

**SOBRE A REPUBLICAÇÃO DE CRIMINOLOGIA CRÍTICA E
CRÍTICA DO DIREITO PENAL¹**

Eugenio Raúl Zaffaroni

Professor Emérito da Universidade de Buenos Aires.

Ilison Dias dos Santos

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Salamanca, Espanha.

A VALIDADE DA CRÍTICA.

Quando os livros italianos saem de circulação não são normalmente reimpressos, de modo que mesmo obras que podem ser consideradas clássicas, em poucos anos são impossíveis de serem acessadas no formato impresso. Felizmente, pelo menos em criminologia, houve duas importantes reimpressões: em 2018, *Carcere e fabbrica*, a famosa obra de Melossi e Pavarini, publicada em 1977 e não reimpressa desde 1979², e em 2019 a não menos famosa *Criminologia critica e critica del diritto penale*, de Alessandro Baratta, de 1982³.

A deslegitimação do discurso jurídico-penal por parte de Baratta, do ponto de vista da sociologia, avançada em seus devastadores artigos publicados em *La Questione*

1 Tradução: Tarsis Barreto Oliveira e Marco Anthony Steveson Villas Boas. Revisão da tradução: Edmundo Oliveira.

2 Dario Melossi – Massimo Pavarini, *Carcere e fabbrica, Alle origine del sistema penitenziario*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2018, com prólogo de Jonathan Simon e uma introdução de Dario Melossi (“*Carcere e fabbrica*” *quarant'anni dopo: penalità e critica dell'economia politica tra Marx e Foucault*); 1ª ed. 1977, 2ª ed. 1979.

3 Alessandro Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale, Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, a cura di Anna Simone, prefazione di Dario Melossi, postfazione di Stefano Anastasia, Meltemi, Milano, 2019; primera edición, Il Mulino, Bologna, 1982; edición castellana, traducción de Álvaro Bunstert, *Criminología crítica y crítica del derecho penal, Introducción a la sociología jurídico-penal*, México, Siglo XXI, 1986.

Criminale, em 1975⁴ e 1979⁵, e desenvolvida mais extensamente na obra-prima da sociologia do direito penal, agora republicada, mantém toda sua validade quatro décadas depois. De fato, a releitura desse texto provoca a mesma sensação de frescor crítico daqueles anos e, se alguma coisa deveria ser acrescentada, o próprio Baratta o fez quando criticou a teoria da prevenção integrativa, em 1984⁶. A partir da teoria sociológica e dos dados sociais, Baratta teve pleno êxito na demolição das teorias predominantes na dogmática jurídico-penal. Ele demonstra em suas pesquisas como a crise do modelo integrado de direito penal, política criminal e criminologia, típico de Franz Von Liszt (que não estava muito longe de Enrico Ferri), foi seguida por um modelo desintegrado que, apelando para o neokantismo, permitiu a subsistência de uma dogmática jurídica descompromissada ou seletiva de dados sociais.

Dessa forma, Baratta conseguiu desmontar os fundamentos sociológicos da dogmática jurídico-penal, mas não propôs uma nova dogmática, ou seja, não reconstruiu um novo modelo integrado de direito penal e criminologia, mas se dedicou a pensar uma nova integração da criminologia com a política criminal, repensando esta última do ponto de vista das classes subalternas⁷.

Embora ele tenha apelado à frase reiterada de Radbruch⁸, reconheceu que, desde que uma sociedade seja mais bem alcançada para substituir o direito penal por algo melhor que o direito penal, algo também precisava ser feito, mas ele não disse nesse trabalho o que deveria ser feito com o conhecimento jurídico-penal, ou seja, como reintegrar a dogmática jurídico-penal com a criminologia sociológica.

4 Alessandro Baratta, *Criminologia liberale e ideologia del la difesa sociale*, en *La Questione Criminale*, vol. 1, n. 1, 1975, pp. 7 y sgts., artigo que inaugura as primeiras páginas da primeira edição da mencionada revista italiana de criminologia crítica da Escola de Bolonha.

5 Alessandro Baratta, *Criminologia a dogmática penale. Passato e futuro del modelo integrato di scienza penalistica*, en *La Questione Criminale*, año V, mayo-agosto de 1979.

6 Alessandro Baratta, *La teoria della prevenzione integrazione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 5.

7 Cf. *Criminologia crítica*, 2019, cit., pp. 269 e seguintes.

8 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Koehler, 1956, p. 269.

I. ALESSANDO BARATA NÃO ELABOROU UM MODELO INTEGRADO DE CRIMINOLOGIA E DIREITO PENAL (DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL).

No entanto, ele não ignorou a necessidade dessa nova integração, mas simplesmente não se dedicou a ela, embora em algumas de suas obras ele tenha ao menos especificado seus princípios reconstrutivos limitadores⁹.

Em síntese: a Baratta poderia muito bem ser atribuída a condição de *demolidor de ruínas*, mas uma vez aberto o caminho, ele propôs (a) integrar a criminologia e a política criminal, repensando esta última da perspectiva das *classes subalternas*; (b) ele também reconheceu que *algo deve ser feito* até que essa transformação seja alcançada; (c) mas ele não propôs uma nova dogmática integrada que guiaria os operadores legais na transição para a *sociedade melhor* que ele imaginava.

A integração com a política criminal que ele ensaiou, ao omitir a especificação de uma nova integração com o direito penal, deixa a discussão nos planos sociológico e político, mas não a leva ao campo jurídico-penal, o que, dadas suas consequências quatro décadas depois, revela uma questão que permanece em aberto, de não pouca importância, a propósito.

Tenhamos em mente que a dogmática jurídico-penal é o método de um conhecimento prático, que teoriza o direito penal da forma mais racional possível, a fim de direcioná-lo aos operadores das agências jurídicas, com o objetivo de se tornar jurisprudência.

Uma vez demolida a construção dogmática dominante, se não for construída uma nova teoria do direito penal que incorpore dados sociais reais (da sociologia, embora não apenas dela), os operadores das agências jurídicas – e os próprios dogmáticos – ficam órfãos de orientação teórica, deixando-lhes apenas a possibilidade de continuar programando e decidindo de acordo com as teorias deslegitimadas, enquanto aguardam uma eventual mudança social profunda, cujo advento não depende deles.

2. INTEGRAÇÃO COM A POLÍTICA CRIMINAL.

Quanto à integração com a política criminal proposta por Baratta, deve-se notar que, em princípio, o conceito de *classes subalternas*, além de estar muito ligado à crítica marxista do capitalismo produtivo, não está adaptado à realidade atual do poder, no qual o mundo sofre os impulsos de um totalitarismo financeiro disfarçado com a máscara ideológica autodenominada *neoliberalismo*, em que a polarização *explorador-explorado* está sendo progressiva e rapidamente substituída pela do

9 Cfr. Baratta, A., *Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)*, en "Derecho Penal", Bs. As., 1987, pp. 623 y sgts.

incluído-excluído (ou descartado), como corresponde ao seu objetivo configurador de sociedades com 30% de incluídos e 70% de excluídos¹⁰.

Se o termo *classes subalternas* ainda é usado hoje, deveria ser reconhecido pelo menos que há décadas identificava pessoas diferentes e, portanto, seu conteúdo atual estaria bastante distante do tradicional. Ou seja, a ideia de *subalternidade* nesse campo mudou e não está agora limitada a classes sociais específicas, porque até mesmo a própria concepção de classe social mudou drasticamente ao incorporar distinções simbólicas como fatores determinantes da posição social, além do meramente econômico¹¹.

Por um lado, na atual conjuntura do poder mundial, o confronto político-criminal não se dá entre o controle social de uma sociedade de consumo confrontada com uma proposta igualitária dos desfavorecidos por aquela estrutura, mas entre a demagogia punitivista que procura expandir violentamente o poder punitivo (reforçando o sentimento vingativo dos próprios excluídos vitimados); por outro lado, uma contenção mais ou menos prudente e racional do exercício do poder punitivo.

Em síntese, a proposta de integração da criminologia com a política criminal formulada por Baratta perdeu muito de sua atualidade e, certamente, em nossos dias, a melhor fórmula para enfrentar o *pan-punitivismo* da demagogia dos monopólios da mídia dominada pelo totalitarismo financeiro das corporações transnacionais não parece ser a proposta de *algo melhor do que o direito penal*¹².

3. PODERIA TER DESENVOLTO UM MODELO INTEGRADO DE CRIMINOLOGIA E DIREITO PENAL?

Vale a pena perguntar se, com base nas pesquisas do Baratta, é possível desenvolver um modelo integrado de criminologia e direito penal. A resposta deve ser positiva, pois essa pesquisa, ao deslegitimar as teorizações dominantes, abre caminho para a construção de um novo modelo de integração.

Mas o obstáculo mais importante para a construção de um novo modelo integrado ao direito penal deriva do fato de que a obra de Baratta é, precisamente, uma sociologia do direito penal. Como bem observa Anna Simone na apresentação da nova edição, enquanto que com Renato Treves se consolidou na Itália a sociologia do direito¹³, com Baratta se consolidou a sociologia do direito penal em particular. Além disso, se o objetivo central do trabalho era a deslegitimação do

10 Cfr. Martin, Hans-Peter y Schumann, Harald, *Dir Globalisierungsfalle*, Hamburgo, 1996.

11 Pierre Bourdieu, *La distinction. Critique sociale du jugement*. Paris: Les Editions de Minuit, 1979, pp. 109 y sgts.

12 Sentido semelhante entrevê Melossi no *Prefazione* da nova edição.

13 Renato Treves, *Sociologia del diritto*, Einaudi, 1987.

discurso jurídico-penal baseado na sociologia, o trabalho de Baratta não poderia ser outra coisa senão uma sociologia do direito penal.

Não é fácil entender da Europa – e em geral do hemisfério Norte – a impossibilidade de reconstruir um modelo integrado de criminologia e direito penal a partir de uma sociologia pura de direito penal, pois a partir desse ponto de vista parece identificar-se a *sociologia do direito penal* com a sociologia do *poder punitivo*. Mas do ponto de vista do Sul, latinoamericano – e ousamos arriscar que também do ponto de vista da África subsaariana –, dadas as experiências punitivas sofridas, devemos considerar que estamos lidando com dois objetos diferentes, já que a sociologia do direito penal não esgota a sociologia de todo o exercício do poder punitivo, longe disso.

4. A SOCIOLOGIA DO DIREITO PENAL NÃO ESGOTA A SOCIOLOGIA DE TODO O PODER PUNITIVO.

Há trinta anos, propusemos uma reconstrução do modelo integrado de criminologia e direito penal. Fizemo-lo abandonando qualquer tentativa de legitimar o poder punitivo, considerando a punição como um fato político (um *factum* de poder)¹⁴, seguindo o velho Tobias Barreto, para relegitimar o direito penal apenas como um programa de redução ou limitação racional do exercício do poder punitivo, filtrando os mais altos graus de irracionalidade¹⁵.

Naquela época não percebemos com suficiente clareza que a sociologia do direito penal e a sociologia do poder punitivo eram duas coisas diferentes, ou seja, que a primeira não esgotava a segunda, e caímos na mesma identificação comum no hemisfério Norte. Esses ainda eram os anos próximos ao declínio das ditaduras de segurança nacional e à superação do consequente poder punitivo genocida proveniente dos Estados.

Dado que a maior fonte de medo era precisamente o poder punitivo do Estado, era lógico que relegitimássemos o direito penal atribuindo-lhe a tarefa fundamental de contenção racional do fenômeno punitivo, que nunca é totalmente racional, respondendo assim também ao abolicionismo de Hulsman e outros que, em suma, colocavam o mesmo problema: *é legítimo discutir o modelo de uma*

14 De Baratta tomamos a deslegitimação de todas as teorias da pena, que nos manuais penais atuais reproduzem Anton Bauer, desde 1830, muitas vezes sem nomeá-lo (ver a recenté tradução castelhana, Anton Bauer, *La teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del Derecho Penal*, EDIAR, Bs. As., 2019).

15 E. R. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989.

*sociedade futura, igualitária, sem poder punitivo etc., mas não devemos deixar de nos perguntar o que fazer aqui e agora*¹⁶.

Nesse sentido, apontamos um paralelo entre o direito penal e o direito internacional humanitário: seguindo Tobias Barreto¹⁷, enfatizamos que a guerra e o poder punitivo são dois atos de poder que, embora a lei não possa reprimir, deve fazer um esforço racional para reduzir seus danos.

Embora mantenhamos a ideia fundamental – e acreditemos que a experiência dessas três décadas a reconfirma – a realidade atual do poder planetário e o exercício do poder punitivo em nossa região nos impõem hoje uma retificação essencial para a melhor e mais completa construção da integração do direito penal com a criminologia.

Não acreditamos que estivéssemos errados ao considerar que o esforço para legitimar o poder punitivo – sempre irracional até certo ponto – era inútil para justificar o direito penal e tentar uma dogmática jurídico-penal reconstruída com o exercício do poder jurídico racional para conter o anterior, mas consideramos agora que o esquema deve ser melhorado para construir um modelo mais integrado, pois pelo menos no Sul o poder punitivo não se esgota com seu exercício pelo Estado, o que nos obriga a nutrir o conhecimento jurídico-penal também com dados sobre a existência e os efeitos dos exercícios de poder punitivo, total ou parcialmente não estatais.

Esses dados sobre a realidade do poder punitivo só podem ser apreendidos com um olhar interdisciplinar alimentado a partir de diversos campos do conhecimento acadêmico, mas também daquele que ainda não foi incorporado a ele, pois é o fruto do conhecimento proveniente de quinhentos anos de experiência de lutas e resistências de sobrevivência, certamente numerosos e eloquentes em nossa margem.

Deve-se notar que a referência ao Sul não é meramente geográfica, mas sociopolítica e econômica, pois é claro que há um Sul no Norte e um Norte no Sul, embora com dimensões e consequências diferentes.

Há clara necessidade de uma abertura epistemológica que exceda os limites metodológicos da criminologia e do direito penal, para promover uma aproximação com outros conhecimentos sociais e permitir uma melhor integração entre criminologia e direito penal, traduzida numa *sociologia de todo o poder punitivo*. O objetivo consiste em desvendar as ramificações empíricas do poder punitivo, já

16 Acrescentaríamos hoje que observações semelhantes merecem as chamadas *teorias absolutas da pena*, pois o Estado ético de Kant, assim como o Estado racional de Hegel não vão além de ordens sociais que não correspondem à realidade, mas são ideias sobre *como deve ser o Estado*, pois os Estados reais atuais não são o Estado ético kantiano ou o Estado racional hegeliano.

17 Tobias Barreto, *Obras Completas, V, Direito, Menores e loucos e fundamento do direito de punir*, 1926, Edição do Estado de Sergipe.

que o discurso puramente crítico das teorias tradicionais do direito penal, legitimando apenas o poder punitivo do Estado, não o faz completamente.

5. A IDEIA DE PLURALIDADE DE SISTEMAS PUNITIVOS.

Da crítica criminológica latinoamericana, Lola Aniyar de Castro observou a triplicação dos sistemas punitivos em nossas ditaduras, ou seja, além do exercício formal baseado no direito penal, eles estabeleceram um sistema paralelo (presos por ordem administrativa, por situações de exceção etc., ou seja, sem julgamento) e também outro sistema subterrâneo (desaparecimentos, execuções sem julgamento, tortura, sequestros, campos clandestinos etc.)¹⁸. Em qualquer caso, tratava-se de três sistemas punitivos diferentes e autônomos, mas impulsionados pelo Estado, o que também havia ocorrido em outros regimes genocidas, como o regime nazista¹⁹.

De outro modo, e sem conexão com o acima exposto, estava tomando forma o reconhecimento de sistemas jurídicos plurais no caso dos povos nativos, com seus respectivos sistemas punitivos, o que registra o neoconstitucionalismo latinoamericano nos chamados *Estados plurinacionais*.

Vemos então que, de duas maneiras diferentes, nos Estados policiais num caso, e nos Estados de direito plurinacionais noutro, verifica-se que em uma sociedade pode coexistir uma *pluralidade de sistemas punitivos*.

Se tivéssemos prestado mais atenção à história, a pluralidade de sistemas punitivos – especialmente no caso dos Estados plurinacionais – não teria nos surpreendido, já que nossa linguagem foi estabelecida com o *Fuero Juzgo*, obra legislativa destinada a uma sociedade com dois sistemas jurídicos e seus correspondentes sistemas punitivos²⁰.

6. SÃO ESTAS AS ÚNICAS PLURALIZAÇÕES DE SISTEMAS PUNITIVOS?

A pluralização dos sistemas punitivos recebeu recentemente uma importante contribuição teórica e empírica com a meticulosa pesquisa de Hernando Londoño

18 Cfr. Lola Aniyar de Castro – Rodrigo Codino, *Manual de Criminología Sociopolítica*, Buenos Aires, 2013, p. 96.

19 V. E. Raúl Zaffaroni, *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Valencia, 2017.

20 V. *Fuero Juzgo*, en latin y castellano, reunido com los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Madrid, 1815.

Berrío²¹, que a analisa no âmbito da situação bélica colombiana: ele penetra nos detalhes do que ocorreu em um município próximo à cidade de Medellín, onde o sistema punitivo formal foi alterado para o imposto pelos guerrilheiros quando ocuparam o município e, finalmente, para o imposto pelos paramilitares que deslocaram os guerrilheiros.

É óbvio que, enquanto o primeiro respondeu mais ou menos ao direito penal, o segundo e o terceiro não tiveram nada a ver com isso, pois eram sistemas criados por uma organização *contraestatal* e uma organização *paraestatal*, respectivamente. Embora este último fosse funcional ao poder hegemônico estatal, não era exercido como um poder punitivo formal, mas autônomo.

À luz dessa amostra de pluralização de sistemas penais, é apropriado que paremos para especificar o que entendemos como tal. Se entendermos o poder punitivo como aquele que é exercido intervindo em conflitos com punições e de forma sistemática (*institucionalizada*)²², ou seja, não de forma esporádica ou acidental, mas de forma organizada e com certa permanência no tempo, veremos que esses processos de violência punitiva são muitas vezes *institucionalizados* não apenas por agências estatais que operam mais ou menos de acordo com as leis, mas também por agências estatais autônomas que se desviam de todos os canais legais (polícias política e juridicamente sem controle); por órgãos *paraestatais* e de *justiceiros*; por associações criminosas de mercado ou organizadas; e por outras agências *contra-hegemônicas* ou *contraestatais* (de guerrilha e semelhantes). A isso poderia ser acrescentado o poder punitivo privado exercido por alguns grupos que exploram o trabalho escravo ou servil.

7. ESTADO, INSTITUIÇÕES E GRAU DE ESTATIZAÇÃO.

A sociologia mais clássica e tradicional reconhece que o Estado é uma forma de organização social que não é mais do que uma associação com características muito particulares. Entretanto, a sociologia também é frequentemente prejudicada pela afirmação de que *o Estado difere de todas as outras associações por ser o único investido com o poder máximo de coerção*²³.

A rigor, é muito mais preciso afirmar que o Estado aspira a exercer esse poder último de coerção, já que o grau em que o consegue dependerá sempre da

21 Hernando León Londoño Berrío, *Sistemas punitivos y derechos humanos. El caso de la Comuna 13 de Medellín – Colombia*, Bogotá, 2016.

22 Sobre a distinção do poder punitivo como modelo de decisão de conflitos e sua diferença com os modelos de solução, Zaffaroni, E. R., *La palabra de los muertos, Conferencias de criminología cautelar*, Bs. As., EDIAR, 2011, pp. 21 y sgts.

23 Cfr. R. M. Mac Iver – Charles H. Page, *Sociología*, Madrid, 1961, p. 478.

consolidação organizacional (*estatização*) que essa associação alcançou em cada sociedade.

Embora no mundo atual quase todas as sociedades tenham superado as etapas pré-estatais e estejam organizadas como Estados, o *grau de estatização* é diferente em cada sociedade. Um simples olhar sobre a realidade do mundo nos mostra que existem estados consolidados ou fortes e outros que são frágeis ou fracos, bem como que o nível de *estatização* varia com o tempo em cada sociedade. De uma perspectiva dinâmica, poderíamos falar de processos de avanço e de retrocesso da *estatização*.

Deve-se especificar que o grau de *estatização* não depende da aspiração de controle de um Estado, já que suas formas políticas (Estado de direito ou de polícia) são meras pretensões de controle, e não um exercício efetivo de controle: um Estado com uma aspiração totalitária pode corresponder a uma *fraca estatização*, porque, como *associação*, seu poder é contestado por outras *associações* (até o ponto de sofrer uma guerra civil). De outro modo, um Estado democrático de direito pode ter alcançado uma *forte estatização*, quando seu poder não é contestado em grande parte por outras *associações*.

A sociologia tradicional também define as instituições como as formas ou condições de procedimento estabelecidas que *caracterizam a atividade de um grupo*²⁴, ou seja, as instituições podem ser estatais ou não estatais. Quanto menor o grau de estatização em uma sociedade, mais outras associações estabelecerão suas próprias instituições e, em nosso caso, seus próprios sistemas punitivos.

8. O DEVER-SER CONSTITUCIONAL E O SER SOCIAL.

O grau de estatização é uma questão à qual a ciência política não presta muita atenção, pois se concentra preferencialmente no sistema de ideias ao qual a aspiração ou pretensão do Estado responde (de direito, de polícia, democrática, totalitária etc.), enquanto o jurista, do ponto de vista de o dever ser constitucional, não pode deixar de perceber uma estatização fraca ou debilitada como um caos, e naturalmente está inclinado a considerar que se trata de situações anômalas, bélicas ou semibélicas, acerca das quais, em razão de sua natureza conjuntural, não vale a pena deter-se, expulsando-as assim também de seu horizonte epistemológico.

Entretanto, pelo que Boaventura de Sousa Santos chama de *epistemologia do Sul*²⁵, não é possível deixar de observar que os diferentes graus de *fraca estatização* na América Latina provocam uma *pluralização de sistemas punitivos* – a qual,

24 R. M. Mac Iver - Charles H. Page, op. cit., p. 10.

25 Boaventura de Sousa Santos, *Justicia entre saberes: Epistemologías del Sur contra el epistemicidio*, Madrid, 2017, pp. 159 y sgts.

em algumas ocasiões, está longe de ser conjuntural e passageira –, mas que se *institucionalizam* e variam dinamicamente com o tempo. Isso pode ser visto no fato de que nossos sistemas punitivos formais aboliram a pena de morte e mesmo assim esta ainda reina, imposta por exercícios de poder punitivo de sistemas estatais autônomos ou por outros sistemas diretamente não estatais.

Diante da necessidade de aperfeiçoar um novo modelo integrado de criminologia e direito penal (dogmática jurídico-penal) adequado à realidade do exercício do poder punitivo na região, devemos não apenas deixar de lado a perspectiva limitada apenas ao *dever-ser constitucional*, mas também construir uma dogmática jurídico-penal que leve em conta os dados sobre a *pluralidade de sistemas punitivos realmente existentes em cada sociedade* e os conflitos particulares que isso gera, ou seja, nesse sentido, é necessário transcender o trabalho anterior da sociologia pura do direito penal (a deslegitimação discursiva) e incluir todo o exercício do poder punitivo em nossas sociedades.

Trata-se de tornar visível a *dinâmica invisível* dos exercícios plurais de poder punitivo e, dessa forma, incorporar ao campo de análise e construção do novo modelo integrado às experiências que até agora não tinham sido incorporadas à crítica limitada do discurso jurídico-penal.

9. A DINÂMICA DA ESTATIZAÇÃO.

Embora a *estatização* dos Estados do Norte também reconheça diferentes graus, a tendência geral com relação ao poder punitivo é de consolidação e consequente unidade do sistema. Nesses estados, a contenção jurídica institucional mantém o exercício do poder punitivo bastante monopolizado pelo sistema punitivo estatal, impedindo sua expansão (de acordo com o programa de um direito penal de contenção levado a efeito pelo correspondente exercício do poder jurídico). Desse modo, evita-se que a deterioração dos Estados de Direito se agrave ainda mais, o que – juntamente com uma distribuição mais equitativa da renda – evita o caos social nos países onde as corporações financeiras estão sediadas.

O totalitarismo financeiro mundial tenta, como os *bons pais de família* hipócritas, manter a ordem em casa e jogar suas aventuras longe, o que não impede que eventualmente – como também há algo do Sul no Norte – às vezes sejam institucionalizados sistemas punitivos independentes do Estado (a *máfia siciliana*, a *camorra napolitana*, o *Ku Klux Klan* norte-americano).

No Sul, pelo contrário, o totalitarismo financeiro procura enfraquecer os Estados, para os quais promove a fragilidade da contenção jurídica de seus sistemas punitivos, pois é funcional – e talvez indispensável – para o *colonialismo tardio* que realiza por meio do endividamento internacional que impõe ajustes orçamentários (a cobrança de impostos é destinada ao pagamento do serviço da dívida) com grave retrocesso da *cidadania real* e consequente conflito e exclusão social.

Nossos países estão sendo dominados pelos agentes do totalitarismo financeiro – legitimado ou disfarçado sob a máscara ideológica autodenominada *neoliberalismo* – promovendo o caos e a violência em nossas sociedades. Nada melhor para esse propósito do que encorajar ou permitir a pluralização dos sistemas punitivos mediante o enfraquecimento do poder jurídico estatal de contenção.

Nos cenários do Norte ainda é possível pensar na reconstrução de um modelo integrado de criminologia e direito penal (dogmática) baseado numa sociologia limitada quase exclusivamente ao poder punitivo legitimado pelo direito penal tradicional, mas com o crescente enfraquecimento da *estatização* em nossas sociedades do Sul, a sociologia do direito penal cobriria apenas a de um sistema punitivo e deixaria de fora os outros, mesmo os mais letais, bem como o conflito gerado pela pluralização.

10. O IMPULSO LATENTE PARA A PLURALIZAÇÃO DE SISTEMAS PUNITIVOS.

Não é muito difícil provocar o enfraquecimento do controle legal da contenção estatal. Qualquer grupo humano que se organiza como uma associação requer certo grau de exercício de poder, pelo menos o poder disciplinar interno. Nas associações que buscam disciplinar as pessoas de fora, gera-se uma rígida verticalidade corporativa interna e, à medida que a pretensão disciplinar externa aumenta e se institucionaliza, ela se torna um verdadeiro sistema punitivo. Pode-se afirmar que o impulso para erguer o próprio sistema punitivo está latente em muitos grupos humanos associados que se consolidam.

Esse fenômeno é claramente observado nas associações que são comumente individualizadas com a denominação enganosa de *crime organizado*²⁵, como também nas próprias agências do Estado quando escapam do controle jurídico: a *autonomização* que ocorre nesses casos nada mais é do que uma forma de *associação* criada pelo próprio pessoal do Estado. Ainda mais necessária é a institucionalização de um sistema punitivo nas associações *contraestatais* que fingem ou vêm a exercer certo controle territorial, uma vez que sua permanência no tempo dependerá disso.

O impulso associativo permanece forte em praticamente todas as agências policiais estaduais, que não podem desenvolver seus próprios sistemas punitivos enquanto houver em estados fortes um poder jurídico de controle efetivo (operadores judiciais e controles políticos, parlamentares etc.) que impeça sua *autonomização*.

Mas no caso de fraqueza ou fragilidade institucional no exercício do poder jurídico de contenção, o impulso passa à ação, e as agências policiais se tornam associações autônomas que consolidam seus próprios sistemas punitivos. A existência desse impulso potencial é verificada nos próprios estados fortes, quando

esporadicamente se apresentam casos isolados dos chamados *abusos policiais* ou as cada vez mais frequentes atividades ilícitas dos serviços de inteligência.

II. A PASSAGEM AO ATO: AS DIFERENTES SUPOSIÇÕES DE PLURALIZAÇÃO.

Basta que o Estado enfraqueça ou suprima o controle jurídico de seu sistema punitivo para provocar a pluralização dos sistemas, apontada por Lola Aniyar de Castro, sem a necessidade de um regime ditatorial ou de uma situação de violência política, e muito menos bélica.

Mas mesmo no caso das ditaduras, não se pode evitar que a pluralização dos sistemas punitivos implique certo grau de caos, pois mesmo neles não é possível coordenar verticalmente as agências autônomas. Exemplos são os conflitos entre as agências genocidas do nazismo, ou no caso da ditadura argentina, em que cada força militar em função policial escondeu informações das outras e até fez desaparecer pessoas contra as decisões das outras.

Isso porque o poder jurídico de contenção neutraliza os impulsos autônomos de todas as agências, mas quando enfraquecido ou suprimido, cada uma delas começa a operar autonomamente e tenta obter para si o máximo de poder possível, competindo com as outras por espaços de poder punitivo e também de arrecadação fiscal, o que as cúpulas do poder político não podem evitar, embora às vezes seja disfuncional e, em casos extremos, sejam obrigadas a suprimir violentamente algumas delas (como a SA na noite dos *Lange Messer* nazistas).

Quando o controle jurídico do Estado se torna muito fraco, e a situação leva a uma guerra civil, podem ser exercidos poderes punitivos por grupos associados que são completamente autônomos, ou seja, não são agências estatais, mas agências paraestatais, como no caso dos paramilitares colombianos, além dos sistemas penais organizados por associações *contraestatais*. Mesmo quando não surge uma situação de guerra, não é raro que surjam associações *parapoliciais* ou *justiceiros* que, se atingem certo nível de permanência, institucionalizam também sistemas punitivos.

Mas em situações não necessariamente bélicas, as agências estatais autônomas não se limitam a estabelecer sistemas punitivos, institucionalizam também sistemas autônomos de cobrança de impostos que, até certo ponto, podem ser funcionais ao controle social hegemônico, já que implicam economia orçamentária (compensa salários mais baixos, por exemplo), mas noutro sentido são disfuncionais, já que em muitos casos colocam o pessoal da agência em contato estreito – e também participativo – com atividades ilícitas (jogo proibido, prostituição etc.), e em casos mais graves com organizações fortes da anteriormente mencionada delinquência do mercado (oferta e demanda de serviços ilícitos, como distribuição de tóxicos, tráfico de armas, de pessoas etc.).

Também não é raro que a própria delinquência de mercado tome a forma de associações ilícitas estáveis que institucionalizam seus próprios sistemas de coleta ao lado de sistemas punitivos autônomos, cobrando por serviços de proteção e semelhantes. Como as associações *contraestatais*, sua sobrevivência depende de sua força organizacional e, portanto, a institucionalização de seu sistema punitivo é indispensável para elas.

Quando, fora de qualquer contexto bélico, o enfraquecimento do Estado atinge os limites da falência e, conseqüentemente, da aguda fragilidade institucional, a progressiva incapacidade do poder jurídico de contenção pode levar a população a ser submetida a uma pluralidade de sistemas criminosos (agências autônomas e organizações criminosas de mercado com vínculos horizontais com os anteriores), suscetíveis de provocar perda parcial do controle territorial do Estado e, em geral, de dar origem a situações de caos e altos níveis de violência.

12. RUMO A UM NOVO MODELO INTEGRADO: O OBJETIVO POLÍTICO DA DOGMÁTICA JURÍDICA.

Um modelo em nossa região que aspire a integrar a sociologia do poder punitivo (e não apenas a do direito penal) com a dogmática jurídico-penal deve ser construído de acordo com as características e os graus de *estatização* alcançados em cada país (ou o grau de *desestatização* que o afeta). Trata-se de integrar a sociologia do poder punitivo ao direito penal, a fim de programar o que o poder jurídico deve fazer em cada caso, de acordo com o grau de estatização da respectiva sociedade.

De acordo com o objetivo indicado pelo próprio direito positivo da mais alta hierarquia normativa (Constituições e direito internacional dos direitos humanos), a dogmática deve programar sistematicamente decisões que promovam a unidade do sistema punitivo nas mãos do Estado com o correspondente forte controle jurídico limitador de suas agências executivas.

A dogmática deve reunir os dados da realidade social do exercício do poder punitivo em cada sociedade, a fim de programar o controle legal com esses objetivos, de acordo com as exigências das diferentes estruturas reais, que configuram um espectro ou uma gama de situações em cujos extremos encontramos sociedades com Estados (a) que conservam um grau mais ou menos elevado de controle legal sobre o exercício do poder punitivo, a outros em que seus Estados; (b) deterioraram seriamente esse poder, e o pluralismo dos sistemas punitivos se espalhou em diferentes graus, que podem ser instalados por suas próprias agências descontroladas, por associações *paraestatais* funcionais ao poder político hegemônico, por associações criminosas de criminalidade de mercado (o chamado *organized crime*), ou por associações *contraestatais* de insurgência política.

13. A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EM ESTADOS QUE CONSERVAM O PODER JURÍDICO DE CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO.

Em situações em que a estatização não se deteriorou gravemente, o sistema punitivo geralmente ainda está nas mãos do Estado, e o controle jurídico-penal sobre ele mantém certo grau de validade, a tarefa da dogmática jurídica será a de conter os impulsos autônomos das próprias agências estatais e manter à distância possíveis e incipientes tendências associacionistas.

Nessa linha, é fundamental que a dogmática priorize o controle das agências estatais, impondo o maior respeito possível às garantias e limites penais e processuais, cuja regressão é geralmente o primeiro sintoma de pluralização punitiva, uma vez que abre caminho para o impulso autônomo das agências.

Em épocas em que se viola o direito ao desenvolvimento, devido a ajustes orçamentários, regressão industrial, redução do produto, recessão, desemprego e consequente aumento da pobreza, multiplicam-se os conflitos sociais e, a partir da cúpula dos governos, há certa tendência a ampliar a arbitrariedade policial, o que condiciona a autonomização e consequente pluralização dos sistemas punitivos e a cobrança autônoma de impostos.

Nesses casos, a dogmática deve deslegitimar as iniciativas *punitivistas* das próprias autoridades do Estado, que, por seu limitado poder político, defendem um punho de ferro, promovendo a autonomização das agências estatais, incentivando e encobrendo abusos, maus-tratos, tortura, execuções sem julgamento, disseminação de armas, presunções ilógicas de legítima defesa etc.

Sem cair em responsabilidade objetiva, a dogmática deverá aperfeiçoar seus instrumentos no que diz respeito à responsabilidade das chamadas *cadeias de comando* dos responsáveis pela gestão e controle das agências executivas do Estado, em particular quando as condutas ilegais ocorram de forma sistemática, ou seja, quando não se trate de atos isolados ou eventuais.

As omissões de denúncia e de investigação, a violação do dever de cuidado dos responsáveis políticos ou dos comandantes inferiores, são muitas vezes casos verdadeiros de homicídio (culposos ou dolosos), dependendo das ordens dadas e do grau de organização da respectiva agência. Embora as ordens para exercer o poder administrativo de coerção direta possam ser objetivamente razoáveis, não o são quando a força de segurança carece de um mínimo de treinamento e ordem interna, sabendo os comandantes que ela se tornou praticamente uma horda cuja intervenção pode levar a qualquer violência criminal.

Em suma, nos Estados que conservam um alto grau de poder jurídico de contenção, o programa de contenção dos impulsos autônomos das agências deve ter como eixo central a limitação da arbitrariedade policial e a aplicação efetiva das garantias penais e processuais.

14. A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EM ESTADOS COM PODER JURÍDICO ENFRAQUECIDO.

Sociedades com marcada *desestatização* e consequente enfraquecimento do controle jurídico do poder punitivo e pluralização de sistemas apresentam quadros muito diferentes, que devem ser diagnosticados em cada caso.

Em linhas gerais, o primeiro problema a ser considerado pela dogmática jurídico-penal são as situações conflitantes dos habitantes, sujeitos a múltiplos poderes punitivos, especialmente quando este fenômeno gera novas e particulares situações de justificação e exculpação.

Os sistemas punitivos das agências estatais não confinadas e de associações paraestatais e não estatais de criminalidade de mercado frequentemente revertem para formas pré-modernas de poder punitivo, dando lugar a atrocidades contra mulheres e crianças, o que deveria dar origem à maior culpabilidade por causa da indefensabilidade das vítimas e do conteúdo de gênero das agressões.

Deve-se ter em mente que a vitimização pelos diferentes sistemas punitivos é sempre altamente seletiva, pois eles exercem uma criminalização secundária sobre certas pessoas, que varia de acordo com o sistema em questão.

Assim, as agências autônomas de um Estado podem direcionar sua seleção criminalizadora contra ladrões comuns, jovens desempregados, imigrantes, transexuais etc., enquanto *paramilitares* como os *paramilitares colombianos* visavam aos *simpatizantes da guerrilha*, que, por sua vez, visavam aos simpatizantes do poder estatal. As associações ilícitas da criminalidade de mercado muitas vezes entram em entendimento com agências policiais estatais autônomas e até mesmo cooperam com os *paramilitares*. Em qualquer caso, não são incomuns estupros e abusos sexuais.

Na pluralização de sistemas penais, cada um deles é gerenciado seletivamente de acordo com seus próprios estereótipos negativos, e as regras do *labeling approach* funcionam de acordo com eles, o que significa que as características estruturais de qualquer exercício de poder punitivo permanecem em pleno vigor, embora geralmente com violência e brutalidade típicas dos sistemas pré-modernos.

A dogmática penal não pode ignorar as suposições de necessidade, legítima defesa, exercício de direitos e situações de exculpação que esas seletividades geram nas populações sobre as quais esses sistemas exercem seu particular poder punitivo.

Do ponto de vista do direito penal, aqueles que fazem parte de agências *paraestatais*, *contraestatais* e *extraestatais* que exercem o poder punitivo e a cobrança de impostos, executam condutas típicas. Mas no tratamento penal das pessoas que participam dessas atividades, a dogmática deverá distinguir cuidadosamente os organizadores e hierarquias dos meros militantes, e estes últimos das pessoas

forçadas a essas condutas por necessidade (fome, escassez elementar) ou coerção (recrutamento forçado).

A pluralização de sistemas penais e o conflito entre eles podem gerar situações paradoxais, como a investigação de crimes cometidos por um deles sendo investigado por outro, geralmente por agências estatais autônomas, utilizando procedimentos igualmente brutais e ilícitos (sequestros, torturas etc.).

Quando a contradição entre os diferentes exercícios de poder punitivo se deve ao fato de que a estatização caiu a seu nível mais baixo, gerando uma situação bélica, devem ser feitos esforços para assegurar que pelo menos as agências estatais – e, nesses casos, as forças armadas – não estejam encarregadas de julgar as ações de seus próprios membros. A competência jurisdicional dos próprios participantes (supostas jurisdições militares e policiais) deve ser extremamente limitada e controlada.

As múltiplas formas que a pluralização dos sistemas punitivos pode assumir em cada sociedade tornam impossível estabelecer regras de validade universal, mas é claro que nossa dogmática regional deve dar atenção especial aos problemas da tipicidade objetiva e de justificação e exculpação.

Por um lado, é inevitável que os autores de crimes de enorme gravidade tentem alegar situações de necessidade e ampliar circunstâncias exoneradoras de acordo com as regras de *neutralização de valores*²⁶; por outro, que na realidade existam situações factuais de necessidade, legítima defesa, e até de inimputabilidade por pânico, na população sujeita a uma contradição de sistemas punitivos ou com respeito a pessoas forçadas a participarem de atividades ilícitas, tudo isso podendo gerar formas de participação complexas, voluntárias e involuntárias, muitas vezes paradoxais.

15. OS LIMITES DO PODER DE CONTROLE JURÍDICO.

A dogmática jurídico-penal é um discurso e tem o poder de qualquer discurso, mas é dirigida a juízes que muitas vezes estão limitados em seu poder jurídico. Às vezes, por medo de serem *linchados* pela mídia concentrada a serviço do totalitarismo financeiro e de seus agentes locais, concretizados no risco de serem demitidos, mas em outros casos são ameaçados em suas vidas e na integridade física ou de suas famílias.

Basta lembrar o episódio da apreensão do Palácio da Justiça em Bogotá para verificar até que ponto pode chegar a represália contra juízes, sem mencionar as inúmeras outras vítimas judiciais de nossa história regional não tão distante.

26 Sykes, G. – Matza, D., *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*, in “American Sociological Review”, 22 (6), (1957) 664-670.

Portanto, é óbvio que em sociedades nas quais o nível de estatização se tornou muito fraco, e a pluralização dos sistemas punitivos explodiu completamente, especialmente quando atingiu um nível bélico, o poder real dos operadores do sistema jurídico se encontrará extremamente enfraquecido.

Nesse limite, se a dogmática jurídica não quiser se perder em abstração, deverá reconhecer que os próprios operadores jurídicos estão sujeitos a um estado de necessidade que pode ao menos ser exculpante, mas que de modo algum é admissível que implique impunidade por participação omissiva e ocultação dolosa de crimes contra a humanidade.

Aqui surge outra questão que a dogmática jurídico-penal deverá analisar com extremo cuidado: embora nada justifique ou exculpe a ocultação judicial de crimes atroz, não se trata de exigir condutas heroicas, como também não se trata de legitimar formas dolosas de participação ou ocultação. Qualquer que seja a situação concreta, os juízes também terão de ser julgados quando a estatização atingir um nível adequado, e aqui também a dogmática deverá orientar aqueles que devem julgar.

É bastante claro que essas incumbências da dogmática jurídico-penal em nossa região não são as mesmas que em geral devem enfrentar a dogmática do Norte. A razão não é intradogmática, mas *geopolítica*, devido ao enfraquecimento do controle legal do poder punitivo em nossos Estados, que é funcional para sustentar e aprofundar a situação de subjugação de nossos países e a consequente afetação de nosso direito humano ao desenvolvimento progressivo.

Estes são efeitos de difícil percepção a partir de uma sociologia limitada à deslegitimação do discurso jurídico-penal tradicional; somente a partir de uma sociologia da totalidade do poder punitivo (que inclui seu exercício fora dos Estados enfraquecidos) permitirá sua incorporação em um novo modelo integrado de criminologia e dogmática jurídico-penal.

Recebido em: 30/04/2021
Aprovado em: 05/05/2021

