

cadernos
IHU
ideias

**Para um discurso
jurídico-penal libertário**

Augusto Jobim do Amaral



Os *Cadernos IHU ideias* apresentam artigos produzidos pelos convidados-palestrantes dos eventos promovidos pelo IHU. A diversidade dos temas, abrangendo as mais diferentes áreas do conhecimento, é um dado a ser destacado nesta publicação, além de seu caráter científico e de agradável leitura.

cadernos **IHU** ideias

**Para um discurso
jurídico-penal libertário:
a pena como dispositivo político
(ou o direito penal como “discurso-limite”)**

Augusto Jobim do Amaral

ano 11 • nº 184 • 2013 • ISSN 1679-0316

 UNISINOS

INSTITUTO
HUMANITAS
UNISINOS 

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS

Reitor

Marcelo Fernandes de Aquino, SJ

Vice-reitor

José Ivo Follmann, SJ

Instituto Humanitas Unisinos

Diretor

Inácio Neutzling, SJ

Gerente administrativo

Jacinto Aloisio Schneider

Cadernos IHU ideias

Ano 11 – Nº 184 – 2013

ISSN: 1679-0316

Editor

Prof. Dr. Inácio Neutzling – Unisinos

Conselho editorial

Profa. Dra. Cleusa Maria Andreatta – Unisinos

Prof. MS Gilberto Antônio Faggion – Unisinos

Dr. Marcelo Leandro dos Santos – Unisinos

Profa. Dra. Marilene Maia – Unisinos

Dra. Susana Rocca – Unisinos

Conselho científico

Prof. Dr. Adriano Naves de Brito – Unisinos – Doutor em Filosofia

Profa. Dra. Angélica Massuquetti – Unisinos – Doutora em Desenvolvimento,
Agricultura e Sociedade

Prof. Dr. Antônio Flávio Pierucci (t) – USP – Livre-docente em Sociologia

Profa. Dra. Berenice Corsetti – Unisinos – Doutora em Educação

Prof. Dr. Gentil Corazza – UFRGS – Doutor em Economia

Profa. Dra. Stela Nazareth Meneghel – UERGS – Doutora em Medicina

Profa. Dra. Suzana Kilpp – Unisinos – Doutora em Comunicação

Responsável técnico

Marcelo Leandro dos Santos

Revisão

Isaque Gomes Correa

Editoração

Rafael Tarcísio Forneck

Impressão

Impressos Portão

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Instituto Humanitas Unisinos – IHU

Av. Unisinos, 950, 93022-000 São Leopoldo RS Brasil

Tel.: 51.35908223 – Fax: 51.35908467

www.ihu.unisinos.br

PARA UM DISCURSO JURÍDICO-PENAL LIBERTÁRIO: A PENA COMO DISPOSITIVO POLÍTICO (OU O DIREITO PENAL COMO “DISCURSO-LIMITE”)

Augusto Jobim do Amaral

1 Razão de Estado, defesa social e teoria agnóstica da pena

O tom do discurso, do qual se pretende delinear aqui algumas premissas básicas não deixa de ser desde já tributário da potência de algum paradigma que pretenda dar ênfase aos eixos do discurso penal que possibilitem (alguma) limitação do poder punitivo.¹ A potência de certo pensamento *garantista* poderia daí sim ser extraída com maior fulgor. Estaria privilegiada, na medida em que coerentemente se assumiria *radicalmente* por completo o núcleo desta postura, relativa, como identifica Gianformaggio, à *presunção de irregularidade dos atos de poder*.²

Vejamus como isso pode ser sustentado. É um bom indicativo partir do enfoque de Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia quanto à função jurídico-política do direito penal e, por desdobramento, do ator jurídico. Dessa maneira, o direito penal pode ser analisado como um *saber* (pressupondo logo *poder*)³ que não deve ser confundido com a mera legislação nem mesmo com o próprio poder punitivo, mas, sim, como designação do discurso dos juristas.⁴

1 Cf. AMARAL, 2008.

2 A tentativa do arcabouço *garantista* é superar a aporia do pensamento normativista do estado legislativo, bem representada aqui por Carl Schmitt em seu *conceito do político* (Cf. o prefácio de 1963 aposto ao texto de 1932 em SCHMITT, 2006), atacado por Letizia Gianformaggio (GIANFORMAGGIO, 1993, p. 28). Para o conceito de *político* segundo Carl Schmitt e suas implicações no atual pensamento democrático, cf. HINKELAMMERT, 1987.

3 Temos de admitir que o *poder* e o *saber* estão reciprocamente imbricados, dirá incessantemente Foucault (2006).

4 Para tanto, ao preço de algum reducionismo, mas que auxilia a compreensão, pode-se dizer que o *direito penal* (como ciência) é obra dos juristas (penalistas), o *exercício real do poder punitivo* é obra das agências executivas do Estado e a *legislação penal* é produzida pelos órgãos políticos competentes. O *direito penal* (saber dos juristas) não está destinado ao exercício do poder punitivo praticado pelas agências executivas do Estado, mas para a programação de sua contenção. *O direito penal deve estar destinado à contenção jurídica do poder punitivo do Estado* algo que apenas se justificaria na medida do seu *poder de punir menos*.

Ramo do saber jurídico, este, que deve formar um sistema com a mais óbvia função de contenção/redução do puro impulso punitivo conduzido pelas demais *agências* (empregado o termo no sentido amplo de *entes ativos*, sejam executivos ou políticos). De outro modo, acompanhando os autores, estaríamos degradando o próprio Estado de direito. Para isso, desde Merkl,⁵ têm-se dois parâmetros ideais: “Estado de direito” *versus* “Estado de polícia”, ambos conservados nos Estados históricos (reais), onde aquele funciona (na medida em que não existem em estado puro) como uma barreira para “represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive no seu interior.”⁶ Numa posição assumidamente dialética, apenas há *Estados de direito* (que só se justificam) para conter, mais ou menos eficazmente, os *Estados de polícia* neles enclausurados.⁷

Na construção do horizonte de projeção da ciência penal e de seu desdobramento quanto à teoria da *pena*, torna-se fundamental fixar os significantes que aportam estas duas ideias. O *Estado de direito*, por natural, significa a submissão a um governo *per lege e sub lege*;⁸ promovido por decisões de maioria, todavia que se legitima sumamente pelo respeito ao direito das minorias. Tende, pois, a uma justiça *procedimental* que resguarda o catálogo de direitos a seres humanos em concreto, respeitando todos por igual, com um cunho explicitamente *fraterno*. Em contrapartida, vemos como característica do *Estado de polícia*⁹ o domínio de um grupo que dita o *bom*, o *belo* e o *justo*, em que as suas decisões são a lei (plena obediência ao seu governo), e uma justiça *substancialista* se rende a direitos transpessoais. Quer dizer, está a serviço de objetivos metafísicos: *comunidade, nação, sadio sentimento do povo, consciência operária, sociedade* etc.¹⁰ Vez mais se diga que ambos os elementos coexistem, lutam, combinam-se de modo instável e dinâmico. Variam, desde a maior conservação e reforço do poder verticalizado que buscará impor um supressão hierárquica dos conflitos, até o outro extremo em que o privilégio está em otimizar as relações de solidariedade horizontal limitando a exacerbação de poder.¹¹ É deste posto de observação que se pergunta: qual o local que deve ser ocupado pelo discurso jurídico-penal neste contexto e qual, por dedução, deve ser o papel do operador jurídico?

5 Cf. MERKL, 2004, pp. 89-100.

6 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 41.

7 Na mesma parelha, de nada isto dista do *SG* de Ferrajoli (1995, p. 852).

8 *Estado de direito*, sabe-se, é conceito que possui variadas ascendências ao longo da história do pensamento humano, desde o “governo das leis” de Aristóteles e Platão, chegando até ao *normativismo* pregado por Kelsen. Cf. Bobbio (2007), e alguma releitura presente em FERRAJOLI, 1993 in GIANFORMAGGIO, 1993; FERRAJOLI (1995); FERRAJOLI, 1995 e FERRAJOLI, 1999.

9 Cf. MERKL, 2004, p. 310.

10 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003.

11 Eadem, *ibidem*, p. 95.

Tendo em consideração que a tarefa do jurista está sempre inconclusa, pois nunca há uma realização *integral* de um *Estado de direito*, percebe-se que há um íntimo intrincamento entre *exercício do poder punitivo* e os modelos de *Estado de polícia*, em que, a partir disso, à função do personagem jurídico importará renunciar de pronto – tarefa urgente – às teorias da *pena* que, em maior ou menor escala, legitimam a *potestas puniendi*. Legitimá-la, enfim, é potencializar os componentes arbitrários, em detrimento do *Estado de direito*.¹² Nada neutro é o papel da metodologia jurídico-penal que, assim, encarrega o poder judiciário, desde um sistema de *Estado constitucional de direito*, de produzir minimamente alguma racionalidade capaz de condicionar o exercício punitivo dos demais vetores de criminalização: “a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualmente exercida.”¹³

A saber, as relações atribuíveis ao dito *Estado de polícia* poderão encontrar ampla superfície de contato – ponto de tensão, melhor dizendo, profundamente instável, mas nem por isso menos radical – quando se aventura perquirir algum nó górdio dentro da história da “*governamentalidade*”, como aposta por Foucault. Pouca presteza haverá em captar o *Estado de polícia* sem antes examinar a *racionalidade* que o ilumina: a *Razão de Estado*.

Quando nos séculos XV e XVI, no ocidente, entra em crise o *poder pastoral* (eclesiástico/“governo das almas”, que individualizava ao outorgar, por um paradoxo essencial, tanto valor a uma só de suas ovelhas como ao rebanho em sua totalidade), já ao final do feudalismo, põem-se em cena novas formas de relações econômicas e sociais, bem como novas estruturas políticas. Não esquecendo a resistência ao pastorado¹⁴ ao longo de toda a Idade Média – quando, em especial, a penetração do modelo judicial da Igreja foi, com toda a segurança, a partir do século XII, uma das grandes razões das ditas lutas antipastorais –, bem como o amplo manancial de conflitos frontais, como as heresias e bruxarias que descrevemos num primeiro momento. Entretanto, as “insurreições de conduta” do século XVI (notável a Reforma protestante) fez paulatinamente o contexto passar a um *governo político dos homens*. A formação da “*governamentalidade*” no século XVIII, mote da contemporânea *biopolítica*¹⁵, está ligada ao

12 Sem prejuízo do que até agora se disse, deve-se também considerar o sentido novo adquirido no transpassamento do então *Estado de direito* (*Rechtsstaat*) do século XIX para o tual *Estado constitucional* de direito, com características estruturais próprias, de inúmeros conceitos jurídicos básicos, que tomam vulto renovado ao serem (re) contextualizados. Para tanto, cf. ZAGREBELSKY, 1997 e ZAGREBELSKY, 2005.

13 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 51.

14 FOUCAULT, 2006.

15 FOUCAULT, 2006, p. 15.

surgimento, assevera Foucault¹⁶, entre os fins do século XVI e a primeira metade do XVII, da *Razão de Estado*. Uma arte de governar não mais presa às virtudes de justiça do soberano (*principia naturae*), mas às atitudes comuns de prudência, medida e precaução. Impõe-se uma nova matriz de racionalidade que tem seus princípios de aplicação específica no Estado (*ratio status*).

Poder-se-ia se entender esta maneira de operar o governo dos homens, na junção genuína da *biopolítica*, tal o professor francês¹⁷ desde Giovanni Botero (em obra de 1589)¹⁸, como tendo firme a ideia do Estado como *dominação* sobre o povo, abraçando um tipo de racionalidade que permitirá *manter* e *conservar* o Estado. Ademais, desde Bogislaw Philipp Von Chemnitz, e seu texto de 1640, de título *Dissertatio de ratione status in Imperio nostro Romano-Germanico* mesmo que sendo visto apenas como mecanismo que põe os Estados a funcionar nada haja de novo nela –, o escândalo e a inovação da *ratio status*, nesta época, é comparável aos impactos dos descobrimentos de Galileu no campo religioso. Com efeito, quando Luís XIV torna-se o emblema da *Razão de Estado*, o que se destaca justamente é esta conexão entre *soberania* e *governo*.

O que se quer certamente apontar não é a origem da instituição que chamamos Estado aos anos 1580-1650. Não haveria sentido algum nisso, senão somente apontar neste ponto o período de gestação em que se começa a incorporar a prática estatal na mentalidade dos homens. Nessa época, dá-se a entrada do Estado no campo do pensamento dos homens, em que ele passa a ser objeto de conhecimento e análise, ou seja, parte de uma estratégia deliberada de governo. Apenas assim poderá se recolocar o surgimento do Estado como um objetivo político alcançado, dentro da própria *história da “governamentalidade”*: a forma Estado tal como o resultado da coagulação de práticas de governo derivadas de um certo tipo de governabilidade.¹⁹ E mais. Dessa maneira, possibilita – ao deslocarmos o epicentro de análise da figura Estado (que é apenas uma dentro de uma sociedade “governamentalizada”) – investir nas peripécias da “*governamentalidade*” para pensar uma *Razão de Estado* e suas lógicas para além dos séculos XVI e XVII. Assim, tal *maneira de governar* – é a hipótese por nós levantada – esta “*essência-saber*” passa a ser vista como um *índice de operati-*

16 FOUCAULT, 2006, p. 264.

17 FOUCAULT, 2006.

18 Ilustrativamente, inicia-se assim a obra: “Stato è un dominio fermo sopra popoli; e Ragione di Stato è notitia di mezi atti à fondare, conservare, a ampliare un Dominio cosi fatto. Egli è vero, che se bene, assolutamente parlando, ella si stendi alle tre parti sodette, nondimeno pare, che più strettamente abbracci la conservatione, che l’altre; e dell’altre più l’ampliatione, che la fondatione” (BENESE, 1606, p. 1).

19 FOUCAULT, 2006, p. 291.

vidade de uma lógica autoritária que pode transpassar qualquer governo ou modelo estatal.

A *Razão de Estado*, em qualquer sentido invocado, traz consigo, quanto ao Estado, a força de empuxe da *conservação intacta de sua integralidade*. Nada remete senão a si mesmo. Pura evidência. Dirá Foucault: “el fin de la razón de Estado es el Estado mismo, y si hay algo semejante a la perfección, a la dicha, a la felicidad, sólo serán las del Estado.”²⁰ Por isso seu vetor de perenidade, perpetuidade e conservadorismo, ou seja, sua perfectibilidade como infinita objetividade. Tampouco põe-se um problema de origem, fundamento, legitimidade, ou seja, estamos diante de uma historicidade aberta e indefinida da arte política. Mas a maneira com que a *Razão de Estado* meditará e lançará mão do discurso da *salvação* – agora nada de cosmos, nada de natureza, nada da ordem do divino – é a *teoria do golpe de Estado*. Para Foucault²¹, com a ajuda da noção de Chemnitz e principalmente de Gabriel Naudé, não a ruptura, mas a contiguidade entre *golpe de Estado* e a *Razão de Estado* fica patente. O nome da *salvação* do Estado será exatamente a suspensão e cessação das leis em ação extraordinária introduzida pelo *golpe de Estado*. Nele estão depositadas as características sempre atualizáveis pelos discursos autoritários, quando não de forma independente, altamente compagináveis: *necessidade*, *violência* e *teatralidade*. *Salvação* veiculada mediante o apreço radical pela *necessidade* (que só pode operar em patamar de superioridade à lei) e pela *urgência*. Dessa forma, quando assim exige a *lei fundamental da necessidade*,²² converte-se a *razão de Estado* em *golpe de Estado* e, com isso, demonstra-se seu aspecto mais genuíno: a manifestação mais própria de sua *razão* é a *violência* mesma. A *necessidade* depõe o governo de sua relação com a legalidade, suspende a lei, fazendo-se pelo *excesso do direito comum* (*excessus iuris communis*),²³ daí a natureza violenta do golpe. E no momento da mais explosiva representação da perfeita harmonia entre *razão* e *violência*,²⁴ entra em voga mais uma variável que é a *teatralidade*. O caráter forçosamente teatral do *golpe de Estado* assim o deve ser exatamente para o ganho de *adesão* (vetor *populista*); de alguma forma deve manifestar-se solenemente frente a todos em seus

20 Idem, ibidem, p. 298.

21 Idem, p. 301-308.

22 Na obra de 1639, podemos identificar a força motriz da *necessidade*, permanentemente habilitada a superar a legalidade para seu próprio bem. Cf. NAUDÉ, 1723, p. 238.

23 Contrariando pouco Benese, Naudé crê mais acertado aqueles que definiriam a *razão de Estado* como “excesso de direito comum à causa do bem público”. Ver NAUDÉ, 1732, p. 69-70.

24 É o mesmo Foucault que, noutro momento, irá reverberar seu objetivo maior de ver seu trabalho lido como uma tentativa de tratar a história das racionalizações, de como ela atua nas instituições e comportamentos humanos (FOUCAULT, 2006a, p. 76).

efeitos e razões. Pode-se aí questionar: não haverá neste ponto nenhuma metáfora do próprio projeto de justiça levado a cabo pelo processo (penal)? Existirá, pois, na própria tela judicial pintada no processo, como estética ritualizada e teatralização violenta, a maneira exata de suportar a montagem complacente de um eterno, e sempre palpável, à espreita “golpe de estado”, ademais, hábil e sabiamente posto a funcionar pela própria (violenta) razão judicial?

Tendo assim o *Estado* como princípio de inteligibilidade (fundamento e meta) da razão governamental, no sentido de *ideia reguladora*, assim, pôs-se a funcionar uma série de tecnologias característica desta nova *arte de governar*. Nessa nova dinâmica de técnicas racionais para o desenvolvimento das forças de um Estado, para além do destaque dado por Foucault ao *sistema diplomático-militar* (que tinha como objetivo o equilíbrio europeu na época da Paz de Westfália, no final do século XVII, instrumentalizado pela organização de um exército profissional e de um corpo diplomático permanente e multilateral), aparece um segundo grande conjunto tecnológico importantíssimo que é a *polícia*.²⁵

Acima de qualquer sentido comum que possa ser dado, no século XVII, a significação toma uma conotação particular, para chamar de “polícia” “el conjunto de los medios a través de los cuales se pueden incrementar las fuerzas del Estado a la vez que se mantiene el buen orden de éste”.²⁶ Isso nos interessa aprofundar. Vista esta técnica como cálculo que vai permitir travar-se uma relação móvel entre a ordem interna do Estado e o incremento de sua força. Estes meios hábeis a conduzir ao esplendor estatal tiveram um nível de sobreproblematização, segundo Foucault, na Alemanha, com um intenso desenvolvimento teórico e prático, ao ponto de se formar um corpo de administradores oriundos das universidades e permitir a formação de uma *ciência da polícia* (*Polizeiwissenschaft*). Aqui se encaixa uma espécie de utopia alemã, instalada no século XVII, de grandíssimo valor instrumental e analítico, qual seja, o *Estado de polícia* (*Polizeistaat*). Mas é antes mesmo, a partir da obra de 1611, de Turquet de Mayerne,²⁷ quando se poderá identificar o fomento da identificação da totalidade do governo, da própria *arte de governar* com o exercício de *polícia*. A finalidade singular está em instar a lealdade do povo, na medida em que apenas haverá um homem como “verdadeiro sujeito”, em qualquer atividade que tenha, enquanto este estiver em relação com o Esta-

25 FOUCAULT, 2006, p. 355 et seq.

26 Idem, ibidem, p. 357.

27 Ibidem, p. 365. Esta utopia e projeto de um *Estado de polícia* é trazida por Foucault desde o texto de Louis Turquet de Mayerne, de 1611, intitulado *La Monarchie aristodémocratique où le gouvernement composé des trois formes de legitimes republicues*. Ver ainda Idem, 2006a, p. 54.

do. A teleologia é clara em seu horizonte de máxima *integração* do homem ao Estado, em consequência, a característica pulsante do *Estado de polícia* recai sobre o interesse pelo que os homens fazem, sua ocupação, visando a sua máxima utilidade estatal: “el objetivo de la policía [...] es el control y la cobertura de la actividad de los hombres, en la medida en que esa actividad puede constituir un elemento diferencial en el desarrollo de las fuerzas del Estado.”²⁸

Nesta atuação direta (não judicial) exercida pela polícia, como marca inalienável, indelével e latente do *Estado de polícia*, é que se deposita nosso cuidado. Na maneira de proceder, em sua lógica operativa, ali há um exercício soberano de poder sobre os indivíduos – noutras palavras, a “*governamentalidade*” do soberano como tal. Como quer Foucault, ademais, “la policía es el golpe de Estado permanente”;²⁹ a *polícia* é que o faz propriamente atuar, vai dar-se em *realidade*, em função dos princípios de sua própria racionalidade. As regras de justiça chegam tarde demais, seus *regulamentos (jurídicos, mas não judiciais, frise-se)* são mais pronta e imediatamente estabelecidos. Estamos, lembre-se, nestas alturas, no mundo disciplinar, numa espécie de sonho que tem como escopo a cidade convertida em convento ou vice-versa. Ao contrário de apenas se introduzir algumas variáveis histórias de cenários passados, é preciso salientar, sobremaneira, que não abandonamos a ordem da *Razão de Estado*.³⁰ As repaginações são das mais variáveis – o discurso economicista do equilíbrio interior em forma de (lei e) ordem vem bem a coadunar este sentido. O antigo projeto de polícia correlata à *Razão de Estado*, não se perca isso de vista, é recomposto mais tarde e se mantém disperso e atuante nos outros elementos emergidos no século XVIII: como *prática econômica*, o manejo da *população*, o *direito público* de liberdades e a *polícia* com a função repressiva, tal como nos habituamos a reconhecer atualmente.³¹

Deve-se, dessa forma – avançando o argumento –, programar o exercício do poder jurídico, através do direito penal, como um *dique*,³² levando-se em conta que os níveis das águas das arbitrariedades sempre os ultrapassam. Deve-se procurar minimamente *filtrar* estas pulsões “irracionais” reduzindo os danos causados a partir de uma *contrapulsão jurídica* ao poder punitivo do *Estado policial*, ou seja, como um claro *limite* ao seu *transbordamento*, para que não afogue o *Estado de direito*. A postura do operador jurídico, não apenas do magistrado, deve estar ciente

28 FOUCAULT, 2006, p. 370.

29 Idem, *ibidem*, p. 388.

30 *Ibidem*, p. 399.

31 Para conferir as atuais ilusões das políticas autoritárias que se utilizam da *razão de Estado*, cf. DELMAS-MARTY, 2010.

32 ZAFFARON; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 156.

de seu caráter *trágico*,³³ sempre resistindo ao poder punitivo. Se o poder punitivo é uma força “irracional” e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a “racionalidade” do *estado de direito*, a seleção penal deve ser “racional”, para compensar – até onde puder – a violência seletiva (“irracional”) da torrente punitiva.³⁴

Postos os alicerces, as construções/opções básicas aí podem se firmar. Se até aqui vemos, talvez, o olhar *garantista* se alinhar, em certa medida, aos preceitos postos por um enfoque *realista marginal* – se assim quisermos denominá-lo – adiante eles seguem rumos díspares. Nesse viés último não se toma partido de nenhuma generalização não verificada quanto à *pena*, aceita-a como realidade que não pode cumprir nenhuma das suas funções manifestas, em prol de uma *teoria negativa ou agnóstica da pena*. É desta maneira que se afirma com radicalidade a tarefa das agências jurídicas, não de legitimação da criminalização, mas de aumento dos seus *dispositivos* de contenção de violências. Antecipando-nos, em parte, não é preciso se iludir e verificar que ainda as teorias liberais de direito penal – mesmo com novos ares como a teoria *garantista* examinada – não deixam de ser legitimantes (em menor grau, é claro) do *estado de polícia*, porque embrenham-se numa contradição insolúvel, além de confusões insondáveis: requisitam instrumentos próprios do *estado de polícia* para depois fundar limites desde o *estado de direito*.³⁵

Uma teoria *agnóstica da pena* surge, sobretudo, do fracasso retumbante de *suas teorias positivas* que pretendem atribuir alguma função manifesta a *ela*, contribuindo, inclusive para deduzir um *direito subjetivo público de punir* de titularidade do estado.³⁶ Quanto às funções latentes, certamente dota-se de importância conhecê-las sem perder de vista que são múltiplas, variáveis e de irreconhecível captação na sua totalidade. Trata-se de um *complexo heterogêneo* e, em qualquer tentativa de planificá-la, estaríamos próximos de recair num simplismo. Para além disso, estaríamos opondo uma leitura totalizante (“fala oficial”) com outra de mesma envergadura. Qualquer tentativa, desta forma, de isolar as funções reais (da *pena*) do *poder punitivo* seria *artificial*: “o maior poder do sistema penal não reside na

33 A figura do *trágico* afigura-se de forma importante. Ainda que não seja o local para o trato que merece, ressalta-se sua atualidade indicadora, não atrelada à presença de “finais felizes” redentores e idealizados de sistemas totalitários, mas reveladores da limitação do humano e a humildade de suas empreitadas. Para a necessária contraposição entre uma compreensão do trágico desde o *pathos* dionisiaco e a compreensão negativa do *pathos* dialético, bem como a assunção pela primeira postura, ver BRUNO, 2004, p. 215.

34 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 162.

35 Eadem, *ibidem*.

36 Neste ponto, inafastável a referência à nota 20 do §14 a tese de livre docência de Batista (2002, p. 109).

pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc.³⁷

Por isso, apostam Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia num conceito ampliado de *pena*, condizente ao princípio de *limitação do poder punitivo*, pelo caminho diverso das funções. Por um lado, não concede função *positiva* a *ela* e por outro é “agnóstico” quanto a sua função, pois confessa não conhecê-la³⁸ – diga-se, desde já, não lhe interessa saber para fundar o discurso do ator jurídico, também por infrutífero tentar alçá-la na totalidade. Dilatado o espectro da *pena*, o que se ganha é a inclusão, no universo interpretativo, de manifestações legais *latentes* e *eventuais*³⁹ do *poder punitivo* excluídas quando opomos alguma finalidade *positiva*. Estamos falando ou de qualquer função manifesta não punitiva (assistencial, tutelar, pedagógica, sanitária), que habilitam sobremaneira o exercício de repressão e a indevida criminalização, ou tratam daquelas legislações que aparecem eventualmente desenvolvendo funções punitivas segundo o uso que fazem as agências que as operam (poder psiquiátrico, assistencial à criança, doente e idoso, poder disciplinar institucionalizador), principalmente as que habilitam a *coerção direta* ou policial.⁴⁰ O avanço será parco se não reconhecermos que mais profunda e capilarizada é a dimensão política do *poder punitivo*, para além da mera criminalização *primária* ou *secundária* (criminalização primária vista como ato/efeito de sancionar uma lei penal material que implique a incriminação ou punição de alguém e a criminalização secundária desde a ação punitiva em si efetuada sobre pessoas concretas)⁴¹ – algo que se verá, a saber, de forma profunda no enraizamento do punitivismo na cultura dos atores penais.

Desde a ultrapassagem da ideia weberiana de monopólio punitivo por parte do Estado⁴², o discurso legitimador da *pena* implica renunciar a âmbitos maciços de violências exercidas por outras agências com funções manifestas bem diversas, que formam uma complexa rede de controle social punitivo. É esse exercício *configurador-positivo da vigilância*, de majoração produtiva do poder relativa aos mecanismos não somente discipli-

37 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 98.

38 Eadem, ibidem, p. 99.

39 Ibidem, p. 89.

40 Está-se a falar diretamente das componentes do que se poderia chamar de um *direito penal paralelo* (agências que tem função bem diversa da sua latente dinâmica de punição) ou do denominado *direito penal subterrâneo* (agências com dilatado poder de decisão que acabam invariavelmente exacerbando-o). Cf. CASTRO, 2005, p. 128 et seq.

41 Cf. PAVARINI, 1983, p. 139 et seq.

42 Cf. WEBER, 2007, p. 56; ou WEBER, 1944, p. 43-45 e WEBER, 2003, p. 83-86.

nares, mas também securitários, que possibilita se legitimar e se extrair do discurso penal – pois não diriam respeito ao âmbito da *pena* – as ilegalidades cometidas pelas agências executivas que, por possuírem poder discricionário, acabam dele abusando. Uma concepção *negativa* da pena tem por vantagem poder reduzir estes componentes de exclusão “que explicam não ser ‘juridicamente’ poder punitivo aquilo que, em realidade, é poder punitivo, bem como não ser pena aquilo que pena é”;⁴³ evidenciar o *poder punitivo* em todas as suas dimensões e, a respeito deles, subjugar-los claramente a algum papel limitador.

Sobre a *coerção direta*, importa pontuar que se trata do terreno privilegiado de qualquer pensamento inquisitivo. É sobre seu núcleo expansivo que cabe interrogar. Nela, o pressuposto é a existência de um *perigo* e o esforço atinente a qualquer *Estado de polícia* será a criação de um conceito de *ordem pública nebulosa e metajurídica*, dirão Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar,⁴⁴ ou seja, uma pretensão penal de sancionar ações pela mera violação de um dever, sem qualquer limite “jurídico”. Trata-se, noutros termos, da invocação arbitrária da *necessidade* por conta das agências executivas, no afinco da racionalização de seu poder e que implica o avanço do *Estado de polícia*. Vez mais: é sobre a confusão entre a *coerção direta* e *poder/coerção punitivo (a)* que o *Estado de polícia* investe, exatamente para legitimar o *poder punitivo*. Se a *coerção direta* é aquela aceitável por necessidade ou legítima defesa, em que ela se converte em dever jurídico ao funcionário público,⁴⁵ acabando quando cessar o perigo, passa a ser *punitiva*. Ou seja, enquanto uma atividade lesiva perdurar, a força empregada para detê-la não constitui *pena* propriamente, mas sim *coerção direta*. Nisso se deposita o agente ideológico perfeito para reduzir qualquer pretensão limitadora do direito penal e dar entrada aos componentes autoritários do *Estado de polícia*. Basta estender os argumentos próprios da *coerção direta* e sua “*teoria da necessidade*” (como perigo, necessidade, urgência, ordem pública etc.) em espaço penal e processual penal para campear os vigos autoritários.⁴⁶ A *alucinação* do *Estado de polícia* vale-se da *emergência penal*, elevando qualquer risco é mal insuportável,

a fim de transformar ideologicamente todo o exercício do poder punitivo ‘ex post facto’ em poder de coerção direta ‘in facto’”: “[...] a confusão entre coerção direta e pena é o ardil

43 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 72.

44 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 103.

45 MERKL, 2004, p. 333 et seq.

46 Firmamos desde o início do escrito que a tendência permanentemente afluída no sistema penal diz respeito ao seu autoritarismo. Por isso a atenção necessária aos mais diversos espaços que se abrem e fixam a inclinação para o conceito de *emergência*. Em qualquer sede, a propensão ao extravasamento de seu poder nunca deve deixar de ser pauta. Cf. variação desta preocupação também em MOCCIA, 2000.

do estado de polícia para acabar com o estado de direito, adotado desde a consolidação do poder punitivo [...], e que se reitera em cada renovação argumentativa da emergência: a inquisição é a conversão de todo o poder punitivo em coerção direta.⁴⁷

Avançando, vemos que a teoria *agnóstica* reduz a *pena* ao que, de fato, é: um mero ato de *poder* de explicação simplesmente *política* na esteira de Tobias Barreto⁴⁸. Há mais de um século (1886), já colocava o professor sergipano da Faculdade do Recife, desde Friedrich Fröbel, o caráter eminentemente “*político*” (“extrajurídico”) de qualquer conceito de *pena*, em suas clássicas palavras: “*quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*”.⁴⁹ Esse é o ponto capital. O defeito das teorias usuais, inclusive a *garantista*, consiste justamente no erro de considerar a *pena* como uma consequência do direito, logicamente fundamentada.

Interessantíssimo, já naquela época, ainda que sobre os auspícios da escola positiva, a qual acabou por influenciar seus estudos, não obstante percebia o professor uma espécie de *jogo de advinha* sempre que os mestres propunham aclarar aos discípulos os fundamentos da punição; “há homens – dizia – que têm o dom especial de tornar incompreensíveis as coisas mais simples do mundo”.⁵⁰ O maior mérito de seu apanhado sobre o tema – mesmo que sustentasse a *necessidade* da punição imposta pela *lei da existência, sem a qual a humanidade não poderia existir* – com certeza foi a de sopesar que *frases teóricas* tentaram encobrir a verdadeira feição da coisa, ou seja, *punir é um sacrificar mais ou menos cruel* não afeito à medida jurídica.⁵¹ Barreto sustenta, desde uma matriz kantiana, o princípio histórico do “direito de punir”, ou seja, havia um primeiro momento, que se transforma posteriormente em ideia e, após, o fato transformado em direito. Por isso é que, para o autor, parecia inconcebível que alguém alcançasse a compreensão de que a “justiça punitiva” fosse derivada da guerra de todos contra todos, de um fato bárbaro da existência em sua primitiva rudeza. O direito, ontem, *força* e *violência*; hoje, *culto* e *veneração*.⁵² *Penas* e *sacrifício humano* como ideias irmãs que caminham juntas até hoje. Em que pese afirme sua imperatividade para a sobrevivência da sociedade e para a manutenção do próprio Estado de direito, o professor, principalmente, descortinava a *pena* sobre

47 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 107 e 105, respectivamente.

48 Cf. a digna apresentação do autor em LIRA, 1964, p. 107-111.

49 BARRETO, 2000, p. 179.

50 Idem, ibidem, p. 163.

51 Ibidem, p. 173.

52 Ibidem, p. 169-170.

seu real rosto, o da *vingança*;⁵³ repõe, pois, a discussão sobre os trilhos corretos.

Seguindo nesta senda, deve-se aprofundar novamente o papel do *direito* como limite da *política*,^{54,55} e como numa guerra a programação deve obedecer, naquilo que for possível, a uma estratégia de salvar vidas humanas, similar à tarefa da *Cruz Vermelha*⁵⁶ –, que evidentemente não tem poder para acabar com os conflitos bélicos. Não mais uma teoria justificante do “direito de punir”, mas um apanhado teórico-normativo capaz de impor certos limites, com fins específicos de evitar mais sofrimento. Esse deve ser o objetivo *imediato* das agências judiciais de acordo com um discurso que estabeleça limites mínimos de racionalidade tolerável. Não se trata, pois, de ser um torpe racionalizador do *status quo* ou dar o existente por inevitável. Pelo contrário. É ser lúcido o suficiente para ver como ele se movimenta, mesmo se possível poder antecipá-lo sabendo que ele irá *funcionar* independentemente das possibilidades de freá-lo do ator jurídico, assim, buscando salvar, nesse reduzido terreno de atuação – por certo outros há, quiçá mais frutíferos e com potência suficiente para tornar todo o desejo de liberdade neste ponto supérfluo no futuro –, o máximo de vidas possível.

O que se propõe é uma recondução topográfica do discurso do ator jurídico nesse cenário. Dentro de um vastíssimo conjunto punitivo, deve o direito penal legitimar, sim, mas as próprias decisões de suas agências jurídicas, não o manancial de poder dos demais vetores punitivos.

Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fazerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para a sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.⁵⁷

De alguma parte, que não se perca, o choque de humildade que tudo isso traz. O jurista deixa de cinicamente se empenhar numa tarefa esquizofrênica, quando não perversa, de dar sentido a toda manifestação punitiva e desloca seu olhar àquilo com que se deve importar e, fundamentalmente, àquilo que está ao seu alcance: a construção de um discurso legitimamente fundado na

53 *Ibidem*, p. 175.

54 *Política*, num sentido débil, por certo. Senão no máximo quanto àquilo que é relativo às perspectivas da representatividade política (de maiorias) dentre de um contexto relativo à mera *democracia formal* (política e civil) em contraposição ao seu sentido forte, à *democracia substancial* (liberal e social). Como se vê em FERRAJOLI, 2007.

55 Valem os clássicos, por todos: HUMBOLDT, 1988.

56 ZAFFARONI, “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria” in GIANFORMAGGIO, 1993.

57 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 108.

contenção do poder punitivo – o que poderá contribuir a estruturar toda uma gama de forças hábeis nos mais diversos momentos de captação judicial do fenômeno criminal, a surpreender os pontos de pulsão de um *desejo de punir* afeto às *máquinas inquisitoriais*. A *teoria da pena*, nos moldes que tradicionalmente exercita o jurista, nada mais acarreta que o próprio suicídio do seu discurso diante do hipersensacionalismo desencadeado pelas matrizes discursivas oriundas da mídia, preocupada, noutra toada, a não meramente comunicar, mas excitar a percepção. Torná-la, via normalmente o medo da vitimização, não mais assunto comum e dar, pois, ao evento o cariz chamativo do espetacular, da everfescência, e da inquietude geral, completamente descompassada com a temporalidade judicial. Engolfado e em transe, o jurista do *senso comum* agarra-se à *teoria da pena* como se ela não fosse na realidade o refúgio mais escondido onde repousa, ao mesmo tempo, seu autoencantamento pela imagem de paladino da justiça, e a fragilidade que fará do seu afazer supérfluo – já que se tornará mero chancelador da vontade de punição difundida – seu próprio sepulcro.⁵⁸

Trata-se do imperativo que desperta para o papel localizado (nem por isso menos importante) que atua o jurista. Ele faz parte de uma parcela reduzida da engrenagem das agências de *criminalização secundária* (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários etc.). É nesta limitação operativa que cabe potencializar seu discurso como redutor de violências, pois é nesse âmbito de poder jurisdicional que ele pode programar sua investida. Sob outro aspecto, talvez possamos descurar o quanto fragilizado fica o discurso jurídico quando se empreendem esforços na legitimação do poder alheio, ou seja, das demais agências. Paradoxalmente, quanto mais se legitima o *poder punitivo*, mais reduzida fica a função das agências judiciais. Isso claramente se dá em virtude de o direito penal, ao longo do tempo, ter privilegiado o exercício do seu poder através do *discurso* em si, em vez de seu exercício direto, sacrificando, em síntese, sua orientação minimizadora em favor da conservação do mero poder discursivo.⁵⁹ Refira-se que esta postura não acarreta necessariamente a redução do raio de ação do discurso penal, como já colocado. Observa Zaffaroni que

58 A localização do discurso em prol da legitimação do *poder punitivo* leva atualmente a que ele seja cada vez mais exercido de forma irracional, ou seja, menor é a necessidade de um discurso com alto grau de elaboração. Por essa razão, dentre outras, o discurso bélico dos *media* ganha, como dito, espaço no cotidiano jurídico-criminal. Encruzilhada esta que nos encontramos, não "mera" *política específica da área jurídica*: ou se enfrenta tal discurso ou se é incorporado por sua lógica. Degrada-se o discurso jurídico-penal de sua função orientadora, diluindo-o no simplismo proselitista da mídia, ampliando concomitantemente o arbítrio das demais agências executivas. Cf., para tal exame no Brasil, NATALINO, 2007.

59 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 71.

ridurre il potere punitivo non significa ridurre l'ampiezza del discorso del diritto penale [...]; orbene, la tattica del controllo riduttore di questo potere può esigere, in certe circostanze, un ampliamento del discorso del diritto penale [...] perché c'è [...] la necessità di estendere le garanzie penali ad ampi settori di pena che ora sfuggono al loro controllo coi più incredibili sotterfugi.⁶⁰

Se afastarmos qualquer discurso de teoria da *pena* que normaliza o *poder punitivo*; traçado e escolhido este caminho, sobre vias transversas, o que se trilhará é uma recomposição de um *direito penal liberal em novas bases*⁶¹ – ou poderemos nos questionar se dele algo ainda resta depois do esforço de perquirir um “princípio de economia” que espreita os discursos da época. Seria o retorno de um discurso de *resistência*, como, em parte, encontramos nos estudos de Marat no século XVIII, na sua empreitada revolucionário-socialista de não legitimar o poder punitivo na sociedade do seu tempo.⁶² Há ali também um certo saber que procurou abalar as premissas tradicionais do dito *ius puniendi*, pois reconhecia os direitos de resistência do

60 ZAFFARONI in GIANFORMAGGIO, 1993, p. 394.

61 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 77.

62 Quando o Estado não toma nenhuma medida para prevenir o aumento das fortunas particulares, num ambiente em que uma parte dos homens enriquece às expensas dos demais, perguntará então: “no conociendo la sociedad más que por sus desventajas ¿están obligados á respetar las leyes? No, sin género de duda; si la sociedad los abandona, vuelven al estado natural, y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga á ello es tiránica, y el juez que los condene á muerte, no es más que un vil asesino” (MARAT, 1891, p. 14). Em época de denúncia ao despotismo no período revolucionário francês, projeta em seu *Plano* de 1779, a tendência em minimizar a atuação do Estado na esfera penal em contraposição à tutela máxima dos direitos sociais. Em que pese algum déficit de profundidade filosófica, trilhando ainda os passos do retribucionismo da pena (a medida talional ainda era a mais justa para ele, mesmo sopesando a necessidade de menos ameaça penal e mais uma “prevenção social”), Marat (1988) irrompe um giro metodológico incluindo como fundamentais os direitos sociais antecipando o pensamento liberal-socialista. Inolvidável, tempos antes do seu *Plano*, já em 1774, obra clássica que exaltava o combate ao despotismo que flagrava na França da época, senão por tudo, pelo seu sugestivo subtítulo. Nesse longo libelo libertário, destaca o *amor à dominação* (antecipando, quiçá, LEGENDRE, 1979?) que paira sobre os homens e do qual se utiliza o Estado para impor sua autoridade: “L’amour de la domination est naturel au cœur humain, et dans quelque état qu’on le prenne, toujours il aspire à primer: tel est le principe des abus que les dépositaires de l’autorité font de leur puissance; telle est la source de l’esclavage parmi les hommes” (MARAT, 1988, p. 22). Enfim, de alguma forma, “por la vía del contractualismo, hallamos en Marat, el famoso médico revolucionario francés, la primera versión de la criminología radical en la historia, formulación bastante análoga a la actual en muchos aspectos. Marat, al proponer su ‘Plan’, en verdad no proponía un ‘plan’ para un nuevo sistema penal, sino directamente para una nueva sociedad. Es la criminología crítica en versión extrema, lo cual es suficiente para mostrar con qué grado de precaución la burguesía europea debía manipular la ideología contractualista, para que su propio discurso no se le volviese en contra” (ZAFFARONI, 2003, p. 120). Cf. ademais ZAFFARONI, 1987.

cidadão quando da violação das regras de equidade pelo Estado, quer dizer, na medida em que ele se afasta da busca pelo bem estar humano e da redução das diferenças sociais. Suscitou, sobretudo – este é o mérito determinante – a disposição da problemática da *pena*, de forma precursora, sobre o campo da análise *política* negando, em algum grau, os fundamentos jurídicos da sanção penal.⁶³

Ou mesmo, doutra parte, compondo este forte rasgo deslegitimante – desde um viés complacente a aproveitar mais a dinâmica formal do pensamento do que qualquer coisa –, um foco importante na virada do XIX-XX, está em Liszt e a sua ciência total do direito penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*). Dogmática ali vista como instrumento pedagógico, devendo ser posta a serviço da limitação da contingente e instável política criminal.⁶⁴ A função da dogmática penal então seria a de programar mini-

63 MARAT, 1891, pp. 1 e 14.

64 Que sejam bem vistas as coisas aqui. Alguma tendência importante ao pensamento pode ali ser encontrada, não obstante a versão do *positivismo evolucionista-espiritualista* de Liszt. (Cf. ZAFFARONI, 1987). Em seu modelo integrado, três tarefas investigativas são ressaltadas: (a) a *criminológica* seria a “verdadeira”, por assim dizer, incumbida de indagar as *causas* dos delitos e (justificar) os *efeitos* das penas (explicação mais ou menos causal do crime) – naturalmente, à época, amplamente legitimadora do poder punitivo via discurso da criminologia etiológica; reduzida, em resumo, a criminologia à intervenção punitiva; (b) a *política criminal* aparecia como tarefa *valorativa*, resultado das respostas da criminologia, ou seja, relativa aos “meios” para lutar contra as “causas” do delito. Por fim, (c) o *direito penal*, operativo *pedagogicamente* desde a *dogmática* arte prática que daria os contornos legitimadores da política criminal. Consagrando a dogmática dessa forma como *carta magna do delinquente*, seria ela que operaria a legitimidade da *política criminal*. Não esqueçamos, contudo, que estamos em plena força (diante de uma ruptura clara entre dogmática e criminologia) da *reação tecnicista* das ciências penais no início do XX, atinente à adequação da cientificidade do direito penal frente aos demais ramos jurídicos. Foi este trânsito para uma “nova defesa social” saída da Escola Positivista que acabou por subordinar o saber criminológico, alijando-o da sua interferência na dogmática penal quando não, de maneira auxiliar, atuasse como profilaxia criminal na legitimação da estrutura de punição. Nesse sentido, evidentemente o autor, contornando o universo da dogmática, apõe a função da *pena* como *prevenção especial (retributiva pelo tratamento)*. Deixa meramente o insustentável princípio da equivalência entre crime e castigo, ou seja, afasta o anseio retributivo *per se*, para agregar a esta doutrina o valor de *proteção* à retribuição. Ancorado num *direito penal de autor* (afinal, para sua inspiração neokantiana, a concepção do delito é uma abstração), a retribuição apenas se dá no caso concreto, “porque no es el concepto que castiga, sino el autor.” Não buscando a mera dissuasão geral, assume a *pena* uma *tarefa profilática* frente ao desviante (LISZT, 1998, p. 76-79). Preciso aqui o alerta de Ferrajoli: “quien [...] recogió y desarrolló esta idea fue Franz von Liszt, que en su programa de Marburgo de 1882 elaboró un modelo de derecho penal como instrumento flexible y multifuncional de «resocialización», «neutralización» o «intimidación» según los diferentes «tipos» – «adaptables», «inadaptables» u «ocasionables» – de delincuentes tratados” (FERRAJOLI, 1995, p. 268). Como afirmado, não obstante, algum mérito quicá possa ser extraído da localização do potencial limitador da dogmática; isso, há de ser viabilizado. Pouco entendido isso, graves problemas de entendimento

mamente as decisões judiciais, forjar uma base para legitimar o poder do jurista e não legitimar o poder punitivo. Desse ponto, vamos com ele, desde uma “leitura complacente”, na medida da imperatividade de abandonar algum *doutrinarismo*, em prol da aproximação do direito penal dos reais problemas da vida, aí sim sua força maior emergirá.⁶⁵

Por certo, como escreve Zaffaroni, retornar ao pensamento do XVIII-XIX, sobre outro viés, àquilo que nos pode alijar da intervenção da *polícia positivista*,⁶⁶ é um desiderato amplamente necessário – evidentemente não como uma (re) visita ao museu. Vai até certo ponto Ferrajoli, todavia não assume que uma contemporânea recondução de um direito penal liberal deve ancorar-se na negação de uma *teoria da pena*, mormente levando em conta a aplicação que vem sendo feita hoje em dia. Assim, esta operação deve visar a extirpar o germe antiliberal do discurs-

daí advirão. Queremos aduzir apenas a salutar retomada deste espírito de racionalização mínima do *poder punitivo* como roteiro das agências judiciais. Não se olvida, por evidente, que o seu *Programa de Marburgo*, ainda que ancorado na função pedagógica da dogmática na redefinição do modelo penal, não logrou extirpar a etiologia de seu saber, pois a tinha como uma convidada estratégica a alavancar o saber penal. Assim, frise-se vez mais, para que de alguma imprecisão nos afastemos. Sabe-se a tamanha nocividade que um pensamento como este, impulsionador de um correccionalismo penal de alta estirpe, traz consigo. Todavia, faz-se necessário dizer, mais que por outro motivo, por adequação histórica, que isso se deu, não por pouco, também em função da posição da ciência criminológica, a seu tempo positivista: este seria o ramo dotado da verdadeira função científica – já que a política criminal teria a seu cargo a tarefa valorativa e o direito penal dotado era de um caráter pedagógico. Pouco difícil de perceber que, desde este panorama, nada diferente poderia surgir do que um discurso de legitimação do poder punitivo. O que não deve levar consigo o papel que poderia desempenhar o direito penal levando em conta esta postura limitadora. Pouca dúvida ainda há nesta sistematização de estarmos diante de um conceito ou um conteúdo limitado de *política criminal*. Nesse sentido, para Liszt seria ela a *política estatal para luta contra o crime*, que encontrava seu limite isto cabe salvar da estrutura no *direito penal*. A visão do seu modelo integrado neokantiano, nada inocente, de que esta luta encontraria seu limite no *direito penal* (para ele, dogmático e formal) deriva do seu intento de deixar a cargo o conceito de crime somente para a construção própria do *direito penal*, não contando neste momento com a *política criminal*. O perigo está exatamente numa burla de inversão ali percebida no seu manejo. A *dogmática* servia no fundo para encobrir, legitimar em todo sentido, uma *política criminal* (autoritária) e aquilo que poderia parecer um papel contentor da *política criminal*, funciona sinceramente como mecanismo de subordinação do próprio *direito penal* às diretrizes políticas, apenas aguardando a chancela da *dogmática*. Obviamente, cabe esclarecer que a nossa concepção, por certo conduzida por uma crítica criminológica em que o *poder* e, por consequência, a *política* tomam papel central, pouco sentido resta na distinção entre *criminologia* e *política criminal*, vista esta desde o *estudo que orienta o controle social punitivo* (ZAFFARONI, 2003). Enfim, é “apenas” sob a ótica desta estrutura posta a funcionar alijada da *polícia positivista*, desde o confronto limitador da *dogmática penal* frente ao *poder punitivo* que este panorama estratégico dado por Liszt, de alguma maneira ao nosso juízo merece ser levado em conta.

65 LISZT, 1998, p. 82.

66 ZAFFARONI in GIANFORMAGGIO, 2003, p. 384.

so: “il grande pericolo del ritorno al diritto penale liberale è quello di tornarvi dimenticando quei germi che esso conteneva: cosa che non va fatta. Assumiamo dai vecchi liberali i principi liberali, ma teniamo accuratamente da parte i germi di illiberalismo contenuti nelle loro teorizzazioni.”⁶⁷

Pensando em se considerar, ao menos desde o debate do jesuíta Friedrich Spee von Lengenfeld este sim, largamente visto, e um ponto nodal diferenciado na crítica penal contra a referida versão fundacional inquisitória do discurso no *Martelo das Feiticeiras* (aposto, não sem algum determinismo, como “origem y estructura del discurso crítico en materia penal”)⁶⁸ –, juntamente com os posicionamentos dos ingleses Hobbes e Locke, dos alemães Kant e Feuerbach, podendo chegar rigorosamente ao contratualismo penal de Beccaria e Verri, até mesmo no ápice do direito penal na sua versão fundacional liberal com Carmignani e Carrara⁶⁹, há que se perceber que, em comum nalguma medida, por todos perpassa – como que uma linha tênue comum – uma incontornável contradição que até agora se insinuou, mas no momento cabe se defrontar: a necessidade discursiva de *legitimar e limitar* o saber penal ao mesmo tempo.

Em tom literário, eis o momento de afirmar o quase insanável obstáculo – *that's the rub*. A etapa fundacional liberal “carregava em seu cerne o germe de seu fracasso, pois a legitimação do poder punitivo tende sempre a romper qualquer limite, tendo em vista não ser nunca racional e só poder basear-se em racionalizações, as quais, na condição de falsas razões, estão propensas a encadear e a varrer qualquer limitação ao poder.”⁷⁰ Em quase todos os autores desta época aparece explicitamente, como dissemos, os *fins úteis da pena* (um *mal necessário*, como é cediço sustentar), ou seja, apõe-lhe como mecanismo de *defesa social* da maioria não desviante contra a minoria desviante. Todavia, a estas finalidades, procurou-se dar limites discursivos deduzidos das próprias premissas legitimadoras. Uma *defesa*

67 ZAFFARONI in GIANFORMAGGIO, 2003, p. 386. Em outras palavras, o que se deve evitar é o germe da *ideologia da defesa social*, nó teórico e político fundamental do sistema punitivo que passou a compor tanto a filosofia comum nas ciências jurídicas quanto às *every day theories* (BARATTA, 1999, p. 42-43).

68 ZAFFARONI, 2004, p. 27.

69 Cf. ZAFFARONI, 1987.

70 “Por isso, a defesa social foi também uma racionalização que, como não podia ser de outro modo, trazia consigo um forte impulso para romper qualquer barreira. Daí o fato de o primeiro liberalismo penal, mediante a defesa social, ter alimentado o futuro declínio do pensamento, que se completou quando a racionalização substituiu totalmente a razão. A decadência do pensar fomentou isso a partir da cúspide do poder social, que nessa nova etapa preferia um saber penal menos pensante, sem impor-lhe limites, a fim de facilitar-lhe um poder de controle que devia disciplinar o proletariado, dificultar e desarticular suas tentativas de coalização e conseguir que produzisse por salários insignificantes. Em tais circunstâncias, era necessário e funcional um direito penal-policial vigilante” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 550).

social' limitada, mas ainda *defesa social* que, levada ao extremo ou por trás de si, nada mais desemboca e esconde (n) a ideia da *guerra* (ideologia bélica) contra a criminalidade. É simples perceber que o *poder punitivo*, de qualquer forma, acaba sempre por limitar a liberdade e, ao se tentar dar ares legítimos a isso, não se faz algo diferente do que plantar o germe da corrosão dos limites que traça.⁷¹

Ainda que não seja necessário empreender maior esforço que este para descortinar como em cada escrita os autores desta época “das luzes” desenvolveram o binômio “paradoxal” *legitimação-limitação*; basta, contudo, para tornar frutífera nossa análise, aportarmos no ponto do *giro discursivo*, ou seja, no momento da viragem do discurso *liberal* clássico para o alvorecer do discurso *positivista* – *perigosismo-racista* – mormente do século XIX. Pois é ali que se indica onde estava/está imerso o germe do pensamento antiliberal nas entranhas do próprio discurso penal clássico, que possibilitou a profusão de um pensamento de mínimo conteúdo pensante: o *positivismo criminológico* que reativou com força total a *inquisitorialismo* – *criminologia etiológica* – do baixo medievo.⁷²

O momento, no século XVIII, em que se formula organicamente e de forma expressa a teoria da *ideologia de defesa social* – latente nos modelos ilustrados em geral, entranhada nos postulados “clássicos” – pode ser bem flagrado em Giandomenico Romagnosi. Pensador liberal – nem poderia deixar de sê-lo, embora Ferri vá chamá-lo de “o espírito mais positivo entre os clássicos”,⁷³ exatamente para confirmar o germe defeituoso do pensamento, como dito em apartado passado, autor do projeto do código italiano para o primeiro reinado de 1807 (*Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno d'Italia*)⁷⁴ – e como homem do seu tempo que era (grudado ao paradigma da ação-reação newtoniana), na esteira da coação psicológica de Feuerbach (*prevenção geral negativa*), sustentava que *pena* deveria ser uma força que se opusesse ao impulso criminal: *contro-spinta penale*.

Para chegar a esse ponto, deriva a gênese *natural-metafísica* do seu “direito de punir” dos princípios fundamentais do direito natural, em virtude de uma combinação intrínseca de relações fundadas na natureza do homem e nas suas circunstâncias sociais.⁷⁵ Sobre esta premissa, evidencia o *direito de defesa* de toda a sociedade contra aquele que delinuiu: “la sociedad adquiere, dada la ‘necessidad’, el derecho de destruir

71 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 515 e p. 520.

72 Para ver como se deu a coisificação do ser humano, por um viés de racionalização do controle policialesco-racista, ancorado principalmente pelos ideólogos de maior profusão como Lombroso-Ferri-Garofalo, cf. ZAFFARONI, 1987.

73 FERRI, 2006, p. 121-183.

74 ROMAGNOSI, 1836.

75 ROMAGNOSI, 1956, p. 8.

al agresor injusto, pero no mediante la ‘trasfusión’ del derecho del agredido en ella, sino en virtud de un derecho ‘proprio suyo’, distinto, simple y universal, producido por la índole misma de la agregación.”⁷⁶ Demonstra o “direito de punir” como espécie do genérico *direito de defesa*, modificado pelas circunstâncias sociais. Levando em consideração que, nessa lógica, a *pena* é resposta presente a uma ofensa passada, contudo querendo rechaçar delitos futuros; por certo, assim, *ela* não será uma defesa individual e física, mas um *bem coletivo e moral*. É resposta à violação de um dever social mais conveniente a sua incolumidade.⁷⁷

Dessa forma, o parâmetro para escolher e graduar as penas úteis, justas e necessárias unicamente será voltado ao exame dos *impulsos criminais*, os motivos que determinam o ânimo dos indivíduos a cometer os crimes. Tendo-se em conta o fim solitário de *prevenção*, e não da *vingança*, para Romagnosi, a reação penal deveria somente direcionar-se às *causas* que produziram o delito, ou seja, considerar os “*impulsos morais*” que impelem ao crime.⁷⁸ Faz-se importante pensar que, com isso, impunha não simplesmente a *dimensão do dano* (tal qual o talião de Kant⁷⁹) como medida à resposta penal, pois esta sempre seria de caráter fortuito. Sabia que não poderia fazê-lo coerente-

76 ROMAGNOSI, 1956, p. 97 e 113.

77 Cf. § 333, intitulado “La idea más obvia de la defensa no ofrece otro concepto que el de una guerra” (op. cit.).

78 ROMAGNOSI, 1956, p. 184-186.

79 Importa dizer diretamente, contudo, que, não raro, sem uma enorme margem de erro, a concepção kantiana da pena é enquadrada sob o rótulo de teoria absoluta, pela razão de, supostamente, a pena (ou a lei penal, aqui dá no mesmo) ser, para o autor alemão, um imperativo categórico. O imperativo categórico para Kant seria aquele que representasse uma ação por si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária, concebida, pois, a moral autonomamente, regida pela própria consciência. Dirá o texto da segunda das três críticas: “Age de modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal”, a qual, em realidade constitui, para o filósofo de Königsberg, a “Lei Fundamental da Razão Pura Prática” (KANT, 2005, p. 32). O filósofo já antecipava em 1785, três anos antes da segunda investigação: “o imperativo categórico é portanto só um único, que é este: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal’. (...) Uma vez que a universalidade da lei, segundo a qual certos efeitos se produzem, constitui aquilo a que se chama propriamente ‘natureza’ no sentido mais lato da palavra (quanto à forma), quer dizer a realidade das coisas, enquanto é determinada por leis universais, o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se assim: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (KANT, 2005a, p. 59). O imperativo categórico, assim, seria aquilo que representasse uma ação por si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária. Desta forma, superficialmente, a pena seria não um meio mais um fim em si, dando-se a entender que a função punitiva não iria em busca de qualquer objetivo ou finalidade. Equívoco de relevo. Obviamente que o universo kantiano concedia uma função à punição, do contrário seria irracional ou dogmático. Todo o arcabouço kantiano, fartamente estudado ao longo de décadas, tem por eixo

mente dentro do seu edifício teórico.⁸⁰ Esta força que impele ao delito, para o autor italiano, surge como resultado do *desejo*, da *possibilidade* de satisfazê-lo e da *esperança* da impunidade.⁸¹ *Força viva*, como as demais da natureza, as quais não se pode *medir* exatamente. É sobre estas ditas causas de *qualidade moral* que se deveria voltar a reação de punir: “por lo mismo sabemos que la esencia de la función penal consiste unicamente en un ‘contraimpulso moral’, [não unicamente psicológico] y nada más.”⁸² Em breve síntese: contrapor uma ameaça da *pena* que fosse análoga à índole presumida do desejo criminoso, e também que guardasse proporção com o grau de sua energia. Mas chegado ao ponto central, questiona-se: como se deve proceder à fixação da quantidade da pena? Sabido é que deve ser adequada à quantidade do impulso ofensivo, quer dizer, suficiente para frear o grau de energia desta força. Logo, então, para conhecer os graus do impulso criminoso, é necessário ter noção da *força* que o compõe: a *potência moral do delito*.⁸³ Para o autor, isso somente poderia ser verificado com um exame de

a avaliação do ser humano como fim em si mesmo, daí, sim, o imperativo ético, proibindo moralmente que o postasse como simples meio. Para a concepção de uma moral autônoma, regida pela própria consciência, seria necessário pressupor a autodeterminação. Daí que se deduz a outra formulação do imperativo categórico, e o imperativo prático será o seguinte: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2005a, p. 69). Estaria afastada a concessão de, via pena, buscar-se, por exemplo, a intimidação dos demais indivíduos. Por isso dirá que, “a pena judicial (...) não pode nunca servir simplesmente como meio para fomentar outro bem, seja para o delinqüente mesmo seja para a sociedade civil, mas sim que há de se impor-se a ele somente ‘porque delinuiu’.” (KANT, 1989, p. 166). Como se pode verificar, Kant deu “à pena o caráter de um meio que garantisse o próprio imperativo categórico: quis demonstrar que, sem a pena, a garantia do ser humano como fim em si mesmo acaba imediatamente.” Encontrou, assim, a medida da pena no talião, proibindo qualquer amparo em dados empíricos (não lhe convinha, por ser inteiramente dedutiva sua teoria, lançar mão de qualquer casuismo). Explicando de outro modo, para Kant, a pena seria um dever do estado civil para a sua sustentação/manutenção (e apenas aqui o imperativo existe e é assegurado), para que não imperasse o estado de natureza (guerra ou caos) e a correlata mediatização do ser humano: “daí a necessidade da pena, que não mediatizaria o ser humano porque justamente era a única garantia de seu tratamento como humano (...), longe de ser uma teoria absoluta por concebê-la como fim em si mesmo, é a mais radical das teorias de defesa social, de vez que a vingança talional é a condição imediata do estado civil.” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 522-523). Em suma, a pena jamais fora vista por ele como um imperativo categórico, um fim em si, pela pura razão da sua automática aplicação em alguém porque delinuiu. Era, sim, um meio para a garantia do imperativo categórico, respaldo, por um lado, para ele de que o homem não seria senão ele um fim em si mesmo e, conseqüentemente, resguardando o Estado Civil.

80 Sobre a sustentação da tese geral que afasta a medida do dano como suporte para o estabelecimento das penas, ver o § 1331, ROMAGNOSI, 1956, p. 469.

81 ROMAGNOSI, 1956, p. 504.

82 ROMAGNOSI, 1956, p. 512.

83 ROMAGNOSI, 1956, p. 531-532.

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

Romagnosi, buscando um limite ao seu *contraimpulso* – pois sabia que não podia encontrá-lo meramente na dimensão danosa do resultado, que é sempre fortuita – ou seja, não se podia medir o *impulso criminal* conforme a extensão do resultado, abre espaço à verificação empírica para adequar sua base tacional. Na altura do §334 perguntar-se-á sobre a prevenção dos delitos: “¿como ‘prevenirlos’ si no os oponéis a sus ‘causas’? ¿Y como os opondréis a sus ‘causas’ sin obrar sobre el hombre ‘interior’ y sin contener sus impulsos criminosos?”⁸⁴ Assim escrevem Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia com rara clareza: “Romagnosi deixava em aberto a investigação da medida necessária em cada caso, já não de acordo com o que o delinquente fez, mas sim com o que o delinquente é. Por este caminho transitará o positivismo criminológico, provocando a decadência do pensamento e a redução do saber penal a mero discurso policial.”⁸⁵ Por ali trafegou a etiologia criminal mais rasteira que até hoje embrenha-se no pensamento penal. Indubitavelmente, escorregou seu arcabouço teórico – que sem sucesso tentou “legitimar limitando” o poder punitivo – para uma “legitimação ilimitada” que não pôde evitar lançar mão e dar caminho livre aos dados empíricos para sustentar sua versão. Sobre o desafio a *contro-spinta*, medida não sobre a dimensão do dano, a resposta vinda de Ferri esboça bem a premissa da escola positiva: *não existe o delito, existe o delinquente*.⁸⁶ Para que punir o delito se podemos punir o delinquente? Pois, afinal, para o adágio que orientou permanentemente a compreensão positivista, não existe o crime, há apenas o criminoso.⁸⁷ Porta escancarada, então;

84 ROMAGNOSI, 1956, p. 125.

85 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 526.

86 “Con il che è provata la continuità tra Romagnosi, Cattaneo e Lombroso, una linea che parte dalla ‘difesa sociale’ enunciata dal vecchio liberale ed arriva alla conclusione secondo la quale «il delinquente non deve essere colpito – per la difusa sociale – in ragione di quello che ha fatto, ma in ragione di quel che egli è»” (ZAFFARONI in GIANFORMAGGIO, 1993, p. 387).

87 Sustentava Ferri (2003), autor que adequou o reducionismo biológico de Lombroso ao universo propriamente jurídico, que devíamos nos ocupar, sim, do delinquente enquanto viola uma lei penal, pois ela seria apenas sintoma de anormalidade. A notícia do crime apenas reclama o exame do homem que o cometeu, visto este como mera expressão de sua personalidade (periculosidade) criminoso. Logicamente, a sanção deve adaptar-se ao delinquente pelo crime por ele cometido.

por aí adentrou e avançou a *defesa social* sem limites em seu maior grau.⁸⁸

É sobre o valor *defesa social* que se camuflou e se atualiza reiteradamente, desde sempre, a ideia de “guerra suja”⁸⁹ atinente ao discurso de *segurança pública*, retrato outro dos velhos discursos de segurança nacional que alimentou os regimes ditatoriais pela América afora. A outrora chamada *ideologia de segurança nacional* de tempos ditatoriais,⁹⁰ agora substituída, por vezes, por uma falaciosa *segurança cidadã*, nada mais fez que transferir e repontuar o poder das agências militares para as policiais⁹¹, tudo isso legitimado pela *imagem bélica* do discurso punitivo, mormente na transição autoritária operada em países da América Latina como o Brasil.⁹² Não é à toa o (quase) total descrédito dos discursos críticos de respeito à dignidade humana, a desvalorização das atitudes de limitação da violência punitiva e a larga apresentação destes comportamentos como

88 Nunca é demais lembrar a enorme influência que as ideias positivistas tiveram na própria formação da escola de direito brasileira. Ponto áureo para adentrar e se fixar amplamente o pensamento deu-se na Escola do Recife. Não obstante, interessante é ver o quanto o ideário estava presente também no primeiro curso de Direito do país. A Academia de Direito de São Paulo, inaugurada em 1^a de março de 1828, apenas veio demonstrar isso. Na academia paulista era que se encontrava o enaltecido modelo do progresso tão aguardado para o país: liberalismo (conservador) com evolucionismo. Ainda que o discurso racial não tenha prevalecido, como na Escola do Recife (inaugurada no mesmo ano em Olinda, sendo transferida em 1854 para o Recife), nada impediu que “Enrico Ferri, por exemplo, professor da escola italiana de direito penal, que visitou a faculdade em 14 de novembro de 1908, [tenha sido] recebido, segundo relato da revista, com o entusiasmo dos alunos ‘que com euforia atiravam-lhe flores e estrepitosos aplausos’” (RFDSP, 1909, p. 239). Assim, apesar das dessemelhanças marcantes entre as escolas de São Paulo e de Recife, esta última, francamente colada ao darwinismo social, há um caldo comum que importa pontuar, principalmente quanto ao caso paulista: “Enquanto na Escola de Recife um modelo claramente determinista dominava, em São Paulo um liberalismo de fachada, cartão de visita para questões de cunho oficial, convivia com um discurso racial, prontamente acionado quando se tratava de defender hierarquias, explicar desigualdades. A teoria racial cumpria o papel, quando utilizada, de deixar claro como para esses juristas falar em democracia não significava discorrer sobre a noção de cidadania” (SCHWARCZ, 1993, p. 141-188; citações p. 179 e 186).

89 Tal afirmação de Ferri (2006, p. 62) pode bem retratar a ideia de equiparação do invasor inimigo com o criminoso. Nota-se nitidamente à espreita a *coerção direta* que tende sempre a dominar o horizonte da punição como miríade do pensamento inquisitorial.

90 HINKELAMMERT, 1987, p. 211-228. Para os efeitos penais, cf. ZAFFARONI, 1987.

91 Para o caso brasileiro, cf. ZAVERUCHA, 2000; sobre o período de 1999 e 2002 mais profundamente a militarização operada na segurança pública, ZAVERUCHA, 2005, p. 125 et seq. Ademais, recompondo o fio da herança autoritária da própria Constituição da República Federativa do Brasil, que permitiu a transposição da estrutura do regime ditatorial civil-militar nacional, cf. ZAVERUCHA in TELES; SAFATLE (org.), 2010.

92 Para se decifrar algo do enigma da legalidade autoritária nos modelos argentino, chileno e brasileiro, advinda do paradigma da segurança nacional, veja-se PEREIRA, 2010, p. 283 et seq.

mera convivência à delinquência. O que reflete, como se verá, no caldo cultural totalitário que se alastra nos mais diversos atores da intervenção penal. Basicamente, quando pautamos nosso exercício punitivo no confronto, na *pena* como mero mecanismo de *defesa da sociedade* contra aqueles que “nos” querem destruir – “se c’è difesa, è perché c’è attacco, e se la difesa e l’attacco sono continui ci troviamo in presenza di una guerra”⁹³ –, nada nos resta senão a visão tacanha de legitimar a ação *eficaz* de “nossos soldados”. Na guerra se deve operar com eficácia, por óbvio, nada de atitudes polidas. E, desde uma fácil e vendável composição midiática, a “opinião pública (da)” se move amplamente a criticar a fragilidade do embate contra a “marginália” (ou qualquer outro bode expiatório da ordem do dia). Resultado disto? Nada diferente, a esse método, do que a indiferença a qualquer limite.

Para que se recapitule e se retome o fio condutor. O referencial *garantista*, quando aporta na justificação da *pena*, pouco inova, ainda permanece sob os auspícios das tradicionais teorias. Refaz o percurso liberal apenas reformando o discurso utilitarista, por isso em nada condiz ao discurso *negativo/agnóstico* da *pena*, claramente, por pautar uma função *positiva* à punição. Nesse patamar, ainda que numa escala mais restrita, dá azo aos *Estados de polícia* que permeiam os reais *Estados de direito* contemporâneos, legitimando-os. De nenhuma forma escapa desta problemática – mesmo que retorne ao discurso liberal com um acerto enorme. Mais. Não se dá a chance, entretanto, de se desgrudar da incoerência “legitimar para limitar”, mantendo-se nesta base frágil. Conduz, enfim, novamente esse antagonismo sob nova face.

Há, inobstante, outra chave de interpretação, muito mais contudente, que não pode ser descartada, quanto à relação delinquência e direito penal, em especial, quando lançamos mão da análise do problema da reforma penal no século XVIII. Será o seu próprio raciocínio de cálculo econômico, melhor dizendo, seu filtro utilitário como princípio da inteligibilidade, que será recapitulado pela análise neoliberal no século XX. Isso, antecipe-se, demonstra firmemente uma continuidade, em seu gene defeituoso, do pensamento ilustrado em matéria penal que terá seu escrutínio de forma mais pungente quando da forma econômica do *mercado* em sede do pensamento neoliberal.

O aspecto a se analisar é aquele atinente ao imbricamento de comportamentos não econômicos através de uma grade de veridicação economicista – elemento claramente encontrado no dito pensamento ilustrado (“contratualismo penal”) em matéria criminal. É na análise econômica da criminalidade, segundo Foucault, feita pelos neoliberais norte-americanos no século XX (principalmente da Universidade de Chicago, Isaac Ehrlich,

93 ZAFFARONI in GIANFORMAGGIO, 1993, p. 389.

Georg J. Stigler e Gary Becker) que podemos talvez surpreender mais facilmente, sob novo ângulo ainda, nosso caudal de *defesa social* dos reformistas do século XVIII,⁹⁴ já espelhados na questão da *economia política*. Ao ponto. Havia uma grelha econômica que era aplicada sob a mentalidade crítica dos reformadores do XVIII. Bentham e Beccaria, para ficarmos em dois exemplos emblemáticos, tinham, de fato, como preocupação fulcral uma questão econômica: elaboraram uma reflexão de estilo econômico sobre o exercício do poder punitivo. O *homo penalis* é, nesse sentido, um *homo oeconomicus*: “tratava-se de calcular economicamente, ou em todo o caso, de criticar em nome de uma lógica e de uma racionalidade econômica, o funcionamento da justiça penal tal como podia ser constatada e observada no século XVIII.”⁹⁵ O custo da delinquência sob uma razão de *utilidade* é o mote que apenas acabou sendo recobrado pela escola neoliberal americana, por isso pouco surpreendente – apenas porque, quiçá, ignoremos que mesmo sendo “liberais penais”, continuem a ser “liberais”⁹⁶ – o mesmo tom, supostamente crítico e mitigador das penas, não muito depois, servir para o incremento do sistema penal.

Obviamente que, ao do século XVIII, o *princípio de economia*, que passou a vigorar, tinha como esteio a solução *legal* – a *lei* como meio mais econômico e eficaz de punição. Mas o momento mais importante a se notar, no tocante ao nosso argumento, vem a ser quando da entrada no século XIX. Esta questão poderá ser tensionada ao se identificarem os contornos precisos, na transição ao século XIX, de algum “efeito paradoxal” a retratar, pois, outro viés da continuidade entre o *discurso liberal* e a entrada em cena do pensamento da *escola positivista*. Se a existência da lei penal (a necessidade de punir) está assegurada pelo fato de que ela sanciona unicamente os *atos* dos indivíduos, a sua aplicação efetiva somente faria sentido na medida em que se punisse, de forma gradual e diferenciada, um indivíduo. Vimos isso refletido no diálogo Rogmanosi/Ferri. Pois nisso desenhou-se a *tendência interna a todo o sistema penal*,⁹⁷ quer dizer, a modulação cada vez mais individualizante da aplicação da lei, abrindo campo para as suas problematizações biológicas (Lombroso), psicológicas (Garofalo) e sociológicas (Ferri) em sede de ciência criminológica. Nasce o *homo criminalis* reciprocamente a toda uma série de técnicas (disciplinares) direcionadas contra quem se aplica a lei. Então, é uma rigorosa e econômica mecânica da lei, oriunda das técnicas reformistas do século XVIII, que possibilitou e deu espaço à substituição por uma plêiade de saberes e a inflação de instâncias anexas à ju-

94 Cf. FOUCAULT, 1987, p. 65-86.

95 FOUCAULT, 2008, p. 340.

96 FOUCAULT, 2008, p. 30

97 FOUCAULT, 2008, p. 342.

dicial, todas prontas a parasitar, com medidas individualizantes em termos de *norma*, e a legitimar o sistema penal.

2 A Pena como *dispositivo* político

Desde a ideia que norteou nosso argumento – na direção do desenvolvimento de uma teoria *agnóstica* da *pena* visando à limitação do poder punitivo –, utilizando-nos de alguns referenciais teóricos firmes, este panorama nos convoca a um estado em que a tecitura do escrito torna quase impensada a distinção entre o autor e o intérprete, posição de profundo êxtase, menos pela análise própria de textos em si do que pela particular felicidade de poder proceder ao raciocínio por conta própria.

Podemos dizer, com pouca margem de erro, talvez, que mais profícuo do que pensar na superação do direito penal por alguma maneira – acabando por esquecer que se poderá estar embarcando numa vã discussão, pois se trata de imaginarmos, antes modelos outros de sociedade (dos quais somos partidários) e depois uma situação cuja realização dependerá de outros fatores (menos imediatos), menos do poder discursivo jurídico-penal – o desafio maior implicado diga respeito a atuar no local onde se vivencia o direito penal: na fronteira, na *linha*, ou seja, diante do clássico problema acerca da *zona crítica da linha* que entrelaça o *direito* da *política*. Dirá Martins desde Heidegger, “que el reto implicado en el límite no es tanto el de su transgresión, sino, sobre todo, el de adecuarse a su propia ‘presencia’.”⁹⁸ Nossa responsabilidade está, síntese, em refletir sobre este eterno questionamento e fugir de algum tom lírico no discurso penal manifesto na impotência de encontrar um fundamento racional à punição.

Tendo alguma paciência, veremos que o exame desta problemática passa vigorosamente pelo trabalho com a categoria do *limite*; questão que extrapola os contornos do mero enunciado semântico. Propõe-se, nesse sentido, uma “abertura” à figura do *limite*. Falamos aqui, pois, de uma palavra, mas de enorme importância quando arriscamos a adentrar no nó conceitual desta *figura*. O *limite*, assim, para Heidegger, é aquilo a partir do qual algo começa a ser: “la frontera [aquí leía-se, mais profundamente, como limite, pois é ele o material com que trabalha a fronteira] no es aquello en lo que termina algo, sino, como sabían ya los griegos, aquello a partir de donde ‘comienza a ser lo que es’ (comienza su esencia).”⁹⁹ *Limite* é aquilo que demarca, evidentemente, e o discurso científico para fundar-se como saber deve, pois, delimitar sua extensão, ou seja, seu âmbito de abrangência que, por consequência, irá debruçar seu poder.

98 MARTINS, 2007, p. 157.

99 HEIDEGGER, 1994, p. 114.

Dá-se assim com qualquer domínio científico. Sobre si, quer dizer, ante o mecanismo do *limite*, recai uma experiência de *ordenação* e de *diferenciação*. A fronteira foi dada ao ramo penal localizadamente quando se especificou o que seria *pena* (seu “objeto de domínio”): enquadrou-se o direito penal para delimitar seus contornos. Firmou-se o conjunto de forças, todavia como vimos, na sua função *positiva*, legitimando-a, conseqüentemente também o próprio *poder de punir*, fundamento último da *soberania* inaugurada no medievo. Entretanto, basta a fixação do marco para pressupor, no momento posterior, a ultrapassagem/transgressão do *limite*, principalmente quando estamos tratando, no âmbito penal, com um campo de pulsões punitivas inerentes a qualquer momento histórico. Ao longo do tempo, ficamos perdidos, como atores jurídicos – arriscamos dizer –, na *vertigem* do conceito de ciência penal fundado na *evidência* da pena,¹⁰⁰ perdendo-se gradualmente a força do discurso jurídico limitador.

Em suma, o discurso penal é um “*discurso-limite*”, diria melhor: *sobre o (s) limite (s)*, fundamentalmente sobre suas interfaces com o *poder*, a *guerra* e a *política*. Desde nosso arrazoado, ele se investe de algumas propriedades que, dependendo do viés que se tome, poderá atuar com diferentes funções; nunca perdendo de vista a flexibilidade de *táticas* não universais em prol de uma *estratégia* clara de *limitação do poder punitivo*, na busca de salvar o maior número possível de vidas humanas. Sua operacionalidade varia de acordo com o ponto em que estamos, mas isso tendo em consideração sempre a redução de violências e a evitação de sofrimentos. É uma *fronteira*, um local de passagem de um domínio ao outro, por isso tenso. É a imagem da *porta* de Simmel¹⁰¹ (ou o já visto *dique* de Zaffa-

100 Vetor posto a circular com maior precisão no apanhado final, mas que cabe dizer: a demarcação do saber, seguindo Gil (1998), como exigência da própria inteligibilidade, funda-se em si mesma e torna-se um *fundamento*, exatamente pela *vertigem* da *evidência* (aquilo que dispensa a *prova*), ocultando sua *fundação*. A saber: “a fundação é algo que tem que se descobrir para lá da evidência manifesta do fundamento. É assim porque ‘uma ocultação da fundação pelo fundamento’ é um efeito do excesso da evidência: [...] o ‘lugar’ bem demarcado do fundamento ‘eclipsa’ a evidência da fundação. Faz parte da alucinação do fundamento estabelecer-se como ‘autossuficiente’, como se não tivesse sido instituído” (GIL, 1998, p. 403).

101 Em texto de 1909, para Simmel, a ponte e a porta trazem a duração sólida de uma criação visível às formas que regem a dinâmica de nossas vidas. Confronta-nos com a ambigüidade das coisas na imagem exterior, que tanto podem se inter-relacionar por associação/dissociação. Num sentido imediato, o autor avalia que, seja simbólico, corporal ou espiritualmente, a cada instante somos nós que separamos o que está ligado ou voltamos a unir o que está separado. E é pela *ponte*, retrato de desejo de junção, coagulação do movimento por uma estrutura sólida, que se opera o milagre do caminho. Ela aparece como extensão da nossa esfera volitiva no espaço, retratando a junção sensível entre termos dissociados. Quer dizer, entre divisão e reunião, ela acentua esta última. Não obstante, a *porta* demonstra como a complexidade do jogo separação/reaproximação ilustra partes do mesmo ato. A *porta* promove um corte na continuidade infinita do espaço (SIMMEL, 1988, p. 164).

roni) que nos convoca e vem bem a calhar – e nunca há se de esquecer que estes operadores possuem autoria, sobre eles, no caso penal, recaem as digitais, como se verás, fixadas pelos atores jurídicos. Menor importância no momento tem a figura da *ponte* que está condenada a produzir ligação, enquanto a *porta* pode abrir-se ou fechar-se por opção: “la porte devient alors l’image du point-frontière où l’homme, en permanence, se tient ou peut se tenir”. Diferentemente da figura da *ponte* – indiferente atravessá-la numa direção ou na outra –, a *porta* indica uma total diferença de intenção a depender se se entra ou sai: “là-dessus repose le sens plus riche et plus vivant de la porte, comparé au pont, sens qui se révèle aussitôt par ce fait qu’il est indifférent de franchir un pont dans une direction ou dans l’autre, alors que la porte indique au contraire une totale différence d’intention selon qu’on entre ou qu’on sort”.¹⁰² Noutros termos, pode articular-se, politicamente, fechada ou aberta, dependendo do contexto em que se encontre.

Na ordem do dia, se quisermos, o *Estado de polícia* sobre o qual se falou pode implicar, doutro ponto, ao menos sob a égide de uma política interna, uma série de objetivos *ilimitados*, encarregando-se não somente da atividade de grupos, mas de cada indivíduo até em seu mais tênue grão, pois, afinal, quem governa com a *Razão de Estado* tem por tema um objeto infinito. Em suma, o porquê de seu caráter *expansivo*. O que não implica dizer, reafirma Foucault, que haja impossibilidade de um certo número de mecanismos de compensação, ou posições a partir das quais se poderá procurar estabelecer uma linha de demarcação, uma fronteira para este objetivo ilimitado que é prescrito ao *Estado de polícia* pela *Razão de Estado* – componente inarredável também de qualquer Estado democrático. Houve formas, das mais variadas historicamente, de oposição a esta lógica com a própria teologia e as teorias do direito natural e do contrato. Todavia, a busca incessante de limites à *Razão de Estado* tem lugar privilegiado no discurso jurídico. Se a instituição judiciária funcionou na Idade Média como prática de redução dos complexos jogos de poder feudais em prol da multiplicação e centralização do poder real, o direito passa a funcionar, a partir dos séculos XVI e XVII, como “*ponto de apoio*” para todo aquele disposto a encontrar uma “limitação à indefinida Razão de Estado que toma corpo num Estado de Polícia”.¹⁰³

Na *porta*, ainda, esteticamente o limite se aproxima do ilimitado, ao contrário da *ponte* condenada a ligar o finito ao finito. Naquela, a possibilidade de uma troca durável se sobrepõe a qualquer isolamento estrito. Por outro lado, na *porta*, a prescrição de segurança se perde em prol da vida expandida em todas as direções. Dissociação e religamento concentram-se do mesmo modo como prestações humanas na figura da porta, determinando seu cariz, pode-se dizer, mais rico e eminentemente político. (SIMMEL, 1988, p. 168).

102 SIMMEL, 1988, p. 165.

103 FOUCAULT, 2008, p. 11.

Aquelas engrenagens discursivas que agora tomam forma como teorias do que poderíamos chamar direito público, antes intrínsecas ao desenvolvimento do poder real, tornam-se, de certo modo, exteriores ao exercício de um governo segundo a *Razão de Estado*. Manteve-se uma perpétua tentativa de limitar estas “razões”, ao menos desde os séculos XVI e XVII, encontradas na razão jurídica. A posição *extrínseca* à *Razão de Estado* da razão jurídica é outra maneira de dizer que a *razão jurídica* não poderá possuir um funcionamento senão puramente *limitativo*.¹⁰⁴ Talvez aí a crise hoje vivenciada a partir do momento em que a limitação interna, ou a promulgação de uma nova *arte de governar* passou a ser ditada e regulada a partir do século XVIII pela *economia política*.

Da mesma forma que o processo penal não está condenado a funcionar como uma mera ponte – neste caso, leia-se, mera reprodução dinamizada, simples realização própria da punição (aposta pelo direito material) –, ele deve, sim, funcionar como opção política, tal como o mecanismo da *porta*, como resguardo às exteriores demandas punitivas e (por que não?), igualmente, aos transbordamentos interiores de seus próprios atores preñes do mesmo desejo. Deve barrar frontalmente estas pulsões, contê-las até internamente, mas articular as decisões, de acordo com o contexto. Poderá, por exemplo, barrar completamente a produção da prova por iniciativa ou prolongamento judicial ao passo que, sob o mesmo dispositivo, deverá aceitar e dar validade àquela prova ilícita em favor do réu. Ao mesmo passo que, no momento da interpretação – digamos, agora, em sede de dogmática penal –, os limites de exculpação da tipicidade, da ilicitude ou culpabilidade devem ser continuamente ampliados, com nítida força centrífuga. Em contrapartida, a legalidade das prescrições taxativas, nos limites em que a linguagem permitir, deverá ter em si uma força centrípeta de incriminação. É assim, dada a lição de Simmel, que nosso estado limitado como ciência penal ganha sentido e dignidade, pois mobiliza e materializa no discurso aquilo que há de potência na figura da *porta*: a possibilidade de quebrar o limite, e, como opção política, ganhar a liberdade.

Atentarmos, doutra parte, para os mecanismos de *repressão* (no sentidos amplo de incitar, suscitar, produzir), em que a *pena* toma um lugar privilegiado (de maneira prévia pudemos anotar), entretanto, devemos nos afastar da leitura meramente economicista da teoria do *poder*, aporte já levantado por Foucault.¹⁰⁵ Um certo *economicismo* que coopta a análise do *poder*, como se este fosse, por um lado, um bem a se transferir ou alienar e que, por outro, exercesse simplesmente o papel de manter as *relações de produção* a reconduzir a *dominação de*

104 Idem, *ibidem*, p. 14.

105 Idem, 2006a, p. 28.

classe. Esquema jurídico *contrato-opressão*¹⁰⁶ fundado, desde o XVIII, quando o *poder* era cedido, constitutivo da soberania, e que tinha no contrato a matriz do seu poder político.¹⁰⁷ Sobretudo, deve-se dispor, desde a lição clássica, que o *poder*, naquilo que nos interessa, não se troca ou conquista, se dá e se exerce em ato, fundamentalmente, não como manutenção de relações econômicas, mas desde *relações de forças*, em que a *repressão* é o seu mecanismo. Se quisermos, nas palavras de Deleuze,¹⁰⁸ elas passam tanto pelos “dominantes” quanto pelos “dominados” e o seu exercício se define pelo poder de *afetar* e *ser afetado* por outras forças. É buscando fugir de uma frágil expressão econômica do *poder* que se oportuna pôr em jogo o desenrolar destas forças. Se não analisarmos o fundo das relações de *poder* em termos de *combate*, de *confronto* ou de *guerra*

106 Ibidem, p. 31.

107 Sobre os mal-entendidos acerca do termo *poder*, convém precisar que não se trata de um “sistema geral de dominação exercida por um elemento ou grupo sobre o outro e cujos efeitos, por derivações sucessivas, atravessem o corpo social inteiro” (FOUCAULT, s/d., p. 88 et seq.). Não significa, pois, instituições e aparelhos de sujeição do Estado. Designa uma multiplicidade de correlações de força; jogos que formam cadeias ou sistemas, desde estratégias que se cristalizam institucionalmente. Não há um foco ou uma existência primeira, produz-se na relação e provém de todos os lugares. Constituído de afrontamentos incessantes, imanentes ao domínio onde se exercem e inerentes a sua organização, “é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada” (idem, ibidem, p. 89). Não obstante, é na oportunidade do seminário de 1977-1978 que o autor traz uma série de proposições mais estrategicamente colocadas acerca da análise dos mecanismos de poder. Em primeiro lugar, para ele não se trata de pôr em causa uma *teoria geral do poder*, mas saber por *onde* passa a coisa, *como* passa, *entre que* pontos, *de acordo com* que procedimentos e *com que* efeitos. Não propriamente indagar sobre *o que é* o poder, como se fosse uma substância, mas sim fazer um estudo *do* poder, dos mecanismos e procedimentos cujo papel, função e tema é precisamente assegurar seu próprio exercício. Segundo: o poder não se funda a partir de si mesmo. O conjunto de procedimentos/relações que estabelecem, transformam e mantêm os mecanismos de poder não são fundados em si mesmos. Dizendo diretamente, os mecanismos de poder são uma parte intrínseca de todas estas relações, não há relações que não sejam de poder; não há relações de produção sobre as quais se depositem mecanismos de poder. Há, enfim, uma circularidade entre os diferentes mecanismos de poder e as relações estabelecidas num campo determinado. Por terceiro, uma análise destas relações de poder põe em jogo um estudo global de uma sociedade. É algo que tem a ver com uma *política da verdade*, ou seja, mostrar quais são os *efeitos de saber* que se produzem em nossa sociedade por obras dos enfrentamentos, sem perder de vista as *táticas de poder* que são elementos desta luta. A quarta indicação dada por ele crê que não há *discurso teórico* que não seja atravessado por algo como um *discurso imperativo*, e ademais, que nada mais é que um *discurso estético*. Isso impõe que aquilo que é preciso fazer somente pode se manifestar dentro de um campo de forças reais; que jamais pode ser criado apenas pela palavra, pois é um campo de força que o falante não controla. Estes imperativos devem ser vistos, sim, como *indicadores táticos*: cabe a cada um saber em que campos de forças reais se orientar para fazer uma análise eficaz em termos táticos (idem, 2006, p. 16-18).

108 DELEUZE, 2006, p. 79.

mesmo, ou seja, desde o confronto bélico de forças, pouco da sua atuação entenderemos. A relação biunívoca que isso estabelece com relação à *pena* é de fácil trato.

Hipótese nietzschiana que Foucault desenvolve num *esquema guerra-repressão*: “poder é a guerra, a guerra continuada por outros meios. E, nesse caso, inverteríamos a proposição de Clausewitz¹⁰⁹ e diríamos que a política é a guerra continuada por outros meios. [...] a política é a sanção e a recondução do desequilíbrio das forças manifestado na guerra.”¹¹⁰ Isso quer dizer, sobremaneira, que as relações de força estabelecidas pela *guerra* são reinscritas pelo poder *político* numa espécie de *guerra silenciosa*, perpetuamente recolocada nas instituições. Com uma eloquência arrasadora, percebe-se que a decisão final só pode vir da *guerra*, o final da *política* está irremediavelmente na prova de força da batalha derradeira. A *repressão*, assim, seria, diferentemente da *opressão* (entendida como ultrapassagem dos limites do contrato soberano), o prosseguimento destas relações de força, a manutenção desigual do estado de guerra contínua.

Retomemos, em vista de sermos mais bem entendidos. O *poder* deve ser visto como relação belicosa: a *guerra* como motor do exercício do *poder político*; a *política*, pois, como sua continuação. E a *pena*, porque não ousar dizer, atua como representante destacado neste poliedro analítico. Desse modo, pouca dúvida pode restar ao se dizer que o *poder de punir (pena)* é o rosto do poder político decifrado em termos de *guerra*. Repita-se: o caráter da *pena* como *guerra* apreende-se como *dispositivo* codificado que reconduz as correlações de força via *política*.

Foi assim que os mecanismos apostos pelas regras de direito puseram em jogo – desde seus “discursos de verdade” sobre a *pena* (retribuição, dissuasão, ressocialização etc.), ou seja, fazendo funcionar estas “falas oficiais” – e constituíram os diversos efeitos de seu poder. A *pena*, como o mais puro espelho do entrelaço de forças, codifica aquilo que permite ver a *política* e a *guerra* como duas estratégias com a mesma gênese: correlações de domínio que são reconduzidas uma a outra permanentemente. Os choques de forças que durante muito tempo encontraram nas formas de *guerra* sua maior expressão são investidos pouco a pouco na ordem do poder *político*; vindo daí a *pena*, como instrumento incessante de *defesa social*, demonstrar isso cotidiana e incessantemente.

Uma ideia *agnóstica* da *pena*, tal como a propomos, vai na direção de um *modelo estratégico*.¹¹¹ Inverte, como quer

109 CLAUSEWITZ, 2010, p. 7-8 e 27.

110 FOUCAULT, 2006a, p. 30. Em outro lugar, FOUCAULT, s/d., p. 89.

111 FOUCAULT, s/d., p. 97.

Foucault,¹¹² a postura geral de análise do direito desde a Idade Média, calcada no paradigma da *soberania*, na fixação da legitimidade do poder, para alçar voo e fazer valer o *domínio* como fato e verificar como o direito põe em jogo estas relações, mais precisamente desde um *dispositivo* que é a *pena*. Um olhar externo, diríamos, que aposta em surpreender estas relações nos alinhamentos últimos, nos seus efeitos reais, não preocupado em saber como se funda o poder de punir, mas “como, efectivamente, a punição, o poder de punir, se iam constituindo num certo número de instituições locais, regionais, materiais, quer se tratasse do suplício ou do encarceramento, e isso no mundo a um tempo institucional, físico, regulamentar e violento dos aparelhos efectivos de punição.”¹¹³

Apenas se estudando onde o *poder* está investido no interior das práticas, para além de um “aporte jurídico”, e muito menos se usando de análises de formas gerais de dominação global, é que conseguimos surpreender o funcionamento de seus efeitos mais genuínos. É salutar firmar que uma *teoria da soberania* continua a existir como ideologia do direito, organizadora dos códigos jurídicos desde o XIX (sobre isto, vimos, fundaram-se as *teorias da pena* sucessivamente), o que não afasta – e principalmente, ao inverso, traz consigo – o mascaramento dos *dispositivos* de coerções disciplinares (procedimentos, constrangimentos e técnicas que asseguram os exercícios de poder – como se verá, dispositivos de segurança atinentes ao *biopoder*). Não cremos exagerada a resposta positiva ao questionamento sobre estarmos, firme naqueles discursos voltados à contenção do poder punitivo, de maneira voluntária ou não, a nos conduzir na direcção de um olhar sobre um novo direito *antidisciplinar*.¹¹⁴

A *pena* como um *dispositivo*¹¹⁵ foi a hipótese aventada e tratada. O pano de fundo desenhado anteriormente é que nos dá azo a esta posição. O estatuto de *dispositivo* é aqui empregado como uma cadeia de variáveis relacionadas entre si que vão produzindo determinadas linhas de força e de rupturas. Como faz Foucault com a *sexualidade* e a *loucura*, enxergamos a *pena* como resultado de um vasto repertório de competências. Frisa

112 Idem, 2006a, p. 40.

113 Ibidem, 2006, p. 42.

114 Ibidem, 2006a, p. 53.

115 A terminologia *dispositivo*, usada a partir da metade dos anos 1970 por Foucault, principalmente quando começava a ocupar-se da *governabilidade*, salienta Agamben, deve-se muito a Jean Hyppolite e sua leitura sobre filosofia da história de Hegel, mormente sua ideia de *positividade*, termo que antes, em lugar de *dispositivo*, utilizava-se Foucault. A *positividade* era o *elemento histórico*, segundo Hyppolite, considerado por Hegel como obstáculo à liberdade humana, ou seja, na oposição razão *versus* história, esta deveria ser reconciliada com aquela. O interesse de Foucault não era este, mas o de investigar os modos concretos que as *positividades* ou depois *dispositivos* agiam nas relações, nos mecanismos e nos jogos de poder (AGAMBEN, ibidem, p. 8 e 11).

Martins que os *dispositivos* carregam “esa característica asustadora de adquirir ese estatuto, justamente, a partir de su fortalecimiento con ocasión de los diversos retos colocados por cada momento histórico, que luego ellos incorporan para dilatar su potencial de funcionalidades.”¹¹⁶ A solidez do *dispositivo*, razão porque torna imprescindível a análise da *pena* por essa lente, está exatamente na sua *maleabilidade*, ou seja, na possibilidade de que estratégias diferentes venham a se opor, supor e gerar efeitos permanentes no seu funcionamento, mesmo que não estejam conformes alguma “programação primeira”.¹¹⁷

Uma metodologia para resumidamente entender o termo deve possuir três pontos inafastáveis: o *dispositivo* é uma rede que se estabelece entre elementos heterogêneos linguísticos e não linguísticos (discursos, instituições, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas etc.); dotado de uma função estratégia que sempre repousa numa relação de poder; e, sobretudo, resulta de uma imbricação “saber-poder”.¹¹⁸ Se diz respeito à natureza da relação entre elementos do *dito* e do *não dito*, refere-se a um tipo de jogo que permite a modificação de funções, a justificação e reinterpretação de práticas, ou mesmo seu mascaramento. A *pena* ao longo da histórica, desempenhando o papel de perenidade, acumulou discursos e práticas ao seu processo de *sobredeterminação funcional* não raro contraditórios entre si. Em outras palavras, elementos dos mais diversos calibres surgiram dispersamente para justificá-la; fazendo-a produto de um *perpétuo preenchimento estratégico*, dependendo da *urgência* da resposta que determina cada momento histórico. São nestes jogos de poder que são realizados sobre seu tabuleiro, nas estratégias de relações de força para além do mero discurso, que conseguimos verificar a tamanha capacidade de renovação de seu implemento. Sua história, ou seja, a história da *pena* é a própria narrativa de sua reinvenção.

Importa conectar – alhures a uma vinculação ao conceito de *positividade* hegeliano – a ideia de *dispositivo*, que fala Foucault, a sua *hereditariedade teológica*, tal como faz Agamben.¹¹⁹ Para ele, antecipando sua conclusão, a tradução do termo fundamental grego *oikonomia*, nos escritos dos padres latinos, foi dada pela palavra *dispositio*. Dessa forma, uma *genealogia teológica da economia* apenas poderá ser empreendida tocando-se estes nuances. Como dito, o autor italiano argumenta que a genealogia do conceito remete à história da Igreja, em específico ao termo grego *oikonomia*, que significa a “administração da vida”, gestão prática frente a um problema particular.

116 MARTINS, 2007, p. 149.

117 FOUCAULT, 1994, p. 28.

118 FOUCAULT, 1979, p. 244-245.

119 AGAMBEN, 2006a, p. 15-18.

Foi com esse instrumento que a Igreja lidou, entre os séculos II e VI, com o problema da santíssima trindade. Ante o perigo do politeísmo, que poderia acarretar à fé cristã a mensagem da unidade do Pai, do Filho e do Espírito Santo, opôs-se a distinção entre o *logos da teologia* e o *logos da economia*: “Dio affida a Cristo l’economia’, l’ammnistrazione e il governo della storia degli uomini. [...] l’oikonomia divenne così il dispositivo attraverso cui il dogma trinitario e l’idea di un governo divino provvidenziale del mondo furono introdotti nella fede cristiana.”¹²⁰ Em suma, houve uma separação entre um *Deus-ser* (ontologia) e um *Deus-ação* (prática, sobretudo *política*) operada por este termo, traduzido mais tarde pelos padres latinos com o nome de *dispositivo*.

É isso que nos importa destacar acima de tudo. O *dispositivo*, de que fala Foucault, diz respeito a uma pura atividade *política* de governo. “Letteralmente qualunque cosa abbia in qualche modo la capacità di catturare, orientare, determinare, intercettare, modellare, controllare e assicurare i gesti, le condotte, le opinioni e i discorsi degli esseri vivente.”¹²¹ Se de um lado temos o “ser vivente” em si, por outro aparecem os *dispositivos* que incessantemente os capturam – controlando, orientando, gerindo seus gestos e pensamentos; formando, assim, seus próprios *sujeitos*. A *pena* opera dessa forma. Estando todos nós sempre em contato com algum *deles*, não se trata meramente de destruí-los ou pensar ingenuamente em usá-los de maneira justa. Pensemos na *pena* uma vez mais. A tarefa que urge é tentar, desde os mais diferentes mecanismos, libertar o que foi capturado e separado por este *dispositivo* – o sequestro, se quisermos, do discurso jurídico em prol da sua legitimação – e *restituí-lo ao uso comum dos homens*. “Profanar”, como diz Agamben, resgatá-la deste pedestal sacro em que foi colocada, e aprender a jogar de outra forma com ela.¹²² Não para relegitimá-la ou dotá-la de nova força justificante, lidar com ela para além do horizonte de dor que veicula.

Onde há *poder* há *resistência*, já dissemos, e múltiplos são seus pontos e focos. O *afeto*, nas palavras de Deleuze, que caracteriza o exercício do *poder*, se, por um lado, é a *função* da força – afetar (*física de ação abstrata*) –, por outro, é uma pura *física da matéria-prima* não formada – ser afetado.¹²³ Mas, por certo, estes nós não se encontram em relação de exterioridade com o *poder*. São nestes mesmos campos estratégicos formados em que o discurso do *direito penal* (tática jurídica, outro *dispositivo* por certo) deve encarar a *pena* como *poder*, realidade *política* – “argomenti tutti relativi al potere non al diritto”, verdadeiro *direito humanitário internacional* em tempo de guerra, in-

120 Idem, ibidem, p. 17.

121 Ibidem, p. 21-22.

122 AGAMBEN, 2006, p. 122.

123 DELEUZE, 2006, p. 80.

capaz de dar cabo ao conflito mas preocupado em reduzir violência.¹²⁴ A *teoria da pena*, nos moldes em que tradicionalmente é exercitada pelo jurista, demonstra um lirismo, manifesto na impotência de encontrar fundamento para *ela* e, mais, acarreta, como apontado, a própria morte do seu discurso. Se hoje, comungado a um “direito de morte” inerente ao antigo diagrama da *soberania*, havemos de nos defrontar com condições mais complexas, onde o *poder*, na sua “gestão da *vida*”, tomou-a em si como objeto e objetivo, alguma *resistência* deve passar por aí. “A vida não seria essa capacidade da força de resistir?”¹²⁵ É a *vida* como *resistência* que se volta contra o próprio *poder*, e é a *resistência* ao *poder* que se transforma em *poder de vida*.

O anseio, cremos, ao menos em algum grau, para o momento, foi alcançado: pôr para circular fragmentos de discursos dispersos que possam acabar por formar uma série de “saberes libertos”. Pedacos de genealogias que descontinuamente formam *táticas* que se põem em jogo desde conteúdos que deixam de ser subjugados. Ao final, não devemos desviar o olhar da tentação por unidade que podemos não tarde recair, ao sermos novamente cooptados por novas codificações de discursos unos. É o risco que corre qualquer discurso minimamente comprometido com a *crítica*. Isso diz respeito ao profundo perigo levantado pelo questionamento de Foucault a estes saberes “menores”. Com isso também nos colocamos neste *limite crítico*, todavia agora, em outro patamar, com um ganho incomensurável:

a partir do momento em que desprendemos assim fragmentos de genealogia, a partir do momento em que fazemos valer, em que pomos a circular essas espécies de elementos do saber que procuramos libertar, não se arriscam eles a ser novamente codificados, colonizados por esses discursos unitários que, depois de terem começado por desqualificá-los para em seguida os ignorar quando reaparecem, talvez estejam agora prontos a anexá-los e a retomá-los no seu próprio discurso e nos seus próprios efeitos de saber e de poder?¹²⁶

A vinda do novo não pode significar, porém, a hospitalidade acrítica, exatamente para que continuemos sob o adágio da afirmação da vida num futuro continuamente em aberto. As suspeitas devem, pois, teimar em acompanhar as frestas de um novo futuro sempre possível.

124 ZAFFARONI in GIANFORMAGGIO, 1993, p. 393.

125 DELEUZE, 2006, p. 99.

126 FOUCAULT, 2006a, p. 26.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un dispositivo?* Roma: Nottetempo, 2006a.

_____. *Profanações*. Tradução de Luísa Feijó. Lisboa: Cotovia, 2006.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal: Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

BARRETO, Tobias. "O fundamento do direito de punir". In: *Estudos de Direito*. BARRETO, Tobias. Campinas: Bookseller, 2000.

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

BENESE, Giovanni Botero. *Della Ragione di Stato*, libri dieci. Con tre libri delle cause, della grandezza delle Città. Di nuovo in questa ultima impressione, mutati alcuni luoghi dall'istesso Autore, accresciuti di diversi Discorsi, cioè, Dell'Eccellenze degli Antichi Capitani; Della Neutralità Del Prencipe, Della Riputatione Del Prencipe, Dell'Agilità delle forze Del Prencipe, Della fortificatione; Una Relatione del Mare. Con due Tavole, Una delle materie, L'altra delle cose notabili. All'Illustriss Et Reverendiss Sig. mio osservandiss Il Signor Volfango Teodorico, Arciuescovo, e Prencipe di Salczburg. Venetia: appresso Nicolò Mifferini, 1606.

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

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

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

CLAUSEWITZ, Carl von. *Da Guerra*. Tradução Maria Teresa Ramos. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Tradução Cláudia Sant'Anna Martins (et. al.). São Paulo: Brasiliense, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Éditions du Seuil, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. "Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*". In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993.

_____. *Derecho y Garantías – La Ley de Más Débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trota, 1999.

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

_____. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. 2. Teoria della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007.

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

_____. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006.

_____. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.

FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Livros do Brasil, 2006a.

_____. *Estratégias, poder-saber*. Coleção Ditos e Escritos IV. FOUCAULT, Michel. Organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. *História da sexualidade 1 – a vontade de saber*. 10. ed. São Paulo: Graal, s/d.

_____. *Microfísica do poder*. MACHADO, Roberto (org. e trad.). Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *O Nascimento da Biopolítica*. Curso dado no Collège de France (1978-1979). Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Omnès et Singulatim* [para uma crítica da razão política]. Tradução de Selvino J. Assmann. Desterro: Edições Nephelibata, 2006a.

_____. *Seguridad, Territorio, Población*. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

_____. Table ronde du 20 mai 1978. In: *Dits et Écrits 1954-1988 – IV 1980-1988*. FOUCAULT, Michel. Paris: Gallimard, 1994.

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

GIL, Fernando. “Evidência e demarcação”. In: *Modos de Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

HEIDEGGER, Martin. “Construir, habitar, pensar”. In: *Conferencias y artículos*. Traducción de Eustaquio Barjau. Barcelona: Ediciones del Serbal, 1994.

HINKELAMMERT, Franz. *Democracia & Totalitarismo*. Santiago: Amerinda Ediciones, 1987.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Los Límites de la acción del Estado*. Estudio preliminar, traducción y notas de Joaquín Abellan. Madrid: Tecnos, 1988.

KANT, Immanuel. *Metafísica de los Costumbres*. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1989.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005a.

KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005.

LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*. Ensayo sobre el orden dogmático. Barcelona: Anagrama, 1979.

LIRA, Roberto. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

LISZT, Franz Von, *La Idea del Fin en el Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

MARAT, Jean-Paul. *Les chaînes de l'Esclavage*: Ouvrage destiné à développer les noirs attentants des princes contre les peuples; les ressorts secrets, les ruses, les menées, les artifices, les coups d'État qu'ils emploient pour détruire la liberté, et les scènes sanglantes qui accompagnant le despotisme. Présentation de Michel Vovelle. Paris: Complexe, 1988.

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

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

MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004.

MOCCIA, Sergio. *La Perene Emergenza*: Tendenze autoritarie nel sistema penale. Seconda edizione riveduta ed ampliata. Prefazione di Alessandro Baratta. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. *O Discurso do Telejornalismo de Referência*: criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: Método/IBCCRIM, 2007.

NAUDÉ, Gabriel. *Considerations Politiques sur les Coups d'Etat*. Suivant la Copie de Rome: 1723.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación*: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Traducción de Ignacio Muñagorri. Madrid: Siglo Veintiuno, 1983.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão*: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Tradução Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia con aggiunte e riforme al medesimo G. D. Romagnosi*. Terza Edizione – accresciuta dall'autore di vari articoli sulla giurisprudenza positiva penale. Prato Nella Tipografia Guasti, 1836.

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

SCHMITT, Carl. *Concepto de lo político*. Traducido por Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cía., 2006.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SIMMEL, Georg. "Pont et porte". In: *La Tragédie de la culture et autres essais*. Traduit de l'allemand par Sabine Cornille et Philippe Ivernel. Précédé d'un essai de Vladimir Jankélévitch, Paris: Editions Rivages, 1988.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. 14. ed. Tradução de Leônidas Hegemberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

_____. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2003.

_____. *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. Tomo I. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria”. In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993.

_____. *Criminología: Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 2003.

_____. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004.

_____. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1997.

_____. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ZAVERUCHA, Jorge. “Relações Civil-Militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988”. In: *O que Resta da Ditadura*. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *Collor, Itamar, FHC e os militares*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia (1999-2002)*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

TEMAS DOS CADERNOS IHU IDEIAS

- N. 01 *A teoria da justiça de John Rawls* – Dr. José Nedel
- N. 02 *O feminismo ou os feminismos: Uma leitura das produções teóricas* – Dra. Edla Eggert
O Serviço Social junto ao Fórum de Mulheres em São Leopoldo – MS Clair Ribeiro Ziebell e Acadêmicas Anemarie Kirsch Deutrich e Magali Beatriz Strauss
- N. 03 *O programa Linha Direta: a sociedade segundo a TV Globo* – Jornalista Sonia Montañó
- N. 04 *Ermani M. Fiori – Uma Filosofia da Educação Popular* – Prof. Dr. Luiz Gilberto Kronbauer
- N. 05 *O ruído de guerra e o silêncio de Deus* – Dr. Manfred Zeuch
- N. 06 *BRASIL: Entre a Identidade Vazia e a Construção do Novo* – Prof. Dr. Renato Janine Ribeiro
- N. 07 *Mundos televisivos e sentidos identitários na TV* – Profa. Dra. Suzana Kilpp
- N. 08 *Simões Lopes Neto e a Invenção do Gaúcho* – Profa. Dra. Márcia Lopes Duarte
- N. 09 *Oligopólios midiáticos: a televisão contemporânea e as barreiras à entrada* – Prof. Dr. Valério Cruz Brittos
- N. 10 *Futebol, mídia e sociedade no Brasil: reflexões a partir de um jogo* – Prof. Dr. Édison Luis Gastaldo
- N. 11 *Os 100 anos de Theodor Adorno e a Filosofia depois de Auschwitz* – Profa. Dra. Márcia Tiburi
- N. 12 *A domesticação do exótico* – Profa. Dra. Paula Caleffi
- N. 13 *Pomeranas parceiras no caminho da roça: um jeito de fazer Igreja, Teologia e Educação Popular* – Profa. Dra. Edla Eggert
- N. 14 *Júlio de Castilhos e Borges de Medeiros: a prática política no RS* – Prof. Dr. Gunter Axt
- N. 15 *Medicina social: um instrumento para denúncia* – Profa. Dra. Stela Nazareth Meneghel
- N. 16 *Mudanças de significado da tatuagem contemporânea* – Profa. Dra. Débora Kirschke Leitão
- N. 17 *As sete mulheres e as negras sem rosto: ficção, história e trivialidade* – Prof. Dr. Mário Maestri
- N. 18 *Um itinerário do pensamento de Edgar Morin* – Profa. Dra. Maria da Conceição de Almeida
- N. 19 *Os donos do Poder, de Raymundo Faoro* – Profa. Dra. Helga Iracema Ladgraf Piccolo
- N. 20 *Sobre técnica e humanismo* – Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Junior
- N. 21 *Construindo novos caminhos para a intervenção societária* – Profa. Dra. Lucilda Selli
- N. 22 *Física Quântica: da sua pré-história à discussão sobre o seu conteúdo essencial* – Prof. Dr. Paulo Henrique Dionísio
- N. 23 *Atualidade da filosofia moral de Kant, desde a perspectiva de sua crítica a um solipsismo prático* – Prof. Dr. Valério Rohden
- N. 24 *Imagens da exclusão no cinema nacional* – Profa. Dra. Miriam Rossini
- N. 25 *A estética discursiva da tevê e a (des)configuração da informação* – Profa. Dra. Nísia Martins do Rosário
- N. 26 *O discurso sobre o voluntariado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS* – MS Rosa Maria Serra Bavaresco
- N. 27 *O modo de objetivação jornalística* – Profa. Dra. Beatriz Alcaraz Marocco
- N. 28 *A cidade afetada pela cultura digital* – Prof. Dr. Paulo Edison Belo Reyes
- N. 29 *Prevalência de violência de gênero perpetrada por companheiro: Estudo em um serviço de atenção primária à saúde – Porto Alegre, RS* – Prof. MS José Fernando Dresch Kronbauer
- N. 30 *Getúlio, romance ou biografia?* – Prof. Dr. Juremir Machado da Silva
- N. 31 *A crise e o êxodo da sociedade salarial* – Prof. Dr. André Gorz
- N. 32 *À meia luz: a emergência de uma Teologia Gay – Seus dilemas e possibilidades* – Prof. Dr. André Sidnei Musskopf
- N. 33 *O vampirismo no mundo contemporâneo: algumas considerações* – Prof. MS Marcelo Pizarro Noronha
- N. 34 *O mundo do trabalho em mutação: As reconfigurações e seus impactos* – Prof. Dr. Marco Aurélio Santana
- N. 35 *Adam Smith: filósofo e economista* – Profa. Dra. Ana Maria Bianchi e Antonio Tiago Loureiro Araújo dos Santos
- N. 36 *Igreja Universal do Reino de Deus no contexto do emergente mercado religioso brasileiro: uma análise antropológica* – Prof. Dr. Airon Luiz Jungblut
- N. 37 *As concepções teórico-analíticas e as proposições de política econômica de Keynes* – Prof. Dr. Fernando Ferrari Filho
- N. 38 *Rosa Egipcíaca: Uma Santa Africana no Brasil Colonial* – Prof. Dr. Luiz Mott
- N. 39 *Malthus e Ricardo: duas visões de economia política e de capitalismo* – Prof. Dr. Gentil Corazza
- N. 40 *Corpo e Agenda na Revista Feminina* – MS Adriana Braga
- N. 41 *A (anti)filosofia de Karl Marx* – Profa. Dra. Leda Maria Paulani
- N. 42 *Veblen e o Comportamento Humano: uma avaliação após um século de “A Teoria da Classe Ociosa”* – Prof. Dr. Leonard Monteiro Monasterio
- N. 43 *Futebol, Mídia e Sociabilidade. Uma experiência etnográfica* – Édison Luis Gastaldo, Rodrigo Marques Leistner, Ronei Teodoro da Silva e Samuel McGinity
- N. 44 *Genealogia da religião. Ensaio de leitura sistêmica de Marcel Gauchet. Aplicação à situação atual do mundo* – Prof. Dr. Gérard Donnadieu
- N. 45 *A realidade quântica como base da visão de Teilhard de Chardin e uma nova concepção da evolução biológica* – Prof. Dr. Lothar Schäfer
- N. 46 *“Esta terra tem dono”. Disputas de representação sobre o passado missioneiro no Rio Grande do Sul: a figura de Sepé Tiaraju* – Profa. Dra. Ceres Karam Brum

- N. 47 *O desenvolvimento econômico na visão de Joseph Schumpeter* – Prof. Dr. Achyles Barcelos da Costa
- N. 48 *Religião e elo social. O caso do cristianismo* – Prof. Dr. Gérard Donnadieu
- N. 49 *Copérnico e Kepler: como a terra saiu do centro do universo* – Prof. Dr. Geraldo Monteiro Sigaud
- N. 50 *Modernidade e pós-modernidade – luzes e sombras* – Prof. Dr. Evilázio Teixeira
- N. 51 *Violências: O olhar da saúde coletiva* – Élda Azevedo Henington e Stela Nazareth Meneghel
- N. 52 *Ética e opções morais* – Prof. Dr. Thomas Kesselring/Julianos ou emoções: de quem é a primazia na moral? – Prof. Dr. Adriano Naves de Brito
- N. 53 *Computação Quântica. Desafios para o Século XXI* – Prof. Dr. Fernando Haas
- N. 54 *Atividade da sociedade civil relativa ao desarmamento na Europa e no Brasil* – Profa. Dra. An Vranckx
- N. 55 *Terra habitável: o grande desafio para a humanidade* – Prof. Dr. Gilberto Dupas
- N. 56 *O decrescimento como condição de uma sociedade convivial* – Prof. Dr. Serge Latouche
- N. 57 *A natureza da natureza: auto-organização e caos* – Prof. Dr. Günter Küppers
- N. 58 *Sociedade sustentável e desenvolvimento sustentável: limites e possibilidades* – Dra. Hazel Henderson
- N. 59 *Globalização – mas como?* – Profa. Dra. Karen Gloy
- N. 60 *A emergência da nova subjetividade operária: a sociabilidade invertida* – MS Cesar Sanson
- N. 61 *Incidente em Antares e a Trajetória de Ficção de Erico Verissimo* – Profa. Dra. Regina Zilberman
- N. 62 *Três episódios de descoberta científica: da caricatura empirista a uma outra história* – Prof. Dr. Fernando Lang da Silveira e Prof. Dr. Luiz O. Q. Peduzzi
- N. 63 *Negações e Silenciamentos no discurso acerca da Juventude* – Cátia Andressa da Silva
- N. 64 *Getúlio e a Gira: a Umbanda em tempos de Estado Novo* – Prof. Dr. Artur Cesar Isaia
- N. 65 *Darcy Ribeiro e o O povo brasileiro: uma alegoria humanista tropical* – Profa. Dra. Léa Freitas Perez
- N. 66 *Adoecer: Morrer ou Viver? Reflexões sobre a cura e a não cura nas reduções jesuítico-guaranis (1609-1675)* – Profa. Dra. Eliane Cristina Deckmann Fleck
- N. 67 *Em busca da terceira margem: O olhar de Nelson Pereira dos Santos na obra de Guimarães Rosa* – Prof. Dr. João Guilherme Barone
- N. 68 *Contingência nas ciências físicas* – Prof. Dr. Fernando Haas
- N. 69 *A cosmologia de Newton* – Prof. Dr. Ney Lemke
- N. 70 *Física Moderna e o paradoxo de Zenon* – Prof. Dr. Fernando Haas
- N. 71 *O passado e o presente em Os Inconfidentes, de Joaquim Pedro de Andrade* – Profa. Dra. Miriam de Souza Rossini
- N. 72 *Da religião e de juventude: modulações e articulações* – Profa. Dra. Léa Freitas Perez
- N. 73 *Tradição e ruptura na obra de Guimarães Rosa* – Prof. Dr. Eduardo F. Coutinho
- N. 74 *Raça, nação e classe na historiografia de Moysés Vellinho* – Prof. Dr. Mário Maestri
- N. 75 *A Geologia Arqueológica na Unidosinos* – Prof. MS Carlos Henrique Nowatzki
- N. 76 *Campesinato negro no período pós-abolição: repensando Coronelismo, enxada e voto* – Profa. Dra. Ana Maria Lugão Rios
- N. 77 *Progresso: como mito ou ideologia* – Prof. Dr. Gilberto Dupas
- N. 78 *Michael Aglietta: da Teoria da Regulação à Violência da Moeda* – Prof. Dr. Octavio A. C. Conceição
- N. 79 *Dante de Laytano e o negro no Rio Grande Do Sul* – Prof. Dr. Moacyr Flores
- N. 80 *Do pré-urbano ao urbano: A cidade missioneira colonial e seu território* – Prof. Dr. Arno Alvarez Kem
- N. 81 *Entre Canções e versos: alguns caminhos para a leitura e a produção de poemas na sala de aula* – Profa. Dra. Gláucia de Souza
- N. 82 *Trabalhadores e política nos anos 1950: a ideia de "sindicalismo populista" em questão* – Prof. Dr. Marco Aurélio Santana
- N. 83 *Dimensões normativas da Bioética* – Prof. Dr. Alfredo Culleton e Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto
- N. 84 *A Ciência como instrumento de leitura para explicar as transformações da natureza* – Prof. Dr. Attico Chassot
- N. 85 *Demanda por empresas responsáveis e Ética Concorrencial: desafios e uma proposta para a gestão da ação organizada do varejo* – Profa. Dra. Patrícia Almeida Ashley
- N. 86 *Autonomia na pós-modernidade: um delírio?* – Prof. Dr. Mario Fleig
- N. 87 *Gauchismo, tradição e Tradicionalismo* – Profa. Dra. Maria Eunice Maciel
- N. 88 *A ética e a crise da modernidade: uma leitura a partir da obra de Henrique C. de Lima Vaz* – Prof. Dr. Marcelo Perine
- N. 89 *Limites, possibilidades e contradições da formação humana na Universidade* – Prof. Dr. Laurício Neumann
- N. 90 *Os índios e a História Colonial: lendo Cristina Pompa e Regina Almeida* – Profa. Dra. Maria Cristina Bohn Martins
- N. 91 *Subjetividade moderna: possibilidades e limites para o cristianismo* – Prof. Dr. Franklin Leopoldo e Silva
- N. 92 *Saberes populares produzidos numa escola de comunidade de catadores: um estudo na perspectiva da Etnomatemática* – Daiane Martins Bocosanta
- N. 93 *A religião na sociedade dos indivíduos: transformações no campo religioso brasileiro* – Prof. Dr. Carlos Alberto Steil
- N. 94 *Movimento sindical: desafios e perspectivas para os próximos anos* – MS Cesar Sanson
- N. 95 *De volta para o futuro: os precursores da nanotecnociência* – Prof. Dr. Peter A. Schulz
- N. 96 *Vianna Moog como intérprete do Brasil* – MS Nildo de Moura Carvalho
- N. 97 *A paixão de Jacobina: uma leitura cinematográfica* – Profa. Dra. Marinês Andrea Kunz
- N. 98 *Resiliência: um novo paradigma que desafia as religiões* – MS Susana Maria Rocca Larrosa
- N. 99 *Sociabilidades contemporâneas: os jovens na lan house* – Dra. Vanessa Andrade Pereira
- N. 100 *Autonomia do sujeito moral em Kant* – Prof. Dr. Valerio Rohden

- N. 101 *As principais contribuições de Milton Friedman à Teoria Monetária: parte 1* – Prof. Dr. Roberto Camps Moraes
- N. 102 *Uma leitura das inovações bio(nano)tecnológicas a partir da sociologia da ciência* – MS Adriano Premebida
- N. 103 *ECODI – A criação de espaços de convivência digital virtual no contexto dos processos de ensino e aprendizagem em metaverso* – Profa. Dra. Eliane Schlemmer
- N. 104 *As principais contribuições de Milton Friedman à Teoria Monetária: parte 2* – Prof. Dr. Roberto Camps Moraes
- N. 105 *Futebol e identidade feminina: um estudo etnográfico sobre o núcleo de mulheres gremistas* – Prof. MS Marcelo Pizarro Noronha
- N. 106 *Justificação e prescrição produzidas pelas Ciências Humanas: Igualdade e Liberdade nos discursos educacionais contemporâneos* – Profa. Dra. Paula Corrêa Henning
- N. 107 *Da civilização do segredo à civilização da exibição: a família na vitrine* – Profa. Dra. Maria Isabel Barros Bellini
- N. 108 *Trabalho associado e ecologia: vislumbrando um ethos solidário, terno e democrático?* – Prof. Dr. Telmo Adams
- N. 109 *Transumanismo e nanotecnologia molecular* – Prof. Dr. Celso Candido de Azambuja
- N. 110 *Formação e trabalho em narrativas* – Prof. Dr. Leandro R. Pinheiro
- N. 111 *Autonomia e submissão: o sentido histórico da administração* – Yeda Crusius no Rio Grande do Sul – Prof. Dr. Mário Maestri
- N. 112 *A comunicação paulina e as práticas publicitárias: São Paulo e o contexto da publicidade e propaganda* – Denis Gerson Simões
- N. 113 *Isto não é uma janela: Flusser, Surrealismo e o jogo contra* – Esp. Yenti Delanhesi
- N. 114 *SBT: jogo, televisão e imaginário de azar brasileiro* – MS Sonia Montañó
- N. 115 *Educação cooperativa solidária: perspectivas e limites* – Prof. MS Carlos Daniel Baioto
- N. 116 *Humanizar o humano* – Roberto Carlos Fávero
- N. 117 *Quando o mito se torna verdade e a ciência, religião* – Róber Freitas Bachinski
- N. 118 *Colonizando e descolonizando mentes* – Marcelo Dascal
- N. 119 *A espiritualidade como fator de proteção na adolescência* – Luciana F. Marques e Débora D. Dell'Aglio
- N. 120 *A dimensão coletiva da liderança* – Patrícia Martins Fagundes Cabral e Nedio Seminotti
- N. 121 *Nanotecnologia: alguns aspectos éticos e teológicos* – Eduardo R. Cruz
- N. 122 *Direito das minorias e Direito à diferenciação* – José Rogério Lopes
- N. 123 *Os direitos humanos e as nanotecnologias: em busca de marcos regulatórios* – Wilson Engemann
- N. 124 *Desejo e violência* – Rosane de Abreu e Silva
- N. 125 *As nanotecnologias no ensino* – Solange Binotto Fagan
- N. 126 *Câmara Cascudo: um historiador católico* – Bruna Rafaela de Lima
- N. 127 *O que o câncer faz com as pessoas? Reflexos na literatura universal: Leo Tolstói* – Thomas Mann – Alexander Soljenitsin – Philip Roth – Karl-Josef Kuschel
- N. 128 *Dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à identidade genética* – Ingo Wolfgang Sarlet e Selma Rodrigues Petterle
- N. 129 *Aplicações de caos e complexidade em ciências da vida* – Ivan Amaral Guerrini
- N. 130 *Nanotecnologia e meio ambiente para uma sociedade sustentável* – Paulo Roberto Martins
- N. 131 *A philia como critério de inteligibilidade da mediação comunitária* – Rosa Maria Zaia Borges Abrão
- N. 132 *Linguagem, singularidade e atividade de trabalho* – Marlene Teixeira e Éderson de Oliveira Cabral
- N. 133 *A busca pela segurança jurídica na jurisdição e no processo sob a ótica da teoria dos sistemas sociais de Niklass Luhmann* – Leonardo Grison
- N. 134 *Motores Biomoleculares* – Ney Lemke e Luciano Hennemann
- N. 135 *As redes e a construção de espaços sociais na digitalização* – Ana Maria Oliveira Rosa
- N. 136 *De Marx a Durkheim: Algumas apropriações teóricas para o estudo das religiões afro-brasileiras* – Rodrigo Marques Leistner
- N. 137 *Redes sociais e enfrentamento do sofrimento psíquico: sobre como as pessoas reconstruem suas vidas* – Breno Augusto Souto Maior Fontes
- N. 138 *As sociedades indígenas e a economia do dom: O caso dos guaranis* – Maria Cristina Bohn Martins
- N. 139 *Nanotecnologia e a criação de novos espaços e novas identidades* – Marise Borba da Silva
- N. 140 *Platão e os Guarani* – Beatriz Helena Domingues
- N. 141 *Direitos humanos na mídia brasileira* – Diego Airosa da Motta
- N. 142 *Jornalismo Infantil: Apropriações e Aprendizagens de Crianças na Recepção da Revista Recreio* – Greyce Vargas
- N. 143 *Derrida e o pensamento da desconstrução: o redimensionamento do sujeito* – Paulo Cesar Duque-Estrada
- N. 144 *Inclusão e Biopolítica* – Maura Corcini Lopes, Kamila Lockmann, Morgana Domênica Hattge e Viviane Klaus
- N. 145 *Os povos indígenas e a política de saúde mental no Brasil: composição simétrica de saberes para a construção do presente* – Bianca Sordi Stock
- N. 146 *Reflexões estruturais sobre o mecanismo de REDD* – Camila Moreno
- N. 147 *O animal como próximo: por uma antropologia dos movimentos de defesa dos direitos animais* – Caetano Sordi
- N. 148 *Avaliação econômica de impactos ambientais: o caso do aterro sanitário em Canoas-RS* – Fernanda Schutz
- N. 149 *Cidadania, autonomia e renda básica* – Josué Pereira da Silva
- N. 150 *Imagética e formações religiosas contemporâneas: entre a performance e a ética* – José Rogério Lopes
- N. 151 *As reformas político-econômicas pombalinas para a Amazônia: e a expulsão dos jesuítas do Grão-Pará e Maranhão* – Luiz Fernando Medeiros Rodrigues

- N. 152 *Entre a Revolução Mexicana e o Movimento de Chiapas: a tese da hegemonia burguesa no México ou "por que voltar ao México 100 anos depois"* – Claudia Wasserman
- N. 153 *Globalização e o pensamento econômico franciscano: Orientação do pensamento econômico franciscano e Caritas in Veritate* – Stefano Zamagni
- N. 154 *Ponto de cultura teko arandu: uma experiência de inclusão digital indígena na aldeia kaiowá e guarani Te'yikue no município de Caarapó-MS* – Neimar Machado de Sousa, Antonio Brand e José Francisco Sarmento
- N. 155 *Civilizar a economia: o amor e o lucro após a crise econômica* – Stefano Zamagni
- N. 156 *Intermitências no cotidiano: a clínica como resistência inventiva* – Mário Francis Petry Londero e Simone Mainieri Paulon
- N. 157 *Democracia, liberdade positiva, desenvolvimento* – Stefano Zamagni
- N. 158 *"Passemos para a outra margem": da homofobia ao respeito à diversidade* – Omar Lucas Perroux Fortes de Sales
- N. 159 *A ética católica e o espírito do capitalismo* – Stefano Zamagni
- N. 160 *O Slow Food e novos princípios para o mercado* – Eriberto Nascente Silveira
- N. 161 *O pensamento ético de Henri Bergson: sobre As duas fontes da moral e da religião* – André Brayner de Farias
- N. 162 *O modus operandi das políticas econômicas keynesianas* – Fernando Ferrari Filho e Fábio Henrique Bittes Terra
- N. 163 *Cultura popular tradicional: novas mediações e legitimações culturais de mestres populares paulistas* – André Luiz da Silva
- N. 164 *Será o decrescimento a boa nova de Ivan Illich?* – Serge Latouche
- N. 165 *Agostos! A "Crise da Legalidade": vista da janela do Consulado dos Estados Unidos em Porto Alegre* – Carla Simone Rodeghero
- N. 166 *Convivialidade e decrescimento* – Serge Latouche
- N. 167 *O impacto da plantação extensiva de eucalipto nas culturas tradicionais: Estudo de caso de São Luís do Paraitinga* – Marcelo Henrique Santos Toledo
- N. 168 *O decrescimento e o sagrado* – Serge Latouche
- N. 169 *A busca de um ethos planetário* – Leonardo Boff
- N. 170 *O salto mortal de Louk Hulsman e a desinstitucionalização do ser: um convite ao abolicionismo* – Marco Antonio de Abreu Scapini
- N. 171 *Sub specie aeternitatis – O uso do conceito de tempo como estratégia pedagógica de religação dos saberes* – Gerson Egas Severo
- N. 172 *Theodor Adorno e a frieza burguesa em tempos de tecnologias digitais* – Bruno Pucci
- N. 173 *Técnicas de si nos textos de Michel Foucault: A influência do poder pastoral* – João Roberto Barros II
- N. 174 *Da mônada ao social: A intersubjetividade segundo Levinas* – Marcelo Fabri
- N. 175 *Um caminho de educação para a paz segundo Hobbes* – Lucas Mateus Dalsotto e Everaldo Cescon
- N. 176 *Da magnitude e ambivalência à necessária humanização da tecnociência segundo Hans Jonas* – Jelson Roberto de Oliveira
- N. 177 *Um caminho de educação para a paz segundo Locke* – Odair Camati e Paulo César Nodari
- N. 178 *Crime e sociedade estamental no Brasil: De como la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos* – Lenio Luiz Streck
- N. 179 *Um caminho de educação para a paz segundo Rousseau* – Mateus Boldori e Paulo César Nodari
- N. 180 *Limites e desafios para os direitos humanos no Brasil: entre o reconhecimento e a concretização* – Afonso Maria das Chagas
- N. 181 *Apátridas e refugiados: direitos humanos a partir da ética da alteridade* – Gustavo Oliveira de Lima Pereira
- N. 182 *Censo 2010 e religiões: reflexões a partir do novo mapa religioso brasileiro* – José Rogério Lopes
- N. 183 *A Europa e a ideia de uma economia civil* – Stefano Zamagni



Augusto Jobim do Amaral é doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciências Política, História Contemporânea e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra; mestre e especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; professor da Faculdade de Direito da PUCRS e pesquisador-convidado do Centro de Estudos Internacionais do Século XX (CEIS 20) da Universidade de Coimbra.

Algumas publicações do autor

AMARAL, Augusto Jobim do. “A Ostensão Penal: um ensaio sobre populismo punitivo”. In: GAGLIETTI, Mauro; GAGLIETTI, Natália Formagini (Org.). *Direito Contemporâneo em pauta*. Passo Fundo/Santo Ângelo: Passografic/URI, 2012, p. 324-353.

_____. “A Velocidade do Controle – ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil”. In: ROSA, Alexandre Morais da; PRUDENTE, Neemias Moretti (Org.). *Monitoramento Eletrônico em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 35-64.

_____. “Dizer é ancestral e tarde demais... – Intempestividades de ‘Kafka: a justiça, o veredicto e a colônia penal – um ensaio’, de Ricardo Timm de Souza”. In: SOUZA, Ricardo Timm de; MELLO, Ana Maria Lisboa de; SANTOS, Marcelo Leandro dos; FARIAS, André Brayner de; SILVA, Camila Gonzatto da (Org.). *Literatura e Psicanálise: encontros contemporâneos*. Porto Alegre: Dublinense, 2012, p. 88-101.

_____. WUNDERLICH, Alberto; PIRES, Daniela de Oliveira; ATHAYDES, E. M.; BORSA, Tatiana (Org.). *Temas Críticos em Direito*. Volume 2. Guaíba: Sob Medida, 2012.

WUNDERLICH, Alberto; AMARAL, Augusto Jobim do; PIRES, Daniela de Oliveira; ATHAYDES, Estevão Machado (Org.). *Temas Críticos em Direito*. Volume 1. Guaíba: Sob Medida, 2011.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.