

Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009, p. 183-200.

\_\_\_\_\_. - Educação Superior, Direito e Estado. São Paulo, EDUSP/FAPESP, 2000

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. [s.d.] Disponível em: <[http://www.animaopet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Andre\\_Ramos\\_Tavares\\_direito\\_fund.pdf](http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf)>. Acesso em: 20.01.2015

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Econômico. 2ª edição. Editora Método. São Paulo-SP, 2006

TROSTER, Roberto Luis. Introdução à economia. São Paulo: Makron Books, 2002

VICENTE, Maximiliano Martin. A crise do Estado de bem-estar social e a globalização: um balanço. História e comunicação na ordem internacional [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 214 p. ISBN 978-85-98605-96-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>

## O DIREITO PENAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA (RE) CONSTRUÇÃO NECESSÁRIA PRESA A MUITAS AMARRAS

CRIMINAL LAW IN CONTEMPORARY BRAZIL: A REQUIRED (RE)CONSTRUCTION WITH MANY STRINGS ATTACHED

EL DERECHO PENAL EN BRASIL CONTEMPORÂNEO: UNA (RE) CONSTRUCCIÓN NECESARIA ATADA POR MUCHOS LAZOS

### SUMÁRIO:

Introdução; 1. A raiz do mal em nossas raízes; 2. Das ordenações às codificações: o princípio de uma construção penal própria; 3. O Código de 1890 e o arremedo de uma república: Os inimigos éramos nós; 4. Conclusões - os novos paradigmas constitucionais e o abismo prático: sempre mais do mesmo; referências bibliográficas.

### RESUMO:

Torna-se necessário promover a alteração de um sistema penal que desde sempre se mostra como viciado, inoperante, seletivo e maculado por caprichos de indivíduos e/ou de grupos. A proposta é simplesmente lermo-nos como seres históricos, pertencentes ao tempo e não escravos dele, só a partir de modos-de-ser autênticos nos livramos dos vícios do passado, construimos um presente e nos projetamos para o futuro, caso contrário estamos fadados a sermos sempre caricaturas do que fomos. É chegada a hora de construir o novo, livrando-nos das velhas amarras.

### ABSTRACT:

Modernity has been built as an imprisoning

Como citar esse artigo:  
SILVA FILHO, Edson.

O direito penal no  
Brasil contemporâneo:  
uma (re) construção  
necessária presa a  
muitas amarras.

Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho - PR,  
BRASIL, n. 22, p.  
337-362

Data de submissão:  
17/04/2015

Data de aprovação:  
26/07/2015

project, founded on a rational model that was extracted from exact sciences where the Cartesian empiricisms validate truths. As an immediate aftermath, man strays from the sciences of the spirit such as philosophy, sociology, anthropology and history. Hence we challenged the concrete world for it is the site of the passions, of "being", and we are in search of the "must be" world. We reap the fruits of such rationality. Until today the analytical dogmatics have been limiting the law, as a science, generating a crisis of effectiveness of large proportions. In search of the critical redemption of a way of being authentic, to build a criminal law in contemporary Brazil, we have opted for critical hermeneutics of law by Lenio Streck, reviewing the historical basis on which, inadequately, a model that does not align to Brazilian constitutionalism is built. Only from such reconstruction can we define humanist and libertarian criminal legal assets in Social and Democratic State of Law. Rethinking the foundations of the accepted law and opening conditions for the development of a new and constitutionally appropriate legal dynamics.

#### RESUMEN:

Se hace necesario promover el cambio de un sistema penal que desde siempre se nos muestra cómo adicto, muerto, selectivo y manchado por los caprichos de los individuos y / o grupos. La propuesta está simplemente en lermonos como seres históricos, perteneciente a tiempo y no esclavos de él, sólo a partir de modos-de-ser auténticos nos librar de los vicios del pasado, construido un presente y proyectamos hacia el futuro, de lo contrario estamos condenados a siempre ser caricaturas de lo que fuímos. Es el momento de construir el nuevo, deshacerse de los viejos lazos.

#### PALAVRAS-CHAVE:

Criminologia crítica; Hermenêutica; Direito Penal

#### KEYWORDS:

Modernity, Hermeneutics, Criminal critique.

#### PALABRAS-CLAVE:

Criminología crítica; La hermenéutica; Derecho Penal.

## INTRODUÇÃO

Na verdade o que se propõe neste trabalho não é apontar respostas objetivas, pontuais, propostas ou projetos revolucionários de se promover a alteração de um sistema que desde sempre se mostra como viciado, inoperante, seletivo e maculado por caprichos de indivíduos e/ou de grupos. A proposta é simplesmente lermo-nos como seres históricos, pertencentes ao tempo e não escravos dele, só a partir de modos-de-ser autênticos nos livramos dos vícios do passado, construímos um presente e nos projetamos para o futuro, caso contrário estamos fadados a sermos sempre caricaturas do que fomos. Ernildo Stein afirma, nesse sentido, que o ser humano é passado, futuro e presente, ele sempre é história, é cultura, fato este que ele não dominar – a compreensão é limitada, na medida em que ele não consegue dar conta do passado e do futuro – uma história da qual não conseguimos nos dar conta “[...] ela forma nossa consciência histórica e nos permite assumir uma situação histórica determinada, o mais possível transparente, em um momento determinado, através da fusão de horizontes e na diluição de horizontes, de maneira que não fiquemos presos a um conjunto de pré-conceitos dos quais não nos libertamos inteiramente como seres históricos e fáticos” (STEIN, 2004, p. 70).

### 1. A RAIZ DO MAL EM NOSSAS RAÍZES

Antes de analisarmos as particularidades do modelo sancionador do Brasil de hoje é necessário delinear os horizontes<sup>2</sup> a partir dos quais ele se formou e por intermédio dos quais vem se sustentando, desde suas raízes mais remotas até os dias de hoje. Tal análise é imprescindível de ser feita para que seja compreendido o baixo grau de efetividade constitucional quando falamos em direito penal, especialmente para que se compreenda o que nos leva a ser tão refratários aos modelos garantistas e humanistas e tão apegados aos paradigmas cartesianos de manutenção de uma ordem abstrata.

Sem abandonarmos a perspectiva de um direito de classes, buscamos uma justificativa mais complexa, que explique a natureza do clientelismo que marca nosso Direito Penal. Isso porque, além da proteção de classes, que pode ser demonstrada com clareza, uma proteção mais difusa, que

afeta grupos que não se identificam necessariamente com classes sociais, é sentida no Direito Penal brasileiro. Para justificar essa realidade, buscamos em Faoro o conceito de estamentos (FAORO, 2001, p. 846), para justificar o sistema de dominação que impregna a história brasileira, por meio do exercício de poder por grupos heterogêneos.

Mais remotamente partimos do Brasil colônia, com Faoro, quando Portugal, no século XIV, que se consolida como nação sob a supremacia do rei, o qual dispunha do poder das terras em um momento em que o solo era predominantemente a fonte geradora de riquezas, sem que houvesse uma clara distinção entre bem público e particular. Naquele momento, o poder vinha da terra que pertencia ao rei, que detinha um patrimônio sensivelmente maior que o do clero e o da nobreza. A partir da dinastia de Avis (1383-1385), o rei, senhor da terra e das guerras, reinava sem intermediários, estando a Santa Sé sobre ele e nada mais.

O poder confunde-se, então, com a detenção e a concentração de riquezas e não é percebido como exercício de uma função, função essa que passa a ser delegada à medida em que o país se divide em distritos, distribuídos a nobres. A partir do século XIV, ao contrário dos tributos, dos quais os nobres eram isentos, a jurisdição “[...] privada não gozou da mesma sorte. Percebeu bem a realeza que o poder de julgar envolve, em última análise, o poder de sujeitar o homem a uma camada intermediária e autônoma”.

As forças da nobreza territorial e do clero crescem, levando o governo a buscar nova base de sustentação para seu poder, celebrada mediante uma nova aliança, *submissa e servil* do povo, o terceiro Estado, que lhe poderia fornecer o suporte político, fiscal e militar necessário para, ao mesmo tempo, manter-se no poder e tirar das costas o peso do risco trazido pelo crescente poder da nobreza e clero.

O rei torna-se, então, o “[...] principal lavrador da nação com celeiros e adegas espalhados por todos os confins de seus domínios [...]”. Os impostos crescentes (o fim da imunidade da sisa) e o quinto da guerra mantinham os cofres da Coroa, fazendo nascer um Estado patrimonial, com o súdito, o nobre e o clero subjugados, dando ensejo ao que Faoro chama de “o primeiro ato do drama”, relatando o nascimento do Estado patrimonialista português. O Estado português assenta-se naquele instante sobre os princípios do direito romano, tendo como paradigmas o

Príncipe como senhor do Estado e, assim sendo, proprietário iminente e virtual sobre todas as pessoas e bens. Todos seguem um sistema legal formal, regido por codificações que exercem basicamente duas funções: a de ordenar o Estado, disciplinando a ação política; e a de controlar o Estado, disciplinando as pessoas.

Nesse passo, o Estado possui, principalmente, a função de gestor da moral coletiva, que se mostra nos preceitos de ordem pública, e, mais especialmente, no Direito Penal. É importante deixar claro que não falamos aqui em uma moral penal e sim em uma moral social, e, diante de tal prisma, o Direito Penal assume a função de moralizar os indivíduos, de consertar o homem desviado<sup>3</sup> (ou anormal, no sentido do que não se adequou às normas gerais traçadas como próprias de uma categoria). Isso nasce do contexto conservador e fundado em uma ideologia (ainda em formação), resultante de um “[...] manto de muitas cores e de muitos retalhos [...]” (FAORO, 2001, p. 17.). Algo de estranho acontece, então. Os caprichos do príncipe ganham espaço e, apesar da origem romana e da continuidade formal do modelo (ou do modelo formal), a ideologia assume forma diversa, “[...] e em muitos pontos incompatíveis com o modelo abstrato antigo [...] como um corpo apagado, sem alma própria” (FAORO, 2001, p. 28).

Nos séculos XII e XIII, o clero afasta-se do poder e a nobreza territorial enfraquece-se, e o capitalismo cria um direito próprio, desenvolvendo-se a partir de um sistema em que a racionalidade formal se perdia na irracionalidade do príncipe, escravo de seus caprichos e de seu *enlouquecido juízo*<sup>4</sup>.

A burguesia fortalecida e em franca ascensão, com o início da era das navegações, reúne forças, e, associada ao rei, aplaca, novamente, a nobreza. O Estado moderno ganha contornos definidos e o capitalismo germina na mescla complexa que forma o Estado patrimonialista (FAORO, 2001, p. 38).

Indo para além do sistema de classes sociais no Brasil, a pirâmide social é construída a partir de estamentos, grupos mais complexos, heterogêneos. Curiosamente, o estamento que se forma em Portugal, e subsequentemente no Brasil, nasce de cima para baixo, confundindo-se, por vezes, com a nobreza, a burguesia e a administração do príncipe, mas o que de fato acontece é sua constituição como uma máquina burocrática<sup>5</sup>.

Faoro afirma que o Estado é “[...] um feixe de cargos, reunidos por coordenação, com respeito à aristocracia dos subordinados [...]”, e os estamentos então (aristocracia e burguesia) convivem pacificamente, mesmo que “[...] num plano subterrâneo, obscuro e incerto: embarcadas na mesma empresa, o fomento das navegações e dos lucros será o fim comum. Separa-os a partilha” (FAORO, 2001 p. 89).

As partes do estamento toleram-se para se preservarem no poder ou manter sua influência no exercício do poder. Assim, nesse momento temos que “Os crimes contra a religião do Estado encontravam, nas Ordenações Filipinas (como, de resto, nas demais legislações de seu tempo), feroz punição, estando previstas variadíssimas modalidades de delitos, inclusive algumas que nos soam extremamente ridículas e que constituem expressão de pura beaticidade” (FRAGOSO, 1991, p. 375). Fragoso ainda afirma que nos “Crimes contra a liberdade sexual o bem jurídico que se tutela nos crimes desse capítulo não é propriamente um direito à liberdade sexual, aliás, negada por alguns autores” (FRAGOSO, 1991, p. 389).

No mesmo sentido Siqueira afirma que as Ordenações promulgadas em 1603 espelhavam exatamente pensamentos, ideias e sentimentos da época, confundindo direito, moral e religião, que,

[...] erigindo em crimes o pecado e o vício, de sancionar a desigualdade perante a lei, de desconhecer o princípio da personalidade da responsabilidade criminal, fazendo recair a infâmia do crime na pessoa dos descendentes do delinquente, de dar predomínio ao arbítrio judicial, não resguardando a liberdade individual dos abusos, consagrada um *systema* de penalidade que, inspirado nas idéas de expiação e de intimidação, se distinguia pela crueldade, prodigalizando-se as penas infamantes e de morte, requintada a crueldade na sua execução e no emprego de tortura para a obtenção de confissões (SIQUEIRA, 1932, p.5).

A partir daí a história do Direito Penal brasileiro tem como ponto de partida o Código Penal do império, nascido do projeto de Bernardo de Vasconcelos, promulgado em 16 de dezembro de 1830, sucedendo o livro V das Ordenações Filipinas, conhecido como o monstruoso código penal”, “[...] aonde foram copiadas a esmo as leis de Nero e Calígula”.

José Frederico Marques afirma que de fato tratava-se de “[...] uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas ideias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina confundia crime com pecado, e absorvia o indivíduo no Estado, fazendo dele um instrumento [...] na graduação o castigo só obedecia o critério da utilidade [...] a pena capital era aplicada a mão larga, abundavam as penas infamantes [...] bigamos, incestuosos, adúlteros, moedeiros falsos eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca de seu corpo ou sepultura se pudesse haver memória” (MARQUES, 2002, pp. 14-5) “as tendências humanizadoras que o Iluminismo levou para os domínios da justiça penal tiveram eco em Portugal” (MARQUES, 2002 p. 92) apenas em 20 de outubro de 1823 uma lei mandou que elas continuassem vigentes, maio de 1821 proibição de que alguém fosse lançado às masmorras em segredo, junho de 1822. (PIRAGIBE, 1942, p. 89).

Adotava a pena de morte em seu artigo 40, bem como a de galés, que “[...] sujeitará os réus a andarem com a calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregar-se nos trabalhos públicos da província onde tiver sido cometido o delito, à disposição do governo”, no seu artigo 44. Acrescenta: “já não, assim, ao tempo em que foi promulgado, a despeito do seu caráter excessivamente ‘casuístico’, como acentua João Vieira, vício, aliás, muito comum a todas as nossas leis, prejudicando-as na sua aplicação e entevando-as no seu evoluir natural”.

É bom frisar que no Prefácio à obra de Galdino Siqueira, Esmeraldino Bandeira divide o Direito Penal brasileiro em três períodos distintos: da independência, em 7 de setembro de 1822 a 1831- livro 5 das ordenações Filipinas; de 1831 a 1891, com o primeiro código brasileiro; de 1891 até 1932 - data da edição do livro - (SIQUEIRA, 1932, *passim*.)

Entretanto, é interessante ressaltar que as Ordenações Afonsinas, Manuelinas, leis extravagantes coligidas por Duarte Nunes Leão e, finalmente, as Ordenações Filipinas, em 11 de janeiro de 1603, apesar de importado o Direito Penal, não resultaram em um entrecchoque das civilizações indígena e europeia, uma vez que não houve influência indígena nos diplomas legais, pois “[...] quando a esse mundo os portugueses superpuseram o seu cosmos jurídico, eclipsando-o, isto aconteceu sem maiores embaraços. Entre submeter-se e escravizar-se, os insubmissos embrenharam-se nas selvas fugindo ao cativo. Os que permaneceram

se acorrentaram” (MESTIERI, 1990, p. 77).

Com o advento da Constituição do império, de 25 de março de 1824, outorgada por dom Pedro I, que dissolve a assembleia constituinte em 12 de novembro de 1823, já que o projeto que estaria sendo votado não lhe agradava. Durando até 1891, com o advento da república, houve a imposição de que se adotasse uma nova legislação penal, adequada à sua índole mais humanitária. Segundo João Mestieri, as Ordenações Filipinas aplicadas com todo rigor, em obediência ao princípio de fazer sofrer e intimidar pelo sofrimento nessa legislação injusta e cruel (MESTIERI, 1990, p. 79), e, como resultado das pressões resultantes das ideias libertárias do século XVIII, a lei de 5 de março de 1870 passou a reconhecer que a “[...] tortura cahira em desudete [...]” (SIQUEIRA, 1932, p. 6) e que a pena de morte só deveria ser aplicada no caso da prática dos crimes mais atrozes.

## 2. DAS ORDENAÇÕES ÀS CODIFICAÇÕES: O PRINCÍPIO DE UMA CONSTRUÇÃO PENAL PRÓPRIA

Após as ordenações e atendendo ao mando constitucional, em maio de 1827 e em agosto de 1827, Bernardo Pereira de Vasconcelos e Clemente Pereira apresentaram, respectivamente, dois projetos de Códigos Penais. Foram eles submetidos a uma comissão mista que, basicamente, usou parte de ambos projetos para a confecção de um terceiro, e, em outubro de 1830, após o trâmite legal, aprovado pelas comissões competentes, foi remetido ao Senado, que o aprova em 16 de dezembro de 1830, sendo sancionado no mesmo ano e publicado em 8 de janeiro de 1831 (SIQUEIRA, 1932, p.5). No novo diploma, as penas de morte foram excluídas dos crimes políticos por maioria, embora continuassem sendo aplicáveis, em seu grau máximo, nos casos de homicídio, latrocínio e insurreição. A abolição das penas capitais, ao contrário do que possa parecer, não se tratou efetivamente de um avanço tão significativo quanto parece à primeira vista. O interesse na defesa de interesses de determinados seguimentos sociais, ora protegendo os políticos contra a pena capital, ora mantendo-a contra escravos insurgentes, fica nas entrelinhas da norma.

Nilo Batista afirma que agindo dessa maneira seguimos um caminho oposto ao que propôs Beccaria. No *Dos delitos e das penas*, Beccaria afirma que a pena de morte só deve ser aplicada no caso de haver a pos-

sibilidade de o indivíduo provocar uma revolução com a finalidade de subverter o Estado. A finalidade de optar-se pelo banimento da pena de morte dos crimes políticos reside na ideia de que os crimes políticos “[...] poderiam ter como autores os parlamentares e seus colegas dos estratos sociais dominantes” (BATISTA, 2004, p. 75). Por outro lado, homicídio, latrocínio e outros puníveis com a morte<sup>6</sup>, claramente destinados a camadas vulneráveis ao sistema penal de então, seriam capazes de, nas palavras de Lino Coutinho, “assegurar nossa existência contra os escravos”, e do deputado Paula e Souza que completa a afirmativa, alegando que só “o terror da pena de morte fará conter essa gente imoral nos seus limites” (BATISTA, 2004, p. 75).

Na verdade, o Código de 1830 nasce marcado pela contradição entre os ideais liberais do Iluminismo da Revolução Francesa e a política econômica escravagista, que exigia penas corporais como mecanismo de contenção dos escravos. Mostra claras e fortes influências do Iluminismo Penal, essencialmente utilitarista<sup>7</sup> e, conseqüentemente, de caráter preventivista. Isso porque a Independência do Brasil, ao contrário da Revolução Francesa<sup>8</sup>, resumiu-se à transferência de poderes dentro de uma mesma classe, composta por proprietários de terras, senhores de engenho e letrados (CERQUEIRA, 1997, p. 23). Nesse panorama, afirma Nilo Batista, ocorre a substituição “[...] não por algo melhor, mas certamente por algo diferente”, em que o “[...] encarceramento viria ser a pena por excelência do capitalismo industrial, e se isso não entrasse pelos olhos nas afinidades arquitetônicas da fábrica e da prisão, bastaria pensar no controle social penal do proletariado, no adestramento penal de seu exército de reserva e na criminalização da vadiagem [...]” (BATISTA, 2004, p. 109).

As penas eram distribuídas de forma desigual entre os escravos e o proletariado, e, apesar de abolida na Constituição de 1824, a pena de açoite continuava vigente no que dizia respeito aos escravos, também sendo privativas destes as penas de morte, galés e açoites (BATISTA, 2004, p. 110).

Podemos ver no Código o rosto dos estamentos<sup>9</sup>, uma vez que acompanha a evolução da sociedade, tendo o Direito Penal como suporte de dominação. Segundo Galdino, várias alterações eram reclamadas em virtude de necessidades sociais, como mecanismos de proteção de interesses dos “donos do poder”: como em 1835, sanções diferenciadas a escravos

que matam ou ferem seus senhores; em 1850, repressão a tráfico de escravos africanos; em 1850, penas ligadas ao apossamento e danos a terras devolutas ou alheias; e, em 1851, repressão ao exercício ilegal da medicina e polícia sanitária.

O Código de 1830 sobrevive em um momento político e econômico de extrema delicadeza. A inflação de 1850 é alta, sendo grave a crise econômica. Faoro afirma que “o último quartel o século XVIII denuncia uma crise e revela uma mudança de rumo. A exportação cairá, em termos absolutos e em termos *per capita*, por efeitos apenas não atribuíveis ao esgotamento das minas”. Acrescenta que “ao colapso da produção do ouro se associa a baixa das exportações do açúcar, atingindo o ponto mais baixo dos dois séculos anteriores”. (FAORO, 2001, p. 290), e o chamado *pequeno encilhamento*, a guerra do Paraguai e a monocultura cafeeira trouxeram um esgotamento econômico. Além disso, os empréstimos externos e nenhuma renovação de fontes produtivas agravam o problema.

Enquanto isso, o Estado se apresenta empregador por excelência, como resultado do mercado comum em crise, onerado que era pelo escravismo e pela servidão (BASTOS, 1949, *passim*).

Pouco depois, em 1870, a população passa a interessar-se pelo problema servil, pelos movimentos abolicionistas mundo afora e pela brilhante participação dos negros na guerra do Paraguai, levando ao sucesso do movimento abolicionista, o que subvertia profundamente a lógica em que se fundava boa parte do diploma penal de 1830. Como prenúncio da reforma geral de 1888, resultante da abolição da escravatura, temos uma significativa alteração da estrutura punitiva iniciada em 1886, com a revogação do açoite.

Novas mudanças no panorama social se fazem sentir a partir da segunda metade do século XIX, quando se pode admitir a presença e constatar um crescimento acelerado da classe média, que passa a participar de forma notável na política. Aumenta-se, sensivelmente, o número de profissionais liberais, militares profissionais, religiosos intelectuais, crescendo sobremaneira a atividade estudantil (AGUIAR, 1973, p. 31).

O final do século XIX é marcado no Brasil pelo conflito entre as ideias liberais e as elites escravagistas e agrárias, enquanto se assiste ao surgimento da vida e da atividade urbana, tendo como pano de fundo uma guerra entre o comércio exterior (fortíssimo) e o interior (incipiente). En-

quanto o instrumento de força da classe senhorial era a guarda nacional, o *exército era, ao contrário, a carreira dos desafortunados*, predominante em determinadas camadas da classe média. Marcelo Cerqueira afirma que o liberalismo do século XX serviu apenas aos interesses da elite, principalmente pela manutenção da escravidão. (CERQUEIRA, 1997, p. 111).

Assim, padres, militares, funcionários e pequenos comerciantes formam o nicho de surgimento e de defesa de novas ideias libertárias, e, como resultado disso, nota-se paralelamente uma grande demanda pelos serviços públicos, educação, crédito, transportes, formação profissional e financiamento industrial, assuntos “[...] para os quais o Governo imperial, ainda fortemente influenciado pelos homens ligados aos interesses agrários e escravagistas, nem sempre tinha sensibilidade” (AGUIAR, 1973, p. 33).

Fica clara a existência de um choque entre as novas forças mencionadas e o modelo do império, reeditado nos princípios da república. A população do Rio de Janeiro e dos demais centros urbanos, em virtude do apogeu da cafeicultura, que levou a um alto índice de imigração, e sua subsequente crise, trazendo um aumento progressivo do desemprego, paralelamente já não se *assujeitava à vida rural* (AGUIAR, 1973, pp. 33-4).

O novo rosto do poder, vindo da urbe, torna-se mais bem delineado a cada momento que passa, enquanto a Corte, no Rio de Janeiro, passa por (mais) uma grave crise, a de libertar-se do período colonial, sem, contudo, pôr fim ao regime monárquico, em uma sociedade extremamente desigual, formada por colonos, e a uma aristocracia constituída basicamente pela burocracia estatal. “O eixo da política era o mesmo, secularmente fundido: o reino deveria servir à camada dominante, ao seu desfrute e gozo. Os fidalgos ganharam pensões, acesso aos postos superiores os oficiais da armada e do exército, empregos e benefícios os civis e eclesiásticos” (FAORO, 2001, p. 289). Isso durante um período em que a economia migra de um sistema extrativista puro e simples para um capitalismo pseudoliberal, que buscava uma emancipação econômica *sui generis*<sup>10</sup>.

O Estado, ainda monárquico, vê a permanente penúria em que se encontram as finanças públicas e, ausentes novas fontes de riquezas, restringe-se ao *velho regime fiscal da colônia, um tanto escoimado pelo seu excessivo atropelo e bisantinismo* (AGUIAR, 1973, p. 39). Os direitos sobre as importações geravam cerca de 50% da receita geral, e lutas civis e catás-

trofes justificavam o permanente déficit. Em 1887, juntamente com o café (FAORO, 2001, p. 281), surge uma nova aristocracia, que faz iniciar o desmoronamento que amparava o império, deslocando o centro da atividade econômica do Nordeste para o Sul.

Tendo em vista a situação crítica do império, a república é proclamada em 15 de novembro de 1889, com uma “[...] generalizada pressão no sentido de criarem-se os instrumentos desenvolvimentistas que o país demandava, sobretudo nas novas classes em ascensão, desejosas de riquezas, bem-estar e prestígio social” (AGUIAR, 1973, p. 39).

### 3. O CÓDIGO DE 1890 E O ARREMEDO DE UMA REPÚBLICA: OS INIMIGOS ÉRAMOS NÓS

O Código de 1830 vigorou até 1890, até ser substituído pelo Código Penal promulgado pelo Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Nasce quase sem vida, sob as afirmações que “[...] não só uma simples revisão, mas uma reforma completa da legislação penal, atendendo a situação do paiz” seria necessária. Em 1911, em relatório como ministro da justiça, Esmeraldino Bandeira afirma que o código é lacunoso, sem uma unidade teórica e, ora deficiente, ora excessivo na gradação das penas. As alterações tiveram início antes que o texto completasse um ano (SIQUEIRA, 1932, p. 10).

Interessa-nos, em especial, o fato de que, naquele contexto, apesar de cercado por discursos liberais, reproduzimos no Código Penal de 1890 o espírito mercantilizador herdado de Portugal, marcado pela dominação legal, uma vez que era o retrato de uma “[...] realidade política que separa a sociedade da organização do poder [...] numa estrutura de predomínio absoluto das interferências estatais, a realidade jurídica será sempre uma sombra do poder político, altaneiro, incontestável, ameaçador” (SIQUEIRA, 1932, p. 10).

Faoro afirma, sobre o ideário liberal, que:

“[...] apesar do desdobramento liberal dos séculos XIX e XX, perdurou na política econômica, quer no setor público, quer no setor privado. Ainda em 1932 se falou eruditamente, do ‘paradoxal mercantilismo brasileiro’ ativo nas medidas

administrativas e nas ações de governo, negado nos debates teóricos [...] o mercantilismo opera sob tal constelação, como agente unificador e centralizador, versando contra o disperso e universal mundo da idade média [...]”. FAORO, 2001, p. 80).

O panorama que antecede o Código de 1890 é o de uma república positivista recém-proclamada, marcada pelo fato de o Direito Penal encontrar na lei sua única fonte de legitimação. Aqui a racionalidade positivista encontra no Direito Penal um mecanismo disposto a sancionar para controlar a sociedade capitalista industrial que se encontrava ainda em estágio inicial. A ideia de controle social, nascida do positivismo criminológico, ganha força, e os tipos criminosos passam a ser o objeto de vigilância para que se imponha a ordem na sociedade por meio do Direito Penal.

Naquele momento, em especial os estigmas penais se mostram eficientes sustentáculos de um “[...] discurso racista legitimador da hegemonia, e do positivismo jurídico, que confinava o olhar à articulação lógica dos parágrafos e incisos. [...] o mito da ressocialização para o trabalho edifica colônias agrícolas e estabelecimentos penais industriais. Finalmente haviam chegado os tempos modernos” (BATISTA, 2004, p. 112).

O retrato do Brasil, então, é o retrato da república e suas circunstâncias, e em especial no Rio de Janeiro, então Capital Federal, que vive um clima social tenso e complexo, agravado por uma série de fatores como inflação, desemprego, marginalização, formação de uma classe dominante de maneira complexa e intrincada, com militares ascendentes (depois de um período de extremo desprestígio), escravos recém-libertos e uma migração urbana acentuada. Carvalho afirma, citando o manifesto do centro socialista aos operários e proletários, de 9 de janeiro de 1899, lançado no Rio de Janeiro, que enquanto o império viveu sob o domínio dos senhores de escravos a república vive em torno de sindicatos políticos e industriais, em uma perigosa plutocracia, tão nociva quanto a antiga aristocracia. (CARVALHO, 1991. p. 56).

Os centros urbanos mostram-se eficientes na empreita de excluir aqueles que não fazem parte da sociedade e que se aglomeram, sem muita perspectiva de crescimento. Apesar disso, pouco antes da Proclamação

da República, que antecede o Código Penal de 1890, o enfraquecimento das monoculturas, o urbanotropismo e o desgaste do regime monárquico pedem um novo tipo de Estado emergente.

A república, assim, para se sustentar, precisava contar, mesmo que de forma aparente, com o respaldo e a participação popular, nos moldes da Revolução Francesa. Em suma, era importante que o povo, mesmo que formalmente, protagonizasse um papel de relevo no novo regime, para dar-lhe credibilidade, mas não havia o menor interesse que houvesse uma efetiva participação popular na deliberação do futuro da república.

Era necessário um novo regime que proporcionasse a inclusão da grande massa, agora ocupando as cidades, que se acumulava em torno da miséria repartida entre muitos. Na verdade, as mudanças que “[...] *vinham fermentando durante os últimos anos do império e que culminaram na abolição da escravatura e na proclamação da república [...]*” (CARVALHO, 1991, p. 12 e ss.) geraram um período conturbado nos centros urbanos em fase de formação.

A época era turbulenta e as transformações [...] “de natureza econômica, social, política e cultural, que gestavam há algum tempo, precipitaram-se com a mudança de regime [...]” (CARVALHO, 1991, p. 15). Tal agitação durou a primeira década da Proclamação da República e deu contornos claros ao Direito Penal que nasce quase ao mesmo tempo.

A população urbana ganha rapidamente um grande volume de desempregados (horda de desempregados, segundo o embaixador português à época) e de subempregados, com a abolição da escravatura. Somando-se a isso, o crescimento populacional dos novos pobres dava ao Rio de Janeiro a fama de ser uma cidade “[...] cheia de gatunos e malfeitores de toda espécie” (CARVALHO, 1991, p. 18).

E assim vão se formando os estigmas que constroem a imagem de uma população excluída pela falta de educação, preparo, formação de qualquer tipo, rejeitada por ser composta do que se poderia comparar “[...] às classes perigosas ou potencialmente perigosas de que se fala na primeira metade do século XIX. Eram ladrões, prostitutas, malandros, desertores do exército, da marinha e dos navios estrangeiros, ciganos, ambulantes, tropeiros, criados, serventes de repartições públicas, ratoeiros, recebedores de bondes, engraxates, carroceiros, floristas, bicheiros, joga-

dores, receptadores, pivetes - a palavra já existia (CARVALHO, 1991, p. 18).

O retrato da marginália, de que a sociedade de bem, *proprietária* da república, deveria se defender está se formando. Também foi um período marcado por especulações financeiras e inflação, e somava-se a isso o fato de os militares buscarem o prestígio perdido e do qual sentiam falta, por haverem “[...] provado o poder que desde o início da regência lhes fugira das mãos”<sup>11</sup>. Murilo de Carvalho procura deixar claro que o vínculo entre militares e civis se dava com certa facilidade, já que seus interesses não se alinhavam aos do grande comércio e da grande agricultura. Nesse meio tempo, os operários e os pequenos proprietários, empregados e funcionários públicos, detentores de pouco patrimônio, com seus ganhos erodidos pela inflação, tentavam organizar-se, em constante conspiração. No Brasil, os militares, ao profissionalizarem-se, como atrativo à carreira, alcançaram de certa forma o *status* de nobreza, conforme menciona Faoro: “Os militares ganham *status* no século XVII, é o meio de se integrar o colono à ordem metropolitana. A patente embranquece e nobilita: ela está no lugar da carta de bacharel, no império” (CARVALHO, 1991, p. 223).

Para caracterizar a matriz ideológica do momento, recorreremos novamente a Murilo de Carvalho, que afirma não terem sido produzidas na república correntes ideológicas próprias, embora houvesse sim um abrir de janelas, permitindo uma mescla de ideias vindas da Europa, “[...] sem muita preocupação ideológica ou substantiva [...]” (CARVALHO, 1991, p. 24).

Por outro lado, como reflexo da república, notou-se nas elites uma *sensação geral de liberdade*, em especial no que se refere a *padrões de honestidade e de moral*, uma vez que a saída do velho imperador teria, simbolicamente, significado a emancipação dos filhos, gerando uma sede de enriquecimento a qualquer custo, para uma pequena elite dominante que via na república o sinônimo de riqueza. Naquele clima “[...] se deu uma vitória do espírito do capitalismo desacompanhado da ética protestante”. Assim, afirma que aqui nasce um capitalismo predatório, fruto típico do espírito dos bandeirantes quando o que antes era feito com discrição, ou mesmo escondido para fugir à vigilância dos olhos imperiais, agora podia ser gritado das janelas ou dos coches, era quase um motivo de orgulho

pessoal e de prestígio público (CARVALHO, 1991 p. 24). Nesse quadro, as mulheres se entregavam à prostituição, ao furto ou viviam de esmolas, enquanto os homens tornavam-se vendilhões de peixes, hortaliças ou faziam-se mascates de bugigangas. Pinto de Aguiar faz questão de deixar claro que, no contexto precário então estabelecido, “a estrutura econômica não oferecia à massa do povo perspectivas de progresso material e cultural, pois além de iletrada, permanecia atrasada em seus meios e processos de trabalho”.

Era, então, o Brasil um “país de baixo consumo, de escassa produtividade no trabalho, de renda mal distribuída, destituído de possibilidades de acúmulo de capital, pobre de recursos técnicos e científicos, cujos rumos da economia eram decididos no mais das vezes pelos países ricos de poupança e de técnica, através de seus banqueiros e investidores” (CARVALHO, 1991, p. 52).

O direito, então, já com o velado interesse de dominação/manutenção do poder, dava as mãos à medicina social. Batista afirma que o saber médico e o saber jurídico se uniram, mesmo sob a *forma mais tosca de gestão policial urbana*, tendo no paradigma etiológico seu apogeu. (BATISTA, 2004, p. 12), e que, assim, buscava vincular o *homem delinquent* a doenças, mais especificamente às ligadas às camadas desfavorecidas da sociedade, como se o crime fosse resultado de um mal contagioso, estigma que marca a revolta da vacina, evento cercado de demonstrações de força e superioridade moral da elite republicana. Nilo Batista afirma que “o positivismo criminológico, tanto quanto a política criminal acoplada às suas premissas, produzia um discurso estratégico para aquela conjuntura, no qual a perda inferioridade jurídica, inerente às dominações escravagistas, era substituída por uma inferioridade biológica, de base racial”.

Assim, sob tal perspectiva, afirmamos que se construiu um Direito Penal, que funciona como freio regulador estamental, cumprindo a tarefa de assegurar o exercício de poder – ilegítimo (FAORO, 2001, p. 62), com base no conceito de positivismo legalista da absoluta correspondência da lei ao direito. Tal direito anda paralelo à forma de se exercer o domínio patrimonialista do Estado, emparelhando-se ao movimento dominante (no sentido de ser o que exerce um grau considerável de domínio na administração), seja ele o extrativismo, o escravagismo, a pecuária, o mercantilismo etc., assujeitando os que não participam das elites. Faoro lembra

que “o governo, o efetivo comando da sociedade, não se determina pela maioria, mas pela minoria que, a pretexto de representar o povo, o controla, deturpa e sufoca”. (FAORO, 2001, p. 109).

O Código de 1890 mostra um direito ligado à teoria causal da ação, que, se não claramente assumida, era vista em apenas dois artigos, mas recebia a influência de Von Liszt e dos juízes, e, principalmente, da racionalidade vigente, resultante do renascimento científico, que pretendia encontrar no mundo um sistema explicado mediante relações físico-causais. Possuía, ainda, clara orientação preventivista, pelo então desprestígio da ideia de qualquer função metafísica da pena (BATISTA, 2004, p. 13).

De fato, podemos afirmar que, apesar de um Direito Penal com princípios iluministas concretizados, como da reserva legal e outros de índole liberal, nada foi feito no sentido de se estudar a razão punitiva.

É importante deixar claro que o conceito iluminista de crime se encontra na mundividência da época: contratualismo, individualismo, racionalismo, utilitarismo, legalismo-garantismo, codificação e secularização (CUNHA, 1995, p. 32); e a partir daí temos a base do conceito de bem jurídico, que apesar de atribuído a Birnbaum, segundo Maria da Conceição, encontra quem entenda que suas raízes estariam no iluminismo criminal como mecanismo de reação ao arbítrio até então instalado (CUNHA, 1995, p. 30).

#### 4. O NOVO (?) CÓDIGO DE 1940: UMA SOBREVIVÊNCIA A DURAS CUSTAS

Na verdade, as contradições do Código Penal de 1940 têm início antes mesmo de sua criação. O debate causalismo/finalismo antecede seu surgimento, enquanto questões como a violência do sistema, suas idiosincrasias e seu manifesto maniqueísmo, adotando a filosofia dos valores, são deixados de lado. O diploma penal abandona Von Liszt, fixando-se na vertente finalista de Welzel. É bem verdade que o modelo causal não foi descartado de todo, havendo a necessidade de que os fins sejam previamente representados pelo sujeito. (BATISTA, 2004, p. 17).

Enquanto a república, com uma nova roupagem feita do mesmo velho tecido social, aglutinando diferentes nos centros urbanos, com palavras de ordem nascidas de um sentimento de necessidade do novo sem

que se compreendesse o que ele de fato seria, talvez ofuscado ainda pelas luzes da Revolução Francesa, promovia ideais de igualdade, até porque “[...] o positivismo criminológico converteu rapidamente o feitor e o capitão do mato num médico e num inspetor de polícia, capazes de descrever e controlar as obras da inferioridade biológica e da degenerescência”.

A Constituição Federal, outorgada por Getúlio Vargas, mostrava bem a que veio, desde seu preâmbulo:

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

Atendendo ao Estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País.<sup>12</sup>

O Código Penal de 1940 nasce em um período de restrições de liberdades e, antes de ser alterado pelo modelo de Estado instalado em 1946, sofre o golpe que lhe reforça o espírito sob o qual foi concebido: o de restrição de liberdades em função do Estado como fim.

Assim, o Estado liberal, proposto em 1946, sobrevive apenas formalmente a partir de 1964, já que o corpo da Constituição se altera a cada ato institucional *que a esquartejam*, nas palavras de Marcelo Cerqueira, mantendo a representatividade popular por meio de um congresso, sem imunidades, com governadores e alguns prefeitos eleitos de forma indireta, tudo em nome da necessidade de se preservar uma aparente legalidade em um Estado regulado quase somente por decretos leis.

Coroando o período ditatorial, em 13 de dezembro de 1968, o ato institucional número 5 acaba nos levando definitivamente *rumo ao terror*, pois “a ‘linha dura’ iria assumir o controle do poder político e mesmo a Carta autoritária de 1967 seria intolerável” (CERQUEIRA, 1997, p. 133).

Apesar do novo modelo de Estado posto em 1988, (quase) nenhuma alteração dele resultante se fez sentir no antigo Código Penal, construído e mantido em um regime ditatorial, do qual não aparenta libertar-se tão cedo. É verdade que acostumados a um Estado censor, protetor, paternalista, encarregado de decidir pela população o que é certo e o que é errado e, principalmente, construído essencialmente sob o paradigma positivista que se sustenta pelo binômio “ordem e progresso”, ordem esta mantida a qualquer custo.

Acostumados a eleger com facilidade inimigos do Estado (e inimigos nossos, por consequência) em qualquer canto, a rotulação e a criação de estereótipos que sempre foram úteis aos fins do Estado, e que não coincidem necessariamente com os nossos, funcionam com perfeição em um sistema penal destinado à manutenção pretensamente definitiva dos militares no poder.

O regime de exceção acaba transacionando bem com a tendência à hiperpenalização do risco, da moral e do perigo, inimigos clássicos da ditadura e que deveriam se perder no Estado democrático de direito, plural por natureza.

O positivismo mostra-se marcante na formação de nosso sistema criminal<sup>13</sup>, como exemplo, podemos citar o fato de haver, “[...] na escola de Polícia que se fundava no Rio de Janeiro da segunda década do século XX, uma disciplina chamada História Natural dos Malfeitores”. Tal proposta pedagógica pode-se relacionar diretamente àquelas páginas dos livros positivistas, contendo uma galeria de fotos de pobres criminalizados, aturdidos e atemorizados (BATISTA, 2004, p. 75).

O Brasil, com o processo revolucionário ditatorial em processo de justificação e de manutenção, possui um Direito Penal nascido do penalismo ilustrado, marcado por uma “[...] arrogância preventivista que dessubstancializa o bem jurídico para lançar a rede de malhas finas do perigo presumido [...]” (BATISTA, 2004, p. 71). A violência contra determinados grupos marginais<sup>14</sup> estende-se a outros, então, protegidos pelo sistema vigente. Como exemplo, citamos Nilo Batista, quando menciona uso rotineiro da tortura contra desfavorecidos até então, que se estende à classe média, da qual surgiam, com certa constância, movimentos contra a ditadura militar. Nilo Batista faz ainda acrescentar: “[...] na segunda metade do século XX, a uma espécie de militância crítica que, recorrendo freqüentemente ao pensamento ilustrado como salvo-conduto de selo de liberdade, aprofundaria a compreensão das opressões penais contextualizadas em sociedades de classes” (BATISTA, 2004, p. 71).

Ora: o endereço do Direito Penal (ainda) é certo e sua clientela seleta, composta por sacoleiras, camelôs, prostitutas, apontadores de jogo do bicho, e apesar disso ainda se mostra ineficiente e incapaz de alterar o mundo concreto, ou talvez simplesmente pretenda, por meio de premissas (ainda) de natureza etiológica (por mais que rejeitemos sua existência), “[...] reforçar o sistema (e não mudá-lo) ou na satisfação de expectativas da classe média<sup>15</sup>, que não quer ver a miséria por perto?” (BATISTA, 2004, p. 20).

Na década de 1970, parte da doutrina do Direito Penal assume uma nova perspectiva crítica, abandonando suas vertentes etiológicas e resgatando a criminologia, em sua vertente crítica, que passa a “[...] investigar o complexo fenômeno da criminalização e dos aparatos de poder que a realizam” (BATISTA, 2004, p. 20). O controle da criminalidade passa a ser visto de outro modo, principalmente na América Latina, onde é guiado por ideologias de manutenção de controle social. Acontece que de lá para cá os discursos se mostram mais distantes da prática e da crítica penal, com a promoção midiática do rosto do malfeitor e da necessidade de “respostas” por parte do estado sancionado a todo o custo.

##### 5. CONCLUSÕES - OS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS E O ABISMO PRÁTICO: SEMPRE MAIS DO MESMO

Se mudamos, quem somos? Se não mudamos, quem deveríamos ser? Como afirma Ferreira da Cunha, em *Constituição e crime*, “não é nosso objetivo pesquisas historiográficas, criminologia, difíceis polêmicas jus-positivistas e jusnaturalistas e suas múltiplas correntes [...] e sim do problema do crime (do que deve ser definido como tal) à luz da Constituição”.

A Constituição está apta a orientar o legislador penal na escolha dos fatos a criminalizar. Deve-se perguntar, porém, se existe essa função orientadora por parte da Constituição Federal no sentido de criminalizar, descriminalizar e dosar penas, criando um horizonte que regule a tensão entre a contenção e a liberdade?

Acontece que é no tipo de Estado, refletindo a racionalidade da Constituição que o molda, que encontramos os princípios e critérios de criminalização e de descriminalização, e propomos isso mediante uma reconciliação com um Direito Penal, construído sobre os pilares do bem jurídico penal constitucionalmente adequado.

Só se compreende a Constituição quando: 1 – a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida, 2 – examinamos os mecanismos de resgate de promessas incumpridas da modernidade, 3 – constatamos que os direitos fundamentais foram inseridos em seu texto porque a maioria da população não os possui, 4 – verificamos que ela retrata a ineficácia (concretude de tais promessas), 5 – percebemos que ela é mais do que um documento que estabelece direitos, pois denuncia seu descumprimento, 6 – observamos que ela estabelece um novo dever ser -até porque sucede outra (STRECK, 2007, p. 290).

Escolhemos o bem jurídico nascido da Constituição, gerado da instalação de um Estado democrático de direito, como norte para se eleger condutas a serem passíveis de criminalização em um Direito Penal a ser construído a partir da desconstrução do atual sistema, pela gradativa perda de identidade por que passa.

Nesse sentido, Dolcini afirma que:

nel corso degli anni sessanta in vari paesi europei torna a manifestarsi con forza la spinta verso la riforma, totali o parziali, del diritto penale. Il dibattito sul bene giuridico riconquista così come principale destinatario il legislatore ... il concetto

di *bene giuridico* si repone come *fondamento e limite* alla potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati. (DOLCINI, 1995. p. 66).

Um direito classista, opressor e destinado à dominação, desgarrado de princípios legítimos que sirvam de norte para sua formação, tanto no sentido de criminalizar e descriminalizar condutas como no de valorar adequadamente os bens jurídicos ofendidos para que se tenha uma pena adequada à gravidade da conduta frente aos valores constitucionalmente protegidos.

Além disso, a partir de uma delimitação de horizontes que passam a regular a *tensão entre a contenção e a liberdade* (BATISTA, 2004, p. 30) - ou nas palavras de Streck: fazer sobreviver à tensão criada pela necessidade do gozo social e seu controle, sem cair no domínio tirânico, impõem-se a criminalização e seus limites bem como determinam-se impedimentos de criminalização e adequação do como e quanto punir, que nasce do fim do Direito Penal, que é em última análise o que define o fim da pena, de acordo com o tipo de Estado moldado pela Constituição Federal.

Dissociados de nosso tempo e preso às amarras históricas de um passado linearmente desenhado, qualquer modelo jurídico perde, assim, o contato com os horizontes<sup>16</sup> e, conseqüentemente, com a legitimidade. Os parâmetros de valor devem ser (re)conhecidos como horizontes autênticos, em Gadamer, e a partir de tal reconhecimento devem ser trabalhados como parâmetros válidos para que o ser-no-mundo conheça e seja conhecido na esfera social. Em especial, referimo-nos a um universo jurídico e, diante de tal especificidade, precisamos delimitar com clareza aquilo que nos serve de referência.

na verdade, ao referirmos a característica da *essencialidade* para a vida do homem em comunidade (para a sua realização enquanto ser individual-social), de que um valor se deve revestir, para poder ser considerado bem jurídico, salientamos sempre o facto da vida humana estar espacio-temporalmente situada e, assim, afirmamos a historicidade desses valores. Deste modo, não se podendo encontrar um conceito natural de crime, válido para todos os tempos e lugares, a determinação dos bens jurídicos-penais terá de ser determinada pelo

contexto histórico-social de cada comunidade. Terá sempre de se atender às reais condições da sociedade em causa, seu ambiente valorativo, à sua concepção de estado [...] (CUNHA, 1995, p. 112-2)

Ligando o contexto histórico-social ao conceito de bem jurídico, é necessário que haja uma ponte (re)conhecida como válida, como autêntica e como condição de possibilidade de se construir um norte penal legítimo de acordo com o Estado (democrático de direito, em nosso caso). Para Ferreira da Cunha, “tal instrumento mediatizador de um conceito de bem jurídico com as características apontadas, a generalidade da doutrina actual o tem afirmado, só pode ser a constituição” (CUNHA, 1995, p. 113).

Por outro lado, contra a ideia de que a crise do bem jurídico é real, e que existe a demanda por novos procedimentos, temos como caminho quase certo o da adoção de um Direito Penal idealizado na prevenção geral, instrumento propício para a instalação e a manutenção de Estados totalitários, em que a proteção de bens justifica a ameaça geral e a privação de liberdades em busca de um fim maior<sup>17</sup>, aquele para o qual nos projetamos enquanto civilização a partir da constituição de 1988.

#### Notes

- 1 autor
- 2 Referimo-nos a horizonte no sentido pretendido por Gadamer, que busca no mundo concreto referências usadas para a construção de valores que autenticamente formam uma sociedade em um determinado espaço e tempo, com suas peculiaridades econômicas, sociais e culturais. Tal resgate tem como finalidade determinar, por meio de uma análise histórica, desde o princípio até os dias de hoje, a quem serve o sistema penal adotado no Brasil contemporâneo.
- 3 Desviado no sentido de escapar às generalizações próprias da racionalidade moderna. Tudo aquilo que escapa às características gerais que o gênero reconhece como autênticas deve ser corrigido, normalizado, ou seja, trazido para o normal, para o que a norma preconiza.
- 4 Faoro, referindo-se a Pedro I, que então mantém a nobreza territorial dominada, mas não domesticada rosnando ameaças rancorosas.
- 5 É importante definir burocracia adequadamente, já que por si só não se trata de termo depreciativo, referindo-se ao pessoal necessário para que os atos de gestão se realizem, propiciando inclusive segurança e transparência. É claro que, no caso dos estamentos aqui mencionado, cria-se uma burocracia adequada a um fim próprio, ou seja, a manutenção deles próprios enquanto instâncias gestoras de poder.
- 6 É importante lembrar que a insurreição também era punível com a morte. Nilo Batista observa que, apesar de se tratar de crime claramente de índole política, manteve-se a punição máxima, como as demais condutas que denomina “crimes de escravos”, que especialmente após 1835 foram punidos generosamente com a morte.

7 Jeremy Bentham busca o princípio único, móvel de todas as ações humanas, calcado em um racionalismo exacerbado, até que em 1786, em *O panóptico*, repensa as naturezas das penas, reconhecendo que a pena deve ser útil e, conseqüentemente, proporcional ao mal causado. Assim, todo o sofrimento impingido como forma punitiva, além do necessário, é injustiça. Como racionalmente a dor não pode gerar prazer, é a pena única e tão-somente instrumento para que desvios sejam coibidos, na exata medida do mal por eles provocado, daí a injustiça no excesso punitivo.

8 A Revolução Francesa, em última análise, não marca a simples vitória de uma classe social (burguesia) sobre a nobreza, mas inaugura um novo sistema social europeu.

9 Conceito de Max Weber trabalhado por Faoro e que utilizaremos adiante, conforme mencionado anteriormente.

10 É importante lembrar que a emancipação de que falamos é da colônia, que, embora tenha agora a sede da monarquia em suas terras, ainda não é Estado livre, nem econômica, nem politicamente falando.

11 Acrescenta José Murilo que daí vem o fato de julgarem-se salvadores da república.

12 Vale conferir os “apelos” populares e os “imperativos” ligados à ordem social mencionados no preâmbulo do ato institucional número 5, de 13 de dezembro de 1968, que repete os preâmbulos dos atos institucionais 1, de 9 de abril de 1964; 2, de 27 de outubro de 1965; e 4, de 7 de dezembro de 1966, principalmente considerando a todos os “[...] fatos perturbadores da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por ele se responsabilizaram e juraram defendê-lo, a adotarem as providências necessárias, que evitem sua destruição.”

13 Referimo-nos, aqui, ao sistema como um todo, envolvendo todas as agências estatais que atuam diante do fato criminoso, quer criminalização e descriminalização, prevenção ostensiva, persecução administrativa, judicial ou execução.

14 Lembramos, como mencionado acima várias vezes, o uso da expressão “marginal” com a intenção de transmitir a ideia de estar à margem, como de regra no curso de todo este trabalho.

15 Apesar da expressão classe média, Nilo Batista deixa claro que existe uma política criminal hegemônica, compartilhada por partidos, lideranças com programas, antagonismos do passado, o que nos dá uma perspectiva de uma pequena massa dominante heterogênea, que se enquadra na perspectiva dos estamentos de Faoro. Conciliados os diferentes na proposta da homogeneidade do sistema sancionador, esbarramos em uma teoria agnóstica da pena, em um movimento contínuo e expansivista, e que bloqueia as trocas possíveis entre a criminologia e Direito Penal, dando lugar à construção de uma legitimação das sanções pelo imaginário popular por meio da mídia. Assim, veículos de informação acabam funcionando como agências criminalizadoras.

16 Trabalharemos com horizontes autênticos e inautênticos no direito, a partir de Lenio Streck, em sua abordagem de uma hermenêutica filosófica com meio de compreensão e operacionalização do sistema jurídico que tem sua racionalidade firmada no neoconstitucionalismo do Estado democrático de direito.

17 Quando nos referimos a esse fim maior, falamos na supremacia do Estado (como fim) sobre o homem (como meio), incompatível com o paradigma do Estado democrático de direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Pinto de. Rui e a economia brasileira. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1973.

BARATTA, A. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Tobias. Estudos de direito: filosofia do direito, direito criminal, direito público, direito civil, processualística, vários escritos e programas. Org. Sylvio Romero. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

BASTOS, Humberto. Rui Barbosa: ministro da independência econômica do Brasil. Polyanthéa em homenagem ao Sr. Dr. Ruy Barbosa. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949.

BATISTA, Nilo. Novas tendências do Direito Penal: - artigos, conferencias e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BENTHAM, J. Princípio da moral e da legislação. Trad. João Luiz Braúna. São Paulo: Abril, 1979. (Coleção Os pensadores).

BRUNO, Aníbal. Das penas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976b.

CAMPOS PIRES, Arisovaldo de. Compendio de Direito Penal: parte especial. vol III. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CARVALHO, José Murilo de. A FORMAÇÃO DAS ALMAS: O imaginário da República no Brasil, São Paulo: Companhia das letras, 1991.

CERQUEIRA, Marcelo. Cartas constitucionais: império, república e autoritarismo, ensaio, crítica e documentação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Corso di diritto penale: nozione, struttura e sistemática del reato. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. 9. reimpr. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA COSTA, José de. Linhas de Direito Penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: editora Coimbra, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: a nova parte geral.

13. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- \_\_\_\_\_. Lições de Direito Penal: parte especial. Vol. I. 10. ed. rev. e atual. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- \_\_\_\_\_. Lições de Direito Penal: parte especial. Vol. II. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1958.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I. Wahrheit und methode. Trad. Flávio Paulo Meurer, rev. Enio Paulo Giachini. 9. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2008.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. 1. Tomo VIII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal: parte especial. Vol. IV, rev. e atual. Campinas: Millennium, 2002.
- MESTIERI, João. Teoria elementar do direito criminal: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.
- PIRAGIBE, Vicente. Prontuário da legislação penal em vigor: código penal – lei das contravenções penais – lei de introdução ao código penal e da lei das contravenções penais. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal brasileiro: segundo o código penal mandado executar pelo decr. N. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Vol. I. 2. ed. correcta e argumentada. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho Editora, 1932.
- STEIN, Ernildo. Aproximações sobre a hermenêutica. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. Direito Penal: teoria geral do Direito Penal. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Ivan Aparecido RUIZ<sup>1</sup>  
Taís Zanini de Sá Duarte NUNES<sup>2</sup>

## O ACESSO À JUSTIÇA NAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COMPLEXAS COMO CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE ACCESS TO JUSTICE IN SOCIAL ORGANIZATIONS AS COMPLEX IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

ACCESO A LA JUSTICIA EN LAS ORGANIZACIONES SOCIALES APLICACIÓN COMO COMPLEJO DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

### SUMÁRIO:

Introdução; 2. O surgimento das sociedades de massa e de rede e suas implicações sociais; 3. O personalismo ético; 4. Os novos direitos e a necessidade de um novo modelo constitucional; 5. O mito do judiciário e o efetivo acesso à justiça; Conclusão; Referências Bibliográficas.

### RESUMO:

O presente artigo visa retratar a importância dos *métodos autocompositivos* na sociedade contemporânea, tendo em vista que concedem a pessoa a oportunidade de refletir sobre o conflito de interesses e participar ativamente na solução do mesmo, proporcionando uma verdadeira pacificação social. Dentre os novos direitos provocados pela complexidade de relações da sociedade de massa e rede, o *princípio da dignidade da pessoa humana* serve de fundamento para o Estado Democrático de Direito, gerando, também, a necessidade de garantir, por meio do acesso à jus-

Como citar esse artigo:  
RUIZ, Ivan.  
NUNES, Taís. O  
acesso à justiça nas  
organizações sociais  
complexas como  
concretização do  
princípio da dignidade  
da pessoa humana.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho - PR,  
Brasil, n. 22, p. 363-393  
Data de submissão:  
11/06/2015  
Data de aprovação:  
31/07/2015