimento do povo assegurou a irracionalidade dessa legislação e a ditadura do costume: Michaelis afirmava que *ao superar-se a cisão do direito, da moral e do costume, restabelece-se o caráter da lei como fonte do direito, mas no contexto das expressões vitais do povo*<sup>16</sup>. Isso foi teorizado como critério decisivo na determinação dos limites da legítima defesa, do estado de necessidade e do erro de direito. Apesar de os tribunais não fazerem uso desmedido desse pseudoconceito quanto à tipicidade, não se pode dizer a mesma coisa em relação a outros estratos analíticos do delito, em que a remissão a normas éticas foi um expediente fácil. Os elementos discursivos que o nazismo manipulou, para fundamentar sua incrível crueldade, foram sobretudo os assinalados como antimodernistas, mas o comportamento de ideólogos hegelianos, neokantianos e até existencialistas que funcionalizaram suas ideologias aos fins da ditadura nazista é prova suficiente da adequação do saber ao poder. A escola penal nazista propriamente dita foi a chamada escola de Kiel, cujos mentores – Friedrich Schaffstein e Georg Dahm<sup>17</sup> – apelavam para um intuícionismo totalista e repudiavam as categorias dogmáticas. Os dogmáticos se defenderam contra essa escola tratando de demonstrar que seus alicerces podiam ser mais funcionais para a legislação nazista<sup>18</sup>.

6. O direito penal nazista não foi orientado necessariamente para a repressão política, que recomendou a um tribunal especial<sup>19</sup>, mas de uma maneira demagógica posicionou-se contra os delinquentes comuns, com o lema *Erst: Keine Strafe ohne Gesetz! Jetzt: Kein Verbrechen ohne Strafe!* (Antes, nenhuma pena sem lei; agora, nenhum delito sem pena)<sup>20</sup>, sob cujo amparo estabeleceu profundas restrições à condenação e à liberdade condicionais, no que diz respeito aos considerados delinquentes habituais comuns, em resposta a recla-

<sup>16</sup> Rùthers, Bernd, *Entartetes Recht*, p. 26.

<sup>17</sup> Dahm, Georg e Schaffstein Friedrich, *Liberales oder autoritères Strafrecht ?*, obra surgida antes de Hitler chegar ao poder, quando aqueles eram ainda *Privatdozenten* e, depois, compartilhavam o famoso acampamento de Kitzberg, convocado em 1935, onde se reuniam jovens juristas teóricos do partido nazista (cf. Rùthers, Bernd, *Entartetes Recht*). Dos dois autores supra-referidos são também *Grundfragen der neuen Strafrechtswissenschaft; Gegenwartsfragen d. Strafrechtswissenschaft; Methode und System des neuen Strafrechts*. De Dahm, Georg, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht; Der Tätertyp im Strafrecht; Verbrechen und Tatbestand; Gemeinschaft und Strafrecht*. De Schaffstein, Friedrich, *Politische Strafrechtswissenschaft*. Outros autores foram Kempermann, Eugen, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente* e Freisler, *Nationalsozialistisches Strafrecht*. Ainda sobre essa escola, Blanco Fernández de Moreda, Francisco, em *Criminalia*, X, pp. 235 ss.; Donnedieu de Vabres, H., *La politique criminelle des États autoritaires*.

<sup>18</sup> Por todos, Mezger, Edmund, em *ZStW*, 1938, pp. 675 ss.; cf. Muñoz Conde, F., *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*, Valência, 2000, ed. T. lo Blanch.

<sup>19</sup> Sobre isso, Schimmler, Bernd, em *Recht ohne Gerechtigkeit*.

<sup>20</sup> Caderno 31 do *Juristische Wochenschrift* de 1934 (cf. Rùthers, Bernd, *Entartetes Recht*, p. 20).

mos em face do aumento da criminalidade durante a crise do pós-guerra<sup>21</sup>, até que, com base na negação expressa de qualquer pretensão de direito pessoal oponível ao estado<sup>22</sup>, chegou a configurar um direito penal de *perigo abstrato ilimitado*, ao qual se quis pôr alguma barreira mediante o *dolo de perigo*<sup>23</sup>. Não satisfeito com isso, acabou cancelando praticamente a diferença entre penas e medidas, baseando-se na legitimação de ambas pela via da prevenção geral positiva. Com admirável transparência, Klee, ao comentar a lei de 24 de novembro de 1933 contra delinquentes habituais e as consequentes medidas de segurança, complementa a teoria da prevenção geral negativa com a prevenção geral positiva, asseverando que a pena tem por função recuperar a confiança. Ele duas tinham por objeto a conservação da segurança. E afirmava que *todo crime tal exigência tem sua raiz na pulsão de segurança e, nesse sentido, no restabelecimento da consciência (sacudida pelo fato) de viver em uma ordem jurídica que garanta a paz e a segurança*<sup>24</sup>. Reputava, também, que a diferença entre pena e medida de segurança era apenas o fruto da ideia liberal do estado de direito, da ilustração e da revolução francesa, razão por que *a pena indeterminada produz segurança, porque as pessoas sentem que ela tem um efeito preventivo muito forte*<sup>25</sup> (ou seja, não causa medo às pessoas que não delinquiram, mas sim estas se sentem seguras por acreditarem que produz medo naquelas que pretendem delinquir). Portanto, Klee defendia a tese de uma pena única de segurança, ideia que, segundo ele, vinha dos tempos antigos nos projetos alemães<sup>26</sup>. A rigor, esse autor foi o primeiro a emitir o mais claro conceito da prevenção geral positiva em versão funcionalista.

7. Passado esse totalitarismo, muito se comentou sobre a adesão de penalistas a ele<sup>27</sup>. A análise particularizada do fenômeno pertence à história, mas de um modo geral é interessante destacar que a brutalidade do poder não havia aberto espaço para o dissenso, de vez que seria impossível encontrar penalistas críticos ou dissidentes. Estes deveriam optar entre *desaparecer* (exílio, morte ou cessação da atividade), *curvar-se* ao regime de uma maneira ativa

<sup>21</sup> Schreiber, Hans Ludwig, em *Recht und Justiz im Dritten Reich*, p. 151.

<sup>22</sup> Particularmente, os direitos à liberdade dos indivíduos não são compatíveis com os princípios do direito völkisch. Não há nenhuma liberdade pessoal do indivíduo, nem preestatal nem paraestatal, que o estado deva respeitar (Huber, E. R., *Verfassung*, p. 213).

<sup>23</sup> Cf. Herzog, Félix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 21; Rabl, Kurt, *Gefährdungsvorsatz*.

<sup>24</sup> Klee, Karl, em *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 27, 1934-1935, p. 487.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 498.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 492.

<sup>27</sup> Por exemplo, Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen*.

ou criadora (tornando-se seus ideólogos penais)<sup>28</sup>, ou, então, *ocultar-se*, encerrando-se em uma espécie de tecnologia mais ou menos asséptica, positivista e acritica que, em suma, também era funcional para o sistema autoritário<sup>29</sup>. Tal ocultação (atitude majoritária) foi favorecida pelo efeito das correntes de pensamento penal que haviam assumido atitudes tecnocráticas, como o neokantismo. Em linhas gerais, o refúgio tecnológico costuma defender-se argumentando que evitou males maiores, o que em parte é verdade. O medo tomou conta também dos penalistas e, entre a ocultação tecnocrática e a adesão ativa, ele foi, em alguns casos, a mola determinante de notórias hesitações. Esses esclarecimentos são necessários porque, em caso contrário, todos os discursos podem ser qualificados por igual, sem distinguir os de adesão ativa, que representariam o verdadeiro penalismo totalitário, dos da pluralidade de discursos de ocultação, que não merecem aquela qualificação, por mais funcionais que, em última análise, tenham sido, e sem suscitar julgamento ético sobre seus autores.

8. A ideologia antimoderna, anterior ao nazismo, estendeu seus efeitos depois deste e retornou esporadicamente ao poder. Uma de suas mais cruéis e claras manifestações políticas foi a *ideologia de segurança nacional*, assumida por um sem-número de estados de polícia na periferia do poder mundial. Trazida à América por autores franceses, que a apresentaram por ocasião da guerra argelina, e por Escolas de Guerra implantadas com colaboração norte-americana, nos anos cinquenta, e difundida nos exércitos do continente, é um exagero chamá-la de *ideologia*, devido à sua enorme pobreza de conteúdo teórico<sup>30</sup>. Foi uma tese simplista que alucinava um estado de guerra total e permanente, o qual comprometeria todo o planeta. Daí sacrificar-se tudo nessa guerra até aniquilar o comunismo, motivo da emergência de turno. Os estados policiais se reservavam à função de determinar quem, em cada caso, era o inimigo, dentro de uma nítida tradição schmittiana. Valia-se da *militarização* de toda a sociedade, onde os seres humanos e seus direitos se subordinavam ao objetivo primário de defesa do modelo ocidental de estado, ainda que para isso montassem um estado de polícia que era sua negação, instalando uma ditadura arbitrária que Schmitt

<sup>28</sup> Observou-se que o clima universitário onde o nazismo se desenvolveu foi condicionado por uma mescla de tendências *völkisch*, pela busca de uma carreira e por medo (Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht*, p. 20).

<sup>29</sup> Garzón Valdés, Ernesto (*Introducción, em Derecho y Filosofía*, pp. 5 ss.), com citações de Larenz, Schmitt, Wolf e outros, diz que o direito nacional-socialista não se refugiou no positivismo legal, mas que, ao contrário, se amparou em um jusnaturalismo baseado no *decisionismo* do Führer, o que é verdade. Não obstante, isso não se refere favoravelmente ao positivismo formal, pois este deixou indefeso o estado de direito constitucional, de modo que a normatividade vã e formal foi expulsa por um direito natural degradado e inábil, que teve em Carl Schmitt seu expoente máximo (cf. Rüthers, Bernd, *Entartetes*, p. 27).

<sup>30</sup> Sobre ela, cf. Comblin, Joseph, *Le pouvoir militaire*; Equipe SELADOC, *Iglesia y seguridad nacional*; Montealegre, Hernán, *La seguridad del Estado*.

talvez qualificasse de *comissária*<sup>31</sup>. Amparados por essa ideologia surgiram estados de emergência, estatutos de segurança<sup>32</sup>, organismos e agências políticas *de facto* em substituição aos *de jure* e de representação popular, tribunais especiais, penas impostas pela administração, conselhos e grupos de extermínio. O poder punitivo foi exercido por meio de três sistemas penais: a) o formal; b) o administrativo, mediante prisões determinadas pelo executivo; e c) o subterrâneo, mediante homicídios, sequestros, torturas, campos de concentração e desaparecimento de pessoas à margem de toda legalidade.

9. Como qualquer delito – e não apenas o político – punha em perigo a *unidade da frente interna* na guerra alucinada, todo delincente era considerado uma espécie de traidor em segundo grau da pátria. A segurança nacional valeu-se de argumentos contraditórios, mas que podem ser identificados com facilidade: a guerra exigia o sacrifício de liberdades em benefício da ordem, porque se trata de uma situação extraordinária de necessidade (o verdadeiro poder político de Schmitt); entretanto, não se aplicava o direito de guerra, porquanto a que se enfrentava não era a *tradicional* (o *justus hostis* de Schmitt), motivo pelo qual não se reconheciam os limites impostos pelos tratados de Genebra e pelo direito das gentes em geral (os franceses da Argélia propiciavam os argumentos); ao delito comum se impunham as mais severas penas, em face da necessidade de fortalecer ao máximo a frente interna (ecos de Durkheim); o delincente comum era considerado inimigo interno, do mesmo modo que o soldado estrangeiro, na guerra, era considerado o inimigo externo (argumento que remonta a Garofalo); em qualquer um dos casos o mal do delito tinha de ser retribuído, houvesse ou não necessidade ou periculosidade, porque era necessário por si só (retribucionismo irracional idealista).

10. Como se deduz de seu discurso, mais do que uma teoria foi um amálgama de elementos heterogêneos e arbitrários em sua combinação, sempre utilizados para a repressão ilimitada através de um modelo de estado de polícia horripilante, mas pouco original, onde se percebe um nítido predomínio de componentes discursivos pré-modernos e antimodernos. Os poucos vagidos teóricos em direito penal foram bastante rudimentares<sup>33</sup> e os argumentos das sentenças de seus tribunais eram inorgânicos, ao apelarem para qualquer discurso que permitisse fundamentar uma decisão arbitrária, artifício que resiste a toda análise razoável.

<sup>31</sup> Embora tivesse talvez, na realidade, constituído uma nova forma, estranha às duas que o referido autor analisa (Schmitt, Carl, *La dictadura*).

<sup>32</sup> Sobre esses, Tocora, Fernando, *Política criminal*, p. 175; Camargo, Pedro Pablo, *Derechos Humanos*, pp. 91 ss.

<sup>33</sup> Bayardo Bengoa, Fernando, *Protección penal de la Nación*; Domínguez, Carlos Horacio, *La nueva guerra y el nuevo derecho*; Castello Branco, Eurico, *Dos Crimes contra a Segurança Nacional*, Rio, 1971, ed. J. Konfino; Lima Rodrigues, Oswaldo, *O Crime Político e a Lei de Segurança Nacional*, Maricá, 1973, e *O Direito de Segurança*, Maricá, 1972.

### III. Estados de polícia revolucionários

1. Enquanto os estados policiais antimodernos tentavam saber como o dever ser deriva do ser, houve desdobramentos discursivos a partir da modernidade, levados a cabo por visionários que pretenderam ter certeza a respeito de como devia ser acelerada a dinâmica do ser para chegar a ser o que deve ser. Foram pretensões de impelir o ser em direção ao dever ser, sua certeza absoluta acerca do caminho da humanidade e do destino da sociedade permitiu-lhes sacrificar tudo em função de alcançar as metas o mais cedo possível. Tais discursos visionários se adaptaram a transformações rápidas do poder: toda revolução ou pretensão de revolucionar adotou, de uma maneira definitiva, um discurso de certeza absoluta a respeito do sentido da história. Dois fenômenos políticos completamente diferentes, como foram o *fascismo italiano* e o *stalinismo soviético*, se mobilizaram através desse parâmetro discursivo, dando lugar aos respectivos estados policiais.

2. Apesar de serem múltiplas as raízes ideológicas do fascismo e tornar-se insustentável, na atualidade, a afirmação de que ele careceu de ideologia, o penalismo do estado fascista – da chamada *revolução fascista* – nutriu-se de elementos do positivismo e do neo-idealismo, em especial de Giovanni Gentile (1875-1944)<sup>64</sup>. O neo-idealismo é uma derivação do hegelianismo, introduzido na Itália, a partir de Nápoles, no século XIX, como ideologia que fortalecia o estado na etapa imediatamente posterior à unificação, na qual se necessitava de uma forte legitimação do estado para opô-lo à igreja durante o longo litígio com o Vaticano. Pareceu, em certo sentido, produzir-se um armistício entre o neo-idealismo e o positivismo quando Ferri tentou, inclusive, afastar o pensamento penal do filosófico<sup>65</sup>. Para Gentile, *toda ação era pensamento e todo pensamento, ação*, de modo que não há ação que em alguma medida não seja livre, embora a liberdade absoluta seja divina. Portanto, os seres humanos realizam ações mais ou menos livres. Isso permite legitimar as penas retributivas (quando as ações são predominantemente livres) e as medidas neutralizantes (quando estas são pouco livres), reservando-se para as que se acham entre os dois extremos uma justaposição de penas retributivas e medidas neutralizantes (*doppio binario*). Gentile foi um teórico do estado totalitário, pois achava que o estado era a *humanidade do homem* e, por conseguinte, devia administrar tudo o que o homem pratica, incluindo a religião nacional. Tendo em vista que sua teoria do conhecimento era quase solipsista, ele não podia conceder valor algum ao diálogo; por outro lado, se todo pensamento é ação, este passa a ser uma matéria

<sup>64</sup> Cf. *supra*, § 21. I.

<sup>65</sup> Ferri, Enrico, em *Rev. Penal Argentina*, IV, 1924, pp. 5 ss.; assim como em *Difese penali e studi di giurisprudenza*, III.

controlável pelo estado. De qualquer maneira, seu pensamento não passa para o direito penal sem notórias contaminações positivistas e alguns traços de racismo, ainda que sem alcançar o grau de delírio nazista<sup>66</sup>.

3. Esse estado totalitário se acha caracterizado na *Prolozione* para o código penal de 1930, onde se sustenta uma concepção antropomórfica, que representa todas as gerações passadas, presentes e futuras e, portanto, adquire uma existência separada do conjunto de seus habitantes, com vida e necessidades próprias, às quais devem ser sacrificadas as de qualquer uma de suas parcialidades, porquanto estas são transitórias por oposição às estatais, que são permanentes<sup>67</sup>. Essa ideia antropomórfica de estado não se distanciava muito daquela defendida por Comte em suas obras mais esotéricas, como em *Sistema de política positiva*, onde ele diviniza a história.

4. O Código de 1930 ou *Codice Rocco* foi o grande monumento penal do fascismo. O direito penal fascista, que nele plasmou sua ideologia, caracterizava-se por conceder a finalidade de proteção ao estado, estabelecer penas gravíssimas para os delitos políticos, proteger o partido único e apelar amplamente para a prevenção policial por meio da intimidação. A circunstância de que a pena se oriente para a proteção do estado obedece ao fato de que, nessa ideologia, é o estado que leva adiante a nação (de modo inverso ao nazismo)<sup>68</sup>. A tutela do estado requer uma definição do delito político atendendo à motivação, não para privilegiá-lo (como no direito penal liberal), mas sim para agravá-lo. A confusão entre delitos contra a existência do estado e contra o governo se impunha: constituía delito contra a personalidade do estado a injúria à honra ou prestígio do chefe de governo (art. 282). Tais delitos eram submetidos a uma jurisdição especial (*o tribunal especial para a defesa do estado*, criado em 1926 e composto de oficiais superiores da *milícia fascista* e de altos magistrados judiciais). Tipificavam-se delitos criminalizados em qualquer código, mas com sentido particularmente autoritário, como o estupro considerado delito contra a *moralidade pública e os bons costumes* e não contra a liberdade sexual; a moralidade sexual não é um sentimento de recato, mas sim um *elemento da nacionalidade*, um valor do organismo social. O aborto não era um delito contra a pessoa, mas contra a *sanidade e a integridade da estirpe*, como bem jurídico da nação; passa para primeiro plano o interesse demográfico do estado, como demonstra sua tipificação conjunta com a produção da própria impotência *generandi*, da propaganda neomalthusiana e do contágio venéreo. Algo aná-

<sup>66</sup> Uma exploração em Israel, Giorgio e Nastassi, Pietro, *Scienza e razza*.

<sup>67</sup> Rocco, Alfredo, *Relazione al Re*.

<sup>68</sup> Deveu-se a isso seu menor grau de racismo. Não obstante, podem ver-se as tentativas antisemitas dos autores compilados por Orano, Paolo, *Inchiesta sulla razza*.

logo sucede com os delitos contra a religião, onde a blasfêmia é apenada; a incriminação não se baseava na liberdade de cultos, mas na agressão ao estado mediante o ataque à sua religião, a ponto de abrandar-se a pena quando se comete ato contra um culto diferente da religião do estado. Além do mais, o *Codice Rocco* amplia desmesuradamente a punibilidade: não faz distinção entre atos preparatórios e de execução, impõe medidas de segurança aos envolvidos em conluio sem que se inicie a execução do fato, equipara os atos de todos os concorrentes. Não satisfeito, agrava as penas sob pretexto de medidas de segurança indeterminadas para os delinquentes habituais, profissionais ou por tendência. Naturalmente, ele estabelecia a pena de morte para os delitos contra o estado e outros tantos contra as pessoas. Na época, tal circunstância foi saudada pelos reacionários de toda a Europa e despertou admiração na América Latina<sup>39</sup>.

5. O penalismo teórico italiano viu-se diante de uma racionalização da qual não tinha escapatória. Em face de um embate ideológico com tão gigantesco arsenal, alguns penalistas se ampararam no positivismo jurídico, tendo sido o tecnicismo jurídico, nesse sentido, o equivalente italiano do neokantismo<sup>40</sup>; outros se curvaram incontinenti à ideologia dominante. O código Rocco permanece vigente, embora nas últimas décadas tenha sido reformado várias vezes, por força da Corte Constitucional, que acabou revelando suas disposições incompatíveis com a Constituição da República. Seu irracional sistema de penas e medidas foi compensado com a legislação penal executiva que, na prática, as reduziu notoriamente.

6. O controle social punitivo na hoje dissolvida União Soviética enquadrou-se na ditadura estabelecida a partir de 1917, à qual Lênin, primeiro, e Stalin, depois, impuseram seu selo pessoal, cujo objetivo declarado era a *eliminação dos valores burgueses*<sup>41</sup>. O discurso predominante foi marxista, embora na versão de Engels, marcadamente positivista<sup>42</sup>, e em alguns momentos redundou em franco positivismo perigosista, estranho por completo ao marxismo, do qual só adotava componentes discursivos autoritários que encerravam o debate. Em certo sentido, e por meio da negação do racismo tradicional, a ideologia soviética chegou a um novo racismo (racismo condicionado): foi dogma da biologia soviética a transmissão dos caracteres adquiridos<sup>43</sup>, o que permitia erradicar o delito ao corrigir os traços criminais transmitidos pela sociedade capitalista.

<sup>39</sup> Cf. *supra*, § 17.

<sup>40</sup> Cf. Maggiore, Giuseppe, *Arturo Rocco*; Aftalión, Enrique R., *La escuela penal técnico-jurídica*.

<sup>41</sup> Graven, Jean, *Le Droit Pénal soviétique*.

<sup>42</sup> Cf. Bochenski, L., *El materialismo dialéctico*, p. 69.

<sup>43</sup> Era a tese de Lamarck, defendida por Lyssenko (cf. Rostand, Jean, p. 52).

7. O controle punitivo foi de um draconianismo superior ao fascismo e quase comparável ao nazismo. A princípio, os juizes podiam apelar para sua *consciência socialista*, com base em algumas diretrizes legais bem difusas (os *Princípios de 1919*), criou-se a *Tcheka* (polícia e tribunal político), em 1922, sancionou-se o primeiro código penal que estabelecia expressamente ser a função da punição a defesa do estado de camponeses e operários durante o período de transição para o comunismo, critério que todos os códigos posteriores reiteraram. Eliminava-se a palavra *pena* (positivismo ferniano) e os juizes tinham liberdade para construir de uma maneira analógica os modelos penais, de acordo com sua *consciência socialista*. Em 1924, sancionaram-se novos *Princípios* que classificavam os delitos em graves (cometidos contra o estado), para os quais só se determinavam os patamares penais mínimos, e em leves (contra as pessoas), para os quais só se determinavam os máximos penais, prodigalizava-se a *suprema medida de defesa social*, eufemismo com o qual se designava a pena de morte. De acordo com os *Princípios* elaborou-se o código russo de 1926, cujo artigo 6º dispunha: *Considera-se socialmente perigosa toda ação ou omissão dirigida contra o regime soviético ou que implique atentado à ordem jurídica estabelecida pelo poder operário e camponês pertinente ao período de transição para a ordem comunista*. O artigo 7º punia as pessoas que não cometiam delito, embora fossem consideradas perigosas por sua vinculação com um *meio perigoso* ou por seu passado. O artigo 16 estabelecia que se o ato fosse socialmente perigoso e não estivesse tipificado, teria de ser apenado de acordo com aqueles previstos de natureza mais similar. Durante o mesmo período, estava sendo elaborado o famoso projeto Krylenko, que carecia de parte especial e que, em grande medida, se nutria das ideias do projeto Ferri de 1921<sup>44</sup>. O curso dos acontecimentos políticos levou Stalin a concentrar sua ditadura pessoal em uma política de industrialização acelerada, encaminhando o controle punitivo à eliminação inexorável de tudo que pudesse perturbar seu objetivo econômico. Krylenko e os velhos bolcheviques leninistas perderam consistência, sendo acusados de *trotskistas*<sup>45</sup>. Os delitos políticos foram julgados por comissões especiais que sobreviveram até 1958, do mesmo modo que o emprego da analogia<sup>46</sup>.

8. As alternativas do controle punitivo dessa época são claras: inicialmente desbaratou-se a estrutura econômica de produção e distribuição czarista, desurbanizou-se a população e ocorreu um *comunismo de guerra* que deman-

<sup>44</sup> Sobre essa evolução, Napolitano, Tomaso, em *Giustizia Penale*, 1932, pp. 1065 ss.; Peris, Corrado, em *Scuola Positiva*, 1931. A tradução italiana do projeto Krylenko em *Giustizia Penale*, 1932, pp. 1769 ss.; de Krylenko, *Die Kriminalpolitik der Sowjetmacht (La politique des soviets en matière criminelle)*.

<sup>45</sup> Cf. Maurach, R., em *Z. f. osteuropäisches Recht*, 1937, fasc. 12, p. 737. Muitos anos depois foi uma das reivindicações dos "destacados juristas soviéticos" (Terbilov, V., p. 33).

<sup>46</sup> Sobre a analogia soviética, Anossov, J.J., em *Giustizia penale*, 1934, pp. 171 ss.; do mesmo autor, em 1935, pp. 201 ss.; Escobedo, Gennaro, também em *Giustizia*, 1934, pp. 189 ss.

dava arbitrariedade penal e policia forte, a fim de evitar a catástrofe total em meio a uma fome enorme causada pela guerra internacional seguida de guerra civil. Depois, houve uma *retirada tática* do estatismo econômico (retorno a formas elementares de iniciativa privada) que alcançou seu apogeu por volta de 1925, exigindo um mínimo de garantias de estabilidade para a pequena indústria que o projeto Krylenko não oferecia: foi a *nova política econômica* (NPP)<sup>47</sup>. No final desta, produziu-se um novo avanço da centralização econômica. O pensador mais importante dessa época foi Eugenij B. Pasukanis, que atribuiu ao direito o caráter de fenômeno próprio da sociedade capitalista, determinado por suas relações de *troca-valor*, que desapareceria à medida que fossem predominando as relações de solidariedade socialista<sup>48</sup>. Era uma opinião consentânea com o horizonte marxiano de desaparecimento do estado, inviabilizada pela conjuntura internacional empenhada na destruição do experimento socialista – da qual a guerra contra a Alemanha nazista era a manifestação mais evidente – e que levava ao movimento oposto, de fortalecimento do estado. Pasukanis e sua desvalorização do direito chocaram-se frontalmente com a forte centralização de Stalin, cujo intérprete penal foi o promotor Vysinskij, encarregado dos expurgos de 1936, durante os quais o próprio Pasukanis desapareceu.

9. Depois do XX Congresso, em 1956, iniciou-se um novo período na legislação penal soviética, inaugurado pelos *Princípios de Legislação Penal* de 1958, após os quais os tribunais especiais e a analogia desapareceram. Em 1960, a República Russa sancionou seu código penal, que serviu de modelo para as restantes. Em alguma ocasião aplicou-se retroativamente a lei penal, a título de exceção autorizada pelo Soviet Supremo<sup>49</sup>. O marxismo-leninismo institucionalizado da União Soviética havia se convertido em uma superestrutura ideológica, cujo partido passou a ser a máxima autoridade científica e filosófica e, por conseguinte, também jurídica<sup>50</sup>. Seguindo o método platônico de estabelecer o que é a partir do que ainda não é, os soviéticos se baseavam no dever ser da sociedade sem classes, na qual o delito desapareceria. Como durante os longos anos de ditadura o delito não desaparecera, eles não poderiam admitir que sua própria estrutura social gerasse formas diferentes de delinquência, mas sim asseverar dogmaticamente que o delito era uma sobrevivência capitalista e que no sistema soviético não havia elementos criminógenos, bem como que toda afirmação em contrário era uma *invenção caluniosa*<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Cf. Nove, Alec, *Historia económica*; Boffa, Giuseppe, *Storia dell'Unione Sovietica*, pp. 479 ss.

<sup>48</sup> Pasukanis, Eugenij B., em Guastini, Riccardo, *Marxismo e teoria del Diritto. Antologia di scritti giuridici*, Cerroni, Umberto, em *Stucka-Pasukanis-Vysinskij-Strogovic*.

<sup>49</sup> Napolitano, Tomaso, *Il nuovo Codice Penale sovietico*; Ancel, Marc, *La réforme pénale soviétique*.

<sup>50</sup> Cf. Blakeley, Thomas, pp. 91 ss.

<sup>51</sup> Desse modo foi considerado o trabalho de Maurach, R., em *Österreichische Osthefte*, 5, 1960.

10. A aproximação soviética aos princípios do estado de direito, efetuada a partir de 1958-1960, foi explicada ideologicamente sustentando-se que a União Soviética estava madura para iniciar a etapa do comunismo, onde começaria o paulatino desaparecimento do estado após a cessação da luta de classes. De qualquer maneira, seu sistema de penas continuava sendo remetido ao da *República* platônica: reconhecia o caráter retributivo da pena (*a pena não é só castigo*, conforme se dizia nos *Princípios* de 1958). Daí em diante a política penal soviética valeu-se do princípio leninista que combinava coerção com persuasão: era tomado de Platão, quando sustentava que o réu tinha de ser tratado mediante persuasão, salvo se não respondesse a ela, caso em que deveria ser eliminado. Obedecendo a esse critério, o direito penal soviético afirmava que a prisão não podia ser prolongada se não cumprisse a meta reeducadora.

11. A teoria soviética do delito não se distinguia muito daquela defendida por von Liszt; seu conceito material de delito se baseava na periculosidade social<sup>52</sup>; a justificativa sociológica da imputabilidade residia em que o imputável vivia fora das relações, não participava da luta de classes<sup>53</sup>, o que se aproximava do conceito de *comunidade jurídica* e *participa do direito* do hegelianismo e, em geral, de todo o idealismo normativista. Em suma, a *doutrina penal soviética*, como a fascista, nutriu-se de positivismo e idealismo.

#### IV. Estados de direito ameaçados: a) ficções de modernidade consumadas no neokantismo e no ontologismo

1. Desde o *hegelianismo de direita* vem se abrindo caminho para a tendência a considerar o projeto de modernidade algo realizado ou consumado, isto é, a desconhecer a disparidade entre o estado de direito como projeto e a realidade, o que equivale a *anular a dialética própria de todo estado de direito histórico ou real*: ao cancelar a tensão entre o estado de polícia, que permanece no interior de todo estado de direito real, e o projeto de estado de direito ideal, impede toda possibilidade de apelar para a realização progressiva como princípio regulador, ao mesmo tempo que desaparece diretamente o estado de direito real, substituído por uma ficção que, às vezes, torna-se revoltante. Ao longo do século XX, e mediante recursos metodológicos bem diversos, proliferaram teorias que *identificaram o ser com o que deve ser*, na maioria dos casos sem apresentar o problema nesses termos, mas dando-o por solucionado como pressuposto das mesmas (*dogma implícito*) ou evitando seu tratamento (*dogma por elusão*). Em síntese, trata-se da

<sup>52</sup> Sobre a escola positivista e o modelo soviético, como doutrinas terapêuticas da defesa social, Ferrajoli, Luigi, em *Diritto e ragione*, p. 266.

<sup>53</sup> Seu desenvolvimento pode ser visto em Zdravomislav, B.V. et alii.



negação dos defeitos dos estados de direito reais pela construção de uma teoria do direito penal como se tais defeitos não existissem e o estado real fosse análogo ao ideal que, por outro lado, ninguém pode afirmar ser inteiramente realizável: tais teorias põem em sério perigo os estados de direito reais, desde que estabeleçam a racionalidade de suas propostas a partir de uma ficção de estado ideal, seja porque o dão por realizado, por não proporem sua realização, seja porque, renunciando ao ideal, dão por ideal o existente.

2. O positivismo perigosista – como refúgio seguro onde cada coisa se achava em seu lugar dentro de um universo hierarquizado pela biologia – entrou em crise e provocou um esforço dos penalistas para salvar a legitimidade do poder punitivo, até encontrarem um muro de contenção contra a invasão de uma realidade que eles não podiam neutralizar discursivamente. O discurso tinha como função legitimar, não conhecer o controle de constitucionalidade, sendo sua meta proporcionar modelos decisórios para os tribunais em meio a um caos valorativo, acelerado desde a *grande guerra* (1914-1918). O muro de contenção foi a lei, para a qual procurou-se encontrar um método de interpretação *técnico* e apresentável como *ideologicamente asséptico*. Essa tendência teve seu maior desenvolvimento na Alemanha ao adotar o *neokantismo*, que deu um grande impulso à elaboração dogmática do direito penal. Seu singular êxito deveu-se à sua extraordinária idoneidade para os fins propostos: sua meticulosa distinção entre o universo jurídico e o real permitiu-lhe manter grande parte do paradigma positivista criminológico, bem como desenvolver, ao mesmo tempo, um positivismo legal, fazendo caso omissos dos fatores sociais e preservando a criminologia em uma posição subordinada, neutralizando qualquer informação social desagradável advinda de uma arbitrária seleção de dados da realidade: aqueles que perturbavam eram remetidos à *ciência natural*, os que se acomodavam incorporavam-se ao discurso como *ciência jurídica*; enfim, toda pretensão de anexar referências molestas à ciência jurídica era estigmatizada de reducionismo. Essa tendência retomava o pior do idealismo para salvar o positivismo, dentro de uma tradição cuja vigência se conserva até o presente momento.

3. *As coisas em si*, que para Kant eram inacessíveis pelo fato de se conhecer tudo por meio de tempo e espaço (Crítica da Razão Pura), na opinião dos neokantianos não existiam: pode-se discutir a condição *idealista* da filosofia kantiana, mas quanto à neokantiana não cabe a menor dúvida. Os neokantianos se distribuíram em várias escolas, com diferentes graus de idealismo<sup>54</sup>. Para a chamada *Escola de Marburg* (onde se pode incluir Kelsen) o método cria o

<sup>54</sup> Sobre a filosofia jurídica neokantiana, Recasens Siches, Luis, *Panorama*, t. I, pp. 223 ss.; Hernández Marín, Rafael, *História de la filosofía del derecho contemporáneo*, p. 209 ss.

objeto, com o que seus alicerces e sua metafísica se esgotam em lógica metódica. Tal vertente não teve repercussão penal: em suas manifestações mais radicais, ela se via diante de uma corrente antimetafísica da época: o *neopositivismo* ou *positivismo lógico* (Círculo de Viena), que negava ao direito o caráter de ciência por ser exclusivamente *fisicista* (só é científico o que corresponde ao modelo da física)<sup>55</sup>. O impacto penal do neokantismo foi causado pela chamada *Escola de Baden*, que em lugar de seguir o caminho da Crítica da Razão Pura palmilhou o da *praktische Vernunft*, chegando à conclusão de que os valores criam e organizam os entes por eles valorados. A realidade seria uma espécie de caos no qual não se poderia penetrar a não ser por meio dos valores. Dessa maneira, o valor não se limitaria a agregar um dado a um ente, mas a permitir o acesso ao próprio ente. Trata-se de um engenhoso recurso para aceitar todas as consequências da criação valorativa do ente sem, contudo, afirmar que o valor cria o ente. Tal característica de todo o saber em que o valor intervém permite uma cortante divisão entre as ciências da cultura ou do espírito (*Geistes* ou *Kulturwissenschaften*) e as ciências naturais (*Naturwissenschaften*), que só de um modo aparente podem tratar de um mesmo objeto, porquanto, na realidade, o objeto visto por meio do valor não seria o mesmo das ciências naturais. Isso lhes permitiu enfocar o delito *naturalmente* (positivismo), através da criminologia, e *valorativa* ou *normativamente* (idealismo), através do direito penal. Este excluía de seu discurso os dados perturbadores da realidade; a criminologia também os excluía (sobretudo aqueles referentes ao sistema penal) porque tal direito limitava seu horizonte. Mas isso não evitava a contradição interna insuperável: uma ciência natural que estava delimitada por uma ciência valorativa. Era o preço que se devia pagar para evitar o questionamento da criminologia sobre a natureza do poder que lhe impunha limites a partir do direito penal<sup>56</sup>.

4. Dentro do neokantismo de Baden ou sul-ocidental, distinguiram-se dois notáveis penalistas: Max Ernst Mayer (1875-1924) e Gustav Radbruch (1878-1949). a) Para M. E. Mayer, a cultura não era nem pura realidade nem puro valor, mas a combinação das duas coisas: *cultura é o valor tornado realidade e a realidade convertida em valor*. Daí refutar ele a teoria das normas de Binding e substituí-la pela das normas de cultura (*Kulturnormen*), segundo a qual o delito era a contradição com as normas de cultura reconhecidas pelo estado. A antijuridicidade passava a ser um conceito material: não era o choque com a lei, mas com a norma de cultura acolhida pela lei. Por essa via aproximava-se do positivismo de von Liszt, para quem a antijuridicidade representava o dano social, isto é, um conceito material, mas com

<sup>55</sup> Vários trabalhos na compilação feita por Ayer, A. J., *El positivismo lógico*.

<sup>56</sup> A ocultação das contradições suscitou a afirmação de que se tratava da ideologia da segurança contra os perigos do socialismo (Lukacs, Georg, *El asalto a la razón*, p. 329).

critério mais impreciso<sup>57</sup>. b) Radbruch, por sua vez, foi o artífice da teoria da criação da conduta pelo direito. Chegando ao positivismo jurídico pela via do neokantismo sul-ocidental, ele afirmava que o juiz devia fazer um *sacrificium intellectualis*, com o que quase conseguia identificar poder e direito<sup>58</sup>. Após a II Guerra Mundial e em seus últimos anos de vida, deu uma violenta guinada contra o positivismo jurídico assim entendido, alheio por completo ao neokantismo<sup>59</sup>. Em 1945, quando de sua dramática denúncia contra este, confirmou que havia deixado os juristas e o povo indefesos perante leis arbitrárias, cruéis e criminosas.

5. A arbitrária seleção de dados da realidade permitiu ao neokantismo legitimar o poder punitivo por meio da prevenção geral, da especial ou de ambas, apelar para penas e medidas, distingui-las artificialmente, aceitar o duplo binário ou o sistema vicariante ou as duas coisas etc., desde que as disposições legais fossem tomadas como dados da realidade e incorporadas ao discurso em tal condição. Nada impedia que os neokantianos criassem novos conceitos, quando necessários para explicar a lei, nem tampouco construíssem *conceitos jurídicos* como falseta de qualquer dado da realidade, com o que podiam mudar o mundo segundo as necessidades legitimadoras. A construção mais acabada do direito penal neokantiano foi a de Edmund Mezger (1885-1962), que fomentou uma ampla etapa, desde a crise do sistema Liszt-Beling até meados do século XX<sup>60</sup>. O positivismo legal reconhecia na Alemanha o antecedente de Binding<sup>61</sup>, que não se interessava pela legitimação do poder punitivo por pressupor um estado racional como herança idealista, mas era seu opositor – Liszt – quem, a partir do positivismo criminológico, se encarregava da legitimação. Quando a legitimação de Liszt tornou-se insustentável e o estado racional idealista de Binding foi substituído pela irracionalidade brutal do exercício real do poder, surgiu um novo positivismo, diferente do de Binding, porquanto *no neokantismo, quando o estado não é racional, acomodam-se conceitos para que ele assim pareça*.

6. O muro de contenção neokantiano que, na Alemanha, protegia o poder punitivo de uma filosofia já não positivista e de uma física já não mecanicista, assim como de uma crescente convulsão política com vertigem ideológica (do império guilhermino à república de Weimar e desta ao nazismo), *teve seu equiva-*

<sup>57</sup> Mayer, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, autor também de *Lehrbuch de de Filosofia del Derecho*.

<sup>58</sup> Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, p. 182.

<sup>59</sup> Radbruch, Gustav, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie; Gerechtigkeit und Gnade; Gesetzliches und übergesetzliches Recht*, 1946, tudo reunido em sua *Rechtsphilosophie*. Sobre a referida guinada: Recasens Siches, Luis, *Experiencia jurídica*; Tjong, Zong Uk, em *ARSP*, 1970, pp. 245 ss.

<sup>60</sup> Mezger, Edmund, *Moderne Wege*.

<sup>61</sup> Cf. *supra* § 22.

*lente italiano por intermédio da autodenominada escola técnico-jurídica enunciada por Arturo Rocco em 1910*. Do mesmo modo que o neokantismo renunciava ao pressuposto do estado racional de Binding, o tecnicismo jurídico italiano refutava a proposta filosófico-liberal de Carrara e ficava só com seu dispositivo sistemático, combinado com ideias políticas autoritárias. Um de seus expoentes máximos foi Vincenzo Manzini, que cultivou um verdadeiro ódio à filosofia<sup>62</sup>. Ambos os movimentos são explicados como males menores em face das pretensões desses estados de polícia, o que, em parte, é certo, de vez que evitaram uma politização grosseira de todo o discurso penal ao estilo da *Kielerschule*, e permitiram a resistência à analogia na Itália. No entanto, é certo, também, que em seus odres vazios não entrou ciência pura, mas eles deram forma a decisões políticas funcionais. Poder-se-ia dizer que o neokantismo e o tecnicismo jurídico foram discursos interessantes de burocracias acadêmicas e judiciárias, inteligentemente montados, razão pela qual conseguiram estabelecer com as agências políticas um relacionamento de agressão branda, preservando assim seus espaços institucionais. De modo algum ensejaram um direito penal do estado de direito, pois foram incapazes de defendê-lo, sem que se pudesse sustentar o contrário porque, sem eles, o direito penal teria ficado mais submisso ainda ao arbítrio dos respectivos estados policiais. Se se aceitasse tal conclusão, o máximo que se poderia comprovar era terem sido métodos conjuntamente úteis.

7. A rigor, tais discursos, adequados à preservação burocrática das agências acadêmicas e judiciais, representavam o máximo que se podia solicitar aos penalistas da época. A Europa não conhecia o controle de constitucionalidade das leis, os tribunais constitucionais só surgiram no pós-guerra, os de entreguerras integraram fracassados empreendimentos políticos democráticos (Áustria, Tchecoslováquia e República Espanhola) e os poderes judiciários eram napoleônicos (burocráticos e piramidais). Só podiam conceber um estado de direito legal e, por isso, era impossível que apresentassem aos juízes soluções para um estado de direito constitucional então inexistente. As sentenças de Magnaud<sup>63</sup> haviam sido o único vislumbre inorgânico e escandaloso para sua época, na França, no final do século XIX.

8. Nos primeiros anos do pós-guerra iniciaram-se os esforços de construção e reconstrução dos estados de direito europeus, quando se tentou uma superação do formalismo neokantiano e houve um verdadeiro renascimento de tendências jusnaturalistas na Alemanha<sup>64</sup>, especialmente na forma de pensamento da *natureza*

<sup>62</sup> Manzini, Vincenzo, *Trattato*, I, pp. 7 ss.

<sup>63</sup> Cf. Leyret, Henry, *Les jugements du Président Magnaud*.

<sup>64</sup> Cf. Landecheo Velasco, Carlos María e Molina Blázquez, Concepción, em *Derecho Penal Español*, p. 92.

das coisas<sup>65</sup>, e na Itália (de modo particular o teleologismo de Giuseppe Bettioli)<sup>66</sup>. Tratava-se de encontrar uma metodologia que pusesse limites ao poder do legislador. Em meio a todas essas tendências do jusnaturalismo renascido, houve também uma corrente que procurava solucionar o problema através do *objetivismo valorativo* ou *ética material*, de Max Scheler (1874-1928) e Nicolai Hartmann (1882-1950)<sup>67</sup>. No âmbito penal, o mais importante intérprete próximo a essa tendência, embora por outra via<sup>68</sup>, foi Hans Welzel (1905-1977), diretriz que levou a cabo de um modo bem elaborado e com componentes originais, traduzidos em um jusnaturalismo mínimo<sup>69</sup>, conforme sua teoria das estruturas lógico-objetivas (*sachlogischen Strukturen*)<sup>70</sup>, passível de ser sintetizada da seguinte maneira: a) o objeto desvalorado não é criado pela desvaloração, mas anterior a ela, ou melhor, independentemente da mesma; o direito, quando desvaloriza uma ação, não a cria, pois ela existe sem depender do desvalor jurídico. b) A desvalorização deve respeitar a estrutura do ser que desvaloriza, porque seu desconhecimento a fará incidir sobre um objeto diferente ou no vazio. c) Estruturas lógico-objetivas são, portanto, as que vinculam o legislador com o ser daquilo que desvaloriza, o qual se acha relacionado com ele, mas não pode estar alterado. d) Quando há desconhecimento de uma estrutura dessa natureza, a legislação é imperfeita, fragmentária, mas nem por isso inválida, porquanto a valorização continua sendo a mesma, ainda que recaia sobre um objeto diferente. e)

<sup>65</sup> A respeito da natureza das coisas, produziu-se, na época, uma vasta bibliografia a cargo de vários autores. Entre eles – além do próprio Radbruch – Maihofer, Werner, *Recht und Sein*, e também *Naturrecht als Existenzrecht*, Ballweg, Ottmar, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Fechner, Erich, *Rechtsphilosophie*, Schambeck, H., *Der Begriff der Natur der Sache*, Stratenwerth, G., *Die rechts-theoretische Problem*; Recasens Siches, Luis, *Experiencia jurídica*, Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y "Naturaleza de las cosas"*; Kaufmann, Arthur, *Analogie und Natur der Sache*; Baratta, Alessandro, em *Gedächtnisschrift f. G. Radbruch*, pp. 173 ss.; ainda deste, em *Fest f. E. Wolf*, pp. 137 ss.; Cerezo Mir, José, em *Rev. Gral. de Leg. y Jurisp.*, Madri, 1961, pp. 72 ss.

<sup>66</sup> Bettioli, Giuseppe, *Scritti giuridici 1966-1980: Gli ultime scritti 1980-1982 e la lezione di congedo* 6. V. 82; *El problema penal*.

<sup>67</sup> Scheler, Max, *Ética – Nuevo ensayo; Il formalismo nell'etica e l'etica dei valori; El puesto del hombre en el cosmos*; Hartmann, Nicolai: *Ethik; Introducción a la filosofía*.

<sup>68</sup> Engisch, Karl, assinalou a procedência de Hartmann, em *Fest. f. Kohlrausch*, pp. 141 ss., assim como Wüstenberger, Thomas, em *Die geistige Situation*, p. 6. Welzel respondeu (em *El nuevo sistema*, p.12) que tanto Hartmann quanto ele haviam adotado a ideia de Hönlswald, R., em *Die Grundlagen*. O já citado Tjong rastreou meticulosamente as fontes assinaladas por Welzel (Tjong, Zong Uk, em *AKSP*, 1968, pp. 411 ss.). Não deixa de ser paradoxal que uma teoria do delito desmerecedora da causalidade tenha provindo de um filósofo causalista (Hartmann), que foi, sem embargo, quem enunciou originalmente a fórmula, que tanto sucesso obteria, de que o processo (causal) avança "às cegas", enquanto o homem "é vidente" (Hartmann, Nicolai, *Autoexposición Sistemática*, trad. B. Navarro, México, 1964, ed. Un.Aut. México, p. 62).

<sup>69</sup> Baratta, Alessandro, em *An. Bib. di Filosofia del Diritto*, 1968, pp. 227 ss.

<sup>70</sup> Sobre elas, Welzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, assim como em *Fest. f. Niedermeyer* e em *Fest. f. H. Henkel*.

Não obstante, haveria um limite onde esse desconhecimento invalidaria diretamente a norma: quando o que se desconhece é a estrutura do ser humano como pessoa (ente responsável).

9. O que se extrai dessa teoria é uma certa limitação da potestade represiva penal; no entanto, não configura ela uma concepção jusnaturalista em sentido estrito, motivo pelo qual a caracterizaram – não sem razão – como um *direito natural negativo*, que serve para *indicar o que não é direito, sem pretender de modo algum determinar perfeitamente como deve ser o direito*<sup>71</sup>. Ainda que as implicações de uma posição tão moderada não pudessem ter qualquer significação jusnaturalista em sentido idealista, Welzel extrapolou o marco no manejo da mesma, ao pretender que o *ôntico* seja capaz de propiciar um conceito jurídico e, sobretudo, ao dar ao poder punitivo a função de tutelar uma ética social mínima. Com isso, Welzel infringia suas próprias premissas, pois a proveniência *ôntica* dos conceitos jurídicos minimizava a intencionalidade política da construção, enquanto o postulado de que a pena fortalecia o sentimento ético da sociedade redundava em uma teoria de prevenção geral positiva<sup>72</sup>, que não resistiria à prova de sua submissão a uma estrutura lógico-objetiva. Daquilo que só podia ser um limite dentro da elaboração conceitual, pretendeu ele extrair ou deduzir os próprios conceitos. Durante trinta anos essa concepção alternativa para o direito penal neokantiano preponderou no debate alemão, transcendendo em muito suas fronteiras (*finalismo-causalismo*). De qualquer maneira, tal discussão não foi vã; *hoje se conhecem os graves riscos de pretender que o ôntico possa impor-nos conceitos, assim como se sabe que seus dados representam um limite que deve ser observado na construção dos conceitos*.

## V. Estados de direito ameaçados: b) ficção de modernidade consumada no funcionalismo sistêmico

1. A partir da sociologia desenvolveu-se um discurso que logo passou para a criminologia e daí para a dogmática jurídico-penal, até ganhar cor nesta boa parte do pensamento penal *pós-welzeliano*: tratava-se do renascimento das concepções orgânicas da sociedade na forma da *sociologia* e do *funcionalismo sistêmicos*. Tais concepções já se acham presentes bem antes nas ciências sociais, a ponto de Aristóteles tê-las mencionado, ao passo que algo análogo pode-se dizer da análise funcional, onde se explica uma instituição ou modelo de condu-

<sup>71</sup> Assim, Julius Moor, citado por Engisch, Karl, em *Auf der Suche*, p. 240. Opinião idêntica tem também Fernández, Eusebio, em Garzón Valdés, E. e Laporta, F. (orgs.), *El derecho y la justicia*, pp. 55 ss.

<sup>72</sup> Cf. *supra* § 6.

ta em virtude de suas consequências serem positivas para uma estrutura ou uma dominação, bem como podem ser registrados textos marxistas que de certa forma correspondem a essa análise, não faltando quem considere ser todo o materialismo dialético uma análise funcional<sup>71</sup>. Disso resulta que, embora toda concepção orgânica da sociedade tenda a ser antidemocrática e reacionária<sup>72</sup>, não é possível dizer a mesma coisa das análises funcionais, que representam apenas um método paralelo às explicações causais e intencionais nas ciências sociais<sup>73</sup>. O funcionalismo sistêmico contemporâneo em sociologia invoca como avalista uma descendência de Durkheim<sup>74</sup>.

2. Embora o atual direito penal se mantenha vinculado aos marcos ideológicos do neokantismo e do ontologismo, há uma forte corrente teórica que inova e, apesar de não alterar muitas de suas inúmeras consequências e de retornar de certa forma ao idealismo alemão (neokantismo e hegelianismo), enlaça-se mais ou menos manifestamente com teorias sociológicas, na tentativa de reduzir a brecha entre o direito penal e as ciências sociais. Para isso tal corrente se reconcilia com a sociologia teórica que representa menos perigo para a legitimidade do poder punitivo, quer em sua versão norte-americana, quer em sua correspondente alemã: a *teoria sistêmica da sociedade*.

3. A principal característica de qualquer teoria sistêmica da sociedade é sua tônica nos dados de estabilidade, justamente por permitirem concebê-la como um sistema, tantas vezes bastante próximo de um organismo. Foi uma teoria social dominante nos anos trinta e quarenta norte-americanos, cujo representante mais conhecido chamava-se Talcott Parsons (1902-1979)<sup>75</sup>. Era a ideologia do *welfare state*, equivalente sociológico do *keynesianismo* em economia, ambas funcionais para o *new deal* norte-americano<sup>76</sup>. Dentro dessa corrente deve ser mencionado também Robert Merton, que interessa mais à criminologia do que ao direito penal<sup>77</sup>, pois não partia da análise do sistema, mas chegava a ele como um conceito aberto, ao contrário do mais acentuado idealismo de Parsons, que centrava sua atenção no próprio conceito de sociedade como sistema, sem o qual não se poderia compreender nenhum de seus elementos, que sempre deviam fazer referência ao

<sup>71</sup> Cohen, G. A., *Karl Marx's theory of History*.

<sup>72</sup> Sobre a sociologia organicista (eliminadora de contradições) como resposta ao marxismo, que na Grã-Bretanha redundou em antropologia, escreveu Anderson, Perry, *La cultura represiva*, p. 59; igualmente Therborn, Göran, em *Ciencia, clase y sociedad*, p. 383.

<sup>73</sup> Geralmente, a distinção de níveis, inclusive em sua aplicação ao saber penal, é reconhecida; por todos, cf. Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos*, p. 429.

<sup>74</sup> Lukes, Steven e Scull, Andrew, em *Durkheim and the law*.

<sup>75</sup> Sobre esse sociólogo, cf. Hamilton, Peter, *Talcott Parsons*.

<sup>76</sup> Cf. Gouldner, Alvin W., *La sociología actual*, pp. 136 ss.

<sup>77</sup> Cf. *supra* § 13, IV.

todo<sup>80</sup>. A ideia pretensamente diferenciadora do organicismo é que a sociedade não representa um organismo, mas pode ser analisada como um sistema, do mesmo modo que o organismo: o ponto de partida fundamental é o conceito de sistema social de ação. A interação de atores individuais ocorre em condições tais que é possível tratar semelhante processo interativo como um sistema no sentido científico e sujeitá-lo à mesma ordem de análise teórica que foi satisfatoriamente aplicada a outros tipos de sistemas em outras ciências<sup>81</sup>. Essa mesma ideia<sup>82</sup> será levada ao extremo pelo radicalizado funcionalismo de Luhmann, até o ponto de separar a ação do centro de sua sociologia, para localizar nele o próprio sistema, biologizando a proposta mediante a transferência da *autopoiese* (defendida pelos biólogos chilenos Valera e Maturana<sup>83</sup>) do orgânico ao social<sup>84</sup>.

4. O controle social parsoniano era um conceito limitado à hipótese em que fracassa a socialização, evidenciada em condutas desviadas, requerentes da intervenção de mecanismos de controle social como o sistema penal. Sendo Parsons um teórico do *welfare state*, sua teoria social se harmoniza perfeitamente com uma ordem que, com bondade, distribui papéis e doméstica, reservando o controle social como rede de segurança que acolhe alguns que não a compreendem. Em sua teoria, a limitação de sanções é uma necessidade imposta pelo próprio sistema, o que explicava por via próxima à psicoanálise: *ego* interage com *alter*, mas quando *alter* tem reações ambivalentes, as atitudes de *ego* serão exageradas e drásticas, razão por que *alter* recomporá novamente as tendências e ingredientes alienantes de sua orientação ambivalente. A sanção inflexível, por sua vez, em lugar de debilitar o componente alienante de *ego*, iria fortalecê-lo, pois perceberia haver alguma coisa em *alter* que aprova sua tendência e que se manifesta em sua própria ambivalência, expressa tanto no exagero das sanções quanto na equivocidade da atitude.

5. A sociologia sistêmica alcançou um importante desenvolvimento na Europa, particularmente na Alemanha, graças a Niklas Luhmann<sup>85</sup>. Como decorrência da

<sup>80</sup> O crime explicado, segundo esses autores, em Köning, René, *Sociología*, pp. 124 ss.

<sup>81</sup> Parsons, Talcott, *The social system*, p. 3, autor também de *La sociedad: perspectivas evolutivas y comparativas; El sistema de las sociedades modernas*, México, 1987; e Johnson, Harry M., *Sociología*.

<sup>82</sup> Bertalanffy, Ludwig von, *Teoría general de los sistemas*.

<sup>83</sup> Cf. Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme*, pp. 64 ss.; tal conceito nos biólogos chilenos Valera, Francisco e Maturana, Humberto, *De máquinas y seres vivos*, p. 79; Maturana R., Humberto, *La realidad: ¿objetiva o construida?*

<sup>84</sup> Luhmann, Niklas, em *Zona Abierta*, 70-71, 1995, pp. 21 ss.

<sup>85</sup> Luhmann, Niklas, *Ilustración sociológica; Soziale Systeme; Introducción a la teoría de los sistemas; Sociedad y sistema; El Derecho como sistema social*, em *No hay derecho*, Buenos Aires, ano V, n° 11, p. 29 ss.; *Poder*. É também de Luhmann e Georgi, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, e de autoria deste último, *Ciencia del derecho y legitimación*; AA.VV., *Zona abierta*, 70-71. Detalhes descritivos de sua concepção jurídica em Giménez Alcover, Pilar, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Um estudo completo de sua sociologia em Irujo, Ignacio, *La sociedad sin hombres*; Navas, Alejandro, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*.

característica fagocitária de elementos legitimantes que a dogmática jurídico-penal possui, não causa estranheza o considerável impacto nela causado. A primeira diferença notória entre o conceito de sistema de Luhmann e o de Parsons reside no fato de que, enquanto para este último o sistema social é autônomo, fechado em si mesmo e em convivência com outros sistemas (sociedades), Luhmann lhe dá uma versão muito mais organicista: o sistema não está fechado em si mesmo, mas sim aberto e em permanente relação com o meio ambiente, de modo que ele não é estático, porém dinâmico, em constante tensão com o entorno extra-sistêmico, não controlável por ele, e logo reagindo (para manter seu próprio equilíbrio interno), apelando para estratégias de seleção e redução (redução da complexidade do entorno para aumentar a do sistema). Nessa tarefa, o único critério de verdade é a eficácia quanto à manutenção do equilíbrio interno do sistema. Isto implica uma legitimação *a priori* do sistema e de seu equilíbrio, que não admite réplica.

6. A tese sistêmica de Luhmann requer uma definição do ambiente, pois não admite o conceito tradicional de sociedade entendida como o conjunto de indivíduos ou de interações entre eles, mas os considera, tanto os indivíduos quanto a sociedade, dois sistemas que, por suas diferenças estruturais, não podem ser comparados. Portanto, o ambiente do sistema social não é outra coisa senão sistemas humanos, estando o equilíbrio do primeiro referido ao conjunto dos sistemas humanos submetidos. Como teórico da sociedade industrial avançada, Luhmann considera que o ambiente é composto de subsistemas (humanos) cada vez mais diferenciados (fenômeno diverso daquele que ocorreria nas sociedades primitivas, tese originária de Durkheim), mas ao mesmo tempo mais necessitados de dependência. O progresso aumentaria a incompatibilidade e a dependência entre os seres humanos, exigindo uma permanente reelaboração do sistema para manter seu equilíbrio diante da crescente complexidade social.

7. A complexidade que o ambiente opõe ao sistema é a multiplicidade de vivências dos humanos, que pluraliza expectativas díspares. Isso, porém, é complexo para o sistema, porque ele sente necessidade de harmonizá-las, a fim de estabilizar-se, de modo que será sempre o sistema aquele que determina o que é o complexo e o que dele deve ser selecionado e reduzido. Assim, o sistema vai selecionando seus próprios limites, bem como harmonizando as expectativas mediante uma simplificação daquelas selecionadas, com o estabelecimento de normas generalizantes e com crescente distribuição de papéis a serem desempenhados em relação às concretas expectativas dos humanos. Em síntese: toda a teoria se sustenta na necessidade de controle que se legitima por si mesma e age de acordo com um contínuo fortalecimento dos papéis. Surge aqui uma clara manifestação de organicismo extremo: as consciências – ou seja, as seleções individuais – devem subordinar-se aos papéis que as tornam funcionais para o sistema, assim

como o equilibram<sup>66</sup>. A riqueza da consciência se reduz à simplificada incorporação ao sistema na forma de papéis mais ou menos generalizados e sempre normatizados funcionalmente. Para isso, Luhmann nega tanto as relações de causalidade quanto as de finalidade: os sistemas se explicam apenas pela funcionalidade. Os seres humanos atuam de uma maneira funcional à medida que se adaptassem a papéis cuja função é equilibrar o sistema, o qual, por sua vez, normatiza estes últimos, a fim de obter a manutenção de seu equilíbrio e, assim, continuaríamos dentro desse círculo. Luhmann afirma que tais relações normativas (simplificadoras) não fazem outra coisa senão facilitar a escolha dos humanos, aliviando-lhes o peso de atuar com consciência de tudo em cada circunstância, o que seria impossível ante a crescente complexidade da sociedade industrial avançada. Isso se aproxima muito da resignação diante da manipulação ou anulação da consciência, ou seja, em termos existenciais, de uma glorificação da inautenticidade (do *das Man* impessoal). Tal fato é confessado abertamente quando se afirma que a norma ou regra dá uma orientação para a escolha, que impede sua busca na própria expectativa, o que poderia conduzir a erros, ou seja, que o sistema se equilibra à medida que os humanos se assemelham a burocratas obsessivos. Essa facilidade de escolha suscitaria um consenso<sup>67</sup> que consistiria apenas na falta de dissenso advinda de uma crescente ignorância e semelhante à carência de informação e à indiferença.

8. Quanto aos valores, Luhmann quase os reduz ao equilíbrio do sistema, ao passo que todo o restante se torna relativo, rebaixado a valores instrumentais, dos quais pode valer-se ou desfazer-se, desde que isso seja funcional para o respectivo equilíbrio (quer dizer, para o sistema), aceitando essa constante substituição mediante os chamados *equivalentes funcionais*. Ele afirma, por exemplo, que o discurso jurídico não pode levar em conta dados da realidade, como a excepcionalidade da movimentação (seletividade) do sistema penal, porquanto perderia funcionalidade, que só é possível manter mediante a conservação de suas características de esquematização e normativismo, isto é, que o discurso jurídico-penal é verdadeiro porque é falso. Tal paradoxo pode ser defendido pelo fato de não depender da legitimidade de nenhum valor – nem sequer da verdade – mas apenas da eficácia operacional que tem para o sistema. Isso obedece à circunstância de que as expectativas de comportamento estabilizadas na forma de resistência às variações das situações fáticas ressaltam o símbolo do dever ser. Esta seria uma ineludível necessidade do sistema, razão pela qual, para Luhmann, o direito é apenas uma normatização generalizante que deve ser aceita mecanicamente, sem exigir qualquer motivação: só é legitimado porque é aceito.

<sup>66</sup> Diante da consequência de pretender normatizá-los, nasce a pergunta sobre quem concede os papéis em uma sociedade (cf. Niño, Luis Fernando, em *Perspectivas criminológicas no umbral do Terceiro Milênio*, p. 44).

<sup>67</sup> Uma crítica à teoria do consenso, que remonta a Durkheim, em Samaha, Joel, *Criminal law*, p. 28.

9. Algo parece não convencer em uma teoria que sustenta que o direito se legitima porque é aceito, mas não se deslegitima porque na imensa maioria dos casos ele não atua. Toma-se curioso admitir que a única coisa importante é que seja aceito, sem se perguntar por que nem para que: o fundamental seria a disposição para adaptar-se a qualquer norma, só por ser ela necessária ao equilíbrio do sistema. A aceitação estabilizante da normatização jurídica se processa por distração (não pensar nisso), do mesmo modo que ninguém se questiona por que deve tocar a campainha ao chegar a uma casa ou por que se tem de pagar a alguém que lavou seu automóvel, mas que simplesmente o faz porque sabe que *deve fazê-lo*. Como constata que a crescente complexidade – pluralidade de expectativas – provoca uma paralela incapacidade das normas generalizantes para satisfazê-las, ou seja, a maior complexidade gera maior frustração, entende que o equilíbrio do sistema apela para uma instância particularizadora, que é a *práxis judicial*, capaz de *repetir em uma sociedade diferenciada aquilo que nos sistemas sociais menores pode ser levado a cabo sem fazer distinções*. A referida *práxis judicial* (que equivale aos ritos e às feitiçarias na sociedade complexa) necessita de um *procedimento* que, para Luhmann, é um exemplo importantíssimo por ser o instrumento mediante o qual a diversidade de expectativas é reduzida a um *papel*, que cumpre a função de absorver ou canalizar o protesto, ideia que coroa a cortante distinção feita por Luhmann entre o *sentido do sistema* e o *sentido do sujeito*, ou seja, entre o sacrifício das expectativas individuais e a aceitação imotivada do direito.

10. O organicismo da teoria de Luhmann se expressa através da tese da *autopoiese*, que iria caracterizar tanto a sociedade quanto os organismos vivos, e que foi extraída diretamente da biologia, segundo Varela e Maturana que, baseados em uma versão do neodarwinismo social, transferem a *autopoiese* do orgânico para o social; Luhmann qualifica essa transferência como a mais importante revolução epistemológica do século<sup>88</sup>. O sistema social de Luhmann é *autopoietico*, quer dizer, como todo organismo vivo, ele se define pela constância (conservação e reprodução em uma organização auto-referente) de determinadas relações de seus elementos constitutivos. Teubner adota as mesmas ideias biológicas e se arvora em teórico da crise do *welfare state*, justificando-a como resultado do desequilíbrio por permitir uma excessiva multiplicidade de expectativas e a consequente sobrecarga do mesmo<sup>89</sup>. O funcionalismo sistêmico acaba com Teubner na *legitimação do desbaratamento do estado de bem-estar*, ou seja, na deslegitimação deste por ser incapaz de manter o equilíbrio do sistema.

<sup>88</sup> Cf. Zolo, Danilo, em *Zona Abierta*, n° 50, Madri, 1989, pp. 203 ss.; em sentido crítico, Habermas, Jürgen, *La Lógica de las Ciencias Sociales*, pp. 389 ss.

<sup>89</sup> Teubner, Gunther, *O direito como sistema autopoietico*, analisa a evolução da teoria jurídica no contexto da autopoiese, em uma espécie de darwinismo jurídico (p. 96). Sobre a auto-referência do direito também escreveu Martyniuk, Claudio Eduardo, *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*; em sentido análogo a Teubner, Krawietz, Werner, *El concepto sociológico del Derecho y otros ensayos*, pp. 85 ss. Com finura afirmou-se que na versão penal subjaz uma concepção kelseniana, onde a norma fundamental foi substituída pela autopoiese (Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos*, p. 444).

11. A versão mais radicalizada do funcionalismo sistêmico chega a extremos incompatíveis com o estado de direito, pelo menos em sua transferência para o sistema penal ou nas consequências extraídas por aqueles que o fazem. a) Constitui uma posição que interrompe qualquer diálogo, pois por si só se converte em um discurso *autopoietico*: supõe que quem admitir que deva haver poder estatal e que este deva ter eficácia não pode discutir sua legitimidade, ou seja, que o poder punitivo existe ou não existe e, quando existe, deve ser aceito e legitimado incondicionalmente, mesmo com suas características negativas. Eis a expressão máxima daqueles que pretendem que o programa moderno esteja perfeitamente realizado: *o que é e como deve ser* ou, em outras palavras, *deve ser porque é*. Consiste em uma singular interpretação do princípio hegeliano baseada em leis extraídas da biologia<sup>90</sup>. b) Ao aceitar e legitimar os elementos estruturalmente negativos do poder punitivo e torná-los positivos por meio da função autopoietica de equilibrar o sistema, converte-se em uma teoria *antiética*: o supremo valor é o sistema e todos os demais valores são meros instrumentos<sup>91</sup>. Pressupõe a *ficção de absoluta racionalidade do estado real*, porquanto, em caso contrário, seria aberrante, tendo em vista que qualquer atrocidade seria legítima se fosse funcional para o sistema: por *reductio ad absurdum*, em uma sociedade na qual uma alarmante desigualdade entre miseráveis e ricos incrementasse a criminalidade patrimonial, seriam funcionais os exterminadores de delinquentes juvenis, porque reduziriam as expectativas de parte da população e contribuiriam para a função autopoietica de manutenção do equilíbrio do sistema. Essa consequência disparatada é evitada quando se reconhece que a proposta sistêmica na dogmática é altamente abstrata e, portanto, descreve alguma coisa semelhante a um dispositivo que sempre funciona igual, mas que só se legitima se for predisposto para agir em prol do bem. Argumenta-se que, assim, *o funcionalismo não nega os problemas de legitimação, mas os considera prévios*<sup>92</sup>, porém, na realidade, dá por realizado o estado racional hegeliano<sup>93</sup>. Com isso, se arvora em uma teoria radicalmente juspositivista, que

<sup>90</sup> Tem toda razão quem sustenta que ela se converte em um obstáculo para o conhecimento do direito (conforme afirma La Spina, Antonio, em *Sociología del Derecho*, Milão, 1998, I, p. 59 ss.).

<sup>91</sup> A respeito da antropologia do funcionalismo sistêmico radical, observou-se que sua característica mais importante é o repúdio do ser humano como integrante da sociedade e do conceito de ação como elemento central de análise da sociologia (cf. Izuzquiza, Ignacio, *La sociedad sin hombres*, cit., p. 230). Com razão, assinalou-se que suas categorias perdem a perspectiva do humano-individual para convertê-lo em algo intercambiável e inteiramente fungível (cf. Zolo, Danilo, em *Democracia y Derecho*, XXVI, 1986, p. 15 ss.).

<sup>92</sup> Segundo Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González, Carlos J. e Cancio Meliá, Manuel, em Jakobs, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Madri, 1997, p. 27.

<sup>93</sup> O estado de direito realizado no funcionalismo penal, em Jakobs, Gunther, *Ciencia del Derecho ¿técnica o humanística?*, p. 27, onde o estado atual é visto como o estado no sentido de Hegel, como a eticidade do momento presente.

pretende aceitar o valor da crítica, embora teorize o direito penal de modo completamente acrítico, ou seja, um novo recurso para preservar este último de toda contaminação crítica, deixada em um nebuloso campo anterior (político); Luhmann nega expressamente à dogmática toda possibilidade crítica<sup>94</sup>. Não se trata de uma simples questão metodológica nem teórica, mas sim prática: essa teoria oferece ao juiz o cômodo expediente de uma técnica onde se amparar, com o argumento de que toda outra consideração é política. O estado teria comprado o aparato penal do qual o juiz faz parte, e este não faria outra coisa senão acioná-lo como é devido; só a política seria responsável por seu uso perverso. Em uma análise funcional, pode-se afirmar que isto é um equivalente reelaborado do neokantismo.

12. Por outro lado, c) trata-se de um discurso que conduz a ficção de modernidade realizada até o limite do antimoderno, chegando a ser *anti-ilustrado*: o humano não é um ente que decida e requeira a garantia de maior espaço de decisão social e realização, mas sim, pelo contrário, urge limitar-lhe esse espaço, institucionalizando contrafaticamente suas decisões que ameaçam o sistema, sob pretexto de sobrecarga. A pretensão glorificada da redução de expectativas mediante um atuar sem pensar e expressão de uma antropologia reacionária antimoderna, próxima ao pensamento da Restauração: o homem livre provoca o caos: só a redução de seus espaços suscita ordem. Que tudo isso seja dito sem prejuízo de que o próprio fundamento biológico da teoria (apenas a ordem por redução de escolhas evita o caos) esteja hoje discutido pelas conclusões do estudo dos fenômenos de não-equilíbrio e dos sistemas dinâmicos instáveis, assim como pela introdução da estatística e da probabilidade nas ciências sociais<sup>95</sup>. d) Esse modernismo, que atua nos limites do antimodernismo, revela-se próximo a alguns conceitos de Carl Schmitt, tanto em seu programa de individualização das expectativas consideradas não-funcionais quanto na produção de *consenso como simples não-dissenso*. A individualização é a decisão pela qual se identifica o inimigo, tarefa que, para Schmitt, pertence à essência da política<sup>96</sup>, ao passo que a domesticação, em forma de não-dissenso e não-pensar, é uma homogeneização populacional muito parecida com a *igualdade* que, na opinião de Schmitt, era a verdadeira igualdade<sup>97</sup> e, por definição, se contrapõe ao *right to be different*, que é o verdadeiro direito à igualdade de raizame liberal.

<sup>94</sup> Sustenta ele que a característica mais importante da dogmática é a proibição de negar: Luhmann, N., Sistema jurídico e dogmática.

<sup>95</sup> Contra os teóricos do equilíbrio, Prigogine, Ilya, em *El fin de las certidumbres*, p. 30; Descobres, Vincent, *Lo mismo y lo otro*, pp. 179 ss.

<sup>96</sup> Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, p. 24.

<sup>97</sup> O sentido de igualdade se perverte em meio a uma pretensa igualdade concreta dos contemporâneos, que só se encontra na comunidade do povo, da qual o estado é a forma de existência (cf. Marxen, Klaus, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, pp. 62 e 63).

13. A ficção de consumação do estado racional do funcionalismo de algum modo vai ao encontro das ficções que apelam para a política criminal<sup>98</sup> e é funcional para a legitimação da demagogia penal das últimas décadas. Apesar de, a partir de diferentes posicionamentos, terem-se feito advertências contra isso<sup>99</sup>, a política criminal vem brincando de oportunismo partidário<sup>100</sup> desde os anos sessenta, fato que se agravou com a crise do estado de bem-estar<sup>101</sup> e os efeitos pouco controláveis do fenômeno chamado de *globalização*<sup>102</sup>, por onde o capital circula até encontrar rendas mais favoráveis, inclusive devido à mão de obra escrava, ao passo que os ofertantes não podem circular, o que gera concentração de riqueza, desemprego, assim como uma grande perda de poder dos estados nacionais<sup>103</sup> e de seus operadores políticos que, impotentes diante dos conflitos<sup>104</sup>, usam as leis penais como propaganda eleitoral. O disparate legal não conhece ideologias<sup>105</sup>, e as leis que pretendem controlar a violência social, tanto quanto fenômenos criminais estruturalmente impunes em razão da própria dinâmica do incontrolável poder transnacional<sup>106</sup>, derivam de um crescente direito penal de risco, ao antecipar a punição para atos de tentativa ou preparatórios, com possibilidade de indiscriminada criminalização<sup>107</sup>.

<sup>98</sup> *Infra*, nº VI.

<sup>99</sup> Sobre isso, Albrecht, Peter-Alexis, em *La insostenible situación del Derecho Penal*, p. 473 ss; Delmas-Marty, Mireille, *Le flour de Droit*, p. 44; Dinacci, Ugo, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*; Juarez Tavares, em *Discursos Seditiosos*, ano 2, nº 4, pp. 43 ss; Palazzo, Francesco, em *Dizionario storico dell'Italia Unita*; deste mesmo autor, em *Questione giustizia*, nº 2, 1991, pp. 314 ss., assim como em *La recente legislazione penale e em Politica del Diritto*, 1993, 3, pp. 365 ss; Stefani, Gaston, Levasseur, Georges e Bouloc, Bernard, em *Droit pénal général*, p. 18; Toron, Alberto Zacharias, *Crimes Hediondos*, São Paulo, 1996.

<sup>100</sup> Por exemplo, Downes, Davide e Morgan, Rod, em *DDDP*, 1993, 3, pp. 43 ss.

<sup>101</sup> O'Connor, James, *The fiscal crisis of the State*. Suas projeções em Serrano-Piedecasas, José Ramón, *Emergencia y crisis del Estado social*; Díaz, Elías, em *Crisis y futuro del estado de bienestar*, pp. 227 ss.; do mesmo autor, em *Estudios de Deusto*, vol. 37, 2, fasc. 83, 1989, Bilbao, pp. 383-395; Loïc Waquant, *Punir os Pobres*, Rio, 2000, ed. F. Bastos.

<sup>102</sup> Sobre isso, Zaffaroni, E. R., em *NDP*, 1999/A, reproduzido em *Direito e Cidadania*, Praia, República de Cabo Verde, ano 3, nº 8, 1999-2000, e em Zaffaroni, Pierangeli e Cervini, *Direito Criminal*.

<sup>103</sup> Bergalli, Roberto e Resta, Eligio, *Soberantia: un principio que se derrumba*; Furtado, Celso, *O capitalismo global*; Beck, Ulrich, *Che cos'è la globalizzazione*.

<sup>104</sup> O Estado perdeu poder para resolver conflitos, mas isso não significa que não tenha crescido quanto à função de instrumento de controle (cf. Hoshawm, Eric J., *Entrevista sul nuovo secolo*, p. 33).

<sup>105</sup> Karam, Maria Lúcia, em *Discursos seditiosos*, nº 1, 1996, p. 79 ss.

<sup>106</sup> Bassiouni, M. Cherif e Vetere, Eduardo, *Organized crime*; Cesoni, M. L., em *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1999, pp. 320 ss.

<sup>107</sup> Pannaralle, Luigi, em *DDDP*, nº 1, 1998, p. 86.

14. A partir do reconhecimento de que a atual tendência globalizante aumenta a conflituosidade e os perigos naquilo que se chamou de sociedade de risco<sup>108</sup>, a teoria que legitima o direito penal de risco desemboca em um estado preventivista, que afoga o estado de direito<sup>109</sup>, confundindo prevenção policial com repressão penal<sup>110</sup>, substituindo a ofensividade pelo perigo<sup>111</sup> e reduzindo os riscos permitidos<sup>112</sup>. O direito penal de risco converte os delitos de lesão em delitos de perigo, ao eliminar o *in dubio pro reo* quando não se pode provar, com certeza, a produção do resultado<sup>113</sup>, assim como a reserva de lei mediante a administrativização<sup>114</sup>. A proveniência antiliberal do direito penal de risco é clara, modernamente tem sua origem nas ordenações alemãs do século XVI<sup>115</sup> e nas leis espanholas e portuguesas contra vadios, ou seja, naquilo que para a posterior legislação liberal corresponderia a contravenções de polícia<sup>116</sup>, tendo alcançado seu máximo desenvolvimento na legislação nazista<sup>117</sup>. Agora ele é legitimado aduzindo-se o fato de que quando a sociedade fica alarmada urge promulgar leis penais, como se procedeu sempre que se invocou uma emergência, só que atualmente isso é feito em relação aos riscos<sup>118</sup>. A diferença reside em que hoje ele é legitimado sabendo-se que serve apenas para acalmar a opinião conjuntural, chegando-se a sustentar que seria impossível retornar ao bom e velho direito penal liberal como uma espécie de direito penal mínimo<sup>119</sup> e inclusive a afirmar que este jamais existiu, mas que era o mero contrapeso de penas muito graves, daí deduzindo que, quando as penas não são tão severas, menos imprescindíveis se tornam as garantias e os limites para o poder punitivo<sup>120</sup>, o que sempre foi o clássico argumento para facilitar o controle policial da vida cotidiana: sempre se minimizou normativamente,

<sup>108</sup> Fabiani, Jean-Louis e Theys, Jacques. *La société vulnérable*; Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, um panorama das teorias sociológicas de risco, de Beato, Fulvio, em De Nardis, Paolo. *Le nuove frontiere delle sociologia*, pp. 343 ss.

<sup>109</sup> Cf. Denninger, Erhard, em *Kritische Justiz*, 1998, pp. 1 ss.

<sup>110</sup> Cf. Grupp, Walter. *Strafrecht*, p. 26.

<sup>111</sup> Fiandaca, G. e Musco, E., em RIDPP, 1994, p. 34; Hassemer, Winfried, *Três temas de Direito Penal*, p. 55; Herzog, Félix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsorge*, pp. 50 ss. também em NFP, n.º 53, 1991, pp. 303 ss., assim como em *Revista Penal*, Salamanca, 4, julho de 1994, p. 55; Mosconi, Giuseppe, em DDDP, 1994/3, pp. 59 ss.; Moccia, Sergio, em RIDPP, 1995, p. 343; Pavani, Massimo, em DDDP, 1994/3, pp. 157 ss.

<sup>112</sup> Pritzwitz, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, p. 385.

<sup>113</sup> *Idem*, p. 386.

<sup>114</sup> Sgubbi, Filippo, *Il reato come rischio sociale*, p. 51.

<sup>115</sup> Herzog, Félix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 74.

<sup>116</sup> *Idem*, pp. 7 ss., onde lembra que, para Feuerbach, os delitos de perigo eram delitos policiais que não afetavam direitos subjetivos, conforme a definição constante do § 2, 4 do StGB de 1813.

<sup>117</sup> Cf. *supra*, n.º II.

<sup>118</sup> Pritzwitz, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, p. 127.

<sup>119</sup> Lüderssen, Klaus, *Ab schaffen des Strafrechts*?, p. 383.

<sup>120</sup> Conforme Silva Sánchez, Jesús-María, em *La expansión del Derecho Penal*, p. 115, assim como sua defesa do princípio de eficiência, em ADPCP, 1996, p. 93 ss.

a fim de maximizar de uma maneira repressiva<sup>121</sup>. Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico, com o qual se desemboca em um direito penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandando-se a ansiedade<sup>122</sup> ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um direito penal promocional<sup>123</sup>, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia<sup>124</sup>. Isso não parece ser outra coisa senão a sempre condenada limitação aos direitos humanos em função de conceitos de ordem pública e moral<sup>125</sup>, particularmente em situações de emergência, manipuladas à margem de qualquer ética republicana. Inclusive as denúncias do feminismo, que constituem um perigo ideológico a ameaçar hoje o poder punitivo<sup>126</sup>, podem neutralizar-se com a mesma armadilha legitimadora<sup>127</sup>.

## VI. Estados de direito ameaçados: c) ficções de modernidade consumada na política criminal e na teoria política

1. As ideologias que consideram realizada a modernidade e, portanto, caem na ficção do estado racional como realidade consumada, deram lugar à chamada *nova defesa social*, como corrente paternalista, de algum modo tributária do positivismo perigosista, tratando de equilibrar este com os direitos humanos em uma interpretação político-criminal, aspirante a um direito penal tutelar de aspecto bondoso, graças a Marc Ancel (falecido em 1990) e a uma versão próxima à de Dorado Montero, devida a Filippo Gramatica (falecido em 1979)<sup>128</sup>. Não obstante, não é essa a corrente que hoje predomina no âmbito da política criminal e que vem tendo sérios reflexos legislativos nos últimos anos. Realmente, desde o plano político-criminal, o direito penal tem sofrido o embate de

<sup>121</sup> Cf. Zaffaroni, E. R., em *Criminologia crítica. Seminário*, pp. 103 ss.

<sup>122</sup> Sobre direito penal simbólico, Hassemer, Winfried, em NFP, n.º 51, 1991, p. 17; Resta, Eligio, em DDDP, 1994/3, pp. 101 ss., justapõe à visão simbólica do direito penal sua definida dimensão "diabólica".

<sup>123</sup> Cf. García Pablos, Antonio, *Derecho Penal*, p. 52.

<sup>124</sup> Cf. Terradillos Basoco, Juan, em *Pena y Estado*, n.º 1, 1991, p. 22.

<sup>125</sup> Por todos, Pinto, Mônica, *Temas de derechos humanos*, p. 89.

<sup>126</sup> A esse respeito, cf. Larrauri Pjoan, Elena, em *Análisis del Código Penal desde la perspectiva del género*, p. 35 ss., bem como em *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, pp. 1 ss.; Smaus, Gerlinda, *Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung*; Williams, Frank e McShane, Marilyn, *Devianza y criminalidad*, p. 228.

<sup>127</sup> Advertiu-se, com razão, que se trata de um aliado não apropriado na luta das mulheres (cf. van Swaeningen, René, em *El poder punitivo del estado*, p. 140). Cf. ainda Birgin, H. (org.), *Las trampas del poder punitivo*.

<sup>128</sup> Cf. AA.VV., *Hommage à Marc Ancel*; em sentido crítico, Bettiol, Giuseppe, em *Estudios Penales* (em homenagem a J. Pereda), pp. 111 ss.; na outra vertente, Gramatica, Filippo, *Principii*, assim como *La défense sociale*.



teorias oriundas da ficção do estado racional realizado, com um sentido completamente diferente do assinalado: se o estado racional está realizado, o poder não tem elementos criminógenos e todo crime é produto de uma decisão individual que, pelo menos, deve ser retribuída. Essa tese, dentro de uma formulação bem rudimentar, corresponde à política criminal da chamada, nos anos setenta e oitenta, nova direita norte-americana, perigosa inimiga do direito penal liberal.

2. Nessa linha, poder-se-ia assinalar o novo realismo de Ernest van der Haag, durante os anos setenta, e aquilo que é possível ser chamado de pragmatismo burocrático de Herrnstein nos oitenta<sup>129</sup>. O novo realismo era um punitivismo que identificava ordem e utilidade como valores jurídicos supremos, em detrimento da caridade e da própria justiça. Sua noção de pena era a de Durkheim, o que não revelava originalidade. Em nome do valor supremo do complexo *ordem e utilidade*, postulava a pena inclusive nos casos de imputabilidade, de vez que era mais fácil dissuadir do que reabilitar. Herrnstein, por sua vez, propunha renunciar a qualquer análise etiológica e a limitar-se pragmaticamente a estabelecer como se pode reprimir de modo eficaz. O desenvolvimento coerente desse pensamento até suas últimas consequências representaria uma repressão que teria como único limite a vontade do repressor. Herrnstein foi o representante de uma pseudocriminologia republicana dos anos oitenta, difundida em livros de tiragem maciça, nos quais, mais tarde, redescobriu o biologismo criminológico, as investigações com gêmeos univitelinos e, por fim, caiu diretamente no racismo, com a publicação de um *best-seller* escandaloso<sup>130</sup>. Fazendo justiça aos acadêmicos norte-americanos, convém advertir que van der Haag e Herrnstein não fizeram parte da criminologia estadunidense tradicional, eles foram apenas ideólogos oportunistas, que obtiveram notoriedade justamente por causa de suas racionalizações insólitas, fruto de sua tática consistente em colocar entre parênteses o estado, supondo que este e seu exercício de poder eram alheios por completo à conflituosidade criminalizada.

3. Não é possível examinar o painel das tendências que incorrem no paradoxo de ameaçar a modernidade a partir da ficção de sua realização no mundo sem um referência ao quadro geral do poder punitivo real e às perspectivas que ele oferece, algumas das quais se encontram dentro do mesmo esquema ficcional, embora outras se orientem claramente para a renovação dos estados de polícia antimodernos. Por prudência, é preferível examinar esse quadro, que se desloca em torno da emergência da chamada *insegurança urbana*, dentro desse rótulo. A sociologia contemporânea é sociologia urbana, porque a população mundial

concentrou-se nas cidades. A concentração urbana acentuou o problema da *segurança urbana*, entendendo-se esta como segurança em face do delito nesse meio. Os níveis de segurança urbana têm baixado consideravelmente nas sociedades que adotam o modelo do fundamentalismo de mercado, porque polariza riqueza, produz um crescente número de desempregados e marginalizados, deteriora os serviços sociais e públicos, difunde valores culturais egoístas, divulga a tecnologia lesiva, gera vivências de exclusão que impedem qualquer projeto existencial razoável, aprofunda os antagonismos sociais e, em suma, potencializa toda a conflituosidade social. O mesmo resultado pode ser verificado nesses últimos anos na Rússia e mesmo na China, embora os norte-americanos não sejam capazes de explicá-lo em seu próprio país<sup>131</sup>. Já não acontece a mesma coisa – pelo menos em termos comparativos – com outros modelos capitalistas, como o europeu comunitário, o escandinavo ou o japonês, embora sofram o efeito da expansão do estadunidense, tanto no plano econômico quanto no que diz respeito ao sistema penal. A verdade é que nos Estados Unidos cresce, em índices incríveis, o número de presos e de pessoas controladas penalmente, em sua maioria condenados mediante negociáveis métodos extorsivos. O espantoso aumento do número de encarcerados não correspondeu a nenhuma alteração relevante na incidência criminal, estabilizada nos anos noventa graças ao pleno emprego e a uma redução demográfica da população jovem, deixando em aberto o real objetivo desse encarceramento massivo<sup>132</sup>. O sistema penal se superdimensionou até desempenhar um papel importante na demanda de serviços, que contribui para reduzir o índice de desemprego. Os operadores políticos se curvam à tendência sem variantes nem matizes partidários e disputam clientela eleitoral baseando-se em promessas de repressão maior. O crescimento do sistema penal provocou o crescimento de suas características estruturais, entre elas a seletividade racista. Tem-se advertido sobre o perigo de que redunde em um modelo mundial<sup>133</sup>.

4. O modelo estadunidense não corresponde a uma tradição de seu país, mas é um produto das últimas décadas e obedece a vários fatores desse período: a terciarização econômica, a consequente necessidade de criar demanda de serviços, a incapacidade dos agentes políticos para reduzir a conflituosidade, a concentração do poder em corporações com executivos incapazes de fazer planejamento a médio e a longo prazos, a inescrupulosidade política, a demagogia da comunicação simultânea à eclosão comunicacional, o corte de programas sociais, a carga cultural racista, o espaço de poder que lhe permite despreocupar-

<sup>129</sup> van der Haag, Ernest, *Punishing criminals*; Wilson, James Q. e Herrnstein, Richard J., *Crime and human nature*; Wilson, James Q., *Thinking about crime*.

<sup>130</sup> Herrnstein, Richard J. e Murray, Charles, *The Bell Curve*; as críticas norte-americanas em Jacoby, Russell e Gluberman, Naomi (orgs.), *The Bell Curve Debate*.

<sup>131</sup> Segundo, expressamente, Currie, Elliott, em *Theoretical Criminology*, 1997/2, pp. 147 ss.

<sup>132</sup> Cf. Wacquant, Loïc, *Punir os Pobres*.

<sup>133</sup> Cf. Christie, Nils, *La industria del control del delito*.

se com os orçamentos deficitários etc. Em que pese haver diversas avaliações do modelo econômico difundido, o certo é que, no plano político-criminal e geral, a segurança cidadã representa um problema real, que é tomado como pretexto para legitimar uma clara tendência ao *controle total da população*, o que, tecnicamente, é possível por meio do controle eletrônico de conduta. A tendência a gerar uma crescente massa de marginalidade urbana, que aumenta a frequência dos delitos comuns e violentos, proporciona o mínimo de realidade necessário à individualização paranoica de um novo objeto ameaçador, análogo ao que todos os totalitarismos requerem para elaborar suas ameaças totais como dados de uma emergência que legitima seus estados policiais. Desse modo, ao compasso do problema real da segurança urbana, desenvolve-se uma confusa *ideologia de segurança total* que anuncia uma nova forma de surgimento do totalitarismo.

5. Confundida parcialmente com a segurança urbana e como capítulo de sua ideologia de segurança total, inclui-se a chamada *guerra às drogas*<sup>134</sup>, por meio da qual são introduzidos institutos inquisitoriais próprios dos antigos estados policiais e que, se não revertida a tendência, serão os novos procedimentos extraordinários que sempre foram "ordinarizados" na história<sup>135</sup>; penas desproporcionadas; transferência das funções judiciais para as policiais; tipos de autor; analogia; juízes, testemunhas e promotores anônimos; processos inquisitivos; desprezo pelos princípios liberais; militarização social; ampliação dos âmbitos de corrupção etc. Ainda que pensamentos, tais como os rudimentares da mencionada *nova direita norte-americana*, pudessem ser funcionais para essa tendência, o certo é que eles não têm desenvolvimento teórico. Sua expansão internacional acontece graças a operadores que medram entre a burocracia e a diplomacia; no entanto, trata-se de poderes tão irracionais que não admitem desdobramentos discursivos sérios. *A ideologia da segurança total é um exercício de poder que se vale de mensagens emocionais simplistas, apesar de eficazes, ante a indiferença dos operadores políticos que não percebem o risco, por estarem ocupados com suas tradicionais lutas competitivas. Não obstante, o estado de polícia não ameaça os estados de direito contemporâneos nas formas de surgimento próprias da primeira metade do século XX, mas sim sob o signo da segurança total. Cabe advertir, como dado alarmante, que nos casos históricos anteriores, nos quais os estados policiais fizeram explodir o controle dos*

<sup>134</sup> Sobre isso, Batista, Nilo, em *Homenaje al Prof. Dr. Jorge Frias Caballero*, pp. 75 ss.  
<sup>135</sup> Cf., por exemplo, Braum, Stefan, em *La insostenible situación del Derecho Penal: sobre o pentitismo na Itália*, Caraccioli, Ivo, *Manuale*, p. 461. Não deixa de ser estritamente depreciativa a qualificação de *pragmáticas* com que um jurista tradicional, como Jescheck, trata essas reformas processuais (Jescheck, H.H., em *Les systèmes comparés de justice pénale: de la diversité au rapprochement*", p. 461).

estados de direito, os operadores destes últimos também foram complacentes com os discursos irracionais: eis o caso paradigmático apresentado pela República de Weimar<sup>136</sup>.

6. Contrasta com tais elaborações grosseiras da política criminal norte-americana a verdadeira discussão teórica estadunidense que ocorreu no campo da filosofia política. Contra as tendências utilitaristas ou pragmáticas que provinham ou pretendiam provir da *teoria do beneficiário* de Bentham e do velho pragmatismo americano de Peirce, James e Dewey (aquela que estabelecia juízos satisfatórios segundo a idoneidade para alcançar valores procurados), produziu-se uma reação contrária neokantiana que, em sede penal, legitimava de novo a pena por intermédio de um neo-retribucionismo. Por isso, nos anos setenta o liberalismo teleológico, inspirado em Bentham e em Stuart Mill, foi deslocado por um liberalismo deontológico, de origem kantiana, que deu lugar a uma série de investigações sobre temas que versam a autonomia da consciência e os limites do poder estatal, tais como os referentes a tóxicos, objeções de consciência, aborto, eutanásia, liberdade de expressão etc.<sup>137</sup>, que representam um valioso subsídio para o direito penal liberal.

7. Em primeiro plano, Hart mostrou o lado obscuro do utilitarismo<sup>138</sup>, que permite o sacrifício de um indivíduo para assegurar a felicidade de outros, e sustenta que, embora a procura do bem-estar geral seja um fim legítimo e necessário, ela constitui um objetivo passível apenas de ser perseguido dentro dos limites que o reconhecimento dos direitos impõe, os quais limitam a ação do estado sobre os cidadãos. Também, em grande parte, o sentido dos conceitos atuais de direito em Rawls, Dworkin e Nozick, mesmo com justificativa diversa e dentro de um quadro de teorias normativas diferentes, consagram o mesmo modelo. John Rawls, em sua *Teoria da Justiça*<sup>139</sup>, aprova dois princípios: a) toda pessoa tem igual direito a um regime plenamente suficiente de liberdades básicas equânimes, regime esse que seja compatível com outro similar de liberdade para todos; b) as desigualdades sociais e econômicas não de preencher duas condições: em primeiro lugar, elas devem estar ligadas a cargos e posições abertos a todos em circunstâncias de completa igualdade de oportunidades e, em segundo, devem procurar beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade. Para aprovar esse modelo, Rawls parte da premissa que ele identifica

<sup>136</sup> Com grande minúcia, Laqueur, Walter, em *La República di Weimar*.

<sup>137</sup> Dworkin, Ronald M. (org.), *Filosofia del Derecho*; Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*; Farrell, Martin, *La ética del aborto y la eutanásia*.

<sup>138</sup> Hart, H. L. A., em *Anuario de Derechos Humanos*.

<sup>139</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia*; igualmente em *De los derechos humanos*, pp. 49 ss. Sobre este autor, cf. Giorllo, Giulio e Mandadori, Mario, em *Zona Abierta*, 32, Madrid, 1984, p. 101, bem como Thiebaut, Carlos, p. 117.

como *posição original*, aquela que, em geral, reproduz o estado de natureza, situação imaginária – ou ficcional – onde as pessoas competem com um *véu de ignorância* que afastaria todos aqueles aspectos e contingências de sua existência que os levariam a atuar interessadamente. Reedita-se a ficção onde os indivíduos são reputados racionais e razoáveis. Desta concepção deriva um liberalismo neocontratualista que consagra um estado social progressista. Rawls não admite que nenhuma concepção de bem público possa antepor-se à justiça, como essência de sua reação antiutilitarista. Considera liberdades básicas a do pensamento e consciência, a política e de associação, as físicas e a integridade da pessoa e as liberdades que incluem o princípio de legalidade. A mais importante seria a liberdade de consciência ou de pensamento, pois em qualquer circunstância deve preservar-se a autonomia moral da pessoa, o que o aproxima de Kant.

8. Vizinho a esse pensamento está Dworkin, para quem *levar a sério os direitos* pressupõe preservá-los em qualquer caso em face do objetivo coletivo da maioria; postula que *ter um direito* deve significar, pelo menos em princípio, que nenhuma diretriz política nem objetivo social coletivo possa prevalecer diante dele<sup>140</sup>. Por sua vez, Robert Nozick e James Buchanan consagram o modelo do estado neoliberal. Nozick justifica o estado mínimo concedendo-lhe apenas funções de proteção, porque qualquer estado mais extenso violaria o direito das pessoas a não serem obrigadas a fazer certas coisas e, portanto, não se justificaria. Ele parte do estado de natureza de Locke e analisa o modelo social, distinguindo um modelo infimo – cujo esquema aparece conceitualizado a partir do que define como associações de proteção privadas – de um modelo máximo que simboliza com o estado-gendarme. A começar pela segunda regra kantiana. Nozick nega a entidade de qualquer constructo superior às pessoas e, por conseguinte, observa que quando se usa alguém de modo transcendente, usa-se sempre em benefício de outrem. Ao contrário de Rawls, que concede a máxima hierarquia aos direitos preservadores da autonomia da consciência, Nozick localiza nessa posição dominante o princípio de *propriedade de si mesmo* (o humano pode apropriar-se de tudo à medida que não piore a situação dos demais), explicativo das desigualdades sociais. Buchanan, segundo uma concepção de estado mínimo, também se diferencia claramente de Rawls; enquanto este utiliza o quadro contratual para dar origem aos primeiros princípios básicos, Buchanan se serve do mesmo para avaliar diretamente as instituições sociais do ponto de vista econômico.

<sup>140</sup> Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 276. São também deste autor: *El imperio de la justicia; Ética privada e igualitarismo político*; Hart, H. e Dworkin, D., *La decisión judicial*, pp. 89 ss, obra que reflete o debate mantido por estes dois autores.

9. No plano penal, todo esse kantismo norte-americano acaba alavancando um retribucionismo mais ou menos contratualista<sup>141</sup>. Tal *liberalismo deontológico* tem, aproximadamente, como traços comuns os seguintes: a) a noção de que a moral se acha composta de regras aceitáveis por qualquer pessoa racional em circunstâncias ideais; b) que essas regras são neutras a respeito dos interesses concretos dos indivíduos; c) que as mesmas também o são no tocante às concepções individuais acerca do bem; d) que os destinatários de tais regras são os indivíduos e não os entes coletivos; e) que elas se apliquem do mesmo modo a todos os indivíduos, seja qual for sua classe social<sup>142</sup>.

10. Uma *crítica ao neocontratualismo kantiano norte-americano* foi levada a cabo por McIntyre, a partir da perspectiva de um neo-historicismo, que refuta o liberalismo deontológico e nega os direitos naturais liberais, os quais assimila às bruxas e aos unicórnios<sup>143</sup>. Sua corrente costuma ser chamada de *comunitarismo norte-americano*, que postula o particularismo e admite o fato de poder o direito fortalecer normas éticas que advêm da comunidade. Sustenta que o liberalismo se curva a um conceito particular de ser humano e pretende tratar de um modo igual pessoas diferentes, quando os direitos surgem em contextos sociais<sup>144</sup>. Afirma que o rechaço de todo interesse comum superior tende à dissolução da sociedade. Nino qualifica essa corrente como *hegeliana* e a opõe ao kantismo como avalista deontológico<sup>145</sup>. De outro ângulo crítico ao neokantismo deontológico norte-americano, como continuador contemporâneo da *corrente pragmática*, surge Richard Rorty, quem entende que as ideias de objetividade e transcendência em nossa cultura, por mais e melhor que tenham feito, devem ser substituídas pela ideia de uma comunidade que vai em busca do consenso intersubjetivo (solidariedade), referente a um etnocentrismo particular, isto é, à democracia norte-americana. Ele renega a objetividade, pois quando uma filosofia trata de encontrar o sentido de uma existência abandona a comunidade, no sentido de fazer coincidir verdade com realidade. Quando a filosofia procura a natu-

<sup>141</sup> Vallespin Oña, Fernando. *Nuevas teorías del Contrato Social*; Rubio Carracedo, José. *Paradigmas de la política*; Buchanan, James M. e Tullock, Gordon. *El cálculo del consenso*; Casahuga, Antoni. *Fundamentos normativos de la acción y organización social*; Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*; Kern, Lucian e Müller, Hans-Peter. *La justicia: ¿discurso o mercado?*; Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*; Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Também deste último autor: *Justicia como equidad. Las libertades fundamentales*, em *Libertad, igualdad y derecho*; *Sobre las libertades*; McIntyre, Alasdair. *Tras la virtud*, assim como *Historia de la ética*; van Parijs, Philippe. *¿Qué es una sociedad justa?*

<sup>142</sup> Cf. Alasdair McIntyre, *Tras la virtud*, cit.

<sup>143</sup> *Idem*, p. 95.

<sup>144</sup> Sobre o ataque de Alasdair McIntyre às ideias neokantianas e à sua falta de conexão com uma ordem social específica, cf. Anderson, Perry, em *Zona Abierta*, n.º 57/58, 1991, p. 139.

<sup>145</sup> Carlos S. Nino, em *La Política*, n.º 1, Buenos Aires, 1996; do mesmo autor, em *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1988.

reza intrínseca das coisas, ela se distancia das pessoas reais do grupo. Por outro lado, aqueles que desejam reduzir a objetividade à solidariedade – que chama de pragmatismo – não precisam de nenhuma metafísica. Concebe-se a verdade como aquilo em que *para nós* é bom acreditar e não exige ser verdadeiro ou falso. Trata-se de uma filosofia adaptada às necessidades do liberalismo político, à medida que a democracia norte-americana é considerada a encarnação dos melhores traços do Ocidente, cuja base se caracteriza pela persuasão, em vez de pela força, para o que não necessita de qualquer fundamentação metafísica<sup>146</sup>.

<sup>146</sup> Rorty, Richard. *La filosofía y el espejo de la naturaleza; Contingencia, ironía y solidaridad. Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores; Derechos humanos*, em *Batallas éticas: Objectivity, relativism and truth; Pragmatismo y Política*, pp. 81 ss.

## § 24. CRÍTICA À MODERNIDADE E À PÓS-MODERNIDADE

### 1. O esquecimento do ser

1. A modernidade está associada à ideia de progresso e liberação humana, seriamente questionada a partir da destruição de ruínas filosóficas por parte de Nietzsche. *Da razão entendida como razão instrumental surge a legitimação moderna da pena, e contra essa mesma razão instrumental Nietzsche havia declarado que a razão não é mais vontade de poder.* Para Nietzsche, não existiam fenômenos ônticos nem morais, nem se podia predicar das coisas sua verdade ou falsidade, como tampouco se podia distinguir entre o bem e o mal. Ele afirmava que só se pode ter preferência pelo superior ou pelo útil; seu niilismo rompeu com a ilusão moderna de fé na verdade. A crise da ideia de progresso exigia do pensamento uma pergunta originária que, no século XX, alcançou sua expressão mais significativa na obra de Martin Heidegger, tanto em seu período analítico-existencial (*Sein und Zeit*) quanto em seu posterior giro ontológico (*Kehre*) e em suas consequentes apreciações sobre a técnica. Heidegger se propôs neutralizar o esfacelamento da modernidade restaurando o primado da filosofia. Considerou que a luta pelo domínio da terra e a exploração dos recursos humanos, atrás de uma ilimitada vontade de poder, expressam uma racionalidade a serviço do cálculo e da técnica, e que unicamente recuperando a filosofia se pode invocar essa razão instrumental<sup>147</sup>. *Só há destino onde a existência se acha dominada por um saber verdadeiro acerca das coisas; essa verdade é a manifestação do ente; os caminhos e perspectivas desse saber são conhecidos especialmente pela filosofia*<sup>148</sup>. Para Heidegger, apenas com a luta entre ser e aparência pode-se extrair o ser do ente e deixá-lo a descoberto, pois o idealismo filosófico iniciou o caminho do esquecimento do ser, porque criou um abismo entre o ente aparente aqui embaixo e o ente como ideia, que foi elevado a um lugar supra-sensível.

2. Da prisão fascista Gramsci também meditou sobre a crise da noção de progresso, concluindo que não era a própria noção que havia sucumbido, mas seus portadores, na luta com a natureza que a noção impõe, desencadearam forças tão ameaçadoras que eles mesmos se tornaram *natureza*: o fracasso era

<sup>147</sup> Sobre essa posição de Heidegger, Vattimo, Gianni, *Introducción a Heidegger*, p. 86. A desumanização da razão em virtude de uma racionalidade industrial é denunciada por Morin, Edgar, *Ciencia con Consciencia*, pp. 296 ss.

<sup>148</sup> Heidegger, Martin, *Introducción a la metafísica*.

de seus portadores que, transformados em natureza, deviam ser controlados, a fim de permitir o progresso<sup>149</sup>. Com Marx começara a observação do movimento dialético da modernidade, que leva a considerar vãos os esforços de uma evolução progressiva e de uma emancipação definitiva, porque tanto uma quanto a outra contém e geram seus próprios contrapontos, resistências e reverses. A sociologia também havia advertido sobre o caráter dialético da modernidade. Para Weber, a forma de organização que tem por objeto assegurar a racionalidade com atenção a fins conduzia à burocratização da sociedade: o domínio de ideais burocráticos de vida leva ao parcelamento da alma e ao especialista sem espírito. Weber sustentava que a esperança dos pensadores da Ilustração era uma ilusão amarga; por isso afirmava que a *Zweckrationalität* não conduz à emancipação humana, mas à criação de uma jaula de ferro de racionalidade burocrática<sup>150</sup>. Propunha uma democracia cesarista de caudilho, razão por que o vinculam a Schmitt. Trata-se de uma crítica que, sem dúvida, pode ser qualificada de pessimista.

3. A chamada Escola de Frankfurt<sup>151</sup> reassumiu essa crítica, especialmente Horkheimer e Adorno, opondo ao pessimismo weberiano a utopia de uma sociedade não regida pela razão instrumental<sup>152</sup>. Eles assinalaram as contradições e reverses da modernidade: a) os homens dominam a natureza ao preço de uma repressão interna, o que constitui o signo da Ilustração, isto é, que a própria razão destrói a humanidade que viabiliza; b) a razão, em seu impulso para uma autoconservação selvagem, renuncia ao saber substituindo-o por um conteúdo de utilidade técnica.

4. Toda a teoria crítica da sociedade (Escola de Frankfurt)<sup>153</sup> teve um conceito de razão e verdade arraigado nas condições sociais e refutou a inevitabilidade do dualismo de fenômenos e números que Kant havia apresentado como insuperável, porque, juntamente com Hegel, os teóricos acreditaram na possibilidade de conhecer as coisas em si. Como Heidegger, advertiram que essa separação, radicalizada pelo idealismo kantiano, dividiu a razão objetiva (a que indaga a natureza das coisas) em favor de sua utilização, e, ao perder contato com a realidade objetiva, privilegiou a

<sup>149</sup> Gramsci, *Cuadernos de la cárcel*, nº 2.

<sup>150</sup> Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*.

<sup>151</sup> Jay, Martin, *La imaginación dialéctica*.

<sup>152</sup> Horkheimer, Max e Adorno, Theodor, *Dialéctica del Iluminismo*; Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*; do mesmo autor, *Teoría crítica*, assim como *Sociedad en transición: estudios de filosofía social* (sobre os estudos realizados pela Escola de Frankfurt em relação com a autoridade e a obediência posteriores à experiência nazista); Adorno, Theodor, *Dialéctica negativa*, p. 361, a respeito de como construir a modernidade depois de Auschwitz.

<sup>153</sup> A esse respeito, Habermas, Jürgen, *Perfiles filosófico-políticos*, pp. 363 ss.

razão instrumental. Heidegger propõe resolver essa antinomia refutando a duplicidade da razão como modalidades independentes e separadas (razão subjetiva e objetiva), motivo pelo qual o pensar filosófico não deve tomar partido nem por uma nem por outra, mas sim fomentar a crítica recíproca e dialética sobre ambos os aspectos para reconciliá-los com a realidade, considerando uma falácia qualquer preferência por uma às expensas da outra. Entendida desse modo, a razão pode ser um corretivo da ideia de progresso ou de seus efeitos deteriorantes. Dentro da mesma corrente de crítica social, Marcuse elaborou um fundamento diferente para a razão, apoiado em duas opiniões irreduzíveis: a) é melhor viver do que não viver; b) é melhor ter uma vida boa do que uma vida ruim. Destes dois julgamentos de valor advinha a possibilidade de fundamentar a razão: racional é a repressão que fomenta uma vida e uma sociedade melhor, ideia natural de razão que deriva da metapsicologia de Freud, pois, sem o instinto de destruição, as catástrofes, as guerras e o genocídio deveriam ser produzidos supostamente por loucos ou por idiotas<sup>154</sup>.

5. A partir da criminologia, ganhou corpo, durante os anos sessenta, uma severa deslegitimação da função que a razão instrumental concedia ao poder punitivo, que colocou em crise os próprios argumentos instrumentais<sup>155</sup>. O *interacionismo simbólico*, *afenomenologia* e a *etnometodologia* foram as correntes que, a começar pela sociologia norte-americana, desbaratarem os mitos dos fins manifestos da pena e a assepsia do sistema penal. Com a criminologia de tal vertente se deslegitimaram os discursos penais que, para sobreviverem, não tiveram outro recurso senão o de encerrar-se no idealismo, embora nenhuma dessas correntes criminológicas que, em seu conjunto costumam ser chamadas de *criminologia liberal* (ou *da reação social*), tenha pretendido criar uma teoria da sociedade, pois não são teorias macrosociológicas. Nos anos setenta, tal limitação foi censurada pela criminologia crítica que, com base teórica preferentemente marxista, tentou enquadrar essas explicações em teorias sociológicas de maior alcance, o que conduziu a criminologia por um caminho que, de maneira definitiva, a convertia em uma poderosa crítica social. O objeto da criminologia, assim entendida, era bastante complexo, a ponto de discutir se o resultado dessa teorização poderia chamar-se, mesmo, de criminologia. A corrente crítica moderou suas propostas e seus cultores tomaram caminhos diversos, mas ficou de pé a necessidade de enquadrar o fenômeno do poder punitivo em qualquer teoria da sociedade que venha a ser esboçada. Tais construções, naturalmente, serão sempre muito mais discutíveis do que os resultados das limitadas elaborações da criminologia da reação social.

<sup>154</sup> Marcuse, Herbert, *Eros y civilización*. São deste autor também: *El hombre unidimensional. El final de la utopía*.

<sup>155</sup> Cf. *supra*, § 13.

6. Talvez a mais profunda reflexão sobre a criminologia crítica, a partir de seu cerne, se deva a Alessandro Baratta<sup>156</sup>, com certa síntese de correntes e fontes. O campo teórico original de Baratta é a filosofia do direito, o que o dota de uma particular capacidade de elaboração, a qual lhe permitiu superar a síntese das propostas críticas quando procurou uma linha própria de direito penal mínimo, como requisito de respeito aos direitos humanos na lei penal, concedendo a estes tanto uma função negativa de limite quanto uma positiva de indicação de possíveis objetos de tutela<sup>157</sup>. Baratta classificou seus princípios em *intra* e *extra-sistemáticos*. Estes últimos são os referentes à decisão política e ele os subdivide naqueles que orientam a descriminalização e nos demais, que implicam *uma verdadeira liberação da imaginação sociológica e política diante de uma cultura do penal que coloniza amplamente o modo de perceber e construir os conflitos e problemas sociais em nossa sociedade*. Tendo em vista não haver, praticamente, ordem conflitiva que a imaginação sociológica não possa subtrair do sistema penal para encontrar outras soluções, convém pensar que o minimalismo de Baratta pende para uma *contração do poder punitivo como signo de progresso social*.

7. Toda a crítica à modernidade, que abarca a ideia de progresso, o predomínio ou exclusividade de uma razão meramente instrumental (orientada para finalidades) guiada pela vontade de poder, assim como a crítica ao direito e ao poder punitivo, baseiam-se na constatação de que, embora o desenvolvimento das instituições sociais modernas haja criado maiores oportunidades do que em qualquer outra época para os seres humanos, e inegável ter essa mesma modernidade um lado sombrio, que se evidencia com a caracterização do século XX como centúria de catástrofes e matanças, onde o número de vidas perdidas foi notoriamente maior do que em qualquer dos dois séculos precedentes<sup>158</sup>. Torna-se inevitável que as críticas à modernidade, baseadas nessa constatação empírica, sejam feitas também ao direito concebido conforme as ideias liberais políticas e, por conseguinte, ao direito penal de garantias ou limitador, ainda que muitas vezes não sejam explicitadas. É fácil perder-se em meio ao enorme complexo crítico, motivo por que urge distinguir, no mínimo, desde o começo, dois grandes grupos de intencionalidades críticas: o das *reaçãoárias* e o das *progressistas*. Para as primeiras, sempre se volta ao pensamento da Restauração, ou seja, ao estado de polícia; ao processo inquisitório e ao poder punitivo ilimitado. Para as críticas progressistas, com todos os matizes, a modernidade é entendida como um projeto inacabado, inconcluso, de realização progressiva, ines-

<sup>156</sup> Baratta, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, do mesmo, em *La questione criminale*, janeiro-abril de 1975, pp. 7 ss.

<sup>157</sup> Baratta, Alessandro, em DP, 1987, pp. 623 ss.

<sup>158</sup> Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*.

gozável: um *dever ser* que ainda não é, mas que, pelo caráter dialético do ser, nunca será completamente como deve ser.

## II. As críticas otimistas e prudentes

1. Em face da teoria sistêmica da sociedade e diante das demais elaborações que defendem ou permitem um conceito instrumental de razão, a obra de Jürgen Habermas realiza um notório esforço para opor-lhe um novo conceito, de natureza comunicativa (*teoria da ação comunicativa*)<sup>159</sup>, baseado no acordo intersubjetivo sem coações<sup>160</sup>. Para Habermas<sup>161</sup>, o trato social estabelece regras de ação comunicativa como normas que se reconhecem intersubjetivamente e fixam expectativas mútuas de comportamento entre sujeitos de linguagem e ação. A validade intersubjetiva da regra dependerá de que seu significado (expectativa) seja entendido ou compartilhado, para o que a linguagem se submete a um conjunto de regras: ser inteligível, verdadeira, que o falante creia no que diz e argumente sem coação<sup>162</sup>.

2. Enquanto a teoria sistêmica defende um enfoque monológico, sem espaço para o plano intersubjetivo de comunicação e acordo, a teoria da ação comunicativa procura ser seu reverso. Apesar de seus detalhes serem complexos, define um tipo de interação social e de razão diferente da ação dirigida a finalidades, porque fixa seu conteúdo como de concordância e compreensão recíproca. Extrai uma ética do discurso diferente da ética kantiana de intenções, com o que fundamenta o direito como estabelecimento das condições de uma teoria consensual da verdade. Por conseguinte, o direito deveria fomentar o entendimento e o acordo pelo diálogo, substituir a força institucional por uma organização de liberação social vinculada pela comunicação livre de qualquer obrigação.

<sup>159</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, assim como *Complementos y estudios previos*.

<sup>160</sup> M. Carthy, Thomas, em Anthony Guiddens, Jürgen Habermas e outros, *Habermas y la modernidad*, pp. 277 ss. Sobre Habermas, cf. Apel, Karl Otto, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, p. 82. Bubner, Rüdiger, *La filosofía alemana contemporánea*, pp. 225 ss; M. Carthy, Thomas, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*; Souza Neto, Claudio Pereira, *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, Rio, 2002, ed. Renovar, pp. 269 ss.

<sup>161</sup> Habermas, *Ensayos políticos*, p. 265, assim como *El discurso filosófico de la modernidad*, além de *Ensayos sobre moralidad y ética*, *Pensamiento posmetafísico*.

<sup>162</sup> Criticou-se a teoria do discurso, considerando-a uma idealização (assim Ladeur, em *Revista de Filosofía del Derecho*, 1996, pp. 480 ss). Adverte-se, também, sobre o abuso do conceito de comunicação e linguagem como chave do desenvolvimento histórico: cf. Anderson, Perry, *Tras las huellas del materialismo histórico*, pp. 71 ss.

3. Habermas extrai as consequências jurídicas da teoria da ação comunicativa da premissa de que o direito corporifica os pressupostos gerais do discurso. Faz distinção entre uma validade social (facticidade) e uma validade racional ou comunicativa (legitimidade), que excede a imposição coativa e permite a mínima aceitação necessária a seu prosseguimento, com raízes no processo de criação de normas, à medida que reproduza o procedimento argumentativo e consensual da razão comunicativa. Do ponto de vista externo, essa relação se complementa com a legitimidade do poder, condicionada ao fato de que se organize como estado de direito. Porém, a validade última de um sistema jurídico depende de um fundacional sistema de direitos preexistente ao de normas e que se deduz da ação comunicativa: para que seja possível uma construção discursiva e consensual de normas jurídicas, torna-se pressuposto indispensável o reconhecimento dos sujeitos como reciprocamente autônomos e com determinados direitos. Habermas previne a objeção de jusnaturalismo apelando para sua derivação das interações dentro de uma sociedade concreta. Ele estabelece uma hierarquia entre tais direitos, privilegiando os que institucionalizam os procedimentos de um discurso racional. Seriam direitos estabelecidos na Constituição, que é superior às leis por fixar procedimentalmente o discurso para a produção das normas. A validade (legitimidade) de uma norma jurídica dependerá do grau de perfeição do procedimento com o qual se cria, segundo a medida em que se atenha às condições da ação comunicativa<sup>63</sup>. Em síntese: trata-se de um consenso em um sentido diferente por completo do de Luhmann (para quem consenso é ausência de dissenso), ativamente promovido com consciência dos participantes.

4. Habermas não pretende descrever a sociedade contemporânea, mas adota um modelo ideal para o qual deve pender, de forma que a Constituição seria sempre um projeto não totalmente realizado. Portanto, o estado de direito tampouco se realiza por completo, mas necessita de permanente revisão. A missão do controle de constitucionalidade seria, precisamente, assegurar o progresso desse procedimento para sua realização ideal. Embora convenha reconhecer o acerto de Habermas ao conceber o estado de direito como um projeto não totalmente realizado (*compatível com sua ideia da modernidade como projeto inacabado*), seu otimismo parece excessivo, pois aspira a um ideal de comunicação e participação consciente sem mencionar as contradições de toda sociedade. A razão comunicativa substituiria a razão instrumental, mas o certo é que se convive com a razão instrumental e esta não parece desaparecer espontaneamente, mas muito ao contrário. O poder punitivo é – pelo menos hoje – um produto da razão instrumental que se difunde e se amplia. Habermas dá a impressão de propor um ponto de chegada; no entanto, não explica como se impõem limites à razão instrumental e a seu produto – o poder punitivo –, não

<sup>63</sup> Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*. Cf. também Cárcova, Carlos, *La opacidad del derecho*; García Amado, Juan Antonio, em *Doxa*, 13, 1993, pp. 235 ss.

parecendo razoável deixá-los livres para a confiança em um aperfeiçoamento espontâneo da produção normativa que aumentará o consenso ativo. Apesar de Habermas representar a última expressão da crítica de Frankfurt, ele, ao mesmo tempo, se afasta consideravelmente daquela, ao minimizar a dialética em sua proposição. Retoma o caminho do *hegelianismo de esquerda*, no sentido de que *teoriza sobre o estado de direito que deve ser, mas que ainda não é* ou, pelo menos não é por completo, porém, não comenta muito sobre como chegaria a sê-lo: só permite achar um barômetro para constatar seu grau de realização.

5. Luigi Ferrajoli é quem trata da metodologia que distingue o programático e o empírico e a aplica, de forma específica, à teoria da pena, na construção de seu *direito penal mínimo*. Para Ferrajoli, enquanto as funções reais da pena se verificam empiricamente, seus fins programáticos devem ser debatidos no terreno axiológico e não podem ser deslegitimados com dados empíricos. Poder-se-ia dizer que as primeiras são reveladas pela razão pura e as segundas pela prática. Por isso, refuta a deslegitimação do poder punitivo, porque entende por tal não apenas a das formas atuais de seu exercício, mas sim as de qualquer exercício do poder punitivo. Daí que para sua perspectiva deva ser praticamente entendido por deslegitimação só a que leva a cabo o abolicionismo, isto é, a impossibilidade radical de legitimar qualquer sistema penal, presente ou futuro, por menor que seja. A partir dessa perspectiva, Ferrajoli não aceita a deslegitimação, pois afirma que em uma sociedade bem mais democrática e igualitária seria necessário um direito penal mínimo, como único meio de evitar males maiores (a vingança ilimitada).

6. Para Ferrajoli, que não faz distinção entre poder punitivo e direito penal para tais efeitos, um direito penal mínimo – poder punitivo mínimo – seria legitimado por razões utilitárias, isto é, porque serviria para prevenir reações formais ou informais mais violentas contra o delito. Assim, legitimar-se-ia tal direito como instrumento que impediria a vingança. Ferrajoli considera que o direito penal nasce da substituição de uma relação bilateral entre a vítima e o ofensor por uma trilateral, que coloca a autoridade judicial em uma terceira ou imparcial posição. A partir desse ângulo, ele não nega a função preventiva geral que o poder punitivo deveria ter, dando-lhe um duplo papel: a prevenção do delito, que indicaria o limite mínimo da pena, e a prevenção das reações desproporcionadas, que assinalaria seu limite máximo. Dessa maneira, assevera Ferrajoli que o poder punitivo estaria sempre do lado do mais fraco: da vítima perante o delincente e do delincente diante da vingança. Seu *direito penal mínimo* seria um programa de *lei do mais fraco*. A pena seria legitimada sempre como o mal menor, devendo estabelecer-se a partir de um cálculo de custos: o custo do poder punitivo diante do da anarquia punitiva. Cumpre observar que

Ferrajoli leva a cabo uma investigação – talvez a mais metódica do século XX – que permite uma revalorização completa do direito penal liberal e ilustrado<sup>164</sup>. Entretanto, parece ficar preso a ela: demonstra que o programa liberal ilustrado era o de uma sociedade totalmente diferente da atual. Sua relegitimação do poder punitivo nessa sociedade, reduzido ao mínimo, importa a proposta de um modelo diferente por completo de exercício do poder e de estrutura social em geral. Embora não haja razões históricas que permitam afirmar que o poder punitivo em algum momento vá estar do lado do mais fraco – mas muito ao contrário –, a discussão com o abolicionismo se converte em uma disputa sobre um modelo perfeito de total transformação social, porém dizendo muito pouco sobre a chave teórica com a qual se deve elaborar o direito penal vigente.

### III. O pensamento pós-moderno: nem ser nem dever ser

1. Pós-modernidade é um termo equívoco<sup>165</sup> e, inclusive, usado com frequência em sentido pejorativo. Fez-se distinção entre *pós-modernidade* e *pós-modernismo*: a primeira como momento do pensamento, e o segundo como forma de cultura<sup>166</sup>. No presente contexto, ele é aplicado em forma neutra, denotando o pensamento que nega os grandes relatos, que abarca horizontes fragmentários, limitados, de desagregação permanente<sup>167</sup> ou de pensamento débil<sup>168</sup> e, portanto, nada tem a ver com um pretensão *fin das ideologias*<sup>169</sup>, nem encerra qualquer julgamento negativo sobre seu modo de aspirar ao conhecimento, nem a respeito da própria modernidade.

2. A modernidade se assentou sobre os conceitos de razão e de progresso infinito: foi a racionalização histórica ocidental que teve sua origem na secularização que deslocou o pensamento medieval. O paradoxo reside em que a pós-

modernidade, tardomodernidade ou supramodernidade, é levada a cabo a partir da capacidade crítica própria do momento de reflexão da modernidade: pretende-se superar a modernidade usando suas próprias ferramentas. Com elas se descobre que *modernidade* também significou barbárie e projetos de exclusão: a grande promessa de um mundo racional, civilizador e humanista, do século XVIII, sistematizada no século XIX, desvaneceu-se no XX, quando a ciência e a cultura contribuíram para as grandes matanças e genocídios. A história das ideias modernas, como chaves fundamentais de um projeto ilustrado, entre as quais cabe inserir a legitimação do poder punitivo, estaria concluída. Trata-se da crise dos infundáveis discursos que organizaram o projeto da modernidade: não há menos guerra nem fome do que no mundo que a razão negava, assim como tampouco existe menos violência por mediação do poder punitivo. *Que os grandes discursos perderam validade (o discurso emancipatório da Ilustração e a especulação filosófica do idealismo alemão) significa que as antigas ideologias se tornaram inoperantes, não só para justificar e legitimar a organização dos saberes, como também inúteis e obsoletas para dar coerência e fundamento às práticas políticas*<sup>170</sup>.

3. A pós-modernidade, entendida como esgotamento da modernidade e por conseguinte de seu legado institucional, desemboca evidentemente em uma negação e desconstrução tanto do discurso quanto da legitimidade do exercício do poder instituído. Por esse caminho desloca-se Bataille, que retoma de Nietzsche seu perfil anarquista ou libertário, com predominante rechaço a toda autoridade. Não muito longe estão Gilles Deleuze e F. Guattari, com sua concepção de que as instituições se baseiam no *desejo paranoico*, por oposição ao *desejo produtor ou revolucionário*<sup>171</sup>. Nesse sentido, deve-se reconhecer que Bataille encontra antecedentes em velhos projetos utópicos, já revalorizados nos anos sessenta, graças à crítica social europeia e à criminologia norte-americana. Revalorizou-se, em particular, o pensamento de Charles Fourier (1772-1837), autor contraditório às vezes, e inclusive anti-semita, mas que havia se adentrado na utopia talvez além de Marx, ao pretender uma sociedade com uma concepção lúdica do trabalho, e concluía que as paixões negativas eram resultado das repressões que, uma vez suprimidas, conduziriam a uma *harmonia passional*<sup>172</sup>. Igualmente, revalorizou-se o pensamento anárquico, cujo ponto mais alto foi o movimento universitário europeu de 1968.

4. Apesar desses antecedentes, convém observar que as atuais posições abolicionistas não são necessariamente anarquistas, pois a identificação do

<sup>164</sup> Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*; Carvalho, Salo de, *Pena e Garantismo*, Rio, 2001, ed. L. Juris.

<sup>165</sup> Sobre pós-modernidade, entre outros, Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad*; Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, do mesmo autor, em *La posmodernidad*; Jameson, F., *Ensayos sobre el posmodernismo*, assim como *Teoría de la posmodernidad*; Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire*; Bell, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo* e *El advenimiento de la sociedad pós-industrial*. Sobre a visão pós-moderna do poder punitivo, Lea, John, em *DDDP*, 1994/3, pp. 14 ss.

<sup>166</sup> Eagleton, Terry, *Las ilusiones del posmodernismo*, p. 11.

<sup>167</sup> Lyotard, Jean-François, *La condición posmoderna*, p. 10.

<sup>168</sup> Vattimo, Gianni e Rovatti, Pier Aldo (orgs.), *El pensamiento débil*; Vattimo, Gianni, *La sociedad transparente*, pp. 73 ss.

<sup>169</sup> Essa curiosa teve já foi aventada na década de 50 (Cf. Bell, Danile, *The end of ideology* e *El advenimiento de la sociedad post-industrial*). Quarenta anos depois, Fukuyama, F., tenta aventá-la, de novo, em *El fin de la historia*.

<sup>170</sup> Cf. Lyotard, op. cit., p. 9.

<sup>171</sup> Deleuze, Gilles e Guattari, Félix, *El anti-Édipo*.

<sup>172</sup> Fourier, Charles, *La armonía pasional del Nuevo Mundo*.



poder punitivo com a totalidade da coação jurídica não é outra coisa senão a expressão de uma confusão conceitual, que só se justifica pelo apressamento ou onipotência penalística ou panpenalismo. O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa<sup>173</sup>, embora com considerável repercussão no Canadá, nos Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas<sup>174</sup>, podendo ser assinalada de modo prevalente a fenomenológica, de Louk Hulsman<sup>175</sup>, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen<sup>176</sup>, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie<sup>177</sup> e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault.

5. Hulsman chega à conclusão de que o sistema penal é um problema em si mesmo e, em face dos malefícios que produz e de sua inutilidade para com seus fins manifestos, acaba achando conveniente aboli-lo em sua totalidade como sistema repressivo<sup>178</sup>. Ele destaca três argumentos básicos que advogam em prol de sua abolição: a) causa sofrimentos desnecessários que são repartidos socialmente de modo injusto; b) não tem efeitos positivos sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; c) é sumamente difícil seu controle. Propõe sua substituição por instâncias intermediárias e individualizadas de solução de conflitos, que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas e não ao macronível estatal. Postula o emprego de uma nova linguagem que suprima as categorias de *crime* e *criminalidade*, por considerar que estas estão reificadas no pensamento ocidental, escondendo uma imensa variedade de conflitos. Com isso, naturalmente, estes não desapareceriam, mas sua redefinição sob a forma de *situações problemáticas* poderia permitir soluções efetivas em um *cara a cara* entre as partes implicadas, conforme modelos diferentes do penal (compensatório, terapêutico, educativo, conciliatório etc.), os quais têm a vantagem de não serem

<sup>173</sup> Cf. Scherer, Sebastian, em *DDDP*, 1, 3, 1983; Larrauri, Elena, em *Poder y control*, n° 3, 1987, pp. 95 ss.; Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*; Steinert, Heinz, em *Abolicionismo penal*; Sánchez Romero, Cecilia-Houed Vega e Mario Alberto, em *La abolición del sistema penal*; Pérez Pinzón, Álvaro O., *La perspectiva abolicionista*; Passetti, Edson e Dias da Silva, Roberto B. (orgs.), *Conversações abolicionistas*.

<sup>174</sup> Kaiser, Günther, em *Fests. f. Karl Lackner*, pp. 1027 ss., afirma que existem dois modelos de abolicionismo, um extremado (Mathiesen) e outro moderado (Christie e Hulsman).

<sup>175</sup> Hulsman, Louk, em *Studi di teoria della pena e del controllo sociale*, pp. 305 ss.; Hulsman e Bernat de Celis, Jacqueline, em *Archipelago - Cuadernos de crítica de la cultura*, n° 3, 1989, pp. 19 ss.

<sup>176</sup> Mathiesen, Thomas, *The politics of abolition*.

<sup>177</sup> Christie, Nils, em *The British Journal of Criminology*, 17, 1, 1977.

<sup>178</sup> Hulsman, Louk e Bernat de Celis, Jacqueline, *Penas perdidas - O Sistema Penal em Questão*, trad. M. L. Karam, Niterói, 1993, ed. Luam.

necessariamente alternativos, ao passo que o modelo penal exclui de uma maneira automática a aplicação dos restantes. Embora não o expresse, não se pode negar sua vinculação com a etnometodologia, pois seria possível até dizer-se que seu lema é *ir ao encontro do próprio conflito*. Seu pensamento parece vincular-se a uma proposta de sociedade, de acordo com o *modelo verde* ou, pelo menos, dentro da linha de que *o pequeno é belo*. Não muito distante dessas posições acha-se outro autor holandês, Hermann Bianchi, que ressalta a vinculação de origem do poder punitivo com a inquisição e propugna uma reprivatização do direito penal com base bíblica, ao retomar a ideia de asilo<sup>179</sup>.

6. Mathiesen pode ser considerado o estrategista do abolicionismo, apesar de sua tática – pelo menos em seus primeiros trabalhos – vincular-se a um esquema bastante simples do marxismo, o que não retira o interesse de suas considerações. Tendo em vista a vinculação do poder punitivo com o modo de produção capitalista, Mathiesen parece aspirar à abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade e não apenas do sistema penal. Ele procura uma construção que seja traduzida sempre em uma *práxis política* superadora de limites, na forma de algo inacabado (*unfinished*)<sup>180</sup>. Para isto imagina uma tática que impeça a imobilização do processo *unfinished* por meio de contra-estratégias retrógradas do poder. Assinala que o poder estabelece o âmbito do que fica dentro e do que deixa fora do mesmo, procurando constantemente engolir o que está fora. Nesse sentido, Mathiesen propõe uma tática inversa que, como caminho aberto, impeça o poder de encerrar-se. Tratar-se-ia de frear qualquer contratática de normalização esboçada, mediante um caminho progressivo sempre aberto à abolição. Tais conceitos não têm a necessária vinculação com o quadro teórico de onde se origina, sendo de sumo valor para a elaboração de qualquer teoria redutora e limitadora do poder punitivo. É uma espécie de tática baseada no sistêmico para minar o sistema. Em sua *action-research* ou tática de *práxis-teoria*, Mathiesen indica que as condições que um movimento abolicionista deve reunir, para conservar sua vitalidade, são sua permanente relação de oposição ao sistema penal e sua competitividade com este. A oposição requer uma diferença considerável de pontos de vista no tocante às bases teóricas do sistema: a competitividade exige uma ação política prática a partir do lado de fora deste. Suas posições foram se matizando no decorrer dos anos<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> Bianchi, Hermann, em *Concilium*, 1975, e em van Swaanigen, *Abolitionism*, bem como *Alternativen zur Strafrecht*, pp. 136 ss.

<sup>180</sup> Mathiesen Thomas, *The politics of abolition*, pp. 13 ss.

<sup>181</sup> Mathiesen, Thomas, em *Contemporary Crises*, n° 10, 1986, p. 81 ss. Em sua primeira versão (1974), postula a abolição da prisão sem sugerir alternativas, já que estas se convertem em apêndices em vez de substituições; em 1986, propõe uma moratória na construção de cárceres e alternativas. Posteriormente, procura conseguir a redução de dois terços da população reclusa (*Prison on Trial*, pp. 160 ss).

7. O abolicionismo de Christie tem muitos pontos de contato com o de Hulsman, embora se ache mais inclinado a basear seus argumentos na observação histórica e nos modelos existentes de ensaios comunitários nórdicos, como *Christiana e Tyvind*<sup>182</sup>. É importante seu rechaço à afirmação de Durkheim, quem sustentava que o processo de modernização faz progredir a sociedade, passando da solidariedade mecânica para a orgânica e reduzindo o componente punitivo. Christie assevera que *Durkheim era um produto específico da cultura urbana francesa. Está de acordo com a opinião de que quando se vê um indígena é como se já tivesse visto todos, enquanto é evidente que, entre os povos civilizados, dois indivíduos são reconhecidos de imediato como diferentes entre si. Tal preconceito o impede de ver a soma das variantes típicas das sociedades numericamente limitadas e das mais extensas quanto aos problemas de controle*. Christie, de modo inverso, afirma que o melhor exemplo de solidariedade orgânica foi dado pelas sociedades limitadas, cujos membros não podem ser substituídos, ao contrário dos grandes grupos, onde se limitam as condições de solidariedade e os papéis obrigatórios podem ser substituídos, com facilidade, por meio do mercado de trabalho, do qual os excluídos se tornam candidatos ideais para o sistema punitivo.

8. Embora Michel Foucault (1926-1984)<sup>183</sup> não possa ser considerado um abolicionista na mesma linha dos autores antes mencionados, há poucas dúvidas acerca de que deva ser citado como tal em sentido amplo. Seu pensamento excede bastante a proposição do abolicionismo penal, pois a leitura que faz a respeito dos manicômios e das prisões como produto moderno<sup>184</sup> é um dado para repensar todas as estruturas repressivas. Ao limitar sua referência às teses coincidentes com o abolicionismo, ele assinalou acertadamente o modo como o poder expropriou os conflitos na qualidade de pressuposto para a formação dos estados nacionais, negando o modelo de uma parte que supere as demais em conflito como superior instância decisória, o que foi evidenciado em sua discussão com os maoístas, quando formulou a crítica ao conceito de *justiça popular* destes. Apesar de não ter apresentado considerações táticas para avançar na redução do poder punitivo, elas podem ser entrevistadas quando Foucault sugere a *técnica do judoca*, isto é, aproveitar-se da debilidade do poder no momento que este descarrega sua violência, deixando-o parado em um pé só. Cabe observar que a utilização da força agressiva do adversário, em lugar de exercer a própria violência, é um postulado básico de qualquer tática de não-violência. Como Foucault não admitia a ideia de um sistema de poder, mas considerava que o sistema é uma ilusão provocada pelo alinhamento de micropoderes, ele não poderia aceitar a tese de

<sup>182</sup> Christie, Nils, *Abolir la pena?* Do mesmo autor, *Los límites del dolor*.

<sup>183</sup> Acerca desse autor, cf. Sauquillo González, Julián, *Michel Foucault - Una filosofía de la acción*; Machado, Roberto, *Foucault - a filosofia e a literatura*, Rio, 2000, ed. Zahar; Vaz, Paulo, *Um Pensamento Infame*, Rio, 1992, ed. Imago.

<sup>184</sup> Sobre isso, por exemplo, Murilo, Susana, em *El discurso de Foucault*. Igualmente Deleuze, G., em *Foucault*.

Mathiesen acerca do que fica dentro e fora do poder. Não obstante, é plausível pensar que, tendo em vista sua caracterização do modo como os micropoderes se recompõem em uma rede complexíssima, ele aceitasse a possibilidade de estar, ao mesmo tempo, envolvido e na oposição. Também poder-se-ia entender a tese de Mathiesen em um sentido menos sistêmico (ou contra-sistêmico) e compatibilizá-la com os pontos de vista de Foucault: o requisito da oposição é ideológico; quanto à disputa, ela não seria outra coisa senão manter sempre viva a contradição na práxis; ambas podem ocorrer em conjunturas de oposição e competitividade envolvidas no próprio sistema penal, sem renunciar às oportunidades táticas.

9. De qualquer perspectiva deslegitimadora do poder punitivo, o abolicionismo penal seria seu corolário. Trata-se de concepções negativas do poder punitivo e, diante delas, é possível assumir duas posições diferentes: a) uma consiste em pôr entre parênteses todos os dados reais do poder<sup>185</sup> e levar o pensamento negativo até suas últimas consequências lógicas; b) a outra implica assumi-la, mas reconhecer o quadro, as contradições e a complexidade do poder na história. Não se trata de atitudes incompatíveis: com a primeira, obtém-se o objetivo estratégico; com a segunda, a práxis política para consegui-lo. A primeira orienta a segunda e a impede de perder-se. O abolicionismo, como pensamento desenvolvido com lógica a histórica, conduz à abolição do poder punitivo como objetivo estratégico; como tática, seus pensadores proporcionam pistas. Mathiesen assinala algum caminho, a microfísica foucaultiana é imprescindível a qualquer ensaio de redução da repressão social, mas apesar disso, é inegável que o abolicionismo deixa os operadores do sistema penal órfãos de indicações práticas. *Uma vez mais aparece a similitude entre o poder punitivo e a guerra: o abolicionismo se assemelha ao pacifismo*. É a aventura do pensamento penal que se anima a fazer o máximo esforço para pôr entre parênteses o poder, mas no momento é pobre como pensamento tático. Muitas das habituais críticas que lhe fazem<sup>186</sup> são dissipadas quando se esclarece que o objeto da abolição não é o direito penal, mas sim o poder punitivo; isto, porém, não o exime de sua dívida tática.

<sup>185</sup> De alguma maneira, também implica eludir que haja uma estreita relação entre o processo de formação do estado moderno e as transformações na personalidade humana e seu controle. Sobre isso, cf. Elias, Norbert, *El proceso de la civilización*. Sobre a complexidade da submissão, Bourdieu, Pierre, *Sociología y cultura*, e mais especificadamente, *Razones prácticas*, pp.118 ss.; Deleuze, G., *Posdata sobre las sociedades de control*, pp. 105 ss.; Derrida, Jacques, *Fuerza de ley*, p. 89.

<sup>186</sup> Por exemplo, Cadoppi, A. e outros, em *Introduzione al sistema penale*, vol. I, p. 302, criticam o abolicionismo por negar, apodicticamente, princípios liberais que dão garantias aos indivíduo fracos em relação aos mais fortes; de modo análogo, Roxin, Claus, em *Crítica del Derecho*, nº 4, 1998, pp. 232 ss.

#### IV. Síntese: o ser que não deve ser

1. Enquanto o funcionalismo sistêmico atribui à política toda a responsabilidade pelas decisões judiciais e veda aos juizes a aplicação crítica do direito penal, a crítica otimista (Habermas) ou prudente (Ferrajoli) assinala o objeto para o qual deve tender a realização do estado de direito, mas tampouco responde aos juizes com instrumentos teóricos que lhes permita uma aplicação crítica do direito penal. As duas últimas, ao evitarem a questão, criam o mesmo risco do hegelianismo de onde derivam: talvez não haja quem delas se valha para elaborar o direito penal como se o estado ao qual se deve chegar já estivesse realizado, mas, por certo, haverá quem o considere muito mais realizado do que realmente está e, portanto, não é descartável a ideia de que, no futuro, surja um *comunicativismo* e um *minimalismo* penais de direita ou outro de esquerda. Talvez a teoria jurídica arraste uma carga de origem, que é sua tendência a perceber, primariamente, os elementos estáveis e permanentes de uma sociedade, com o que privilegia sempre uma visão conservadora, mesmo nos autores que não são conservadores, mas que optam por imaginar outra estabilidade. O medo do jurista às consequências – às vezes, aterradoras – dos conflitos leva-o a privilegiar a estabilidade<sup>187</sup>. Na sociologia parece haver, desde o pós-guerra, uma clara divisão da sociedade em dois campos: o dos *sistêmicos* e o dos *teóricos do conflito*<sup>188</sup>. Os primeiros assentam sua percepção da realidade na estabilidade, ao passo que os segundos a assentam nas contradições ou antinomias. Estes últimos propuseram sempre deixar de lado a explicação da sociedade como um sistema equilibrado, normal (e a mudança ou o conflito como um desvio do mesmo), para passar a explicar o conflito como um componente normal e universal de toda sociedade. Talvez, bem no fundo, se trate da versão sociológica do problema ontológico: Parmênides ou Heráclito.

2. Pode-se remontar isso a Heráclito, com sua tese do *confronto*, que enunciava a guerra como mãe e rainha de todas as coisas, o que subjaz em sua ideia de mudança ou transformação constante<sup>189</sup>. Maquiavel (1469-1527) pode ser considerado o teórico do conflito<sup>190</sup> e Hobbes, pelo menos, no estado de natureza. Marx naturalmente o foi, mas um sociólogo tão distante dele, como Georg Simmel, tem de sê-lo também pelo fato de haver desenvolvido um extenso capítulo sobre o *Streit* (luta ou conflito)<sup>191</sup>, retomado

<sup>187</sup> Cf. Hirschman, em *La Política*, nº 1, Buenos Aires, 1996, p. 97.

<sup>188</sup> Cf. Alexander, Jeffrey C., *Las teorías sociológicas*, p. 109.

<sup>189</sup> Heráclito, *Fragmentos*, frag. 53.

<sup>190</sup> Machiavelli, Niccolò, *Opere di Niccolò Machiavelli*.

<sup>191</sup> Simmel, Georg, *Estudios sobre las formas de socialización*, pp. 95 ss.

nos Estados Unidos por Lewis A. Coser<sup>192</sup>. As funções positivas do conflito foram recolhidas também na Alemanha por Dahrendorf, quem reputa a tese marxista da luta de classes uma simplificação da teoria do conflito, não muito comprovada para ele em termos históricos<sup>193</sup>. Ainda dentro da perspectiva conflitivista, pode-se citar Baratta<sup>194</sup> e Rex<sup>195</sup>, considerados bem próximos a C. Wright Mills<sup>196</sup>.

3. A diferença entre o enfoque conflitivista e o sistêmico pode se sintetizada em Coser e do seguinte modo: *as sociedades dispõem de mecanismos para canalizar o descontentamento e a hostilidade, enquanto conservam intactas as relações em cujo cerne surge o antagonismo. Frequentemente, tais mecanismos operam através de válvulas de segurança institucionais que produzem objetos substitutivos para os quais deslocar os sentimentos hostis, como meios de neutralização de tendências agressivas. As válvulas de segurança institucionais podem servir tanto para manter a estrutura social quanto o sistema de segurança individual, mas não são completamente funcionais para nenhum dos dois. Previnem a modificação das relações para encontrar condições mutantes, e as condições oferecidas aos indivíduos são de ajuste parcial ou momentâneo*<sup>197</sup>. Com isso, diz-se que a única coisa feita por tais mecanismos, ao desviarem o conflito de seu curso e deslocarem-no para um objeto substitutivo, é descarregar tensões, mas sem resolvê-las, o que em determinado momento provoca um conflito mais violento. Entretanto, se se comparasse esse critério com o de alguns sistêmicos, pareceria que estes últimos são meio entusiastas das válvulas de escape institucionais e que aspiram estruturar a sociedade como um sistema de válvulas dessa natureza, a mais importante das quais, sem dúvida, é o sistema penal e sua respectiva invenção da realidade, ainda que disto não se tenham precavido suficientemente os teóricos do conflito nem tampouco aqueles que, a partir dessa linha, avança-

<sup>192</sup> Coser, Lewis A., *The function of social conflict*; é autor também de *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*. Sobre sociologia do conflito, cf. Mack, Raymond e Snyder, Richard C., *El análisis del conflicto social*; Campbell, Tom, *Siete teorías de la sociedad*, pp. 138 ss. (contrapõe a teoria do conflito de Marx à do consenso de Durkheim). A respeito do conflitivismo em criminologia, Pavón Gómez, Gerardo, em *Rev. del Col. de Abogados Penalistas del Valle*, nº 21-22, Cali, 1989, pp. 187 ss.

<sup>193</sup> Dahrendorf, Ralph, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*; autor também de: *El conflicto social moderno y Sociología del poder*, p. 69, onde relewa a própria autoridade como causa de conflito.

<sup>194</sup> Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, p. 122; do mesmo autor, em *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1989, assim como em *Derechos humanos entre violencia estructural y violencia penal – Por la pacificación de los conflictos violentos*.

<sup>195</sup> Rex, John, *Key problems in sociological theory*.

<sup>196</sup> Wright Mills, Charles, *The power elite; White collar e La imaginación sociológica*. Sobre este autor, Moya Espí, Carlos, *Sociología crítica norteamericana: C. W. Mills*.

<sup>197</sup> Coser, Lewis A., em Coser e Rosenberg, *Sociological Theory*, p. 202.

ram no campo criminológico<sup>198</sup>. A gravidade do assunto é que tais válvulas de deslocamento abarcam os chamados bodes expiatórios<sup>199</sup>.

4. É comum imputar aos teóricos do conflito um compromisso político com a mudança, paralelamente à imputação de um compromisso com o *status quo* feita aos sistêmicos<sup>200</sup>. Tal reciprocidade imputativa põe em relevo o fato de que, em torno de uma ou de outra percepção do fenômeno social, há uma atitude diversa e uma intencionalidade, mas o certo é que não existe nenhuma prova empírica que permita afirmar que a sociedade é um sistema, tal como não havia quando Comte ou Spencer supunham que ela fosse um organismo. Não foi em vão que se assinalou a analogia do funcionalismo sistêmico com o organicismo social, o que levou certo sociólogo a afirmar – talvez um tanto exageradamente – que tudo o que o funcionalismo representa é um novo agrupamento de ideias que já estavam expostas e às quais se concedeu um renovado toque. Eis uma das razões pelas quais, quando se formula um programa funcionalista, este costuma parecer ou um velho erro ou alguma coisa que sempre se soube<sup>201</sup>. No âmbito penal, o poder punitivo foi exercido com toda sua violência discriminatória, primeiramente amparado pelo discurso do *estado de pecado* (teocrático) e, depois, pelo *estado de perigo* (cientificista), não causando surpresa o fato de que agora o *estado de irreducibilidade funcional ao sistema* se torne duvidoso, bem como a *normalização* se pareça com a *expição teocrática* e com a *neutralização científicista*.

5. À margem do exposto, convém observar que não parece que os sociólogos funcionalistas sustentem tudo o que seus seguidores penais lhes atribuem. Muitos sociólogos atuais, ao buscarem uma síntese superadora do funcionalismo e do conflitivismo, refutavam a leitura penalística de suas teorias. Em sociologia, é possível não ser exato que os sistêmicos tenham se preocupado unicamente com a estabilidade e a permanência; no entanto, é verdade que a leitura feita pelos penalistas se detém apenas em tais aspectos. Não cabe negar a possibilidade de que, inclusive a partir de uma teoria sistêmica da sociedade, o exercício do poder punitivo<sup>202</sup> seja tomado como disrupto ou disfuncional

<sup>198</sup> A respeito deles, cf. Baratta, Alessandro, em *Criminologia crítica*, pp. 117 ss.

<sup>199</sup> Sobre as manifestações de anti-semitismo, como bode expiatório na sociedade pós-moderna e no controle social, através do pânico moral, Quirico, Mônica, em DDDP, 1993/1, p. 115. Quanto à ilusão persecutória que provoca coesão em épocas de crise, Girard, René, *El chivo expiatorio*. E acerca da teoria funcionalista da pena como perseguição de bodes expiatórios, Giunta, Fausto, em *L'effettività della sanzione penale*, p. 26.

<sup>200</sup> Cf. Alexander, *op. e loc. cit.* Para uma síntese dos compromissos políticos do funcionalismo no âmbito jurídico-penal, cf. Heitor Costa Júnior, *Crítica à legitimidade do direito penal funcionalista*, em *Discursos Sediciosos*, nº 9-10, pp. 95 ss.

<sup>201</sup> Cf. Martindale, Don, *La teoría sociológica - Naturaleza y escuelas*, p. 544.

<sup>202</sup> É bem antiga a advertência de que a lei penal, quando é posta a serviço de interesses artificiais, suscita o descrédito generalizado (Lucchini, Luigi, *La giustizia penale nella democrazia*, p. 14).

para o sistema, mas é claro que essa não é a leitura penalística do funcionalismo. Coser é um conflitivista, até certo ponto próximo ao funcionalismo; por outro lado, quando funcionalistas, como Alexander ou Turner, atribuem ao conflitivismo uma leitura distorcida de seus fundadores, talvez tenham razão, mas o certo é que tal leitura é a que, sem dúvida, se faz no direito penal.

6. Convém perguntar por que o direito penal refutou as teorias conflitivistas da sociedade e, em seu lugar, preferiu adotar bases teóricas organicistas ou sistêmicas<sup>203</sup>. Parece claro que estas últimas, pelo menos em sua particular leitura penalística, são funcionais para a legitimação do poder punitivo, o que não sucederia com as teorias conflitivistas, pois se torna inevitável que estas acabem evidenciando que o poder punitivo é uma válvula de escape institucional a desviar o conflito de seu objeto, que serve para canalizar tensões sem resolver os conflitos, que trata de neutralizar a conflitividade dinâmica da sociedade, que é inimigo natural da ideia de estado de direito etc. Em suma: uma teoria conflitivista da sociedade onde se assente a ponte entre a sociologia e o direito penal termina na deslegitimação discursiva do poder punitivo ou de uma considerável parte deste, o que não é útil ao direito penal entendido como teorização destinada a proporcionar normas decisórias a juízes treinados para resolver segundo meras subsunções legais; um direito penal não só limitado, como também não-hierarquizado como saber, mediante esse cerceamento de sua mais essencial e importante função, mereceria a qualificação carrariana de *arte asquerosa*<sup>204</sup>. Por isso, o direito penal, assim entendido, opta pela leitura de uma teoria sociológica que só uma minoria de sociólogos norte-americanos defende. Tal opção confirma que o direito penal realizou o máximo de seu esforço idealista para evitar todo contato com os dados das ciências sociais e, quando foi impossível evitá-lo, ele o estabeleceu através de uma interpretação organicista da sociedade, ainda que para isto tenha sido obrigado a fazer uma leitura arbitrária dos sociólogos ou selecionar os mais organicistas dos sistêmicos. No entanto, o certo é que tanto as teorias conflitivistas da sociedade quanto as sistêmicas, em versões distantes do organicismo, dominam o campo sociológico, sem contar com o fato de que não existe nenhuma razão válida – a não ser a funcionalidade política legitimadora – que leve a preferir as teorias sistêmicas às conflitivistas na hora da conciliação com o direito penal. Daí, com perfeita legitimidade científica, optar-se nesse desenvolvimento pela perspectiva conflitivista da sociedade.

<sup>203</sup> Não obstante, há uma crítica precoce ao funcionalismo sistêmico com base conflitivista, em Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y control social*, pp. 20 ss.

<sup>204</sup> Carrara, Francesco, *Opuscoli*, vol. I, p. 180.

7. A opção pelo **conflitivismo** demanda o limite do conflito, o que obriga a indagar sobre seu sentido e natureza, implicando, assim, uma tomada de posição a respeito da sociedade e, por conseguinte, do ser humano. Em outras palavras: a preferência pela conciliação **conflitivista** com as ciências sociais exige do direito penal uma ulterior opção antropológica. A escolha antropológica do direito penal deve respeitar o quadro fundamental da antropologia jurídica, que está assegurado no artigo 1º da Declaração Universal. Tal opção exclui toda proposição de um direito penal **transpersonalista** que mediatize os seres humanos, o que só pode ser obtido mediante um poder social orientado conforme o princípio do estado de direito, entendido como princípio regulador social e das atitudes diante da **conflitividade** e do poder das agências estatais (do estado real ou histórico). A antropologia fundamental e o princípio regulador do estado de direito, que por sua consequência se impõe, requerem da teorização **jurídico-penal** o seguinte: **a)** que seja **personalista** (em caso contrário, implicaria colocar o ser humano a serviço do poder, ideal de todo estado de polícia); **b)** que reconheça no ser humano a capacidade de determinar-se conforme o sentido (em caso contrário, implicaria a negação do princípio democrático); **c)** que seja reconhecida sua condição de pessoa, isto é, de ser dotado de consciência moral, com a qual, ineludivelmente, de certo modo sempre irá ao encontro do exercício do poder punitivo, tal como atesta, desde o período clássico, a tragédia de Antígona<sup>205</sup>.

8. O direito penal antropológicamente fundado deve assumir, também, os dados da realidade social, em que grupos e pessoas colidem, conforme seus interesses, ao pretenderem subjugar outros grupos e pessoas (**transpersonalismo**), ao atentarem contra o princípio democrático (rechaço à autodeterminação), ao violentarem a consciência alheia (coisificação) e, às vezes, a aniquilarem fisicamente a outrem ou seu grupo (exterminio). Embora essas tendências nem sempre sejam articuladas ideologicamente e, em que pese os grupos manterem, com frequência, relações ambivalentes, o conjunto de antagonismos encerra impulsos negativos para o estado de direito, ou seja, pulsões para o de polícia. Tendo em vista que o estado de direito não pode legitimar o estado de polícia (seria uma contradição escandalosa), o estado real deve exercer seu poder de modo a reduzi-lo e a controlá-lo; será função das agências jurídicas exigir do estado real a submissão ao princípio regulador do estado de direito, o que implica uma norma ética do exercício de poder a serviço da pessoa (autônoma e consciente). No âmbito penal, tal exigência ética se traduz em uma demanda de **eticidade** tríplice: **a)** uma exigência ética na construção discursiva, quanto à sinceridade e boa-fé em busca da contenção do exercício do poder punitivo; **b)** uma exigência

<sup>205</sup> Sobre Antígona, de Sófocles, Jaeger, Werner, *Paideia*, p. 259; Saint-Victor, Paul de, *Las dos carátulas*, t. I, pp. 465 ss.

ética de exaustão quanto ao esforço de contenção dirigido às agências jurídicas; **c)** uma exigência ética dirigida a todas as agências do sistema penal, no sentido de reduzir constantemente seus níveis de violência e arbitrariedade seletiva. A **eticidade do direito penal se impõe como consequência de que o instrumento jurídico de contenção do estado de polícia, e do conseqüente fortalecimento do estado de direito, não pode andar separado da ética, sob pena de perder sua essência**. Naturalmente, a **eticidade** do direito penal, a partir de uma perspectiva liberal, deve distinguir-se com toda cautela da **eticidade** propugnada em meados do século XX, porque a função ética que se propõe ao direito penal é completamente diferente da que se pretendia, segundo aquelas teorizações. Welzel abria sua obra com a chocante afirmação de que a função ético-social do direito penal é proteger os valores elementares da vida comunitária. Seria possível abonar inteiramente essa afirmativa, contanto que não se identificasse direito penal com poder punitivo nem se submetesse à alucinação de que o poder punitivo se exerce de acordo com o programado pelo direito penal, do mesmo modo como o fizeram os internacionalistas, a partir do momento em que dominaram seu narcisismo. *Para proteger os valores elementares da vida comunitária, o direito penal deve saber que não regula o poder punitivo, mas sim pode apenas – e deve – contê-lo e reduzi-lo, para que não se amplie aniquilando tais valores*.

9. O poder punitivo descontrolado e ilimitado, sem agências que o contemam e o reduzam, aniquila todos os valores da vida comunitária à que se referia Welzel, e do modo como este autor o reconheceria em seu trabalho póstumo<sup>206</sup>. A partir da perspectiva **conflitivista**, o que se produz é apenas um deslocamento do sujeito ao qual se dirige a exigência ética, ou seja, as instituições e agências do estado real. Esse deslocamento carrega a alteração de outros conceitos subordinados, que são basicamente os de: **a)** **responsabilidade** e **b)** **periculosidade**. A responsabilidade ou possibilidade de resposta muda totalmente seu sentido, segundo o destinatário da pergunta. De uma perspectiva redutora, não é o processado ou o apenado o responsável, mas a própria agência judicial que deve responder perante estes e diante de toda a população, dando conta de sua atitude a respeito do poder punitivo. Essa resposta deve ser sempre adequada à concreta periculosidade do poder punitivo para o estado de direito. A seletividade e a violência do exercício do poder punitivo são verificadas universalmente, mas tal verificação também evidencia a existência de poderes punitivos que são exercidos de forma menos irracional que outros, segundo o grau de realização de cada estado de direito em determinado momento de sua história. Esse grau concreto de irracionalidade do poder punitivo é a **periculosidade** do sistema penal que, como não poderia deixar de ser, mantém estreita relação com a **responsabilidade**.

<sup>206</sup> Welzel, Hans, em *Rev. Arg. de Cs. Ps.*, nº 5.

*de do direito penal e das agências jurídicas, pois o nível desta (a exigência de resposta da parte de tais agências) é diretamente proporcional à periculosidade do sistema penal. A função responsável do direito penal, neste marco, é a de expressar teoricamente que o que é não deve ser, e operar, através das agências jurídicas, para que deixe de ser no menor tempo possível.*