

## DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA SOCIOLOGICA: INTEGRAÇÃO E DESINTEGRAÇÃO<sup>1</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni

Professor Emérito da Universidade de Buenos Aires

### A CIÊNCIA PENAL COMO ANOMALIA JURÍDICA.

Em geral, cada ramo do Direito reconhece as funções de suas respectivas sanções, sem maiores discordâncias entre seus profissionais, que podem divergir sobre seu bom ou mau uso, mas não sobre a *natureza e função* delas.

Mas entre os penalistas não há acordo sobre isso. Nenhuma outra matéria jurídica ostenta uma gama de opiniões a respeito da função de sua sanção como nossa tabela de *teorias da pena*<sup>2</sup>; portanto, é hora de reconhecer que se trata de uma anomalia jurídica.

Sabemos que o exercício do poder punitivo serve para algo, e, se deixarmos de lado os livros, sentiremos suas consequências muito diferentes e múltiplas, impossíveis de serem reconhecidas em sua totalidade. Algumas vezes é possível perceber que, em certos conflitos, desempenha alguma das funções teorizadas na tabela de teorias da pena, mas noutras seria absurdo atribuir-lhe a mesma tarefa.

Cada penalista parte do que acredita que deveria ser a função e o objeto ou finalidade da pena e, de acordo com essa escolha subjetiva, justifica e legitima certa medida do exercício do poder punitivo. Cada penalista diz: *a pena deve cumprir essa função; portanto, eu a legitimo à medida que é feita, e construo minha teoria jurídica (sistema) a partir dessa premissa.*

Assim, dependendo do que se acredita a este respeito, pode-se elaborar uma doutrina penal que legitima o poder punitivo quase ilimitadamente (penalistas *horripilantes*), que o limita em grande medida (penalistas *garantistas*) ou que vagueia no meio (penalistas *indecisos*). Quem se atrever a entrar nessa selva ficará perplexo com uma discussão eterna entre os três, muitas vezes veemente e agressiva.

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

2 O quadro, reiterado com ligeiras variações até o presente, foi exposto, em 1830, por Anton Bauer, *La teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del Derecho Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2019.

O drama da ciência jurídico-penal é o de que seus sistemas interpretativos da lei não são uma *art pour l'art*, pois se dirigem aos operadores jurídicos, aspirando a transformá-los em sentenças que permitam o poder punitivo, que não é exercido na sociedade da forma que cada criminoso imagina que deveria ser, mas na forma que os dados sociais mostram, cumprindo funções que muitas vezes nem sequer suspeitamos. Em qualquer caso, a ciência jurídico-penal não deixa de cumprir sua *função prática*, surte efeitos sobre os operadores jurídicos e, entre eles, os de boa-fé ficam perplexos, enquanto os de má-fé escolhem o sistema mais conveniente para manipular a habilitação do poder punitivo de forma arbitrária.

Para piorar a situação, a *criminologia midiática*<sup>3</sup>, por meio de sua criação de uma *realidade falsa, mas única na região*<sup>4</sup>, expande invulgarmente uma função que em alguns casos cumpre o poder punitivo: a *canalização da vingança*<sup>5</sup>.

De acordo com a ideia linear de tempo de nossa civilização, é impossível eliminar a vingança<sup>6</sup>. Mas esse impulso vingativo que o poder punitivo canaliza – e que é civilizacionalmente normal em casos de crimes aberrantes – a criminologia midiática, pela *invenção de uma ideia nebulosa do delinquente como sempre um assassino e estuprador*, cria uma categoria aplicável a todos aqueles sujeitos ao poder punitivo. De acordo com essa realidade midiática, na prisão só haveria assassinos e estupradores; além disso, todos aqueles vitimizados pela polícia latino-americana (execuções sem julgamento) também seriam apenas aqueles psicopatas.

Como a vingança é irracional, admiti-la em uma civilização que se *presume racional*<sup>7</sup> é vergonhoso. É por isso que as teorias ordenadas por Bauer, em 1830, também, a partir dessa perspectiva, são todas *tentativas de esconder* a vingança por meio de fins supostamente racionais. Trata-se de uma neurose *civilizadora* que provoca uma reação

3 Sobre este conceito, nosso livro. La palabra de los muertos, EDIAR, Bs. As., 2011, pp.365 y ss.

4 Em toda a região, a cidadania é manipulada pelos monopólios da mídia, de acordo com o atual totalitarismo financeiro transnacional, que funcionalmente suplanta os partidos políticos, atuando como partidos únicos.

5 Sobre esta função, é importante o desenvolvimento em René Girard, *La violence et le sacré*, Grasset, París, 1972.

6 Em civilizações com tempo circular, ondulante ou pontual, seria possível, mas na nossa é impossível conceber que o que ocorreu não tenha acontecido. Nietzsche em *Also sprach Zarathustra* diz muito claramente: quando Zarathustra se liberta, ele o faz a partir do tempo linear e, portanto, da vingança, que é contra o tempo. Esta é a grande dificuldade que o abolicionismo normalmente não leva em conta.

7 Na realidade, nossa civilização tende a lidar com um conceito meramente funcional de razão, que tem pouco em comum com as concepções mais metafísicas.

análoga à rejeição do inconsciente freudiano: *somos racionais*, ainda que saibamos que não somos.

A *criminologia midiática*, ao difundir a *fakenews* do poder punitivo reservado a assassinos e estupradores, também tenta ocultar a vingança, embora sua ambivalência seja tão neurótica quanto à de um exibicionista tímido. Para ocultar seu apelo excessivo à vingança, atribuí ao poder punitivo um *efeito dissuasivo supostamente nu*, diferente de todas as demais coerções jurídicas.

É óbvio que toda coerção jurídica cumpre uma função dissuasiva na formação da sociedade, mas sempre por meio dos objetivos específicos de suas sanções; assim, a coerção civil nos dissuade de violar um contrato, mas por uma sanção comum à função reparadora, ao contrário da dissuasão do poder punitivo, que se destina a ser *destituído* de qualquer outra função.

A versão *völkisch-populachera* midiática, para esconder modestamente seu descarado apelo à vingança, toma por certo o efeito dissuasivo das penas em crimes muito graves, quando é evidente que precisamente nesses casos não o tem, pois os crimes mais horripilantes são os mais próximos dos comportamentos psicopáticos e, portanto, são aqueles sobre os quais há menos possibilidade de dissuasão pela coerção jurídica<sup>8</sup>.

## LEGITIMIZAÇÕES DE ACORDO COM O IMAGINÁRIO SOCIAL PENALISTA.

A *fantasia penalista*, empenhada em imaginar como deve ser o poder punitivo, traduz-se num imaginário social muito rico, que existe há quase um milênio de esforços que, como tudo o que é humano, tem limites e, portanto, não pode evitar cair em repetições.

A criatividade dos penalistas foi dividida em duas grandes correntes principais, por meio das quais eles imaginaram como o poder punitivo deveria ser, e, portanto, seus respectivos limites: (a) alguns imaginavam que deveria cair sobre seres *mais ou menos iguais e livres*, como *retribuição* pelos danos causados pelo mau uso de sua liberdade; (b) enquanto para outros, cairia sobre seres *humanos inferiores e determinados ao mal*, para neutralizar possíveis males futuros.

A primeira corrente imaginativa foi subdividida entre aqueles que acabaram imaginando que o poder punitivo *deveria ser a compensação* pela violação de um *contrato social* metafórico e os que, sabendo que os seres livres são *determináveis*, imaginaram

8 O suposto efeito dissuasor sobre delitos muito graves é inventado de acordo comum à antropologia aberrante, a qual fantasia que um assassino em série ou qualquer outro próximo da psicopatia, antes de cometer seus crimes, consulta o código penal como se fosse uma lista de preços. Essa é uma versão extrema do *homo economicus*, que faz fronteira com o ridículo.

que o poder punitivo deveria ter essa função. É claro que todos os tipos de combinações surgiram entre os dois<sup>9</sup>.

Os primeiros imaginaram o *dever-ser do poder punitivo* sobre bases metafísicas. Eles começaram por acreditar que deveria ser uma *retribuição* pela *expição* do pecado, para passar para o campo secular como *reparação* pela violação do contrato social metafórico. Essa linha se iniciou com os *glosadores* e *pós-glosadores*<sup>10</sup> e atingiu seu ponto mais alto com a crítica kantiana<sup>11</sup>.

Os segundos partiram do empirismo e imaginaram um poder punitivo com a função prática de *determinar seres determináveis*, de acordo com punições e recompensas, em busca da maior felicidade de todos. Sua expressão mais pura foi o *pragmatismo de Bentham*<sup>12</sup>.

A segunda corrente principal (b), que imagina um poder punitivo destinado a ser exercido sobre seres inferiores, reconhece *bases românticas*<sup>13</sup>, subdividindo-se entre idealistas e falsos empiricos.

Os *idealistas* classificaram os seres humanos em *livres* e *não livres*, reservando a pena para estes últimos, como Hegel<sup>14</sup>, ou imaginaram que o poder punitivo deveria cumprir uma função de melhoria moral com respeito àqueles que estavam atrasados no processo universal da fraternidade cósmica, como os Krausistas<sup>15</sup>.

---

9 Isso se deve ao fato de que no Iluminismo convergiram ambas as correntes, quais sejam, a metafísica e a empírica.

10 Isto é o que se conhece como *recepção do direito romano*. Esses primeiros penalistas trabalharam a partir dos *Libris terribilis* do Digesto, mas também foram influenciados pela filosofia grega.

11 Dentro do *criticismo*, Feuerbach se afastou de Kant com sua teoria da coerção psíquica ou psicológica, resultado de seu diferente fundamento da separação entre moral e direito.

12 Influenciou o pensamento pós-revolucionário francês e o código de Napoleão.

13 Entendemos por tal o pensamento que, a partir de certa intuição ou visão geral, busca princípios infinitos.

14 O hegelianismo penal limita a pena àqueles que atingem a autoconsciência; aos demais, nega a capacidade de agir com relevância jurídica (colonizados, inimputáveis, multirreincidentes etc.).

15 Dá lugar à teoria *correccionalista* ou de *melhoramento* (*Besserungstheorie*) de Röder, que foi acolhida na Espanha (por exemplo, Concepción Arenal) e com a qual debateu Carrara, que por motivos cronológicos nunca discutiu com os positivistas.

Os chamados *empiristas*<sup>16</sup> inventaram uma *etiologia criminal devido à inferioridade biológica* e se concentraram no *perigo*<sup>17</sup> de futuros males causados pelos inferiores, que o poder punitivo deveria neutralizar ou eliminar, para evitar a contaminação do pecado (mulheres estruturalmente inferiores para os *demonólogos*<sup>18</sup>); para eliminar as células infecciosas não evoluídas do organismo social (*criminosos natos e colonizados* para os *positivistas* do século XIX)<sup>19</sup> ou para preservar a pureza da raça ariana superior, evitando sua involução (*arianos degenerados*<sup>20</sup> para os nazistas)<sup>21</sup>.

## O QUE ESTÁ EM QUESTÃO QUANDO SE DISCUTE A LEGITIMIDADE DO PODER PUNITIVO?

*Quais são todas essas criações imaginárias da fantasia penalista que levam todos a acreditar que o exercício do poder punitivo deve servir a fins diferentes? Cada um desses produtos da imaginação toma a forma de uma imagem da sociedade (imaginário social) que, se for coerente, exige um projeto estatal que o configure, em outras palavras, em última análise, os penalistas estão discutindo modelos do Estado.*

Dependendo se o penalista assumir a *atitude subjetiva* de ser *horripilante* ou *garantista*, ele legitimará mais ou menos o exercício do poder punitivo e, portanto, também a sociedade e o modelo de Estado que o configura compatível com o maior ou menor escopo de exercício desse poder. É claro que essa discussão corresponde ao núcleo mais central de qualquer discussão política, um assunto sobre o qual é impossível chegar a um consenso geral.

Mas, além disso, os discursos legitimadores do poder punitivo parecem ser baseados em alucinações ou devaneios, porque, pelo menos no caso dos penalistas garantistas, eles tendem a imaginar um modelo de estado do qual deduzem a função da pena, mas tomam o estado imaginado como existente, ou seja, a legitimação é

16 O empirismo dos positivistas era falso, pois ninguém pode provar o organismo social, muito menos as ridículas afirmações de Spencer e seu racismo antropológico.

17 Devido à *periculosidade*, são punidos possíveis crimes futuros, não cometidos ou mesmo pensados, enquanto que o crime realmente cometido tem apenas valor sintomático.

18 A bruxaria implicava um pacto com Satanás, que só poderia ser consagrado por seres humanos inferiores em fé, moral e inteligência, que seriam as mulheres.

19 Os *criminosos natos* tinham para Lombroso características *mongoloides* ou *africanoides*.

20 O poder punitivo nazista foi reservado para os arianos. Judeus e ciganos foram eliminados sob a lei da polícia administrativa.

21 A *degeneração* foi um conceito proveniente da psiquiatria de Morel, aplicado – entre outros – aos mestiços, o qual foi mantido até o início do século 20 pela escola psiquiátrica de Argel. Na América Latina, a *degeneração* de mulatos e mestiços foi apoiada na criminologia biológica, expressamente por Raimundo Nina Rodrigues, considerado o fundador da criminologia brasileira.

baseada numa *alucinação*. No caso dos penalistas *horripilantes*, eles geralmente optam por reconhecer que o estado existente ou postulado não é o ideal, mas transitório, o que permitiria a passagem para o estado futuro ideal, ou seja, um *devaneio*<sup>22</sup>.

Apesar de toda essa discussão ser parte do núcleo da questão política, a ciência jurídico-penal não parece estar consciente de sua natureza. Contribuem para escondê-la os *indecisos*, que tendem a escolher vários fins da gama de teorias da pena, para combiná-los – ou empilhá-los –, como se da acumulação de erros pudesse surgir a verdade<sup>23</sup>, assim como os *incoerentes*, de curta capacidade imaginativa, que os impede de levá-la até o fim. Estas e outras contradições acabam por criar um *barulho ideológico* ensurdecedor.

Certamente, não há dúvida de que os estudiosos do direito constitucional e político estão no mesmo patamar, mas *a diferença está no fato de que eles sabem disso* e, portanto, se encarregam do material que manuseiam, mas quem olha para a ciência penal e se mostra com o *quadro das teorias da pena* como algo limitado a ela oculta-se estar imerso no tema central da discussão política e, portanto, ao mesmo tempo em que o *ruído ideológico* o atordoia, ele não compreende a natureza da questão que está vivenciando.

## A CRIMINOLOGIA ETIOLÓGICA E A CIÊNCIA PENAL.

A variável da segunda grande corrente do imaginário social penalista (b), ou seja, as reivindicações empíricas que legitimavam o poder punitivo na suposta necessidade de *neutralizar* os males futuros dos inferiores (*periculosidade*), foi inaugurada pelos *demonólogos misóginos* (*primeira criminologia etiológica*)<sup>24</sup>, mas em sua variável evolutiva (inferiores por não evoluírem) renasceu, na segunda metade do século XIX, não

---

22 Seja a *Cidade de Deus*, uma vez derrotados os associados de Satanás, o estado racial puro dos arianos germânicos, uma vez eliminados os degenerados, o *comunismo* após a ditadura do proletariado, o *derramamento de riqueza* após a concentração etc.

23 Esta observação sobre as chamadas *teorias mistas* ou *combinatórias* é formulada por Anton Bauer em *op. cit.* Deve-se notar também que a combinação de teorias permite a arbitrariedade, já que permite aos juízes colherem a mais conveniente para uma pena maior ou menor.

24 A explicação para a inferioridade genética da mulher era absurda e inusitada: ela seria inferior porque vinha de uma costela curva no peito do homem, e assim contrastava com a retidão do peito dele.

contra as mulheres<sup>25</sup>, mas contra os europeus marginalizados do sistema produtivo<sup>26</sup> e os colonizados<sup>27</sup>.

Esta *segunda demonologia* foi admitida nas academias, no começo com o nome de *antropologia criminal*, porque foi enquadrada na antropologia colonialista racista (Spencer)<sup>28</sup> que, com pretensão de ciência natural, empírica e *evolucionista*, queria explicar o delito como a *manifestação de seres humanos biologicamente inferiores e perigosos*, semelhantes aos *selvagens* colonizados. Depois foi renomeada como criminalologia e por último *criminologia*<sup>29</sup>, sendo como tal reconhecida academicamente e cultivada por *médicos* em estreita ligação com a *polícia*<sup>30</sup>, que a repararam nos casos mais graves e patológicos de criminosos patibulares (o *criminoso nato*)<sup>31</sup>, o que até agora facilita a *fakenews* midiática de prisões cheias de assassinos e estupradores. Diante da evidência de que nem todos os prisioneiros eram *criminosos natos*, incorporaram-se então a categoria de ocasionais e alguns dados sociais isolados como *causas do delito*<sup>32</sup>.

Essa nova demonologia foi integrada com a chamada versão *positivista* da ciência jurídico-penal *periculosista* e legitimou o poder punitivo policial em sociedades

25 Cabe esclarecer que Lombroso ainda considerava as mulheres inferiores, cuja baixa incidência no aprisionamento ele atribuía à prostituição, considerada por ele um *equivalente feminino do delito*.

26 O processo de acumulação original foi precedido por um deslocamento maciço da população para as cidades, em que o incipiente capital produtivo ainda não estava em condições de incorporar toda aquela massa que permanecia como marginal nas cidades europeias.

27 Os demonólogos não tinham de justificar o colonialismo, porque o colonialismo originário era legitimado com argumentos teocráticos, mas o neocolonialismo o fazia com racismo, ou seja, com falsos argumentos científicos.

28 Como esses discursos foram baseados na teoria da evolução das espécies, este racismo é conhecido como *darwinismo social*, mas Darwin não chegou a estes extremos, seu teórico era o engenheiro ferroviário britânico Herbert Spencer.

29 Este é o título do livro de Rafael Garofalo, que sintetiza os argumentos mais racistas e degradantes da dignidade humana de toda a criminologia etiológica, já que ele considerava que a luta contra o crime é uma guerra, e que os povos colonizados são equivalentes aos criminosos natos.

30 A corporação médica, desde o século XVI com Wier, tentou hegemonizar o discurso penal, mas foi no século XIX, quando o controle policial, importado das colônias para as metrópoles, adquiriu poder. À polícia faltava o discurso que os médicos detinham, embora estes não tivessem poder. Formou-se então um acordo entre ambas as corporações, e os médicos forenses assumiram o discurso criminológico.

31 Uma vez chamados de *loucos morais* (*moral insanity*) por Pritchard, hoje seriam chamados de *psicopatas*.

32 Sob a influência de Ferri, Lombroso publicou um livro sobre as causas sociais do delito, com algumas afirmações absurdas sobre nossa região.

altamente estratificadas, tanto metropolitanas<sup>33</sup> quanto neocolonizadas<sup>34</sup>, sob o rótulo de *defesa social*<sup>35</sup>, expressão que evoca *guerra e inimigo*<sup>36</sup>.

A função *leucocitária de defesa social* atribuída ao poder punitivo consistiria em neutralizar os *germes patogênicos do organismo social*<sup>37</sup> e em legitimar o neocolonialismo<sup>38</sup>. Ao reivindicar um fundamento empírico, considerou a discussão política dos penalistas anteriores<sup>39</sup> como uma etapa *pré-científica superada*<sup>40</sup>.

Os *demonólogos* haviam integrado o conhecimento penal com a *criminologia biológica* como a *etiologia do mal* (inferioridade da mulher) em um sistema que incluía as

---

33 As sociedades europeias estavam há muito preocupadas com as *classes perigosas*, tanto que, em 1838, o Colegio de Francia realizou uma competição sob esse nome, dez anos antes de Marx e Engels se referirem às *classes* no *Manifesto*. A competição foi vencida por um comissariado de Paris: Frégier.

34 Em nossas sociedades, o positivismo no final do século XIX serviu não apenas para legitimar o poder policial, mas também o próprio regime de nossas *repúblicas oligárquicas* que o adotaram como ideologia oficial e o difundiram por meio de nossas universidades, em que foi dominante por muito tempo até meados do século passado. Assim, foi a filosofia oficial do *porfiriato* mexicano, do *patriciado* peruano, da *República Velha* brasileira, da *oligarquia das vacas* argentina etc.

35 A ideia de *defesa social* teve origem em Romagnosi e foi seguida por Carmignani, mas foi retomada por Ferri. Após seu declínio, foi promovida uma *nova defesa social* como uma política criminal, bastante confusa.

36 Há alguns anos, um artigo de Günther Jakobs, referindo-se ao *direito penal do inimigo*, provocou um escândalo e deu origem a uma extensa bibliografia, quando, de fato, no direito penal sempre houve *inimigos*, apenas esta terminología não foi usada, de modo que, se o professor de Bonn tivesse usado outros termos para dizer a mesma coisa, provavelmente não teria provocado nenhuma controvérsia.

37 Os excepcionalmente inferiores *criminosos* natos metropolitanos (*atávicos* parecidos com os colonizados) foram confinados em prisões, o que faz pensar que as colônias, por conterem seres igualmente inferiores, eram na realidade prisões imensas.

38 As colônias eram territórios estrangeiros ocupados pela polícia, ou seja, imensos *campos de concentração e de trabalho forçado para inferiores biológicos não evoluídos*, enquanto os *criminosos natos europeus* eram *atávicos*, ou seja, *regressivos*, voltando à condição racial dos colonizados.

39 A discussão política iniciada no século XVIII era um discurso funcional para a burguesia em sua luta contra a nobreza, mas quando a burguesia se instalou no poder e começou a exercer a repressão, este discurso tornou-se disfuncional e, por essa razão, abraçou o controle e a vigilância policial dos marginalizados, trazendo das colônias a técnica de ocupação policial do território.

40 Ferri considerou que todos eles correspondiam a uma etapa *metafísica* que, segundo Comte, era anterior à científica positivista representada por ele, razão pela qual inventou uma *escola clássica* que nunca existiu e à qual relegou na mesma bolsa todos os penalistas anteriores, ignorando suas diferentes ideologias (aristotélicas, contratualistas, críticos, hegelianos, krausistas, pragmáticos etc.).

manifestações (pacto com Satanás, bruxaria), o método para investigá-lo (tortura), a política criminal (castidade) e a solução neutralizante (purificação pelo fogo)<sup>41</sup>. Os positivistas do século XIX e grande parte do século XX também integraram sua *etiologia criminológica do delito* (inferioridade dos estereótipos), num sistema que englobava os sinais de perigos à inferioridade biológica (crime e *má vida*<sup>42</sup>), o método para detectá-la (vigilância policial), a política criminal (moralidade pública) e a neutralização (*ressocialização*<sup>43</sup> ou eliminação<sup>44</sup>).

No modelo positivista integrado, a criminologia etiológica era dominada pelos médicos, e a ciência jurídica era tributária de seus ensinamentos (a *periculosidade* era diagnosticada pelos médicos)<sup>45</sup>, esta última ciência estava subordinada ao conhecimento médico; a criminologia etiológica ameaçava *engolir* o direito penal<sup>46</sup>.

Um *modelo positivista integrado, mas mais moderado*, atribuiu à ciência jurídico-penal a função de conter o poder policial, como um limite à política criminal de erradicação do delito a qualquer preço, o que teria levado a um estado policial<sup>47</sup>. De toda forma, a

41 A articulação mais completa desse sistema integrado de criminologia etiológica e ciência penal inquisitorial foi exposta em um livro tardio, mas que reúne toda a experiência anterior; que é o *Malleus Maleficarum* ou *Martillo de las brujas*, de Sprenger y Krämer, embora na realidade pareça que Krämer o escreveu quase na sua totalidade.

42 Como o crime cometido tinha apenas valor sintomático, ao seu lado poderia haver outros sintomas de *periculosidade pré-delitual* (*periculosidade sem delito*), incluindo a *vida ruim*, uma espécie de acumulação de tudo o que a polícia considerava perigoso. Por isso, apareceram as leis de *periculosidade sem delito* e, no final, foi projetado um código penal sem parte especial (*projeto Krylenko* para a Rússia soviética).

43 Isso foi reservado aos delinquentes que eles consideravam como ocasionais.

44 Em todos os tempos, os crimes graves foram puníveis com a morte, mas o problema eram os multirreincidentes e reincidentes, chamados de *habituais*, que nunca cometeram um delito grave. Países colonialistas, como a Grã-Bretanha e a França, enviaram-nos para as colônias como punição de *relegação* na forma de prevenção especial negativa (Austrália, Ilha do Diabo), entre nós foi praticada a incorporação forçada ao exército (o poema acional argentino *Martin Fierro*), ambas racionalizadas posteriormente pelo positivismo policial como *medidas de segurança para delinquentes habituais*.

45 Os *diagnósticos criminológicos* estavam a cargo de gabinetes dirigidos por médicos.

46 Foi a tese sustentada por Pedro García Dorado Montero, professor de Salamanca, com seu *direito protetor dos criminosos*.

47 Era a variável alemã do positivismo, encabeçada por Franz Von Liszt.

verdadeira ciência continuou sendo a criminologia etiológica, já que a doutrina penal era um *saber prático*<sup>48</sup>, destinado apenas a impedir o transbordamento do poder policial<sup>49</sup>.

## UMA CIÊNCIA PENAL INDEPENDENTE E ÚTIL PARA QUALQUER MODELO DE ESTADO?

Dado que no final do século XIX a ciência jurídico-penal estava dividida entre a *discussão política* aberta, imaginando modelos de estado (racionalismo metafísico do século XVIII), e a negação de seu caráter científico, subordinando-a ao conhecimento médico (*positivismo periculoso* do século XIX), ela se propôs a fugir dessa opção. Para fugir da primeira alternativa, ela se proclamou como uma ciência *politicamente asséptica*; para fugir da segunda, ela se identificou como uma *ciência da cultura, impermeável a qualquer dado contaminante proveniente de qualquer ciência natural*.

Essa construção foi obra do *neokantismo jurídico-penal*<sup>50</sup>, baseado em uma teoria do conhecimento que separa radicalmente as ciências *naturais* das ciências *culturais*<sup>51</sup>. As ciências naturais seriam empíricas e regidas pela verificação; as ciências culturais ou do espírito, ao contrário, lidariam com o mundo da liberdade, e não seria possível conhecer seus objetos sem um prévio ordenamento.

O direito pertence a estas últimas e o que poria ordem em seus objetos seriam *valores*, sem os quais, embora outros entes possam existir, por não estarem *ordenados por valores*, o conhecimento não pode acessá-los<sup>52</sup>, de modo que o valor determinaria os limites epistemológicos da ciência jurídica.

---

48 Contrastava com Karl Binding, que sustentava uma teoria dos imperativos, legitimando as normas pelo simples fato de emanar do Estado.

49 Respondia aos tempos de Guilherme II, quando o império interveio economicamente e concedeu alguns benefícios à classe trabalhadora, a fim de deter o avanço do socialismo e não cair no estado policial. O confronto com Binding se deu porque este último teorizava nos tempos de Bismarck, ou seja, da unidade alemã. Este confronto era – em suma – de modelos estatais na Alemanha. Embora muitas vezes seja considerado análogo ao *classicismo* e *positivismo* inventado por Ferri na Itália, era completamente diferente.

50 É o chamado *neokantismo sudoeste* ou de Baden, de Windelband e Rickert, que, dos dois caminhos deixados em aberto pela crítica de Kant (*razão pura* e *razão prática*), optou pelo segundo.

51 Essa separação das ciências veio de Wilhelm Dilthey.

52 Argumenta-se que não se trata de um idealismo porque não nega a realidade dos entes, mas naquela seleção que determina a possibilidade do conhecimento, embora o conhecimento não crie o objeto, não pode esconder certo grau de *criação* ou, pelo menos de *negação*, deixando-o fora do conhecimento; seria sempre uma criação da realidade, se não por ação, pelo menos por supressão.

Essa teoria do conhecimento tem duas consequências importantes: por um lado, dados sociais *não ordenados por valores* não têm lugar na ciência jurídico-penal; por outro, não é relevante a pergunta de *quem impõe valores*, pois a resposta seria um *dado verificável*, próprio de uma ciência natural, portanto, também não tem lugar em uma *ciência cultural* como a ciência jurídico-penal.

Como os *valores* podem corresponder a qualquer forma de estado<sup>53</sup>, a ciência penal seria uma *lógica normativa* destinada a dar *completude* (*não contradição interna*) a um sistema de interpretação dos entes que o valor havia ordenado, deixando fora de seu horizonte de projeção todos os dados sociais *não ordenados por valores*.

Embora essa metodologia *desintegre* o sistema no qual o positivismo integrou a criminologia etiológica, não deixa de integrá-lo de uma forma diferente, pois esta criminologia está *subordinada* à ciência jurídico-penal, como conhecimento auxiliar<sup>54</sup>.

Com efeito: para o neokantismo, a ciência jurídico-penal indica à criminologia etiológica quais são as condutas cujas causas esta última deveria explicar<sup>55</sup>. Assim, a criminologia etiológica passa de hegemônica a subordinada, mas sem maiores alterações, exceto por algum matiz *multifatorial*<sup>56</sup>.

## O AVANÇO DA SOCIOLOGIA.

Enquanto a *sociologia criminal* era o nome dado aos poucos dados sociais que compunham as supostas *causas sociais do crime* com as quais o positivismo havia borrifado sua criminologia biológica, integrada como princípio orientador da ciência jurídico-penal, a *sociologia geral* se desenvolveu nas últimas décadas do século XIX

53 O neokantismo penal deu origem a construções liberais, como as de Gustav Radbruch e Max Ernst Mayer, mas também a um desenvolvimento adequado à legislação nazista, como as de Edmund Mezger e Wilhelm Sauer, entre muitas outras de seu tempo (a este respeito, nossa *Doutrina Penal Nazista. A dogmática penal alemã entre 1933 y 1945*, Tirant lo Blanch, Petrópolis, 2019).

54 Esta foi a forma pela qual por muitos anos foi ensinada a criminologia na América Latina.

55 Tratava-se de uma criminologia etiológica que continuou a ser ensinada nas faculdades de direito; podemos dizer que foi a *criminologia de esquina da faculdade de direito*. De acordo com suposições neokantianas, há uma contradição nesta nova integração, já que uma ciência *cultural* define os limites epistemológicos de uma ciência *natural*.

56 Foram acrescentados novos conceitos biológicos, como os decorrentes dos primeiros tempos da endocrinologia, com as biotipologias de Ernst Kretschmer, Nicola Pende e outros.

com independência desta última. Além disso, a versão *funcionalista* da sociologia geral desmentiu a ideia de absoluta *nocividade social* do delito da criminologia positivista<sup>57</sup>.

As contribuições dos pais fundadores da sociologia geral (Weber, Durkheim, Simmel, Tarde) tiveram um impacto na ciência jurídica em geral, encerrada no *formalismo dogmático*, incluindo o próprio Jhering, o arquiteto da moderna formulação do método dogmático<sup>58</sup>. Dessa forma, a sociologia geral deu origem à sociologia jurídica, preferencialmente cultivada por privatistas ou publicistas<sup>59</sup> e centrada no direito como *fenômeno social*, sendo recepcionada metodologicamente pela ciência jurídica, até gerar a chamada *escola do direito livre*<sup>60</sup> e o realismo jurídico americano<sup>61</sup>. Mas sem alcançar posições tão radicais, entre a metodologia e a *sociologia* jurídicas houve um crescente intercâmbio de contribuições<sup>62</sup>.

Nesse processo, é novamente detectada a *anomalia da ciência jurídico-penal*, uma vez que os sociólogos jurídicos não se concentraram muito no poder punitivo ou no direito penal. Tanto a sociologia jurídica quanto as teorias gerais do direito sempre perceberam certa *anomalia* na questão criminal, que muitas vezes se manifestava, até mesmo apontando que alguns expressamente a excluíam de suas teorizações<sup>63</sup>.

Quando no final da Primeira Guerra Mundial, a primazia da sociologia geral passou para os Estados Unidos<sup>64</sup>, na Universidade de Chicago foram encorajadas a sociologia

---

57 Émile Durkheim defendeu a *normalidade* do delito, afirmando que em qualquer sociedade é necessária uma quantidade *normal* de crime, que serviria à função de reforçar a coesão social, cujo declínio excessivo não seria um sinal social positivo.

58 Rudolf Von Jhering sistematizou as regras da moderna dogmática jurídica em analogia com o método da química e distinguiu a antijuridicidade da culpabilidade no campo do direito privado. O ponto de virada veio em seus trabalhos sobre o *fim do direito* e o *direito como luta*.

59 Seus antecedentes podem remontar-se ao romantismo jurídico de Savigny e, posteriormente, de Kirchmann.

60 É a escola de H. Kantorowicz.

61 Especialmente o realismo jurídico norte-americano, com Holmes e Pound.

62 O confronto entre *formalismo* e *antiformalismo* foi o grande debate jurídico e sociológico do século XX, com Kantorowicz, Ehrlich, Gierrke, Holmes, Pound, Geny, Hauriou, Duguit, Gurvitch e outros do lado *antiformalista*; Kelsen do lado jurídico e Max Weber do lado sociológico, do outro.

63 Assim, os teóricos do *trialismo* normalmente não se referem ao direito penal e alguns dizem expressamente que ele não pode ser usado nessa área.

64 No final da primeira guerra (1914-1918), a Europa foi devastada, e com um sentimento geral de pessimismo e decadência, seus grandes mestres fundadores haviam morrido, a sociologia começou a se desenvolver principalmente nos Estados Unidos, e haviam emergido incômodos da guerra, vivido os *loucos anos 20* e recebido fluxos migratórios que foram selecionados por cotas com critérios racistas. O crescimento acelerado das cidades incentivou o interesse sociológico.

urbana e a preocupação com o crime, embora sempre num sentido etiológico, mas totalmente livre do lastro biológico do positivismo racista<sup>65</sup>.

Sempre que a suposta etiologia deixa de ser biológica e passa a ser *sociológica*, logo se revela que, ao excluir o exercício do poder punitivo de causas sociais, ela cai numa falsa etiologia social, que se torna inegável ao colocar-se em evidência sua notória arbitrariedade seletiva.

Assim, a primeira criminologia etiológica (*demonologia*) foi discursivamente esmiuçada<sup>66</sup> por Friedrich Spee, quando ele se afastou da discussão sobre a existência de bruxas, para analisar a forma como o poder punitivo inquisitorial era exercido, revelando quem o exercia e os crimes graves que cometeram<sup>67</sup>. Pela primeira vez fica claro que os encarregados de reprimir o crime eram os maiores criminosos.

O proceso foi reiterado no século XX, quando a criminologia *etiológica* se tornou *sociológica*, tornando cada vez mais notório que, da exclusão epistemológica do poder punitivo, resultou uma *falsa etiologia*, até que sua incidência foi inegável<sup>68</sup>, o que acabou provocando uma *mudança de paradigma*, em que o objeto principal não era mais as *causas do crime centradas no delinqüente* – que não era mais considerado um ser inferior e diferente –, para centrar-se no poder punitivo, com a chamada *criminologia da reação social*<sup>69</sup>.

65 Nessa linha, destacaram-se as contribuições de William I. Thomas e, sobretudo, a *ecologia urbana* de Robert Ezra Park e Ernest W. Burgess, na chamada primeira escola de Chicago.

66 Embora o trabalho de Spee (*Cautio criminalis*) não tenha demolido o poder acadêmico dos demonólogos, foi o predecessor mais forte de Christian Thomasius, que finalmente o anulou setenta anos depois, inaugurando o iluminismo alemão.

67 Spee demonstra a responsabilidade dos teóricos da teologia, dos príncipes, a corrupção dos inquisidores, a perversão sexual dos verdugos, o objetivo reprodutor da tortura, a crueldade sádica dos juizes, a alquimia valorativa, a cumplicidade dos confessores embriagados, para concluir que com essa seleção qualquer um seria considerado bruxo e comparando esse exercício de poder punitivo com os crimes de Nero queimando cristãos.

68 Por exemplo, a sinalização da intervenção punitiva como geradora de desvios secundários de conduta, condicionando futuras carreiras criminosas, de Edwin L. Lemert

69 É uma denominação genérica que não reflete corretamente o alcance dessa criminologia, pois não se trata de uma reação, mas uma interação permanente. Essa criminologia se difundiu na América Latina por meio da obra de dois criminólogos venezuelanas, Rosa del Olmo e Lola Aniyar de Castro, entre outros autores (Roberto Bergalli, Juarez Cirino dos Santos etc.).

Essa criminologia foi dividida entre uma corrente chamada *liberal* e outra *radical*. A primeira foi alimentada pelo *interacionismo simbólico*<sup>70</sup> e pela *fenomenologia*<sup>71</sup> e foi necessariamente crítica do poder punitivo, especialmente com a teoria do etiquetamento (*labelling approach*)<sup>72</sup> que destacou – entre outras coisas – sua *seletividade estrutural*, de acordo com estereótipos e a função reprodutora das prisões<sup>73</sup>.

A segunda – *radical* – foi preferencialmente orientada pelo marxismo não institucionalizado (*Escola de Frankfurt*)<sup>74</sup>, opondo-se à chamada liberal por não se estender ao poder social ao qual o poder punitivo é funcional, de modo que, a partir de uma *crítica criminológica*, passou a uma crítica macrossocial. O resultado foi uma grande impotência para propor reformas, dado que pouco poderia ser feito antes de uma profunda mudança *macrossocial*.

Em qualquer caso, a sociologia geral não marxista, incluindo a sociologia tradicional<sup>75</sup> e, mais ainda, a crítica *liberal* e o *labelling* demoliram os fundamentos da ideologia de que era portadora a dogmática jurídico-penal e desmentiram completamente os princípios da igualdade e da legalidade, a ideia do direito penal do ato, a pretensa tutela igualitária dos bens jurídicos etc.<sup>76</sup>.

Assim, há quatro ou cinco décadas, tanto a ciência jurídico-penal quanto a criminologia crítica se encontravam num beco sem saída. A primeira era incompatível com o saber sociológico – mesmo o mais tradicional –, e, sentindo-se ameaçada, refugiou-se no neokantismo que, ao excluir arbitrariamente os dados sociais, preservou seus falsos fundamentos ideológicos e apenas aperfeiçoou sua completude lógica (sem contradição interna). Na calçada oposta circulava uma sociologia que havia transitado do etiológico à reação social e, dentro dela, da versão liberal à radical, mas que, tendo atingido esse limite, dedicava-se a combater o capitalismo das sociedades de consumo,

70 Essa corrente também é chamada de behaviorismo social, enunciada por George Herbert Mead, posteriormente desenvolvida como *dramaturgia* social por Erwin Goffman. Na criminologia destacam-se as obras de Howard S. Becker e outros.

71 Especialmente a chamada etnometodologia, mas muito importante é o trabalho da sociologia fenomenológica de Berger e Luckmann.

72 É o resultado da teoria dos papéis na dramaturgia social interacionista, segundo a qual cada um de nós acaba sendo, em certa medida, como outros nos veem, e de acordó com os papéis que eles exigem de nós.

73 A crítica de Erwin Goffman ao total das instituições foi um marco para as prisões e os asilos.

74 Adorno, Horkheimer, Marcuse etc. Em criminologia, destaca-se a obra pioneira de Rusche e Kirchheimer, *Pena y estructura social*.

75 Como Robert Merton, a teoria das subculturas etc.

76 A esse respeito, é fundamental a crítica de Alessandro Baratta, *Criminologia e dogmática penale. Passato e futuro del modelo integrato di scienzapenalistica*, em "La questione criminale", ano V, nº 2, maio-agosto, de 1979.

sem a possibilidade de influenciar o poder punitivo enquanto este sobrevivesse. Em tal encruzilhada, era impossível conceber um novo modelo integrado de direito penal e criminologia<sup>77</sup>.

## A DESINTEGRAÇÃO SE TORNA INSUSTENTÁVEL.

Nas décadas seguintes, ocorreram profundas mudanças no poder mundial e regional: o mundo bipolar chegou ao fim; a economia foi *financeirizada*; o totalitarismo financeiro se impôs ao poder político, assumindo formas *macrocriminais*; produziu-se um *encarceramento em massa* em ambos os hemisférios; adolescentes de bairros precários e imigrantes são os novos estereótipos em nossa região e os migrantes no norte; o *colonialismo tardio* é exercido na América Latina por meio do endividamento astronômico; tende a desaparecer o *welfare State*; a riqueza mundial está concentrada em 1% da humanidade; a deterioração do meio ambiente está acelerando, causando mutações virais que paralisam a economia global.

O totalitarismo financeiro é legitimado com um novo *discurso reducionista (economicista)*, baseado na antropologia aberrante do *homo economicus* e da *meritocracia*, que se espalha pelas academias – mesmo o Prêmio Nobel –, como uma ideologia que confronta radicalmente com os Direitos Humanos<sup>78</sup>, tentando barrer todas as ciências comportamentais.

Em nossa região, com os mais altos coeficientes de Gini do mundo, o *colonialismo tardio* intensifica a estratificação social, faz desaparecer os surtos de estados de bem-estar e visa *cronicizar* nosso subdesenvolvimento, comum alto custo de vidas<sup>79</sup>.

O poder punitivo de nossas sociedades torna-se mais violento, letal e seletivo, sob o *slogan völkisch* de *tolerância zero*, impulsionado pela criminologia midiática dos monopólios que substituem funcionalmente os partidos políticos sob a forma de partidos

77 Essa impossibilidade foi afirmada nesse artigo fundacional por Alessandro Baratta.

78 É notória a negação dos direitos humanos por parte de Ludwig von Mises, um dos evangelistas dessa ideologia, que afirma que ninguém tem direitos só porque nasceu. A participação de outro evangelista, Milton Friedman, na programação econômica da ditadura chilena, revela que o autodenominado *neoliberalismo* não tem nada de liberal.

79 Se somássemos as mortes causadas pelos altos índices de homicídio em alguns países da região, os suicídios (especialmente de idosos), a privatização dos serviços de saúde, a falta de campanhas de saúde e vacinação, cuidados de saúde seletivos, insegurança no emprego, a inadequação da rede viária aos veículos etc., veríamos que o número anual é equivalente a uma cidade de proporções regulares. Todas essas mortes são causadas pelo subdesenvolvimento, e nós as consideramos como um *genocídio por gotejamento*.

únicos. A *lawfare*<sup>80</sup> contra opositores populares e dissidentes seria a inveja de Göbbels e Vichinsky. É inegável a degradação dos Estados<sup>81</sup>, e o discurso da mídia é degradado à pura publicidade: os monopólios midiáticos, ao criarem a realidade, *acabam por desmantelá-la*.

Devido a essas mudanças, a *crítica sociológica* de quatro décadas atrás perdeu muito de sua validade, uma vez que é de origem anglo-saxônica e originou-se diante do poder punitivo das sociedades capitalistas de produção e consumo<sup>82</sup>. Por sua vez, nossa ciência jurídico-penal continua a importar versões renovadas do neokantianismo<sup>83</sup> e do neo-hegelianismo<sup>84</sup>, reforçando a inviabilidade da incorporação de dados sociais nas construções jurídicas.

Neste momento, ao entrarmos decididamente nesse perturbador século XXI, torna-se mais premente a necessidade, por um lado, de reorientar a crítica sociológica para o atual quadro de poder; por outro, de integrá-la com a ciência jurídico-penal, uma vez que na nossa região, entre o *imaginário do penalismo* e a *realidade*, já não existe uma simples *disparidade*, mas um crescente *disparate*.

A *irrealidade progressiva da ciência jurídico-penal* exige com paralela *urgência* sua *superação*, já que sua *anomalia* não é mais um *drama acadêmico*, mas um perigo social e político, crescente e gravíssimo. Apesar da forte *criação da realidade* pelos partidos

---

80 Essa denominação significa *guerra de direito*, mas não tem nada a ver com direito, já que é o resultado de gangues criminosas formadas por juízes prevaricadores em coautoria com agentes de inteligência, funcionários extorcionistas, testemunhas compradas, polícia corrupta e difamadores disfarçados de jornalistas, instigados por altos funcionários do governo e gerentes de empresas monopolistas da mídia.

81 Os estados de direito na região estão se deteriorando, mas geralmente não estão caminhando para estados policiais, mas para um enfraquecimento do próprio estado, já que a autonomia policial, a letalidade policial, a concentração do crime de subsistência em organizações, o surgimento de grupos de autodefesa e parapoliciais e milícias, até mesmo a intervenção das forças armadas em funções policiais significam que o estado perde seu monopólio na arrecadação de impostos e no exercício do poder punitivo, ou seja, perde o monopólio da coerção e também da defesa nacional, tudo isso funcional ao colonialismo tardio financeiro.

82 Isso exige uma renovação da própria criminologia crítica, que devemos necessariamente realizar na região, incorporando a experiência de nossa longa luta contra o colonialismo e reorientando-a para a forma atual assumida pelo poder punitivo do colonialismo tardio.

83 É a dogmática jurídico-penal dominante na Alemanha neste momento, cujo autor mais difundido é Roxin.

84 Até certo ponto, pode ser considerado dessa forma o funcionalismo de G. Jakobs, que não é muito popular na Alemanha.

únicos da mídia, o *absurdo* está se tornando inegável para nossas populações, com o risco de levá-las a desprezar o direito como ferramenta social<sup>85</sup>.

O primeiro alvo de todas as mudanças violentas sempre foi o símbolo do poder punitivo: os revolucionários franceses tomaram a Bastilha; porém, por estar vazia, não libertaram nenhum prisioneiro, apenas destruíram o símbolo, mas finalmente tudo acabou *em terror*.

### NÃO É IMPOSSÍVEL A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO SISTEMA INTEGRADO.

Há trinta anos pensávamos que essa encruzilhada tinha de ser superada<sup>86</sup>, e agora insistimos nela, apenas com a maior urgência imposta pelas mudanças das últimas décadas.

O caminho para superar a anomalia jurídica da ciência penal foi sinteticamente enunciado por Tobias Barreto, o visionário jurista brasileiro que dirigiu a chamada escola do Recife<sup>87</sup>, cuja breve sinalização permaneceu no esquecimento, sem que ninguém a desenvolvesse, ou seja, passaram quase que despercebidos pela ciência penal latino-americana, primeiro subordinada ao positivismo racista *spenceriano* e depois deslumbrados pela importação acrítica das construções da ciência penal alemã.

*Em 1886, refletindo sobre a leitura de Fröbel*<sup>88</sup>, Barreto encontrou a chave para os princípios que permitiriam à ciência jurídico-penal tomar a vez de resistir: *Quem busca o fundamento jurídico da pena também deve buscar, se ainda não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra*<sup>89</sup>.

85 A violência política sempre deixa cicatrizes; além disso, mesmo que os mais desfavorecidos triunfem, invariavelmente causa o maior número de vítimas.

86 Nós o delineamos em nosso ensaio *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, EDIAR, Bs. As., 1989.

87 Tobias Barreto (1839-1889) foi um jurista bastante autodidata, o primeiro a ser alimentado pela literatura jurídico-penal alemã em nossa região, composições por vezes contraditórias, mas inegavelmente pensador independente, que trabalhava no Brasil profundo de um nordeste economicamente desarticulado pela ruptura da economia açucareira e pela transição para a economia cafeeira do sul.

88 Julius Fröbel, *Theorie der Politik, als Ergebniss einer Erneuernten Prüfung Demokratischer Lehrmeinungen*, Vol. 1: *Die Forderungen der Gerechtigkeit und Freiheit im State*, 1861 (cfr. Deutsche Biographische Enzyklopädie, (herausgegeben Walter Killy), K.G. Saur, 2001, 3, p. 501).

89 Tobias Barreto, *Obras Completas, V, Direito, Menores e loucos e Fundamento do direito de punir*, Ed. do Estado de Sergipe, 1926, p. 151.

Anteriormente, ele havia afirmado – com toda precisão – que *a pena não é um conceito jurídico, mas político*<sup>90</sup>. Suas brilhantes intuições a esse respeito são completadas com a afirmação de que *não existe um direito natural, mas sim uma lei natural do direito*<sup>91</sup>.

A partir dessas chaves, é possível compreender e cancelar a anormalidade excepcional da ciência jurídico-penal em relação ao resto da ciência jurídica.

Desde a época de Barreto, o direito internacional mudou de rumo, mas a ciência penal não seguiu o exemplo. Os internacionalistas abandonaram o velho direito às guerras, porque se deram conta de que estas não se desencadeavam de acordo com o que haviam programado em seus livros; decidiram, pois, resignar-se a projetar a limitação dos extremos de crueldade. Dessa forma, ficou raquítico o *direito à guerra*<sup>92</sup> e foi desenvolvido o *direito internacional humanitário*<sup>93</sup>, que, em vez de teorizar a guerra para limitá-la, legitimando-a parcialmente (com o conceito de guerra justa), procurou estabelecer limites a ela.

O paralelo com o direito penal é inegável: pois este último visa, por meio de suas *teorias da pena*, limitar o poder punitivo, legitimando seu exercício de forma parcial (o *poder punitivo justo*, equivalente à *guerra justa*). Os internacionalistas minimizaram as discussões sobre a guerra justa (o *poder punitivo justo* do direito penal), para se concentrarem na neutralização de seus excessos (equivalente no direito penal à limitação do *poder punitivo*). A propósito, este é um sinal de realismo e humildade humana do internacionalismo jurídico, que já não pretende mais ditar regras ao poder bélico, dizendo-lhe quando libertá-la, mas se concentra em evitar ao máximo suas consequências letais. A *arrogância penalista* ainda nos impede de parar de tentar indicar ao poder político até que ponto ele pode usar o poder punitivo, definindo modelos de estados, para se concentrar nas limitações a suas consequências também letais.

No que diz respeito à relação entre guerra e política, é difícil saber qual delas é a continuação da outra (se Clausewitz ou Foucault estava certo), mas a ligação entre as duas é inegável. Tobias Barreto percebeu isso muito antes do atual desenvolvimento do direito internacional humanitário, mas, atualizando o significado de suas palavras, podemos dizer que no momento bélico opera como agência jurídica a Cruz Vermelha Internacional, enquanto no momento político – pelo menos quando serve a um

90 Idem, p. 149.

91 Tobias Barreto, *Obras Completas*, VII, *Estudos de Direito* (vol. II), Ed. do Estado de Sergipe, 1926, p. 38.

92 Poderia considerar-se como baseada na Carta da ONU.

93 As bases legais do direito internacional humanitário são as Convenções de Genebra e seus protocolos adicionais.

Estado que quer se aproximar do modelo de direito – esse papel deve ser assumido pelo poder jurídico de contenção programado pela ciência jurídico-penal.

Consideraríamos absurdo que o direito internacional apresente hoje uma tabela de *teorias legitimadoras da guerra*, mas ainda nos parece normal que a ciência jurídico-penal, para se legitimar, queira legalizar um *factum político* perdendo-se no leque de *teorias da pena* de Bauer, mesmo sem ter consciência de que está discutindo modelos de estado com os quais sonha, como produto do *imaginário penalista*. O direito internacional conseguiu erradicar o *hábito normalizador* de legitimar a *guerra justa*, que ainda hoje pesa no direito penal, a legitimação do *poder punitivo justo*.

### NÃO É POSSÍVEL CONHECER TODAS AS FUNÇÕES DO PODER PUNITIVO.

Dado que o poder punitivo é um *fato político* – e como tal é extremamente *multifuncional* – não é possível que ele tenha uma única função, da mesma forma que as guerras não a têm. Doutro modo, dada a extrema variedade de conflitos em que intervém, também é impossível conhecer todas as suas funções, disfunções e consequências na realidade social, algumas das quais nem sequer suspeitamos<sup>94</sup>.

Entretanto, penalistas, juízes e políticos parecem internalizar uma autocensura imposta pela tradição acadêmica e reforçada pela criminologia alienante da mídia de nossos partidos únicos, a qual espalha uma *idolatria* de poder punitivo, porque a transforma em um *falso deus*, dotado de um caráter blasfemo e *onipotente*. Para os fanáticos desse ídolo – que não é feito de ouro –, é uma *questão de fé*<sup>95</sup>, não havendo nada que não possa ser resolvido por seu exercício.

Por essa razão, diante das *teorias da pena* e da idolatria punitivista, há espaço para uma posição *agnóstica*, que não nega seu poder, mas sabendo que não é onipotente e que não sabemos – nem podemos saber e talvez nunca saibamos – todas as suas funções e consequências. Também não é possível ignorar que pode ter efeitos positivos, para os quais não é necessário aderir ao funcionalismo de Durkheim ou outros como ele, bastando saber que, se o bem absoluto não é deste mundo, tampouco é o mal absoluto.

94 É claro que a função da pena ou de sua ameaça em um crime tributário não é a mesma de um homicídio qualificado, ou a de um crime de passar um cheque sem provisão de fundos, nem é a mesma de um crime de estupro. Além disso, o poder punitivo pode ter consequências que ninguém previu: influenciar os prêmios de seguros, favorecer a preferência por um modelo de veículo, determinar oscilações no preço dos imóveis numa definida área, disseminar o uso de armas de fogo, impedir reuniões, afetar os modos de vida, etc.

95 Este caráter de *questão de fé* foi apontado anos atrás pela criminóloga canadense Ruth Morris.

Nunca podemos *ignorar seu poder*, pois é inquestionável e é bem comprovado que, quando o poder punitivo se expande e o poder jurídico limitador é reduzido, o Estado se afasta do modelo ideal de direito, para se aproximar do de polícia ou para enfraquecer, dissolvido em exercícios paralelos e subterrâneos<sup>96</sup>. No primeiro caso, há certa tendência ao totalitarismo; no segundo, certo enfraquecimento e degradação do Estado, que perde a hegemonia do poder de coerção e cobrança de impostos<sup>97</sup>.

É interessante e curioso notar que todos os penalistas que enquadram seus conhecimentos jurídicos no quadro de um Estado que aspira a se aproximar do modelo de direito, afirmam ser continuadores do Iluminismo. Não há nenhum penalista no mundo que finja levantar monumentos ou batizar institutos e academias com o nome de Torquemada ou dos demonologistas, que são até negados e mesmo escondidos como precursores.

É impressionante que a programação de jurisprudência *prudente*<sup>98</sup> dos penalistas que reivindicam o valor histórico positivo da função de contenção e teorizam juridicamente em estados próximos ao modelo de direito não percebem a necessidade de banir o hábito de fingir limitar o poder punitivo imaginando modelos de estados e alucinando com sua existência, em vez de legitimar de forma quase exclusiva ou totalmente predominante a função limitadora e operar racionalmente com base no estado existente, nem abandonar a ilusão de que seus destinatários (operadores no judiciário) exercem o poder punitivo, quando a única coisa que eles podem fazer, no exercício legítimo de seu poder legal, é contê-lo e limitá-lo dentro de limites racionais e humanos, para evitar seus letais transbordamentos para o povo e para os estados de direito realmente existentes.

## RE-LEGITIMAÇÃO POR MEIO DE UMA NOVA INTEGRAÇÃO.

Para se legitimar, a ciência jurídico-penal tem de se limitar a reconhecer e reivindicar seu caráter de programadora de decisões jurisprudenciais de limitação do poder punitivo, cujo benefício se torna evidente assim que se observa o resultado genocida

---

96 Essa multiplicação de sistemas penais ocorre em todos os estados policiais, como Lola Aniyar de Castro salientou, sendo todos eles funcionais a uma forte liderança política.

97 Nos estados *deteriorados*, também são pluralizados os sistemas penais, mas, sem uma liderança política forte, acabam pluralizando suas agências de cobrança, que exercem o poder punitivo como uma coerção necessária para cobrar, o que é formalmente chamado de corrupção e extorsão.

98 Estamos nos referindo aos penalistas *garantistas*, também chamados *liberais*, expressão que tentamos evitar para não gerar confusão com o arrastamento lamacento deste termo pela ideologia oposta aos direitos humanos que hoje encobre o totalitarismo financeiro.

que no século passado teve o enfraquecimento do *poder jurídico* de contenção, que é sua indispensável e legítima responsabilidade.

A ciência jurídico-penal é legitimada pela incorporação e união de críticas sociológicas ao poder punitivo, como construtora de sistemas destinados aos operadores jurídicos, de modo que sua jurisprudência opere os filtros que interferem na passagem do poder punitivo mais irracional, seletivo, discriminatório, racista, violento etc. Os personagens do crime têm diferentes níveis de seleção, como portões da barragem de contenção jurídica ao poder mais grosseiramente violador da igualdade, liberdade e fraternidade.

A *seletividade do poder punitivo* é inevitável, dada a disparidade do que é legalmente programado (criminalização primária ou *in the books*) e a limitada capacidade das agências executivas (criminalização secundária), bem como devido ao acentuado treinamento diferencial em sociedades altamente estratificadas, o que provoca a captação policial de estereotipados autores de delitos grosseiros de subsistência<sup>99</sup>.

Com relação à seletividade como caráter inevitavelmente *estrutural* do poder punitivo, a ciência jurídico-penal deve se esforçar para *procurar níveis menores*, para o qual, acima de tudo, deve evitar seu *negacionismo*, que é a *pior das injustiças sociais*. É tarefa de o *direito penal do ato* reduzir ao máximo ou até onde seja possível o *exercício do poder punitivo do autor*. O pior que pode acontecer é teorizar um direito penal de ato sem dados reais, o qual ignora que o poder punitivo tende sempre a ser exercido com seletividade de autor.

A *dogmática jurídica* deve construir seus conceitos e organizá-los em *sistemas* limitadores, como programa político destinado à otimização do poder jurídico de contenção do poder punitivo, na tentativa de reduzir suas características negativas e, portanto, como qualquer programa político, deve ser alimentado pelos dados sociais que o informam sobre o exercício real do poder que deve limitar, sob pena de resultar em delírio. Essa tarefa de programar a contenção de um poder estruturalmente seletivo implica elevar os padrões para a realização dos princípios constitucionais de igualdade e respeito à dignidade humana no nível da realidade social.

As informações e os dados indispensáveis para realizar essa missão devem ser fornecidos à ciência jurídico-penal pela *criminologia* e, dentro dela, em princípio, pela

99 As polícias operam de acordo com regras comuns a toda burocracia, ou seja, eles fazem o que é mais fácil. A investigação de condutas mais sofisticadas, típicas dos estratos sociais mais elevados e com diferentes formações, como seu poder social, determina a impunidade dos chamados *crimes de colarinho branco*, que foi observada criminologicamente há mais de oitenta anos por Edwin Sutherland e há mais de um século por Gabriel Tarde.

sociologia<sup>100</sup>. Assim, imitando dessa forma o caminho racional da humildade e da racionalidade, seguido pelo direito internacional com relação à guerra, surge um *novo sistema integrado de direito penal e criminologia*.

## A ONTICIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO.

Aqui entra em jogo a segunda advertência de Tobias Barreto: deixando de lado a discussão jusfilosófica sobre o direito natural ou supralegal, o que importa é sua afirmação de que *existe uma lei natural do direito*.

A ciência jurídico-penal interpreta leis e, em primeiro lugar, as do *bloco constitucional* (normas constitucionais e internacionais)<sup>101</sup>; em segundo lugar, as infraconstitucionais, que devem ser sempre interpretadas dentro da estrutura das primeiras<sup>102</sup>.

Essas leis são *válidas* porque procedem de fontes legislativas competentes, mas se elas também pretendem ser *eficazes* devem produzir efeitos sociais de acordo com sua *ratio legis* ou propósito manifesto. Pois bem: Para que o intérprete possa elaborar um programa voltado a esse objetivo legal, ele deve verificar até que ponto se realiza no mundo do *ser* esse *dever-ser* – acima de todas as leis da mais alta hierarquia–, uma verificação que só pode ser feita com informações sociais.

Ao contrário do que postula o neokantismo, o direito não pode se isolar do mundo, permitindo-se selecionar arbitrariamente os dados que aqueles que impõem a ordem de valores querem incluir ou excluir, pois, embora a ordem jurídica seja uma *ordem*, *existem muitas outras ordens* – já que o mundo não é um caos – e quando o

---

100 Em geral, a crítica vem da sociologia, mas como as outras ciências comportamentais haviam sido aplicadas com um sentido etiológico pela criminologia deste lado, ainda não foi totalmente operada uma reintrodução dessas disciplinas na perspectiva crítica, uma vez que elas sofrem de uma espécie de *desconfiança devido à suspeita etiológica*.

101 Com frequência se observa em nossa ciência jurídico-penal – e em nossos juízes– uma inversão da orden hierárquica das normas, como resultado de uma assimetria de fontes doutrinárias. Todos os nossos estados regionais foram– pelo menos em teoria– estados de *direito constitucionais*, pois copiamos de perto o modelo da constituição norte-americana, com o controle pertinente da constitucionalidade. Entretanto, no momento da elaboração de nossas doutrinas jurídicas, exceto no direito constitucional, nós as importamos da Europa, ou seja, dos estados *legais* de direito, que não conheciam o controle da constitucionalidade, uma vez que esta se difundiu naquele continente somente após o último período do pós-guerra.

102 O controle da constitucionalidade– como o de convencionalidade– pode desqualificar uma norma por incompatibilidade total com outra de hierarquia superior, mas também pode emitir sentenças interpretativas, que condicionam a validade da norma a certa interpretação compatível com a hierarquia superior.

direito se refere a um ente do mundo, deve respeitar o que esse ente é (sua *onticidade*) em sua respectiva ordem (física, biológica, econômica, social etc.). Se não o fizer, *não deixará de ser válido ou de ser direito, mas faltará eficácia, pois se dirigirá a um ente diferente*, ou seja, construirá um discurso falso: proclamará um dever-ser A, mas que se revelará B, do qual não teria conhecimento.

Esta é a *lei natural do direito* de Barreto, mas também, muitos anos depois, a tese realista das *estruturas lógico-reais* (*sachlogischen Strukturen*) de Welzel<sup>103</sup>. A propósito, Barreto foi mais longe que Welzel, porque sua *lei natural do direito* lhe permitiu perceber que o poder punitivo é um *factum político*. Welzel estava na metade do caminho, pois levou sua tese à teoria do crime, mas não chegou à teoria da pena; nem poderia tê-lo feito, pois também legitimou o poder punitivo seguindo um dos caminhos tradicionais<sup>104</sup>.

Welzel estava tentando legitimar – como guardião de um suposto mínimo ético – o poder punitivo da época da reconstrução alemã, provocando uma perigosa *etização* do direito penal. Barreto pensou ao *ar livre*, sozinho no Nordeste brasileiro, o que mostra que às vezes o subdesenvolvimento tem suas vantagens.

Paralelamente ao direito internacional, será verificado que os princípios de liberdade, igualdade, fraternidade (ou solidariedade), legalidade, humanidade, dignidade da pessoa humana, proteção de bens jurídicos, culpabilidade etc., emergentes do bloco de constitucionalidade, são violados pelo poder punitivo. Seria errado deduzir que são falsos para a ciência jurídico-penal: falsa é apenas a alucinação que finge que no exercício real do poder punitivo eles são escrupulosamente respeitados, diante dos dados sociais que verificam que eles são violados.

A ciência jurídico-penal deve reafirmar esses princípios e *verificar até que ponto na realidade o poder punitivo os prejudica*, impedindo a passagem do poder punitivo que os prejudica em maior grau, o que significa realizar um *esforço permanente para elevar seu nível ou padrão de realização* dos princípios que nunca são plenamente realizados socialmente, pois isso seria alcançar um estado ideal de direito, que nunca existiu e não sabemos se alguma vez existirá.

103 Essa abertura ao realismo abriu a possibilidade de utilizá-lo da maneira como Barreto o fez e da maneira como nós o fazemos, o que levou um penalista uruguaio a afirmar que facilitou a introdução do marxismo, por mais que essa afirmação possa ter constituído um verdadeiro disparate, embora perigoso na época em que foi formulada.

104 Welzel legitimou o poder punitivo de acordo com uma suposta ética social mínima, que acreditamos que nunca poderia ter sido verdadeira, mas, após a inflação dos tipos penais nas últimas décadas, seria hoje impossível para ele sustentá-la.

Consequentemente, este esforço será sempre um *jogo de pulsões e contrapulsões*, já que *nenhum estado de direito está de acordo com o ideal*. Os estados reais (existentes) que se aproximam do modelo ideal de direito são sempre uma concha que, quanto mais próxima do ideal, melhor encapsulará os impulsos do estado policial que encerra em seu seio, pois em cada sociedade sempre há fatores de poder que procuram impor sua vontade arbitrária.

Esse jogo de acionamentos *não é dialético*, pois não tem síntese. Trata-se de um *unfinished* no qual se *deve fazer o caminho à medida que se avança*, o que requer constante e cuidadosa atenção à dinâmica permanente do poder, aspecto no qual assume especial importância o reconhecimento e verificação – a cada momento – dos dados sociais sobre a *onticidade* mutável do poder<sup>105</sup>.

Dessa forma, a ciência jurídico-penal integrada à criminologia torna-se o *apêndice indispensável do direito constitucional* de qualquer Estado que pretenda se aproximar do modelo de direito, uma vez que, em suma, o poder punitivo mais irracional o enfraquece e sua contenção o fortalece. Dessarte, a ciência penal assume com plena consciência a função que sempre cumpriu quando foi útil à humanidade: conter os impulsos do estado policial ou a degradação do estado e evitar o genocídio –frontal ou por gotejamento – com o consequente naufrágio de todos os direitos.

Em síntese: Em nossos dias não é impossível conceber um modelo integrado de ciência jurídico-penal e criminologia, mas muito pelo contrário: em nossa região, a integração é de extrema urgência. É muito provável que, em outras realidades e regiões do mundo, onde entre o *ser* e o *dever-ser* do poder punitivo ainda existe uma *disparidade*, mas não um *disparate* – como na nossa –, seus juízes possam exercer um discreto poder jurídico de contenção de acordo com elaborações mais impermeáveis aos dados da realidade, mas nós não temos alternativas a não ser tomar conta do *disparate*, partindo do reconhecimento das condições deploráveis do exercício real do poder punitivo em nossas sociedades.

Dada essa distância desigual entre *ser* e *dever-ser* em nossa região, nossa ciência do direito penal, com toda urgência, deve deixar de legitimar – por ação ou omissão – o exercício mais irracional e ilícito do poder punitivo que, nas últimas décadas, acentuou

---

105 Dependendo das variáveis do poder, o que num momento pode empurrar um padrão para frente, noutro pode empurrá-lo para trás.

seu caráter violento<sup>106</sup>, letal<sup>107</sup>, discriminatório<sup>108</sup>, misógino<sup>109</sup> e racista<sup>110</sup>. Caso contrário, não só escaparemos ao dever ético de fazer o máximo esforço para evitar males maiores em tempos de regressão do respeito pelos Direitos Humanos em nossa região e no mundo, como também corremos o risco de, num futuro não distante, sermos estigmatizados como Francesco Carrara fez com os antigos *práticos* do pré-iluminismo, cujo conhecimento ele descreveu como *schifosa scienza*<sup>111</sup>.

106 A tortura não desapareceu na América Latina, muito menos todas as formas de maus-tratos e detenções arbitrárias.

107 As execuções sem julgamento são registradas em vários países a um ritmo alarmante.

108 A discriminação de classe é evidente em toda a região.

109 O "machismo" ainda é dominante nas forças de segurança e em alguns tribunais.

110 Basta visitar as prisões latino-americanas para verificar, num relance, a clara predominância de pessoas ricas em melanina e compará-la com a pobreza de melanina nas universidades, bancos, tribunais, etc.

111 Carrara aspirava a um direito penal como *ciência sublime, que sentiria sua nobre missão de aperfeiçoar a humanidade, e que desprezaria reconhecer como irmão a arte imunda que em tempos anteriores era chamada de direito criminal, que consistia em ensinar os ditames positivos dos legisladores autônomos e cruéis, em estabelecer as formas de contornar um acusado e as medidas para regular o comprimento da corda e a pinças dos alicates* (*Varietà della idea fondamentale del giure punitivo (Prolusione al corso accademico dell'anno 1862-63)*, em *Opuscoli di DirittoCriminale*, Prato, 1885, vol. I, pp. 154 y ss., p. 180). A designação de *schifosascienza* foi retomada por Massimo Pavarini como título de seu livro, traduzido para o castelhano como *Un arte abyecto, Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

Recebido em: 30/04/2021

Aprovado em: 06/09/2021