

UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
FACULDADE DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

ADRIEL SERÓDIO DE OLIVEIRA

SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E *IUS PUNIENDI* ESTATAL:
A INSTRUMENTALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL

Dourados
2021

ADRIEL SERÓDIO DE OLIVEIRA

SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E *IUS PUNIENDI* ESTATAL:
A INSTRUMENTALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL

Dissertação defendida e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados para a obtenção do título de Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos.

Área de concentração: Fronteiras e Direitos Humanos.

Orientador: Prof.º Dr.º Gustavo de Souza Preussler.

Dourados
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

S486s	<p>Seródio, Adriel Oliveira. Sistema de justiça criminal e <i>ius puniendi</i> estatal : a instrumentalização e transnacionalização do controle social. / Adriel Seródio Oliveira. – Dourados, MS : UFGD, 2021.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Gustavo de Souza Preussler. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Universidade Federal da Grande Dourados.</p> <p>1. Criminologia. 2. Sistema de justiça. 3. Encarceramento. 4. Controle social. 5. Transnacionalização. I. Título.</p>
-------	--

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central – UFGD.

©Todos os direitos reservados. Permitido a publicação parcial desde que citada a fonte.



ATA DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA POR ADRIEL SERÓDIO DE OLIVEIRA, ALUNO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM FRONTEIRAS E DIREITOS HUMANOS, ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FRONTEIRAS E DIREITOS HUMANOS.

Aos vinte e nove dias do mês de abril de dois mil e vinte e um, às 19:30 horas (horário de MS), realizou-se em sessão remota (on-line), excepcionalmente, em decorrência da Portaria n.º 36 de 19 de março de 2020 da CAPES e Instrução Normativa da Pró-reitoria de Pós-Graduação n.º 01, de 17 de março de 2020 da Universidade Federal da Grande Dourados, a Defesa de Dissertação de Mestrado intitulada “**SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E *IUS PUNIENDI* ESTATAL: A INSTRUMENTALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL**”, apresentada pelo mestrando **ADRIEL SERÓDIO DE OLIVEIRA**, do Programa de Pós-Graduação em FRONTEIRAS E DIREITOS HUMANOS, à Banca Examinadora constituída pelos membros: Prof. Dr. Gustavo de Souza Preussler / UFGD-PPG-FDH (presidente/orientador), Prof. Dr. Fernando Machado de Souza / UEMS (membro titular) e Prof. Dr. Lauro Joppert Swensson Junior / UEMS (membro titular). Iniciados os trabalhos, a presidência deu a conhecer o candidato e aos integrantes da Banca as normas a serem observadas na apresentação da Dissertação. Após o candidato ter apresentado a sua Dissertação, os componentes da Banca Examinadora fizeram suas arguições. Terminada a Defesa, a Banca Examinadora, em sessão secreta, passou aos trabalhos de julgamento, tendo sido o candidato considerado **APROVADO**, fazendo *jus* ao título de **MESTRE EM FRONTEIRAS E DIREITOS HUMANOS**. **O Presidente da Banca abaixo assinado atesta que o Prof. Dr. Fernando Machado de Souza – UEMS e o Prof. Dr. Lauro Joppert Swensson Junior – UEMS participaram de forma remota desta defesa de dissertação.** Nada mais havendo a tratar, lavrou-se a presente ata, que vai assinada pelo Presidente da Comissão Examinadora.

Dourados, 29 de Abril de 2021.

Prof. Dr. Gustavo de Souza Preussler (UFGD-PPG-FDH)

Prof. Dr. Fernando Machado de Souza – UEMS
Participação Remota

Prof. Dr. Lauro Joppert Swensson Junior – UEMS
Participação Remota

ATA HOMOLOGADA EM: ___/___/___, PELA PRÓ-REITORIA DE ENSINO DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA / UFGD

DEDICATÓRIA

À esperança de realizar, em uma vida com propósito, alguma diferença significativa na existência daqueles não têm reconhecido e validado o seu direito a escolhas e oportunidades.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador, Prof.º Dr.º Gustavo de Souza Preussler, pelo direcionamento, acompanhamento e supervisão do percurso de elaboração da Dissertação.

Aos professores Dr.º Fernando Machado de Souza e Dr.º Lauro Joppert Swensson Júnior, pelas valiosas, enriquecedoras, e pertinentes contribuições no Exame de Qualificação.

Aos meus pais, o meu tão precioso privilégio, que forneceram a matéria prima para o alicerce que firmei, e sobre o qual eu construo a minha vida; e à minha mãe, minha revisora textual.

À família douradense Carvalho-Peitzl, que me agregou a ela, e me chamou de filho.

Aos amigos e às amigas que diretamente e indiretamente me auxiliaram neste trabalho.

Ao amigo Rubens Saldivar, pelo seu jeito altruísta de ser.

Ao divino, que sustenta e tudo provê; de modo que aquilo que eu não tenho eu não preciso.

É ilusão, diz o Sábio. Tudo é ilusão. Pessoas nascem, pessoas morrem, mas o mundo continua sempre o mesmo. O sol continua a nascer, e a se pôr, e volta ao seu lugar para começar tudo outra vez. O vento sopra para o sul, depois para o norte, dá voltas e mais voltas e acaba no mesmo lugar. Todas as coisas levam a gente ao cansaço — um cansaço tão grande, que nem dá para contar. Os nossos olhos não se cansam de ver, nem os nossos ouvidos, de ouvir. O que aconteceu antes vai acontecer outra vez. O que foi feito antes será feito novamente. Não há nada de novo neste mundo. Será que existe alguma coisa que a gente possa dizer: “Veja! Isto nunca aconteceu no mundo”? Não! Tudo já aconteceu antes, bem antes de nós nascermos. Eu tenho visto tudo o que se faz neste mundo e digo: tudo é ilusão. É tudo como correr atrás do vento. Assim, procurei descobrir o que é o conhecimento e a sabedoria, o que é a tolice e a falta de juízo. Mas descobri que isso é o mesmo que correr atrás do vento. Quanto mais sábia é uma pessoa, mais aborrecimentos ela tem; e, quanto mais sabe, mais sofre.

(Salomão, em Eclesiastes 1:18)

RESUMO

O presente trabalho busca responder à seguinte indagação: o exercício do *ius puniendi* do Estado privilegia interesses econômicos em detrimento de interesses sociais? Para tanto, a pesquisa encontra-se dividida em três capítulos, os quais, respectivamente, tratam, em primeiro lugar, as bases de formação e legitimidade do Estado Moderno e do *ius puniendi*; se ocupam do conceito, em segundo lugar, de *Sistema de Justiça Criminal*, expondo as suas ramificações, tal como o cárcere, e a relação que este último possui com o Poder Econômico e com a governamentalidade neoliberal; e, derradeiramente, em terceiro lugar, tratam do modelo exportado de instrumentalização e uso do cárcere como o meio de contenção da pobreza, junto ao conceito de transnacionalização do controle social, que fora imposto ao Brasil e importado pelo mesmo. Os objetivos são explorar, sob a ótica da criminologia crítica, o modo como a criminalização e a penalização contribuem para o controle social com fulcro na estigmatização e na exclusão das classes sociais inseridas na base ou à margem do sistema capitalista de consumo e produção; verificar os fulcros teóricos de formação, função e legitimidade do Estado moderno e do *ius puniendi*; analisar os meandros do *Sistema de Justiça Criminal* para entender o seu funcionamento e o modo como este é instrumentalizado; e examinar a existência, no Brasil, de controle social com supedâneo nos interesses econômicos. O método de abordagem dialético em determinados momentos se faz presente, quando da ocorrência incidental de padrões de suas leis, mas aplica-se com proeminência o método hipotético-dedutivo, porquanto ao adotar a hipótese como ponto de partida, busca-se o desenvolvimento do trabalho de modo descendente. Técnica esta que é depreendida com maior clareza quando da observação dos métodos de procedimento: no primeiro capítulo, o método histórico; no segundo capítulo, o método comparativo; e o método estruturalista aplicado ao todo. Ademais, acolhe-se métodos de pesquisa bibliográfico e documental, este com natureza exploratória. A conclusão obtida é que os interesses econômicos têm se feito presentes nas principais alterações sociais das comunidades humanas; sendo que o *Sistema Justiça Criminal*, e em especial o cárcere, hoje têm servido como instrumento de contenção dos sujeitos não absorvidos pelo seu consumo ou pela sua produção de bens no sistema capitalista.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia. Sistema de Justiça. Encarceramento. Controle social. Transnacionalização.

ABSTRACT

The present study aims to answer the following question: Does the exercise of the State's *ius puniendi* privilege economic interests to the detriment of social interests? Therefore the research is divided into three chapters, which, respectively, deal, firstly, with the formation basis and legitimacy of the Modern State and the *ius puniendi*; take the concept, secondly, of the Criminal Justice System, exposing its ramifications, such as prison, and the relation this last one has with Economic Power and the neoliberal governance; and, lastly, in third place, deals with the exported model of instrumentalization and use of prison as the means of containing poverty, along with the concept of transnationalization of social control, which had been imposed and brought by Brazil. The purposes are to explore, from the perspective of critical criminology, the way in which criminalization and penalization contribute to social control with a focus on stigmatization and exclusion of social classes inserted in the foundation or on the margin of the capitalist system of consumption and production; to verify the theoretical core of formation, function and legitimacy of the modern State and the *ius puniendi*; to analyze the intricacies of the Criminal Justice System to understand how it works and how it is used; and to examine the existence of, in Brazil, social control based in economic interests. The method of dialectical approach at certain times occurs when the incidence of patterns of its laws arises, but the hypothetical-deductive method is prominently applied, inasmuch as adopting the hypothesis as a starting point, seeks the work development in a descending way. A technique that is clearly understood when observing the procedural methods: in the first chapter, the historical method; in the second chapter, the comparative method; and the structuralist method applied overall. Furthermore, bibliographic and documentary research methods are used, this with an exploratory nature. The conclusion reached is that economic interests have been present in the main social changes in human communities; of which the *Criminal Justice System*, and especially the prison, today they have served as an instrument of containment for individuals not absorbed by their consumption or their production of goods in the capitalist system.

KEYWORDS: Criminology. Justice System. Incarceration. Social Control. Transnationalization.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016.

Gráfico 2 - Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2017.

Gráfico 3 - Evolução da população prisional, vagas e déficit de vagas entre 2000 e 2017.

Gráfico 4 - Etnia/cor das pessoas privadas de liberdade e da população total.

Gráfico 5 - Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil.

Gráfico 6 - Remuneração recebida pelas pessoas privadas de liberdade em atividades laborais.

Gráfico 7 - Quantidade de incidência por tipo penal - Brasil.

Gráfico 8 - Quantidade de incidência por tipo penal - Mato Grosso do Sul.

Gráfico 9 - Quantidade de incidência por tipo penal - Dourados/MS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
2. A GÊNESE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: A ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO MODERNO E SUA FUNÇÃO NO MONOPÓLIO DA VIOLÊNCIA LEGÍTIMA, OU <i>IUS PUNIENDI</i>.	04
2.1. O início do Estado moderno e sua relação com o poder punitivo.	04
2.1.1. A fragmentação jurídica da Europa, sua estrutura social e a gestação do Estado moderno.....	05
2.1.2. O processo penal na era medieval: suas raízes religiosas e políticas.....	08
2.1.3. Os prenúncios políticos do nascimento do poder econômico.....	11
2.1.4. O advento do Estado moderno e a concentração do poder público.....	14
2.1.4.1. Os contratualistas do Estado moderno.....	16
2.2. A legitimidade e a legalidade para a estruturação do <i>Sistema de Justiça Criminal</i>.	26
2.2.1. O monopólio da violência estatal e a burocratização do Estado.....	26
2.2.2. A limitação do <i>ius puniendi</i> por Cesare Beccaria.....	32
3. O RECRUDESCIMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: A SOBREPOSIÇÃO DO PODER ECONÔMICO EM RELAÇÃO AO PODER POLÍTICO	38
3.1. A fragmentação e o conceito contemporâneo de <i>Sistema de Justiça Criminal</i>.	38
3.1.1. Apontamentos acerca da contribuição de Montesquieu à divisão dos Três Poderes.....	48
3.2. Seletividade penal e criminalização secundária: o nascimento dos cárceres públicos	50
3.2.1. A origem histórica do cárcere na Europa: as Casas de Correção.....	52
3.2.2. A origem histórica do cárcere no Brasil: o Aljube e o Calabouço.....	56
3.3. A relação moderna do Poder Econômico com o <i>Sistema de Justiça Criminal</i>.	59
3.3.1. A <i>grave crise</i> do sistema capitalista e seus desdobramentos no <i>ius puniendi</i>	67
4. A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL	76
4.1. Estados Unidos da América: o modelo exportado de punição da pobreza	76
4.2. Brasil: a transnacionalização e a Guerra às Drogas	84
4.2.1. Fundamentos ideológicos da Guerra às Drogas no Brasil.....	88
4.2.2. Atos normativos de combate às drogas.....	93
4.3. Aspectos regionais: <i>ius puniendi</i> e o tráfico de drogas	98
4.3.1. Lei 11.343/06 em números.....	98
4.3.2. Caso Breno Fernando Solon Borges.....	105
CONCLUSÃO.....	112
BIBLIOGRAFIA.....	116

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade possui regras para a manutenção dos regimes de ordem, ou para o controle social; e há normas que têm a potencialidade de gerar respostas públicas imediatas àqueles indivíduos que as violarem; daí se falar em punição e em *ius puniendi*, ou em direito de punir, cuja função é tutelar bens jurídicos. Neste trilhar, surgem as históricas instituições públicas, aqui melhor definidas e delimitadas como os Três Poderes da República que – por intermédio do exercício autonomamente fracionado do *Sistema de Justiça Criminal* Estatal, ou seja, cada qual em suas respectivas e pré-determinadas agências – materializam no corpo social o *ius puniendi* do Estado ficcionalmente constituído por contratos sociais que visam o bem comum.

Considerou-se ser possível verificar, dentro do contexto acima exposto, a existência de fatores de natureza principalmente econômica que influenciaram e influenciam, respectivamente, a formação e a manutenção do corpo coletivo, moldando-o e por ele sendo moldados; de modo que o escopo da influência coexistencial das ditas condições econômicas, hoje predominantemente monetárias, sempre se direcionam para a busca por um controle social que as beneficie e propicie a maximização de seus resultados positivos almejados. O exercício do *ius puniendi* do Estado privilegiaria interesses econômicos em detrimento de interesses sociais?

Isto posto, o trabalho teve como *objetivo geral* o explorar bibliográfico das indagações e das respostas desenvolvidas pela criminologia crítica ao longo dos anos acerca da utilização da criminalização e da penalização como mecanismos que formam instituições singulares, as quais têm por escopo a limpeza e o controle social com base na estigmatização e na exclusão; sendo que estas se dão por intermédio de um controle social visto no encarceramento em massa das classes sociais inseridas na base ou à margem do sistema social e econômico vigente à cada época — tal como é, na modernidade, o sistema capitalista de produção e consumo. Primou-se e prumou-se assim para responder à questão problema, e para evidenciar o modo como os Estados tem sido instrumentalizados para que, por intermédio das ações de criminalização primária e secundária, privilegiem determinadas camadas sociais detentoras de poderes político-jurídico-econômico, em prejuízo dos desvalidos politicamente, juridicamente e, principalmente, economicamente.

Por meio dos métodos histórico e estruturalista, objetivou-se secundariamente, mas expondo os resultados obtidos em primeiro lugar no trabalho, buscar as bases teóricas do *ius puniendi* e os fundamentos do Estado moderno, ou seja, a legitimidade e a estrita legalidade destes; a fim de propiciar a construção e o avançar da pesquisa, sob o método hipotético-

dedutivo, naquilo que diz respeito à verificação das finalidades primeiras do poder punitivo; bem como depreender quais fundamentos do atual *Sistema de Justiça Criminal* (mundial e brasileiro), com suas funções manifestas e latentes, têm sido cumpridos e quais têm sido desvirtuados ou reescritos. Não obstante, objetivou-se também analisar a ideia de *Sistema de Justiça Criminal*, junto aos seus conceitos e às suas ramificações, porquanto considerou-se ser imperativo buscar compreender o modo pelo qual se dá a manutenção e a perpetuação da hipótese de instrumentalização do referido *Sistema*; sendo que, dentro deste erigi-se com proeminência o cárcere público, um histórico mecanismo de controle e seletividade social, onde os fatores econômicos, monetários ou capitalistas, junto aos seus interesses e interessados, dele se valeram, tanto ao longo dos séculos como na atualidade, para a obter e assegurar numerosos benefícios no âmbito do Poder Público (jurídico e político) — sendo que, para tanto, invocam ou criam situações de revolução, crise e guerra. Derradeiramente, objetivou-se perquirir, para evidenciar, o modo como o recrudescimento do *Sistemas de Justiça Criminal* tem ocorrido de fato ao longo do tempo e se tornado um modelo hegemônico e gradualmente internacionalizado de controle social da pobreza; o qual influencia e atinge a América Latina e, para este trabalho em especial, atinge o Brasil. Traçou-se ainda paralelos paradigmáticos, e objetivamente significativos, acerca da instrumentalização do *Sistema de Justiça Criminal*, e da intencional formulação e imposição de métodos de controle social, como a chamada *guerra às drogas*, cujo propósito conduziu ao conceito de *transnacionalização do controle social*. Culmina-se no contexto nacional e sul-mato-grossense, na exposição da evolução da legislação brasileira que trata a matéria atinente aos estupefacientes, bem como na descrição de um caso emblemático de Mato Grosso do Sul.

Os resultados e a conclusão que neste átimo expõe-se de modo sucinto, demonstram que a questão econômica sempre fora, é, e provavelmente sempre será – em razão do avanço exponencial do concorrencionalismo nas relações face proveniente da ideologia neoliberal – um fator sobrejacente nas equações naturais que se formam a partir do contato dos sujeitos sociais entre si; em especial, a conduzir à instrumentalização do *Sistema de Justiça Criminal*. Embora haja um fator a determinar o sucesso ou o fracasso da razão ou do produto equacional referido, que liga-se ao modo como determinada ação humana é introduzida à vista da coletividade, se de modo sutil, microfísico, ou se de modo escancarado, os processos de estruturação, burocratização e, principalmente, de democratização das sociedades, suscitam mecanismos de controle mútuo, onde há tanto interdependência quando independência das agências, que resultam na exigência da legalidade das ações, ou seja, validação normativa Estatal. Não há legitimidade sem legalidade. As Instituições do Estado, os *checks and balances*,

e o acesso à informação, ainda são os principais meios de contenção das tentativas ou das efetivas modificações crassas na malha social, quando da ocorrência da sobreposição de interesses minoritários, ou econômicos, em detrimento dos interesses públicos, ou sociais. Entretanto, há modificações latentes, sensíveis e até microfísicas, porém relevantes em escalas macrofísicas, que têm sido implantadas ao longo da história, paulatinamente, e em meio a construções ideológicas bem formuladas e implementadas principalmente por meio dos mecanismo de seletividade e estigmatização da criminalização secundária, que conduzem instrumentalmente as sociedades ao aceite de determinadas práticas punitivas, como o privação de liberdade dos sujeitos, que, conforme restará exposto, possuem tão somente a função de controle social da massa de excedentes não absorvidos pelo sistema de produção e consumo, quais sejam, os indivíduos pobres.

2. A GÊNESE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: A ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO MODERNO E SUA FUNÇÃO NO MONOPÓLIO DA VIOLÊNCIA LEGÍTIMA, OU *IUS PUNIENDI*

2.1 O INÍCIO DO ESTADO MODERNO E SUA RELAÇÃO COM O *IUS PUNIENDI*

Quando se fala em *Sistema de Justiça Criminal*, ou em *ius puniendi*, fala-se também necessariamente em *Estado*; não podendo olvidar-se ainda a burocratização e estruturação que lhe são inerentes. Antes de se falar em um *Sistema de Justiça Criminal*, propriamente dito, verifica-se que a punição fora vista no pretérito como um livre exercício de poder, tanto sobre os corpos vivos, quanto sobre os corpos já mortos (FOUCAULT, 2014); sendo que a função e o nascimento do *Sistema de Justiça Criminal* se confundem com as estruturas Estatais — e até mesmo pré-Estatais — naquilo que concerne ao uso do poder punitivo para o controle e a manutenção da ordem social. Os conceitos mais importantes a serem desenvolvidos neste trabalho têm início e origem, respectivamente, no século XIII e no continente europeu, sendo eles: a burguesia, relacionada à primitiva ideia de Poder Econômico; o Estado moderno, relacionado à ideia de Poder Público; a burocracia, relacionada à ideia do governo (na mão de especialistas); e o *ius puniendi* ou poder punitivo, relacionados às atividades do governo.

Quanto ao direito de punir, a partir das teorizações, ou ficções, criadas pelos principais contratualistas — Hobbes (s.d.), Locke (s.d.), e Rousseau (1996) — tem-se que aos particulares pertenceu o direito natural à resolução de suas demandas, por intermédio do uso de sua própria força física: o *ius puniendi* encontrava-se nas mãos dos particulares. Contudo, mais tarde, e ainda na construção teórica dos contratualistas, fora em meio ao estabelecimento de comunidades, por força da intensificação dos conflitos internos e externos, que os indivíduos, em prol do seu bem individual, abriram mão de parte de sua liberdade, incluindo o direito à violência, para constituíram um corpo político que buscava agora o bem coletivo: o *ius puniendi*, deste modo, é passado às mãos de um ou mais líderes, formando um Poder Público, um governo, estes com governante(s).

Na história viu-se que fora o *ius puniendi* que manteve coesa a comunidade, justificando-se, inicialmente, sob as perspectivas retributiva ou vingativa e preventiva, mas de todo modo promovendo o controle social. Com o avançar da linha temporal, mas ainda na gênese do *Sistema de Justiça Criminal*, o governo arregimentou e concentrou cada vez mais poder sobre os governados; a Igreja se estabeleceu enquanto uma das, senão a mais forte das instituições sociais, influenciado sobremaneira o *ius puniendi*; e, paulatinamente, sobre todos estes passou a pesar o nascente e primitivo Poder Econômico, surgido de forma natural nas

relações humanas, mas evoluindo, se reinventando e influenciando cada vez mais as sociedades comuns. (ANITUA, 2008)

2.1.1. A fragmentação jurídica da Europa, sua estrutura social e a gestação do Estado moderno

O período medieval e o sistema feudal, inseridos no contexto dos valores do belo, do bom, da verdade e da universalidade, trazidos mormente pelos dogmas religiosos, representaram, para o contexto (jurídico) europeu, uma era marcada pelas diferentes formas de se pensar, de se fazer e de se aplicar o Direito. Esteve-se diante de um período de universalidades regidas e influenciadas por ideais imperialistas romanos, e pelas fortes ideias da Igreja medieval. Portanto, a Europa continental, na atualidade vista como um dos espaços geográficos mais desenvolvidos socialmente, viveu períodos de intensa conturbação no que diz respeito à falta de uniformização do Direito. Fora a centralização dos conceitos políticos e religiosos em um único poder soberano o fator que iniciou o desmantelamento das antigas regras, bem como dos poderes ou jurisdições locais¹ que formaram e mantiveram a base do sistema feudal. As mudanças, evidentemente, ocorreram durante o transcorrer de muito tempo, e em meio à ocorrência de inúmeros conflitos violentos. (ANITUA, 2008)

É de especial relevância destacar o *caráter policêntrico* das sociedades até então, onde havia um pluralismo jurídico, ou seja, diversos agrupamentos sociais produtores e possuidores de seus próprios e singulares direitos e deveres. A ordem jurídica basicamente ficara adstrita aos territórios específicos — como os feudos —, *locus* estes onde ocorria a administração da justiça, a cobrança de tributos, e o alistamento militar entre outras atividades sociais típicas. O que se pôde observar era o Direito sendo produzido e apresentado como um *fenômeno social não estatal* com fito na resolução de conflitos. Ao juiz da causa específica caberia a criação e aplicação do Direito. Contudo, a partir do surgimento do Estado moderno a sociedade passa a se estruturar por intermédio da concentração de todos os poderes no próprio ente Estatal — o que poderia abarcar o processo legislativo em si, bem como a validação das normas consuetudinárias. De um lado tem-se um Direito pré-estatal ou pré-moderno, com uma concepção dualista, e na outra banda haverá um Direito Estatal, ou moderno, com uma

¹ “Jurisdição antes do século XVIII, corresponde a *iurisdictio*, indicando a titularidade e extensão de um poder jurídico de *aplicar* e de *produzir* o direito, anterior e concomitantemente à sua aplicação. O que hoje chamamos de competência jurisdicional e de competência administrativa estava ligado a essa noção de jurisdição. A diferença entre essas duas competências somente se dará quando Montesquieu, em meados do século XVIII, formular sua teoria da separação de poderes” (BICUDO, 2015, p.33)

concepção monista, ou seja, de concentração de todos os poderes no Estado. (CARVALHO, 2015; ANITUA, 2008)

Com relação ao Direito *pré-estatal ou pré-moderno*, Carvalho (2015) explica que para as resoluções das porfias, os juízes (atuantes em nome de uma autoridade, ou então escolhido pelas partes) não se vinculavam todos a uma única fonte de Direito. Possuíam, deste modo, a total discricionariedade para escolher entre as plúrimas fontes, passando pela aplicação de costumes, pelos princípios da razão natural de equidade, entre outros. (Com a formação do Estado moderno o juiz torna-se um agente Estatal direto, passando a aplicar um Direito específico e pré-constituído, subordinando-se, à Lei e, até certo ponto, ao legislador).

As discrepâncias no período medieval quanto as jurisdições, as leis, e principalmente as aplicações das leis, se deram em razão dos muitos privilégios existentes entre o clero e a nobreza e, não obstante isso, por força também dos diversos agrupamentos sociais que possuíam uma multiplicidade de líderes e uma multiplicidade de costumes, cada qual com suas peculiaridades e distinções jurídicas. Frente a isto houve a tendência e, claramente, a necessidade de se centralizar o poder — o que refletiria diretamente na uniformização das leis e conseqüentemente na estruturação do *ius puniendi*, que culminaria mais tarde na estruturação de todo um complexo *Sistema de Justiça Criminal*.

Entre um soberano imperial universal e os poderes locais menores surgiram e se firmaram, em espaços maiores, governantes que passaram a estruturar as formas hierárquicas de serviços especializados estatais, instituindo juízes, policiais e outros de mesma natureza. E não apenas isto, o Direito tornou-se coercitivo na medida em que os de cima, por intermédio de uma autoridade central, impuseram regras aos de baixo, ou seja, o já evidenciado controle de uns sobre outros. Para tanto, o pensamento jurídico inicia um processo de racionalização. (ANITUA, 2008)

Assevera-se que dita racionalização não se trata imediatamente, ou exatamente, de uma minimização dos aspectos materiais das reprimendas penais, tampouco se refere ao mérito tão somente da uniformização das leis ou, de algum modo, da benevolência do soberano. Trata-se igualmente, sim, da ação de indivíduos com pensamentos reformadores, e também humanistas (estes nem sempre ouvidos), dentre os quais, pontua-se, houve aqueles que não se apegaram tanto ao fato da crueldade das penas, mas sim aos fatores de validação e legitimação das mesmas, ou seja, uma “*racionalização da violência*” (ANITUA, 2008, p.111). Não é possível falar, portanto, em uma implicação racional que resultasse no abrandamento das penas ou do Direito Penal ascendente, mas sim, predominantemente, em um processo de economia das reprimendas, de modo que estas poderiam continuar sendo cruéis desde que houvesse o

devido alicerce jurídico e racional para tanto. (FOUCAULT, 2014)

Neste trilhar racionalizado, iniciou-se um movimento para simplificação dos sistemas jurídicos, os quais aperfeiçoaram-se sob três condições, ou requisitos: (I) *homogeneidade* — que possuía o sentido de ruptura com os velhos padrões que causavam instabilidade; (II) *critérios econômicos de formação normativa* — clareza e simplicidade; e (III) *critérios econômicos de conteúdo* — novamente, clareza e simplicidade (BICUDO, 2015).

Neste átimo, por oportuno, rememora-se pontos relevantes: (I) o nascente Direito Penal, seguindo as tendências de todo o contexto europeu continental, inicialmente se baseou em leis difusas e esparsas; as quais (II) se ligavam muito mais à qualidade dos agentes tidos como criminosos, ou aos bens jurídicos ofendidos, do que à conduta do agente infrator propriamente dita. Ainda, não se pode olvidar que (III) grande parte dessas condutas ditas criminosas estavam relacionadas à moral e à religião da época; o que (IV) fez com que as penas, em razão da influência da Igreja medieval, contivessem tons de expurgo ou expiação de pecados — o que afligia sobremaneira os corpos criminosos, ainda que *racionalmente*.

Há de se considerar que, segundo assevera Carvalho (2015), não há apenas um movimento de formação dos Estados ou, no caso de sua obra, apenas um movimento central a conduzir ao processo denominado constitucionalismo. Houve uma multiplicidade de engrenagens trabalhando todas ao mesmo tempo, quase nunca em harmonia, e em diversos lugares distintos. De modo que, apesar de todo o exposto, a título de exemplo, enquanto a Europa continental fervilhava em meio às revoluções dos séculos XVII e XVIII, a região da hodierna Inglaterra, nesse mesmo período, mantinha-se em suas tradições.

Expôs-se anteriormente que o contexto jurídico europeu continental fora marcado pelas leis de diversas naturezas e pelos diversos modos de aplicá-las (ressalvada a característica comum da qualidade do agente penalizado). Na Inglaterra, contudo, imperava ainda o *common law* com raízes no longínquo século XII, o qual pautava-se em decisões e em seus precedentes. Neste regime diferenciado, as leis comuns, ligadas ao Direito Natural, subordinavam líderes e liderados, veja: “o *common law* (...) é um direito inato da consciência popular e declarado, antes de ser aplicado, pelos juízes, que se voltam aos costumes do país e às decisões anteriores e não a um decreto do soberano” (BICUDO, 2015, p.37).

Pontua-se ainda que o tradicionalismo inglês imprimiu nessa região, mais tarde cunhada como Reino Unido, os prenúncios daquilo que hoje se conhece como *controle de constitucionalidade* (imprescindível para a posterior teorização do Estado Democrático de Direito), vez que a lei comum, natural, exerce o poder de restringir os atos de todos, em especial dos líderes ou soberanos, os quais, segundo teorização de John Locke, representavam um

(mero) administrador da sociedade, responsável pela (mera) conservação dos direitos. O estado de natureza para Locke é um estado de perfeita liberdade e equilíbrio (LOCKE, [s.d.]).

Por volta do século XVII, houve a instauração da monarquia constitucional inglesa, quando as ideias de gestão do monarca esbarraram não apenas no Parlamento, mas também no dito *common law* — ocasião em que passou-se a invocar os direitos naturais dos ingleses livres como forma de limitar o poder do rei (CARVALHO, 2015). Neste período o poder fora fragmentado: eclesiástico e imperial (universalistas); além do feudatário e daquele pertencente ao senhor territorial (responsáveis pelo governo e ordenamento das cidades, respectivamente). O ponto em comum entre essas espécies é que estas não eram definidas como poderes soberanos. A partir disto pode-se afirmar que em todas as esferas do Direito, tanto a vida dos cidadãos quanto os aspectos econômicos, patrimoniais etc., se desenvolviam aquém das (poucas) previsões normativas — era uma *práxis* consuetudinária. Havia uma limitação de *fato* do poder público que se dava através do costume — e não de um *direito* propriamente definido, como aquele positivado.

2.1.2. O processo penal na era medieval: suas raízes religiosas e políticas

Naquilo que atine à formação do *Processo Penal* europeu do período medieval sob análise, sem dúvida fora a influência da Igreja a força determinante para sua estruturação, a qual trouxe consigo elementos do Império Romano. A extração da confissão mediante tortura, por exemplo, possuiu raízes dentro deste contexto.

O IV Concílio de Latrão, em 1215, século XIII, além de determinar que as confissões outrora públicas tornassem-se privadas, o que favorecia o controle social centralizador, criou também a instituição denominada *Inquisição*, a qual possuía “a finalidade concreta de perseguir a heresia” ou de converter hereges, vez que viu-se a “necessidade da Igreja e de certos corpos políticos nascentes de coibir (ou ‘reagir’) a ação de certas interpretações religiosas — que vinham a ser *culturais, políticas e sociais*”; sendo que, para tanto, surgiram os primeiros indivíduos tidos como especialistas em arrancar a verdade e em impor a dor (isto com o escopo de forçar a reintegração dos dissidentes por meio da força, seja eclesiástica, seja monárquica dos poderes que se concentravam). (ANITUA, 2008, p.52).

Tratou-se, seguramente, de um método de controle social e político que valia-se de processos e procedimentos penalizantes, fundados em dogmas religiosos. Tal assertiva tornou-se, anos depois, marcante e mais saliente a partir do momento em que *o pecado tornou-se crime*

de lesa-majestade. Neste sentido, em 1229, o Papa Gregório IX reestruturou o tribunal da Inquisição, estendendo-o por quase toda a Itália da época.

Por se tratar, como dito, de um meio de controle abrangente e com várias frentes, tais métodos de extração da verdade por meio das torturas, utilizados pela Igreja, foram também adotados pela *justiça comum* durante todo o período absolutista da Europa, com a finalidade precípua de impor o medo sobre a comunidade, e assim controlá-la. Tais práticas, de origem clerical, foram também a gênese do poder punitivo exercido pelo Estado moderno que mais tarde, com sua estruturação, reclamaria para si o *ius puniendi*.

O processo penal começava com a prisão preventiva do acusado de heresia, seus bens eram então sequestrados e em seguida era interrogado para se obter a confissão. Se ele negava ter cometido o ‘crime’ de que era acusado, era considerado ‘obstinado’, e isso podia acarretar consequências mais graves para o seu físico e sua vida. A missão fundamental da tortura era a averiguação da verdade, além da purificação dos pecados, com a aplicação do tormento, que se estendeu, finalmente, com a morte como pena, significativamente, na fogueira. (ANITUA, 2008, p. 54)

Ademais, no século XV, já em 1484, o Papa Inocêncio VIII proclama e concede por meio de uma bula papal, poderes ilimitados aos inquisidores, ou seja, para extrair a verdade as mais diversas e cruéis espécies de torturas e penas poderiam ser aplicadas — como já eram crudelíssimas, puderam ser ainda mais recrudescidas. Em todo caso, aviva-se que as normas e penas encontravam-se em um processo de *racionalização*.

Neste contexto e focando precisamente no objeto sob estudo (*Sistema de Justiça Criminal*) Anitua (2008, p.54) faz uma importante colocação: “a Inquisição foi a primeira agência burocratizada dominante destinada à aplicação de castigos e à definição de verdades, e por isso a primeira a formular um discurso de tipo criminológico”. Ademais, no que diz respeito às classes sociais, às heresias juntavam-se os estigmas dos indivíduos a serem perseguidos, como por exemplo os judeus e todos aqueles tidos como os *outros*, inclusive e em especial as mulheres, tidas como bruxas e caçadas por séculos a fio.

Quanto às mulheres há de se considerar, por oportuno, o proeminente alvo histórico que estas foram durante os séculos XV a XVII, quando tidas como bruxas. A premissa de onde parte-se é a de que “estereotipar qualquer grupo fortalece o desenho estatal” (ANITUA, 2008, p.57). Neste sentido, uma importantíssima obra histórica fora publicada no século XV, vindo a ser reeditada e reimpressa por outros séculos, a qual chamou-se de *Malleus Maleficarum* (Martelo das Bruxas). Tal obra, com mais de quinhentas páginas, se trata de um manual do procedimento inquisitorial, o qual é considerado o primeiro discurso criminológico moderno. A primeira parte da obra ocupa-se em definir aquilo que vem a ser o crime de bruxaria, bem como a razão de sua gravidade e alta periculosidade social e religiosa. A segunda parte do

manual define as características pessoais das mulheres bruxas, ou criminosas — a evidenciar, assim, o caráter descritivo doutrinário que relaciona-se com o chamado direito penal do autor(a). Por fim, traz em sua parte derradeira o prelecionar do processo penal a ser aplicado, com os métodos de extração da verdade objetivada: atuação de ofício, denúncias anônimas, ausência de defesa (ANITUA, 2008). Tal manual surge em razão da bula papal acima referida, sendo uma obra de Heinrich Kramer (1430-1505) e James Sprenger (1436-1495). Apesar de tratar de uma encomenda clerical, nada impediu que a legislação dos Estados europeus nascentes adotassem a obra como fonte de direito²; de modo a tornar evidente a estreita relação entre Igreja e Estado, bem como as funções de repressão e controle social aplicadas ao corpo social por meio do primitivo direito penal e processual penal positivados.

Para entender um pouco da dinâmica do processo punitivo do período mencionado anteriormente, lembra-se que Michel Foucault, em *Vigiar e Punir*, inicia sua obra com uma descrição detalhada da execução do soldado Robert François Damiens (1714-1757), ocorrida em 2 de março de 1757. Neste caso, em suma, acusado de parricídio, fora impingido a título de pena ao dito condenado a humilhação, a mutilação, a tortura e a morte por intermédio de esquartejamento; o qual, para ser consumado, contou com a tração de seis cavalos que, amarrados aos membros do apenado ainda vivo, deveriam marchar em direções opostas entre si, forçando os membros a se desprenderem do tronco — força esta que, no caso, não foi suficiente, sendo necessária a intervenção do carrasco para “cortar-lhes os nervos e retalhar-lhe as juntas”, a fim de que os membros se desprendessem do tronco. (FOUCAULT, 2014, p. 11)

Ademais, não se pode esquecer que tal espécie de penalização não apenas *era* como *deveria ser* pública, sendo tida como um espetáculo social. Neste sentido Gabriel Anitua (2008, p.108-9) expõe que “técnicas de justiça e governo, aplicadas pelo poder punitivo como atribuição do soberano, realizavam-se por meio do espetáculo (...) oferecido especialmente por ocasião da execução dos castigos, considerados um direito do monarca e do Estado”. A ideia, segundo Anitua (2008), era fazer com que as marcas deixadas no corpo individualizado do criminoso surtisses efeitos no corpo coletivo, controlando-o.

Não obstante, no que atine a este *como* punir, por mais incrível que possa parecer à primeira vista, havia um certo grau de ordem quando se tratava do suplício³. Este constituiu-se

² “Isso levaria os funcionários das diferentes agências, mas sobretudo as judiciais, a serem os mais comprometidos com os grandes genocídios da história, apesar de verem-se a si mesmos como homens importantes, cultos e civilizados” (ANITUA, 2008, p. 62)

³ “O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas. Há um código jurídico da dor; a pena, quando é suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas:

em uma técnica que, nas palavras de Foucault (2014), não deveria ser comparado aos excessos de uma raiva sem lei, vez que continha critérios e finalidades, tal como um sofrimento controlado⁴; e, não se pode esquecer, possuía uma função jurídica-política-social. Segundo Foucault (2014), ao cometer um crime o infrator atentava contra toda a ordem vigente, ou seja, violentava a vítima propriamente dita de modo imediato, e também ia contra a autoridade maior da localidade de modo mediato, aquela responsável pela prescrição e aplicação da lei, e a qual deveria, face o descumprimento da norma, se vingar.⁵

O suplício era, portanto, segundo Foucault, uma demonstração de força por parte do soberano que detinha o controle sobre os corpos daqueles sob sua jurisdição. Na obra foucaultiana encontra-se ainda descrições relacionadas não apenas ao como aplicar a pena, mas também em relação ao que fazer com o corpo do condenado: exposição das partes ou cremação destas a fim de que as cinzas fossem jogadas ao vento, por exemplo. Havia o interesse em se evidenciar o controle e a demonstrações de um poder sobre o corpo que estendia-se para além da vida do indivíduo. (FOUCAULT, 2014)

2.1.3. Os prenúncios políticos do nascimento do poder econômico

Foram as necessidades e a crise do sistema social vigente — o feudalismo — que oportunizaram a evolução das relações econômicas, vez que novas fontes de renda se fizeram necessárias para a manutenção dos privilégios das classes dominantes. Já nos séculos XIII e XIV a burguesia emergente favoreceu o início das cidades e das relações econômicas tais como hoje são conhecidas. Nos primitivos centros urbanos (os burgos) devidamente amuralhados, passou-se a ser desenvolvido o comércio e o artesanato. (ANITUA, 2008)

De um ponto de vista político, deve-se registrar que o aparecimento de estruturas centralizadas e com mais poder — nas quais o rei era, evidentemente, o mais favorecido — foi tão benéfica para os nobres quanto para os novos burgueses ou

número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (o tribunal decide se é o caso de estrangular o paciente imediatamente, em vez de deixá-lo morrer, e ao fim de quanto tempo esse gesto de piedade deve intervir), tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furados).” (FOUCAULT, 2014, p. 36-7)

⁴ Segundo o autor este primeiro critério diz respeito à necessidade de correspondência entre a ação e a resposta; sendo que o modo de aplicação do suplício revelava-se determinado de modo gradativo e calculado, vindo, por exemplo, desde uma decapitação (meio instantâneo e indolor) até um esquartejamento (duradouro e intensamente doloroso). Vejamos: “a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em ‘mil mortes’ e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas.” (FOUCAULT, 2014, p. 36-37)

⁵ “O suplício caracterizava-se também como um ritual político, por meio do qual o soberano fazia o acusado reparar o prejuízo trazido ao reino, pela desordem provocada, pelo mau exemplo dado, pelos prejuízos causados ao particular, como também era a vingança do monarca pela afronta à sua pessoa” (BICUDO, 2015, p. 36)

habitantes da cidade. Produziu-se, então, uma solidariedade entre o poder político e o poder econômico, entre as monarquias e os comerciantes das cidades. (ANITUA, 2008, p. 64)

Contudo, tendo em vista o excerto acima, apesar da harmonia inicial entre os Poderes, tem-se que os interesses tornaram-se antagônicos com o passar do tempo, o que logo daria início ao modo capitalista de produção. Rememora-se que o soberano no sistema feudal, dono das terras, se mantinha a partir da exploração de seus servos, os quais, por sua vez, se mantinham por meio de produções voltadas apenas para a sua própria subsistência. Não havia falar-se em subjetividades; tudo era linear e universal.

Em oposição a isto, nas cidades o que se viu foi a busca pelo acúmulo de capital e de mão de obra especializada para nas nascentes manufaturas. Nas cidades, também mais tarde conhecidas como capitais⁶, que ocasionaram os grandes êxitos rurais, havia o desejo de desvinculação da vassalagem feudal para se reestruturar o modo de vida, o que corroborou para o alicerce dos poderes soberanos centralizados, em especial as monarquias: “o econômico e o político iam de mãos dadas para poder impor o ‘mercado’ e surgia a necessidade de se criar o ‘Estado’ ”(ANITUA, 2008, p.67). Ainda nesta toada urbana, tem-se que a mesma propiciou aquilo que é a base do liberalismo, tal como aquilo que é a origem das teorias contratualistas, a saber: o individualismo — este vinculado às ideias de valorização da personalidade (como as capacidades de comerciantes, marinheiros e artistas), e da possibilidade da ascensão social. Neste sentido:

Não é estranho, pois, que o surgimento de uma concepção individualista do homem viesse de mãos dadas com a consolidação do Estado. O crescimento das cidades deu origem a uma nova classe social que se identificaria com elas: a burguesia. Estes primeiros comerciantes, banqueiros e artesãos eram justamente homens livres das relações de servidão feudais, e buscavam no amparo real ou estatal a garantia dessa liberdade. Por seu turno, eles contribuíam para que o poder centralizado monárquico se fortalecesse para eliminar os entraves feudais ao comércio. (ANITUA, 2009, p. 70)

Em meio a esta união, já somada às ideias políticas do Renascimento atrelado ao Humanismo, o *mercantilismo* — berço do capitalismo — despontou com jovial vigor no pensamento econômico dos burgueses e dos governantes. A tarefa a ser executada por ambos consistia na obtenção de lucro e acúmulo de riquezas. Os interesses particulares encontravam-se voltados para o comércio e para os bancos — de modo que com posterior grande acúmulo de capital, o desenvolvimento do capitalismo industrial seria propiciado. Sem embargo, os

⁶ Tal nomenclatura é devida mais à sua função política que econômica. E outra vez, dentro do político, o penal tem uma capacidade explicativa maior. Nesses períodos de consolidação do Estado, só os reis ou imperadores podiam erguer forcas, e isso conferia às cidades a distinção de *potestas capitales*, de onde se deriva o nome de *capitais* pelo qual elas são conhecidas até hoje.

interesses do Estado estavam voltados para a manutenção e o desenvolvimento dos cofres públicos “para subvencionar a máquina bélica e penal, o que lhe permitiria engrandecer e manter o poder absoluto”. (ANITUA, 2008, p. 71)

Ademais, trazendo a Igreja à lume outra vez mais, disse-se logo atrás sobre a influência desta instituição social (que transpassa todos os períodos históricos da humanidade) para com o Poder Público, que passou a valer-se também de fulcros religiosos com o escopo de promover a sua expansão econômica e política. A referida instituição eclesiástica, inserta nos mesmos contextos de estruturação dos Poderes Político e Econômico, também buscou favorecer-se economicamente. Daí se afirmar a estreita relação entre a Igreja medieval e o Estado moderno absolutista que se erguia no horizonte

o mesmo espírito de ‘cruzada’, encabeçada pelos novos ‘messias’ ou ‘condutores’ — os duques, reis e imperadores — se estenderia para o leste da Europa, para a Península Ibérica e para os cristãos não submetidos ao poder central da Igreja Católica, como os albigenses ou outros ‘hereges’, cuja repressão deu origem à Inquisição (...) os Estados consolidados mais bem-sucedidos emprenderiam importantes viagens de conquista com a finalidade de obter os minerais e as mercadorias necessárias para consolidar seu poder e prestígio na Europa da ‘acumulação primitiva’. (ANITUA, 2008, p.79)

Iniciadas com a *paz de Deus* em 1095, no século XI, as chamadas Cruzadas tiveram em si justificativas pautadas no poder punitivo, pois possuíam um caráter relacionado à tentativa de se alcançar os infiéis e hereges, bem como os dissidentes do pensamento eclesiástico; mas não somente isso. Anitua (2008) pontua que o Papa Urbano II possuía consciência de que ao convocar as Cruzadas estas promoveriam, além do alcance punitivo, benefícios econômicos, bem como políticos de unificação, na medida em que o *nós* e o *eles*⁷ restassem bem delimitados por intermédio das crenças em entes e conceitos universalistas. Assim, as incursões religiosas a caminho da Terra Santa (Jerusalém) se direcionaram ao Mediterrâneo e ao Oriente Médio — *locais estes com abundantes e valiosas mercadorias*.

Derradeiramente, sobremodo imperativo destacar os movimentos de conquistas econômicas e políticas, advindas por intermédio do expansionismo dos Estados, e que levaram homens como Cristóvão Colombo a distantes continentes, e aos seus ditos descobrimentos colonialistas, os quais resultaram ou viabilizaram ainda mais o acúmulo de riquezas nos cofres dos Estados e dos comerciantes — fator este que mais tarde, como já se pontuou, tornaria propício grandes investimentos nas indústrias —, bem como resultam em negociações desiguais, explorações de relações e genocídios⁸ de nativos nas Américas, na Índia e no

⁷ “O outro era visto em todo caso como alguém com tratos com o diabo — senão com o próprio demônio — e deixava claro que ‘nós’ estava conformado com o bem, com a defesa de Deus” (ANITUA, 2008, p. 79)

⁸ “É necessário reconhecer nestes genocídios, como naqueles que nos são mais próximos, a importância do trabalho escravo dos ‘outros’, considerados não-humanos ou sub-humanos, já que o mesmo modelo que os explorava parece

continente africano. Destaca-se ainda que tais conquistas, nas regiões ameríndias, criaram uma espécie de repartição de competências, pois, se os índios sul-americanos, por exemplo, fossem tidos como ignorantes quanto à fé cristã, logo suas existências eram consideradas como *propriedades* da Coroa, a qual os submetiam ao seu *poder político e penal, bem como ao poder econômico*, quando da exploração da sua mão de obra. Não obstante, se fossem tidos como desertores ou dissidentes da fé cristã, caberia à Igreja lhes impingir os métodos e as penas da Inquisição para conversão/catequização. (ANITUA, 2008)

2.1.4. O advento do Estado moderno e a concentração de poder público

Chama-se à atenção novamente para a Europa medieval, onde viu-se em tal período que a classe social burguesa ascendente, irresignada com a desigualdade social que lhe afligia, somada às incertezas jurídicas quanto à titularidade dos (seus próprios) direitos tidos, em seguida, como naturais, iniciou *movimentos liberais* em prol do constitucionalismo que basicamente servirá para o controle do poder Estatal; implicando também no declínio do sistema social em vigência, com o respectivo definhamento gradual dos privilégios feudais, bem como no início da estruturação do Estado moderno, o qual teria como principal supedâneo o tão cedo princípio da legalidade, em todos os seus desdobramentos e desenvolvimentos teóricos mais complexos, inclusive aqueles relacionados ao uso do *ius puniendi*.

Não obstante, e em meio à busca pela positivação e controle das normas aplicadas, por interesse da burguesia em ascensão, como já dito, e valendo-se das filosofias iluministas, passou-se a teorizar os porquês dos poderes constituídos, desvinculando-os dos ideais universalistas e religiosos; do mesmo modo que buscou-se as respostas para as questões relativas às finalidades do punir, visando-se às motivações e às funções da imposição de penas, e os meios ou métodos para tanto, que já eram todos estes exercidos não de modo totalmente desmedido ou irracional, como bem destacou Foucault (2014), mas de modo totalmente cruel, discricionário ou desproporcional. Questionou-se as legitimidades e buscou-se a racionalidade, com base na *economia das penas*, em detrimento dos cânones clericais e feudais até então em vigência. Daí se falar no início das *teorias contratualistas* relacionando-as ao advento das *teorias da pena*.

Antes de se prosseguir na exposição das *teorias* acima referidas, traz-se à baila mais

ser o que valorizava, como se viu, o distintivo de ‘humanidade’.” (...) A religião servia também para justificar a conquista e a repressão, que chegaram ao seu ponto máximo justamente nessas datas, quando esse Estado se consolidou e se empreendeu a maior tarefa de conquistar e espoliação imaginada até então. A conquista da América implicou a construção de um ‘outro’ nos índios americanos e, depois da devastação destes, nos negros africanos transportados como se fossem mercadorias’.” (ANITUA, 2008, p. 81)

uma vez o fato de que os delineamentos sociais e econômicos sempre estiveram presentes no porquê do punir antes mesmo de se teorizar qualquer coisa neste período, e antes mesmo de se pensar analiticamente e criticamente sobre as formas e os porquês da punição. Pois, na gênese desta, ou seja, nos primórdios sociais europeus, o que se buscou era o estabelecimento e a manutenção do poder, dos privilégios, e do *status social* — e para tal finalidade a punição, pura e simplesmente materializada na degradação e mutilação dos corpos e no suplício das almas, possuía, desde tal período, uma razão instrumental como pôde se observar alhures, voltada para o controle social.

Com René Descartes (1596-1650) houve uma ruptura nas reflexões teóricas, as quais, com o auxílio do método cartesiano (1637), deixaram de conceber o mundo como uma unidade indivisível e indiscutível, para observá-lo sobre a potencialidade de seu fracionamento. A razão toma espaço, e o ser humano, em toda a sua complexidade, inicia sua caminhada para o foco de luz no centro do universo no chamado movimento *antropocêntrico: cogito, ergo sum*⁹; deixando para trás as trevas nas quais as sociedades medievais encontravam-se submetidas. É o Renascimento e é o Humanismo.

Neste contexto ainda, se assenta o jusnaturalismo como o alicerce para o pensar jurídico moderno. BICUDO (2015) descreve a existência de duas gerações jusnaturalistas.

A primeira geração contou com o desenvolvimento da *liberdade dos mares* e com o *direito das gentes*, de natureza supranacional e supraconfessional. O destaque nesta fase se direciona à fundamentação dada ao *direito das gentes* por meio do *direito natural*, que além de, na teorização, ser de conhecimento de todos, propiciou a desvinculação tanto das entidades espirituais (*ius divinum*) quanto das autoridades positivas: “esse Direito Natural não se fundava em axiomas, como para os jusnaturalistas posteriores, mas no testemunho da experiência jurídica comum a toda a humanidade”. (BICUDO, 2015, p.27)

Não obstante, mais a frente, quando das análises acerca das divisões do *Sistema* e dos Poderes que o constituem, há uma concepção dada em *O espírito das leis* acerca destas duas espécies de direito ressaltadas por Bicudo (2015) que merece destaque neste átimo, *in verbis*:

Considerados como habitantes de um planeta tão grande, a ponto de ser necessária a existência de diferentes povos, existem leis na relação que estes povos possuem entre si: é o DIREITO DAS GENTES. Considerados como membros de uma sociedade que deve ser mantida, existem leis na relação entre aqueles que governam e aqueles que são governados: é o DIREITO POLÍTICO. Elas existem ainda, na relação que todos os cidadãos possuem entre si: e é o DIREITO CIVIL (MONTESQUIEU, 1996, p. 15)

A segunda geração do jusnaturalismo é marcada, em primeiro lugar, pelo desatrelar

⁹ René Descartes: penso, logo existo. (DESCARTES, 1996)

das confissões religiosas; passando a amadurecer, na Europa, a ideia de liberdade de crenças. Não obstante, fora reconhecida a dignidade da pessoa humana como uma fração inalienável e indisponível da figura do homem¹⁰. Houve ainda a disseminação de pensamentos Iluministas que geraram fomento para a criação de universidades por toda a Europa (BICUDO, 2015).

De maior importância para tal geração fora a pretensão, com êxito, de se fundamentar de modo lógico o Direito Positivo no jusnaturalismo pré-existente. Neste sentido buscaram os notórios contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau, tal compatibilização por meio da teorização de acordos, ou melhor, de *contratos sociais*. Tais estruturações teóricas são pertinentes à persecução do objeto uma vez que são precisamente delas que legitimou-se o *ius puniendi* do Estado, ao qual é outorgado pelos cidadãos enquanto indivíduos singulares, ou no ficto estado de natureza, o direito natural à vingança, que por sua vez se aprimora burocraticamente e dá origem ao complexo e hodierno *Sistema de Justiça Criminal*.

2.1.4.1. Os contratualistas do Estado moderno

Thomas Hobbes viu o total caos no *estado de natureza*, havendo se falar em crueldade, egoísmo e estado de guerra. Para tal filósofo o homem se mostrou incapaz de, por meio de leis naturais, manter a harmonia entre seus pares, sendo necessária então a intervenção de uma autoridade que promovesse a ordem e a paz, mas não a pouco custo. Logo, e de antemão, assevera-se que em Hobbes o contrato social serve para *acabar* com o estado de natureza. Isto porque a teoria hobbesiana possui um diferencial das demais de mesmo gênero. Segundo Carvalho¹¹ (2015), o filósofo não se valeu de fundamentos morais ou políticos, mas pautou-se em bases históricas e empíricas; isto em razão da desordem e do estado de anarquia em que se encontrava a Inglaterra de sua contemporaneidade: mergulhada em guerras de cunho religioso.

Segundo Hobbes (s.d.), os indivíduos quando desejosos de fugirem da condição de guerra vista em seu estado natural, fruto de suas próprias paixões, procuraram constituir e viver nos Estados com o intuito de conservarem tão somente a si mesmos. Muito embora esteja presente no ser o conhecimento acerca das leis da natureza, tais como justiça, equidade, modéstia, piedade¹², as paixões humanas tendem à vingança, ao orgulho, e ao egoísmo. Se faz

¹⁰ Vale-se do uso dos parênteses não para minorar, de modo algum, a igualdade entre os gêneros, tampouco para elevar o masculino em detrimento do feminino. Lança-se mão do sinal de pontuação para que, como é cediço, rememore-se a infeliz discrepância histórica mui presente no período em tela.

¹¹ “Quando pensou o estado de natureza, não o tomou como um dado meramente hipotético ou de alguma forma pré-histórico, mas inspirou-se no estado de guerra civil que dissolve o poder central, conduzindo à desordem generalizada. Nesse contexto, a guerra civil significa um retorno ao estado de natureza para cuja superação Hobbes desejava contribuir” (CARVALHO, 2015, p.47-8)

¹² O resumo de todas as leis segundo Hobbes é: “fazer aos outros o que queremos que nos façam”. HOBBS, [s.d], p.59.

necessário um temor maior, um pacto com espada, para que as leis naturais apontadas acima prevaleçam em detrimento das vontades naturais.

Uma questão relevante suscitada pelo filósofo diz respeito ao fato de que a quantidade de indivíduos pertencentes a um mesmo agrupamento não é tão relevante quanto a necessidade de alinhamento de intenções dos mesmos, ou seja, um *animus* em prol do coletivo. A divergência produz não apenas perigo externo — de modo a ocorrer que um grupo menor bem organizado sobrepuje um maior desorganizado —, mas também interno, em razão do fato de que a busca pelos próprios interesses e paixões, valendo-se de juízos e apetites individuais, conduz indivíduos à dissidência ou guerra civil. “Porque divergindo em opinião quanto ao melhor uso e aplicação de sua força, em vez de se ajudarem só se atrapalham uns aos outros, e devido a essa oposição mútua reduzem a nada sua força” (HOBBS, [s.d.], p. 60); fazendo com que rapidamente se retorne ao estado de natureza.

Os indivíduos, diferente das abelhas em Aristóteles, tidas como criaturas políticas, apenas se dão à coletividade de modo artificial, por meio de um pacto. De modo que, para que haja paz e resistência, o poder de todos os agrupados deve ser outorgado a um homem ou a uma assembleia de homens.

Designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferirem a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, a multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. (HOBBS, [s.d], p.61)

A partir disto pôde-se falar em um Estado e em um líder, este dirigente daquele, o qual concentra toda a força e o poder coletivos oriundos de direitos outrora meramente individuais. O filósofo deixa claro que o fator que une e dissipa os receios internos e externos surge por intermédio do medo originário do exercício da força; sendo o medo, inclusive, trazido mais à frente na obra, como uma das paixões ou características do indivíduo que menos o faz tender à violação das leis.

Neste trilhar, são três as formas de governo reconhecidas por Hobbes. Quando há a concentração em apenas um sujeito, tem-se uma monarquia (esta preferida pelo filósofo em relação às demais). Quando há a presença de uma assembleia de todos, democracia ou governo popular; e quando a assembleia é de uma parte, tem-se uma aristocracia. Neste sentido, permanece o registro de que cabe aos indivíduos outrora em situação de plena liberdade conferir a autoridade de representação a uma ou mais pessoas.

Complementa-se que em Hobbes “a lei natural não tem outra função que a submissão às leis positivas, pois as leis naturais são as que buscam a paz, e a paz não se atinge enquanto não houver a submissão às leis postas pela autoridade. Autoridade essa que não pode ser desconstruída pelos submissos a ela.”¹³ (BICUDO, 2015)

Gabriel Anitua analisa ainda que Hobbes defendeu por meio de sua teoria o absolutismo monárquico; o Estado forte e necessário à ordem. Seu contratualismo baseia-se na submissão dos indivíduos a uma autoridade superior ante o medo razoável; isto a fim de que o governante promova, como já dito, a paz e a ordem. Pontua-se que a referida submissão engloba o direito sobre a vida e sobre a morte dos súditos — concretizando-se tal assertiva, com maior proeminência, é claro, no âmbito punitivo. (ANITUA, 2008)

Neste sentido, são elencados em *O Leviatã* onze direitos do governo(ante) soberano, dentre os quais destaca-se que compete ao soberano (I) exercer controle sobre as opiniões e doutrina, a fim de que a paz seja preservada; (II) prescrever as regras; (III) exercer a autoridade judicial; (IV) iniciar e extinguir as guerras; (V) escolher ministros, magistrados, funcionários etc.; bem como (VI) recompensar ou punir os súditos, em conformidade com lei previamente estabelecida¹⁴.

Com isto posto, percebe-se com nitidez e clareza que os traços mais singulares e marcantes dos atuais Estados Democráticos fazem-se presentes na teoria contratualista em tela. Muito embora hoje se fale em tripartição de poderes, estes constituem, em rota comparação, como a trindade divina: são poderes independentes, mas que constituem um único ente, a saber: o Estado ou, *in casu*, o Leviatã.

¹³ “Deve entender-se que não se encontram obrigados por um pacto anterior a qualquer coisa que contradiga o atual. Consequentemente, aqueles que já instituíram um Estado, dado que são obrigados pelo pacto a reconhecer como seus os atos e decisões de alguém, não podem legitimamente celebrar entre si um novo pacto no sentido de obedecer a outrem, seja no que for, sem sua licença. Portanto, aqueles que estão submetidos a um monarca não podem sem licença deste renunciar à monarquia, voltando à confusão de uma multidão desunida, nem transferir sua pessoa daquele que dela é portador para outro homem, ou outra assembléia de homens. Pois são obrigados, cada homem perante cada homem, a reconhecer e a ser considerados autores de tudo quanto aquele que já é seu soberano fizer e considerar bom fazer”. (HOBBES, [s.d], p. 61-2)

¹⁴ “É confiado ao soberano o direito de recompensar com riquezas e honras, e o de punir com castigos corporais ou pecuniários, ou com a ignomínia, a qualquer súdito, de acordo com a lei que previamente estabeleceu”. (HOBBES, [s.d.], p. 64)

John Locke, por sua vez, viu o estado de natureza como um estado de perfeita liberdade, onde os indivíduos encontram-se racionalmente cientes da necessidade de igualdade e respeitabilidade entre si, e com a presença de *direitos naturais* já constituídos. Contudo, pontuou Locke que o *estado de natureza* é precário,¹⁵ e nem todos estão dispostos à submissão a tais necessidades; razão pela qual deve-se erigir um terceiro imparcial para preservar essa liberdade perfeita de autorregulação, bem como para promover, preventivamente, uma garantia de segurança frente às invasões. Trata-se de uma espécie de contrato social fiduciário; o governo civil como uma espécie de administrador, que poderá eventualmente ser dispensado¹⁶. (LOCKE, [s.d])

Essa possibilidade de dispensa a que se referiu pode ser entendida a partir do chamado *direito de resistência*; uma espécie de limitação do poder teorizada por Locke para a promoção, mais tarde, do controle de constitucionalidade.¹⁷ (CARVALHO, 2015).

A visão de Locke sobre o *poder político* advém inicialmente da busca pelo bem público; de modo que, em seguida, aquele que possui tal poder poderá criar as leis; aplicar ou deixar de aplicar penas; regulamentar e preservar a propriedade privada; ou ainda, empregar a força dos cidadãos nas atividades úteis para manter e proteger a comunidade. Mas este (o *poder político*) é a conclusão. Tem-se que a premissa para tal resta posta naquilo que vem a ser *estado de natureza*. (LOCKE, [s.d], p.35-6)

Seguramente, embora com nuances mais ou menos profundas, o *estado de natureza* entre os principais contratualistas mostra-se como um estado primitivo que carece ser de algum modo suprimido ou complementado. Com tal afirmação objetiva-se chamar à atenção desde logo para o fato teórico de que, apesar da dita semelhança, a visão de Locke diverge da perspectiva de Hobbes, anteriormente vista; as quais juntas divergirão da visão de Rousseau, posteriormente apresentada.

Na concepção de *estado de natureza* por Locke tem-se que os indivíduos nascem terminantemente iguais, e têm a perfeita e absoluta liberdade para agir dentro dos seus direitos naturais — e isto sem a necessidade de que qualquer outro indivíduo lhe autorize para tanto:

¹⁵ “Não é o medo o que leva os homens a constituir o Estado, mas sim a busca de um estágio superior no qual seus direitos naturais sejam garantidos e possam atuar” (ANITUA, 2008, p.127)

¹⁶ Thomas Hobbes, diferentemente, encara o agrupamento social contratual como uma espécie de submissão integral com um linhame imprescindível ao grupo, de modo a jamais poder ser tal linha desconstituída sem que se cometa uma injustiça, ou seja, jamais haverá destituição do governante. Diferentemente de John Locke que vê o governo como uma espécie de administrador que poderá ser dispensado.

¹⁷ O pensamento constitucionalista ganhou força em Locke quanto ao direito de resistência: dissolução do Legislativo que trair a confiança depositada nele, quando no violar de direitos individuais. Para isso vale-se de dois supedâneos: (I) a força da tradição da constituição inglesa, e os direitos absolutos dos homens britânicos; e (II) o conteúdo jusnaturalista do poder constituinte e dos direitos naturais dos indivíduos.

como dito são direitos naturais e ponto. A igualdade, aliás, é o fator que gera a obrigação de comprometimento das pessoas umas para com as outras, e para com o respeito aos limites¹⁸. (LOCKE, [s.d], p. 36)

O *direito natural*, base do *estado de natureza*, é este: “toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens” (LOCKE, [s.d], p. 36). Tal assertiva surge a partir da crença na criação e na submissão igualitária de todos ao divino Criador todo-poderoso. Neste ponto destaca-se que *estado de liberdade*, onde vige o *direito natural*, difere de *estado de permissividade*, quando frente a um controle e limitação de exercício das próprias faculdades. (LOCKE, [s.d])

Não obstante, entre o *estado de natureza* e a *sociedade civil* já encontra-se posto o *ius puniendi*, ou o direito de fazer valer as leis (naturais) por meio das próprias forças e sob o próprio julgamento — havendo se falar inclusive na possibilidade de penas capitais quando estas se justificarem. É importante trazer isto para compreender que o pacto social em Locke é fundamentado, em boa medida, a partir da existência de tais direitos naturais que envolvem o poder e a capacidade de punir dos indivíduos, quando estes têm suas propriedades vilipendiadas. (LOCKE, [s.d], p. 39)

Veja, no *estado de natureza* a transgressão ocorre quando se viola ou se deixa de observar as leis naturais, de modo que o ofensor declara não estar vivendo sob as mesmas regras naturais pautadas na razão e na igualdade comum a todos. Deste modo, o direito à *execução da lei*, ou seja, o direito à penalização simplesmente não pertence apenas ao eventual ofendido direto, mas diz respeito igualmente a toda a coletividade.

Isto posto, considera-se a seguir que a problemática é posta porquanto não é razoável (e aqui chama-se atenção mais para o conceito e definição de racionalidade do que para o de proporcionalidade) que o ofendido, ou os ofendidos — singular e plural, respectivamente — sejam juízes da própria causa. Pois, uma vez reconhecidos como inerentes aos homens os

¹⁸ “O judicioso Hooker considera esta igualdade natural dos homens como tão evidente em si mesma e fora de dúvida, que fundamenta sobre ela a obrigação que têm de se amarem mutuamente, sobre a qual ele baseia os deveres que uns têm para com os outros e de onde ele extrai os grandes preceitos da justiça e da caridade. Ele diz: ‘O mesmo convite da natureza levou os homens a reconhecer seu dever, tanto no amor ao próximo quanto no amor a si mesmo, pois deve ser aplicada uma medida comum a todas as coisas iguais. Se não posso me impedir de desejar que me façam o bem, se espero mesmo que todos ajam assim para comigo na medida dos desejos mais exigentes que um homem possa formular para si mesmo, como pretenderia obter satisfação, ainda que em parte, sem buscar por meu lado tentar satisfazer nos outros o mesmo desejo, por que eles compartilham sem dúvida da mesma fraqueza e da mesma natureza? Tudo o que lhes fosse oferecido desprezando este desejo forçosamente iria feri-los tanto quanto a mim. Portanto, se pratico o mal, devo esperar sofrer, pois os outros não têm motivo para me dedicar um amor maior que aquele que lhes demonstro. Meu desejo de ser amado em toda a dimensão do possível por meus iguais naturais me impõe a obrigação natural de lhes dedicar plenamente a mesma afeição. Ninguém ignora os diferentes preceitos e cânones para a direção da vida, que a razão natural extraiu desta relação de igualdade que existe entre nós mesmos e aqueles que são como nós” (Eccl. Pol., liv. 1 in LOCKE, [s.d], p.36)

direitos naturais, do mesmo modo é possível se falar em paixões e vinganças próprias e inatas aos indivíduos, que conduzirão seus desentendimentos a mais confusão e desordem ainda. Logo, “o governo civil é a solução adequada para as inconveniências do estado de natureza, que devem certamente ser grandes quando os homens podem ser juízes em causa própria”. (LOCKE, [s.d], p.38)

Mas mais profundo e problemático ainda, com relação às ações violentas, é o conceito de *estado de guerra* que difere-se da ideia de *estado de natureza*¹⁹. Por *estado de guerra* compreende-se a tentativa de imposição de um poder absoluto de um indivíduo sobre o outro, como em um atentado contra a vida, contra a liberdade, ou contra a propriedade. O *estado de guerra* faz-se presente no *estado de natureza* porquanto não há neste último uma autoridade constituída para dirimir as porfias, havendo se falar assim no uso das próprias forças e razões, as quais deixarão de assim ser exercidas quando houver uma submissão igualitária à lei como um instrumento tanto para a *reparação* quanto para a *prevenção*. Logo, Locke afirma que:

Evitar este estado de guerra é uma das razões principais porque os homens abandonaram o estado de natureza e se reuniram em sociedade. Pois onde há uma autoridade, um poder sobre a terra, onde se pode obter reparação através de recurso, está excluída a continuidade do estado de guerra e a controvérsia é decidida por aquele poder. (LOCKE, [s.d], p.40)

De mais a mais, diferente entendimento possui Montesquieu (1996) acerca daquilo que vem a ser *estado de guerra*. Para o filósofo, tal *status* surge ao tempo da constituição do corpo político, o qual, ao sentir a sua força, produz um estado de guerra de nação a nação. Mas o emprego da força vai além da destinação externa, pois no âmbito interno a busca por vantagens no seio coletivo acaba por, igualmente, gerar um estado de guerra. (MONTESQUIEU, 1996)

Retomando, é forçoso destacar neste ponto, mormente em vista a persecução do objeto proposto, as questões relativas (ou assim interpretados como pertencentes) ao *Sistema* e a um Direito Penal *sui generis*, as quais revelam-se presentes com especial proeminência nas razões fundantes de ser e de existir da comunidade ou corpo político na visão de Locke. Pois, segundo as teorias contratualistas, para sobreviver quando em seu *estado de natureza* o indivíduo lança mão sobre seu *direito natural* de julgar e de punir agressões diretamente, *per si* — como já fora dito anteriormente, mas aqui ressaltado sob tal perspectiva de objeto —; sendo que quando isto

¹⁹ “E temos aqui a clara diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra, que, embora alguns homens confundam, são tão distintos um do outro quanto um estado de paz, boa-vontade, assistência mútua e preservação, de um estado de inimizade, maldade, violência e destruição mútua. Homens vivendo juntos segundo a razão, sem um superior comum na terra com autoridade para julgar entre eles, eis efetivamente o estado de natureza. Mas a força, ou uma intenção declarada de força, sobre a pessoa de outro, onde não há superior comum na terra para chamar por socorro, é estado de guerra; e é a inexistência de um recurso deste gênero que dá ao homem o direito de guerra ao agressor, mesmo que ele viva em sociedade e se trate de um concidadão.” (LOCKE, [s.d], p.40)

ocorre é igualmente natural, ou comum, que haja a incidência de parcialidades e de paixões (daí a necessidade, comenta-se desde logo, da presença de terceiros imparciais). Paralelamente a isto, segundo Locke diretamente, o indivíduo está em *estado civil* quando o corpo coletivo possui um sistema jurídico e judiciário com autoridade para dirimir as desavenças e punir os ofensores; sendo que, em contrapartida, estarão ou permanecerão em *estado de natureza* todos aqueles que servem a si próprios como juiz e como executor de suas próprias demandas, ou auto tutelando-se²⁰. (LOCKE, [s.d])

Ainda, Locke cita a existência de um “objetivo capital e principal da união dos homens” (LOCKE, [s.d], p. 69), a saber: a conservação da propriedade. Daí se inferir da teoria contratual lockeana a construção de um pensamento que vem justificar uma das características mais proeminentes do Poder Econômico. Isto porque, apesar de toda a liberdade inata ao indivíduo, no *estado de natureza* a propriedade privada se encontra sob o constante risco de invasões, o que cria o perigo, o medo, e a insegurança. A maior parte dos homens, segundo o contratualista em tela, apesar de cientes da existência de igualdade, acabam por ultrapassar os limites, gerando justamente desigualdades e injustiças.

Isto posto, esquematiza-se que o *estado de natureza* em Locke carece: (i) de leis fixas para o estabelecimento de um padrão normativo consensual de certo e errado; (ii) de um juiz imparcial e com autoridade; e (iii) de um poder geral forte o suficiente para manter a devida execução de uma sentença justa, caso o ofensor possua maior força de resistência em relação ao ofendido. Não obstante, o indivíduo quando em *natureza* detém dois poderes: (i) a total faculdade para o exercício de conservação de si próprio de acordo com a sua conveniência, respeitados (a princípio) os limites naturais; bem como (ii) o poder de punir. O primeiro poder passa a ser socialmente regulamentado por meio das leis; enquanto que o segundo passa a ser exercido pelo poder executivo da sociedade, respeitadas as normas.

Assim, apesar de todos os privilégios do estado de natureza, a humanidade desfruta de uma condição ruim enquanto nele permanece, procurando rapidamente entrar em sociedade. (...) as inconveniências a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que cada homem possui de punir as transgressões dos outros faz com que eles busquem abrigo sob as leis estabelecidas do governo e tentem assim salvaguardar sua propriedade. É isso que dispõe cada um ao renunciar tão facilmente a seu poder de punir, porque ele fica inteiramente a cargo de titulares nomeados entre eles, que deverão exercê-lo conforme as regras que a comunidade ou aquelas pessoas

²⁰ “Cada vez que um homem entra na sociedade civil e se torna membro de uma comunidade civil, renuncia a seu poder de punir ofensas contra a lei da natureza na realização de seu próprio julgamento particular, mas tendo delegado ao legislativo o julgamento de todas as ofensas que podem apelar ao magistrado, delegou também à comunidade civil o direito de requerer sua força pessoal, sempre que quiser, para a execução dos julgamentos da comunidade civil; que, na verdade, são seus próprios julgamentos, pois são feitos por ele ou por seu representante (...) Por isso, todas as vezes que um número qualquer de homens se uniu em uma sociedade, ainda que cada um renuncie ao seu poder executivo da lei da natureza e o confie ao público, lá, e somente lá, existe uma sociedade política ou civil.”. (LOCKE, [s.d], p.58)

por ela autorizadas adotaram de comum acordo. Aí encontramos a base jurídica inicial e a gênese dos poderes legislativo e executivo, assim como dos governos e das próprias sociedades (...) cada um age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum; ele tem a obrigação de garantir a cada um sua propriedade, remediando aqueles três defeitos acima mencionados que tornam o estado de natureza tão inseguro e inquietante. (LOCKE, [s.d.], p.69-70)

Deste modo, vê-se com clareza o nível de contribuição de Locke para com o contratualismo histórico da base societária, a partir da formulação teórica da razão de ser do Estado, que envolve, entre tantas razões, necessidades e utilidades, o direito ao julgar e ao punir. Neste sentido, é igualmente forçoso destacar que Locke difere-se dos demais contratualistas, porquanto ele enfrenta com grande clareza didática o fato lógico de que a formação das sociedades antecede suas teorias contratuais. No plano hermenêutico jurídico tal problemática é descrita por meio da alegoria onde um indivíduo, objetivando transpor um abismo, primeiro atravessa o obstáculo para depois construir a ponte da travessia.

Jean-Jacques Rousseau, por fim, teorizou e sustentou um contrato social como forma de associação capaz de defender e proteger com toda força comum as pessoas e os seus bens. (ROUSSEAU, 1996).

A teoria rousseuniana vê na vontade geral uma supremacia, a qual confere a base ética que possibilita a formação do Estado. Não obstante, é por intermédio da vontade geral que as leis, constituídas por valores éticos, são formuladas e representam a expressão da vontade humana, que apesar de ir além do indivíduo, dele não se distancia, na medida em que a vontade geral deverá estar em plena consonância com a vontade individual (BICUDO, 2015).

Rousseau não atribui à natureza a capacidade de organização social, muito embora considere esta como um direito sagrado, e assevera que “o homem nasceu livre e por toda parte ele está agrilhado” (ROUSSEAU, 1996, p. 9). A origem da ordem social é atribuída às convenções humanas; salvo a ordem da instituição familiar, pois em sua essência há, em certa medida, uma origem natural, muito embora não deixe de ser igualmente uma convenção.²¹ Ou seja, a coletividade não é algo natural.

Tais convenções, ou a dedicação e submissão dos indivíduos uns aos outros, não deriva tão somente do uso da força, pois nunca haverá força o bastante a menos que esta seja

²¹ Neste sentido, filhos permanecem atrelados aos pais, e estes àqueles, enquanto perdurar a relação de dependência. Posta esta a termo, o vínculo inicial se dissolve e a potencialidade para a liberdade do indivíduo de ver-se livre para o exercício de suas próprias faculdades ganha espaço. Rousseau pontua que “a diferença toda está em que, na família, o amor do pai pelos filhos compensa os cuidados que lhes dedica, enquanto no Estado o prazer de comandar supre esse amor que o chefe não tem por seus povos”. (ROUSSEAU, 1996, p.10)

transformada em *direito* — aí a necessidade de um *monopólio dessa força*, bem como, posteriormente, de todo um *Sistema*. O uso da força em si não deriva de uma moralidade, tampouco a lei do mais forte gera um dever de ceder. As convenções sociais, segundo Rousseau, geram legitimidade, porquanto não há autoridade natural de um homem sobre o seu semelhante; tampouco pode a força, como já dito, produzir o direito à obrigação de se ceder às vontades²². (ROUSSEAU, 1996)

O *pacto social*, convencionado, surge então quando os indivíduos não têm mais força para se manterem no *estado de natureza*, aponta Rousseau — ou seja, o uso das forças para resistir aos obstáculos que obstam a conservação do modelo de vida natural tornam-se superiores às forças empregadas para se manter neste mesmo estado, ou seja, torna-se a resistência mais onerosa que a manutenção. Advém daí então a necessidade de unir forças para sobrepujar a resistência externa, e por vezes interna, fazendo com que aquelas (forças) sejam aplicadas em comum acordo, por meio de uma soma de esforços direcionados para um único objetivo. A partir daí nasce o *corpo político* ou *corpo social*.

O *corpo político* é a solução para um problema, e veja que o concurso de muitos nasce de dois elementos fundamentais, a saber, a força e a liberdade; as quais são os instrumentos utilizados para a conservação do indivíduo em seu *estado natural*. A questão é como ocorrerá o emprego de tais meios ao coletivo sem que haja prejuízo do individual, ou seja, como se dará a preservação dos bens e da pessoa sem que haja, contudo, a perda de sua liberdade.²³

Na transição do *estado de natureza* para o *estado civil* ocorre a substituição das condutas, se fazendo presente o instinto pela justiça e pela moralidade nas ações outrora ausentes. Os impulsos físicos dão lugar à voz dos princípios do dever e da razão. Se o *estado civil* restringe quantas forem as *liberdades naturais*, tantas outras superiores são concedidas quando em agrupamento.

[em estado civil] suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas ideias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva e a tal ponto que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem amiúde a uma condição inferior àquela de que saiu, deveria bendizer sem cessar o ditoso instante que dela o arrancou para sempre, transformando-o de um animal estúpido e limitado num ser inteligente,

²² Segundo o contratualista, “sempre haverá uma grande diferença entre submeter uma multidão e reger uma sociedade”. Há uma diferença entre agregar e associar, onde visa-se, nesta última, o bem público e o corpo político. Ainda que um único homem venha a submeter metade do mundo a sua vontade, se esta não atender ao bem público, se tratará de uma agregação particular, com interesses privados.

²³ As cláusulas de tal contrato advêm da natureza do ato, e embora não sejam formalmente enunciadas são as mesmas em toda parte, de modo que resumem-se em: “a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade”. A lógica é que se todos se dão à comunidade por inteiro, logo todos estão em igualdade de condições; e se estas são iguais, logo não haverá interesse de qualquer um que seja em torná-las demasiadamente onerosas. Pois, “cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e mais força para conservar o que se tem.” (ROUSSEAU, 1996, p. 21)

num homem. (ROUSSEAU, 1996, 26)

Antes do contrato social, o que se tinha era a *liberdade natural* e o *direito ilimitado* de se desejar e de se buscar alcançar tudo aquilo que fosse almejado. Dentro dos agrupamentos sociais, contudo, obtém-se a *liberdade civil* e a *propriedade*. Para melhor distinguir: na liberdade natural os limites são impostos pela força física do indivíduo, enquanto que na liberdade civil tal limitação nasce da vontade geral. Ademais, no estado de natureza a posse é assegurada pelo uso da força, enquanto no estado civil fala-se em propriedade por intermédio de um título positivo. Tal discrepância demonstra a segurança que a sociedade traz para o indivíduo que, com um pedaço de papel, assegura um direito antes defendido a unha.

Indo adiante, a união de todos forma a Cidade, a República ou o *corpo político*; também chamado por seus membros de *Estado*, quando passivo; ou de *soberano*, quando ativo; ou ainda de *Potência*, quando em comparação aos demais. Os indivíduos formam o *povo*, que em particular intitulam-se *cidadãos* quando sob a autoridade soberana, e *súditos* quando sob as leis do Estado. (ROUSSEAU, 1996)

Tendo em mente tais concepções de coletividades, tem-se também que o acordo do *corpo político* com cada um dos indivíduos que o compõe revela a potencialidade da soberania. Veja que, segundo Rousseau, no tocante aos direitos dos cidadãos enquanto homens, naquilo que concerne aos deveres enquanto cidadãos, e, ainda, não obstante à cessão de poder, bens e liberdade em prol do coletivo, será de responsabilidade do soberano (passivo ou ativo) julgar e determinar quais os interesses coletivos que comportam cada uma de suas decisões; sendo que estas, em nome da lei da razão, jamais poderão impor ao indivíduo ônus que não seja de interesse da comunidade. Isto porque “os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios por serem mútuos, e a sua natureza é tal que, ao cumpri-los, não se pode trabalhar para outrem sem trabalhar também para si mesmo” (ROUSSEAU, 1996, p.39-40).²⁴ Sendo ademais que do ato soberano emergem quatro características: (I) legitimidade — vez que baseado no contrato social; (II) equitatividade — vez que aplicável a todos; (III) utilidade — vez que visa ao bem comum; e (IV) solidez — vez que possui força pública e poder soberano. Neste sentido, interessante consignar que sob tais convenções os indivíduos, teoricamente,

²⁴ A justificativa rousseauiana para tal assertiva caminha sobre o prisma de que a vontade geral só é soberana se observadas sua essência, ou seja, se parte de todos, aplica-se a todos. Não há retidão natural quando a norma ou a ordem são direcionadas a um objeto individual ou determinado. Daí se falar, inclusive, no atual princípio da legalidade. O filósofo vai além ao expor que a vontade geral altera sua natureza quando pronuncia-se sobre um homem ou sobre um fato. “Todo ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece igualmente a todos os cidadãos, de sorte que o soberano conhece somente o corpo da nação e não distingue nenhum daqueles que a compõem”. (ROUSSEAU, 1996, p. 41)

obedecem tão somente a si mesmos e à sua própria vontade.

O *pacto social* dá vida ao *corpo político*, e o seu movimento, a sua vontade e a sua conservação se dão por intermédio das leis. Neste sentido, considera-se que aquilo que é bom e que convém à ordem advém da natureza, sendo que a justiça provém de Deus. Os homens, entretanto, não sabem recepcionar tais atributos, razão pela qual carecem de governos e leis. E, não obstante, quando fala-se em leis fala-se em justiça, a qual advém da reciprocidade entre os cidadãos, pois de nada vale um indivíduo observar o bem ao outro, e a si ser imposto o mal — e este é o risco que se corre no *estado de natureza*, diferentemente do *estado civil*. Por isto, as leis e as convenções pactuais servem para “unir os direitos aos deveres e conduzir a justiça ao seu fim”. (ROUSSEAU, 1996, p.46)

2.2. A LEGITIMIDADE E A LEGALIDADE PARA A ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

2.2.1 O monopólio da violência estatal e a burocratização do Estado

Vistos os principais contratualistas estatais, tem-se agora que enquanto o termo *política* encontra-se atrelado ao *agrupamento político* denominado *Estado*, este, por sua vez, e sociologicamente falando, não se define por seus fins; vez que são mutáveis no curso do tempo e nas restrições do espaço. Entretanto, apesar de tal indefinição, um traço se faz presente em todos os agrupamentos políticos, ou Estados, qual seja, o uso da coação física. Todo Estado se funda na força. E tal força, materializada no uso da violência física, é o instrumento Estatal mais utilizado em detrimento dos demais que lhe são igualmente peculiares. (WEBER, 2011)

Quanto à origem de tal poder, viu-se em Rousseau (1996) que a família se mostra como uma espécie de modelo natural do Estado²⁵, e no mesmo trilhar encontra-se Weber (2011) que vê os núcleos familiares como agrupamentos políticos nos quais desde cedo lança-se mão ao uso da força e da violência física como ferramentas ordinárias e aceitáveis de exercício do poder — estas, neste primeiro momento, legitimadas pelo costume. Tal tema em Max Weber é abordado logo no início da segunda parte de sua obra, quando este preleciona que:

“Todo Estado se funda na força”, disse um dia Trotsky a Brest-Litovsk. E isso é verdade. Se só existissem estruturas sociais de que a violência estivesse ausente, o conceito de Estado teria também desaparecido e apenas subsistiria o que, no sentido

²⁵ Neste sentido, e em complementação ao excerto weberiano colacionado, tem-se em Rousseau que “a ordem social é um direito sagrado, que serve de base para todos os demais. Tal direito, entretanto, não advém da natureza, funda-se, pois, em convenções (...) a mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família. Ainda assim, os filhos só permanecem ligados ao pai enquanto necessitam dele para a própria conservação. Assim que essa necessidade cessa, dissolve-se o vínculo natural e a própria família só se mantém por convenção. (...) É a família, pois, o primeiro modelo das sociedades políticas, o chefe é a imagem do pai, o povo a dos filhos (...)”. (ROUSSEAU, 1996. p.9-10)

próprio da palavra, se denomina ‘anarquia’. A violência não é, evidentemente, o único instrumento de que se vale o Estado — não haja a respeito qualquer dúvida —, mas é seu instrumento específico. Em nossos dias, a relação entre o Estado e a violência é particularmente íntima. Em todos os tempos, os agrupamentos políticos mais diversos — a começar pela família — recorreram à violência física, tendo-a como instrumento normal de poder. Em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território — a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado — reivindica o *monopólio do uso legítimo da violência física* (...) o Estado se transforma, portanto, na única fonte do “direito” à violência. (WEBER, 2011, p.66-67)

O Estado carece de uma força universal para a conservação da ordem, de modo que haja a disposição, ou o deslocamento das partes, em prol e em conveniência do todo. Neste sentido, tal como a natureza concede a cada indivíduo um poder absoluto, o pacto social, de igual modo, traz consigo, sobre o corpo político, um poder absoluto também denominado *soberania* — é o que se depreende dos contratualistas, especialmente Locke e Rousseau que tratam categoricamente o tema.

Com isto, afirma WEBER (2011) que o Estado moderno concebido como uma comunidade humana, a partir de sua soberania outorgada, “reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física” dentro dos limites de determinado espaço geográfico (território), transformando-se na única fonte do direito à violência (jurisdição). Veja, há monopólio, limitação geográfica, legitimidade jurídica, burocracia e domínio. (WEBER, 2011, p. 67)

O Estado moderno é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão. (WEBER, 2011, p.66-67)

Com isto exposto, e avivando-se o que fora dito outrora ao tempo da análise dos contratualistas acerca dos porquês do agrupamento social e da formação do corpo político, rememora-se que a *origem da violência legítima*, da qual se apropria o Estado, é o próprio indivíduo que o compõe; com o grande e o fundamental diferencial relativo à autorização e à legitimação dadas pelo Direito produzido no acordo coletivo, que canaliza a força e os esforços em prol do bem comum.

Indo um pouco além na diferenciação e na busca pelas origens do *ius puniendi* do Estado, verifica-se ainda a existência de um pressuposto de natureza antropológica relacionado à absoluta autonomia do indivíduo, e atrelado a esta encontra-se inevitavelmente o conceito de violência; isto porque tudo aquilo que constrange a autonomia e a liberdade do indivíduo pode ser considerado uma violência. A questão-problema neste ponto, portanto, é que o dito *tudo aquilo* guarda em si demasiada abrangência, abarcando os conceitos de poder legítimo e

ilegítimo, coação, violências inúmeras, os justos e os injustos. Neste sentido, quando se envolve a liberdade do indivíduo e atos que atentam contra ela, ou seja, as violências plúrimas, é possível pensar em hipóteses de (i)legalidade para com o uso do direito de punir, ou *ius puniendi*. Eis então a necessidade de fundamentações teóricas que conduzam à estrita legitimidade e ao controle do uso da força coletiva, pautados na legalidade dos termos originários e derivados do contrato social firmado, para que assim haja freios nas ações coletivas e individuais que ocorrem no corpo social e que eventualmente venham atentar contra a liberdade de todos ou de um. (ADORNO, 2002)

A partir das lições weberianas (2011, p.68-69) verifica-se que a referida legitimidade do poder Estatal possui três supedâneos, e são eles: a (I) “*autoridade do passado eterno*”; os (II) “*dons pessoais e extraordinários de um indivíduo*” e/ou seu *carisma*; e a (III) “*autoridade que se impõe em razão da legalidade*” e da validade das normas, e também da competência daqueles que as criam de modo racional. ADORNO (2002), por seu turno, as resume simplesmente em tradição, carisma e legalidade.

Quanto à autoridade do passado acima citada, esta liga-se à tradição ou ao poder tradicional, bem como ao hábito e à validade imemorial; de onde extrai-se que homens se submetem a outros; semelhantemente aos costumes patriarcais e familiares, e tal como fora com os senhores de terras em períodos medievais pré-estatais.

Além disso, Weber (2011) coloca atenção especial quanto àquilo que diz respeito aos dons pessoais, ou ao carisma do líder. Como percebe-se facilmente, trata-se de uma ligação pessoal, subjetiva, atrelada às capacidades únicas do sujeito; revelando-se como a fonte e as características de verdadeira *vocação política*. São exemplos weberianos os profetas, os chefes em tempos de guerra, os líderes religiosos, e os parlamentares. Tais entes personalizados se levantam em todas as épocas, e em todos os locais. No Ocidente, propriamente nos Estados constitucionais e nas civilizações independentes, encontra-se e triunfa a figura do “livre demagogo” (WEBER, 2011, p.70), o qual se mostra, por exemplo, como o chefe de um partido parlamentar. É imperativo mencionar que em nenhuma sociedade tal *político por vocação* se constitui como um ente determinante em prejuízo da luta pelo poder, ou seja, outros indivíduos podem chegar onde ele está. O ponto crucial, ainda dentro da ideia dos dons pessoais, é revelado por intermédio da capacidade que o líder, do período e da região, possuiu para arregimentar as demais forças políticas, a fim de que estas legitimem sua autoridade.

Ademais, importante distinção faz o filósofo entre aqueles indivíduos que vivem *para* a política daqueles que vivem *da* política. De modo que, no conceito que abraça a primeira categoria (daqueles que vivem *para* a política) encontramos os indivíduos que fazem desta

atividade a finalidade de suas vidas, seja porque encontram em tal *mister* o gozo na posse do poder, seja porquanto encontram equilíbrio, fazendo com que a política lhe dê significado à vida. Os indivíduos sérios que vivem para uma causa, vivem também dela. O segundo conceito por sua vez, daqueles que vivem *da* política, traz à baila questões econômicas, pois fazem da política uma fonte de renda, de modo a privilegiar seus interesses pessoais em detrimento do coletivo.

Para Weber o “homem político deve, em condições normais, ser economicamente independente das vantagens que a atividade política lhe possa proporcionar” e “economicamente disponível”, ou seja, o político deve possuir fortuna ou uma situação que lhe permita auferir ganhos suficientes, e ainda não estar obrigado a empenhar todo seu tempo, trabalho e pensamentos, à sua própria subsistência. Dentro de tal delimitação, o político ideal seria o capitalista, o qual obtém ganhos sem que dispense sua força de trabalho para tanto. Prevalece então a ideia de uma plutocracia. (WEBER, 2011, p. 79).

Por fim, e não menos importante, naquilo que se refere à “razão da legalidade” (WEBER, 2011, p.68-9), trata-se esta da crença depositada sobre a validade das normas, e sobre aqueles que as criam. Neste sentido, importa destacar a obrigação de obediência.²⁶

Detendo-se, pois, no concernente à *razão da legalidade* — e não se olvidando ser ela um dos fundamentos da *legitimidade* — certo é que sobre ela recaí as balizas dos limites (frisa-se: dos limites) estatais para o uso da força, como referência à necessidade de controle do uso, ou do exercício, do *monopólio da violência estatal*, ainda que *legítima*, tal como fora dito acima.

A questão da legalidade jurídica, por sua extrema relevância, ganhará capítulo próprio mais a frente, razão pela qual, roga-se vênia neste átimo para prosseguir naquilo que atine à burocratização da máquina estatal, antes de se explorar os supedâneos e diretrizes, legais e principiológicas, respectivamente, para o uso da força legítima.

Trilhando então para a questão relativa à *burocratização* ou à *administração* do Estado, detentor do monopólio da violência — sustentáculo da maior parte do *Sistema de Justiça Criminal* —, e sobre a concatenação dos colaboradores, e consequentemente da arregimentação do *poder de punir* por eles, consigna-se de antemão que, para Weber (2011), a administração estatal (clássica) possui duas categorias.

²⁶ De especial relevância também, dentro do contexto do monopólio da violência, é a obediência dos súditos que pode brotar, segundo Weber (2011) em meio à esperança e/ou em meio ao medo; ou seja, *medo* da vingança a ser exercida pelo Estado, e/ou *esperança* quanto à recompensa nesta terra ou em outra quando em obediência às regras. Não obstante, não se pode olvidar da obediência em razão de interesses variadas, tais como a retribuição material e o prestígio social.

A primeira delas, a qual se chama “agrupamento organizado”, parte de um princípio onde “o estado-maior, os funcionários ou outros magistrados, de cuja obediência depende o detentor do poder, são, eles próprios, os proprietários dos instrumentos de gestão” (WEBER, 2011, p.71), tais como os recursos financeiros e os elementos materiais diversos e inúmeros. Neste sentido, o Estado possui o controle ou a propriedade total, ou parcial, daquilo que necessita para a sua gestão; e o líder organiza, administra, delega e concede poder executivo para que outros, quer sejam empregados, ou familiares, ou favoritos não possuidores do direito pleno à gestão, administrem aquilo a que lhes é confiado.

A segunda categoria possui um outro princípio, este oposto ao primeiro, onde “o estado-maior é privado dos meios de gestão” (WEBER, 2011, p.72); e isto é visto tal como resta posto no modelo econômico capitalista atual, onde os trabalhadores, ou os proletários, são privados dos meios materiais de produção. Aqui, naquilo que concerne ao Estado, há a existência de possuidores do pleno direito à gestão e à administração em razão da sua independência econômica em relação ao poder, ou seja, em linhas gerais o poder de gestão do Estado encontrar-se-ia submetido ao poder e aos interesses privados, majoritariamente econômicos. Ao tempo da formação dos Estados modernos viu-se que:

O Estado-moderno — e isto é de importância no plano dos conceitos — conseguiu, portanto, e de maneira integral, ‘privar’ a direção administrativa, os funcionários e trabalhadores burocráticos de quaisquer meios de gestão (...) é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão. Equivale isso a dizer que o Estado moderno expropriou todos os funcionários que, segundo o princípio dos ‘Estados’ dispunham outrora, por direito próprio, de meios de gestão, substituindo-se a tais funcionários, inclusive no topo da hierarquia. (WEBER, 2011, p. 74-5)

Neste ponto importa fazer uma digressão temporal. Como dito alhures que por intermédio de um processo de *racionalização*, as sociedades passaram a estruturar as formas hierárquicas de serviços especializados estatais — o que fora fundamental para se firmar e consolidar as estruturas da instituição Estatal valendo-se da burocratização (ANITUA, 2008). O que se tinha até então eram núcleos descentralizados de poder, e o Estado moderno surge mudando esta realidade, trazendo para si o poder jurídico-político, bem como a violência física legítima, distribuindo-a.

É esta a racionalização que Weber demonstra como característica do direito, da economia e, previamente, da política ocidental. Estas formas jurídicas, econômicas, políticas e sociais não podem ter se desenvolvido da maneira que o fizeram sem a intervenção — e a apropriação — de peritos ou especialistas transformados em burocratas sobre os fatos sociais. (ANITUA, 2008, p. 39)

Já a partir do século XIII é possível visualizar o início do crescimento da influência dos letrados, ou dos instruídos, sob o Estado que se erigia nas representações dos poderes monárquicos ou soberanos, estes diametralmente opostos aos poderes feudais, que se sustentavam ou eram administrados mormente pelo uso da força física, esta em detrimento das capacidades administrativas. (ANITUA, 2008)

Neste sentido, infere-se de *A Política como Vocação* que de um modo geral os novos líderes buscaram auxílio e apoio nos estratos sociais não comprometidos com os mesmos interesses de ordem. Destaca-se com proeminência a figura dos *clérigos* que, sabendo ler e escrever, eram capazes de expressar por escrito as vontades do líder. Ademais, de modo especial, figurou o *sacerdote celibatário* que mantinha-se à tangente de eventuais conflitos entre os poderes políticos e econômicos.²⁷(WEBER, 2011)

Anitua (2008, p.40) anota ainda que no plano jurídico, a partir da conservação do *direito imperial romano* nas Universidades, e em especial nas Igrejas, o que se viu foi um “avassalamento dos direitos locais com tradição popular, mítica ou ‘pactuada’ por um direito estatal imposto”. Assim, o início da *burocracia* se mistura à *clerezia*, institutos geradores não apenas dos Estados, mas também de suas necessidades.

A primeira monarquia a ser instaurada na Europa sob o formato de Estado moderno fora erigida por Guilherme, o Conquistador. Após a consolidação do seu poder, por volta de 1071, o líder sob o foco firmou pactos com os barões e com a Igreja Católica com o fito voltado para a administração dos seus bens pessoais. Anos depois criou a *chancelaria* (responsável pelas leis), o *fisco* (com responsabilidade sobre o erário), além de instituir a *moeda real* como a única válida, bem como proibir guerras internas (tomando para si fortes e castelos). Neste clima houve a designação dos funcionários instruídos como responsáveis para exercer a violência do Estado, este agora legitimado para tanto por meio da construção de teorias e pensamentos (dos quais a influência da Igreja se viu determinante). (ANITUA, 2008)

Mais do que usurpar a função jurisdicional, o Estado e o Direito — o rei e seus juristas especializados — apropriaram-se das relações de poder interpessoais, do próprio conflito. O monopólio estatal do *ius puniendi* significa que não se substituía somente a sociedade em assembleia, mas também as vítimas de sua reclamação, e em seus lugares apareceram funções estatais que deviam ser respeitadas por aqueles. O Estado teria interesse, desde então, na resolução dos conflitos, mais do que os particulares, o que se revelaria em falta de acusações e no surgimento das delações secretas como motor inicial das ações que promoveriam juízos e castigos (ANITUA, 2008, p. 42-3)

²⁷ Interessante anotar que em todas as regiões viu-se o poder soberano valer-se dos indivíduos religiosos, tanto nas “Índias orientais como nas ocidentais, na China e Japão, na Mongólia dos Lamas e nos países cristãos da Idade Média. (...) Recorreu-se aos brâmanes, aos sacerdotes budistas, aos Lamas ou aos bispos e sacerdotes (...)”. (WEBER, 2011, p.92) Ademais, na França do século XII a administração da justiça real fora exercida pelos mestres universitários; os quais validaram o Estado urano e centralizado, ao ponto de transferir a capital francesa para Paris, cidade sede da Universidade. (ANITUA, 2008).

A partir do excerto acima verifica-se que não tardou o surgimento do procedimento inquisitorial (antagônico ao processo acusatório moderno) que retornou às formas do processo imperial romano, agora acrescido do Direito Penal Canônico. A primeira alteração importante foi a substituição do termo *dano* por *infração*, pressupondo que a ação de um indivíduo sobre outro pode acarretar em desobediência ao Estado (quando uma norma legal é infringida), ato para a qual exigiria-se a reparação — daí se falar, neste mesmo período de redefinições, em *delito e castigo*. (ANITUA, 2008)

A partir da leitura de Weber, a uma importante conclusão pode-se chegar: a de que o Estado (no caso o Estado moderno) “é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão”. (WEBER, 2011, p. 66-67)

À luz do excerto colacionado acima, verifica-se a presença de algumas ideias ou termos relevantes, sendo eles: a instituição; o monopólio; o território; o instrumento de domínio; e os meios materiais de gestão. Tais conceitos encontram-se diretamente relacionados à ideia de *Sistema de Justiça Criminal*, vez que são a sua base de exercício.

2.2.2. A limitação do *ius puniendi* por Cesare Beccaria

Privilegiou-se no capítulo anterior o explorar-se primeiramente das questões relativas à *burocratização* e à *organização* do Estado para depois encaminhar-se para a *legalidade do uso da força* ou *da punição*.

Conforme viu-se em Weber (2011), e tal como analisou-se igualmente com Adorno (2002), o uso da força pelo Estatal requer *legitimidade*, e esta surge por intermédio da *legalidade*. Sendo que por legitimidade entende-se não somente a possibilidade de exercício ativo da força, mas principalmente de controle desse uso; o qual é tolerável, ou se justifica, em situações de ataques externos às estruturas internas do Estado soberano, ou ainda em casos onde objetiva-se evitar a fragmentação interna em decorrência de conflitos domésticos.

Assevera-se que “na sociedade moderna, a violência legítima é justamente aquela cujos fins — assegurar a soberania de um Estado-nação ou a unidade ameaçada de uma sociedade — obedece aos ditames legais (...) repousa na lei e em estatutos”. (ADORNO, 2002, p.276)

É forçoso concluir, portanto, que ao menos no bojo da teorização da formação do

Estado moderno e das comunidades sociais, só há espaço para a *legitimidade* do *Sistema de Justiça Criminal* quando este encontrar-se adstrito à *legalidade* do corpo social formulado.

O italiano Cesare Beccaria, em *Dos Delitos e Das Penas*, para a questão sob análise contribuiu grandemente. Beccaria, em sua obra, atraiu tanto os cientificistas quanto os humanistas; reuniu tanto o empirismo inglês quanto o racionalismo francês; e foi um dos maiores expoentes do Iluminismo; de modo que fora seu livro inserto na lista de proibições inquisitoriais, pelo período de cerca de duzentos anos, por ser considerado uma obra revolucionária, face sua análise crítica e global dos sistemas jurídicos e penais até então em vigência (ANITUA, 2008).

Influenciado e influenciador do Iluminismo europeu do século XVIII, bem como contemporâneo de um clima de revolta, mormente em relação às práticas adotadas pelo Direito Penal do período em que viveu, Beccaria objetivou uma reforma *racional* em favor da natureza e da razão humanas (BICUDO, 2015). Nos primórdios dos Estados houve uma discrepância legal em relação às leis e a sua aplicação, e Beccaria reconheceu a presença dessas desigualdades com origem nas diferenças sociais das classes; e em seu tempo requestou por igualdade e legalidade:

As vantagens da sociedade devem ser igualmente repartidas entre todos os seus membros. No entanto, entre os homens reunidos, nota-se a tendência contínua de acumular no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, para só deixar à maioria miséria e fraqueza. Só com boas leis podem impedir-se tais abusos. (BECCARIA, 1764, p.7)

Beccaria viveu em um tempo em que os abusos praticados por líderes absolutistas eram abundantes, e não havia falar-se em controle ou limites para o uso da violência. Os desprivilegiados, os pobres, os desterrados, entre outros, foram os maiores entes sujeitos às mazelas punitivas desmedidas. O autor demonstrou que a criação e a manutenção de boas leis propiciaria um ambiente seguro às pessoas que, quando conhecedoras de todas as leis que as cercava, bem como das penas que as protegia, iriam amar e respeitar as regras; as quais, como se verá a seguir, devem seguir princípios, mormente aqueles relacionados ao seu controle, limitação e utilidade.²⁸ (BECCARIA, 1764)

²⁸ “Essa utilidade estaria fixada pela vontade geral, através das leis. Leis que, de toda forma, se encontram também limitadas, uma vez que não podem erigir essa vontade geral arbitrariamente, mas sim de acordo com um critério natural a respeito do que é útil para cada um dos indivíduos. Isso pode parecer óbvio agora, mas não o era naquela época; apenas o legislador - e não o magistrado - pode estabelecer a lei que assinale o que é delito e que tipo de pena lhe corresponde. O poder legislativo deve indicar os fatos que constituem delito, não somente para limitar o poder do soberano para castigar como igualmente porque isso serve para evitar sua comissão quanto utilidade, em relação à qual também deve se preocupar pela informação pública desses delitos e das penas que lhes correspondem. Dessa maneira, o princípio da legalidade defendido por Beccaria limita a arbitrariedade tanto dos juízes (limitados pela lei) quanto do legislador (limitado pela necessidade social), cumprindo ao mesmo tempo,

Naquilo que atine à origem das penas e ao direito de punir, Beccaria compactua com as teorizações quanto à necessidade da formação de agrupamentos sociais como um meio de conservação da ordem e da segurança social (tendo assim, portanto, uma base teórica contratualista^{29 30}); e isto se daria, tal como fora deslindado anteriormente, por intermédio do ato de se abrir mão de parte da liberdade individual.³¹

Em *Dos Delitos e das Penas* encontra-se a assertiva de que a maneira como o processo penal fora conduzido por meio de poderes ilimitados, em um afã desmedido pela pretensa busca da verdade, contrariava os princípios democráticos e republicanos advindos dos antigos gregos e romanos. Para o filósofo, o *ius puniendi* do Estado nasce precisamente da liberdade da qual o indivíduo abriu mão ao fundar um agrupamento, sendo que para a conservação do corpo coletivo é que o direito de punir se presta; sendo vedada a busca ou a prática de possíveis ou prováveis excessos pelos integrantes da comunidade, quer sejam estes os liderados, quer sejam os líderes. As penas que extrapolam as necessidades de conservação social são injustas, face a finalidade política relacionada à criação de um temor nas mentes dos indivíduos inclinados ao crime.

Anitua (2008) aponta para o importante fato de que, para Beccaria, a pena jamais poderia possuir supedâneo na vingança. Em razão do pensamento racionalista de Beccaria, que foge de toda explicação mística ou religiosa vista na Idade Média, tem-se que para o italiano a legítima pena tem por fundamento a utilidade pública, a saber: a prevenção — a qual fará com que o contrato social se mantenha rijo. “De acordo com a melhor maneira de distribuir justiça, ele aspirava a um outro procedimento de averiguação da verdade, no qual reinassem a oficialidade, a imparcialidade, a prontidão e a publicidade”. (ANITUA, 2008, p.163)

Beccaria (1764), apelando para a natureza humana ao afirmar que para se achar os princípios fundamentais do *ius puniendi* deveria o coração humano ser perscrutado, desenvolve em sua obra princípios norteadores de sua filosofia punitiva, e são eles: o princípio da

uma função enquanto poder, uma vez que a lei diz algo aos indivíduos. Tudo isso remete à ideia de certeza, que será a base de uma legalidade e de um castigo essencialmente úteis para impedir o cometimento de novos delitos.” (ANITUA, 2008. p.162)

²⁹ “A base ideológica de Beccaria é contratualista, conquanto não deixe muito claro nos primeiros capítulos do seu livro qual das diversas concepções contratuais adota. Para ele, a origem das penas encontra-se no contrato social e na necessidade de defendê-los dos ataques de particulares”. (ANITUA, 2008. p.80)

³⁰ Segundo o italiano: “cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la torna útil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança” (BECCARIA, 1764. p. 09).

³¹ É interessante neste ponto avivar-se o que também se disse anteriormente acerca da relação entre a liberdade individual, a autonomia da vontade, e como qualquer ato que atenta contra estas pode ser considerado como uma incursão violenta.

legalidade; o princípio da anterioridade da lei penal e da especialidade³²; o princípio da generalidade da norma penal, com efeito *erga omnes*³³; o princípio da imparcialidade do juiz³⁴; o princípio da vedação às penas cruéis³⁵; o princípio da publicização³⁶; o princípio da presunção de inocência³⁷, entre outros.

Em razão da necessidade de limitação do poder para se falar primeiramente em *legitimidade*, tal como para alicerçá-la na segurança jurídica e na igualdade normativa por meio da *legalidade*, vê-se que Beccaria, analisando a sua contemporaneidade, entende que compete ao juiz tão somente verificar, no caso concreto, se houve ou não um crime por meio de um silogismo perfeito, do qual não poderá fugir nem para mais nem para menos; e somente assim então decidirá pela absolvição ou pela condenação — sendo que em caso de decisão condenatória, avaliaria a definição da quantidade e da qualidade da violência estatal a ser empregada. Em contrapartida o dever do soberano era o de interpretar a norma penal criminalizadora, vez que dentro da sociedade ele deverá representar o “depositário das vontades atuais de todos”. (BECCARIA, 1764, p.11). A função jurisdicional aplicada por meio do dito silogismo resulta em segurança jurídica, bem como promove a igualdade.

Veríamos, assim, a sorte de um cidadão mudar de face ao passar para outro tribunal, e a vida dos infelizes estaria à mercê de um falso raciocínio, ou do mau humor do juiz. Veríamos o magistrado interpretar apressadamente as leis, segundo as idéias vagas e confusas que se apresentassem ao seu espírito. Veríamos os mesmos delitos punidos diferentemente, em diferentes tempos, pelo mesmo tribunal, porque, em lugar de escutar a voz constante e invariável das leis, ele se entregaria à instabilidade enganosa das interpretações arbitrárias. (BECCARIA, 1764)

³² O autor não menciona nestes termos, mas na atualidade é este o cerne. Para Beccaria (1764), em razão do contrato social, fora delegado ao legislador a competência de criar leis e especificar as penas. Não obstante, o magistrado que foge daquilo que fora prescrito, como quando à imposição de um novo castigo sem previsibilidade, torna-se injusto.

³³ Novamente, não são os termos de que se vale o autor, contudo o cerne principiológico resta preservado; na medida que as leis penais devem submeter todos os indivíduos. Acresce-se que, conforme Beccaria (1764), quem cria as leis não possui competência para aplicá-las.

³⁴ Se o soberano, representante da sociedade afirma que um indivíduo descumpriu determinada norma, e este nega, é imperativa a necessidade de um terceiro imparcial que resolva a lide: “com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há”. (BECCARIA, 1764, p.11).

³⁵ Beccaria concluiu que as penas cruéis se mostram inúteis para sua finalidade.

³⁶ Quando o autor desenvolve o capítulo V. Da Obscuridade das Leis, o mesmo se refere à necessidade de tornar as leis como um livro familiar a ser lido religiosamente. De extrema importância ainda é o desenvolvimento pelo filósofo no sentido de que a publicidade das leis propicia a ciência não apenas dos fatos típicos, mas também, principalmente, das penas a eles cominados; sendo que isso fará com que o indivíduo controle suas paixões. Daí se dizer que, em Beccaria, não apenas a aplicação da pena gera um efeito repressivo, mas também a exposição da norma, da letra da lei, faz com que o indivíduo venha a reprimir-se.

³⁷ De modo categórico Beccaria afirma que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo”. (BECCARIA, 1764, p.22)

Verifica-se que na obra sob análise, a preocupação de Beccaria é direcionada para o estabelecimento de princípios e de diretrizes fundamentais para o Direito, especialmente o penal; isto tanto quanto à formação, quanto à aplicação do mesmo. Suas críticas ao longo da obra são gerais tais quais os seus preceitos ditados; não deixando de serem extremamente pertinentes, mormente considerando a necessidade atemporal de controle do uso da violência física pelo Estado. (ANITUA, 2008)

Neste sentido, o que se quer dizer é que não se prestou o autor em atacar sociedades específicas, como o mesmo pontuou — daí, inclusive, a incomensurável importância de tal obra para a história e para análise do atual *Sistema de Justiça Criminal* — pois o que se evidencia é o ir contra as práticas penais costumeiras definidas como bárbaras, inúteis e desumanas. (BECCARIA, 1764)

Tanto que, neste mesmo sentido — e quanto à busca pelo entendimento daquilo que vem a ser a *legalidade* que gera a *legitimidade* — o autor exprime racionalmente os princípios acima mencionados para que estes sirvam de balizas legais; de modo a se deter mais à exposição de como *não* se deve criar e aplicar as leis penais, do que ao como se deve efetivamente aplicar as penas. Trabalha o autor a partir da construção de exceções e a partir da estruturação teórica dos limites para o uso do poder.

De mais a mais, naquilo que atine à aplicação e execução penal, o cerne da discussão mais uma vez é posto sob a utilidade e proporcionalidade das penas. Os castigos físicos e as penas de morte, aplicados à época de maneira desmedida, são rechaçados pela filosofia beccariana. Noutra ponta, conclama o italiano pela correta valoração das penas de acordo com o nível de perturbação social ocasionado pela prática delituosa. Sendo que, acerca da proporcionalidade das penas, Beccaria desenvolve um pensamento racional que convém gizar:

Se o prazer e a dor são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre os motivos que determinam os homens em todas as suas ações, o supremo Legislador colocou como os mais poderosos as recompensas e as penas; se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quando freqüente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer. (BECCARIA, 1764, p.44)

A quantidade e a qualidade da penalização devem ser proporcionais ao abalo social justamente para se evidenciar a discrepância e os níveis de agressão; quer seja com relação à violência sofrida, quer seja com relação à violência praticada, ou seja, levando-se em conta

tanto a vítima quanto o autor. Se não há esta espécie de desigualdade positiva, não há como os cidadãos saberem quais crimes são mais ou menos tolerados, ou quais devem ser evitados com maior empenho, de modo a dissipar a inclinação para a prática. Vê-se com isto que a legalidade compõe não apenas a necessidade de limitação do uso da força física, mas é igualmente relevante para os cidadãos.

Ademais, Beccaria (1764) desenvolve alguns pensamentos que julgou-se importante serem trazidos à baila, tal como a célebre concepção de que sociedades podem ser medidas, quando ao seu grau de evolução, a partir de sua legislação penal, ou seja, quanto maior for a tipificação de condutas, menor será o desenvolvimento social³⁸; o amor às leis, e consequentemente o respeito às mesmas provém da simplicidade e da clareza das normas penais, e isto quer seja em sua forma, em seu conteúdo, ou a partir do modo em que as tornam conhecidas por todos³⁹; e, por fim, *uma sociedade justa e igualitária advém da supressão dos privilégios*⁴⁰, da erradicação da seletividade penal, da limitação do poder a despeito de se evitar os abusos absolutistas⁴¹.

³⁸“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo” (BECCARIA, 1764, p.67)

³⁹“Quereis prevenir os crimes? Fazeis leis simples e claras; fazei-as amar; e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las.” (BECCARIA, 1764, p.67)

⁴⁰ No capítulo XX da obra (Que o castigo deve ser inevitável - Das graças), Beccaria questiona a utilidade da Graça concedida pelo soberano ao indivíduo delinquente. Se na individualidade o perdão se mostra com um ato nobre, no seio da coletividade se revela como gerador de impunidade; e não apenas isto, pois se as penas justas e proporcionais deixam de ser aplicadas em determinados casos, ao serem aplicadas em outras situações convertem-se em atos de violência; afinal, houve tratamento diferenciado entre os entes. Ademais, ainda que o particular diretamente ofendido tenha se permitido perdoar, a natureza coletiva e social das normas não permite afirmar que os demais cidadãos podem e vão se direcionar para o mesmo sentido.

⁴¹ “Não favoreçam elas (as leis) nenhuma classe particular; protejam igualmente cada membro da sociedade; receie-as o cidadão e trema somente diante delas. O temor que as leis inspiram é salutar, o temor que os homens inspiram é uma fonte funesta de crimes.” (BECCARIA, 1764, p.68)

3. O RECRUDESCIMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: A SOBREPOSIÇÃO DO PODER ECONÔMICO EM RELAÇÃO AO PODER POLÍTICO

3.1. A FRAGMENTAÇÃO E O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

O presente trabalho, cuja investigação tem se dado sobre o *ius puniendi* e o Estado, bem como agora sobre o *Sistema de Justiça Criminal*, busca demonstrar que as práticas penalizadoras sempre serviram como um meio de controle social. Juntamente àqueles há um fator comum que tem permeado o tempo, o espaço, e os corpos sociais, influenciando as relações punitivas de modo a determinar sua operabilidade. Tal fator é o *interesse econômico*, quer seja manifesto, quer seja latente.

Outrossim, a existência ou a *legitimidade* do *ius puniendi* do *Sistema de Justiça Criminal* decorre formalmente da *legalidade* advinda das ficções contratualistas que embalam e revestem de exigibilidade os acordos coletivos mais fundamentais; de modo que a primeira (a legitimidade) formalmente perde o seu valor ante a inobservância da segunda (a legalidade). Diz-se formalmente porquanto há a possibilidade de se falar sobre o respeito às formas da legalidade sem que haja preocupação ou atenção para com o conteúdo das normas. Tal distorção não é apenas uma potencialidade, mas uma realidade não raras vezes.

A *legitimidade* do exercício do *ius puniendi* é fragmentado e influencia na conceituação, definição e identificação de todo o *Sistema*, bem como, a seu rigor, do modo como é operado e instrumentalizado. Avançar-se-á a partir de diferenciações básicas e igualmente conceituais.

Muito disse-se no capítulo anterior acerca do termo *sui generis* Direito Penal, o qual pode ser conceituado sob duas perspectivas: uma ótica histórica e uma definição atual⁴². Tal termo na atualidade *refere-se a um saber ou a uma ciência* — e quando se fala em ciência o rigor técnico que a compõe é justamente aquilo que a difere de outros ramos do saber. Assim, por Direito Penal, na contemporaneidade, tem-se que tal conhecimento científico refere-se ao “ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do Estado constitucional de direito” (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.40).

⁴² “Por isso, em todos os saberes é necessário distinguir entre sua definição atual e o seu conceito histórico e, em nosso caso, é indispensável estabelecer a diferença entre: **a**) o direito penal histórico, como processo de conhecimento do saber referido ao poder punitivo, com seus diversos e sucessivos horizontes e objetivos políticos, e **b**) a definição do direito penal atual, como seu momento contemporâneo e sua proposta de futuro imediato. Cabe precisar que não se trata de dois conceitos opostos, mas de duas visões temporais de um mesmo processo de conhecimento: uma longitudinal e outra transversal.” (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.42)

Ressalta-se que, tendo em vista os verbos conter e reduzir, a definição de Direito Penal apresentada acima revela-se como um pertinente resumo teórico de quase tudo aquilo que fora dissertado no capítulo anterior, e servirá como liame para um prosseguimento sistemático de desenvolvimento desta parte do trabalho.

Para o funcionamento do grande *Sistema de Justiça Criminal*, que se trata da materialização do *ius puniendi*⁴³ do Estado, sob a ótica do argentino Raúl Zaffaroni e do brasileiro Nilo Batista (2003), tem-se que tal *Sistema* encontra-se subdividido em outros dois grandes grupos, quais sejam, o da criminalização *primária* e o da criminalização *secundária*, que nutrem e exercem o controle social, além de desenvolver a seleção e a estigmatização dos indivíduos a serem captados ou coaptados pelo *Sistema*.

Assim, em relação às leis penais sobre as quais recai interpretação, o primeiro grupo, o da *criminalização primária*, diz respeito ao Poder Legislativo e à sua função típica de criação e/ou reforma de textos normativos, *in casu*, de matéria penal — a qual distingue-se das demais matérias igualmente típicas por aquele Poder formuladas e/ou editadas em função da previsão ou da potencialidade de imposição de penas⁴⁴, sejam estas de natureza corpórea, pecuniária, cível ou administrativa. Contudo, conforme ponderação abaixo, tem-se que tal meio de criminalização originário é demasiadamente amplo. Resumidamente tem-se que:

É um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta. (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.44-5)

Apesar de suas proporções ou abrangências gigantescas, a *criminalização primária* (advinda do Poder Legislativo — a princípio tido como um Poder da República voltado para o bem comum), muito embora estabeleça os limites e os ditames que legitimam qualquer ação Estatal, na prática reflete um controle, propriamente dito, factualmente pequeno no seio social para com a seleção ou estigmatização de pessoas; tendo como comparação o complexo processo de *criminalização secundária* que a seguir se verá. E há de se considerar, neste sentido e de antemão, que a *criminalização primária*, em toda a sua extensão impraticável e pouco aplicável

⁴³ O termo *ius puniendi* (do latim: direito de punir) trata-se não apenas do *poder*, no sentido de capacidade, ou do *direito* do Estado de punir, mas também refere-se ao seu *dever* de punir. Tais atribuições que lhe são inerentes advêm das teorias contratualistas e, não obstante, do princípio do *monopólio da violência legítima*.

⁴⁴ Válido lembrar, por oportuno, que no sistema brasileiro as leis de matéria penal se dão por intermédio de Leis do tipo Complementares, as quais exigem a aprovação por meio dos votos da maioria absoluta ou qualificada de cada casa do Congresso Nacional, diferentemente de Lei Ordinárias que, apesar de não serem consideradas hierarquicamente inferiores às primeiras, exigem a aprovação por meio dos votos da maioria simples.

no contexto geral, não é inferior em relação à *criminalização secundária*, e isto se assevera porquanto, não há *legitimidade* sem *legalidade* — que é produzida por intermédio do Poder Legislativo atuante neste primeiro estrato do *ius puniendi* do Estado, e aplicada pelos outros dois Poderes.

Pois bem, em suave marcha avante, e ainda em alusão ao conceito de Direito Penal prelecionado por Zaffaroni e Nilo Batista (2003) acima colacionados, naquilo que diz respeito às *decisões judiciais e ao poder punitivo orientados pelas leis penais*, o segundo grupo a ser explorado é o da *criminalização secundária*, este que se mostra extremamente complexo; sendo nele que ao se depositar o olhar, verifica-se com maior clareza a necessidade da *contenção e redução do poder punitivo*. No Brasil, as normas legislativas possuem diversos mecanismos de controle e adequação à Constituição Federal vigente — passando pelas comissões internas, tais como CCJ⁴⁵; pela atenção quanto aos *quóruns* em ambas as casas do Congresso; pelos vetos do Poder Executivo; e pelo controle de constitucionalidade do Poder Judiciário. Repare desde já que os processos de criminalização perpassam pela estrutura estatal tripartite, constituída por três grandes Poderes distintos e autonomamente funcionais, conforme teorizou, com maior fama e proeminência, o francês Montesquieu.

A despeito da necessidade de *contenção e redução do poder punitivo*, assevera-se que o exercício do chamado *ius puniendi* do Estado, voltado para o controle social, não se dá tão somente no bojo da penalização do encarceramento dos corpos, mas também por intermédio de medidas restritivas de direitos, de multas, de penalidades civis e administrativas — estando estas igualmente previstas nas determinações do Poder Legislativo, seja no Código Penal ou nas inumeráveis normas com alguma espécie de previsão penalizadora em vigência nos Estados, nos Municípios ou no Distrito Federal.

É imperativo fazer consignar ainda que as expressões *ius puniendi* ou poder punitivo não se referem tão somente ao exercício do Poder Judiciário (como leva a crer o senso comum), tampouco restringe-se à terminologia *Direito Penal* (a qual, conforme pôde-se ver, trata-se de uma ciência interpretativa). O senso comum rapidamente relaciona punição à prisão, e é justamente por meio deste pensamento vulgar que é operado com maior facilidade o controle social, ou seja, face o temor incutido pela ideia do ambiente no qual segrega-se o indivíduo; olvidando-se o bom cidadão do silencioso poder de polícia exercido paralelamente pelas agências executivas. O poder punitivo é posto em prática em inúmeras formas dentro do *Sistema de Justiça Criminal*, entretanto aqui o destaque será posto apenas sobre o cárcere, materializado

⁴⁵ Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

nas detenções e nas reclusões.

Há de se considerar, como uma premissa, que o exercício do *ius puniendi* do Estado no processo de criminalização secundária acontece por intermédio de inúmeras seleções de indivíduos. Veja que o uso instrumentalizado do *Sistema* possui um forte direcionamento decorrente daquilo que na língua portuguesa é representado pelo substantivo seletividade — o qual sempre se fez presente, independentemente do tempo e independentemente do espaço, quando do uso de construções sociais coletivas — mantendo-se o gênero e alterando-se tão somente as espécies, estabelecendo-se o *nós* e segregando-se os *outros*; e isto é visto em infinitas relações, tanto nas criminalizantes em foco, quanto nas econômicas, nas sociais, e nas culturais.

Naquilo que se refere à seleção de indivíduos específicos, ou à *seletividade*, ou à *estigmatização*, convém gizar que tais processos se revelam cruciais para o estabelecimento dos Estados soberanos. “Estereotipar qualquer grupo fortalece, como já foi dito, o desenho do poder estatal” (ANITUA, 2008, p.57). Não há de se negar que o estereótipo, em *lato sensu*, trata-se de um fator relevante quando sob o prisma das teorias contratuais e de constituição do Estado, pois trata-se de um componente imprescindível à formatação daquilo que vem a ser o povo participante de um determinado corpo político socialmente convencionado, que conclama para si uma soberania em relação às populações externas, a partir de seu estabelecimento e restrição dentro de um território posto no espaço físico-geográfico. (ANITUA, 2008)

Viu-se outrora, e reitera-se de modo pontual neste átimo, por oportuno, que dentro das teorias contratualistas desenvolve-se a ideia de que a existência de vulnerabilidades pessoais aos indivíduos fisicamente mais fortes, dentro do estado de natureza, fez contrapartida à perspectiva de uma vida menos conturbada, em um estado político, e criada a partir da união de esforços para formação de uma resistência social às forças ameaçadoras (internas ou externas), de modo a conduzir os indivíduos à constituição daquilo que se chamou *Povo*.

Inicialmente, o substantivo *Povo* difere-se do termo *Nação* na medida em que este é definido como um conjunto mais abrangente de fatores e características se em comparação àquela. *Povo* também difere-se do vocábulo *população*, que nada mais é que uma expressão numérica (DALLARI, 1998). *Povo* vincula-se à uma disciplinarização jurídica. Historicamente, Grécia e Roma valeram-se de tal expressão para se referirem aos cidadãos que compunham a polis ou as cidades, ou mais precisamente, definirem somente as pessoas que efetivamente possuíam participação política no corpo social — sendo estes tais os prenúncios da definição moderna do termo. (DALLARI, 1998). No contexto da antiguidade, embora os escravos fizessem parte da população numérica, é fato a sua ausência de poder decisório social.

Objetivamente, na modernidade, Dalmo de Abreu Dallari assim define a expressão *Povo*:

Deve-se compreender como povo o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano. Essa participação e este exercício podem ser subordinados, por motivos de ordem prática, ao atendimento de certas condições objetivas, que assegurem a plena aptidão do indivíduo. Todos os que se integram no Estado, através da vinculação jurídica permanente, fixada no momento jurídico da unificação e da constituição do Estado, adquirem a condição de cidadãos, podendo-se, assim, conceituar o povo como o conjunto dos cidadãos do Estado. Dessa forma, o indivíduo, que no momento mesmo de seu nascimento atende aos requisitos fixados pelo Estado para considerar-se integrado nele, é, desde logo, cidadão. (...) pode ocorrer que o cidadão, deixando de atender aos requisitos mínimos para a preservação da cidadania, venha a perdê-la, sendo, então, excluído do povo do Estado. Como é óbvio, esta exclusão é ato de extrema gravidade, especialmente se o excluído não tiver condições para ser cidadão de outro Estado, pois deixa o indivíduo completamente desprotegido e o impossibilita, praticamente, de viver em associação com os outros indivíduos, o que é uma exigência da própria natureza humana. Assim, pois, só deve ocorrer essa exclusão nos casos em que o próprio povo, inequivocamente, a considere necessária. (DALLARI, 1998, p.38-39)

O conceito de *Nação*, por seu turno, também historicamente possui um teor emocional, e remonta àquela Europa dividida que buscou a unidade política para fazer frente às incertezas e instabilidades ocasionados por um constante *estado de guerra* gerado em meio a lutas religiosas e dinásticas, apelando para o sentimento de pertencimento (DALLARI, 1998). O que se viu fora outra vez mais o envolvimento da burguesia — a classe social economicamente em ascensão que buscava desenvolver o seu poder político — para instrumentalizar o termo em tela, a fim de engajar a população em desfavor dos líderes monárquicos e absolutistas, “dando-se a entender que era justo e necessário que o povo assumisse o seu próprio governo” (DALLARI, 1998, p.49). Posteriormente, as Revoluções Americana e Francesa fizeram com que *Nação* passasse a ser identificada como *Estado* com a finalidade logo abaixo exposta; de modo que, não obstante, essa aproximação favoreceu o imperialismo e a dominação colonial dos territórios externos à Europa, habitados por aqueles que aqui foram chamados de os *outros* — surgindo disto a influência para futura formação dos Estados do continente americano, em especial o Brasil.

Este conceito [de Estado] era mais difícil de ser atingido pelo povo, por ser uma construção científica muito elaborada, enquanto que o termo *Nação*, muito vago e já utilizado com êxito como símbolo de reivindicações populares, prestava-se muito mais para despertar reações emocionais. E foi assim que, resolvido o problema interno com a derrubada ou o enfraquecimento das monarquias, os novos governantes dos grandes Estados passaram a utilizar a força mística da expressão para justificar suas investidas sobre os pequenos Estados. O século XIX irá assistir, então, em nome da grandeza das Nações, a uma intensa corrida imperialista, voltada especialmente contra os territórios da África e da Ásia. (...) o conceito de *Nação*, surgindo como um artifício para envolver o povo em conflitos de interesses alheios, jamais teve significação jurídica, não indicando a existência de um vínculo jurídico entre seus componentes. Entretanto, como realidade sociológica, a *Nação* é de inegável importância, influenciando sobre a organização e o funcionamento do Estado. (DALLARI, 1998, p.49)

Antes ainda de se dar prosseguimento, convém pontuar, derradeiramente e sucintamente, a diferença existente entre *Nação* e *Estado*, sempre postos de modo tão próximo. Tal como viu-se, *Nação* vincula-se mais às características emocionais e valores culturais de uma *comunidade*; não havendo se falar, neste caso e contexto, em vínculo jurídico entre os indivíduos. O que há, neste sentido, é uma comunhão de pensamentos — se não totalmente homogêneos, mais isto do que heterogêneos — onde não se faz presente uma razão de existir para o agrupar de pessoas. Diferentemente da noção de Estado, que prediz, necessariamente, uma vinculação jurídica entre aqueles a ele integrados; bem como possui um objetivo unitário, como o bem comum, que faz com que os pensamentos e as pessoas — desta vez mais heterogêneos do que homogêneos — coexistam em prol de uma finalidade constitutiva, e erijam, para tanto, uma liderança para condução de todos. (DALLARI, 1998)

Em marcha, chama-se atenção ao fato de que estas diferenciações entre o *nós* e os *outros*⁴⁶ não se tratam de um fator positivo — à luz dos históricos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia — quando postas dentro de uma perspectiva criminalizadora e penalizadora aplicada no ambiente *interno* das sociedades, onde os punidos são os próprios cidadãos do mesmo corpo político e social, a partir de critérios que envolvem sempre alguma espécie de desigualdade, seja esta econômica, racial, social, cultural, ou religiosa. Com isto quer-se evidenciar que a seletividade, ou a estigmatização, são as bases para o exercício do poder Estatal que, como já visto, é sinônimo do poder punitivo exercido com o objetivo de controle social — que na prática é exercido com maior proeminência sobre determinados grupos em relação a outros nichos sociais.

Compara-se: embora na *criminalização primária* possa-se perceber um certo grau de *estigmatização*, certo é que nela há determinados princípios legais que se justapõem, inclusive os clássicos gizados por Beccaria (1764), os quais exigem leis gerais e abstratas, com o fito de se obstar a promoção da criminalização de indivíduos (direito penal do autor) em detrimento da responsabilização penal de condutas (direito penal do fato) — e isto não obstante àquilo que logo acima se disse com relação aos meios de controle de adequação à Constituição vigente. Todavia, quando se trata da atuação das agências de *criminalização secundária* melhor sorte

⁴⁶ “De qualquer forma, tampouco os sistemas medievais ou germânicos desconheciam esse tratamento desumanizador, que era destinado à sua ampla população de escravos e não aos considerados ‘iguais’. O sistema penal que nasceu nessa época tomou essa referência do ‘outro’ como um inferior e também como um inimigo, ideia que existia na Idade Média, e ainda lhe adicionou uma maquinaria capaz de tornar esse tratamento extensivo aos habitantes do mesmo solo, os quais podem ser mudados — ‘convertidos’ — e utilizados”. (ANITUA, 2008, p.51).

principiológica não socorre aos estigmatizados, os quais são selecionados de modo mais impetuoso, e a partir das suas incursões em fatos sociais criminalizados tidos como mais grosseiros, e por isso mais fáceis de serem identificados. A seleção também ocorre a partir das características subjetivas de tais agentes infratores, e em razão de suas limitações de acesso aos poderes político, econômico ou de comunicação em massa⁴⁷. (ZAFFARONI e BATISTA, 2003)

O poder punitivo criminaliza selecionando: **a)** as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (*criminalização conforme ao estereótipo*); **b)** com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.) (*criminalização por comportamento grotesco ou trágico*); **c)** alguém que, de modo excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (*criminalização devida à falta de cobertura*). (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.49, grifos do autor)

Prosseguindo, para entender a operabilidade da *criminalização secundária*, e para compreender posteriormente como se dá o seu uso instrumentalizado, deve-se lançar vista ao mecanismo no âmbito desta área que com maior proeminência revela o exercício de controle social, quais sejam, as *agências policiais* — sendo estas compreendidas sim como as forças militarizadas ou civis-judiciárias, como à primeira vista é possível se pensar, mas também entendidas como o *exercício policial dos agentes executivos*, os quais, juntos, dão vida ao “poder configurador positivo” (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.52), demasiadamente relevante para os *Poderes Político e Econômico*, e expressos em serviços como os fiscais, os alfandegários, os migratórios, os documentais, os veiculares, os registros de informações, o próprio poder executivo exercido dentro das penitenciárias no bojo da execução penal, entre muitos outros, inclusive os *arbitrários*, como as detenções ilegais e as perseguições por

⁴⁷ Isto posto, há de se considerar que não há dúvidas de que as agências de comunicação social possuem relevância proeminente naquilo que se refere ao direcionamento dado aos processos de seletividade e criminalização secundária, isto é, quando na formação de estigmas, estereótipos, preconceitos etc.; ou quando na manutenção e na promoção da aceitação de tais ditames pelo imaginário coletivo; ou bem como, quando na popularização do aprisionamento como uma consequência para os delitos envolvendo violência ou grave ameaça, olvidando-se o fato de que a população carcerária é composta, em sua maioria, por indivíduos que incidem nos crimes mais grosseiros (e por isso fáceis de serem captados pelo sistema, conforme já dito), como nos casos de crimes patrimoniais, e nos fatos sociais envolvendo o tráfico de drogas e condutas afins — estes sem violência ou grave ameaça (ZAFFARONI e BATISTA, 2003). Segundo dados do INFOPEN, até dezembro de 2019, 50,96% das incidências penais envolviam crimes contra o patrimônio; 20,28% crimes da Lei de Drogas (11.343/06); 17,36% crimes contra a pessoa; e 3,58% crimes contra a dignidade pessoal. Não obstante, quanto aos crimes hediondos, 49,4% envolveram crimes da Lei de Drogas; 35,68% envolveram homicídios; 7,15%, estupros; e 0,5% latrocínios. (Painel Interativo disponível em < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 11.07.2020 às 10:49)

estereótipos. Sendo que isto ocorre:

Tudo sob o argumento de prevenir e vigiar para a segurança ou investigação em vistas à criminalização —, constituindo um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de um modo tão arbitrário quanto desregrado e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária. (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.52)

Considerando os vocábulos *arbitrários* e *ilegais* imediatamente acima referidos, neste ponto faz-se um importante adendo, porquanto crê-se ser inevitável em algum momento deste capítulo a associação mental com os fatos que se materializam diariamente, e com uma frequência crescente, do exercício de uma derivação *ilegítima* do *ius puniendi*, face afrontas à legalidade jurídica brasileira, que ocorrem quando da ação de indivíduos que violam e usurpam o monopólio da violência Estatal, ou quando da atuação dos próprios agentes do Estado em desconformidade com as diretrizes legislativas (que bem conhecem). Faz-se referência aos *poderes paralelos* depreendidos desde a atuação das pequenas às grandes organizações criminosas, até às milícias — todos estes atuantes em determinados espaços geográficos nacionais que, na maioria das vezes, são carentes da assistência Estatal legítima; daí se falar na formação de *estados paralelos*.

Faz-se aqui tal aparte por dois motivos: (1º - ilegalidade:) mostram-se caras tais questões ou fatos sociais que tangenciam o *ius puniendi* do Estado em certa medida, e em outras o intersecciona (como no caso das organizações criminosas e das milícias, respectivamente), pois é em meio a esta dualidade — onde há importância associativa para com o objeto da pesquisa, na medida em que tais fatos deste se distanciam sem que percam, contudo, o valor aqui posto quando do suscitar da existência de contraposições de definições pontuais e contemporâneas de ilegalidade *versus* legalidade, e de ilegitimidade *versus* a legitimidade, ou de poder legítimo *versus* poder ilegítimo — que os conceitos são solidificados, ou seja, a partir da apresentação e confrontação de antagonismos que os conceitos tornam-se bem definidos — como o saber daquilo que vem a ser o dia a partir da chegada da noite. E, não obstante, (2º - arbitrariedade:) por vezes na *criminalização secundária* o exercício da força estatal de modo arbitrário é uma constante tão proeminente e frequente, que tal característica à tal modalidade de criminalização se incorpora, tornando-se um fato social de extrema relevância no corpo político, ante o constante vilipêndio ao monopólio da violência estatal gerado, e posteriormente encobrido ou legitimado.

Neste sentido, há de se considerar que o exercício do *ius puniendi* à margem da legalidade acaba por gerar um “poder punitivo paralelo”, exercido em um “sistema penal subterrâneo”, segundo afirmam Zaffaroni e Nilo (2003, p.53); sendo que os operadores das

demais agências secundárias, por ação ou omissão, colaboram para com a manutenção de tal *status quo*. A questão é que tal poder conferido aos agentes estatais (sejam estes os policiais propriamente ditos, ou agentes executivos em geral, tal como já se expôs) decorre formalmente da lei produzida pelas agências de criminalização primária. Há uma observação da formalidade (posse nos cargos), mas um desrespeito quanto à materialidade e substância das normas. Em todo o caso, o *Sistema* se fecha em suas instituições e agências.

Ocorre que, na verdade, a criminalização secundária é quase um pretexto para que as agências policiais exerçam um formidável controle configurador positivo da vida social que em nenhum momento passa pelas agências judiciais ou jurídicas (...) este poder configurador positivo é o verdadeiro poder político do sistema penal. O que interessa politicamente são as formas capilarizadas e invasivas pelas quais as agências policiais exercem seu poder, e não, por certo, a prevenção e o castigo do delito. (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.51-2).

Uma vez feito o adendo, tem-se que, contrariando o senso comum, o *Sistema de Justiça Criminal* não se restringe tão somente ao Poder Judiciário que imputa penas e fiscaliza o cumprimento delas, tampouco se restringe ao sistema carcerário — muito embora ambas as instituições compõem o *Sistema* com especial e distinta relevância, esta mais qualitativa do que quantitativa. Considere então que o Poder Judiciário, em meio ao seu princípio da inércia, somente atua promovendo a persecução penal a partir de provocações diretas advindas da seleção feita por uma ou algumas das agências policiais que se incumbiram de refinar e/ou selecionar os casos a serem remetidos à Justiça. Não obstante, o *sistema carcerário* (sob a vigilância do Poder Judiciário) ocupa-se tão somente em custodiar uma parte (e não o todo) de outra parcela selecionada daquela que fora inicialmente encaminhada ao Judiciário; ocupa-se, pois, das pessoas que agora encontram-se devidamente condenadas ou ainda acauteladas. Ou seja, sob as grades dos cárceres encerram-se um número ainda menor de indivíduos, estes duplamente selecionados⁴⁸.

De modo esquematizado e almejando ser sucinto, desfeito o senso comum acima,

⁴⁸ Observa-se e ressalta-se, por oportuno, e tendo-se por base o excerto acima, que não se objetiva minimizar a existência e a gravidade do constante aumento das populações carcerárias em diversos Estados, tampouco o recorte étnico destas — compostas majoritariamente por homens jovens e negros —, mas há, entretanto, que se considerar que em um quadro comparativo onde é posto o total da população brasileira, a quantidade de criminalizados é ínfima. Segundo dados apresentados pelo INFOPEN, em 2019 a população inserida no sistema prisional (considera-se o regime fechado, o regime semiaberto, o regime aberto, os presos provisórios, os sob tratamento ambulatorial e sob medida de segurança) era de aproximadamente 748.009 pessoas em todo o país (o estado de Mato Grosso do Sul registrou um número de 17.578 [dezesete mil, quinhentos e setenta e oito] acautelados, onde 9.928 encontravam-se ou encontram-se no regime fechado; 2.206 no regime semiaberto; 1.108 no regime aberto; 4.184 presos provisórios; 78 sob tratamento ambulatorial; e 74 sob medida de segurança), sendo que estima-se que a população brasileira atualmente esteja em torno de 211 milhões de habitantes; ou seja, sob a tutela do Estado encontra-se tão somente 0,35% da população nacional. (Pesquisas anuais em Painel Interativo disponíveis em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 11.07.2020 às 10:22) (Números do Censo 2020. Disponível em <<https://censo2020.ibge.gov.br/sobre/numeros-do-censo.html>>. Acessado em 11.07.2020 às 10:25)

quando se fala nas agências que compõem o *Sistema de Justiça Criminal*, segundo Zaffaroni e Nilo Batistas (2003) estas são: (i) as *políticas*; (ii) as *judiciais*; (iii) as *policiais*; (iv) as *penitenciárias*; (v) as *de comunicação social*; (vi) as *de reprodução ideológica*; e derradeiramente (vii) as *internacionais*.

Muito embora cada uma dessas agências guarde em si uma pertinência especial que renderia ampla explanação textual individualizada, tal intento tomaria demasiado tempo e espaço. Contudo ainda que brevemente, para não se perder ímpar oportunidade, à luz de Zaffaroni e Nilo (2003, p.60-3), disserta-se que (i) as *agências políticas* englobam “parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos” — estes incumbidos da *criminalização primária*. Ademais, no segmento secundário estão (ii) as *agências judiciais*, que são compostas por “juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais”; (iii) as *policiais*, que “abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do Estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância”; (iv) as *agências penitenciárias*, que são compostas pelo “pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade”; (v) as *de comunicação social*, compostas pela “radiofonia, televisão e imprensa escrita”; (vi) as *de reprodução ideológica*, tais como as “universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica”; e, por fim, (vii) as *agências internacionais*, estas compostas por “organismos especializados da ONU, da OEA, pela cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios”. (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, pág.60-3)

Cada uma destas agências acima mencionadas possui, além de autonomia de ação, o dever, em primeiro lugar, de submissão às regulamentações legislativas advindas de parte da agência política (novamente: *legitimidade e legalidade*, ainda que formalmente). Não obstante, submetem-se ao controle de umas para com as outras (ainda que ocorra a formação de um *sistema penal subterrâneo* de proteção), daí se dizer neste sentido da necessidade da dinâmica conhecida como *freios e contrapesos*, conforme a clássica teorização de Montesquieu (1996). Perceba, afinal, que trata-se de um *Sistema* na mais perfeita acepção da palavra, pelo quanto é entendido como “o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem para sua produção”, para a produção da *Justiça Criminal*. (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.60)

Sobre tal perspectiva é possível dizer ainda, para já encaminhar-se à conclusão desta tratativa inicial, que acerca do *Sistema de Justiça Criminal* “os resultados de seu funcionamento em conjunto não passam de uma referência discursiva na hora de patentear suas funções

manifestas ou proclamadas (...) as motivações dos operadores de cada agência são inerentes e contraditórias diante daquelas dos pertencentes às demais” (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 60). Com isto, em primeiro lugar, afasta-se a ideia de um único poder capaz de centralizar ou manipular completamente todo o *Sistema de Justiça Criminal*, como que um operador de marionetes, tal asseveram Zaffaroni e Nilo (2003). Ademais, em segundo lugar, há de se considerar que embora burocratizado e possuidor de diretrizes, o indigitado *Sistema*, bem como o Estado, são demasiadamente amplos, e é nesta amplitude colossal que a ideologia, ou as ideologias, mostram-se importantes — sobressaindo-se aquelas vinculadas ao Poder Econômico, hoje capitalista em boa parte do mundo. Conforme se verá mais adiante, há uma *racionalidade neoliberal* que exerce influência com o objetivo de reduzir as diferenças inatas à fragmentação do *Sistema*, em prol de objetivos relacionados, explicitamente ou implicitamente, conscientemente ou inconscientemente, aos interesses vinculados ao Poder Econômico que se reinventa constantemente ao longo do tempo. (DARDOT; PIERRE, 2016)

3.1.1. Apontamentos acerca da contribuição de Montesquieu à divisão dos três Poderes

Acima fez-se referência à autonomia de cada uma das agências criminais, e também ao sistema tripartite de Estado, o qual influi na construção da teoria dos *freios e contrapesos* que exerce uma considerável (ou imprescindível) influência no *Sistema*, seja positivamente ou negativamente (a depender da matéria penal; quando em um veto ou sanção presidencial, ou quando no sistema de instâncias e competências judiciais determinadas). Com isto posto, considerou-se importante vestir as lentes de Montesquieu (1996) para ampliar a compreensão acerca das divisões das agências policiais e/ou executivas, uma vez que independentemente de suas funções, elas sempre estarão vinculadas direta ou indiretamente a um dos três grandes Poderes da República, estes que se autorregulam por intermédio daquilo que se conhece, em inglês, por *checks and balances*.

Assim, a obra de Montesquieu (*O espírito das leis*) não inova a política como ciência no sentido da concepção inédita de poderes atuantes de modo simultâneo e autônomo. Tal ideia já fora vista na prática entre os romanos e os gregos, tal como o próprio filósofo em tela cita a título de exemplo em sua obra com relação àquilo que fora bom e ruim nas sociedades passadas. Explora-se que tais divisões já haviam sido tratadas por Thomas Hobbes (s.d.), que ao enaltecer a monarquia e a concentração de atribuições, diminui as demais hipóteses de segmentos advindos da fragmentação do poder. Montesquieu vem então para melhor definir, estruturar e teorizar as divisões, as estruturas e as suas funções.

Quando do iniciar de suas tratativas acerca da divisão dos poderes, o primeiro conceito desenvolvido pelo filósofo refere-se à liberdade; esta que fora utilizada em diversos contextos, para justificar diversas ações, em diversas épocas, desde sua associação ao costume de se ter uma longa barba, até o direito de se ter armas e exercer a violência contra terceiros; passando também pelos republicanos que consideram-se tão livres quanto os monarquistas. Apesar das variações de sentido e aplicação, o fator comum, relativo à liberdade, para o qual chama-se a atenção, é o que relaciona tal sentimento a um direito à legalidade posto nos diversos corpos políticos, ou Estados (MONTESQUIEU, 1996). Isto em consonância àquilo que se vem dizendo.

No entender de Montesquieu (1996) a liberdade política guarda relação com a tranquilidade, que por sua vez está umbilicada com a ausência de temor em relação aos demais cidadãos, bem como em relação aos poderes constituídos, ou seja, as ações e a liberdade de ação de governantes e governados encontra-se limitada pelo direito à legalidade. Neste sentido:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer, mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ela já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder. (MONTESQUIEU, 1996, p.166)

Mais uma vez, vê-se com clareza a relação estabelecida entre *legalidade* e *legitimidade*, agora associada à ideia de *liberdade*. No excerto acima, apesar do filósofo estar se dirigindo especificamente aos cidadãos, tal regra evidentemente é aplicada de igual modo aos líderes, os quais não deixam de ser cidadãos em virtude do cargo que ocupam, tampouco deixam de estarem sujeitos às normas políticas postas. Daí se falar, nesta medida e outra vez mais, na necessidade de *limitação* do poder; e, não obstante, na existência da potencialidade de abuso do poder (um antagonismo) que pode ocorrer até mesmo em Estados tidos como em pleno estado de liberdade ou classificados como democráticos e moderados. Assim, a imperiosa conclusão a que o filósofo chega é a de que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”; uma limitação mútua em meio aos freios e os contrapesos. (MONTESQUIEU, 1996, p.166)

Assim, Montesquieu (1996) assevera (ou reafirma) a existência de três tipos de poder: (i) o Poder Legislativo; (ii) o Poder Executivo atrelado ao *direito das gentes*; e (iii) o Poder Executivo atrelado ao *direito civil*, o qual também pode ser conceituado modernamente como Poder Judiciário. Conclui-se prematuramente, que quando ocorre a união, em uma única pessoa

ou grupo de pessoas, do dever do Legislativo e do dever de um ou de ambos os deveres dos Executivos, há (de modo quase que inerente) o desenvolvimento do risco e do temor de que tal empreitada possibilite ou conduza a um *despotismo* — fato que gera medo e que abala, ou põe diretamente em risco, a *liberdade* e a *tranquilidade* dos indivíduos: “os príncipes que quiseram tornar-se despóticos sempre começaram por reunir em sua pessoa todas as magistraturas; e vários reis da Europa reuniam todos os grandes cargos de seu Estado” (MONTESQUIEU, 1996, p.169). Quanto aos Poderes do Estado, a perspectiva de Montesquieu aplicável às agências do *Sistema* é que cada qual opera para a execução de suas atribuições com o fito principal no beneficiamento do corpo coletivo; bem como para o exercício do controle da atuação das demais agências; sempre na trilha da *legalidade* apta à promoção da *tranquilidade* no seio social.

3.2. SELETIVIDADE PENAL E CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA: O NASCIMENTO DOS CÁRCERES PÚBLICOS

Se não era notória, crê-se ter restado devidamente demonstrada a amplitude do atual *Sistema de Justiça Criminal*, o qual flui e perpassa por todos os três poderes da República, os quais, por sua vez, materializam o *ius puniendi* do Estado de inúmeras formas, em inúmeros contextos, e sempre de modo autônomo; mas como se verá a partir de agora, sempre também sob a influência majoritária ou precípua de interesses econômicos para o controle social ou a manutenção da ordem.

Um dos maiores sinais depreendidos dos séculos passados e do presente, senão o maior, que remete ao fato (comprovável empiricamente) de que o *ius puniendi* do Estado tem funcionado a cada dia mais como um mecanismo de controle social, é o desequilíbrio visto na balança do envolvimento do Poder Público naquilo que atine às questões sociais solucionadas com mecanismos penais: há um gradual e constante recrudescimento das normas penalizadoras, e um refinamento dos demais mecanismos de controle aptos à geração de punições. Se a função do Estado sob a ótica contratualista é a promoção do bem comum à maioria, pode-se pôr aqui como uma premissa fundamental que é esta a atribuição do *Poder Público*. Diametralmente, tem-se o *Poder Econômico* que opera hoje sob uma ótica alicerçada nas visões de cunho *neoliberal*, postas em prol de um ideal de *bem particular* que promove e maximiza a ideia da *liberdade individual* como um fim absoluto, ou seja, trata-se do esforço para se buscar ou se preservar a qualquer custo os bens particulares pertencentes à minoria (e induzidos à maioria como alcançáveis tão somente pelo mérito individual).

Neste sentido, a respeito do influxo das aspirações financeiras, que não olvide-se aquilo que fora exposto no primeiro capítulo acerca de como, ainda na Idade Média, a primitiva formatação e estruturação do *Poder Econômico* em meio à burguesia liberal já exercia influência sobre a (re)estruturação hierárquica da sociedade, e sobre a primitiva formação dos Estados soberano e moderno; e, não obstante, que não coloque-se à parte o que fora gizado sobre a histórica história (com perdão pela redundância) da instituição Igreja, a qual promoveu por séculos incursões internas e externas com um pretexto manifestamente religioso, mas com um escopo latente posto sobre retornos financeiros ou econômicos, em uma acumulação primitiva de bens.

Agora o *Poder Econômico* se sobrepõe de maneira visível, e cada vez mais contundente em detrimento do *Poder Público* e, não obstante, também sobre o *Sistema de Justiça Criminal*, o qual tem sido encontrado sempre alinhado com uma função em prol do controle social. Discutir-se-á então se tal manejo do *Sistema de Justiça Criminal* é estabelecido a partir da busca pela proteção de interesses majoritários ou minoritários, se do Estado contratual e coletivo ou da Economia neoliberal e individualista.

Rusche e Kirchheimer (2004, p.19) ao analisarem o sistema penal de modo sociológico, asseveram que “a pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente”, isto socialmente e juridicamente falando. Neste sentido, apontam tais autores para o fato de que na história sempre houve uma relação entre o método de punição e uma demanda social que dele se beneficia — citando como singelos exemplos a escravidão, no período histórico da economia escravagista; as prisões e trabalhos forçados, dentro de um contexto histórico ligado à manufatura ou à indústria; e a fiança, inserta dentro de uma conjuntura de economia monetária. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

Dentre as inúmeras possibilidades de aferição da materialização do *Sistema de Justiça Criminal*, por meio de sua *criminalização secundária*, bem como entre os inúmeros métodos de punição historicamente relacionados ou vinculados às disposições sociais, elege-se aqui o cárcere como a espécie de punição sobre o qual depositar-se-á maior atenção para desenvolver a questão da influência econômica nas questões sociais, ou para o controle social — ainda que, com pesar, deixar-se-á de explorar outras interessantes formas e fontes de exercício material do *ius puniendi* do Estado, voltadas igualmente para o amplo controle dos cidadãos. Tal escolha é feita em razão da notoriedade e da amplitude ideológica, ou imaterial, que tal espécie de castigo tem ostentado nas últimas décadas, e por ser “indubitavelmente a principal instituição de controle escolhida pela classe burguesa”, segundo preleciona Gabriel Anitua (2008, p.217), o

qual ainda assevera que “a prisão nasce diretamente justificada pela necessidade disciplinar”, sendo que “não se deve esquecer que a ideia de prevenção do delito estava diretamente ligada à da proteção da propriedade privada, comercial e industrial”, sendo a burguesia a diretamente beneficiada em razão disto. (ANITUA, 2008, 108)

Assim, tal como tem-se feito ao longo da presente obra, antes de se explorar a atualidade e a contextualidade do objeto secundário acima anunciado, parte-se, *a priori*, para um vislumbre das construções históricas da instituição do cárcere, na Europa e no Brasil; para *a posteriori* analisar as críticas mais atuais feitas sobre as funções sociais de tal modalidade de punição inserta na *criminalização secundária* do *Sistema de Justiça Criminal*.

3.2.1. A origem histórica do cárcere na Europa: as Casas de Correção

Anitua (2008) anota que no período em que o sistema feudal (juridicamente) difuso entrou em declínio, dando espaço para um novo sistema econômico que vinha acompanhado de um outro novo sistema político fundado em um poder (juridicamente) concentrado, o Estado absolutista viu a necessidade (e a oportunidade benéfica para si), justamente em razão das alterações sociais suscitadas pela classe economicamente ascendente, de desenvolver um mecanismo de disciplinarização das demais ou outras classes subalternas que iriam entregar sua mão de obra em troca de um salário; pois “ a forma de ‘educar’ os não proprietários para que aceitassem como natural esse estado de coisas foi através da violência punitiva.” (ANITUA, 2008, p.114)

Nesta antiga Europa em transição, viu-se que as cidades recebiam pessoas de outras localidades em busca de condições dignas de vida que o modo feudal campesino já não lhes propiciava mais (êxodo rural). Tais pessoas não tinham residência fixa ou formas de subsistência, e em razão disto, e a partir de então, passaram a ser tidas como os *outros*, ou seja, pessoas vagas e não pertencentes àquela determinada localidade para onde se dirigiam.

As cidades capitalistas (...) começaram a aplicar o direito de acordo ao *status* de seus habitantes: a progressiva similitude outorgada aos nascidos nelas e aos que nelas tinham raízes era acompanhada por um tratamento totalmente repressivo àqueles estrangeiros por definição, sem domicílio físico e a quem chamavam, por vagar de um lado para o outro, de ‘vagos’. A questão dos vagos (...) marcaria, daí em diante, e até hoje, o discurso de segurança nacional. (ANITUA, 2008, p.115)

Com tal situação que se afluía como um problema social à época, viu-se que as expulsões e os castigos de natureza física não eram reações estatais vinculadas à economia e utilidade das penas (BECCARIA, 1764); razão pela qual, pela primeira vez na história, passou a disciplinar normativamente o que chamou-se de *sequestro institucionalizado*; onde as

peças eram enviadas às *casas de correção* que nada mais eram que hospícios, casas de trabalho ou de caridade; lugares estes onde eram ensinados os ofícios que levavam os internos à *formação de mão de obra qualificada*, ao mesmo tempo em que eram *disciplinados para adaptação ao novo sistema de produção*. (ANITUA, 2008). Tal como fora dito acima, tem-se que as punições nascem como resposta às demandas sociais.

Veja que se tais detenções para o trabalho e ensino de ofícios surtiam efeitos para os *outros/vagos*, funcionariam igualmente para o *nós* da comunidade que, sob o risco de serem privados de sua liberdade, se viam obrigados a trabalhar e, é claro, se sentiam impelidos a se submeterem à disciplina — cumulada com baixos salários e com a exigência de maior produtividade, o que nesta época já era equivalente ao posterior conceito de *mais-valia*.

A reclusão, então, tornou-se uma prática desvinculada da necessidade penal/criminal de punição, repressão ou prevenção; de modo que as *casas de correção* do Estado eram lugares para onde eram levadas as pessoas que aguardavam julgamento; as que tinham dívidas de natureza pública ou privada, e que não podiam quitá-las; as crianças, homens, mulheres e idosos considerados rebeldes, loucos, ou incapazes físicos; os jovens delinquentes; os mendigos; bem como, não obstante, aqueles indivíduos que eram alvos de alguma antipatia por parte de alguém com influência; entre outros casos.

Todos esses antecedentes do cárcere, assim como seus irmãos gêmeos — as nascentes fábricas manufatureiras, a escola, o exército, o hospital etc. — produziram, além de cada utilidade própria, como o produto manufaturado a baixo preço e a disciplinarização para o trabalho do ex-camponês, um novo sujeito, adequado à normalização disciplinar própria do sistema capitalista que se impunha. (ANITUA, 2008, p.120).

A título exemplificativo, na Londres de 1555 foi criada a Bridewell, uma instituição conhecida como a primeira casa criada para estocar os vagabundos e mendigos presentes na cidade — local este onde os internos trabalhavam na indústria têxtil. As casas de correção reuniam as características das *poorhouses* e das *workhouses* estadunidenses, ou seja, formação, docilização e disciplinarização de mão de obra a ser utilizada nas indústrias; podendo ser administradas pelas autoridades locais ou, o mais comum, por entes privados; sendo que para lá eram encaminhados, como dito, os mendigos, os vagabundos, os simples desempregados, as prostitutas, os ladrões, os flagelados, os marginalizados, dependentes dispendiosos, e até mesmo as crianças consideradas rebeldes pela família. Tem-se ainda que a inglesa Bridewell influenciou a construção de outros estabelecimentos correcionais em outras partes da Europa nos séculos XVI e XVII, como na França onde foram admitidos no chamado *Hôpitaux général* — local este onde fora desenvolvido ainda a ideia de *internamento* ou *internação* e, não

obstante, a ideia de *ética do trabalho* — os necessitados que não podiam se sustentar, e isto por iniciativa da Igreja ou dos jesuítas. Na Holanda, ademais, criou-se o *Rasphuis* e o *Spinhuis*, onde os internos raspavam madeiras trazidas do Brasil para produção de tinta para tecidos. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004; e ANITUA, 2008)

Tais *casas de correção* eram arrendadas para indivíduos particulares ou privados (tornando evidente o caráter econômico de sua fundação) os quais estabeleciam as condições de vida em níveis mínimos. Houve quem dissesse que entre os três meios para se enriquecer rapidamente na época (por volta do século XVI), um deles era ser administrador de tais casas. Nelas havia os períodos de aprendizagem do ofício, e os períodos em que o indivíduo passava pagando os custos de tal aprendizagem. Tudo coercitivamente, inclusive a religião, a qual era empregada como meio para promoção da disciplina e disposição para o trabalho⁴⁹. As fugas e tentativas de fugas eram constantes. Para a manutenção das *casas de correção*, impostos, taxas e contribuições específicas eram cobrados e direcionados às administrações das mesmas — daí o enriquecimento dos dirigentes. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004)

Durante o cumprimento das penas os trabalhadores ficavam totalmente à disposição da administração do local; sendo que em meio ao educar e à disciplinarização, os condenados passavam a ser propriedade dos Estados. Neste sentido, não demorou muito tempo para que os monarcas, ou líderes de governo, fossem instados a conduzir seus prisioneiros para o exercício de atividades extremamente penosas (e sem remuneração alguma, ou seja, trabalho escravo), que em muitos casos equivaliam à morte, como em trabalhos nas minas, nos remos de barcos⁵⁰ em prol da navegação comercial (as famigeradas galés), e na defesa de fortalezas fronteiriças — estas últimas posteriormente alcunhadas como *presídio* pela primeira vez na história. (ANITUA, 2008)

Afastando-se um pouco da função inicial das casas de correção, registra-se que até o século XVIII o sistema carcerário possuía tão somente a função de deter os indivíduos até o

⁴⁹ Além das doutrinas protestantes, o catolicismo (francês) igualmente serviu para sustentar o nascimento das *casas de correção*, como método de desenvolvimento da indústria crescente: “o fato de ambas as doutrinas religiosas, a velha e a nova, colaborarem para o desenvolvimento da nova instituição prova que pontos de vista puramente ideológicos ocuparam lugar secundário em relação às motivações econômicas enquanto força motriz de todo o movimento”. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p.82)

⁵⁰ “Por volta do final do século XV, os tribunais franceses ordenaram que fossem remar nas galeras todos os condenados a penas corporais e também todos os incorrigíveis, inclusive aqueles que se encontravam na vagabundagem, no ócio e na mendicância. A ideia precursora foi de Jacques Coeur (1395-1456), um empresário das galeras de remos que navegavam pelo Mediterrâneo que estava enfrentando dificuldades para conseguir mão de obra escrava para substituir a falta de braços que completasse, voluntariamente, a quota de 300 remadores necessários para mover um barco naquela época. O reino da Espanha, sob a direção de Carlos V, imitou esta modalidade, que permitiu a expansão marítima sob a direção dos Áustria, em 1530, sendo seguido pelos demais reinos, inclusive os que não tinham frotas, como a Suíça e alguns principados alemães, que ‘vendiam’ seus presos aos Estados que precisassem deles”. (ANITUA, 2008. p.120)

juízo, que poderia levar de meses até anos para ocorrer. Os estabelecimentos não possuíam condições para manutenção dos internos; e aqueles que possuíssem poderio econômico poderiam barganhar com os carcereiros em altos valores para que ocorresse sua liberação (a moderna liberdade provisória). A maioria dos detidos era dependente da caridade externa, como por exemplo das irmandades religiosas que os auxiliavam na manutenção de suas necessidades mais básicas, como a alimentação (esta ofertada de modo insuficiente pelas *casas*). A sentença definitiva de prisão era excepcional, e imposta somente àqueles que não tinham condições de pagamento de fiança. Neste sentido, tem-se que “o sistema de prisão moderno enquanto método de exploração do trabalho e, igualmente importante no período mercantilista, enquanto maneira de treinar as novas reservas de força de trabalho, foi realmente a consequência necessária das casas de correção”. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p.96)

Como dito, para as casas de correção eram enviados todos os tipos de pessoas, desde aqueles socialmente tidos como vagabundos, passando por crianças desobedientes enviadas por seus pais, até chegar, por fim e enfim, aos condenados enviados pelos Tribunais de Justiça. O público residente destas casas era plural também no sentido de coexistência em um mesmo ambiente, pois no fim do século XVIII a casa de Pforzheim, na Alemanha, era um orfanato, prestava assistência aos infantes, mantinha deficientes físicos e loucos, além de ser ainda uma colônia penal. Tudo isto em um mesmo local. Muitas dessas casas puseram empecilho à entrada de criminosos a fim de que os estabelecimentos não perdessem seu perfil honrado; contudo, ainda assim, os não criminosos e os ditos criminosos conviviam no mesmo ambiente.

A prática de enviar criminosos para as casas de correção levou aleatoriamente à separação de internos, uma vez que a exploração das forças de trabalho constituía a preocupação decisiva; no entanto, as condições do local e, particularmente, problemas de superlotação de reclusos, normalmente determinavam se a separação indicada por motivos pedagógicos podia ser posta em prática. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p.97)

Para o Estado, “de todas as motivações da nova ênfase no encarceramento como método de punição, a mais importante era o lucro, tanto no sentido restrito de fazer produtiva a própria instituição, quanto no sentido amplo de tomar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado”. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p.98)

A segunda metade do século XVIII foi marcada pelo auge do movimento reformista do Direito Penal; período este também em que as bases penalistas outrora postas sobre a necessidade de trabalho foram deixando de serem usadas. Os princípios humanitários e de economia das penas foram ganhando espaço. Obras expondo a miséria dos prisioneiros foram produzidas, e neste sentido “os historiadores concordam que as casas de correção haviam

deixado para trás seus dias de glória⁵¹, quando eram limpas, ordeiras e bem administradas; e que, depois de espalhar-se por toda a Europa, o sistema gradualmente decaiu ‘até que, finalmente, chegou ao estado deplorável característico do século XVIII’. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p.124).

Tem-se que o sistema penal ou carcerário já consolidado quanto à sua estrutura física, isto já no século XIX, atendia muito bem às necessidades do Poder Econômico advindo da classe econômica burguesa; e perpassava por toda a racionalidade e burocratização do Estado, a fim de que fosse devidamente implantado nas grandes cidades que se encontravam em desenvolvimento, impondo assim com clareza e força a disciplina individual e o controle social.

3.2.2. A origem histórica do cárcere no Brasil: o Aljube e o Calabouço

No século XIX as condições de vida dos prisioneiros e dos escravos no Brasil seguiam os mesmos padrões europeus naquilo que diz respeito às condições miseráveis, como acima se relatou. Nas primeiras décadas do indigitado século, quando houve a ruptura entre a colônia brasileira e a metrópole portuguesa, houve também a criação de instituições próprias, dentre estas as que serviriam para o controle social e urbano, tais como a Intendência de Polícia, em 1808; a Guarda Real de Polícia, em 1809, que deu origem ao Corpo Municipal de Permanentes, o qual deu origem mais tarde à atual Polícia Militar. Ainda, destaca-se a promulgação do Código Criminal, em 1830, e do Código de Processo, em 1832. Neste período, as penas aplicadas às pessoas livres poderiam consistir em espancamentos precedidos por processos sumários, em que figurava como juiz a autoridade policial do mesmo sistema responsável pela detenção inicial. Para os escravos, que representavam à época cerca de metade da população brasileira, lhes eram aplicadas centenas de chibatadas — seja por seus donos, seja pelas autoridades do Estado.

Segundo registros, a *Cadeia da Relação* foi o principal cárcere em funcionamento no Brasil de 1747 a 1808, funcionando naquele que fora o Palácio da Justiça. No ano de 1808, entretanto, a grande comitiva real chegava ao Brasil fugindo de Napoleão Bonaparte, e demandava um local para alojar-se temporariamente. Foi então que a *Cadeia da Relação* teve de ser transferida para uma prisão eclesiástica chamada *Aljube*⁵² — sendo que de 1808 a 1856

⁵¹ Desde meados do século XVII até os fins do XVIII houve um crescente estabelecimento de casas de correção.

⁵² “Aljube é a palavra árabe para prisão eclesiástica. Pelos foros de seu estado, os clérigos na época colonial só podiam ser julgados por tribunais da Igreja, tanto nos casos de violação das normas eclesiásticas quanto por outros crimes, e só podiam ficar detidos em cárceres eclesiásticos” (HOLLOWAY, 2009, p.17)

tal local foi o principal destino dos presos, escravos e não escravos, provisórios ou condenados, com incursões nos crimes leves ou nos crimes graves e/ou violentos.

No mês de abril de 1833 o chefe de polícia carioca, Eusébio de Queiroz Matoso Câmara, definiu o *Aljube* com um “monumento de barbaridade que não corresponde ao grau de civilização em que a nossa pátria se acha a muitos outros respeitos” (HOLLOWAY, 2009, p.19). No relatório apresentado pelo beleguim, tem-se que dos 340 presos no *Aljube*, apenas 20% encontravam-se de fato cumprindo uma sentença penal; mais da metade aguardava desfecho de seu processo; enquanto que cerca de 13% nem registros criminais possuíam, ou seja, não se sabia o porquê de estarem ali e nem há quanto tempo.

No *Aljube* as celas eram pequenas e gotejava dentro; havia lama, odores fétidos, superlotação, baixa iluminação e pouca alimentação. Segundo descrição de Holloway (2009), em 1838 uma comissão de inspeção da Câmara Municipal definiu o local como *caverna infernal*. Neste ponto, não olvidando-se as porcentagens mencionadas acima, cita-se que:

A aparência dos prisioneiros fez os visitantes tremerem de horror. Mal cobertos com trapos imundos, eles se aproximaram de todos os lados, queixando-se de quem os tinha mandado para tal “suplício” sem declará-los culpado de crime algum. A entrada para as celas subterrâneas se dava através de portinholas no teto, e na maior das salas os inspetores contaram 85 homens, escravos e livres, dormindo no piso de pedra úmida. Os carcereiros que acompanharam os visitantes disseram que nas duas celas em que as condições eram piores, muitos prisioneiros morriam sufocados, sobretudo no verão. A contagem total deu 390 prisioneiros. Recalculando-se o espaço do piso, cada pessoa confinada no *Aljube* em 1838 dispunha de uma área de 0,60 x 1,20m, espaço que nem dava para uma pessoa deitar-se no piso enlameado. (HOLLOWAY, 2009, p.20)

Não obstante as péssimas condições de infraestrutura, o *Aljube* permaneceu como sendo um importante centro de detenção no Rio de Janeiro, capital do Brasil. Calcula-se que cerca de 1.740 pessoas por lá passaram no ano de 1853; e 5.660 no ano de 1854. Em razão de um ideal de avanço e modernização institucional e ideológico, o *Aljube* foi fechado; e aberta fora uma *Casa de Correção* no mesmo local. Ademais, outros modelos prisionais merecem destaque: as fortificadas instalações militares do século XIX, com seus altos e espessos muros, e com seus postos de sentinela que não tinham mais tanta importância no presente século, passaram a ser empregadas para o encarceramento de prisioneiros. Exemplos são o Forte das Cobras; o Forte de Santa Bárbara; o Forte de Laje e Villegaignon; o Forte de São João; e o Forte de Santa Cruz. Não obstante, o excedente prisional, resultante de movimentações civis, por vezes eram postos em barcos ancorados na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro. (HOLLOWAY, 2009)

Uma das mais famosas instalações prisionais foi a denominada *Calabouço*, para onde eram levados apenas os negros escravizados, os quais eram detidos em razão daquilo que lhes

era imputado como indisciplina, ou ainda em razão de fuga. Giza-se que esta fora uma instituição do Estado que cobrava “uma taxa mínima de 160 réis por centena de golpes, mais 40 réis por dia para subsistência, sem fazer perguntas sobre a ofensa cometida contra o dono ou seus interesses” (HOLLOWAY, 2009, p.3). Como é cediço, o sistema econômico brasileiro fora até 1888 formalmente constituído pela exploração da mão de obra escrava. Vê-se desde já, ou outra vez mais, a estreita relação entre os *Poderes Político* estatal e Poder Econômico, aqui representada pelos senhores de escravos que mantinham os negros como propriedade, e com o devido aval do Estado (que sobre os negros impunha o *ius puniendi* sem que fosse observado ou conferido qualquer espécie de direito ou garantia processual penal).

Holloway (2009) cita a existência de um *livro-razão* em tal unidade de aprisionamento, de onde extraiu-se que no ano de 1826 um total de 1.786 escravos foram açoitados naquele local — uma média de 5 escravos por dia —, onde 58 receberam menos de 100 açoites, 778 negros receberam 200 açoites, e 365 seres humanos receberam cerca de 300 açoites naquele ano. Tais serviços de açoites, oferecidos pelo Estado, representavam uma forma de manutenção do sistema econômico e de classes da época. Os indivíduos que trabalhavam na aplicação de tal pena corpórea eram desde outros condenados por crimes comuns, até mesmo outros escravos já sentenciados.

O Ministro da Justiça brasileiro (entre os anos de 1831-2), Diogo Antônio Feijó, por meio de diversas ordens (re)definiu a relação entre o Estado, os senhores de escravo e os escravos, estes quais ficariam sob a jurisdição estatal quando da aplicação de penas. Fora por Feijó determinado que a reprimenda máxima a ser aplicada consistiria em até 200 açoites, sendo que o máximo diário fora estabelecido em 50 açoites — proibindo-se a partir de então as sentenças retroativas que fossem divergentes. Ademais, alvo de severas críticas por parte de Feijó, a administração da Justiça da época era tida como péssima, mormente porquanto os magistrados mostravam-se arbitrários e discricionários; fato que, segundo o Ministro “descorça o cidadão pacífico, e respeitador da lei. A indiferença dos magistrados, a ignorância de grande parte deles, organizando processos informes, dão lugar à impunidade dos réus”, acrescentando que via-se “por isso todos os dias com espanto e indignação soltarem-se réus carregados de enormes crimes, quando outros por pequenas faltas jazem sepultados anos inteiros nas prisões” (HOLLOWAY, 2009, p.17-8). Neste período não havia se falar em princípios processuais penais; e nem em imparcialidade do juiz, que muitas vezes era alguém vinculado institucionalmente àqueles que efetuaram a prisão do sujeito: contava-se o fato, o juiz pronunciava a sentença, e o réu era levado à cadeia. As sentenças, extremamente

discricionárias, variavam de acordo com a disposição mental do juiz no dia da prolação de seu édito condenatório.

As condições de vida no *Calabouço* eram terrivelmente péssimas, como era de se esperar por se tratar não apenas de um local de detenção de presos, mas por serem estes tais negros escravizados. Não poucos foram os casos onde o senhor do escravo o abandonava, deixando de pagar as quantias exigidas pelo Estado e relativas à manutenção interna daquele. Situação esta que conduzia o negro rejeitado à hasta pública; ficando ao Estado os rendimentos de tal venda, a título de ressarcimento ou indenização relativos aos ditos gastos vertidos para a manutenção do sujeito. Tratou-se isto de uma política pública: “quando o novo ministro da justiça da Regência Provisória, Manoel José de Sousa França, tomou conhecimento da péssima situação do *Calabouço* em maio de 1831, ele ordenou a venda de numerosos escravos, a maior parte de que há anos não apareceram os donos”. (HOLLOWAY, 2009, p.5)

Não obstante, em 1837 o *Calabouço* mudou-se para o sítio da *Casa de Correção*⁵³, local este que fora construído a partir da exploração da força de mão de obra dos próprios escravos/detentos. De acordo com os registros, lá existiam duas grandes celas com capacidade para 300 homens cada; e uma outra com capacidade para receber cerca de 30 a 40 mulheres. Já na década de 1870, com escravidão que se encontrava em declínio social, demográfico e econômico — o que não surtia efeito quanto à manutenção da estrutura das relações sociais, ainda que sob nova aparência — o *Calabouço*, como prisão de escravos, foi desativado, mas ainda serviu como local de detenção.

3.3. A RELAÇÃO MODERNA DO PODER ECONÔMICO COM O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Na Inglaterra os períodos mais críticos de pobreza ocorreram entre 1780 e 1830. Criaram-se *slogans* como *Pão e Sangue* e *Viver trabalhando ou morrer combatendo*, vez que a revolução proletária batia à porta. No final do século XVIII as massas empobrecidas incorreram cada vez mais em delitos contra a propriedade, sendo que nas primeiras décadas do século XIX a situação, que já era crítica, se agravou ainda mais quanto à repressão do Estado. Em Londres as condenações por furto no ano de 1821 estavam em 6.629 casos, e no ano de 1927 verificou-se a ocorrência de 9.803 condenações. As condenações gerais no ano de 1821 estavam em 8.788, e no ano 1827 este número saltou para 12.564 — um aumento de 540%. Acerca disto

⁵³ Inaugurada em 1850, a Casa de Correção apesar de representar um avanço no sistema de encarceramento, manteve as condições de vida ou de sobrevivência dos detentos e reclusos nestes ambientes de modo igualmente miserável; e isto pode ser compreendido tanto no caso dos apenados livres, quanto dos apenados escravos.

pode-se afirmar que o que ocorrera fora que “a necessidade deixa o trabalhador a escolha entre morrer de fome lentamente, matar a si próprio rapidamente, ou tomar o que ele precisa onde encontrar” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, pág.137). As opções se davam entre o roubo, o suicídio e a morte por inanição. Não obstante, a mesma tendência pôde ser observada na França, que nos anos de 1805-1806 registrou a cifra de 6.649 condenações; e nos anos de 1831-1833, 14.408 condenações.

Podemos, assim, ver a enorme proporção que o crime atingiu durante a grande crise industrial. O período mercantilista não conheceu crises tão profundas, a despeito de todos os distúrbios ocasionados por guerra ou catástrofes naturais (...) as tabelas criminais inglesas, de 1810 e diante, indicam que tempos difíceis, de competição elevada ou diminuição de demanda de força de trabalho eram seguidos por crescimento em condenações por furto ou delitos mais graves, enquanto tempos melhores eram acompanhados por um decréscimo desse índice. O ano de 1815, quando as tropas retornaram e começaram a competir com outros trabalhadores, assistiu a um crescimento marcante de condenações, e o mesmo aconteceu em 1825, o ano da grande depressão comercial. Em 1835, por outro lado, uma queda abrupta no preço do grão, depois de três anos contínuos de queda dos preços, foi acompanhada por uma diminuição do número de condenações à prisão. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.138)

Veja que as classes dirigentes, então, quando do aumento dos casos de delitos contra o patrimônio, passaram a criticar o sistema penal liberal, requerendo o retorno das penas rigorosas, e de “algo que os malfeitores temessem até a medula” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.139). Criticou-se as legislações, afirmando a que brandura favorecia a criminalidade; quis-se o retorno da prisão perpétua, dos açoites e dos demais castigos corporais, como a pena de morte e meios de punição direcionadas à eliminação de criminosos. Na França, por exemplo, uma “polícia especial e côrtes marciais foram estabelecidas, e as campanhas de ‘pacificação’ levaram a um extermínio virtual dos fora-da-lei pobres, especialmente nos departamentos do Sul” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.139). Na Alemanha, por seu turno, “o princípio da justiça retributiva estava começando a surtir um efeito salutar no sistema penal” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.140), quando voltou-se às penas corporais, como a pena perpétua e a de morte, bem como regrediu-se à criminalidade racial. Na Prússia, “o açoite, a vara, a marca com ferro quente e o confinamento com privações foram restaurados de forma a controlar o número crescente de salteadores e ladrões” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.141). O recrudescimento das normas foi percebido em boa parte da Europa como meio de repressão aos crimes contra a propriedade que ocorriam em resposta à escassez de recursos. Vê-se, portanto, um padrão social estabelecido entre as crises econômicas, a criminalidade, e recrudescimento da repressão do Estado.

Apesar das variações de tratamento de país para país com relação às espécies e gravidade das penalizações, naquilo que diz respeito à situação das prisões, estas mantinham-se nos níveis máximos de degradação; inclusive naquilo que atine à questão da predileção pela classe subalterna. Convém gizar ainda que havia uma preocupação referente à necessidade de se fazer com que a vida dentro das prisões fosse pior em relação àquela tida pelos trabalhadores livres mais pobres. No meio social europeu, muito se argumentou no sentido de que a vida dentro das casas de correção era melhor do que a vida fora delas, dizendo-se ainda haver aqueles que incorriam em delitos com o propósito de serem mandados para lá.

Todos concordavam em que nada além do nível mínimo deveria ser dado aos prisioneiros (...) o limite mais alto para as despesas com os prisioneiros era, portanto, determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre (...) os salários na primeira metade do século XIX eram frequentemente menores do que o mínimo necessário para reproduzir a força de trabalho dos operários (...) isto significa que as condições miseráveis da classe trabalhadora reduziam o padrão de vida na prisão para bem abaixo do que era oficialmente reconhecido como nível mínimo. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.152-3)

Fora das prisões os indivíduos morriam de fome; e se atentassem contra o patrimônio alheio para matar tal fome, eram enviados às prisões, onde por fim morriam de fome ou de doenças. Enquanto a expectativa de vida entre os anos de 1858-1863 era de 58-60 anos para os homens livres, nessa mesma época e espaço geográfico, para os encarcerados essa média caía para 35-38 anos de idade. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004)

Da metade do século XIX até aproximadamente 1914 as classes subalternas da Europa viveram um período de relativa melhora na qualidade de vida, ante o incremento da remuneração e da produção em massa que possibilitaram um consumo de bens antes ou até então inacessíveis a estes. Isto fora percebido em estratos urbanos e rurais na Inglaterra e na França, onde a melhoria ocorreu face a redução da taxa de natalidade, que resultou na baixa disponibilidade de mão de obra, e conseqüentemente na valorização daquelas existentes. Não obstante, apesar de iniciar seu processo de industrialização um pouco mais tarde que os demais países vizinhos, na Alemanha também pode-se perceber uma melhoria na qualidade de vida dos cidadãos. Um dado importante que demonstra o aumento na qualidade de vida é o declínio da emigração no período em que as expansões coloniais ocorriam. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004)

Neste período de melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores propiciada pelo aumento da remuneração face a escassez de mão de obra, como era de se prever, houve como consequência a suavização do “espírito de violência que inicialmente emergia diante da mais leve provocação. As estatísticas criminais do período dão a mesma impressão. O número de

delitos e condenações decresceu em toda parte, ou pelo menos permaneceu estacionado”. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 190)

Importa dizer que embora tenha havido um aumento populacional durante o século XIX, houve também uma expansão da produção industrial, ou seja, com o surgimento de postos de trabalho aptos ao favorecimento e à absorção da mão de obra, houve empregabilidade e conseqüentemente a manutenção ou o aumento da qualidade de vida dos trabalhadores.

O encarceramento irracional de indivíduos tornou-se indesejável e descompassado em relação à época. Worms, um economista francês, resumiu numa única frase, em 1870, a condenação tanto do efeito daninho de leis contra a usura quanto dos métodos irracionais de se lidar com o crime; afirmou que a vida e a liberdade deviam ser vistas como o bem mais valioso diante da mudança para a moderna produção industrial. Concluiu que encurtar os dias de um cidadão ou prolongar seu encarceramento irracional sem uma razão incontestável num momento em que todos são vistos como produtores responsáveis, pelo menos moralmente, constituiria uma perda de forças para a sociedade. Longe de ser útil, o encarceramento seria um atraso. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.195)

Imperativo fazer consignar que os reformadores da época criam que políticas sociais adequadas poderiam combater a criminalidade. “A força do determinismo, eles pensavam, mostraria a inadequação dos métodos vigentes de luta contra o crime, com seu caráter puramente retributivo e seus princípios de estrita equivalência entre a punição e o crime”. Para os pensadores reformistas, que criam na criminologia como uma ciência social, “o tratamento dos condenados, portanto, não deve ser primeiramente feito de acordo com o ato do delincente, mas sim a partir da consideração do ato como um indício de sua personalidade”. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.195-6)

Tanto os princípios de proporcionalidade quanto os métodos refinados de processo penal foram produtos das revoluções burguesas. A formalização da justiça criminal representou um avanço nos países da Europa central, onde as forças do absolutismo feudal mantinham ainda muito do seu poder, assim como nos países da Europa ocidental, onde o poder político era há muito objeto de luta entre diferentes grupos (...) Na luta contra as classes subalternas, por outro lado, a independência do judiciário, que na prática atendia às classes dominantes, revela-se como um obstáculo não tão grande assim (...) O final do século XIX marca o encerramento do período de antagonismo entre os últimos remanescentes do feudalismo e a nova classe burguesa, que lutava para assegurar o controle da máquina do governo e da administração. Tornou-se, assim, cada vez menos necessário continuar o processo de formalização da lei penal como garantia de posição social e econômica. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.196)

Verifica-se que houve uma mudança na base política. A burguesia de ideologia liberal e iluminista, outrora protagonista de um combate em prol da implementação da legalidade e do respeito às garantias dos indivíduos (à liberdade e à propriedade), agora se tornou o próprio governo, o próprio judiciário, os quais passaram a reprimir e a oprimir os estratos sociais

economicamente inferiores ou desprivilegiados, do mesmo modo como outrora fora visto no sistema feudal em detrimento deles próprios.

Fora ainda neste mesmo período, no século XIX, que houve o desenvolvimento sociológico da lei penal, onde constatou-se que o crime é simplesmente um fato social; e, não obstante, passou-se a considerar as expectativas quanto ao futuro dos presos, ou seja, teorização da função política da punição e tentativa de criação de medidas voltadas à reabilitação daqueles, e não meramente uma pena tida como simples retribuição. A reabilitação, nesta toada, seria ainda um investimento, a fim de que não se perdessem as forças de trabalho. O banimento social deveria ocorrer apenas com relação àqueles que não possuísem perspectiva alguma de recuperação. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004)

Ademais, pautando-se também nos autores em tela para construção de seu próprio pensamento, o qual revela-se salutar à pesquisa quando estabelece uma diferenciação na medida em que confere maior contemporaneidade à relação dos Poderes Econômico e Punitivo, o sociólogo italiano Alessandro Baratta (2002) afirma que há tempos a produção científica empírica tem demonstrado que as antigas justificativas para os objetivos do cárcere atinentes à socialização e à reinserção dos indivíduos têm fracassado; pois técnicas psicoterápicas e educativas, bem como reformas nas estruturas físicas não estão sendo aptas, ou suficientes como medidas de contrapeso, para alterar a natureza e as funções típicas das unidades de aprisionamento, as quais conduzem com sobrepeso a vida e a rotina dos seus internos. Então, qual é a atual função do *Sistema de Justiça Criminal*?

Segundo o estudioso em tela, as condições e a vivência ordinárias carcerária passaram a ter o condão de ensejar a desconstrução do infrator quanto à sua individualidade, de modo a dificultar ainda mais o seu processo de adequação social — sendo que, neste sentido, o verbo *dificultar* não é o principal da ideia que se expõe, mas sim o vocábulo *desconstruir*. Neste sentido, verifica-se que o *Sistema* (carcerário) subtrai aquilo que pouco ou muito havia de sociabilidade no indivíduo; ainda, extrai aquilo que fora adquirido pela pessoa antes do seu encarceramento, ou seja, o indivíduo sai do *Sistema* pior do que quando entrou. A tal processo deu o nome de “desculturação”⁵⁴, antagônico ao processo de “aculturação” carcerária, que

⁵⁴ “A atenção literária se volta, particularmente, para o processo de socialização ao qual é submetido o preso. Processo negativo, que nenhuma técnica psicoterapêutica ou pedagógica consegue equilibrar. Este é examinado sob o duplo ponto de vista: antes de tudo, o da ‘desculturação’, ou seja, a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa.” (BARATTA, 2002, p.184)

guarda relação com o movimento de “prisionalização”, onde incute-se no ser humano uma nova cultura prisional com regras de conduta singularmente próprias. (BARATTA, 2002, p.184)

A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais, e que permitiram a construção de um verdadeiro e próprio *modelo*. As características deste modelo, do ponto de vista que mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção da população criminosa. (...) A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo; e a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante. (BARATTA, 2002, p.183-4)

A relação entre aqueles que excluem e aqueles que são excluídos, ou entre sociedade e presos, respectivamente, é outra questão trazida por Alessandro, o qual, compactuando com Rusche e Kirchheimer, vê a influência do *mercado de trabalho* nos índices criminais; bem como ainda, e sobre o prisma de Michel Foucault, enxerga a operabilidade e instrumentalização do *Sistema de Justiça Criminal* pelo *Poder Político* que o opera via legislação.

Um discurso sobre as relações existentes entre emprego e criminalidade não exaure, contudo, todo o tema da marginalização criminal, sobretudo porque o “mercado de trabalho” se manifesta, no sistema capitalista, como uma dimensão não só econômica, mas política e econômica ao mesmo tempo, sobre a qual influi o sistema de *status* e o poder estatal. É claro que o processo de exclusão implicado no mercado de trabalho representa um terreno de cultura para a marginalização criminal. A tentativa de operar uma ressocialização mediante o trabalho não pode, portanto, ter sucesso se incidir sobre a exigência própria da acumulação capitalista de alimentar periodicamente o saco da exclusão. O nó por desatar é o do pleno emprego; um nó que nenhuma experiência capitalista desatou até agora (nem mesmo com o receituário de J.M.Keynes). (BARATTA, 2002, p.189)

Convém trazer à baila ainda, quanto às funções do *Sistema de Justiça Criminal*, que:

O sistema punitivo tem uma função direta e indireta. A função indireta é a de golpear uma ilegalidade visível para encobrir uma oculta; a função direta é a de alimentar uma zona de marginalizados criminais, inseridos em um verdadeiro e próprio mecanismo econômico (“indústria” do crime) e político (utilização de criminosos com fins subversivos e repressivos). Se se pensa como a repressão, concentrada principalmente sobre determinados tipos de delitos, cobre uma mais ampla área de ilegalidade na nossa sociedade, se se pensa no papel econômico e político de grandes organizações criminosas (ciclo econômico da droga, sequestros, política econômica do terrorismo fascista), toma-se consciência do valor daquele discurso. Este está ligado a um nó, semelhante em importância ao do pleno emprego. Deste ponto de vista, a marginalização criminal revela o caráter “impuro” da acumulação capitalista, que implica necessariamente os mecanismos econômicos e políticos do parasitismo e da renda. A esperança de socializar, através do trabalho setores de marginalização criminal, se choca com a lógica da acumulação capitalista, que tem necessidade de manter em pé setores marginais do sistema e mecanismos de renda e parasitismo. Em suma, é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregos, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal. (BARATTA, 2002, p.190)

Ressalta-se o último excerto acima colacionado, bem como as suas duas últimas frases. Sob o risco da repetição, mas objetivando-se a plena e clara fixação da ideia, tem-se que a construção do objeto aqui perquirido teve sua função subdividida por Baratta (2002) em *direta* e *indireta*; as quais representam a mesma ideia das funções *manifesta* e *latente* trazidas por Zaffaroni e Nilo (2003) quando trataram do *Sistema de Justiça Criminal*. Nisto a atenção é posta nos caracteres *econômico* e *político* da punição, ambos desvirtuados pelo Poder Econômico e redirecionados para o proveito da lógica de acumulação de capital: “em suma, é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregos, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal.” (BARATTA, 2002, p.190)

Exprime Baratta (2002) que, historicamente, há três espécies de funções do sistema punitivo: a retributiva (direta); a intimidativa (prevenção geral); e a reeducativa (prevenção especial). Contudo (sendo este ponto sua crítica aqui fundamental), tal autor italiano, alicerçado em Rusche e Kirchheimer, bem como em Michel Foucault, entende que aquelas funções históricas são construções *ideológicas* ou *idealistas*, que já podem (e foram) compreendidas como materialmente ultrapassadas. Eis que agora uma nova função do *Sistema* é evidenciada e requer um “enfoque materialista ou político-econômico” que, em outros termos, trata-se de um movimento científico em busca da *função real* das prisões, as quais devem — para o início de uma análise sistemática — serem individualizadas e caracterizadas em relação às singularidades sociais e econômicas das comunidades sociais onde encontram-se inseridas em determinado país. (BARATTA, 2002, p.191)

Como fora visto, as análises de Rusche e Kirchheimer (2004) conduziram à aceção da existência de uma relação entre o mercado de trabalho e o sistema carcerário. Quando o mercado encontra-se em desenvolvimento, possibilitando a contratação de força de trabalho, as populações do cárcere tendem à diminuição; sendo que quando o contrário ocorre, quando a força de trabalho excede, as populações carcerárias tendem ao aumento. Para Alessandro “as funções desta instituição na *produção* e no controle da classe operária, e na criação do universo disciplinar de que a moderna sociedade industrial tem necessidade, são elementos indispensáveis a uma epistemologia materialista, e a uma ‘*economia política*’ da pena.” (BARATTA, 2002, p.193).

Michel Foucault (2014), por seu turno, enxerga a utilização do cárcere como um fato de grande importância para a construção e manutenção da disciplina social; trabalhando o atual sistema carcerário sob a perspectiva da vigilância, proveniente das necessidades oriundas das

mudanças de comportamento social, bem como das demandas provenientes das práticas econômicas.

A passagem da criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem-ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas. (FOUCAULT, 2014, p. 77-78)

Segundo o estudioso francês citado, a disciplina nos moldes sobre os quais lança mão o atual *Sistema de Justiça Criminal* nasce no século XVIII, quando percebeu-se que o corpo das tropas militares (os soldados) poderiam, a partir de técnicas de controle, vir a ser fabricáveis: “foi expulso o camponês e lhe foi dada a fisionomia de soldado”; o que levou à consequente descoberta de que pode ser o corpo humano um alvo e um objeto de exercício de poder. (FOUCAULT, 2014, p.133)

Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação. Diferentes da escravidão (...) da domesticação (...) da vassalidade (...) do ascetismo. (...) O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. (...) O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo. (...) Técnicas sempre minuciosas, muitas vezes íntimas, mas que têm sua importância: porque definem um certo modo de investimento político e detalhado do corpo, uma “microfísica do poder”. (FOUCAULT, 2014, p.135-136)

Em primeiro lugar, a construção do excerto acima contendo as ideias foucaultianas evidencia o modo como a construção da disciplina — aplicada de um modo geral no *Sistema de Justiça Criminal*, e com especial predominância sobre o cárcere — possui uma função política, que busca um controle exercido sobre os corpos. Em segundo lugar, convém destacar que “a disciplina é uma anatomia política do detalhe” (FOUCAULT, 2014, p.137), daí se falar na famosa *microfísica do poder* (título de outra célebre obra). Ou seja, não obstante a questão política que pontuou-se, a disciplinarização envolve um certo nível de *arte* ao trabalhar com sutileza em meio aos detalhes, às pequenezas ou, como dito, ao *microfísico*, justamente para que se passe despercebida no cotidiano, e assim se torne mais eficaz, vez que naturalizada.

Retomando a questão do desenvolvimento do cárcere, Michel Foucault chama à atenção os movimentos de reforma das prisões. Tal como pode-se extrair, já a partir do senso comum, corriqueiramente o *Sistema de Justiça Criminal*, com foco no *sistema carcerário*, é posto como um estado de coisa (no Brasil, *coisa inconstitucional*) onde há a necessidade

constante desde de pequenas melhorias até grandes reestruturações. Acontece que, segundo analisa Michel Foucault, “a prisão se encontrou, desde o início, engajada numa série de mecanismos de acompanhamento, que aparentemente devem corrigi-la, mas que parecem fazer parte de seu próprio funcionamento, de tal modo que têm estado ligados à sua existência em todo o decorrer da história” (FOUCAULT, 2014, p.226). Fora o constante pensar e a constante proposição de *reformas* que fizeram do *cárcere* o que ele tem sido hoje; e isto na medida que as críticas externas passam a fazer parte de sua estrutura interna, promovendo agitação e uma expectativa de maior eficiência futura, o que funciona justamente como o instrumento de sua perpetuação nos séculos. (FOUCAULT, 2014).

3.3.1. A grave crise do sistema capitalista e seus desdobramentos no *ius puniendi*

Chega-se à questão da *grave crise* do sistema capitalista que serviu como supedâneo discursivo para o sucedâneo que se viu a seguir entre o *welfare state* e o *workfare state* — estes influenciadores de políticas estatais não apenas nos Estados Unidos, mas ao longo de todo o Globo.

Inicialmente, provoca-se à questão do que consiste exatamente a dita *grave crise*, a qual fez com que todo um sistema econômico se reinventasse e, por via de consequência, ensejasse a alteração das bases econômicas, sociais e (por fim mas não menos importante) punitivas de um Estado. Desde já expõe-se uma primeira e prévia conclusão acerca da origem, ou então daquilo que se constitui a ideia de *grave crise*, veja que “na realidade, o que se costuma chamar de ‘crise do liberalismo’ é uma crise da governamentalidade liberal (...) uma crise que apresenta essencialmente o problema prático da intervenção política em matéria econômica e social e o da justificação doutrinal dessa intervenção”. (DARDOT; LAVAL, 2016, p.38)

Partindo desta definição abstrata para uma contextualização europeia, tem-se que a partir das últimas décadas do século XIX, e em diversas localidades do velho continente, verificou-se a codificação e a regulamentação de direitos trabalhistas, e isto em razão das condições de miserabilidade dos trabalhadores que ensejaram demandas e exigências, as quais foram ouvidas pelo Poder Público. Neste sentido, o que se viu, entre outros exemplos de intervenção do Estado em questões sociais, foram legislações que disciplinaram o trabalho infantil e a jornada laborativa dos adultos; a regulamentação do direito de associação e greve; a fixação de indenizações e a previsão de aposentadorias para os operários. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004;

Segundo Salo de Carvalho (2013), o Estado nasce com uma função *absenteísta*, e com

o passar dos séculos, junto ao avançar social, tornou-se *intervencionista*. Dentro da primeira perspectiva, que se formou em uma “matriz ilustrada das ciências criminais” (p.178), o *ius puniendi* do Estado assume um caráter intervencionista mínimo, ou melhor dizendo, possui a característica de direito subsidiário, existente para proteger e tutelar os direitos e liberdades individuais que são os verdadeiros ou principais direitos, imprescindíveis à convivência social, como a integridade física e a honra, a propriedade, a vida e a liberdade, v.g. E é assim que se classifica o direito penal no arquétipo jurídico: a *ultima ratio*.

Entretanto, conforme o Estado gradualmente foi assumindo uma perspectiva intervencionista, novos ramos do direito conseqüentemente surgiram, citando-se a título de exemplo o direito do trabalho, o direito previdenciário, o direito econômico, dentre outros ramos que têm por função a tutela de interesses coletivos (e, mais tarde, proteção dos direitos difusos). Neste trilhar, inclusive, a função do direito penal outrora voltada à intimidação do delinquente, torna a se importar precisamente “com a reintegração do criminoso no mercado de trabalho”. (CARVALHO, 2013, p.180).

Ao ser chamado para gerir políticas preventivas de controle racional dos riscos inerentes à sociedade industrial, bem como para assegurar a efetivação dos direitos dela decorrentes, o controle penal foi instigado a ampliar seu espectro de incidência, adaptando-se aos novos bens jurídicos. Tal assertiva é perceptível se verificarmos o incremento da tutela penal ao trabalho (crimes contra a organização do trabalho), à previdência social (crimes previdenciários), ao transporte público (crimes contra a segurança dos meios de transporte), à saúde (crimes contra a saúde pública e leis de entorpecentes), à economia (crimes contra a economia popular) etc.

O processo é nitidamente percebido no Brasil a partir da década de 30. Com a instituição do Estado Novo ocorre profunda ruptura com a perspectiva jurídica liberal e com o modelo econômico agrário-exportador. Com a finalidade de implementar modelo de Estado intervencionista e fomentar a industrialização, a Era Vargas, de perceptível vocação repressivo-autoritária, produziu, no plano jurídico-penal, política expansionista. (CARVALHO, 2013, p.181)

Não obstante, além de se constatar que o *liberalismo* [econômico] *clássico* não fora suficiente para justificar ou absorver as necessidades de mudanças sociais que ocorreram, não mostrou-se este eficiente também frente às mudanças econômicas, no que diz respeito às novas demandas advindas da criação de empresas e do desenvolvimento de grandes corporações (dentre as quais as que passaram a operar em cartéis, de modo a destruir aquilo que se entendia até então como *concorrência natural* liberal; ou ainda as que embarcaram no desenvolvimento de monopólios e oligopólios) que nada mais foram do que uma evolução dos

antigos comerciantes e pequenos industriais⁵⁵. Logo, se a *mão invisível* do mercado, e a sua autorregulação, não encontraram supedâneo na prática, coube às mãos social e penal (esta última por força do *Sistema de Justiça Criminal*) do Poder Público o controle de todo o arquétipo a partir de um novo liberalismo: o *neoliberalismo*, ou um liberalismo agora como um mecanismo de governamentalidade (DARDOT; LAVAL, 2016). Vislumbra-se que o sistema econômico se reinventa, e lança mão sobre o Estado, de modo a instrumentalizá-lo com o escopo de manter-se. Ante tal necessidade de reinvenção, tem-se então que na história há duas ideologias que, apesar de guardarem até certo ponto determinadas similitudes, mostram-se como pensamentos diametralmente opostos; isto tanto quanto às suas motivações ou razões de existirem, quanto às necessidades que provocaram suas origens; e, ainda, diferenças quanto ao modo como se materializam e alteram o *corpo político*. A saber: *liberalismo e neoliberalismo*.

Por oportuno — e para que não se olvide — tem-se que a burguesia, enquanto a classe social que nascia junto a um sistema econômico que ascendia, valeu-se do *liberalismo* social para justamente, e em nome da liberdade individual e da propriedade privada, rechaçar as possibilidades e hipóteses de intervenções do Estado, forçando-o à regulação mínima da vida social, mormente a partir da criação ou teorização de mecanismos de freios para impor a este limites à sua atuação com base na estrita legalidade, e para o controle de seu *ius puniendi* fundado na igualdade e economia (ANITUA, 2008). Tais limitações e regulamentações serviram à tal classe econômica naquele período, que fora marcado pelo excesso de privilégios da nobreza e do clero (classes sociais estanques), bem como pela aplicação disforme de normas, o que dificultava o desenvolvimento do primevo capitalismo mercantil que se almejava. Agora, contudo, ao final da era moderna e inseridas as sociedades no cediço contexto de industrialização avançada, viu-se “a necessidade prática da intervenção governamental para fazer frente às mutações organizacionais do capitalismo, aos conflitos de classe que ameaçam a ‘propriedade privada’ e às novas relações de forças internacionais”. (DARDOT; LAVAL, 2016, p.40-1)

O modelo capitalista, frente ao seu gerenciamento descentralizado e ao seu desenvolvimento progressivo, acabou por gerar rupturas e rugas na malha social dos corpos políticos em diferentes e diversos níveis de cognição; carecendo agora, deste modo, justamente das intervenções do Estado (outrora rechaçadas, como viu-se) para garantir a sua continuidade e a sua plena operabilidade rumo às finalidades postas em benefício do capital — aí se falar

⁵⁵ Neste sentido, fala-se em 5 fases da atividade hoje tida como empresarial: a primeira e a segunda fase primitiva (Antiguidade e Idade Média); a fase subjetiva; a fase objetiva; e a fase subjetiva moderna ou empresarial. (CHAGAS, 2016).

agora em uma mutação.

A concepção de Estado “vigia noturno”, difundida na Inglaterra pela Escola de Manchester e na França pelos economistas doutrinários que sucederam a Jean-Baptiste Say, dava uma visão singularmente estreita das funções governamentais (manutenção da ordem, cumprimento dos contratos, eliminação da violência, proteção dos bens e das pessoas, defesa do território contra os inimigos externos, concepção individualista da vida social e econômica). O que no século XVIII constituía uma crítica às diferentes formas possíveis do “despotismo” tornara-se progressivamente uma defesa conservadora dos direitos de propriedade. Essa concepção, fortemente restritiva até mesmo em relação aos campos de intervenção das “leis de polícia” imaginadas por Adam Smith e os domínios de administração do Estado benthamiano, parecia cada vez mais defasada em relação às necessidades de organização e regulação da nova sociedade urbana e industrial do fim do século XIX. Em outras palavras, os liberais não dispunham de uma teoria das práticas governamentais que haviam desenvolvido desde meados do século. Pior, eles se isolavam, parecendo conservadores obtusos e incapazes de compreender a sociedade de seu tempo, embora pretendessem encarnar seu movimento. (DARDOT; LAVAL, 2016, 41-2)

Evidencia-se que a ocorrência da *grave crise* do capitalismo refere-se primordialmente à incapacidade de sustentação teórica do *liberalismo clássico* face as alterações sociais que vieram; estas discrepantes daquelas presentes e ensejadoras da virada da Idade Média para a Idade Moderna. Em outra apertada síntese, também para que não olvide-se, viu-se que houve o *absolutismo feudal* e, face este, com força viera o *liberalismo burguês*, o qual serviria para a proteção da concepção de *propriedade privada* que surgiam. Doravante, o Estado moderno passou a intervir nas relações sociais, regulamentando demandas trabalhistas, por exemplo — fato que serviu como ameaça ao pleno exercício, em *lato sensu*, da própria *propriedade privada*; pondo em cheque o sistema e o conduzindo a uma crise. Isto posto, e à luz do bom senso e da coerência, constata-se, em primeiro lugar, que as intervenções do Poder Público, representado pela figura do Estado, foram e são necessárias para a manutenção da ordem das (e nas) estruturas e instituições internas do *corpo coletivo*, pois este é alvo de constantes porfias. Outrossim, vê-se que as *políticas públicas estatais* possuem razão de existir, quer seja quando voltadas para o social, para o econômico ou para o penal. Logo, para se *garantir* e se *assegurar* que aquelas (as *políticas*) sirvam mais aos interesses do Poder Econômico do que às necessidades do Poder Público ou Político⁵⁶, houve-se falar, finalmente, na necessidade do surgimento do *neoliberalismo*.

Neste panorama vê-se o *neoliberalismo* como um novo e atual *gerenciador* ou *instrumentalizador* das inúmeras intervenções do Estado, a fim de que estas ocorram não contra as *posses individuais*, ameaçando-as, mas sim a favor delas. Dardot e Laval (2016), buscando supedâneo em Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill, para *a posteriori* introduzir Herbert

⁵⁶Este entendido a partir dos clássicos contratualistas como um Poder que visa o estabelecimento do bem comum à maioria.

Spencer (o qual aqui mais adiante se exporá, devido sua importância), aduzem que houve, no período que compreende o final do século XIX e início do século XX, intensas discussões postas no plano teórico acerca das *identidades liberais*. Neste sentido e sem dúvida, as preleções de Spencer foram aquelas que se destacaram ao introduzirem alguns dos temas mais valorosos para a atual ideologia *neoliberal*, entre eles *a primazia do concorrencionalismo nas relações sociais* e o chamado *darwinismo social*⁵⁷ — que ressaltam o individualismo nas sociedades, e provocam efeitos sociais nefastos, mormente para os Direitos Humanos. (DARDOT; LAVAL, 2016; SPENCER, [s.d.]).

Para entender um pouco mais sobre a *grave crise* e sua pertinência neste trabalho, na obra *O indivíduo contra o Estado*, demonstra Herbert Spencer que o grande ou o único problema dos liberais do século XIX foi a busca do bem social e comum não como um *fim indireto* — este obtido por intermédio do natural desenvolvimento da *liberdade individual* empregada no desenvolvimento do trabalho e das atividades econômicas — mas como um *fim direto*, onde haveria intervenções políticas no seio social para a *promoção forçada*, por assim dizer, daquele desenvolvimento social que, tal como se disse, deveria ser alcançado de modo natural, como um *fim indireto*. Eis aí o erro, aponta Spencer, pois as intervenções do Estado nunca foram um escopo liberal originário, *de modo que as políticas de cunho social deveriam ser abolidas* (SPENCER, [s.d.]).

Qual era, para o povo e para os mesmos que o levavam ao cabo, o fim das mudanças realizadas pelos Liberais nos tempos passados? Acabar com os prejuízos que sofria o povo, ou parte dele: tal era o seu caráter comum, e isso foi o que mais fortemente ficou impresso no espírito dos homens. Tratavam de mitigar os males que direta, ou indiretamente, afetavam a grande número de cidadãos, de diminuir as causas da miséria, de romper os obstáculos que se opunham à felicidade. E, como para a maioria dos homens, um mal que se evita equivale a um bem que se logra, essas medidas chegaram a ser julgadas como outros tantos benefícios positivos, e o bem-estar da massa foi considerado como o objetivo do liberalismo, tanto pelos seus homens de Estado, como pelos seus eleitores. (...) A grande superstição política de outros tempos era o direito divino dos reis. A grande superstição da política de hoje, é o direito divino dos Parlamentares. O óleo santo parece haver deslizado, inadvertidamente, da cabeça de um à de muitos, consagrando estes e seus decretos (...) um corpo legislativo, não podendo aspirar uma origem divina, nem uma missão divina, não pode recorrer ao sobrenatural para legitimar as suas pretensões de poder ilimitado. (SPENCER, [s.d.], p.8-9, e 74)

Não obstante, e um pouco mais tarde, no plano fático ou empírico, o que se viu (e vê na atualidade) é que as lacunas deixadas pela erradicação das políticas públicas sociais deram lugar àquelas vertidas para o uso sistemático e instrumentalizado do *Sistema de Justiça*

⁵⁷ “Em todos os animais, desde os inferiores aos superiores, a inteligência progride por atos de diferenciação: da mesma forma progride nos homens, desde os mais ignorantes, aos mais instruídos. Classificar com exatidão, colocar no mesmo grupo as coisas que são essencialmente da mesma natureza, e, em outros grupos, as que são essencialmente de natureza diferente, é a condição fundamental para dirigir bem as ações”. (SPENCER, p.7)

Criminal com a finalidade de controle social (WACQUANT, 2003); ou, melhor qualificando, com a função de controle a partir da seletividade penal em nível *primário*, ou a tipificação penal de determinadas condutas sobressalentes em determinados ou específicos núcleos sociais e geográficos — como a *guerra às drogas* —; bem como em nível secundário, visto na estigmatização e seleção de indivíduos determinados ou específicos que são de fato cooptados pelo *Sistema de Justiça Criminal* ou carcerário — como a posterior dualidade que apresentar-se-á entre criminoso traficante, e criminoso dependente. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

Spencer, ademais, no desenvolvimento do capítulo *A Grande Superstição Política* ataca os fundamentos dos contratualismos de Hobbes (s.d.) e Rousseau (1996), aqui outrora expostos. Parte das investidas se dá sobre a ideia teórica contratualista onde *deve a minoria se submeter ao desejo da maioria*, um pilar democrático que é rechaçado por Spencer, o qual busca (na *livre acepção liberal*, segundo ele) sustentar os ideais de *liberdade individual* em detrimento das eventuais ações que demonstrassem a vontade de um número maior de sujeitos sendo impostas (SPENCER, [s.d.]). Daí se falar, aqui superficialmente, em *crise democrática* e violações a Direitos Humanos.

Evidentemente, é forçoso admitir que a hipótese de um contrato social, seja sob a forma adotada por Hobbes, seja a concebida por Rousseau, carece de fundamento. Também é forçoso admitir que, embora tal contrato se houvesse celebrado alguma vez, não poderia obrigar aos descendentes dos que o celebram. Por outra parte, se alguém diz que na ausência das limitações de poder implicar um contrato, nada há que impeça a maioria impor pela força sua vontade a minoria, devemos assentir, nas mesmas condições, que, se essa força superior da maioria serve de justificação, a força superior de um déspota, apoiado por seu exército, justificará igualmente o despotismo (...) A cooperação, de qualquer forma que seja, é a única fonte dos direitos e dos deveres da maioria e da minoria, e se não houver acordo para cooperar, não existem esses direitos e esses deveres. (SPENCER, [s.d.], p.79-80.)

Vê-se que a solução apontada por SPENCER, face as porfias sociais relacionadas à divergência de opiniões, é aquilo que o mesmo denominou como *cooperação mútua* (SPENCER, [s.d.], p.80) — que nada mais é que o próprio *laissez-faire*⁵⁸. Para Gabriel Anitua, tem-se que tal concepção de *cooperação* se materializa no abandono dos laços sociais pautados no puro *status* dos indivíduos para agora as relações serem estreitadas solidariamente “a partir do reconhecimento progressivo da individualidade”, em um “individualismo libertário”. (ANITUA, 2008, p.292)

Voltando-se o olhar outra vez mais para a obra *História dos Pensamentos*

⁵⁸ Expressão francesa (em tradução literal para o português: *deixe ser*) que remonta ao exercício puro do liberalismo dentro do sistema econômico capitalista, onde o mercado funcionaria de modo totalmente livre, sem interferência alguma, nem mesmo subsídios do Estado; operando tão somente com base em escassos regulamentos para a proteção da propriedade privada.

Criminológicos, Gabriel Anitua (2008) ao trabalhar o autor em tela faz uma introdução com relação à formulação da *filosofia do positivismo evolucionista*, cuja gênese antecede as ideias de Spencer, mas a estas serve de sustentáculo; sendo ainda que tal filosofia se encontra expressa no mais importante símbolo pátrio brasileiro: a bandeira nacional, onde resta grafada a frase Ordem e Progresso⁵⁹. O que se viu, neste sentido, fora que “o positivismo, o materialismo e o cientificismo em geral forneceram a base para a sofisticação ideológica que o capitalismo imperialista requeria por volta do final do século XIX”, sendo que fora Spencer “o grande ideólogo do evolucionismo”. (ANITUA, 2008, p.290 e 291)

Com todas essas informações trazidas à baila, perceba que as ideias relacionadas ao evolucionismo, ao *darwinismo social*, à individualidade do sujeito e à não intervenção do Estado (para com a proteção social) introduzidas por Herbert Spencer se deveu parte, senão em muito à sua totalidade, ao pensamento inicialmente *liberal* que mutacionou-se e deu vazão à atual ideologia *neoliberal*, que introduz consigo o concorrencialismo das relações sociais básicas, onde se passa a exaltar os indivíduos considerados mais aptos a viver e a contribuir para a sociedade com estrutura econômica capitalista; excluindo-se, não obstante, aqueles indivíduos que não se encontram e/ou não poderiam ser inseridos na dinâmica de produção e/ou consumo — seja por motivos de raça ou etnia, gênero, orientação sexual, classe social ou econômica, dentre outras formas comuns de discriminação. Encontra-se, pois, a preponderância e a aplicação da lei do mais apto no bojo do mercado de produção e de consumo. O princípio evolutivo, ou o *darwinismo social*, passa a ser aplicado “ao campo mais amplo das relações sociais (...) a lei da evolução, ou do progresso, é a que havia levado à integração de pequenas comunidades em outras, cada vez mais complexas: família, tribo, comuna, país, Estado” (ANITUA, 2008, p.292). Neste sentido, Dardot e Laval (2016) com precisão cirúrgica prelecionam que:

A concorrência é, como a luta entre rivais, o motor do progresso das sociedades e que todo entrave que se coloca a ele, em particular pelo amparo às empresas, aos indivíduos ou mesmo aos países mais fracos, deve ser considerado um obstáculo à

⁵⁹ “Com um argumento tão conservador explica-se, pois, toda a filosofia positiva de Comte, apologética e justificadora do sistema dominante, baseada fundamentalmente na ideia de Ordem. Para ele, o saber era conhecer a ordem das coisas. O argumento organicista encontra sua justificativa científica ao afirmar que o mesmo progresso é possível a partir da ordem imanente estabelecida. A ordem é a condição fundamental do progresso e todo progresso tende a consolidar a ordem, diria Comte. ‘Ordem e Progresso’ são indissociáveis como lema positivista (o mesmo que as classes dirigentes liberais latino-americanas utilizavam, e que persiste na bandeira do Brasil desde a proclamação da República federativa, em 1889; também foram brasileiros que compraram a casa da mulher de Comte para convertê-la em templo da ‘religião da humanidade’). O mesmo lema indica que o progresso é meramente o aspecto dinâmico da ordem, que só é possível dentro de uma estabilidade harmoniosa, ou aspecto estático do progresso. A ordem, a harmonia e o consenso são os que permitem a submissão do múltiplo ao único. E esse único pode ser entendido — enquanto ordem natural das coisas — e que tem capacidade de progredir — como evolução natural — é a sociedade, sempre e quando guiada por métodos científicos”. (ANITUA, 2008, p.289-290)

marcha contínua da vida. (...) O tal mal denominado “darwinismo social” está mais para um “concorrencialismo social”, que institui a competição como norma geral da existência individual e coletiva. (...) A adaptação a uma situação de concorrência vista como natural tornou-se, assim, a palavra de ordem da conduta individual, assimilada a um combate pela sobrevivência. Prolongando o malthusianismo que, na grande época vitoriana, fazia da pobreza um efeito fatal da fecundidade irresponsável das classes populares. Esse concorrencialismo fez muito sucesso na Europa e, sobretudo, nos Estados Unidos. (...) Rockefeller resumiu a ideologia, declarando: “a variedade de rosa American Beauty só pode ser produzida com o esplendor e o perfume que entusiasma quem a contempla sacrificando-se os primeiros botões que brotam em torno dela. O mesmo acontece na vida econômica. Isto é, apenas a aplicação de uma lei da natureza e de uma lei de Deus”. Essa ideologia concorrencialista renovou o dogmatismo do *laissez-faire*, com prolongamentos políticos significativos nos Estados Unidos, que puseram em questão algumas leis de proteção dos assalariados. (DARDOT; LAVAL, 2016, p.54)

É possível depreender com clareza do excerto acima como as ideias *neoliberais* passaram a ser introduzidas no corpo social, reproduzidas nos discursos de influentes cidadãos, e reverberadas nas políticas do Poder Público, quer quando das desregulamentações, quer quando das regulamentações em prol da atividade econômica.

Salo de Carvalho, em sua obra *Antimanual de Criminologia*, preleciona que:

Importante legado da criminologia crítica não deve ser descartado na atual conjuntura criminológica (pós-crítica): a exposição das reais funções exercidas pelo direito penal em contraposição com aquelas divulgadas pelo discurso oficial. E neste quadro de proliferação dos riscos, longe de atuar como instrumentos de proteção da sociedade contra possíveis eventos catastróficos, o direito penal mantém a histórica função da gestão de excedentes.

A crise do Estado-providência passa a ser perceptível a partir da predominância da razão mercadológica em detrimento das garantias sociais.

O discurso que justificou o perecimento do modelo intervencionista foi ancorado fundamentalmente nos problemas de financiamento (custos) dos direitos. Segundo os pensadores da crítica ao modelo político-econômico-social, sobretudo os clássicos Hayek e Friedman, as possibilidades de arcar com os compromissos do Estado-providência eram irrealizáveis. Como lembra Jacinto Coutinho, na visão dos gestores da política econômica internacional, o Estado de Bem-Estar havia se tornado um verdadeiro mastodonte, incapaz de cumprir suas promessas.

A saída para a proclamada crise seria a minimização do Estado com a flexibilização dos direitos sociais e a privatização das empresas públicas prestadoras de serviços, ações direcionadas à redução do déficit fiscal. (CARVALHO, 2013, p.194-5)

Nesta esteira e concatenando as informações desta parte do trabalho, Anitua ainda preleciona que os princípios *(neo)liberais* trazidos por Spencer — autor que teria sistematizado o conhecimento depositado sobre as instituições culturais e sociais, adentrado o campo da sociologia que, não obstante, reverbera junto à criminologia, bem como junto à adoção de políticas públicas e junto, é claro, às relações sociais (tal como restou exposto no excerto acima a partir de uma das falas de John Davison Rockefeller⁶⁰), estes todos — quando postos no

⁶⁰ John Davison Rockefeller foi um grande empresário e investidor estadunidense, que ficou conhecido como o primeiro americano a ter mais de um bilhão de dólares, sendo em razão disso, à época, o homem mais rico do mundo; demasiado influenciador para referenciamento pessoal e político daqueles que o conheciam.

campo dogmático normativo são gerenciados pelo Direito Penal em *lato sensu*, bem como pelo *Sistema de Justiça Criminal* face o *ius puniendi* do Estado. (ANITUA, 2008).

4. A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL

4.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: O MODELO EXPORTADO DE PUNIÇÃO DA POBREZA

Para além da teorização acima trabalhada, objetivando demonstrar o mais recente movimento de uso instrumentalizado do *Sistema de Justiça Criminal*, traz-se à lume a nação estadunidense face a característica de tal país como potência mundial imperialista e como referencial paradigmático global, face a obra de Richard Quinney (2016), e de Loïc Wacquant (2003), sociólogo francês integrante da *Escola de Chicago*. Outrossim, foi precisamente neste território que houve uma grande ruptura que ensejou uma gradual mudança do *Estado caritativo* para o *Estado penal*, com a conseqüente criminalização e marginalização das categorias deserdadas. As influências estadunidenses para além de suas fronteiras territoriais serão estudadas no próximo subcapítulo, quando da análise da *transnacionalização* do controle social que veio a influenciar a nação brasileira.

Naquilo que diz-se a respeito do início das alterações sobre o *Sistema de Justiça Criminal* nos EUA, tem-se em Richard Quinney (2016) — sob uma perspectiva marxista e historicamente anterior ao que fora acima desenvolvido — o analisar dos contextos sociais e temporais estadunidenses que projetaram aquilo que veio a ser, naquele país, a incrasse da *justiça criminal*; esta entendida como um *sistema* mais complexo e direcionado para alcançar determinados objetivos alinhados a políticas ideológicas, as quais consideraram as conseqüências da redução do Estado social.

Expõe Quinney (2016) que em meados de 1960, e em resposta àquilo que chamou de “crise do sistema capitalista” (p.25), os Estados Unidos, *objetivando o aumento do controle social*, incitado pelo então presidente Lyndon B. Johnson, e valendo-se dos congressistas eleitos, aprovaram o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* (Pacote Legislativo para o Controle do Crime e Ruas Seguras); que propiciou, com a ajuda de alguns bilhões de dólares, a definição dos inimigos internos, e o desenvolvimento da icônica agência federal LEEA, ou *Law Enforcement Assistance Administration* (Administração para o Apoio à Aplicação da Lei).

Tal legislação e tal agência, na década de 60, foram divisoras de águas, vez que conferiram supedâneo para o desenvolvimento nacional de uma série de alterações com o objetivo de direcionar e reger um “sistema de controle doméstico” para “preservar a ordem capitalista existente”, por meio, predominantemente, de redefinições e de fomentos educacionais para a alteração gradual da concepção dos fatos sociais, e também através da busca por reestruturação de todos os níveis da burocratização do governo (QUINNEY, 2016, p.26). Neste sentido:

No processo, uma nova terminologia foi criada: a justiça criminal. Teoricamente, esta terminologia atualiza a ideologia da “lei e ordem”. Porém, acrescentando à imagem convencional, a terminologia da justiça criminal reconhece a nova ênfase sendo colocada na manutenção da ordem existente mediante as ferramentas e agências do Estado capitalista. Na prática, a justiça criminal representa uma inovação no controle. De fato, o estabelecimento de um novo sistema de controle, um “sistema de justiça criminal”. Com o eufemismo da justiça criminal, um novo sistema de controle tem sido estabelecido e (ao mesmo tempo) justificado. Hoje todos estamos ligados, de uma forma ou de outra, à justiça criminal (...) Todos seremos parte do sistema de justiça criminal. (QUINNEY, 2016, p.26 e 31)

A intenção do governo estadunidense com a implementação das políticas materializadas mormente pela atuação da LEEA (instituição esta a ser considerada como pertencente ao *Sistema de Justiça Criminal*, quando da sua inserção na *criminalização secundária* do Estado estadunidense), fora *pela busca da implementação racional de mecanismos e de tecnologias à justiça criminal para o exercício de controle social*. E isto se deu, nos Estados Unidos, por meio do fomento e do financiamento, principalmente, (i) de programas educacionais em universidades e faculdades, moldando as finalidades das ciências sociais⁶¹; (ii) por meio de incentivos para que estudantes se aperfeiçoassem, se formassem e assim atuassem na justiça criminal posteriormente; e (iii) através da incitação da participação cidadã no controle social e na vigilância de vizinhos, de autoridades judiciárias, e de políticos, quando da cobrança por maior ímpeto destes todos na luta contra a criminalidade, como conseqüente recrudescimento das leis, da vigilância e da atuação policial. Veja, desta forma, que “o movimento moderno de justiça criminal, em outras palavras, está moldando a natureza das nossas vidas e das nossas mentes de muitas formas. Estamos em uma idade de justiça criminal (...) o propósito mais amplo é preservar uma ordem capitalista que está em grave crise”. (QUINEY, 2016, p.29)

Os Estados Unidos apresentam assim o paradoxo de uma sociedade que venera as crianças, mas não tem uma política familiar e educacional, de maneira que uma criança em cada quatro (e uma criança negra a cada duas) nela vive abaixo da “linha” oficial da pobreza; uma sociedade que gasta mais que todas as suas rivais em saúde, mas deixa sem cobertura médica 50 milhões de pessoas (das quais 12 milhões são crianças); uma sociedade onde se sacraliza o trabalho, mas não dispõe de nenhum instrumento nacional de formação e de apoio ao emprego digno desse nome. Isto porque a “caridade do Estado” tem como objetivo primário reforçar os mecanismos do mercado e sobretudo impor às populações marginais a rude disciplina do salário desqualificado. (WACQUANT, 2003, p.23)

⁶¹Segundo Quinney (2016) dentro do LEEA havia um programa principal, o *Law Enforcement Education Program* (LEEP, ou em português: Programa de Educação para a Aplicação da Lei), o qual forneceu, como disse-se acima, apoio financeiro para universitários com pesquisas relacionadas à segurança, além de apoio a fóruns, prisões e outras demais agências de justiça criminal. “Desde o começo do programa, aproximadamente 200.000 estudantes receberam apoio financeiro do LEEP. O programa cresceu de 20.602 estudantes, em 485 faculdades e universidades, para 95.000 estudantes, em 1.036 faculdades e universidades. O financiamento aumentou de 6,5 milhões de dólares em 1969, para 40 milhões anuais no final da década de 1970, nos programas de educação”. (QUINNEY, 2016, p.28)

Segundo Loïc Wacquant (2003), nos Estados Unidos, e no período do pós-guerra, quando o mundo encontrava-se com os olhos voltados a eles, tal nação iniciou mudanças sociais e políticas que influenciariam todo o Ocidente — tanto as Américas quanto a Europa. Mas, antes disso, consigna-se que sua antiga política pública encontrava-se voltada para o exercício do *Estado-providência*, e fora dividida em dois ramos: o *social insurance* — cuja atribuição era posta para com a assistência social dos indivíduos assalariados, desempregados, doentes ou aposentados —; e, em outra medida, o famoso *welfare state* — cuja responsabilidade era para com os cidadãos totalmente dependentes ou em estado de miséria. (WACQUANT, 2003)

Aconteceu que, tal como ocorrera nos séculos passados no continente europeu, houve a adoção, ou a implementação, agora nos Estados Unidos, e face a realidade social e econômica de tal espaço geográfico específico, de políticas públicas que alteraram completamente o foco de direcionamento dos recursos materiais e políticos do governo para com os seus cidadãos e suas instituições — principalmente aquelas relacionadas ao *Sistema de Justiça Criminal*. Há pontos nevrálgicos de tais acontecimentos que são postos sobre a circunstância de que, para que tais mudanças ocorressem, houve a criação e inserção social de discursos de natureza criminalizante sobre fatos específicos e atinentes, ou praticados majoritariamente, por uma parcela específica das classes economicamente inferiores; sendo que isso serviria, discursivamente, como justificativa para tais alterações a níveis nacionais. (WACQUANT, 2003)

Houve, para tanto, a proclamação de um estado de emergência, ou então de uma *grave crise*, os quais não se deveram à uma ruptura abrupta na evolução do crime e da delinquência; ou seja, não houve mudança brusca que ensejasse tantos e tamanhos investimentos no *Sistema de Justiça Criminal* em prejuízo do Estado social. O que ocorreu fora a provocação — por meio de discursos ideológicos — de alterações no olhar da sociedade para com certas perturbações sociais, bem como para com certas categorias de pessoas, aquelas tidas como os refugos. Neste sentido, jovens desempregados foram deixados à sua própria sorte; mendigos e pessoas em situação de rua, nômades e toxicômanos, largados à deriva; e imigrantes pós-coloniais restaram sem documentos ou amparo. Os *outros* foram tornados muito evidentes nos espaços públicos; sua presença física fora forjada a ser cada vez mais indesejável; e seus comportamentos intoleráveis; isto porquanto figuravam como ameaças à segurança social, gerando temores quanto ao futuro face a hipótese do declínio e da degradação da comunidade como um todo. Isto ocorreu, em grande medida, em razão da erosão do trabalho assalariado estável e homogêneo (considerando como condições paradigmáticas ulteriores aquelas do pleno

emprego vistas durante as décadas de expansão industrial no sistema fordista, entre os anos de 1945 e seguintes), bem como pela decadência da solidariedade entre os estratos sociais (WACQUANT, 2003). As semelhanças são grandes com o quadro europeu aqui anteriormente visto.

Dois foram os procedimentos adotados pelo governo dos Estados Unidos para que, gradativamente, menos pessoas carentes recebessem auxílios sociais provenientes das políticas estatais do *welfare state*: (i) um de *cunho burocrático* — que ocorreu quando diversas pessoas foram barradas em inúmeros novos requisitos de enquadramento criados e, não obstante muitas, ainda que fizessem jus, eram abandonadas ou não aceitas nos programas —; e outro (ii) de *cunho imediato ou brusco* — onde diversas unidades federativas extinguíram, da noite para o dia, seus programas de assistência social. São citados como exemplos quanto a este último os estados de Massachusetts, Pensilvânia, Michigan e Illinois, que de modo repentino abandonaram e deixaram sob a absoluta miséria mais de um milhão de beneficiários. O mesmo ocorreu no âmbito dos municípios, de modo ainda mais incisivo quando às gestantes sem plano de saúde não era propiciado o pré-natal; além de hospitais que foram fechados. (WACQUANT, 2003)

Não fosse apenas o desamparo social, mas ainda a velocidade em que este se deu, foi de fácil percepção o aumento de famílias carentes, aumento da pobreza, aumento de marginais nas ruas, e aumento de jovens sem ocupação ou perspectiva alguma. Face a instabilidade social que provoca deslocamentos na malha social-econômica, o Estado outrora caritativo deu lugar ao Estado disciplinar, o qual se materializava como uma necessidade para a gestão do fato social relativo à pobreza, de modo que “ao aumento dos deslocamentos sociais pelos quais elas mesmas são amplamente responsáveis, as autoridades americanas decidiram responder, desenvolvendo suas funções repressivas até a hipertrofia”. (WACQUANT, 2003, p.27)

No plano mais baixo da escala social, o encarceramento serve para neutralizar e estocar fisicamente as frações excedentes da classe operária, notadamente os membros despossuídos dos grupos estigmatizados que insistem em se manter “em rebelião aberta contra seu ambiente social”. (WACQUANT, 2003, p. 16)

Tal *hipertrofização da repressão* se deu sobre dois caminhos distintos, mas, não obstante, relacionados entre si. O primeiro, apesar de menos evidente, refere-se à vigilância estatal por intermédio das agências de serviço social que, tal como fora dito, passaram a exigir para a concessão de diminutos benefícios sociais, em várias unidades da federação estadunidense, o preenchimento e o respeito a determinadas normas de cunho educativo, familiar, sexual, e, principalmente, atenção à necessidade da obtenção de emprego formal. Este

último demasiadamente nocivo ao trabalhador que, para fazer jus a determinada e, para ele, essencial quantia monetária de auxílio, possuía a obrigação de obter e se manter em qualquer espécie de trabalho, o que invariavelmente correspondia à sua submissão a condições deploráveis de serviço e situações aviltantes de remuneração. A isto deu-se o nome de *workfare*. Outra modalidade de exigência referia-se à necessidade de frequência escolar dos filhos menores, ou suas matrículas em estágios de formação cujas perspectivas concedidas, segundo anota o autor, inexistiam. A isto deu-se o nome de *learnfare*. Ademais, mães solteiras que por ventura deixassem de morar com os seus pais, ainda que por motivos de expulsão familiar, deixariam de obter a renda do governo a qual faziam outrora jus. De modo similar, passou-se a fixar datas limites para a duração da concessão de benefícios, sem que houvesse uma análise do quadro social fático e contemporâneo do cidadão antes da interrupção. (WACQUANT, 2003)

O segundo caminho pelo qual trilhou a *hipertrofização da repressão* refere-se ao uso maciço e sistemático do sistema de encarceramento — sendo este o ponto aqui de maior valia. Curiosamente, segundo dados trazidos por Loïc Wacquant (2003), durante a década de 1960 o que viu-se fora uma redução nos índices de aprisionamento da população no quantitativo de 12% (doze por cento). O grande fator a desencadear o processo de crescimento do encarceramento deveu-se àquilo que aqui já denominou-se *estado de emergência*, ou *grave crise*, que corresponde ao início da chamada *Guerra às Drogas*; esta declarada pelo então presidente estadunidense Ronald Reagan; porfia estatal esta que não nasceu como uma resposta pública a aumentos de índices de uso de drogas, mas sim como uma política pública ideológica e Estatal direcionada a determinado grupo social ou econômico.

A causa-mestra deste crescimento astronômico da população carcerária é a política de “guerra à droga”, política que desmerece o próprio nome, pois designa na verdade uma guerrilha de perseguição penal aos vendedores de rua, dirigida contra a juventude dos guetos para quem o comércio a varejo é a fonte de emprego mais diretamente acessível. É uma “guerra” que não teria razão de ser, visto que o uso de estupefacientes está em descenso desde o final dos anos 70 e que perfeitamente previsível que se abateria de maneira desproporcional sobre os bairros deserdados: neles a presença policial é particularmente densa, o tráfico ilícito é facilmente identificado e a impotência dos habitantes permite à ação repressiva toda a liberdade. (...) foi esta política que entupiu as celas e “escureceu” seus ocupantes. (WACQUANT, 2003, p. 29)

No excerto acima verifica-se que a juventude desempregada e desassistida (em muitos casos de modo abrupto, da noite para o dia) não demorou para se render à promessa de fácil e rápido retorno financeiro proveniente da comercialização de drogas. Contudo, e antes de ter-se sido declarada a incursão governamental de *guerra* sobre os mais pobres, naquilo que atine ao uso de drogas pelos desfavorecidos, imperativo fazer consignar que os índices de consumo de

estupefacientes estavam, na realidade, em pleno declínio, e não em uma ascensão que demandasse uma resposta enérgica do Estado tal como a que fora vista (WACQUANT, 2003). Houve então a clara previsibilidade daqueles que seriam mais os cooptados pelo *Sistema de Justiça Criminal* estadunidense em razão daquilo que mencionou-se em relação à *criminalização secundária*, átimo que demonstrou-se que são mais fáceis e preferíveis de serem captados pelas agências policiais aquelas fatos sociais mais grosseiros e percebidos em regiões determinadas, onde habitam uma classe social e econômica específica. Wacquant, na mesma toada do pensamento de Baratta (2002) exposto alhures, preleciona que:

A nova penologia que vem se instalando não tem por objetivo “reabilitar” os criminosos, mas sim “gerenciar” custos e controlar populações perigosas (...) A ascensão do Estado penal americano responde assim não à ascensão da criminalidade, que permaneceu constante durante todo este período, mas ao deslocamento social provocado pelo desengajamento do Estado caritativo. (WACQUANT, 2003, p. 32-3)

A população carcerária estadunidense diminuía regularmente desde o início da década de 1960, a uma média de aproximadamente 1% ao ano. Em 1973 houve uma reviravolta na demografia carcerária, o que ocorreu de forma brutal e espetacular; um fato sem precedentes nas sociedades democráticas. Ocorreu a duplicação dos encarcerados no período de 10 (dez) anos, e quadruplicação no curto espaço de 20 (vinte) anos. Em 1975 tratavam-se de cerca de 380 mil internos; em 1980, registrou-se cerca de 500 mil encarcerados; e em 1990 viu-se 1 milhão de indivíduos insertos no sistema carcerário — um crescimento estrondoso de cerca de 8% ao ano, ou 2 mil novos presos por semana. Tem-se que, conforme o direcionamento dos recursos federais voltados para assistência social ia decaindo, diametralmente os investimentos no *Sistema de Justiça Criminal*, e no cárcere, iam tomando enormes proporções: o que era 2 (dois) bilhões de dólares em 1972, tornou-se 10 (dez) bilhões de dólares em 1990. A título de exemplo mais preciso, entre 1984 e 1994 o estado da Califórnia, investindo cerca de 15 (quinze) bilhões de dólares ao todo, construiu cerca de 16 novas prisões; sendo que em todo o país, movimentos com as proporções deste foram percebidos. Neste diapasão, não demorou muito para que o setor privado demonstrasse interesse principalmente pela gestão dos recintos de detenção e reclusão. (WACQUANT, 2003)

Um exemplo emblemático ocorreu na cidade de Nova York que, em 1992, inaugurou o Centro Correcional Vernon C. Brian, também conhecido como Instalação Marítima Vernon C. Brian, construída para estocar a pobreza criminalizada que já não cabia mais no solo. O centro trata-se de uma gigantesca embarcação de fundo chato, feita toda de aço, com 200m de comprimento e 50m de largura, contendo 4 conveses com capacidade conjunta para acondicionar cerca de 700 beliches. A prisão-embarcação conta com clínica, biblioteca jurídica,

igreja, refeitório, cozinhas, gerador elétrico, maquinário para a dessalinização de água, lavanderia industrial e sistema de esgotamento. Para a conclusão de tamanha obra calculou-se o investimento de aproximadamente US\$161.000.00,00 (cento e sessenta e um milhões de dólares). (WACQUANT, 2003)

Como não é de se surpreender, em razão das características culturais e sociais dos Estados Unidos, a grande maioria dos encarcerados foram os afro-americanos, ou negros, bem como aqueles advindos das demais regiões das Américas Central e do Sul, ou latinos. Observa-se o fato de que tais populações representavam tão somente, e aproximadamente, $\frac{1}{5}$ (um quinto) da população total daquele país. Segundo dados trazidos por Wacquant (2003): no final da década de 1970, 6 (seis) em cada 10 (dez) detentos eram negros e latinos; ao tempo da prisão 49% afirmaram ter um emprego em horário integral, 15% em trabalho em regime parcial ou ocasional, 20% a procura de emprego, e 16% na inatividade. Quanto à educação, 50% não teriam terminado o ensino secundário, e somente 13% teriam frequentado um curso pós-secundário ou profissionalizante, técnico ou universitário. Apesar da renda, $\frac{2}{3}$ (dois terços) auferiam menos de US\$1.000,00 (mil dólares) por mês; e 45% vivam com menos de US\$600,00 (seiscentos dólares) por mês. Quanto aos afetados pelo desmonte do Estado social, apenas 14% recebiam ajuda pública antes de serem presos (auxílio a pais sem cônjuge, tíquetes alimentares, assistência nutricional etc.); 7% recebiam aposentadoria ou pensão por invalidez; e cerca 3% recebiam seguro desemprego. Quanto aos dados familiares, 40% tiveram pai e mãe presentes; 14% passaram a infância em um orfanato ou caso de adoção; mais de $\frac{1}{4}$ (um quarto) viveram em habitações sociais; 30% tinham pai ou mãe alcoólatras e 8% pais toxicômanos; sendo que somente 16% declararam-se casados. Com relação ao histórico familiar de parentes presos, 30% tiveram o irmão preso, 16% o pai, e 10% a irmã ou a mãe. Sobre violência física ou sexual na infância, nos homens 1 a cada 9, e nas mulheres 1 a cada 3 foram vítimas. Derradeiramente, quanto ao uso da defesa técnica nos procedimentos criminais, 80% dos detentos condenados a pelo menos um ano de detenção foram defendidos pela defensoria pública, em razão da falta de recursos para a contratação de um advogado particular. (WACQUANT, 2003)

Além do fato de que “a cadeia é instituição primária na existência da gentilha”, a recente campanha de perseguição penal dos pobres nos espaços públicos contribui para agravar o sentimento de insegurança e de impunidade, na medida que “obscurece a distinção entre o crime verdadeiro e o que é apenas incômodo e ofensivo”. E ela é feita sob medida para desviar a atenção pública da criminalidade de empresa e do crime de colarinho branco, cujos danos humanos e custos econômicos são bem mais importantes e insidiosos do que os da delinquência de rua. (WACQUANT, 2003, p. 133)

No ano de 1996 o Congresso estadunidense — com a rubrica do então chefe do Poder Executivo Bill Clinton, ao arrepio de ambos os partidos e entre inúmeros líderes do governo que chegaram a se demitir em protesto — votou uma nova reforma dos serviços sociais que até então ainda existiam. Tal acontecimento marcou a grande e definitiva passagem do *welfare state* para o *workfare state*. Verificando-se que objetivo manifesto da nova norma não era reduzir a pobreza, mas sim a quantidade de famílias dependentes dos recursos de auxílio, o que se afirmou fora que “esta lei é uma execração para as mães e as crianças mais vulneráveis da América. Parece que o Congresso desistiu da guerra contra a pobreza e decidiu substituí-la por uma guerra contra os pobres”. (WACQUANT, 2003, p. 145)

Grande parte da assistência social conduzida pelo governo federal passou para a responsabilidade das demais unidades federativas; de modo que, com o regime de recessão, os estados da federação passaram a exigir cada vez mais requisitos ou outras considerações restritivas para concessão de benefícios. Caso parecido aconteceu na década de 1970 quando os manicômios passaram a ser de atribuição dos estados, os quais liberaram às ruas centenas de internados, de modo a submetê-los a condições deploráveis de vida, e na mais completa miséria. (WACQUANT, 2003)

Em forçado e derradeiro resumo, a reforma de 1996 de Bill Clinton reestruturou completamente as disposições dos beneficiários de programas sociais a partir do *rearmamento moral* intensivo — o que consistiu, em outras palavras, na imposição de inúmeras normas e requisitos de conduta social —, o que implicou em uma degradação simultânea do *self do beneficiário* e da glorificação do *self do trabalhador*. Ademais, face a alteração da visão quanto às maneiras por meio das quais tanto o *welfare* e o trabalho são avaliados pela sociedade, o trabalho foi sacralizado e sublimado ao posto de uma obrigação cívica absoluta, como restou evidente na frase de ordem fixada nas paredes de diversos centros de assistência social no país, a qual diz(ia): todo emprego é um bom emprego. Com isto tem-se que tais alterações legislativas conduziram os pobres para os nichos sub-remunerados do mercado de trabalho desqualificado; o que resultou no desenvolvimento da oferta de trabalhadores dóceis, e acelerou as mudanças na base dos empregos; além de intensificar a dessocialização do trabalho assalariado. “O encolhimento da assistência social e sua conversão paternalista no *workfare* nos EUA não é tanto uma resposta às mudanças econômicas quanto um exercício de governo, voltado para a produção dessas mudanças e, em seguida, para adaptação a elas — contrapartida prisional”. (WACQUANT, 2003, p. 182-3)

4.2. BRASIL: A TRANSNACIONALIZAÇÃO E A GUERRA ÀS DROGAS

Voltando, pois, agora a atenção às terras brasileiras, a análise acerca do exercício do *ius puniendi* do Estado junto às influências de diretrizes de natureza econômica, iniciar-se-á com a exposição de um conceito de Rosa del Omo (2004), criminóloga venezuelana, que também é explorado por Salo de Carvalho (2016), criminólogo brasileiro, denominado *transnacionalização do controle social*. Isto para se caminhar em direção à análise de fundamentos ideológicos e de normas positivadas brasileiras, as quais foram criadas para a promoção do controle e/ou repressão aos crimes envolvendo os estupefacientes — isto dentro deste contexto de *transnacionalização* —; vindo a criar assim, por via de consequência, a *guerra às drogas* brasileira.

Preliminarmente, há uma série de fatores a serem rememorados ou considerados; a história nunca é simplória e os métodos histórico e estruturalista de pesquisa aqui adotados chamam à análise os ditos fatores. Deste modo, tal como fora dito alhures, os Estados Unidos, país norte-americano, declarou, em razão da *grave crise de governamentalidade* do sistema capitalista, uma imensa guerra às drogas; bem como, e não obstante, passou a investir intensamente recursos financeiros e humanos em seu *Sistema de Justiça Criminal*: desde a instigação do controle e fiscalização social em bairros; passando pela formação educacional e ideológica dos atuais e futuros agentes, gestores e operadores das engrenagens do *Sistema de Justiça Criminal* nacional; atravessando pelas alterações legislativas extremadas e socialmente impactantes; até chegar aos gigantescos e hiperbólicos investimentos na construção de inúmeras novas unidades de encarceramento, *v.g.* —, e isto com o escopo de fomentar e inchar o *controle social* local, para que houvesse contraposição ao produto gerado e fruto do grande desamparo ou descarte humano visto a partir dos cortes drásticos em programas sociais do *welfare state*, o qual deu lugar ao *workfare* e, por fim, ao *aprisionamento em massa*. Ressaltou-se também que, face a globalização, em razão da intensa troca de ideias e informações propiciada pelos meios de comunicação — mormente pela rede mundial de computadores (a internet) —, bem como diante da hegemonia conquistada e consolidada pela nação estadunidense ao final da 2ª Guerra Mundial, é certo que tal país exerceu e exerce demasiada influência em praticamente todos os cantos da Terra — incluído, é claro, o Brasil. De modo que, a necessidade de manutenção deste poderio geopolítico se tornou uma máxima e valeu-se da criação e combate de grandes inimigos em comum do *capitalismo*, a saber: o *comunismo*, e o os países a ele adeptos — os quais, todos juntos, foram tidos não apenas como uma ameaça a inúmeros valores Ocidentais, mas também passaram a ser considerados como inimigos da Segurança Nacional (CARVALHO, 2016). Nesta toada, Rosa del Olmo preleciona que, *in verbis*:

Em 1947, voltam a entrar em cena as organizações internacionais preocupadas, como sempre, em manter a ordem social, mas agora com uma perspectiva distinta, em consequência da nova ordem mundial do pós-guerra. Inicia-se o auge neocapitalista e os Estados Unidos conquistam mais poder como potência dominante. Franklin Delano Roosevelt implantou a “política da boa vizinhança” depois da grande depressão dos anos 30, favorecendo a imagem norte-americana e facilitando a intervenção política e econômica nas sociedades dependentes e especialmente na América Latina. (OLMO, 2004, p.116)

Os planos hegemônicos da nação estadunidense conduziram os países periféricos sob sua influência e interesse — em especial, como dito, as nações em desenvolvimento na América Latina — à criação de inimigos e objetivos comuns. Segundo Rosa del Olmo (2004), desde o início do século XX uma série de encontros e congressos de cunho internacional ocorrem, com certa frequência, para tratar temáticas pertinentes à Defesa Social, à Criminologia, ao Direito Penal, e às Penitenciárias, *v.g.* Ainda que, de determinada forma, na busca por avanços das áreas correlatas às acima citadas melhorias ocorressem de fato junto às políticas públicas dos países participantes e influenciados; nestes encontros a autora em tela cita que embora houvesse a presença de representantes de países da América Latina, certo é que estes tais possuíam um papel secundário nos encontros, figurando com proeminência apenas os indivíduos dos países hegemônicos. Ou seja, a ausência de concessão de espaço para a participação ativa dos líderes ou dos delegados das nações latino americanas inevitavelmente ocasionava no desenvolvimento de resoluções, normas e diretrizes, enfim, que não abrangiam as particularidades ou peculiaridades dos países no continente ao sul da América do Norte ou a sudoeste da Europa.

A presença latino-americana nos congressos internacionais é constante. Todavia, sua participação é somente nominal. Nesse congresso de Londres, alguns de seus representantes foram nomeados vice-presidentes, mas ignorou-se a contribuição que poderiam ter dado esses delegados (...) o objetivo era estabelecer normas universais, mas, como afirmou-se anteriormente, a forma de impô-las era desigual. Predominava uma política imperialista onde os “especialistas” são os participantes dos países hegemônicos, que buscam nos outros participantes apenas votos de apoio a suas decisões. (OLMO, 2004, p.111-2)

Com isto, e não obstante, tem-se que em 1951 a Organização das Nações Unidas absorveu o Congresso e a Comissão Penal e Penitenciária, que possuía abrangência internacional independente, cuja temática passou a ser trabalhada diretamente na Seção de Defesa Social das Nações Unidas, com sede em Nova Iorque, nos Estados Unidos. Sem embargo, a mesma ONU passou a assumir outras atribuições destas áreas e destes segmentos no âmbito internacional. (OLMO, 2004)

Sobre isto que ocorreu em relação ao Congresso e a Comissão Penal e Penitenciária, e para demonstrar a materialização discursiva da *transnacionalização do controle social*, tem-se que ao analisar a relação existente entre os Estados Unidos, a Organização da Nações Unidas

(ONU), e a busca destes dois pela prevenção e tratamento, respectivamente do delito e do delinquente (que agora partia para uma imposição de normas universais), Rosa (2004) cita aquilo que à época disse o penitenciário Sanford Bates (um cidadão estadunidense e até então presidente da extinta Comissão Penal e Penitenciária) ao tempo da extinção ou absorção do Congresso pela ONU:

“Os Estados Unidos entraram na luta para salvar o mundo (sic)... os Estados Unidos estão pagando quase a metade dos gastos da Organização das Nações Unidas... É perfeitamente lógico que estudemos nossos problemas penais e correccionais (os dos EUA) tendo em conta sua significação universal... Deve-se render o devido tributo aos primeiros reformadores americanos, não somente pela sua visão e devoção, mas porque foram os primeiros reformadores a contemplar o assunto sob todas as suas possibilidades internacionais... O ano de 1910 marca o começo de uma nova etapa na história penal norte-americana, ficando provados além disso a necessidade e o desejo universal de que se publicasse uma literatura mundial referente ao tema (...) Nós, os norte-americanos, não temos a certeza de que nossas políticas penais sejam superiores às do resto do mundo... Contudo, baseados em nossos padrões, o resto do mundo tem ainda muito a aperfeiçoar. Não devemos aparentar falsa modéstia, pois quando um país qualquer planeja a reforma de seu sistema penitenciário, sempre se dirige a nós” (Sanford Bates. *Um mundo em penologia*. in *Revista Penal e Penitenciária*, Buenos Aires, n.º 43/46, 1947; in OLMO, 2004, p.121-2)

Com a Organização das Nações Unidas (ONU) encabeçando inúmeros e distintos encontros internacionais desde a década de 1950, Olmo (2004) analisa que o que se viu fora uma reorientação na Sociedade Internacional de Criminologia, na criminologia em si e, por via de consequência, viu-se uma “reorientação no próprio controle social, coincidindo com as mudanças no desenvolvimento do capitalismo” (OLMO, 2004, p.139). Na década de 1960 houve dois congressos internacionais distintos, um em Montreal, no Canadá, que teve por enfoque o *tratamento* dos delinquentes, e um em Estocolmo, na Suécia, onde promoveu-se a discussão acerca da *prevenção* dos delitos. Ambos, tanto o tratamento a ser dado quanto a prevenção de crimes, são pilares da Defesa Social. (OLMO, 2004).

Salo de Carvalho (2016), por seu turno, analisa que a *globalização da repressão às drogas* se insere no projeto de *transnacionalização do controle social*, cuja finalidade é dirimir as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade. O substrato ideológico desta política global será fornecido pelo Movimento de Defesa Social (MDS), que se liga a uma concepção abstrata que desconsidera a historicidade e pluralidade das sociedades para dar lugar aos inflexíveis princípios do bem, do mal e da culpabilidade sob um olhar hegemônico. (CARVALHO, 2016)

Na década de 1970, em meio a transnacionalização do capitalismo que passou por crises agudas em tal período (*grave crise do capitalismo*), houve também consequências no

campo do controle social. O ano de 1970 foi marcado pelo IV Congresso sobre a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente, ocorrido em Quioto, no Japão.

Com a presença de 85 países, para discutir o tema geral “a delinquência e o desenvolvimento” (...) O programa foi dividido em quatro pontos principais: 1º A política de defesa social e o planejamento do desenvolvimento nacional; 2º A participação do público na prevenção e controle do delito e da delinquência; 3º As ‘regras mínimas’ em função dos recentes desenvolvimentos no campo correcional; 4º A organização da pesquisa para o desenvolvimento da política de defesa social. (OLMO, 2004, p.142)

Tal encontro é tido como marcante porquanto, segundo fontes da ONU, foi o primeiro a ser precedido por reuniões preparatórias regionais, estas realizadas na África, na América Latina, na Ásia, na Europa e no Oriente Médio.

El Congreso de Kyoto fue el primero que fue precedido por reuniones preparatorias regionales, que se celebraron en África, América Latina, Asia, Europa y el Oriente Medio. Anteriormente había habido pocas oportunidades de que los expertos de todas las regiones formularán un enfoque normativo común respecto de los temas del programa (...) El Congreso de Kyoto fue el primero en que se aprobó una declaración, en la que se exhortaba a los gobiernos a adoptar medidas eficaces para coordinar e intensificar sus esfuerzos en materia de prevención del delito en el contexto del desarrollo económico y social. En ella se reconocía además que la delincuencia en todas sus formas consumía las energías de las naciones, socavando los esfuerzos por lograr un entorno más saludable y una vida mejor para su pueblo. Además, en el congreso se examinó por primera vez el problema del terrorismo y el secuestro de aviones. (ONU, 2010, p.7)

Assim, para arrematar a questão da *transnacionalização do controle social*, dentro dos contextos aqui desenvolvidos acerca do uso do *ius puniendi* pelo Poder Econômico vigente ou proeminente, ou seja, vigente junto ao capitalismo, e isto dentro de uma problemática maior posta quando da influência dos países desenvolvidos sobre os países em desenvolvimento, Rosa del Olmo preleciona que:

Na atualidade, com a crise do capitalismo avançado e o desenvolvimento das crises transnacionais, se faz necessária uma nova ideologia que legitime o capitalismo. Essa ideologia abarcará evidentemente o campo do controle social e portanto terá repercussões na criminologia. A nova ordem mundial exige que a ideologia punitiva adquira uma dimensão distinta. Deve ser transnacional e se ocupar simultaneamente dos problemas internos nas sociedades do capitalismo avançado, assim como dos problemas que possam surgir na periferia como ameaças a esse capitalismo. Isso explica a reformulação no campo da prevenção do delito e do tratamento do delinquente. (OLMO, 2004, p.151)

O que se depreende do excerto acima, em suma, são os efeitos da já mencionada *grave crise*, que ocorre face a dificuldade de governamentalidade encontrada para a manutenção do sistema capitalista (DARDOT; LAVAL, 2016); que desembocará no desenvolvimento da *guerra às drogas* estadunidense — para promover controle social interno e local, a princípio —, e posteriormente, por via de influência, na fracassada *guerra aos entorpecentes* no Brasil.

4.2.1. Fundamentos ideológicos da Guerra às Drogas no Brasil

No Brasil, desde o início, o discurso de repressão às drogas é menos médico-jurídico e mais político-jurídico. Isto porque, não há de se olvidar que entre os anos de 1964 a 1985 — os anos de maior e significativo avanço normativo na criação da Guerra às Drogas no Brasil — a nação brasileira esteve submersa em um período de Regime e Ditadura Militar; esta instaurada, entre outras razões, porquanto, na retórica apregoada à época, havia um mal de origem tanto externa quanto interna a ser combatido, a saber: o *comunismo*, e os países a ele adeptos — ideologia de governo aquela (com perdão da redundância) ideologicamente e politicamente antagônica ao capitalismo (como é cediço), e que agora passou a ser formalmente acusada por órgãos internacionais de fazer com que os países comunistas, como é o caso da China, disseminassem drogas no Ocidente, tal como a heroína, e isto para a destruição dos países capitalistas. (CARVALHO, 2016)

A institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores – ou, no caso do Brasil, país rota de passagem do comércio internacional –, a partir da transferência do problema doméstico dos países consumidores, redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de guerras internas. Para Rosa del Olmo, a cômoda posição das agências centrais produziu resultados desastrosos porque, sendo exportado e imposto do centro à periferia, o discurso jurídico-político ignorava a alteridade, ou seja, estava alheio (ou pouco preocupado) à historicidade, às questões sociais, políticas e econômicas, bem como à relação cultural entre a droga e os grupos sociais envolvidos. Na América Latina, efeito bélico exemplar ocorreu com o etnocídio resultante da inclusão da folha de coca nas listagens de drogas ilícitas a eliminar, com a destruição de culturas seculares entre os povos andinos. O relatório da Resolução 116/74, embrião da Lei 6.368/76, revela a sintonia do projeto nacional ao modelo transnacionalizado na preservação do discurso médico-jurídico e na implementação normativa do discurso jurídico-político. As observações de Menna Barreto, membro do grupo interdisciplinar criado pelo Ministério da Justiça para elaboração do Projeto da Lei de Drogas de 1976, são reveladoras no que tange à preocupação de prevalência da eficácia da repressão (campo processual penal) sobre a prevenção, o incremento da punitividade (campo penal) e redefinição sanitária do tratamento (campo médico-psiquiátrico). (CARVALHO, 2016, p.51-2)

Salo de Carvalho (2016) então registra que dentro deste plano de *transnacionalização do controle social* por meio do combate às drogas, a forte influência dos países centrais (detentores do comando mundial capitalista, neoliberal, e da gênese de criação da ideia da existência de *inimigos internos e externos*), para imposição das medidas à população dos países periféricos latino-americanos, acabou por resultar na implementação de políticas de genocídio dos estratos sociais mais vulneráveis, bem como no desmantelamento da cultura nacional de países das Américas Central e do Sul.

No Brasil a histórica política de Lei e Ordem para a guerra nacional às drogas possui um distinto traço relacionado ao militarismo e às ideias de *Defesa Social* e de *Segurança Nacional*, que juntas propiciaram a criação de um “modelo repressivo militarizado centrado na

lógica bélica de eliminação/neutralização de inimigos” (CARVALHO, 2016, p.53). Isto porquanto, em primeiro lugar, e tal como restará expresso alhures, a maior parte das normas brasileiras postas em vigor como resposta jurídica ao problema dos entorpecentes são advindas de Decretos expedidos diretamente pelo Poder Executivo exercido por militares de 1964 até, formalmente, 1985. Por sua vez, as demais Leis criadas pelo Poder Legislativo não escaparam da métrica de tratamento militarizado. (CARVALHO, 2016)

Em segundo lugar, considera-se que a lógica militarizada de eliminação e neutralização de inimigos adentra o período de redemocratização brasileira e se faz presente na hodiernidade dentro das estruturas institucionais no que concerne às suas ações legais, judiciais e executivas — isto, majoritariamente, e é claro, nos âmbitos das criminalizações primária e secundária. Vera Malaguti Batista (*in* CARVALHO, 2016, p.53) registra a existência de uma renúncia à estrita legalidade que promove o controle social por meio da militarização e verticalização das ações, as quais afetarão, com proeminência, os dissidentes ou inconformistas sociais, bem como afligirão as camadas mais pobres da população. Neste sentido: “aos jovens de classe média, que a consomem [cocaína], aplica-se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que a comercializam, o estereótipo criminal”; (BATISTA, p.74, *in* CARVALHO, 2016, p.53); e, ainda: “tudo dependia na América Latina de quem a consumia [droga]. Se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram os ‘meninos de bem’, a droga os tornava apáticos” (OLMO, p.46, *in* CARVALHO, 2016, p.54).

Fora precisamente neste contexto, e na década de 1970, que o mote de Lei de Ordem, disseminado pelas campanhas políticas e pela mídia, ganhou espaço na coletividade brasileira tal como o fora feito na estadunidense; sendo a droga posta como a inimiga interna, e como a real ameaça à ordem nacional. E fora deste modo considerados também os indivíduos envolvidos com o tráfico de drogas, ou seja, como inimigos e como ameaças. Não obstante, e de modo familiar ao que fora visto nos Estados Unidos, é imperativo fazer consignar o fato de que tanto o comércio quanto o consumo de entorpecentes no Brasil não encontravam-se substancialmente elevados, em comparação a outros países do Ocidente, para assim justificar o tratamento belicoso adotado (CARVALHO, 2016). No Brasil o que se viu na história então, em suma, fora que quanto à “estrutura normativa, a ideia de Defesa Social permeará o imaginário legislativo, adquirindo forte impacto em sua aplicação judicial; quanto ao sistema de segurança pública, o modelo de Segurança Nacional determinará lógica militarizada, a qual será transferida às agências civis de controle do desvio punível” (CARVALHO, 2016, p.54)

Isto posto, sobre a política de drogas brasileira, Salo de Carvalho (2016) assevera que no Brasil a métrica nacional para integração ao plano internacional de controle social e repressão às drogas baseia-se um tripé constituído (i) pela Ideologia da Defesa Social; (ii) pela Ideologia da Segurança Nacional; e (iii) pelos Movimentos de Lei e Ordem.

Em primeiro lugar, a *Ideologia de Defesa Social* (IDS) reúne algumas características. Quando vinculada a um *Programa de Defesa Social*, agrupa ciências modernas, como criminologia, política criminal, e dogmática penal e processual penal. Sendo uma *Ideologia*, possui um sentido *negativo*, considerada “pano de fundo teórico que conforma o senso comum dos atores do sistema penal”; e possui também um sentido *positivo*, tido como a concretização e o compartilhamento de objetivos transnacionais de projetos de reforma penal. (CARVALHO, 2016, p.62).

Para Alessandro Baratta (2002) a Ideologia de Defesa Social “nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal” (p.41), sendo marcante no período de transição do estado liberal clássico para o estado social. O autor italiano preleciona que tal Ideologia tem como fulcro determinados princípios, sendo eles: (i) princípio da legitimidade (ou seja, precisamente o *ius puniendi* do Estado, exercido por seu *Sistema de Justiça Criminal*); (ii) princípio do bem e do mal (delito e delinquente são males sociais); (iii) princípio da culpabilidade (onde o delito é uma expressão interior contrária às finalidades sociais); (iv) princípio da finalidade ou da prevenção (a pena tem caráter retributivo); (v) princípio da igualdade (a lei penal a todos se aplica); e (vi) princípio do interesse social e do delito natural (o direito penal preserva interesses comuns). (BARATTA, 2002, p.42-3)

Tais princípios estruturais da IDS, na análise de Salo de Carvalho (2016), favorecem ou fornecem subsídios para que o *Sistema de Justiça Criminal* (ou sistema repressivo) se auto legitime; vez que tal conjunto principiológico se materializa em um poder (o *ius puniendi*) cujo objetivo é a proteção da estrutura social e a promoção da tutela dos bens jurídicos. O que acontece, todavia, é que a Ideologia de Defesa Social, de um modo geral, possui a potencialidade (e de fato assim é empregada) para instrumentalizar a sistemática punitiva e de controle social, tornando-a desigual, desfavoravelmente repressiva, e hierarquizada economicamente e politicamente. Na análise direta do professor brasileiro, a Ideologia de Defesa Social “na América Latina apresentará peculiaridades que potencializarão o paradigma da beligerância, pois sua virtude totalizadora (universalizadora) incrementará a incidência

verticalizada do penal/carcerário nos países periféricos” — como é o caso do Brasil, e tal como será visto tanto na Lei n.º 6.368/76, quanto na Lei n.º 11.343/06.⁶² (CARVALHO, 2016, p.65).

O segundo pilar do referido tripé é a *Ideologia de Segurança Nacional* (ISN), a qual, segundo Salo (2016), no Brasil possui uma natureza militarizada. Inicialmente tem-se que esta é substancialmente voltada, e estruturalmente pensada, para a eliminação de inimigos ou de ameaças à Segurança Nacional, ou seja, até então ocupava-se dos riscos políticos e externos. Entretanto (e não obstante o comentário feito alhures que destacou o fato de que a maior parte das históricas normas que versaram sobre o controle das drogas no Brasil foram oriundas do período da ditadura militar), tem-se que na década de 1960, e em quase toda a América Latina, a esta gênese do discurso da ISN acresceu-se os inimigos e criminosos comuns, sobre os quais deveria ser empregado o mesmo rigor punitivo, ou seja, tratar de igual modo os de dentro como os de fora vinham sendo tratados. Reveste-se, ademais, de *transnacionalidade* tal lógica ideológica do ISN, porquanto a sua origem remonta ao pós-guerra e ao início da Guerra Fria; onde, como é cediço, houve uma intensa bipolarização global orientada por geopolíticas. (CARVALHO, 2016)

A fragmentação do planeta em polos antagônicos em constante conflito igualmente separa a população, proliferando a ideia de desagregação rapidamente consumida pelos aparelhos repressivos dos Estados. Assim, desde o ponto de vista dos regimes políticos ocidentais, sobretudo naqueles nos quais vigiam Estados de exceção como o Brasil pós-64, à constatação da existência de inimigos externos cuja ação é direcionada à corrupção dos valores morais alia-se o medo dos dissidentes internos — criminosos políticos e, posteriormente, os criminosos comuns. Não por outro motivo Borges Filho, ao pesquisar a estrutura política do governo militar brasileiro, percebe que “a geopolítica dos militares latino-americanos visa não somente estabelecer os limites geográficos do Estado, mas trabalhar com as fronteiras ideológicas, um tipo de fronteira que não separa um Estado-Nação de outro Estado-Nação, mas uma parte do povo de outra parte do povo, no interior de cada Nação” (CARVALHO, 2016, p.68-69; BORGES FILHO, p.54 in CARVALHO, 2016, p.69).

Importa destacar, derradeiramente quanto a este pilar, que em contrapartida à *Ideologia de Defesa Nacional* que tem por princípios a *finalidade* e a *prevenção*, no caso da *Ideologia de Segurança Nacional* o tratamento a ser dado aos inimigos internos — que vêm a se indispor contra a ordem e os valores morais e sociais de seus compatriotas — é uma sanção que os neutraliza, que os elimina; demonstrando assim uma lógica totalmente e evidentemente militarizada e beligerante. (CARVALHO, 2016)

Por fim, quanto ao terceiro fulcro do tripé da política criminal de drogas brasileira, que são os *Movimentos de Lei e Ordem* (MLO), estes “são instrumentalizadores positivos (plano de

⁶² Além da Lei n.º 11.343, Salo de Carvalho (2016) assevera que esta política de beligerância periférica é vista de igual modo nas Leis de Crimes Hediondos, de Crime Organizado, e do Regime Disciplinar Diferenciado (o RDD).

ação) de ideologias negativas (ocultadoras) cuja função é densificar o combate à criminalidade” (CARVALHO, 2016, p.71). Ainda, tem-se que Salo de Carvalho preleciona que o MLO possui algumas teses de existência, e são elas: “(a) justificar a pena como castigo e retribuição; (b) instaurar regime de penalidades capitais e perpétuas ou impor severidade no regime de execução da pena; (c) ampliar as possibilidades de prisões provisórias; e (d) diminuir o poder judicial de individualização da sanção” (CARVALHO, 2016, p.72-3).

Como fora visto anteriormente, originariamente o termo *Lei e Ordem*, empregado para orientar a produção do Legislativo no sentido de combate à criminalidade e, mais precisamente, de combate às drogas, é proveniente dos Estados Unidos; onde o que se pregou é a necessidade extrema de conservação da ordem social junto aos princípios éticos e morais da sociedade, por intermédio do *Sistema de Justiça Criminal* e do Direito Penal, os quais passam a ser maximizados por via de consequência. Neste sentido, e neste ponto, convém registrar que as mídias de comunicação em massa serviram e servem como um dos principais meios de transmissão de conteúdo ao senso comum; se dando, neste contexto, a propagação de materiais não apenas relacionados à existência de uma constante ascendência da condição de perigo social e da criminalidade urbana (o que ocorre a partir do excesso de exposição de determinados casos emblemáticos, e estes ainda transmitidos com sensacionalismo), como também são responsáveis por apresentar como as soluções cabais para os males sociais tanto a repressão policial nas ruas, quanto o Direito Penal dos Tribunais, a promoverem juntos a condenação, a penalização severa, e o encarceramento em massa. (CARVALHO, 2016; WACQUANT, 2003)

Sabe-se ser notável a capacidade dos meios de comunicação de ampliar a visibilidade da violência individual, particularmente aquela que Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar definem como obras toscas da criminalidade (delitos grosseiros cometidos com fins lucrativos), viabilizando o recrudescimento da violência institucional. A volumosa publicidade nos casos de violência, sobretudo em condutas com expressivo dano ao ofendido (crimes contra a vida e contra a liberdade sexual, p. ex.), fixa no imaginário a estética da delinquência (estereótipo), (re)significando a criminalidade e apontando as baterias do sistema punitivo aos grupos vulneráveis, ou seja, àqueles que por correspondência são identificados, ou os que através de posturas ou atos pessoais são identificáveis com o estereótipo. (CARVALHO, 2016, p.72)

Válido lembrar que a imprensa ou a mídia de comunicação em massa, segundo Zaffaroni e Nilo (2003), encontram-se insertas no conceito de *criminalização secundária* do *Sistema de Justiça Criminal*; sendo aquelas, como já dito, o principal meio de estigmatização de indivíduos e de validação ou naturalização no senso comum quanto aos excessos que ocorrem contra os mesmos indivíduos selecionados.

4.2.2. Brasil: Atos normativos de combate às drogas

Exposta e conceituada a ideia de *transnacionalização do controle social*, neste átimo analisar-se-á tal conceito sob a ótica das normas brasileiras para o controle das drogas, e a respectiva guerra para o seu combate que fora travada. Neste trilhar, em 1961, na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, fora aprovada a *Convenção Única Sobre Estupefacientes*. Em meados de 1964, no Brasil, o então presidente militar em exercício, Humberto Castello Branco, um dos articuladores do Golpe Militar brasileiro, promulgou e tornou vigente o texto de tal Convenção⁶³ por meio do Decreto n.º 54.216. Dele depreende-se o seguinte:

ARTIGO 35. Ação contra o tráfico ilícito

Tendo na devida conta os seus sistemas constitucional, legal e administrativo, as Partes:

- a) adotarão medidas, no plano nacional, para a coordenação da ação preventiva e repressiva contra o tráfico ilícito, podendo designar um organismo adequado que se encarregue desta coordenação;
- b) prestar-se-ão mútua assistência na luta contra o tráfico ilícito de entorpecentes;
- c) cooperarão estreitamente entre si e com as organizações internacionais competentes de que sejam membros para manter uma luta coordenada contra o tráfico ilícito;
- d) providenciarão para que a referida cooperação internacional entre os serviços competentes se faça de maneira expedita; e
- e) farão com que, quando se transmitam de um país para outros documentos legais para uma ação penal, a transmissão se efetue de maneira rápida aos órgãos indicados pelas Partes, sem prejuízo do direito de uma das Partes de exigir que os referidos documentos lhe sejam enviados por via diplomática.

ARTIGO 36. Disposições Penais

1. Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacôrdo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras de privação da liberdade. (BRASIL, 1964)

Segundo registros insertos no site da ONU⁶⁴, 186 (cento e oitenta e seis) países aderiram à tal Convenção. No texto da mesma, entre as diversas disposições normativas sobre substâncias sujeitas à fiscalização (artigo 2); esfera de aplicação da fiscalização (artigo 3); medidas de fiscalização e inspeção (artigo 34); encontra-se, em especial, os artigos 35 e 36, acima colacionados, onde o que se depreende é precisamente a prescrição de uma diretriz

⁶³ O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, HAVENDO o Congresso Nacional aprovado, pelo Decreto Legislativo n.º 5, de 1964, a Convenção Única sôbre Entorpecentes, assinada em Nova York, a 30 de março de 1961; e HAVENDO sido depositado o respectivo Instrumento de ratificação, junto ao Secretário-Geral da Organização da Nações Unidas, em 18 de junho de 1964, DECRETA: Que a mesma, apensa por cópia ao presente decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém. Brasília, 27 de agôsto de 1964; 143º da Independência e 76º da República.” (BRASIL, 1964)

⁶⁴ Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-18&chapter=6&lang=en>. Acessado em 13 de fevereiro de 2021.

coordenativa de combate às drogas de amplitude internacional, ou seja, a transnacionalização do controle social — o que para o Brasil fora marcante como o início de sua própria *guerra às drogas*. O artigo 36, *v.g.*, elenca 18 (dezoito) verbos-núcleo para tipificação de condutas; e prescreve, categoricamente, que as “infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras de privação da liberdade” (BRASIL, 1964).

O que se verifica não se trata apenas de uma potencialidade de influência de um determinado país hegemônico sobre outros, mas se vê o efetivo efeito do caráter *transnacional do controle social* sendo implementado, o qual teve como fulcro, logo a partir da década de 1960, um “Movimento de Defesa Social (MDS)”, segundo prelecionou Salo de Carvalho (2016, p.46). Para tal autor, a grande repressão social brasileira nasce de um “modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a *ideologia de diferenciação*”.⁶⁵ (CARVALHO, 2016, p.47)

Quanto à diferenciação citada, esta consiste precisamente na resposta jurídica dada a determinado fato social a partir da consideração de quem o praticou. Isto é, conforme aqui já fora demonstrado, ao longo da história do Direito e do Estado por inúmeras vezes ficara extremamente latente a discrepância do tratamento jurídico dispensado a indivíduos membros de uma mesma comunidade, quando leva-se em conta a posição social e econômica que cada um destes possui. Na contemporaneidade, não obstante, o que se observa é a construção de um modelo “médico-sanitário-jurídico” (CARVALHO, 2016, p.47) para fins de que o *ius puniendi* do Estado moderno (de Direito e Democrático) continue a aplicar uma mesma Lei de forma discriminatória, ainda que dentro de uma mesma sociedade, a partir, novamente, do predomínio da observância da posição social e econômica que este cidadão ou cidadã ocupar no corpo coletivo.

Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito (...). (CARVALHO, 2016, p.44)

Ainda com foco no termo diferenciação, verifica-se que Salo (2016) enxerga e aplica à situação específica da política pública contra as drogas no Brasil os conceitos — prelecionados por Zaffaroni e Nilo (2003) — de criminalização primária e criminalização secundária; fazendo ainda uma crítica oportuna de que os tipos penais provenientes das medidas

⁶⁵ Aproveita-se o ensejo para fazer consignar que foram os Decretos n.º 780/36 e n.º 2.953/38, e o Decreto-Lei n.º 891/38 que iniciaram a “política proibicionista sistematizada” no Brasil. (CARVALHO, 2016, p.44)

do Estado para esta questão social das drogas diferem-se dos demais porquanto encontram-se fulcrados em demandas e pessoas específicas. Tal autor anota que o cerne da construção discursiva da *ideologia de diferenciação* tem por objetivo:

Traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitaria em voga na década de 1950, que difunde o estereótipo da dependência (CARVALHO, 2016, p.47).

O Preâmbulo do Decreto n.º 54.216/64, ou da Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova Iorque, sustentou um direcionamento a ser adotado para com os toxicômanos, que conduziu a legislação brasileira a um recrudescimento de fato quanto ao tratamento penal dado aos usuários de drogas. O texto preambular do Decreto/Convenção, inclusive, refere-se à toxicomania como um “grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade”.⁶⁶ (BRASIL, 1964)

Após a adesão brasileira à *Convenção Única sobre Entorpecentes*, no avançar do tratamento jurídico à categoria do sujeito ativo envolvido com drogas enquanto *dependente*, o próximo passo normativo fora dado em 1967, por meio do Decreto-Lei n.º159, que determinou que “às substâncias capazes de determinar dependências física ou psíquica, embora não consideradas entorpecentes”⁶⁷ seriam aplicadas as mesmas penalidades já previstas especificamente para os entorpecentes, ou seja, majorou-se as hipóteses de criminalização de conduta, de modo a ampliar aquilo que viriam a ser as drogas combatidas pelo Direito Penal.

Em seguida, em 1968, o Decreto-Lei n.º385 igualou as penas a serem impostas tanto a criminosos/traficantes quanto a usuários/dependentes.⁶⁸ Tal alteração, que acabou por gerar um

⁶⁶ “Preâmbulo; As Partes; Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade; Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins; Reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade; Conscientes de seu dever de prevenir e combater esse mal; Considerando que as medidas contra o uso indevido de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal; Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns; Reconhecendo a competência das Nações Unidas em matéria de controle de entorpecentes e desejosas de que os órgãos internacionais a ele afetos estejam enquadrados nessa Organização; Desejando concluir uma convenção internacional que tenha aceitação geral e venha substituir os tratados existentes sobre entorpecentes, limitando-se nela o uso dessas substâncias a fins médicos e científicos e estabelecendo uma cooperação e uma fiscalização internacionais permanentes para a consecução de tais finalidades e objetivos; Concordam, pela presente, no seguinte (...)” (BRASIL, 1964).

⁶⁷ Art. 1º, do Decreto-Lei n.º159/1967.

⁶⁸ A alteração modificou o Código Penal de 1940, onde seu artigo 281 passou a vigor com a seguinte redação: “Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que

novo tipo penal, caminhou na contramão do plano internacional de *diferenciação*, frente a opção do comando militar brasileiro por agravar o tratamento penal dispensado àqueles sujeitos envolvidos com drogas. Salo de Carvalho cita que “o Decreto-Lei n. 385 abalou a consciência científica e jurídica da Nação, dividindo juristas, médicos, psiquiatras, psicólogos e todos quantos se voltam para o angustiante problema da vertiginosa disseminação do consumo de produtos entorpecentes” (SOUZA, p.57 in CARVALHO, 2016, p.48). Tal Decreto tipificou também as condutas de *instigar* ou *induzir* alguém ao uso; e de *contribuir* para incentivar ou difundir o uso (conforme verificado no §4º, incisos I e III do novo art.281).

Posteriormente, em 1971, o Congresso Nacional brasileiro decretou a Lei n.º 5.726, a qual trouxe em seu texto nova sistemática de tratamento e processamento judicial das demandas relacionadas às drogas; isto agora seguindo e se adequando às diretrizes e orientações internacionais, “marcando, definitivamente, a decodificação da matéria”. (CARVALHO, 2016, p.48). Apesar das inovações trazidas aos ritos e técnicas processuais, o tratamento normativo a *traficantes* e *usuários* continuou o mesmo; sendo que houve ainda um aumento da pena base em abstrato — agora os crimes seriam punidos com reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos.

Por certo uma das mais relevantes normas é a Lei n.º 6.368 de 1976, editada pelo Congresso Nacional, e imediatamente anterior à atual Lei 11.343/06. Aquela, segundo Salo de Carvalho (2016, p.50), “instaura no Brasil modelo inédito de controle, acompanhando as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais”. O ilustre mestre assegura que “os reflexos do projeto externo norte-americano incidiram diretamente nas políticas de segurança pública dos países da América Latina. Se a Lei 5.726/71 pode ser considerada reflexo desta assertiva, com a Lei 6.368/76 o discurso jurídico-político belicista toma a dimensão de modelo oficial do repressivismo brasileiro.” (CARVALHO, 2016, p.51)

O preceito primário do art. 12 desta Lei inseriu 5 (cinco) novos verbos nucleares de ações típicas a serem consideradas como *tráfico de drogas*⁶⁹; e, quando ao preceito secundário, este passou a prever pena de reclusão que poderia variar de 3 (três) a 15 (quinze) anos. Tratou-se de um significativo recrudescimento da norma penal incriminadora. Não obstante, fez-se

determine dependência física ou psíquica.) Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. § 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: (...) III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)” (BRASIL, 1968)

⁶⁹ “Art.12. Importar ou exportar, *remeter, preparar, produzir*, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, *fornecer* ainda que gratuitamente, ter em depósito, *transportar*, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (BRASIL, 1976)

incluir ainda o art.14, que passou a prever a criminalização da associação para o tráfico, com pena a variar entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão; bem como o art.18 que trouxe causas para majoração da pena. Não houve previsão de atenuantes de pena. Por fim, manteve-se a criminalização do uso, onde, no art.16, fora prevista pena a variar de 6 (seis) a 2 (dois) anos de detenção.

Salo de Carvalho (2016) neste ponto faz uma relevante crítica à disposição da Lei como um todo, e à normatividade do art.12 em especial, porquanto em momento algum nesta nova norma houve o cuidado, por parte do legislador, de prever as hipóteses de incursão do pequeno ou esporádico comerciante — tal como previsão do atual §4º, do art.33, da Lei 11.343/06, o chamado *tráfico privilegiado*. Para o jurista em tela, isto trata-se de um “hiato de criminalização” (p.58 e ss). À época, segundo os defensores da Lei, seria na extensa flexibilidade vista entre as penas mínima e máxima (3 e 15 anos) do art.12, que o juiz da causa poderia se ater às hipóteses de ação com menor ou maior ofensividade ao bem jurídico tutelado.

“Todavia, a prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas, sobretudo porque a população-alvo da incidência das agências de controle penal acaba sendo, invariavelmente, a juventude pobre recrutada para a prática do pequeno varejo.” (CARVALHO, 2016, p.58)

Por fim, tem-se que a atual e em vigor Lei n.º 11.343/06 possui em seu contexto de surgimento algumas outras Leis⁷⁰ criminais anteriores que vieram a exigir dela e nela um posicionamento e enfrentamento Estatal maior às organizações criminosas responsáveis pela comercialização de drogas. A Lei atual tem por base ideológica, pois assim manteve, as mesmas diretrizes da Lei n.º 6.368/76 já apontadas (CARVALHO, 2016). Apesar de ter mantido os 18 (dezoito) verbos-núcleo da antiga tipificação do envolvimento do sujeito com estupefacientes, a Lei de Drogas em tela recrudescer a reprimenda a ser impingida, e passa a prescrever pena base mínima no *quantum* de 5 (cinco) anos — sendo que anteriormente previa-se pena mínima no *quantum* de 3 (três) anos. Sem embargo (e diferentemente da Lei anterior), a atual Lei de Drogas optou por caracterizar de modo patológico o indivíduo envolvido com o consumo dos entorpecentes, e assim aplicar penas da seguinte forma: “I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” (BRASIL, 2006). Em caso de descumprimento, a norma penalizadora prevê as hipóteses de aplicação de admoestação e multa, nos termos da Lei: “§6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II

⁷⁰ Lei 10.409/02 e Lei 9.034/05, Lei do Crime Organizado; Lei 10.792/03, Regime Disciplinar Diferenciado; e Decreto 5.144/04, Lei do Abate de Aeronaves.

e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa”. (BRASIL, 2006)

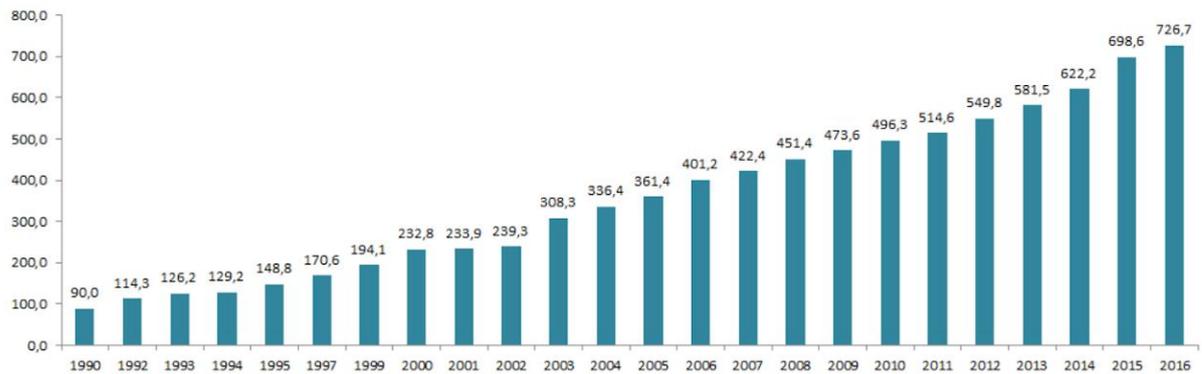
Neste trilhar, Salo de Carvalho suscita a crítica de que no plano fático o que se vê é o total fracasso das políticas antidrogas hemisférica e, não obstante isto, verifica-se o aumento da criminalização, da penalização, e a restrição das hipóteses de aplicação das penas substitutivas da prisão. Cita que as políticas implementadas na América Latina seguem as propostas da *guerra às drogas* estadunidenses, que procuram livrar a sociedade das drogas por meio de medidas repressivas; o que tem se mostrado ineficaz ao longo das décadas, e tem gerado, não obstante, uma “vegetação vingadora das quadrilhas de traficantes, dos massacres nas favelas, da superpopulação prisional, da ausência de alternativas de tratamento para os dependentes e da corrupção que atinge a polícia e se espalha por todas as instâncias de poder” (ROLIM, p.175, *in* CARVALHO, 2016, p.86; e CARVALHO, 2016).

4.3. ASPECTOS REGIONAIS: TRÁFICO DE DROGAS E O *IUS PUNIENDI*

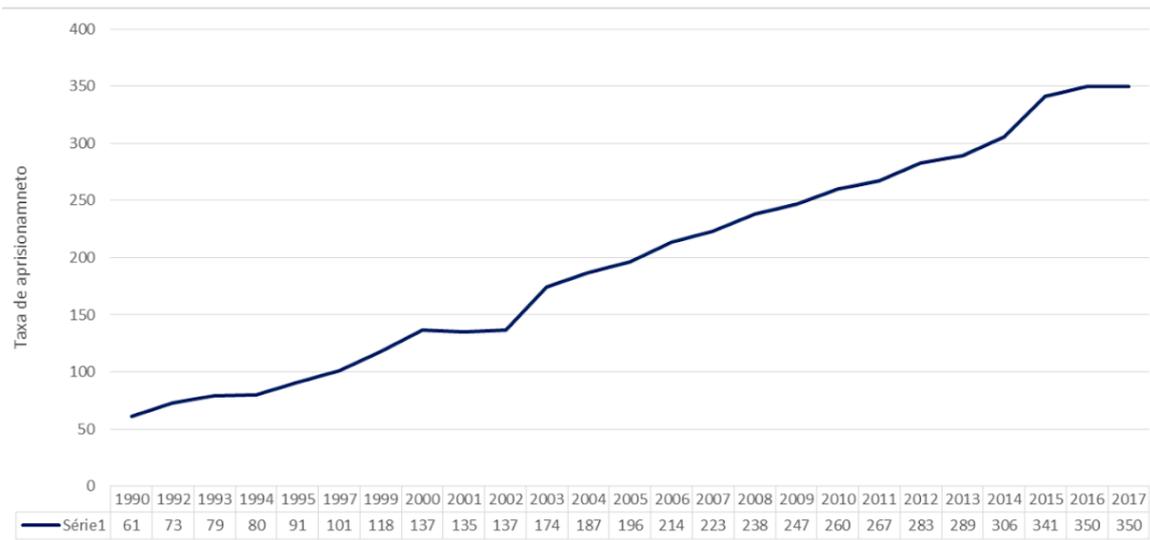
4.3.1. Lei 11.343/06 em números

Neste átimo passa-se à análise numérica ou estatística do encarceramento nacional, bem como dos casos envolvendo o tráfico de drogas no Brasil; no estado de Mato Grosso do Sul; e na cidade de Dourados; a partir de dados fornecidos e aplicados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) — órgão vinculado ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *A posteriori* expor-se-á um caso estadual emblemático que ganhou notoriedade nacional onde, em maior ou menor medida de tentativa e concretização, restou evidenciado o suplante do interesse público pelo interesse privado.

Em primeiro lugar, tem-se que o ano de 2016 foi marcante na história brasileira como o ano em que a população carcerária nacional ultrapassou pela primeira vez a marca de 700 (setecentas) mil indivíduos, homens e mulheres, privados de sua liberdade. Segundo informações do DEPEN, com o recorte temporal a partir do ano de 1990, obtém-se os gráficos abaixo, que demonstram a evolução dos aprisionamentos. O primeiro gráfico traz a quantidade de pessoas enclausuradas no Brasil entre o período de 1990 a 2016; e o segundo gráfico, com recorte temporal de 1990 a 2017, ilustra a taxa de aprisionamento nacional.

Gráfico 1 - Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016.

Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

Gráfico 2 - Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 1990 e 2017.

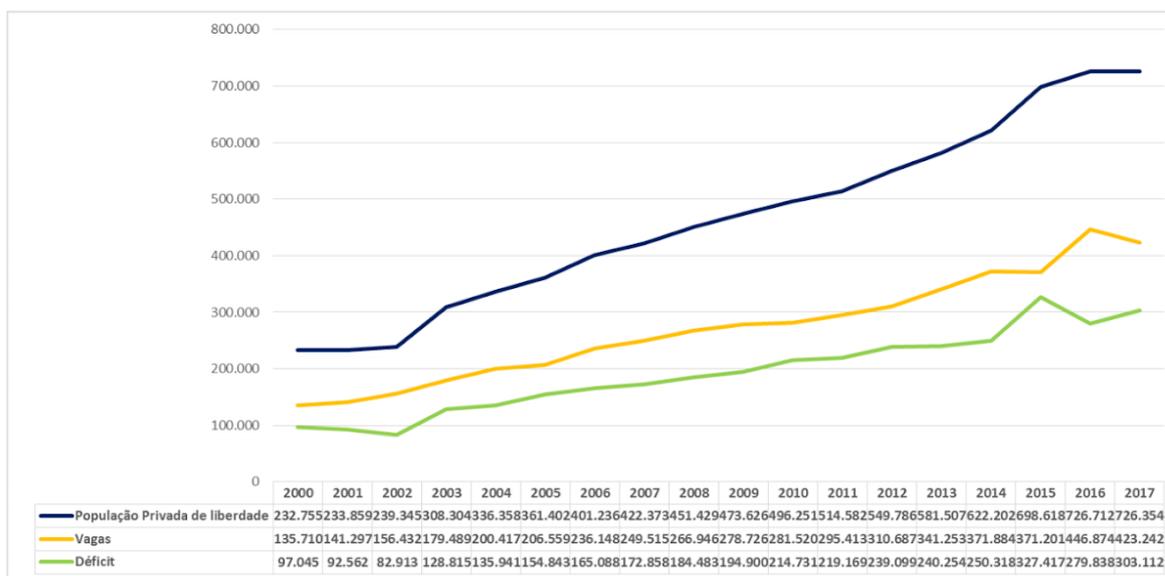
Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017
Para os cálculos das taxas foram utilizados dos dados da PNAD continua/ IBGE 2017

Os dois primeiros gráficos revelam o dramático aumento do encarceramento dos brasileiros. Rememora-se, neste sentido, que tendo o sistema penal, dogmaticamente falando, as funções retributiva (direta), a intimidativa (prevenção geral), e a reeducativa (prevenção especial) — conforme expôs-se com Baratta (2002) —, é possível se afirmar que tais finalidades primeva-dogmáticas são menos evidentes (tendo-se em vista o crescente número de penalizados) do que a finalidade do *Sistema de Justiça Criminal* tida como um meio de controle social (*in* RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004; e FOUCAULT, 2014) ou de contenção da pobreza (*in* WACQUANT, 2003).

Não obstante, no terceiro gráfico abaixo disposto, tem-se ainda que, anualmente, as vagas disponíveis nas unidades penais têm aumentado. Contudo, ainda assim, vê-se que o

déficit de espaço físico para o aprisionamento de indivíduos de igual modo tem crescido e acompanhado o desenvolvimento exponencial de encarceramentos; assim resultando na superlotação dos estabelecimentos penais, e na conseqüente violação de Direitos Humanos.

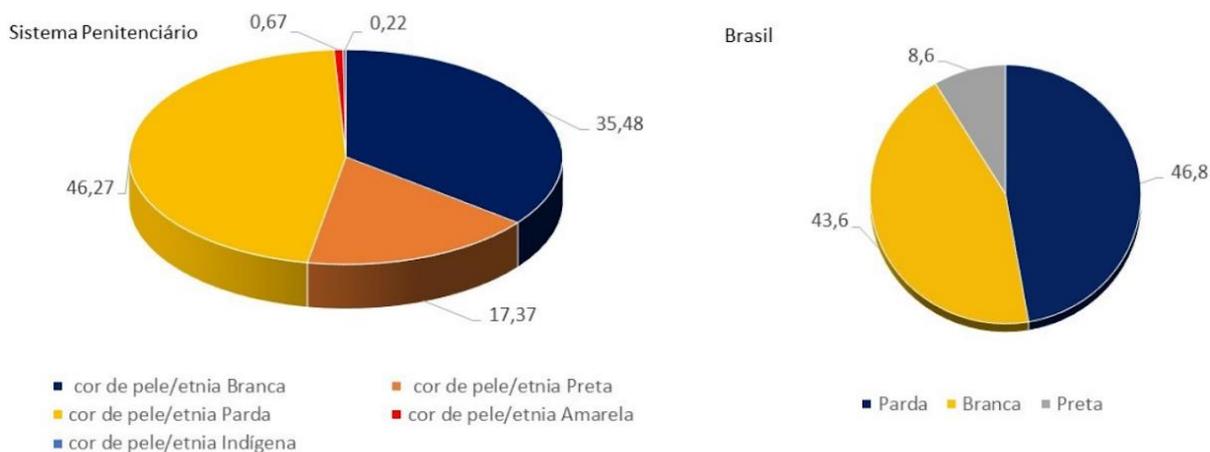
Gráfico 3 - Evolução da população prisional, vagas e déficit de vagas entre 2000 e 2017.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, junho de cada ano

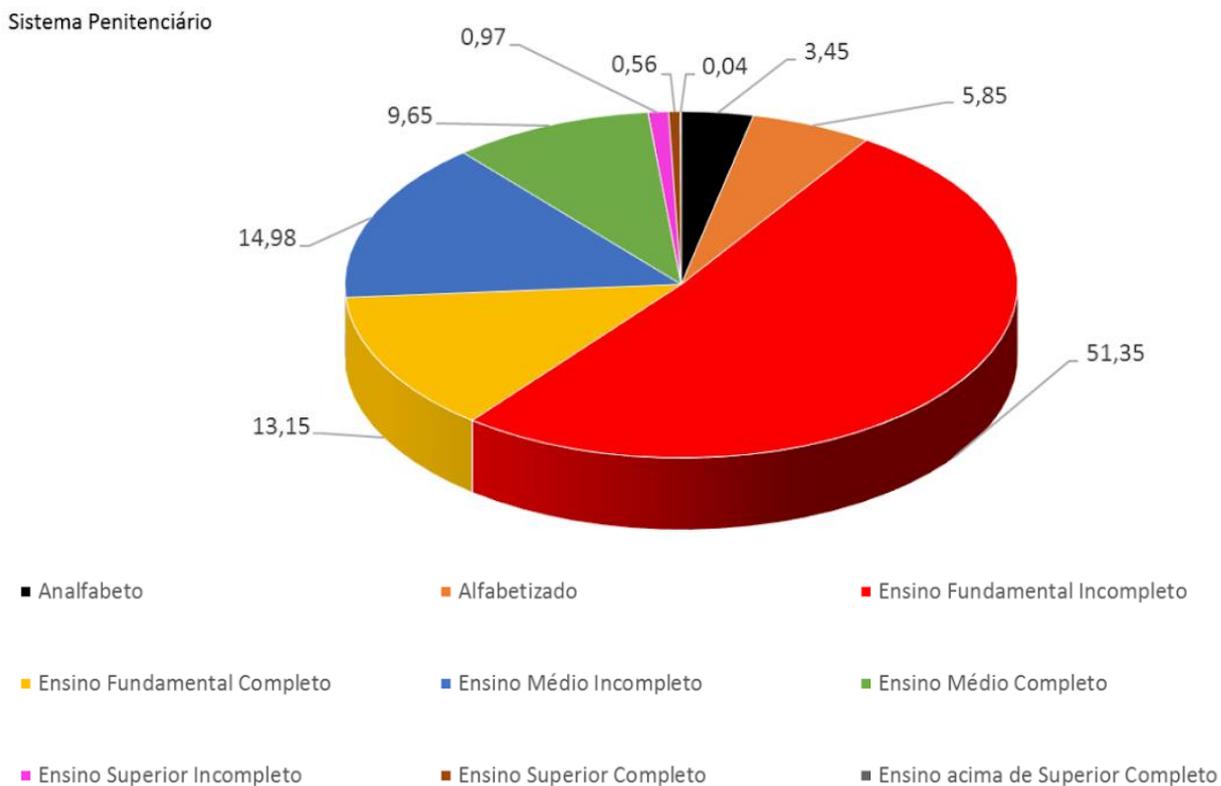
Prosseguindo, quanto ao perfil da população que vive atrás das grades, ao fazer-se um recorte sobre a etnia/cor dos indivíduos, homens e mulheres, e ao avaliar o nível de escolaridade destes, concebe-se que, no ano de 2017, cerca de 46,27% das pessoas reclusas eram pardas, seguindo com 17,37% de pretos e pretas — totalizando assim 63,64% dos enclausurados pretos e pardos. Indivíduos de pele branca são 35,48% dos presos e presas. Outra constatação proeminente é a de que aproximadamente 51,35% dos indivíduos presos não têm o ensino fundamental completo — o que revela um vínculo entre o baixo nível de escolaridade e a criminalidade; a demonstrar não apenas que a criminalidade é associável à ausência de educação básica, mas também a evidenciar que o *Sistema de Justiça Criminal* brasileiro coapta as classes mais socialmente vulneráveis, tornando os crime de colarinho branco pouco puníveis, ou em maior medida incluídos na chamada cifra oculta (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

Gráfico 4 - Etnia/cor das pessoas privadas de liberdade e da população total.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017 e PNAD Contínua 2017

Gráfico 5 - Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil.

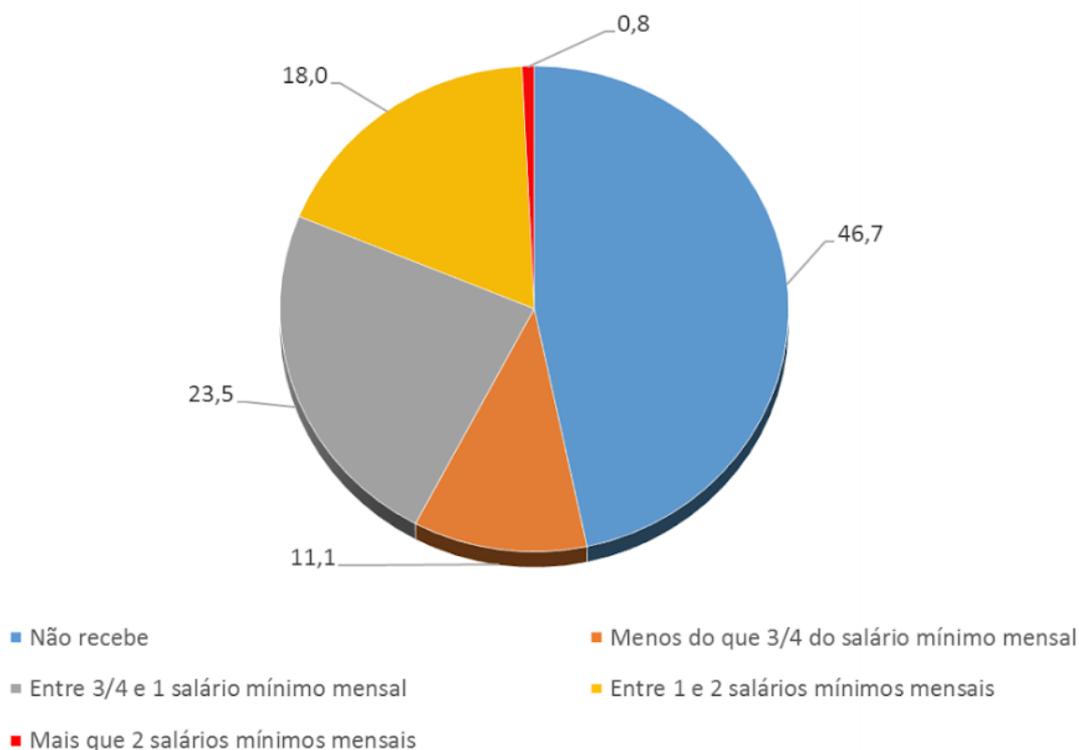


Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

Em marcha, quando se analisa a porcentagem de presos e presas que, ao trabalharem no período em que encontram-se sob a fiscalização do Estado, recebem pecúnia pelo seu labor empreendido em favor, invariavelmente, de empresas privadas conveniadas e vinculadas aos

estabelecimentos penais, os dados registram que 46,7% dos presos e presas não recebem contraprestação monetária alguma pelo emprego e empenho de sua mão de obra.

Gráfico 6 - Remuneração recebida pelas pessoas privadas de liberdade em atividades laborais.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

Neste ponto, apresentar-se-á mais três infográficos⁷¹. Estes referem-se à *quantidade de incidência por tipo penal* na União, nos Estados e nos Municípios, com dados mais recentes, do período de janeiro a junho de 2020, ou seja, à época do início da pandemia causada pela COVID-19. São informações com um recorte geral, bem como com delineamentos feminino e masculino. É imperioso destacar que na porção gráfica que se refere aos crimes envolvendo entorpecentes, as Leis referidas são duas: a antiga de n.º6.368/76, e a atual de n.º11.343/06.

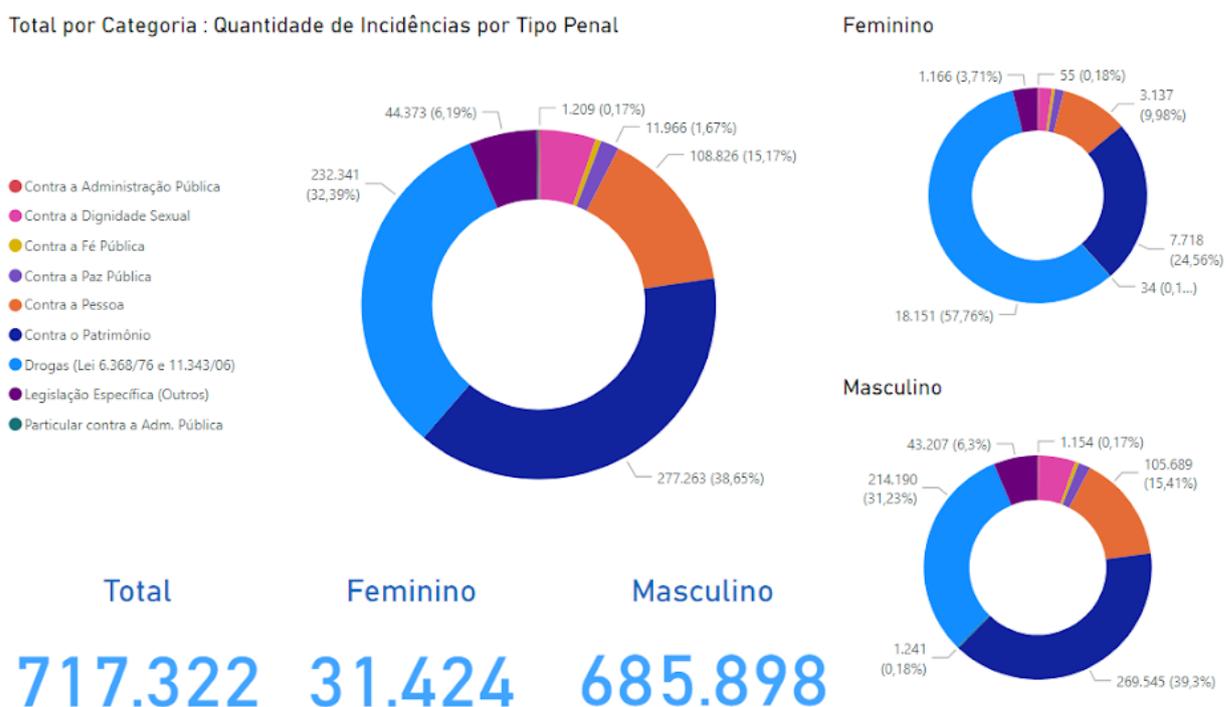
Isto posto, o primeiro infográfico expressa dados a nível nacional. As incidências em tipos penais de *Drogas* representaram 32,39% no quadro geral, ficando atrás somente dos crimes *Contra o Patrimônio*, estes com 38,65% dos casos. O recorte masculino nacional se

⁷¹ Tais infográficos I, II e III, foram obtidos por intermédio de captura de tela efetuada em site/programa dinâmico do DEPEN, denominado *Quantidade de Incidências por Tipo Penal*: período de Janeiro a Junho de 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVIMWRiOWYtNDVkNi00N2NhLTk1MGtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acessado em 30 de março de 2021.

assemelha aos níveis gerais, todavia os índices femininos possuem um elevado grau de incidência em crimes relacionados a *Drogas*, com 57,76% das ocorrências.

Gráfico 7 - Quantidade de incidência por tipo penal - Brasil.

Total por Categoria : Quantidade de Incidências por Tipo Penal



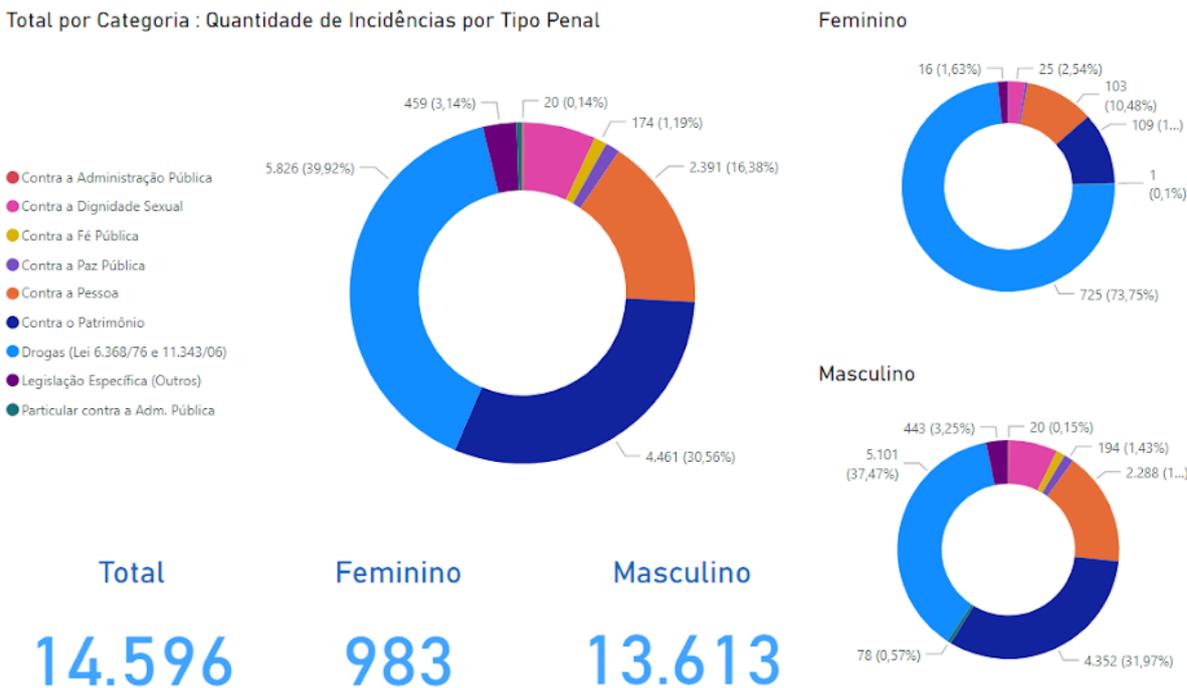
Fonte: Infográfico dinâmico do DEPEN. Período de Janeiro a Junho de 2020.

O segundo e o terceiro infográfico referem-se, respectivamente, ao estado de Mato Grosso do Sul e à cidade de Dourados/MS. Em níveis gerais, os crimes envolvendo *entorpecentes* têm maior incidência neste estado da federação do que em relação à média nacional (com um aumento de 7,32%), o que representa 39,92% dos casos estaduais. A incidência feminina estadual em crimes desta mesma natureza (subindo 15,99%) registra 73,75% dos casos; enquanto que a incidência masculina (elevando-se em 6,24%) representa 37,47% das ocorrências estaduais referentes a *Drogas*.

Quanto à cidade de Dourados, no aspecto geral, os crimes envolvendo *Drogas* figuram em 45,57% do total das ocorrências — ou seja, porcentagem 13,18% superior à média nacional. Na faixa masculina tem-se 38,86% dos casos, e na feminina encontra-se o expressivo montante de cerca de 78,64% das incursões criminosas — um número extremamente desproporcional em relação aos crimes contra o patrimônio, que ficam logo atrás e registram 12,6% dos casos. A incursão feminina, no estado de Mato Grosso do Sul, em crimes envolvendo *Drogas* é 46,25% superior à média nacional geral (segundo os dados gráficos referenciados abaixo).

Gráfico 8 - Quantidade de incidência por tipo penal - Mato Grosso do Sul.

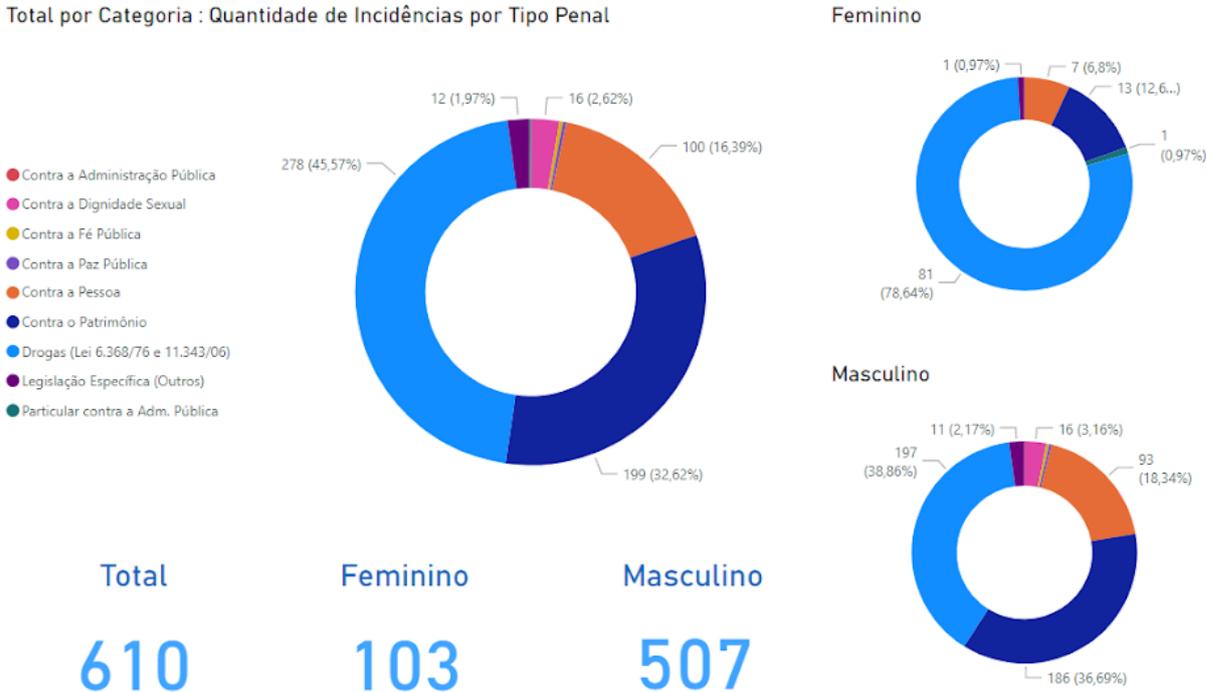
Total por Categoria : Quantidade de Incidências por Tipo Penal



Fonte: Infográfico dinâmico do DEPEN. Período de Janeiro a Junho de 2020.

Gráfico 9 - Quantidade de incidência por tipo penal - Dourados/MS.

Total por Categoria : Quantidade de Incidências por Tipo Penal



Fonte: Infográfico dinâmico do DEPEN. Período de Janeiro a Junho de 2020.

A conclusão à qual pode-se chegar, face às informações extraídas do conjunto de gráficos acima postos, é a de que **(I)** os níveis de aprisionamento nacional têm crescido exponencialmente a cada ano que passa desde a década de 1990, a evidenciar a falha das

prevenções e o êxito do controle social; **(II)** o número de vagas nas unidades penitenciárias não têm suportado abrigar o contingente populacional carcerário, o que acaba por gerar, como o próprio senso comum sabe, as condições deploráveis de vivência intramuros que atentam contra as garantias constitucionais dos indivíduos, salvo raríssimas exceções (como o Estabelecimento Penal Feminino de Regime Semiaberto de Dourados/MS). Ainda, **(III)** é possível se verificar que indivíduos pardos e negros ocupam e representam a maior parcela dos indivíduos presos. Não obstante, **(IV)** mais da metade dos(as) enclausurados(as) possuem baixíssimo nível de escolaridade, não tendo sequer terminado o ensino fundamental; sendo que **(V)** boa parte dos(as) presos(as), quando trabalham no regular cumprimento de pena, não recebem contraprestação alguma pelo emprego ou pela venda de sua mão-de-obra. Por fim, nesta parte, o que se vê a níveis nacional, estadual (MS) e municipal (Dourados), **(VI)** são altos índices de prática de crimes contra o patrimônio, e números ainda maiores em relação às condutas ilícitas envolvendo as drogas — o que coaduna-se com as preleções dos autores aqui citados, em especial Rusche e Kirchheimer (2004), quanto ao fato de que a pobreza conduz aos crimes contra o patrimônio; e que a guerra às drogas, segundo Salo de Carvalho (2016) e Rosa Del Olmo (2004), têm sido utilizada como mecanismos de cooptação penal de estratos sociais e econômicos específicos na sociedade, face a necessidade de controle social, de reinvenção da governamentalidade do sistema capitalista, e da transnacionalização do controle social.

4.3.2. Caso Breno Fernando Solon Borges

É neste quadro que surge o caso emblemático de Breno Fernando Solon Borges; filho de Tânia Garcia de Freitas Borges, esta até então desembargadora no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS), mas recentemente compulsoriamente aposentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Tal caso é trazido à baila porquanto no transcorrer do processo criminal de Breno Borges viu-se que, diferentemente da esmagadora maioria dos casos nacionais típicos envolvendo o tráfico de drogas – onde se encontram pessoas de pouco ou nenhum poder político-jurídico-econômico –, um dos acusados, no caso o próprio Breno, nesta situação específica sul-mato-grossense a ser relatada, obteve no transcorrer da apuração criminal determinados direitos, ou adentrou em determinadas condições, que outros indivíduos comuns, quando postos nas mesmas circunstâncias, não teriam tido acesso. E isto fica evidente mormente quando (*i*) tentou-se forçar um diagnóstico relacionado à problemas psicológicos somados ao uso e dependência de drogas, para tornar o acusado Breno inimputável, dando razão

então à construção da *ideologia da diferenciação* entre o *infrator* e o *dependente*, em meio à política de *repressão* e *prevenção*; (ii) os alegados problemas de saúde mental e de consumo de drogas custaram, para serem averiguados, altos valores aos cofres públicos – algo que pouco se vê no cotidiano; (iii) fora autorizado ao acusado Breno cumprir duas decretações de prisão preventiva em unidade de saúde particular, cujos custos foram arcados por sua família; e (iv) houve o uso da influência política-jurídica direta da mãe do acusado – conforme conclusão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Faz-se uma ressalva inicial com relação aos fatos a seguir narrados, no sentido de que não analisar-se-á ou explorar-se-á o mérito da questão penal relacionada, de modo a atribuir ou buscar atribuir juízos de valores, porquanto crê-se serem caros os direitos individuais daqueles que incorrem em fatos sociais penalmente típicos; crê-se serem valorosas as funções dogmáticas da pena, quando excepcionalmente alcançadas; bem como crê-se ser válido o direito ao esquecimento (ainda que a Suprema Corte brasileira tenha recentemente firmado entendimento no sentido da inconstitucionalidade de tal direito nos meios de comunicação, ressalvadas as hipóteses de abuso⁷²). Neste sentido, fixar-se-á na perquirição de informações constantes nos procedimentos e processos penais públicos disponíveis no site do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que opera por meio do sistema E-Saj, de modo tão somente expositivo, e à luz das decisões judiciais lá constantes (inclusive a despeito da publicidade do processo).

Isto posto, para fins primevos de contextualização, segundo narrou o Ministério Público de Mato Grosso do Sul ao oferecer *denúncia* face o juízo da comarca de Água Clara/MS, teria a pessoa de Breno Fernando Solon Borges, e outros dois envolvidos, sido presos em flagrante nas seguintes condições:

Cientes da ilicitude e reprovabilidade das suas condutas, previamente ajustados, com união de desígnios e divisão de tarefas, foram surpreendidos transportando entorpecentes ilícitos consistentes em substância análoga a maconha, totalizando a quantia de 129,800 kg (cento e vinte nove quilos e novecentos gramas), divididos em 09 (nove) tabletes, para outro estado da Federação, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. (...) nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, os denunciados, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, previamente ajustados, com união de desígnios e divisão de tarefas, transportavam 270 (duzentos e setenta) unidades de munições intactas de uso restrito, sendo 199 (cento e noventa e nove) de calibre .7,62 (utilizada para carregamento de arma de fogo do tipo fuzil) e 71 (setenta e uma) unidades de calibre .9mm, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 15/16, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (TJMS, 2017, p.2)

Conforme fora registrado no Auto de Prisão em Flagrante, tais fatos se deram entre os dias 07 e 08 de abril de 2017, em Rodovia Federal que corta o estado de Mato Grosso do Sul.

⁷² STF - Recurso Extraordinário (RE) 1010606.

Na exordial acusatória do Ministério Público Estadual, afirmou o promotor de justiça responsável que BRENO seria o mentor da associação e responsável pela tomada das principais decisões; enquanto que os demais envolvidos, e codenunciados, figuraram como auxiliares. Em razão disto, foram todos denunciados como incurso no art.33 combinado com art.40, inciso V, e art.35, todos da Lei de Drogas (n.º 11.343/06), bem como foram tidos como incurso no art.16 da Lei do Desarmamento (n.º 10.826/03)⁷³. A denúncia fora oferecida em 02 de maio de 2017. A prisão em flagrante fora convertida em prisão preventiva, e Breno permaneceu inicialmente recolhido no Estabelecimento Penal de Segurança Média de Três Lagoas/MS.

Antes de prosseguir com relação à apuração criminal, dois fatos que ocorreram após a prisão em flagrante merecem destaque. No primeiro, paralelamente e contemporaneamente à prisão, a genitora do acusado Breno moveu *ação de interdição civil* sobre o fulcro de que seu filho, segundo laudos médico-psiquiátricos obtidos por meios particulares, fora diagnosticado com transtorno de personalidade borderline. A genitora fora então nomeada provisoriamente como curadora do filho, “para o fim limitado e específico de responder e representar o interditando exclusivamente no que tange a busca dos tratamentos médicos que se façam necessários à saúde daquele”. (TJMS, 2017, p.598)

Também paralelamente ao processo criminal principal, o qual fora desmembrado em relação aos demais corréus, os quais tiveram a conclusão de seus processos antes do sentenciamento de Breno, merece destaque o segundo fato onde fora requerido pela Defesa técnica de Breno, e assim instaurado pelo juízo, *incidente de insanidade mental* para se averiguar a possibilidade de semi-imputabilidade ou inimputabilidade de tal acusado ao tempo das suas incursões criminosas; isto face o diagnóstico de que o mesmo seria portador de transtorno de personalidade borderline, acrescido à dependência de entorpecentes (conforme narrativa proveniente de laudos e pareceres juntados ao longo do processo). Em razão disto, dois psiquiatras paulistanos, especialistas em psiquiatria forense, foram nomeados como peritos do juízo de Água Clara/MS para a realização da avaliação de insanidade mental – o que custou ao erário de Mato Grosso do Sul R\$15.000,00 (quinze mil reais), porquanto realizada em outro

⁷³Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei;

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

estado da federação e com profissionais particulares, face a ausência de profissionais desta estirpe cadastrados como peritos oficiais no sistema de justiça de Mato Grosso do Sul. A conclusão médica-psiquiátrica a que chegou o dr^o Guido Arturo Palomba após a realização das análises fora a de que Breno não apresentou ter “qualquer sinal ou sintoma clínico, psicopatológico, mórbido, que indique (indicasse) que não sabia o que estava fazendo (...) ou indício de que estava com a capacidade de se determinar comprometida em relação ao entendimento do crime que praticava” (TJMS, 2017, p.1032). O perito nomeado ainda desqualificou cientificamente os laudos que ensejaram a instauração do incidente de insanidade mental. A conclusão do dr. Guido fora ratificada pelo dr.^o João Sampaio de Almeida Prado, médico-psiquiátrica também nomeado pelo juízo; e por Ana Beatriz Barbosa Silva, assistente técnica do Ministério Público Estadual; no sentido de que Breno “entendia perfeitamente o caráter criminoso da ação e era capaz de não fazer se quisesse”, que “embora portador de diagnóstico psiquiátrico, entendia e podia se determinar de acordo”. (TJMS, 2017, p.1032-3)

Isto posto, retomando, após a prisão em flagrante, oferecimento e recebimento da denúncia, quanto à prisão preventiva outrora decretada em desfavor de Breno, no bojo dos autos de Habeas Corpus n.º1407852-90.2017.8.12.0000 de relatoria do Desembargador Ruy Celso Florence, a Defesa técnica de Breno Solon argumentou — para sustentar a tese quanto à ilegalidade da medida cautelar posta — a existência de laudos médico-psiquiátricos de que o paciente alvo do remédio constitucional era portador de transtorno de personalidade borderline (F 60.3 CID-10), segundo fora atestado por médicos psiquiátricos e psicóloga que, juntos, concluíam pela semi-imputabilidade de Breno. Neste sentido, a Defesa requereu a concessão de *mandamus* no *writ* a fim de que o Paciente obtivesse a substituição da prisão preventiva por internação provisória em uma clínica médica paulista, cujos custos seriam arcados não pelo Estado, mas pela família. Segundo contrato de prestação de serviços que fora ajuizado aos autos principais, o tratamento clínico fora orçado em R\$30.000,00 (trinta mil reais), durante o período de 180 (cento e oitenta) dias.

Em decisão devidamente fundamentada, o Desembargador sul-mato-grossense acolheu parcialmente o pedido dos advogados impetrantes de modo que, liminarmente e monocraticamente, autorizou a internação provisória de Breno em alguma das clínicas presentes na capital do estado de Mato Grosso do Sul, sob o total dispêndio da família do acusado. Neste ponto convém dizer que o estabelecimento penal de regime fechado onde Breno encontrava-se custodiado, na cidade de Três Lagoas — comarca onde o Paciente encontrava-se acautelado —, é referência no estado no que diz respeito ao tratamento clínico psicológico-psiquiátrico dispensado a indivíduos que dele carecem.

Assim, apesar de judicialmente autorizada a transferência do estabelecimento penal de regime fechada para clínica particular, esta não ocorrera ao tempo do primeiro Habeas Corpus porquanto surgira um novo mandado de prisão preventiva em desfavor de Breno, agora proveniente de um outro procedimento penal⁷⁴; razão pela qual o *sistema de justiça* de Três Lagoas/MS não cumpriu imediatamente a determinação do Tribunal (TJMS, p.672-677). A Defesa técnica então impetrou novo Habeas Corpus (por n.º1408265-06.2017.8.12.0000) objetivando a liberação imediata do Paciente, a fim de que o mesmo fosse retirado da unidade prisional. Neste novo remédio constitucional, determinado fora que se desse cumprimento ao primeiro Habeas Corpus; o que gerou inconsistência, porquanto tal decisão não fez menção à nova decretação de prisão preventiva do custodiado. Ou seja, tinha-se dois mandados de Habeas Corpus referentes à mesma ordem prisão, o que na prática obstava a liberdade do Paciente que possuía uma outra ordem de prisão preventiva.

Com isto, em 21 de julho de 2017 a direção da Penitenciária de Segurança Média de Três Lagoas informou que a genitora do custodiado, Tânia Borges, compareceu em pessoa à unidade penal e, sob coação e influência – conforme conclusão do CNJ – conduziu seu filho para a clínica particular. Nos autos consta que inicialmente o acusado fora levado a uma clínica em Campo Grande/MS, e depois conduzido à cidade de Atibaia/SP. Ao comprovar em juízo a internação de Breno na clínica paulista, na descrição do tratamento médico especializado com equipe multidisciplinar 24 horas, atestou-se o acompanhamento a ser realizado por 3 (três) médicos psiquiatras, 3 (três) médicos clínicos, 5 (cinco) psicólogos, 1 (um) nutricionista, 4 (quatro) enfermeiras, 1 (uma) fisioterapeuta, e 1 (um) personal trainer.

No deslindar processual de apuração judicial dos fatos envolvendo Breno em tráfico de drogas, o Ministério Público Estadual, após instrução dos autos, requereu em sede de *alegações finais* a condenação de Breno nos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo ou de munição de uso restrito; e a sua absolvição com relação à associação para o tráfico. A Defesa técnica do acusado, por seu turno, requereu a absolvição em relação do crime de associação para o tráfico; o reconhecimento da excludente de ilicitude presente no art.23, inciso I, e art.24 do Código Penal, a saber, estado de necessidade; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; e o reconhecimento da semi-imputabilidade de Breno. Por parte do juízo, sobreveio então *sentença penal condenatória* que impingiu a Breno Borges uma pena restritiva de liberdade consistente em 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, pelas práticas dos crimes de tráfico interestadual de drogas e porte de munições de uso

⁷⁴ Neste procedimento diverso investigava-se as hipóteses do cometimento de crime de organização criminosa.

restrito. Tanto o Ministério Público Estadual, quanto a defesa do acusado, interpuseram recurso de apelação, tendo sido ambos improvidos pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. A sentença ainda não transitou em julgado; e Breno segue internado em clínica particular.

Em outra ponta, o Ministério Público Federal moveu ação civil pública contra a magistrada Tânia Borges, mãe de Breno; o que deu vazão ao Processo Administrativo Disciplinar n.º 0009550-19.2018.2.00.0000, junto ao Conselho Nacional de Justiça, onde houve acusações em desfavor da juíza de segunda instância, quais sejam: (i) o uso da condição de desembargadora para exercer influência, ou interferência, para que determinado juiz de primeiro grau influísse na decisão de outro juiz de piso quando da realização de audiência de custódia — acusação da qual fora absolvida; (ii) a utilização ilícita de veículo oficial (e blindado) do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, bem como de veículo descaracterizado da polícia civil, com o fito de remover Breno da penitenciária de Três Lagoas — onde restou condenada; (iii) o comparecimento pessoal ao estabelecimento penal de Três Lagoas, acompanhada de policiais civis e delegado regional de polícia civil, para exercer pressão e influência sobre o diretor da penitenciária, com vista a conseguir a liberação e remoção de Breno, antes mesmo do recebimento da decisão de 2ª Instância proferida no segundo Habeas Corpus, e antes do cumprimento dos trâmites previstos pela Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN) com relação aos procedimentos e averiguações de rotina, mormente aqueles relativos à verificação de eventual impossibilidade de liberação face outras decretações de prisão — onde restou também condenada.

O julgamento final de tais acusações ocorreu em 23 de fevereiro de 2021, na 325ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça. O voto dissidente que conduziu à aplicação da pena de aposentadoria compulsória à desembargadora fora redigido pelo desembargador paranaense Luiz Fernando Keppen. Um dos pontos ressaltados no voto do conselheiro do CNJ refere-se ao fato de que a decisão monocrática do primeiro Habeas Corpus (que foi tão somente ratificada pela decisão do segundo Habeas Corpus), não consistia na determinação de expedição de um alvará de soltura onde se promoveria a total liberação da custódia estatal sobre o indivíduo, o qual recuperaria o seu livre exercício do direito à liberdade; mas tratava-se, contudo, de autorização provisória de *transferência* de um custodiado penal (posto em uma unidade penitenciária de segurança média) para uma clínica de tratamento médico-psiquiátrico; ou seja, procedimento de realocação que clama a necessidade da devida escolta e condução do custodiado pela polícia militar, e não por meio de uma transferência particular em carro oficial do estado de Mato Grosso do Sul, ou sob a guarda exclusiva da mãe do acusado. Ainda que a genitora fosse Desembargadora, certo é que Breno ainda permanecia sob a custódia do Estado.

Saindo de Três Lagoas, o voto destaca que Breno se deslocou até sua residência, onde permaneceu por algumas horas, e posteriormente partiu para a clínica no carro particular de seu irmão. Para o conselheiro houve uma clara confusão entre as esferas pública e privada a partir da atuação da desembargadora Tânia Borges.

O conselheiro ainda pontua que na unidade penal onde encontrava-se acautelado, Breno estava em local isolado dos demais presos, e em um ambiente interno diferenciado, onde havia no máximo dois presos por cela, bem como havia atividades de trabalho em hortas hidropônicas, e detentos já idosos; ou seja, um local tranquilo e discrepante não apenas daquela unidade específica, mas também da grande maioria das unidades carcerárias nacionais. O conselheiro ainda pontuou o que aqui outrora já fora dito, no sentido de que a unidade de Três Lagoas possuía tratamento psicológico-psiquiátrico adequado, sendo inclusive o setor uma referência no estado de Mato Grosso do Sul; e que em momento algum o acautelado, sua curadora, ou qualquer outro familiar, requereu, junto à unidade penal algum tratamento ou atendimento psicológico-psiquiátrico.

Por estas razões de fato, conclui-se que a desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges violou o Código de Ética da Magistratura⁷⁵, mais precisamente os artigos 15, 16, 17, e sobretudo o artigo 18, e também o art.37; bem como não observou o dever expresso no artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura⁷⁶; razão pela qual fora-lhe aplicada, como dito, a pena de aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais, nos termos do art.56 desta última Lei a que se referiu.

⁷⁵ INTEGRIDADE PESSOAL E PROFISSIONAL: Art. 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura. Art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cômico de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral. Art. 17. É dever do magistrado recusar benefícios ou vantagens de ente público, de empresa privada ou de pessoa física que possam comprometer sua independência funcional. Art. 18. Ao magistrado é vedado usar para fins privados, sem autorização, os bens públicos ou os meios disponibilizados para o exercício de suas funções. (...) DIGNIDADE, HONRA E DECORO: Art. 37. Ao magistrado é vedado procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções. (CJN, 2008).

⁷⁶ Art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência. V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. (BRASIL, 1979)

CONCLUSÃO

Chegando-se, pois, à conclusão da presente pesquisa, crê-se que o caminho percorrido rumo à obtenção da resposta à pergunta inicialmente suscitada encontrou êxito em sua trajetória. Rememora-se que fora indagado: o exercício do *ius puniendi* do Estado privilegia interesses econômicos em detrimento de interesses sociais? A hipótese levantada fora a de que sim, o exercício do *ius puniendi* do Estado tem privilegiado interesses econômicos em detrimento de interesses sociais. Todavia, a resposta conclusiva a ser dada não é algo simples a ser posto de forma categórica, no *sim* ou no *não*; sem que se faça maiores considerações conclusivas.

Retoma-se, para tanto, que quando do desenvolvimento do primeiro capítulo, primou-se buscar e expor o porquê e o modo como o Estado moderno se formou, expondo ainda as funções do *ius puniendi*, no sentido de direcionamento deste para o controle social; e o modo como ambos foram legitimados no passado, e se legitimam no presente, por meio da legalidade – pois não haveria falar-se ou como perscrutar-se a questão problema que erigiu-se, sem que antes fosse investigado o que deve prevalecer e o que deve padecer quando a matéria sob o foco estatal são questões públicas penalmente tuteladas; ou ao menos o que deve ser posto em primeiro lugar e o que deve ser inserto abaixo. O que é o Estado; o que é o *ius puniendi*; qual a relação entre ambos; para que vieram e para que estão; quais suas relações com a legalidade; como mantêm-se legítimos; qual a importância da burocratização do governo neste contexto; qual a relevância das instituições; e como, dentre outras questões de mérito, os interesses públicos (políticos e jurídicos) e econômicos dialogaram e dialogam entre si ao longo da história, foram as questões ali desenvolvidas rumo à busca da hipótese que responderia à indagação primeva e essencial do presente trabalho.

Nesta primeira parte da pesquisa, quando se analisou “o início do Estado moderno e sua relação com o poder punitivo”; “a fragmentação jurídica da Europa, sua estrutura social e a gestação do Estado moderno”; “o processo penal na era medieval: suas raízes religiosas e políticas”; “os prenúncios políticos do nascimento do poder econômico”; “o advento do Estado moderno e a concentração do poder”; “os contratualistas do Estado moderno”; “a legitimidade e a legalidade para a estruturação do *Sistema de Justiça Criminal*”; “o monopólio da violência estatal e a burocratização do Estado”; “a limitação do *ius puniendi* por Cesare Beccaria”; ficou demonstrado que tanto o Estado moderno, quanto as construções do poder de punir e do direito de punir — encapsulados como o interesse público ou social —, estão demasiadamente ligados entre si; bem como demasiadamente relacionados estão àquilo que fora denominado como Poder Econômico, ou simplesmente interesses econômicos; estes, dentro do recorte temporal feito, provenientes dos burgueses, os quais conduziram à formação dos Estados modernos por

meio de uma ideologia liberal em prol da criação e da proteção de interesses individuais, envolvendo nisto o controle social via *ius puniendi*. A relação entre os interesses públicos e os interesses econômicos esteve posta na idealização e na formação do Estado moderno, inclusive a esta altura confundindo-se um com o outro.

Conforme se avançou na pesquisa, e analisou-se “a fragmentação e o conceito contemporâneo de Sistema de Justiça Criminal”; “a contribuição de Montesquieu à divisão dos Três Poderes”; “a seletividade penal e criminalização secundária: o nascimento dos cárceres públicos”; “a origem histórica do cárcere na Europa: as Casas de Correção”; “a origem histórica do cárcere no Brasil: o Aljube e o Calabouço”; “a relação moderna do Poder Econômico com o Sistema de Justiça Criminal”; e “a grave crise do sistema capitalista e seus desdobramentos no *ius puniendi*”; o que se pôde depreender disto, conclusivamente, é que os interesses econômicos passaram a sobrepujar os interesses públicos referentes à utilidade, ou à função social dogmática primeva do encarceramento dentro da perspectiva do Estado moderno, o qual nasceu para proteger e assegurar os direitos dos cidadãos independente de qualquer espécie de discriminação ou diferenciação que pudessem ser feitas. O dever do Estado quando à frente dos interesses públicos (políticos e jurídicos) — tal como viu-se na primeira parte do trabalho — é o de garantidor de Direitos; devendo seus agentes operantes rechaçarem qualquer hipótese de uso instrumentalizado em benefício de interesses econômicos quando estes conduzem, não obstante, à violação de garantias individuais e direitos fundamentais, como o direito à igualdade.

Todavia, isto não é o que se tem depreendido do modo como o *ius puniendi* — que se materializa quando da atuação do *Sistema de Justiça Criminal* em meio às suas criminalizações primária e secundária — tem sido empregado no decorrer da história e, principalmente, no último século; quando houve, tal como fora retratado e já explorado, uma abrupta e clarividente inversão da função ou atuação do Estado, quando este deixou de verter recursos financeiros e humanos para o auxílio a indivíduos à margem do sistema de consumo e produção, ou indivíduos economicamente carentes ou pobres, e passou a direcionar grandes e crescentes cifras monetárias para a dilatação e hipertrofização do *Sistema de Justiça Criminal*; este que passa a ter sua função não mais voltada para o interesse público primevo de retribuição, prevenção e ressocialização, mas passa agora a ter o propósito de estocar a pobreza, ou os indivíduos pobres, estigmatizando-os, removendo-os do convívio social, e assim sedimentando o controle social, que tem agora por principal beneficiário os interesses econômicos de um capitalismo com práticas de mentalidade e governamentalidade neoliberal.

Quando se chegou, enfim, à última parte do trabalho, tratando a questão “da Transnacionalização do Controle Social”; abordando “o modelo exportado de punição da pobreza” dos Estados Unidos; a “transnacionalização e a Guerra às Drogas” no Brasil; os “fundamentos ideológicos da Guerra às Drogas no Brasil”; os “atos normativos de combate às drogas” também no Brasil; a “Lei 11.343/06 em números”; e o “caso Breno Fernando Solon Borges”, o que restou demonstrado fora que a hegemonia dos países capitalistas e economicamente desenvolvidos, especialmente os Estados Unidos, têm influenciado as práticas punitivas dos países periféricos, dentre eles o Brasil, onde se acha o estado de Mato Grosso do Sul e a cidade de Dourados. Isto tem se dado de modo impositivo, em um plano global, segundo a análise de Rosa del Olmo; bem como de modo evidentemente exitoso, quando da análise do histórico normativo brasileiro no concernente às previsões positivadas do tratamento legal a ser dispensado aos indivíduos envolvidos com estupefacientes, e quando da constatação de um constante recrudescimento normativo que tem como marca a beligerância proveniente de políticas de Defesa Social e Segurança Nacional. É a *transnacionalização do controle social* que atinge o Brasil, o estado de Mato Grosso do Sul, e a cidade de Dourados.

Derradeiramente, viu-se que tal como tem ocorrido nos países paradigmáticos ou centrais, é igualmente possível se demonstrar e se constatar no Brasil – em decorrência da dita *transnacionalização do controle social*, que é posta sob o discurso da chamada guerra às drogas – os altos e crescentes índices de encarceramento da população pobre, bem como o crescente aumento das vagas em unidades prisionais, ou seja, a ampliação física dos cárceres; nos quais, ainda, e não obstante à ampliação, há uma crescente elevação do *déficit* de vagas. Em terras brasileiras, os tipos penais em que os indivíduos são mais incursos são os relativos à Lei 11.343/06 — estando tal incidência a nível nacional em segundo lugar (atrás somente, e por pouca diferença, dos crimes contra o patrimônio, que igualmente indicam carências sociais e econômicas), e estando também tal incidência em primeiro lugar tanto no estado de Mato Grosso do Sul, quanto na cidade de Dourados. Tem-se ainda que os cidadãos mais cooptados pelo *Sistema de Justiça Criminal* brasileiro são os pardos e pretos; e a maior parte dos reclusos não têm ensino fundamental completo – a constatar assim o quadro socioeconômico e racial predileto das forças atuantes na criminalização primária e, mormente, secundária, que promovem o controle social das classes desfavorecidas. Na contramão disto, entretanto, encontram-se os indivíduos com consideráveis ativos políticos-jurídicos-econômicos que buscam se safar ou evitar o *ius puniendi* do Estado por intermédio de ações onde há o emprego de suas influências, estas também políticas-jurídicas-econômicas, com o escopo, é claro, de alcançar objetivos particulares, em favorecimento pessoal. Nestes casos, quando ocorrem serem

socialmente evidentes, vê-se que face a ausência de legalidade nas ações dos sujeitos, a legitimidade se esvai e a punição, de alguma forma, possui maior probabilidade de chegar aos envolvidos que extrapolaram suas liberdades, direitos ou prerrogativas – independentemente de seus cargos ou funções sociais. Válido aqui ressaltar, em comparação, que o controle social majoritário, ou seja, o controle social direcionado às classes desfavorecidas, tem se protraído ao longo dos séculos porquanto se desenvolve e se mantém por meio de construções ideológicas que, não raras vezes, são inseridas no corpo social de modo sutil ou microfísico.

Por todo o exposto, conclui-se que houve resposta afirmativa, ou houve confirmação da hipótese suscitada; porquanto restou demonstrado que especialmente dentro do período histórico aqui explorado, o Estado moderno, junto ao seu *ius puniendi*, bem como junto aos poderes e aos interesses econômicos, estes todos têm estado e permanecido imbricados no cotidiano social e político das comunidades, transformando-as e influenciando-as substancialmente. O Estado fora teorizado para resguardar as garantias individuais e, posteriormente, coletivas dos seus tutelados, ou seja, os direitos verdadeiramente essenciais dos seus cidadãos, sendo que para tanto vale-se do seu *ius puniendi*, ou direito de punir; o qual se materializa no plano fático por intermédio do funcionamento do *Sistema de Justiça Criminal*; que, por seu turno, tem operado de modo instrumentalizado através de instituições que se autorregulam, a fim de evitar abusos, sim, mas que também que promovem o controle social que tanto se falou, cuja incidência tem recaído com maior força sobre os cidadãos e cidadãs pobres, na acepção econômica da palavra, mas também nas acepções política e jurídica da expressão.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea*. In: O que ler na ciência social brasileira [S.l: s.n.], 2002.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. - Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. - 3ª Ed. - Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1764. Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook.

BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir? Teoria geral da pena*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Decreto n.º54.216, de 27 de agosto de 1964*. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília/DF. Disponível em: <www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em 13 de fevereiro de 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º159, de 10 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0159.htm>. Acessado em 14 de fevereiro de 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º685, de 26 de dezembro de 1968*. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. Brasília/DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm>. Acessado em 14 de fevereiro de 2021.

BRASIL. *Lei n.º5.726, de 29 de outubro de 1971*. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103304/lei-5726-71>>. Acessado em 14 de fevereiro de 2021.

BRASIL. *Lei n.º6.368, de 21 de outubro de 1976*. Dispõe sobre medidas de prevenção e

repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acessado em 15 de fevereiro de 2021.

BRASIL. *Lei complementar n.º35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília/DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm >. Acessado em 03 de maio de 2021.

BRASIL. *Lei n.º11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acessado em 23 de fevereiro de 2021.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Constituição e jurisdição: legitimidade e tutela dos direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2015

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 - 8. ed. rev. e atual.* - São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAGAS, Edilson Eneidino das. *Direito empresarial esquematizado*. — 3. ed. — São Paulo: Saraiva, 2016.

CNJ. *325ª Sessão Ordinária - 23 de fevereiro de 2021*. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=B3u2LXe--Yc>>. Acessado em 13 de março de 2021.

CNJ. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337. Publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acessado em 03 de maio de 2021.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2ª ed. atual. Editora Saraiva:

1998.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, - 1ª ed. - São Paulo: Boitempo, 2016.

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. *Quantidade de Incidências por Tipo Penal: período de Janeiro a Junho de 2020*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojMTVIMWRiOWYtNDVkNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acessado em 30 de março de 2021.

DESCARTES, René. *O discurso do método*. - São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FAYET DE SOUZA, Ney. *Lei Antitóxicos: Reparos e Sugestões para o art. 314 do Novo Código Penal*. Estudos Jurídicos. São Leopoldo. Unisinos, 1972.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete, 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã*, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Versão para eBook, [s.d.].

HOLLOWAY, 2009. *Versão manuscrito de: O calabouço e o aljube do Rio de Janeiro no século XIX*, in Clarissa Nunes, Flávio Neto, Marcos Costa & Marcos Bretas, eds., *História das prisões no Brasil*, 2 vols, Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2009, vol. I, pp. 253-281.

LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo civil*. - Clube do livro liberal. Versão para eBook, [s.d.].

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1689-1755). *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ONU. *Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1955–2010: 55 años de logros*. Disponível em: <https://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf>. Acessado em 27 de fevereiro de 2021.

QUINNEY, Richard. *Classe, Estado e crime*. Curitiba: Íthala, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. - 3ª Ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social* - 2ª Ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2004.

SPENCER, Herbert. *O indivíduo contra o Estado*. Tradução de Eleonora Magalhães de Gusmão. Versão E-book. Disponível em: < <https://www.amazon.com.br/indiv%C3%ADduo-contra-Estado-Herbert-Spencer-e-book/dp/B07XJ7Q27Z> >. [s.d.]

TJMS. *Procedimento Especial da Lei Antitóxicos*. Tráfico de Drogas e Condutas Afins. Autos n.º 0000484-62.2017.8.12.0049. Distribuído em 25/04/2017; foro de Água Clara/MS.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [A onda punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. - 18ª Ed. - São Paulo: Cultrix, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume — Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan: 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*. - 1. ed. - São Paulo: Tirant lo Blach, 2020.