

# ENSAIO SOBRE UMA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: FRONTEIRAS ENTRE O POLÍTICO E O DIREITO PENAL

Augusto Jobim do Amaral\*

## RESUMO

O ensaio aborda a problemática acerca do horizonte crítico relativo às teorias da *pena*. Para isto, parte em favor da construção de uma *teoria agnóstica pena*, em que ela é vista desde a sua gênese, como um dispositivo político, preconizando como determinante o papel do discurso jurídico na contenção do *poder punitivo*. Assim, elucida a contradição inerente aos discursos *positivos* legitimadores da punição em toda construção clássica sobre a temática, que coloca a pena como um “bem” a serviço da tutela, o que obriga uma necessária retomada do pensamento clássico sobre novo viés, alijado do germe da *defesa social*, ou seja, de um impulso bélico que em maior ou menor grau orienta toda sua história. Assim, privilegia-se o direito penal como um discurso limite, fundamentalmente, sobre as interfaces com o *poder*, a *guerra* e a *política*, a flexibilidade de *táticas* não universais em prol de uma *estratégia* clara de *limitação do poder punitivo*, na busca de salvar o maior número possível de vidas humanas.

**PALAVRAS-CHAVES:** PODER PUNITIVO – TEORIA AGNÓSTICA DA PENA – DISCURSO JURÍDICO-PENAL – CRÍTICA.

## ABSTRACT

The essay approaches the problematic one concerning relative the critical horizon to the theories of the penalty. For this, starts for the construction of a *agnostic theory penalty*, where it is seen since its genesis, as a device politician, praising as determinative the paper of the legal speech in the containment of the *punitive power*. Thus, it elucidates the inherent contradiction to the *positive* speeches legislators of the punishment in all classic construction on the thematic one, that it places the penalty as a “good” the service of the guardianship, what compels a necessary one retaken of the classic thought

---

\* Advogado, Professor da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA e da Escola Superior de Direito, Economia e Administração – ESADE; Especialista em Ciências Penais (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS); Especialista em Direito Penal Económico e Europeu (Universidade de COIMBRA – Portugal); Mestre em Ciências Criminais (PUCRS) e Doutorando em Altos Estudos Contemporâneos (COIMBRA).

on new bias, unloaded of the embryo of the *social defense*, that is, of a warlike impulse that in greater or minor degree guides all its history. Thus, the criminal law is privileged as a limit speech, basically, on the interfaces with the *power*, the *war* and the *politics*, the flexibility of not universal *tactics* for a clear *strategy of limitation of the punitive power*, in the search to save the biggest possible number of lives human beings.

**KEYWORDS:** POWER PUNISHMENT – AGNOSTIC THEORY OF PUNISHMENT – CRIMINAL LEGAL SPEECH – CRITICAL.

## INTRODUÇÃO

Cabe-nos inicialmente delimitar/localizar o âmbito em que as presentes palavras são levadas a cabo. O ensaio tem por escopo, na dimensão que se propõe, trazer à tona, de maneira crítica – pensamento apostó, pois, sobre a crise: local do critério – alguns aspectos acerca de um horizonte crítico sobre a *pena* e a responsabilidade correlata do discurso jurídico neste contexto.<sup>1</sup>

Quer dizer, parte-se já de um horizonte crítico às tradicionais *teorias da pena*, em que se desloca o epicentro da discussão, sendo dispensável travar uma retomada histórica linear das diversas teorizações que procuraram legitimá-la por si só. Seu exame naturalmente emergirá em outro contexto, na medida em que formos abrindo caminho para a construção de um discurso condizente com a radical e possível contenção do poder punitivo. Assim, solicitamos que o leitor enxergue o trabalho como um ‘topos’ privilegiado que acabe por servir como alavanca para encarmos a densa questão relativa à *pena*.

---

<sup>1</sup> O horizonte de expectativas que se desenha com este escrito, por certo, dá por adquirido a imensa *crise de legitimidade do sistema penal*, mormente centrada na fundamentação da pena. A *seletividade*, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias são características estruturais, não apenas esporádicas de qualquer sistema penal. Nas palavras de **Zaffaroni**, estes dados amparam a construção de uma referência teórica sincrética que ele dá o nome de *realismo marginal*. Primeiramente, que renuncia a qualquer modelo ideal em virtude da urgência em se colocar em marcha a redução da violência punitiva e, por outro lado, que nunca perde de vista o nosso viés – de país que passou por um simulacro de modernidade – onde se revelam mais nitidamente as características estruturais do sistema penal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 174). Quer dizer, parte-se já de um horizonte crítico às tradicionais *teorias da pena*, trazidas apenas como material na construção de um discurso condizente com a radical e possível contenção do poder punitivo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 174.

Tensionaremos o discurso crítico para que possa-se verificar o nó teórico fundamental que recobre, nocivamente, em larga escala, as ditas fundamentações sobre o exercício de punir. Assim, contraponto aos tradicionais aportes o discurso *agnóstico* sobre a pena, procura-se algum delineamento de seu escopo, desde as questões sobre as fronteiras entre a política e o direito penal.<sup>2</sup>

## 2 O discurso jurídico-penal liberto da *defesa social*: eis a questão...

1 – Destacamos o local de fala que desde já nos pautamos. Ou seja, importa decantar que preconizamos a potencialização do paradigma garantidor, no sentido de dar ênfase aos eixos do discurso penal que possibilitem (certa) limitação do poder punitivo. A potência, pois, de algum pensamento *garantista* poderia daí sim ser extraída com maior fulgor. Estaria privilegiada, na medida em que coerentemente se assumiria, por completo, o núcleo desta postura, relativa como escreve **Gianformaggio** à presunção de irregularidade dos atos de poder.<sup>3</sup>

**Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia** partem de um enfoque em que destacam a função jurídico-política do direito penal e, por desdobramento, do ator jurídico. Desde um limiar claramente foucaultiano, definem o direito penal enquanto um *saber* (pressupondo logo *poder*<sup>4</sup>) que não deve ser confundido com a mera legislação nem com o próprio poder punitivo, mas designa o discurso dos juristas. Ramo do saber jurídico, este, que deve formar um sistema com a mais óbvia função de contenção/redução do puro impulso punitivo conduzido pelas demais *agências* (empregado o termo no sentido amplo de *entes ativos*, sejam executivos ou políticos). De outro modo, segundo os autores, estaríamos degradando o próprio estado de direito. Para isso, desde **Merkel**,<sup>5</sup> utilizam-se de dois tipos ideais: “estado de direito” *versus* “estado de polícia”, ambos conservados nos estados históricos (reais), onde aquele

---

<sup>2</sup> O escrito vai buscar inspiração na senda já percorrida por inúmeros autores, em especial um que a simples citação não faz jus, em virtude de a ele praticamente todo o trabalho dever: CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo. In: *Crítica à Execução Penal*: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. CARVALHO, Salo de. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 03-28.

<sup>3</sup> GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere. In: *Le Ragioni del Garantismo*: Discutendo con Luigi Ferrajoli. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, p. 28.

<sup>4</sup> Temos que admitir que o poder produz saber, e vice-versa, dirá incessantemente **Foucault**. Para um exame deste eixo que perpassa toda a obra do autor, por todos FOUCAULT, Michel. Poder e Saber. In: *Estratégias, poder-saber*. Organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, pp. 223-240.

<sup>5</sup> MERKL, A. *Teoria General del Derecho Administrativo*. México, 1980, p. 325.

funciona (na medida em que não existem em estado puro) como uma barreira para “*represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive no seu interior.*”<sup>6</sup> Numa posição assumidamente dialética, apenas há *estados de direito* (que só se justificam) para conter, mais ou menos eficazmente, os *estados de polícia* neles enclausurados.

Na construção do horizonte de projeção da ciência penal e de seu desdobramento quanto à teoria da *pena*, fundamental fixar os significantes que aportam sobre estas duas idéias. O *estado de direito*, por natural, significa a submissão a um governo *per lege e sub lege*;<sup>7</sup> promovido por decisões de maioria, todavia que se legitima sumamente pelo respeito ao direito das minorias. Tende, pois, a uma justiça *procedimental* que resguarda o catálogo de direitos a seres humanos em concreto, respeitando todos por igual, com um cunho explicitamente *fraterno*. Em contrapartida, vemos como característica do *estado de polícia*,<sup>8</sup> o domínio de um grupo que dita o *bom*, o *belo* e o *justo*, onde as suas decisões são a lei (plena obediência ao seu governo), e uma justiça *substancialista* se rende a direitos transpessoais. Quer dizer, está à serviço de objetivos metafísicos: *comunidade, nação, sadio sentimento do povo, consciência operária, sociedade etc.*<sup>9</sup> Vez mais se diga que ambos elementos coexistem, lutam, combinam-se de modo instável e dinâmico. Variam, desde a maior conservação e reforço do poder verticalizado que buscará impor uma supressão hierárquica dos conflitos, até o outro extremo em que o privilégio está em otimizar as relações de solidariedade horizontal limitando a exacerbação de poder.<sup>10</sup> É deste posto de observação que se pergunta: qual o local da cultura jurídico-penal neste contexto e, por dedução, a do operador jurídico?

Tendo em consideração que a tarefa do jurista está sempre inconclusa, pois nunca há uma realização *integral* de um *estado de direito*, percebe-se que há um íntimo intrincamento entre *exercício do poder punitivo* e os modelos de *estado de polícia*,

---

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal - Vol I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 41.

<sup>7</sup> *Estado de direito*, sabe-se, é conceito que possui variadas ascendências ao longo da história do pensamento humano, desde o “governo das leis” de Aristóteles e Platão, chegando até ao *normativismo* pregado por Kelsen. Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 156-158.

<sup>8</sup> O termo *polícia*, por evidente, atravessa o mero conceito relativo ao exercício da agência de criminalização secundária – ou seja às atividades de repressão/prevenção das polícias propriamente ditas. Evoca uma construção emersa da ciência política ou mesmo do direito administrativo que, por etimologia, remete à “governo” ou “administração”, em outras palavras, às decisões regidas pelas decisões dos governantes.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, pp. 93-94 e p. 121.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 95.

onde, a partir disso, à função do personagem jurídico importará renunciar de pronto às teorias da *pena* que, em maior ou menor escala, legitimam a *potestas puniendi*. Legimitá-lo, enfim, é potencializar os componentes arbitrários, em detrimento do *estado de direito*.<sup>11</sup> Nada neutro é o papel da metodologia jurídico-penal que, assim, encarrega o poder judiciário, desde um sistema de *estado constitucional de direito*, de produzir minimamente alguma racionalidade capaz de condicionar o exercício punitivo dos demais vetores de criminalização: “*a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualmente exercida.*”<sup>12</sup>

Deve-se, desta forma, programar o exercício do poder jurídico, através do direito penal, como um *dique*,<sup>13</sup> levando-se em conta que os níveis das águas das arbitrariedades sempre os ultrapassam. Deve-se procurar minimamente *filtrar* estas pulsões “irracionais” reduzindo os danos causados a partir de uma *contrapulsão jurídica* ao poder punitivo do *estado policial*, ou seja, como um claro *limite* ao seu *transbordamento*, para que não afogue o *estado de direito*. A postura do operador jurídico, não apenas do magistrado, deve estar ciente de seu caráter *trágico*,<sup>14</sup> sempre resistindo ao poder punitivo. Se o poder punitivo é uma força “irracional” e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a “racionalidade” do *estado de direito*, a seleção penal deve ser “racional”, para compensar – até onde puder – a violência seletiva (“irracional”) da torrente punitiva.<sup>15</sup>

2 – Postos os alicerces, as construções/opções básicas aí podem se firmar. Um enfoque *realista marginal* – se assim quisermos denominá-lo – não se toma partido de nenhuma generalização não-verificada quanto à *pena*, aceita-a como realidade que não pode cumprir nenhuma das suas funções manifestas, em prol de um *teoria negativa ou*

---

<sup>11</sup> O fator constitucional, sim, impõe uma lógica diversa do então Estado Liberal que o precedeu; põem em cheque as estruturas legais oficiais oriundas de um pensamento descompassado que não encontra mais justificação senão naqueles retrógrados modelos herdados de sistemas totalitários. Por todos, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997, pp. 21ss.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p.51.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 156.

<sup>14</sup> A figura do *trágico* afigura-se importante. Ainda que não seja o local para o trato que merece, ressalta-se sua atualidade indicadora, não atrelada à presença de “finais felizes” redentores e idealizados de sistemas totalitários, mas reveladores da limitação do humano e a humildade de suas empreitadas. Cf. BRUNO, Mário. *Lacan e Deleuze: o trágico em duas faces do além do princípio do prazer*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 215.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 162.

*agnóstica da pena*. É desta maneira que se afirma com radicalidade a tarefa das agências jurídicas, não de legitimação da criminalização, mas de aumento dos seus *dispositivos* controladores. Antecipando-nos, em parte, não é preciso se iludir e verificar que ainda as teorias liberais de direito penal – mesmo com novos ares como a teoria *garantista*<sup>16</sup> – não deixam de ser legitimantes (em menor grau, é claro) do *estado de polícia*, porque embrenham-se numa contradição insolúvel, além de confusões insondáveis: requisitam instrumentos próprios do *estado de polícia* para depois fundar limites desde o *estado de direito*.<sup>17</sup>

Uma teoria *agnóstica* da *pena* surge, sobretudo, do fracasso retumbante de *suas* teorias *positivas* que pretendem atribuir alguma função manifesta a *ela*, contribuindo, inclusive para deduzir um *direito subjetivo público de punir* de titularidade do estado.<sup>18</sup> Quanto às funções latentes, certamente, dota-se de importância conhecê-las, não obstante sem perder de vista que são múltiplas, variáveis e de irreconhecível captação na sua totalidade. Trata-se de um *complexo heterogêneo* e, em qualquer tentativa de planificá-la, estaríamos próximos de recair num simplismo. Para além disso, estaríamos opondo uma leitura totalizante (“fala oficial”) com outra de mesma envergadura. Qualquer tentativa, desta forma, de isolar as funções reais (da *pena*) do *poder punitivo* seria *artificial*: “o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e idéias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc.”<sup>19</sup>

Por isso, apostam **Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia** num conceito ampliado de *pena*, condizente ao princípio de limitação do poder punitivo, pelo caminho diverso das funções. Por um lado, não concede função *positiva* a *ela* e por outro é “*agnóstico* quanto a sua função, pois confessa não conhecê-la”<sup>20</sup> – diga-se, desde já, não lhe interessa saber para fundar o discurso do ator jurídico, também por infrutífero tentar

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et.al.. Madrid: Trotta, 1995, p. 331 ss.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 96.

<sup>18</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 109.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 98.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 99.

dotá-la de totalidade. Dilatado o espectro da *pena*, o que se ganha é a inclusão, no universo interpretativo, de manifestações legais *latentes* e *eventuais*<sup>21</sup> do *poder punitivo* excluídas quando opomos alguma finalidade *positiva*. Estamos falando ou de qualquer função manifesta não-punitiva (assistencial, tutelar, pedagógica, sanitária), que habilitam sobremaneira o exercício de repressão e a indevida criminalização, ou tratam-se daquelas legislações que aparecem eventualmente desenvolvendo funções punitivas segundo o uso que fazem as agências que as operam (poder psiquiátrico, assistencial à criança, doente e idoso, poder disciplinar institucionalizador), principalmente as que habilitam a coerção direta policial.<sup>22</sup> O avanço será parco se não reconhecermos que mais profunda e capilarizada é a dimensão política do *poder punitivo*, para além da mera criminalização *primária* ou *secundária*.

Desde a falácia do monopólio punitivo por parte do estado (**Weber**), o discurso legitimador da *pena* implica renunciar a âmbitos maciços de violências exercidas por outras agências com funções manifestas bem diversas, que formam uma complexa rede de controle social punitivo. É este exercício *configurador-positivo da vigilância*<sup>23</sup> que possibilita que se legitime e se extraia do discurso penal – pois não diriam respeito ao âmbito da *pena* – as ilegalidades cometidas pelas agências executivas que, por possuírem poder discricionário, acabam dele abusando. Uma concepção *negativa* da pena tem por vantagem poder reduzir estes componentes de exclusão “*que explicam não ser ‘juridicamente’ poder punitivo aquilo que, em realidade, é poder punitivo, bem como não ser pena aquilo que pena é*”;<sup>24</sup> evidenciar o *poder punitivo* em todas as suas dimensões e, a respeito deles, subjugar-los claramente a algum papel limitador.

3 – A teoria *agnóstica* reduz, a *pena* ao que, de fato, é: um mero ato de *poder* de explicação simplesmente *política* na esteira de Tobias **Barreto**. Há mais de um século (1886), já colocava o professor sergipano da Faculdade do Recife, desde **Fröbel**, o caráter eminentemente *político* (extrajurídico) de qualquer conceito de *pena*, em suas clássicas palavras: “*quem procura o fundamento jurídico da pena deve também*

---

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 89.

<sup>22</sup> Cf. sobremaneira CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005, pp. 128 ss..

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 69.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 72.

*procurar, se é que não encontrou, o fundamento jurídico da guerra.*”<sup>25</sup> Este é o ponto capital. O defeito das teorias usuais, inclusive a *garantista*, consiste justamente no erro de considerar a *pena* como uma consequência do direito, logicamente fundamentada.

Interessantíssimo, já naquela época, ainda que sobre os auspícios da escola positiva, a qual acabou por influenciar seus estudos, não obstante, percebia o professor uma espécie de *jogo de adivinha* sempre que os mestres propunham aclarar aos discípulos os fundamentos da punição; “*há homens – dizia – que têm o dom especial de tornar incompreensíveis as coisas mais simples do mundo*”.<sup>26</sup> O maior mérito de seu apanhado sobre o tema – mesmo que sustentasse a *necessidade* da punição imposta pela *lei da existência, sem a qual a humanidade não poderia existir* – com certeza, foi a de sopesar que *frases teóricas* tentaram encobrir a verdadeira feição da coisa, ou seja, *punir é um sacrificar mais ou menos cruel* não afeito à medida jurídica.<sup>27</sup> **Barreto** sustenta, desde uma matriz kantiana, o princípio histórico do “direito de punir”, ou seja, havia um primeiro momento, que se transforma posteriormente em idéia e, após, o fato transformado em direito. Por isso é que, para o autor, parecia inconcebível que alguém alcance a compreensão de que a “justiça punitiva” seja derivada da guerra de todos contra todos, de uma fato bárbaro da existência em sua primitiva rudeza. O direito, ontem, *força e violência*; hoje, *culto e veneração*.<sup>28</sup> *Pena e sacrifício humano* como idéias irmãs que caminham juntas até hoje. Em que pese afirme sua imperatividade para a sobrevivência da sociedade e para a manutenção do próprio estado de direito, o professor, principalmente, descortinava a *pena* sobre seu real rosto, o da *vingança*,<sup>29</sup> repõe, pois, a discussão sobre os trilhos corretos.

Seguindo nesta senda, deve-se aprofundar novamente o papel do *direito* como limite da *política*, e como numa guerra, a programação deve obedecer, naquilo que for possível, a uma estratégia de salvar vidas humanas, similar à tarefa da *Cruz Vermelha*<sup>30</sup> – que evidentemente não tem poder para acabar com os conflitos bélicos. Não mais uma teoria justificante do “direito de punir”, mas um apanhado teórico-

---

<sup>25</sup> BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: *Estudos de Direito*. BARRETO, Tobias. Campinas: Bookseller, 2000, p. 179.

<sup>26</sup> BARRETO, Tobias. O fundamento..., p. 163.

<sup>27</sup> BARRETO, Tobias. O fundamento..., p. 173.

<sup>28</sup> BARRETO, Tobias. O fundamento..., pp. 169-170.

<sup>29</sup> BARRETO, Tobias. O fundamento..., p. 175.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. In: *Le Ragioni del Galantismo*: Discutendo con Luigi Ferrajoli. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, p 393.



normativo capaz de impor certos limites, com fins específicos de evitar mais sofrimento. Este deve ser o objetivo imediato das agências judiciais de acordo com um discurso que estabeleça limites máximos de irracionalidade tolerável.<sup>31</sup>

O que se propõe é uma recondução topográfica do discurso do ator jurídico neste cenário. Dentro de um vastíssimo conjunto punitivo, deve o direito penal legitimar, sim, mas as próprias decisões de suas agências jurídicas, não o manancial de poder dos demais vetores punitivos. “*Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fazerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para a sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.*”<sup>32</sup> De alguma parte, que não se perca, o choque de humildade que tudo isto traz. O jurista deixa de se empenhar numa tarefa esquizofrênica para dar sentido a toda manifestação punitiva e desloca seu olhar àquilo que se deve importar e, fundamentalmente, àquilo que está ao seu alcance: a construção de um discurso legitimamente fundado na contenção do poder punitivo. A *teoria da pena*, nos moldes que tradicionalmente exercita o jurista, nada mais acarreta que o próprio suicídio do seu discurso. Engolfado e em transe, agarra-se à *teoria da pena* como se ela não fosse na realidade o refúgio mais escondido onde repousa o seu auto-encantamento pela imagem de monopólio de punir.

Imperativo este que desperta para o papel localizado (nem por isso menos importante) que atua o jurista. Ele faz parte de um parcela reduzida da engrenagem das agências de *criminalização secundária* (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários etc.). É esta limitação operativa que permite potencializar seu discurso como redutor de violências, pois é nesse âmbito de poder jurisdicional que ele pode programar sua investida. Sob outro aspecto, não nos damos conta o quanto fragilizado fica o discurso jurídico quando empreendemos esforços na legitimação do poder alheio, ou seja, das demais agências. Paradoxalmente, quanto mais se legitima o *poder punitivo*, mais reduzida fica a função das agências judiciais. Isso claramente se dá

---

<sup>31</sup> CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. In: *Crítica à Execução Penal*: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. CARVALHO, Salo de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 30.

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 108.

em virtude do direito penal, ao longo do tempo, ter privilegiado o exercício do seu poder através do *discurso* em si, ao invés do exercício direto do mesmo, sacrificando, em síntese, sua orientação minimizadora em favor da conservação do mero poder discursivo.<sup>33</sup> Refira-se que esta postura não acarreta a redução do discurso penal, como já colocado. Observa **Zaffaroni** que “*ridurre il potere punitivo non significa ridurre l’ampiezza del discorso del diritto penale (...); orbene, la tattica del controllo riduttore di questo potere può esigere, in certe circostanze, un ampliamento del discorso del diritto penale (...) perché c’è (...) la necessita di estendere le garanzie penali ad ampi settori di pena che ora sfuggono al loro controllo coi più incredibili sotterfugi.*”<sup>34</sup>

4 – Se afastarmos qualquer discurso de teoria da *pena* que normaliza o *poder punitivo*; traçado e escolhido este caminho, sobre vias transversas, o que se trilhará é uma recomposição de um *direito penal liberal em novas bases*.<sup>35</sup> É o retorno de um discurso de *resistência*, como, em parte, encontramos nos estudos de **Marat** (1779), na sua empreitada revolucionária-socialista de não legitimar o poder punitivo na sociedade do seu tempo.<sup>36</sup> Há ali também um certo saber que procurou abalar as premissas tradicionais do dito *ius puniendi*, pois reconhecia os direitos de resistência do cidadão quando da violação das regras de equidade pelo estado, quer dizer, na medida em que

---

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 71.

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La rinascita...*, p. 394.

<sup>35</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 77.

<sup>36</sup> Quando o estado não toma nenhuma medida para prevenir o aumento das fortunas particulares, num ambiente em que uma parte dos homens enriquece às expensas dos demais, perguntará então: “no conociendo la sociedad más que por sus desventajas ¿están obligados a respetar las leyes? No, sin género de duda; si la sociedad los abandona, vuelven al estado natural, y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga á ello es tiránica, y el juez que los condene á muerte, no es más que un vil asesino”. MARAT, Jean-Paul. *Principios de la legislación penal*. Obra Publicada en Paris en 1790. Version Castellana con la reproducción por el fotograbado del retrato del autor, y una introducción con notas antropológicas y exposición de algunos tratados especialmente de los delitos contra las costumbres y de la prostitución por A. E. L. Abogado del Ilustre Colegio de esta Corte. Madrid: Librería de Gabriel Sánchez, Calle de Carretas, num. 21, 1891, p. 14. Em épocas de denúncia ao despotismo no período revolucionário francês, projeta em sua obra, já em 1779, a tendência em minimizar a atuação do estado na esfera penal em contraposição à tutela máxima dos direitos sociais. Em que pese algum déficit de profundidade filosófica, trilhando ainda os passos do retribucionismo da pena, **Marat** irrompe um giro metodológico incluindo como fundamentais os direitos sociais antecipando o pensamento liberal-socialista. Enfim, de alguma forma, “por la vía del contractualismo, hallamos en Marat, el famoso médico revolucionario francés, la primera versión de la criminología radical en la historia, formulación bastante análoga a la actual en muchos aspectos. Marat, al proponer su Plan, en verdade no proponía un “plan” para un nuevo sistema penal, sino directamente para una nueva sociedad. Es la criminología crítica en versión extrema, lo cual es suficiente para mostrar con qué grado de precaución la burguesía europea debía manipular la ideología contractualista, para que su propio discurso no se le volviese en contra.” MARAT, Jean-Paul. *Principios...*, p. 120. Cf. fundamentalmente CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, pp. 49-52.

ele se afasta da busca pelo bem estar humano e da redução das diferenças sociais. Suscitou, sobretudo, este é o mérito determinante, e dispôs a problemática da *pena*, de forma precursora, sobre o campo da análise *política* negando, em algum grau, os fundamentos jurídicos da sanção penal.<sup>37</sup>

Ou mesmo, doutra parte, compondo (porque não?) este forte rasgo deslegitimante, um foco importante na virada do XIX-XX (1882), com maior força ainda, está em **Liszt** e a sua ciência total do direito penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*). Dogmática ali vista como instrumento pedagógico que é, devendo ser posta à serviço da limitação da contingente e instável política criminal.<sup>38</sup> A função da dogmática penal então seria a de programar minimamente as decisões

---

<sup>37</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, pp. 129-130. “Si para mantener la sociedad es necesario obligarles á respetar el orden establecido, ante todo, debe satisfacer todas sus necesidades. (...) Solamente después de haber cumplido todas las obligaciones con sus miembros es cuando tiene derecho á castigar á los que violan sus leyes.” MARAT, Jean-Paul. *Princípios...*, p.14.

<sup>38</sup> Consagrando a dogmática como *carta magna do delinqüente*, ela que operaria a legitimidade da política criminal. Evidentemente, não se esqueça que o autor, ainda que contornando o universo limitativo da dogmática, concebia a função da *pena* como *prevenção especial (retributiva pelo tratamento)*. Deixa meramente o insustentável princípio da equivalência entre crime e castigo, ou seja, afasta o anseio retributivo *per si*, para agregar a esta doutrina o valor de *proteção* à retribuição: “*la pena retributiva es la protectora (...) la pena protectora es la retributiva.*” LISZT, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998, pp. 76-77. Claramente ancorado num direito penal de autor, afinal, para ele, a concepção do delito é uma abstração: a retribuição apenas se dá no caso concreto, “porque no es el concepto que castiga, sino el autor.” LISZT, Franz von. *La idea...*, p. 78. Repressão e prevenção, assim, não são, para o autor, antagônicas, implicam-se, “*la pena es prevención por represión; también podríamos decir que es represión por prevención.*” LISZT, Franz von. *La idea...*, p. 79. Não, todavia, buscando a mera dissuasão geral, assume a *pena*, sim, sobretudo, uma *tarefa profilática* frente ao desviante: “así como ‘curar’ llamamos unicamente la actividad médica destinada a combatir la enfermedad, llamamos ‘pena’ unicamente la actividad del Estado, provocada por ele delito, que lesiona la delincuente.” LISZT, Franz von. *La idea...*, p. 79. Sobre a finalidade corretiva da *pena*, para além de todo o mais, obviamente, estejamos cientes do alerta de **Ferrajoli**: “quien (...) recogió y desarrolló esta idea fue Franz von Liszt, que en su programa de Marburgo de 1882 elaboró un modelo de derecho penal como instrumento flexible y multifuncional de ‘ressocialización’, ‘neutralización’ o ‘intimidación’ según los diferentes ‘tipos’ – ‘adaptables’, ‘inadaptables’ u ‘ocasionables’ – de delincuentes tratados.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 268. Como afirmado, não obstante, o seu mérito está na localização do potencial limitador da dogmática; isto há a ser viabilizado. Do contrário, graves problemas de entendimento daí advirão. Aduz-se, apenas, que se retome este espírito de racionalização mínima do *poder punitivo* como roteiro das agências judiciais. Não se olvida, por evidente, que o seu *Programa de Marburgo*, juntamente com a reação tecnicista da prolusão sassarena de **Rocco**, como quer **Carvalho**, possibilitaram a transposição do discurso da *Escola Positiva* ao modelo de um *nova defesa social*, ou seja, ainda que ancorado na função pedagógica da dogmática na redefinição do modelo penal, não logrou extirpar a etiologia de seu saber (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, pp. 70-73). Assim, frise-se vez mais, para que de alguma imprecisão nos afastemos. Sabe-se a tamanha nocividade que um pensamento como este, impulsionador de um correccionalismo penal de alta estirpe, traz consigo. Todavia, necessário dizer, mais que por outro motivo, por adequação histórica, que isto se deu logicamente em função da posição da ciência criminológica, a seu tempo positivista: este seria o ramo dotado da verdadeira função científica – já que a política criminal teria a seu cargo a tarefa valorativa e o direito penal dotado era de um caráter pedagógico. Pouco difícil de perceber que, desde este panorama, nada diferente poderia surgir do que um discurso de legitimação do poder punitivo; o que não deve levar consigo o frutífero papel que desempenhava o direito penal neste contexto.

judiciais, forjar uma base para legitimar o poder do jurista e não legitimar o poder punitivo. Deste ponto, vamos com ele, na medida da imperatividade de abandonar algum *doutrinarismo*, em prol da aproximação do direito penal dos reais problemas da vida, aí sim sua força maior emergirá.<sup>39</sup>

Por certo, como escreve **Zaffaroni**, retornar ao pensamento do XVIII-XIX, sobre outro viés, àquilo que nos pode alijar da intervenção da *polícia positivista*,<sup>40</sup> é um desiderato amplamente necessário – evidentemente não como uma (re)visita ao museu. Uma contemporânea recondução de um direito penal liberal deve ancorar-se na negação de uma *teoria da pena*, mormente levando em conta a aplicação que vem sendo feita hoje em dia. Assim, esta operação, deve visar a extirpar o germe antiliberal do discurso: “*il grande pericolo del ritorno al diritto penale liberale è quello di tornarvi dimenticando quei germi che esso conteneva: cosa che non va fatta. Assumiamo dai vecchi liberali i principi liberali, ma teniamo accuratamente da parte i germi di illiberalismo contenuti nelle loro teorizzazioni.*”<sup>41</sup>

5 – Pensando em se considerar desde o debate do jesuíta Friedrich Spee von **Lengelfeld** (contra a versão fundacional inquisitória do discurso no *Martelo das Feitiçeras*<sup>42</sup>), juntamente com os posicionamentos dos ingleses **Hobbes** e **Locke**, dos alemães **Kant** e **Feuerbach**, podendo chegar ao contratualismo penal de **Beccaria** e **Verri**, até o ápice do direito penal na sua versão fundacional liberal com **Carmignani** e **Carrara**<sup>43</sup>, por todos eles perpassa – como que uma linha tênue comum – uma

---

<sup>39</sup> “Desde decenios atrás, la ciencia del derecho penal en sus representantes más eminentes, ha ido distanciándose de la vida. Dispersó sus fuerzas en disputas estériles; prisionera de construcciones abstractas, no se daba cuenta de lo que pasaba por fuera. Creía tener, como antes, las riendas del poder cogidas en las manos, cuando la vida hacía tiempos había dejado de hacerle caso. No debemos prescindir de profundizar las abstracciones conceptuales, pero sí debemos abandonar el doctrinarismo.” LISZT, Franz von. *La idea...*, p. 82.

<sup>40</sup> “Ma ciò significa ritornare indietro? Tornare ai “lumi”? Sicuramente non nel senso di un rivisitare un museo; ma, da un certo punto di vista, sembra evidente l’esigenza di ritornare indietro, pur se, da un altro punto, c’è la necessità di procedere. È necessario *ritornare indietro* per riprendere il dibattito interrotto con l’intervento della ‘polizia’ positivista.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La rinascita...*, p. 384.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La rinascita...*, p. 386. Em outras palavras, o que se deve evitar é o germe da *ideologia da defesa social*, nó teórico e político fundamental do sistema punitivo que passou a compor tanto a filosofia comum nas ciências jurídicas quanto às *every day theories*. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999, pp. 41-48.

<sup>42</sup> Este modo de pensar tem sua fundação em dois escritos principais: o *Malleus Maleficarum* ou *Martelo das Feitiçeras* de 1487 (KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. *O Martelo das Feitiçeras – Malleus Maleficarum*. Tradução de Paulo Fróes. 6. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991) e o *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993) de 1376 (re)elaborado em 1578.

<sup>43</sup> Para percorrer a síntese da história das idéias no período, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, pp. 515-539.

incontornável contradição que, na esteira de **Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia**, podemos aqui já insinuar.

A necessidade discursiva de *legitimar e limitar* o saber penal ao mesmo tempo. Eis o insanável obstáculo – *that’s the rub!* A etapa fundacional liberal “*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 encadear e a varrer qualquer limitação ao poder.*”<sup>44</sup> Em quase todos os autores desta época aparece explicitamente, como dissemos, os fins úteis da pena, ou seja, apõe-lhe como mecanismo de *defesa social* da maioria não desviante contra a minoria desviante. Todavia, a estas finalidades, procurou-se dar limites discursivos deduzidos das próprias premissas legitimadoras. Uma ‘*defesa social*’ *limitada*, mas ainda *defesa social* que, levada ao extremo ou por trás de si, nada mais desemboca e esconde (n)a idéia da *guerra* (ideologia bélica) contra a criminalidade. É simples perceber que o *poder punitivo*, de qualquer forma, acaba sempre por limitar a liberdade e, ao se tentar dar ares legítimos a isso, não se faz algo diferente do que plantar o germe da corrosão dos limites que traça.<sup>45</sup>

Ainda que não empreendamos um esforço para descortinar e ver – nem temos condições e fôlego para isso no momento – como em cada escrita os autores desta época “das luzes” desenvolveram este binômio “paradoxal” legitimação-limitação, contudo basta para este instante que aportemos no ponto do *giro discursivo*, ou seja, o momento da viragem do discurso *liberal* clássico para o alvorecer do discurso *positivista* – *perigosismo-racista* – mormente do século XIX. Pois é ali que se indica onde estava/está imerso o germe do pensamento antiliberal nas entranhas do próprio discurso penal clássico, que possibilitou a profusão de um pensamento de mínimo conteúdo

---

<sup>44</sup> “Por isso, a *defesa social* foi também 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 coalização e conseguir que produzisse por salários insignificantes. Em tais circunstâncias, era necessário e funcional um direito penal-policia vigilantista.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 550.

<sup>45</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 515 e p. 520.

pensante: o *positivismo criminológico* que reativou com força total a inquisitorialismo – *criminologia etiológica* – do baixo medievo.

O momento em que se formula expressamente a teoria da *ideologia de defesa social* – latente nos modelos ilustrados em geral, entranhada nos postulados “clássicos” –, pode ser encontrado em Giandomenico **Romagnosi**. Pensador liberal – nem poderia deixar de sê-lo, para confirmar o germe defeituoso do pensamento, autor do projeto do código italiano para o primeiro reinado de 1806 (*Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno d'Italia*) – e como homem do seu tempo que era – grudado ao paradigma da ação-reação newtoniana –, na esteira da coação psicológica de **Feuerbach** (*prevenção geral negativa*), sustentava que *pena* deveria ser uma força que se opusesse ao impulso criminal – *contro-spinta penale*.

Para chegar a este ponto, deriva a gênese *natural-metafísica* do seu “direito de punir” dos princípios fundamentais do direito natural, em virtude de uma combinação intrínseca de relações fundadas na natureza do homem e nas suas circunstâncias sociais.<sup>46</sup> Sobre esta premissa, evidencia o direito de defesa de toda a sociedade contra aquele que delinqüiu: “*la sociedad adquiere, dada la ‘necesidad’, el derecho de destruir al agresor injusto, pero no mediante la ‘trasfusión’ del derecho del agredido en ella, sino en virtud de un derecho ‘proprio suyo’, distinto, simple y universal, producido por la índole misma de la agregación.*”<sup>47</sup> Demonstra o “direito de punir” como espécie do genérico *direito de defesa*, modificado pelas circunstâncias sociais. Levando em consideração que, nesta lógica, a *pena* é resposta presente a uma ofensa passada, contudo querendo rechaçar delitos futuros; por certo, assim, *ela* não será uma defesa individual e física, mas um *bem coletivo e moral*. É resposta à violação de um dever social mais conveniente a sua incolumidade.<sup>48</sup>

Desta forma, o parâmetro para escolher e graduar as penas úteis, justas e necessárias unicamente será voltado ao exame dos *impulsos criminais*, os motivos que determinam o ânimo dos indivíduos a cometerem os crimes. Tendo-se em conta o fim

---

<sup>46</sup> ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*. Traducción de Carmelo González Cortina y de Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1956, p. 08.

<sup>47</sup> 97. Di-lo-á firmemente: “¿preguntáis, pues, quién es, en el derecho penal, el ofensor? Os respondo: el futuro malvado. ¿Qué ‘mal’ causa o intenta? Amenaza con toda suerte de daños y de delitos. ¿Contra ‘quién’, o, mejor, cuál es la persona que está en peligro? La sociedad.” ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis...*, p. 113.

<sup>48</sup> A idéia precisa da função penal para **Romagnosi**, capaz de sintetizar sua doutrina, é exposta com veemência no “§ 333. – La idea más obvia de la *defensa* no ofrece otro concepto que el de una *guerra*.” ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis...*, p. 125.

solitário de *prevenção*, e não da *vingança*, para **Romagnosi**, a reação penal deveria somente direcionar-se às *causas* que produziram o delito, ou seja, considerar os *impulsos morais* que impelem ao crime.<sup>49</sup> Importante pensar que, com isto, impunha não simplesmente a *dimensão do dano* (tal qual o talião de **Kant**) como medida a esta resposta penal, pois sempre de caráter fortuito. Sabe que não poderia fazê-lo coerentemente ao seu edifício teórico.<sup>50</sup> Esta força que impele ao delito, para o autor italiano, surge como resultado do *desejo*, da *possibilidade* de satisfazê-lo e da *esperança* da impunidade.<sup>51</sup> *Força viva*, como as demais da natureza, as quais não se pode *medir* exatamente. É sobre estas ditas causas de *qualidade moral* que se deveriam voltar a reação de punir: “*por lo mismo sabemos que la esencia de la función penal consiste unicamente en un ‘contraimpulso moral’, [não unicamente psicológico] y nada más.*”<sup>52</sup> Em breve síntese: contrapor uma ameaça da *pena* que fosse análoga à índole presumida do desejo criminoso, e também que guardasse proporção com o grau de sua energia. Mas chegado ao ponto central, questiona-se: como se deve proceder à fixação da quantidade da pena? Sabido é que deve ser adequada à quantidade do impulso ofensivo, quer dizer, suficiente para frenar o grau de energia desta força. Logo, então, para conhecer os graus do impulso criminoso, é necessário ter noção da *força* que o compõe: a *potência moral do delito*.<sup>53</sup> Isto somente poderia ser verificado com um exame de

---

<sup>49</sup> ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis...*, pp. 184-186.

<sup>50</sup> Recolhemos o § 1331 da citada obra, como explanação clássica que afasta a tese geral sobre se a medida do dano pode ser tomada como norma para estabelecer as penas: “desde lo alto de un monte, de un hontanar de cerca de dos metros, descende un río, el cual de cuando en cuando inunda y hace estragos en tu jardín, que has plantado con un gasto de más de doscientos mil francos. El manancial de donde brota este río es un pequeño lago, que puede ser desaguado en otra parte, con pocos días de trabajo. Tú llamas a un experto para que sugiera la manera de prevenir esos desastres. ¿Qué hace él? Observa el monto del daño que has sufrido; piensa que se debe hacer encauzar la corriente por otra parte, y, una vez computado todo, te presenta un plano, cuya realización implica el gasto de cincuenta mil francos. Y sin embargo, con un gasto *muy pequeño*, deducido de la estructura del lago, de la amplitud de la boca y de la cantidad de la corriente, se puede obtener con seguridad el fin deseado, y obtenerlo de una manera segura y permanente. Ahora pregunto: Si tu experto se obstinara en deducir de la magnitud del *daño*, la magnitud de la *defensa*, ¿acaso no sería o un ignorante o un estafador? Aunque sea cierto que el daño es de más de doscientos mil francos, sin embargo también es cierto que, cerrando la abertura de dos metros, y abriendo otra igual, evitaré de manera definitiva este daño, y lo evitaré gastando sólo cien francos. Pero, ¿cómo llego a esa conclusión? Por el conocimiento de la *causa* y no del *efecto*; por el conocimiento del lago, del desaguadero, de su situación y de la posibilidad de desviar el agua.” ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis...*, p. 469.

<sup>51</sup> “Sin el *deseo*, falta el *motor único* de todo acto; sin la *esperanza* de tener éxito, no se procura ningún medio de ejecución; sin la *ilusión* de evitar la pena que *lo amenaza*, se renuncia a cualquier proyecto realizable.” ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis...*, p. 504.

<sup>52</sup> ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis...*, p. 512.

<sup>53</sup> Segue: “Por lo tanto, la medida del *impulso* es, en su origen primero, *idéntica* a la medida del *apetito* del acto prohibido. Por lo mismo, el *contraimpulso* debe ser, desde luego, proporcional a *todo* este *apetito directo*, y nada más.” ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis...*, pp. 531-532.

vertente empírica, ou seja, localizada caso-a-caso, estudando concretamente em cada sujeito o quanto necessário de pena se adequaria à situação.

**Romagnosi**, buscando um limite ao seu *contra-impulso* – pois sabia que não podia encontrá-lo meramente na dimensão danosa do resultado, que é sempre fortuita – ou seja, não se podia medir o *impulso criminal* conforme a extensão do resultado, abre espaço à verificação empírica para adequar sua base talional. Na altura do § 334 perguntar-se-á sobre a prevenção dos delitos: “¿como ‘prevenirlos’ si no os oponéis a sus ‘causas’? ¿Y como os opondréis a sus ‘causas’ sin obrar sobre el hombre ‘interior’ y sin contener sus impulsos criminosos?”<sup>54</sup> Sobre isto, assim escrevem **Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia**, desde Giulio Andrea **Belloni**, com rara clareza: “Romagnosi deixava em aberto a investigação da medida necessária em cada caso, já não de acordo com o que o delinqüente fez, mas sim com o que o delinqüente é. Por este caminho transitará o positivismo criminológico, provocando a decadência do pensamento e a redução do saber penal a mero discurso policial.”<sup>55</sup> Por ali trafegou o etiologia criminal mais rasteira que até hoje embrenha-se no pensamento penal. Indubitavelmente, escorregou seu arcabouço teórico – que sem sucesso tentou “legitimar limitando” o poder punitivo – para um “legitimação ilimitada” que não pôde evitar lançar mão e dar caminho livre aos dados empíricos para sustentar sua versão. “Para que punir o delito se podemos punir o delinqüente? Afinal não existe o crime, há o criminoso”: adágio que orientou permanentemente a compreensão positivista.<sup>56</sup> Porta escancarada, então; por aí adentrou e avançou a *defesa social* sem limites em seu maior grau.

6 – É sobre o valor *defesa social* que se camuflou e se atualiza reiteradamente, desde sempre, a idéia de “guerra suja” atinente ao discurso de *segurança pública*. A outrora chamada *ideologia de segurança nacional* de tempo ditatoriais, agora substituída por uma falaciosa *segurança cidadã*, nada mais fez que transferir e repontuar o poder das agências militares para as policiais, tudo isto legitimado pela

---

<sup>54</sup> ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis...*, p. 125.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 526.

<sup>56</sup> Dirá **Ferri**, autor que adequou o reducionismo biológico de Lombroso ao universo jurídico propriamente, que devemos nos ocupar do delinqüente, enquanto viola uma lei penal, que é apenas sintoma de anormalidade. A notícia do crime apenas reclama o exame do homem que o cometeu, visto este como mera expressão de sua personalidade (periculosidade) criminosa. Logicamente, a sanção deve adaptar-se ao delinqüente pelo crime por ele cometido. FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal – O Criminoso e o Crime*. Tradução do italiano em 1931 por Luiz de Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell, 2003, pp. 183-188.



*imagem bélica* do discurso punitivo.<sup>57</sup> Não é à toa o (quase) total descrédito dos discursos críticos de respeito à dignidade humana, a desvalorização das atitudes de limitação da violência punitiva e a larga apresentação destes comportamentos como mera convivência à delinquência. Basicamente, quando pautamos nosso exercício punitivo no confronto, na *pena* como mero mecanismo de *defesa da sociedade* contra aqueles que “nos” querem destruir – “*se c’è difesa, è perché c’è attacco, e se la difesa e l’attacco sono continui ci troviamo in presenza di una guerra*”<sup>58</sup> – nada nos resta se não a visão tacanha de legitimar a ação *eficaz* de “nossos soldados”. Na guerra se deve operar com eficácia, por óbvio, nada de atitudes polidas. E, desde uma fácil e vendável composição midiática, a “opinião pública” se move amplamente a criticar a fragilidade do embate contra a “marginália” (ou qualquer outro bode expiatório da ordem do dia...). Resultado? Nada diferente, a este método, do que a indiferença à qualquer limite.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos dizer, com pouca margem de erro talvez, que mais profícuo do que pensar na superação do direito penal por alguma maneira – acabando por esquecer que se está embarcando numa vã discussão, pois se trata de imaginarmos, primeiro modelos outros de sociedade e depois uma situação cuja realização dependerá de outros fatores, menos do poder discursivo jurídico-penal – o desafio maior implicado diga respeito a atuar no local onde se vivencia o direito penal: na fronteira, na *linha*, ou seja, diante do clássico problema acerca da *zona crítica da linha* que separa o *direito* da *política*. Dirá **Martins** desde **Heidegger**, “*que el reto implicado en el límite no es tanto el de su transgresión, sino, sobre todo, el de adecuarse a su propia ‘presencia’.*”<sup>59</sup> Nossa responsabilidade está, síntese, em refletir sobre este eterno questionamento e fugir de algum tom lírico no discurso penal manifesto na impotência de encontrar um fundamento racional à punição.

Tida alguma paciência, vemos que o exame desta problemática passa, vigorosamente, pelo trabalho com a categoria do *limite*; questão esta que extrapola os contornos do mero enunciado semântico. Propõe-se, neste sentido, uma “abertura” à

---

<sup>57</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita..., p. 386.

<sup>58</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita..., p. 389.

<sup>59</sup> MARTINS, Rui Cunha. *El Método de la Frontera: radiografía histórica de un dispositivo contemporáneo (matrizes ibéricas y americanas)*. Traducción de Manuel del Pino. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 157.

figura do *limite*. Falamos aqui, pois, de uma palavra, mas de enorme importância quando arriscamos a adentrar no nó conceitual desta *figura*. O *limite*, assim, para **Heidegger**, é aquilo a partir do qual algo começa a ser: “*la limite n’est pas ce où quelque chose cesse, mas bien, comme les Grecs l’avaient observé, ce à partir de quoi quelque chose ‘commence à être’.*”<sup>60</sup> *Limite* é aquilo que demarca, evidentemente, e o discurso científico para fundar-se como saber deve, pois, delimitar sua extensão, ou seja, seu âmbito de abrangência que, por consequência, irá debruçar seu poder. Dá-se assim com qualquer domínio científico. Sobre si, quer dizer, ante o mecanismo do *limite*, recai uma experiência de *ordenação* e de *diferenciação*. A fronteira foi dada ao ramo penal localizadamente quando se especificou o que seria *pena* (seu “objeto de domínio”): enquadrou-se o direito penal para delimitar seus contornos. Firmou-se o conjunto de forças, todavia como vimos, na sua função *positiva*, legitimando-a, conseqüentemente também o próprio *poder de punir*, fundamento último da *soberania* na idade média. Entretanto, basta a fixação do marco para pressupor, no momento posterior, a ultrapassagem/transgressão do *limite*, principalmente quando estamos tratando, no âmbito penal, com um campo de pulsões punitivas inerentes a qualquer momento histórico. Ao longo do tempo, ficamos perdidos, como atores jurídicos – arriscamos dizer –, na *vertigem* do conceito de ciência penal fundado na *evidência* da pena,<sup>61</sup> perdendo-se gradualmente a força do discurso jurídico limitador.

O discurso penal, suma, é um *discurso limite*, diria propriamente *sobre o(s) limite(s)*, fundamentalmente sobre suas interfaces com o *poder*, a *guerra* e a *política*. Desde nosso arrazoado, dotado de algumas propriedades que, dependendo do viés que se tome, poderá atuar com diferentes funções; nunca perdendo de vista a flexibilidade de *táticas* não universais em prol de uma *estratégia* clara de *limitação do poder punitivo*, na busca de salvar o maior número possível de vidas humanas. Sua operacionalidade varia a partir do ponto em que estamos, mas isto tendo em consideração sempre a redução de violências e evitação de sofrimentos. É uma *fronteira*, um local de passagem de um domínio ao outro, por isso tenso. A imagem da

---

<sup>60</sup> HEIDEGGER, Martin. Bâtir, Habiter, Penser. In: *Essais et Conférences*. HEIDEGGER, Martin. Paris: Gallimard, 1958, p. 183.

<sup>61</sup> A demarcação do saber, seguindo **Gil**, como exigência da própria inteligibilidade, funda-se em si mesma e torna-se um *fundamento* pela *vertigem da evidência*. GIL, Fernando. Evidência e demarcação. In: *Modos de Evidência*. Lisboa: INCM, 1998, pp. 397-407.

*porta* de **Simmel**<sup>62</sup> (ou o *dique* de **Zaffaroni**) vem bem a calhar. Menor importância tem a figura da *ponte* que está condenada a produzir ligação, enquanto a *porta* pode abrir-se e fechar-se por opção. Diferentemente da figura da *ponte* que tanto se pode vir de uma parte como ir a qualquer outra, ou a nenhuma, a *porta* pode articular-se, fechada ou aberta, dependendo do contexto em que se encontre.

O anseio, cremos, ao menos em algum grau, foi alcançado: pôr para circular fragmentos de discursos dispersos que acabam por formar uma série de “saberes libertos”. Pedacos de genealogias que descontinuamente formam *táticas* que se põem em jogo desde conteúdos que deixaram de ser subjugados. Ao final, todavia, não devemos desviar o olhar da tentação por unidade que podemos não tarde recair, ao sermos novamente cooptados por novas codificações de discursos *unos*. É o risco, como alerta **Foucault**,<sup>63</sup> que corre qualquer discurso minimamente comprometido com a crítica, profundo perigo a estes saberes “menores”. Enfim, com isto, também nos colocamos neste *limite crítico*, não obstante agora, em outro patamar, com um ganho incomensurável. A resposta não sabemos e o futuro estará aí para nos contradizer...

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 109.

BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. *In: Estudos de Direito*. BARRETO, Tobias. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 163-180.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRUNO, Mário. *Lacan e Deleuze: o trágico em duas faces do além do princípio do prazer*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

---

<sup>62</sup> SIMMEL, Georg. Pont et porte. *In: La Tragedie de la culture*. Traduit de l'allemand par Sabine Cornille et Philippe Ivernel. Paris: Editions Rivages, 1988, pp. 161-168.

<sup>63</sup> Firme é o questionamento do autor: “a partir do momento em que desprendemos assim fragmentos de genealogia, a partir do momento em que fazemos valer, em que pomos a circular essas espécies de elementos do saber que procurámos libertar, não se arriscam eles a ser novamente codificados, colonizados por esses discursos unitários que, depois de terem começado por desqualificá-los para em seguida os ignorar quanto reaparecem, talvez estejam agora prontos a anexá-los e a retomá-los no seu próprio discurso e nos seus próprios efeitos de saber e de poder?” FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade* – curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Editora Livros do Brasil, 2006, p. 26.

CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos fins e a Limitação do Poder Punitivo. In: *Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. CARVALHO, Salo de. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 03-28.

\_\_\_\_\_. *Pena e Garantias*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. In: *Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. CARVALHO, Salo de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et.al.. Madrid: Trotta, 1995.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal – O Criminosos e o Crime*. Tradução do italiano em 1931 por Luiz de Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell, 2003.

FOUCAULT, Michel. Poder e Saber. In: *Estratégias, poder-saber*. Organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, pp. 223-240.

\_\_\_\_\_. *É Preciso Defender a Sociedade – curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Editora Livros do Brasil, 2006.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere. In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, pp. 25-48.

GIL, Fernando. Evidência e demarcação. In: *Modos de Evidência*. Lisboa: INCM, 1998, pp. 397-407.

HEIDEGGER, Martin. Bâtir, Habiter, Penser. In: *Essais et Conférences*. HEIDEGGER, Martin. Paris: Gallimard, 1958, pp. 170-193.

KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras – Malleus Maleficarum*. Tradução de Paulo Fróes. 6. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

LISZT, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998.

MARAT, Jean-Paul. *Principios de la legislación penal*. Obra Publicada en Paris en 1790. Version Castellana con la reproducción por el fotograbado del retrato del autor, y una introducción con notas antropológicas y exposición de algunos tratados especialmente de los delitos contra las costumbres y de la prostitución por A. E. L. Abogado del Ilustre Colégio de esta Corte. Madrid: Librería de Gabriel Sánchez, Calle de Carretas, num. 21, 1891.

MARTINS, Rui Cunha. *El Método de la Frontera: radiografía histórica de un dispositivo contemporáneo (matrices ibéricas y americanas)*. Traducción de Manuel del Pino. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.

MERKL, A. *Teoria General del Derecho Administrativo*. México, 1980, p. 325.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*. Traducción de Carmelo González Cortina y de Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1956.

SIMMEL, Georg. Pont et porte. In: *La Tragedie de la culture*. Traduit de l'allemand par Sabine Cornille et Philippe Ivernel. Paris: Editions Rivages, 1988, pp. 161-168.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. In: *Le Ragioni del Galantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, pp. 383-395.

\_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal - Vol I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.