

## SECULARIZAÇÃO, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO PENAL

Marcelo Oliveira de Moura

**Resumo:** O penalismo brasileiro contemporâneo forjado a partir de uma explícita retomada dos aportes da criminologia de matriz positivista revela institutos marcados por afrontas a núcleos preservados e garantidos na Constituição contra ingerência estatal quando do exercício do *jus puniendi*. As normas de natureza penal, processual penal e de execução penal desvelam o discurso autoritário e anti-secular matizado pela doutrina de justificação da pena privativa de liberdade de matriz preventivo especial positiva. Frente a este contexto, propõe-se este ensaio como debate preliminar a respeito da paradoxal coexistência destes traços com a imposição de efetivação do Estado Democrático de Direito, e como instrumento para tentar trazer a lume aspectos de uma crise que se encontra encoberta no cenário jurídico em crise.

**Palavras-chave:** Direito Penal; Estado Democrático de Direito; Secularização; Constituição.

**SUMÁRIO:** Introdução; I. Inquisitorialismo medieval, secularização e o direito penal contratualista; II. O anti-secularismo positivista e a nova defesa social; III. As feições autoritárias do direito penal contemporâneo; IV. Constituição, Estado Democrático de Direito e a necessária (re)leitura do direito penal; V. Considerações finais; VI. Referências bibliográficas

## Introdução

Os debates travados contemporaneamente no ambiente acadêmico atinentes à questão criminal, inseridos num espaço mergulhado no sentido comum teórico dos juristas e orientados pelos diversos mecanismos de direcionamento ideológico do saber, não vislumbram possibilidade de análise de algumas questões que julgamos das principais temáticas controvertidas do direito penal. Questionamentos atinentes à mácula crescente e constante de princípios inerentes ao núcleo ilustrado do direito penal, e mais precisamente, do princípio da secularização, base sustentadora do Estado Direito, emergente a partir das construções dos contratualistas do século XVIII.

O paradigma (laicizador) da separação entre direito e moral, que conduziu ao rompimento com o sistema penal inquisitorial do medievo, é princípio fundante do direito penal do Estado Democrático de Direito. Entretanto, as legislações atuais, frutos de políticas criminais sempre sensíveis aos apelos emocionais de uma sociedade comandada pelo aparato midiático, não estão adaptadas aos comandos constitucionais que isto impõem, o que permite a presença no universo jurídico-penal de institutos incompatíveis com o paradigma da secularização.

Neste contexto se faz necessário o resgate da temática e uma reflexão a fim de que se possa trazer à luz a importância desse princípio, colocado à margem e cujo esquecimento faz do nosso direito penal uma atrocidade que lembra o sistema intolerante do período das trevas. Nesta perspectiva, o presente trabalho tem como objetivo, a análise das origens históricas do paradigma secularizador, bem como, do desenvolvimento do pensamento penalístico na história, como forma de percepção dos vínculos que originam as crises que se abateram e se abatem sobre ele.

### I. Inquisitorialismo medieval, secularização e o direito penal contratualista

O passo inicial para elaboração do trabalho a que nos propomos, consiste na análise (respeitando os limites de um simples artigo) de um dos mais fascinantes momentos da história da humanidade: a Idade Média, também denominada Idade das Trevas.

Tal exame é de fundamental importância para compreensão das feições do direito penal na atualidade e, do nosso ponto de vista, indispensável da mesma forma, para que se possa nomear – trazer a lume – uma das faces da aguda crise que se abate sobre o Direito Penal na atualidade, originada por um modo-de-produção de direito<sup>1</sup> penal atentatório ao princípio fundante do Estado Moderno e do direito penal democrático, o referido Princípio Liberal da Secularização.

É nesse período histórico, que se engendra a Inquisição e seu modelo justificador, ou seja, o denominado paradigma<sup>2</sup> inquisitorial, o qual segundo o professor Jacinto Coutinho<sup>3</sup> é a maior construção jurídica da história do homem, de caráter transepocal e vigente até a contemporaneidade.

Modelo ideal antitético ao secular construído pelos jusfilósofos das luzes, o arquétipo inquisitorial representa sistema de idéias e de práticas jurídico-penais que se apresentam enquanto padrão diametralmente oposto ao estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, como paradigma orientador do direito penal, ou seja, modelo de direito penal democrático, conforme demonstrar-se-á no transcorrer do trabalho.

---

<sup>1</sup> Para os fins deste trabalho entende-se como modo-de-produção-de-direito o lecionado pelo professor Lenio Streck: "a política econômica de regulação, proteção e legitimação num dado espaço nacional, num momento específico, que inclui:

a) o modo com que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços são organizados;

b) a localização de papéis entre as várias posições no campo jurídico (praticantes, aplicadores da lei, guardiões da doutrina, acadêmicos, etc.);

c) o modo com que o campo produz o habitus, incluindo variações na educação e a importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para o recrutamento no campo;

d) as modalidades para a articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relações entre jogadores e posições;

e) o papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transnacionais representam num dado campo jurídico

f) a relação entre regulamentação e proteção;

g) o modo dominante de legitimação.", STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.34/35.

<sup>2</sup> Entendemos como paradigma o lecionado pelo matemático Thomas Khun, em sua obra "A Estrutura das Revoluções Científicas", ou seja, um sistema de idéias compartilhado por uma determinada comunidade científica em um determinado espaço de tempo e lugar, o qual determina e estabelece os limites da atuação dos cientistas, constituindo desta forma os próprios limites do conhecimento.

<sup>3</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: COUTINHO, Jacinto (et. Alii.). Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EdIBEJ, 1996. p.47.

O acima exposto nos impõe a necessidade de refletir e não olvidar com o filósofo argentino Enrique Dussel que: *A história é mestra da vida porque nos mostra que o que ocorreu no passado continua acontecendo no presente.*<sup>4</sup> E nesta esteira reconhecemos a importância do estudo do contexto histórico que possibilitou a construção do referido sistema de idéias, a fim de viabilizar a identificação dos seus postulados básicos, a partir da sua manifestação otimizada na baixa idade média, no continente europeu, em países como a França e Espanha.

Já num segundo momento, se faz indispensável a apreciação do movimento de rompimento com a cultura pré-secular, desenvolvido com virada paradigmática operada na filosofia, que dará estrutura ao pensamento jurídico-penal calcado no radical afastamento entre direito e moral, germinador do modelo do Estado Democrático de Direito.

Com a decadência do Império Romano, motivada pelas invasões bárbaras, pela influência da Igreja Católica no *modus vivendi* dos romanos, pela corrupção do espírito público e em face do aumento do poder, ou seja, ascensão dos proprietários rurais, a maneira como se estruturava a sociedade e suas características modificaram-se profundamente, dando origem a uma nova organização política com características próprias absolutamente diversas do “Estado” Romano – o sistema feudal.

A forma estatal<sup>5</sup> que vigorou na Idade Média teve suas características determinadas por três componentes que, relacionados entre si, estabeleceram os caracteres através dos quais pode-se diferenciar esta determinada forma de organização sócio-política das demais que a precederam – formas estatais da Antigüidade. Dallari, assim como Streck e Moraes sustentam que o cristianismo, as invasões bárbaras e o feudalismo definiram as características da forma estatal vigente no medieval.

---

<sup>4</sup> DUSSEL, Enrique. Da secularização ao secularismo da ciência européia, desde o Renascimento até o Iluminismo. In: *Caminhos para Libertação Latino-Americana* (02). São Paulo: Paulinas, 1984. p.255.

<sup>5</sup> Utiliza-se a expressão “forma estatal”, porque se sabe que o vocábulo ESTADO e sua significação, são relativamente recentes, não podendo ser utilizados para designar formas organizativas sócio-políticas vigorantes na antigüidade e no medievo, eis estas não possuíam as especificidades necessárias identificadas no ente moderno. O ESTADO, enquanto realidade política simbólica (tanto no nível da subjetividade quanto da cidadania) caracterizado como instância política organizada, munida de coerção e poder, que gerencia interesses contrapostos e objetivos de uma determinada sociedade, com área de atuação delimitada territorialmente, ou seja, determinado espaço físico de ação, conforme concebemos na atualidade e bem define o professor Antônio Carlos Wolkmer (Elemento para uma crítica do Estado, Porto Alegre: Safe, 1990, p, 09.), é instituto gestado na modernidade que engendrou-se a partir dos séculos XIII/XIV e perdurou até o século XVIII, na Europa. Relembrem os professores Lenio e Bolzan de Moraes, que a organização denominada ESTADO, compreendida como poder centralizado, é pós-medieval surgindo como decorrência das relações que se desenvolveram com o surgimento do modo de produção capitalista. Sobre a crise que se abate sobre o conceito de Estado, bem como de sua estrutura, na atualidade, ver, Moraes e Streck, Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 122 e seguintes.

Segundo os referidos autores, estes três fatores conjugados deram a aparência do “Estado” medieval, quais sejam:

- A- permanente instabilidade política, econômica e social;
- B - distinção e choque entre poder espiritual e temporal;
- C - fragmentação do poder político, mediante infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, corporações, etc;
- D - sistema jurídico consuetudinário embasado em regalias nobiliárquicas;
- E - relações de dependência pessoal, hierarquia de privilégios;<sup>6</sup>

A ordem social e política medieval estruturava-se com uma minoria governante e militar que compreendia a nobreza e o clero e outra parcela da população de submetidos que era o campesinato produtor. O modo de produção vigorante, em grande parte da Europa, era o feudalismo, o qual persistiu até a incrementação de uma economia de mercado.

O sistema feudal de produção, de forma resumida, pode ser definido como um modelo de produção rural e de exploração da mão de obra em regime de servidão. A terra de propriedade do senhor era dividida em duas partes, uma cultivada apenas pelo senhor feudal e outra que era distribuída entre os arrendatários. O cultivo era realizado de forma descontínua através do sistema de faixas e os arrendatários trabalhavam as terras arrendadas, bem como na propriedade do senhor.

Esse sistema encontrava-se assentado sobre dois tipos de relação:

la relación de señorío-servidumbre que vinculaba a los señores laicos o eclesiásticos con respecto a los campesinos y la relación de lealtad recíproca entre los miembros del estrato gobernante y el rey, de manera que cada uno de los señores era dueño, en principio, de determinar hasta dónde le obligaba el

---

<sup>6</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 21.

deber de lealtad y en caso de discrepancia respecto a su alcance era necesario acudir al arbitraje de sus pares.<sup>7</sup>

Assim, pode-se dizer que uma aristocracia detinha a terra onde os habitantes eram obrigados a cultivar para si e também para o sustento do senhor feudal. Os camponeses eram “servos” e submetiam-se a uma infinidade de imposições do senhor feudal, que detinha poder.<sup>8</sup>

O poder nesse período era fragmentado e estava nas mãos da nobreza e do clero. A igreja nesta estrutura detinha posição privilegiada e de centralidade, visto que representava um dos maiores detentores das propriedades rurais no período. Todas as organizações políticas do medievo estavam subordinadas a ela, não havia nenhuma diferença entre o poder político e o religioso. Durante a Idade Média a Igreja Católica foi ganhando força tornando-se a instituição possuidora do poder de definição do justo e do injusto, ou seja, detentora do monopólio do controle da sociedade medieval.

Neste cenário forja-se o modelo jurídico penal inquisitorial, o qual encontra antecedentes, principalmente no que diz respeito ao processo e procedimento, na antiga Grécia e República Romana. Entretanto, seu desenvolvimento e aprimoramento dão-se a partir da perseguição dos denominados “hereges”, promovida pela igreja católica apostólica romana, numa postura extremamente autoritária de não reconhecimento das doutrinas diversas, combatidas através das Cruzadas, iniciadas pelo Papa Inocêncio III, e posteriormente pelo Tribunal da Inquisição.

Especificadamente nesse segundo período, de perseguição das “doutrinas heréticas” e de fusão da Igreja Católica com o Estado nascente, que o inquisitorialismo consolida seu perfil paradigmático. Seus postulados principais estavam assentados nas codificações franciscanas e dominicanas, aprovadas pelas bulas papais, ou seja, nos manuais da Inquisição, o “*Maleus Maleficarum*” e o “*Directorium Inquisitorum*” que juntamente com normas esparsas formam o chamado “*Corpus Iuris Canonici*”, aparato legislativo orientador da atividade jurisdicional de caráter misto, eclesiástico-estatal formada.

---

<sup>7</sup> GARCIA PELAYO, Manuel. Idea de la política y otros escritos. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1983. p. 118.

<sup>8</sup> MORAIS e STRECK, op. cit. p. 22.

A atuação do "sistema penal" encontrava-se, assim, sustentado por um refinado instrumental teórico legitimante. Concepções específicas de desvio, criminoso, juízo e pena, viabilizados a partir de uma explícita confusão entre as noções de direito e moral darão legitimidade científica para repressão da divergência.

Conforme ensina o professor Salo de Carvalho<sup>9</sup>, a epistemologia inquisitiva é caracterizada fundamentalmente, pelo deciosionismo processual, que resulta numa aplicação potestativa da pena, e por uma concepção substancialista ou ontológica de delito, onde os indivíduos não são punidos pelos atos que praticam e pelos danos que causam, mas sim pelo que são e pelo “perigo que representam”. Assim, não olvidamos, com o sempre brilhante Nilo Batista que:

É intuitivo que o direito penal da inquisição é por excelência o Direito Penal da intervenção moral, que muitos séculos antes da lobotomia, viveu a mesma perigosíssima aventura de propor-se uma cirurgia comportamental. A criminalização da heresia e seu tratamento procedimental e penal correspondem exemplarmente a essa aventura, porém o mais permanente de seus efeitos nada tem a ver com os variados conteúdos das ofensas ao pensamento ortodoxo e sim com a afirmação da legitimidade e do sucesso da intervenção penal em tais casos.<sup>10</sup>

Este direito penal medieval que representa o típico direito penal do autor mostrou-se extremamente avesso à pluralidade, desrespeitador da alteridade, ou seja, de não reconhecimento do diverso, o que somente poderia gerar um sistema penal genuinamente excludente e genocida de eliminação da dissidência.

Contra este autoritarismo e barbárie medieval, levantam-se, no século XVII e XVIII, as vozes daqueles homens - filósofos das luzes - representantes de um dos movimentos mais brilhantes da história da humanidade, a Ilustração.

Na luta pela liberdade, contra a perseguição e a intolerância, começa a delinear-se a construção do novo paradigma penal e ganhar forma o chamado Estado Moderno. Tal

---

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp.26 e seguintes.

<sup>10</sup> BATISTA, Nilo. Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. p. 59.

construção é proporcionada a partir do movimento de rompimento na esfera filosófica, com o ideário teológico de explicação do mundo, ocorrendo a guinada que propicia a (re)descoberta do homem pela filosofia, desencadeada juntamente com o afastamento entre cultura eclesiástica e ciência no período da descoberta do novo mundo.

As grandes navegações e o descobrimento das novas terras e civilizações encantam e fascinam o Velho Continente, provocando um (re)pensar do homem europeu, inspirando de forma profunda as construções filosóficas, desde "O discurso da Servidão Voluntária" de Etienne La Boétie, até as obras de John Locke, Hobbes, etc.

O processo de laicização, cisão entre ciência e religião, teve início com a obra de Nicolau de Cusa, *De Docta Ignorantia*, de 1440, passando por Kant e sua *Crítica da razão pura*, e alcançando o ápice com a "morte de deus", nas obras de Feuerbach e Nietzsche, no século XIX.<sup>11</sup>

A partir desse momento, começa a finar-se a estrutura híbrida delito-pecado inerente ao sistema de idéias orientador do direito penal inquisitorial. Portanto:

Na redescoberta do homem como medida de todas as coisas, com o ingresso do 'Novo Mundo' no cenário histórico, e na visualização de um novo estado de coisas, no qual liberdade e igualdade se opõem à servidão, o impulso da laicização torna o processo secularizador inevitável. A partir de então, as relações entre Estado e Igreja começam a se romper paulatinamente, e o direito e a moral passam a seguir vias diversas.<sup>12</sup>

Na esfera do direito penal, é fácil constatar, que as alterações operadas são bastante profundas, como bem afirma o Salo de Carvalho:

Delineado pelo paradigma da secularização, o direito penal funda uma nova racionalidade, diametralmente oposta àquela que, juridicamente, legitimou o maior massacre da história: a Inquisição...<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> DUSSEL, Enrique. op. cit. p. 244.

<sup>12</sup> CARVALHO, Salo de. Op.cit. p.35.

<sup>13</sup> CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Amilton. Aplicação da pena e garantismo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2001. p. 3.

Alicerçados na secularização, fundamentando o Direito e o Estado pela metáfora do pacto social, os jusfilósofos da luzes subvertem a lógica inquisitorial construindo o penalismo de traços liberais democráticos.

Principalmente, a partir da teoria contratual lockeana, o direito penal assume um perfil tolerante, onde o controle social é dirigido à punição de indivíduos pelos fatos exteriorizados através de condutas danosas a bens jurídicos alheios, ou seja, rompe-se os limites simétricos do direito e da moral, não sendo mais justificada a interferência do Estado via controle penal na esfera da consciência do indivíduo.

De uma concepção substancialista (*mala in se*), o direito penal da modernidade opta por um modelo formal (*mala prohibita*) de construção categórica do delito, sua comprovação e sua conseqüente punição.<sup>14</sup>

A noção de esfera de direitos reservada, a qual não é negociado no pacto, decorrente da doutrina contratualista de John Locke, dá ao Estado um caráter limitado, sendo que na esfera penal provoca uma restrição profunda no seu campo de incidência, fundando um típico modelo minimalista de intervenção, assim como alterando a noção da pena – agora sem fins morais – e provocando a emergência de um modelo processual de matriz acusatória, rechaçando-se todas as práticas processuais totalitárias do processo medieval-absolutista.

Assim, percebe-se o estabelecimento de balizas bem definidas no que tange a atuação legítima do Estado via penal no sistema de idéias que emerge da crítica ao modelo do *ancién regime*. O núcleo de direitos não pactuados no rompimento com o “estado de natureza” define o racional e o arbitrário no que respeita ao exercício do *jus puniendi* estatal.

Primeiramente, referente ao delito, a separação ilustrada entre direito e moral impõe que o direito penal *no tine la misión de imponer o de reforzar la (o uma determinada) moral sino solo la de impedir la comisión de acciones danosas para terceros*<sup>15</sup>, ficando defeso ao Estado criminalizar qualquer conduta que não tenha caráter lesivo, ou seja, o

---

<sup>14</sup> Idem. Ibidem.. 2001. p. 5.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: teoría del garantismo penal. 4ª ed. Madrid: Editora Trotta. p. 222.

poder criminalizador estatal está limitado pela necessária ocorrência de dano a terceiro gerado pela conduta.

No atinente ao processo, alerta o mestre de Ferrajoli, que a justificação da jurisdição via secularização, somente se faz presente quando *el juicio no verse acerca da moralidad, o el carácter, u otros aspectos substanciales de la personaliad del reo.*<sup>16</sup> A jurisdição, desde o princípio da secularização somente pode versar sobre fatos penalmente proibidos, os únicos que podem ser provados e refutados pela defesa: *un ciudadano puede ser juzgado, antes de ser castigado, solo por aquello que há hecho, y no, como en el juicio moral, también por aquello que es.*<sup>17</sup>

Por fim, no atinente a pena e sua execução, o princípio da secularização veda a possibilidade da sanção penal ter conteúdos ou fins morais. Assim como as previsões legais e o exercício jurisdicional, a pena não deve servir para reforçar nem para determinar a imoralidade, tampouco objetivar a transformação moral do indivíduo, como alerta Ferrajoli:

El Estado, que no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene o derecho a alterar – reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes – la personalidad dos reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y seguir siendo lo que es.<sup>18</sup>

## II. O anti-secularismo positivista e a nova defesa social

O trabalho realizado pelos iluministas estabelece um discurso penal justificador fundado no princípio da legalidade e da culpabilidade, decorrentes das noções de contrato social e livre arbítrio, sendo o direito penal ilustrado a tradução perfeita dos ideais da filosofia do século XVII e XVIII.

---

<sup>16</sup> Idem. Ibidem. p. 223.

<sup>17</sup> Idem. Ibidem. p. 223

<sup>18</sup> Idem. Ibidem. p. 223.

Entretanto, após a consolidação da burguesia no poder, o Estado começa a assumir outro perfil, seu papel altera-se. De ausente, passa a intervir intensamente nas mais variadas esferas da sociedade, levando o discurso garantista contratual secularizado a vivenciar a sua primeira grande crise.

O *establishment* passa a exigir um novo sistema penal, começando a ganhar espaço o discurso criminológico positivista.

Assim, enquanto o programa clássico (centrado na lógica da liberdade de vontade, da certeza e segurança jurídicas) é condicionado e expressa, discursivamente, as exigências de uma sociedade e de um Estado de Direito liberais, é somente quando esta matriz estatal assume o intervencionismo na ordem econômica e social e legitima-se, conseqüentemente, para intervir ativamente no campo penal, que se abre um espaço para um Direito e um controle intervencionista sobre a criminalidade e o criminoso, como postulado pelo programa positivista. A emergência da Escola Positiva - e da Criminologia - responde, pois, a uma redefinição interna da estratégia do poder punitivo, somente admissível na ultrapassagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito social ou intervencionista.<sup>19</sup>

Tendo como principais nomes Lombroso, Ferri e Garófalo, a criminologia etiológica estabelece um novo sistema de idéias que legitima o novo controle penal exigido pelo então Estado Intervencionista, para servir à contenção da massa de miseráveis formada desde a primeira revolução industrial. Sempre lembrando, como bem faz o professor Modesto Carvalhosa<sup>20</sup>, que o intervencionismo não foi uma benesse da burguesia ao proletariado, expressada através da implantação de políticas públicas visando diminuir diferenças, mas serviu também - e principalmente -, para a defesa do capital contra o levante da classe operária.

Neste momento inicia-se um resgate de postulados inquisitoriais que vigoraram no período que precedeu a guinada filosófica representada pelo Iluminismo. Melhor dizendo,

---

<sup>19</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 71.

<sup>20</sup> Apud. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 22

inicia o processo que culmina no nascimento de um novo inquisitorialismo, fruto não mais da confusão entre direito e moral, mas sim entre direito e natureza.

O paradigma causal-etiológico, nas suas três versões – biológica, psicológica e social – funda-se a partir de uma concepção determinista da sociedade e busca *a explicação da criminalidade na ‘diversidade’ ou anomalia dos comportamentos criminalizados.*<sup>21</sup>

Aquele que pratica ato delituoso, desde então, passa a ser visto como perverso, mal, numa sociedade sadia, e a pena que antes era marcada pelo retributivismo e prevenção geral passa a ter função diversa, visando transformar o outro, e não com o objetivo de apenas reprovar a violação da norma. É o nascimento da pena terapêutica, germe da atual concepção ressocializadora, a qual segundo o mestre italiano Luigi Ferrajoli viola *el primer derecho de cada hombre que es la libertad de ser él mismo y seguir siendo como es.*<sup>22</sup>

Sob a égide do Estado de Direito intervencionista irá se impor o ponto de partida determinista e o deslocamento do centro de gravidade do direito Penal positivo do fato ao autor, por império da fundamentação preventivo-especial da pena.<sup>23</sup>

Seguindo a lição de Cezar Roberto Bitencourt, percebe-se que o *interesse já não será mais o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social*<sup>24</sup>. Nesta perspectiva a sanção de natureza penal passa a estar atrelada a outros objetivos, ou seja, terá a finalidade de *defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social, e o delinqüente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem.*<sup>25</sup>

Neste contexto nasce, então, a segunda versão do direito penal perigosista, agora fundamentado desde uma concepção do delito como fato causalmente determinado, por fatores biológicos, psicológicos ou de natureza social, reveladores de uma personalidade perigosa inerente à minoria desviante – elemento que está na base da diferenciação entre as construções penais-positivistas e o penalismo garantista clássico de matriz liberal.

---

<sup>21</sup> BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 39

<sup>22</sup> FERRAJOLI. Op. cit. p. 272.

<sup>23</sup> ANDRADE. Op. cit. p. 72.

<sup>24</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal; parte geral. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 81.

<sup>25</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. Op. Cit. p. 81.

A concepção criminológica – positivista representa, portanto, reação inquisitorial e antiilustrada ao garantismo penal, restabelecendo novo processo antiseular e intolerante, de cujo solo emerge nova concepção substancialista do desvio, não mais aliado metaforicamente à figura do pecado, mas à perversidade nata.<sup>26</sup>

Entretanto, com o fim da segunda guerra mundial, este sistema de idéias começa a sofrer ranhuras e apresentar fragilidades em razão da deslegitimação dos regimes racistas e beligerantes – nazi-fascistas – que tinham nessa criminologia o sustentáculo para seu aparato de controle e "limpeza" social.

Porém, graças ao movimento da defesa social iniciado por Gramática, este paradigma permanece sendo reformulado (adequado), tornando-se uma das colunas mestras do movimento político-criminal "humanista" cujo ideário teve aceitação bastante grande no meio acadêmico, fundamentalmente a partir de sua versão reelaborada por Marc Ancel.

A denominada Nova Defesa Social sustenta, entre outras coisas, o necessário abandono da concepção clássica da pena como retribuição, tendo como ponto central de sua teoria a pena tratamento - ressocializadora - visando proteger a sociedade contra a delinqüência e o criminoso.

Numa postura que privilegia um direito penal do autor, com concepção ontológica de crime, a Nova Defesa Social, sob manto do "humanismo", promove a popularização e transnacionalização de um direito penal autoritário de matriz positivista, extremamente atentatório aos direitos fundamentais, o qual encontra guarida em grande parte dos sistemas penais do mundo, influenciando sobremaneira as legislações penais a partir dos anos sessenta.

Resta lembrar, que apesar do levante das correntes críticas dos anos sessenta e setenta - interacionismo simbólico, criminologia crítica, radical e dialética, entre outras - perpetua-se o modelo anti-secular e bárbaro representado pelo neo-inquisitorialismo positivista, vindo especificadamente no Brasil influenciar nos anos oitenta a reforma da parte geral do Código Penal e construção da atual Lei das Execuções Penais.

---

<sup>26</sup> CARVALHO, Salo de. Op. Cit. p. 75.

### III. As feições autoritárias do direito penal contemporâneo

Mesmo a partir de uma leitura não muito larga (cabível a um texto em formato de artigo) pode-se verificar a presença em nosso ordenamento jurídico-penal de uma série de institutos de natureza autoritária-inquisitorial, tais como a reincidência e os antecedentes, que encontram valoração no cálculo de pena, no momento de concessão dos benefícios (*sursis* e livramento condicional), assim como se revelam significativos no momento da efetivação da lógica progressiva da pena.

Institutos cuja legitimidade vem sendo contestada há muito pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, em razão da afronta ao princípio do *no bis in idem*, bem como desde um viés criminológico de matriz crítica pelo reforço da ética maniqueísta e de carga estigmatizante eis se constituem *instrumento de imposição de rótulos e consolidação de estigmas à vida do acusado, viabilizando ao juiz uma valoração irrefutável sobre o autor e não sobre o fato em questão.*<sup>27</sup> Assim, mostram-se como aparelhos de resgate do inconstitucional direito penal do autor e ruptura com a lógica secular do Estado Democrático de Direito.

Faz-se mister, também, lembrar as feições do art. 59, do Código Penal<sup>28</sup>, indicador dos fatores relevantes no cálculo da pena, o qual estabelece valoração da personalidade, conduta social, viabilizando a análise de espaços intangíveis do cidadão, propiciando aumento da pena em razão de avaliações negativas da interioridade individual.

---

<sup>27</sup> CARVALHO. Salo. Op. Cit. P. 149/150.

<sup>28</sup> “**Art. 59.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

Mais, especificamente no diz respeito à Lei de Execuções Penais os lugares de ilegitimidade anti-secular saltam aos olhos, além de aspectos processuais/procedimentais que rompem com a sistemática acusatória-democrática, temos a presença de laudos de aferição de periculosidade com prognose de reincidência, que condicionam a progressão de regime o livramento condicional, etc.

Ainda, no que tange a livramento condicional, presente dispositivo (art. 83, parágrafo único<sup>29</sup>) que condiciona a concessão do “benefício-direito” do cidadão encarcerado à análise da interioridade individual na busca elementos que façam presumir que o mesmo não voltará a delinquir.

E neste sentido vale a lição de Oliosi e Marques:

O aplicador do direito ou, como se costuma chamar, o operador do direito, precisa estar atento para os preceitos que pretendem fazer dos juízes verdadeiros deuses ou bruxos, com poderes especiais para penetrar nos pensamentos impuros do condenado, julgar seus pecados passados e fazer as previsões sobre o futuro do condenado na sociedade. Como antes exposto, a garantia do acusado está na possibilidade de verificabilidade e verificação (FERRAJOLI, DERECHO E RAZÓN – ver comentário ao art. 59). O que não é verificável não pode ser efetivamente verificado. O que é verificável deve ser verificado, ou seja, fundamentado. A previsão do futuro, exigida no P. único do art. 83, não é verificável, portanto, não pode ser utilizada contra o apenado. É uma questão de garantia, mesmo sendo fácil concluir que um condenado, pobre, desempregado, mercê da estigmatização provocada pela cadeia (condenação), esteja na condição quase que inevitável de roubar, furtar, enganar, diante da inexistência total de um Estado Social que o ampare. A conclusão, no sentido de voltar à delinquência é até plausível. A questão é que quem chega a essa conclusão é o próprio Estado Ausente, porém, sob a toga de Estado Juiz. Não

---

<sup>29</sup> “**Art. 83.** O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

...

**Parágrafo único.** Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.”

há dúvida que esta prognose de futura delinqüência é totalmente inconstitucional.<sup>30</sup>

No que diz respeito às normas criminalizadoras são percebidos inúmeras figuras típicas que representam paradoxo frente às imposições do princípio da laicização: o art. 16, da Lei 6.368/76 (uso de drogas), as contravenções de vadiagem e mendicância (artigos 60 e 61, do Decreto Lei 3.688/41), entre outros.

Tal panorama, desde nosso ponto de vista, vem sustentado a partir da eleição no nosso sistema jurídico-penal da doutrina da prevenção especial positiva como justificativa primordial da pena e de toda atuação do sistema penal, o que se revela a desde a leitura do art. 1º da Lei de Execuções Penais o qual define que a pena e sua execução objetivam a efetivação *de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*<sup>31</sup> – lócus jurídico normativo que revela a adoção do paradigma correcionalista sustentador de todo o quadro de ingerência estatal na esfera do pensamento individual daqueles que são clientela do sistema penal-carcerário, especialmente mediante a pena privativa de liberdade com função ressocializadora.

#### **IV. Constituição, Estado Democrático de Direito e a necessária (re)leitura do direito penal**

Neste contexto, vale lembrar que o paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição de 1998, impõe renovados traços ao Estado, o qual passa a ser compreendido como um Estado **secular** comprometido com o resgate das promessas da modernidade, ou seja, vinculado à realização dos direitos fundamentais (direitos humanos consagrados no texto constitucional). Todos os atos do poder estatal passam a ter a legitimidade conferida pela sua compatibilidade com vínculos formais e materiais da Lei Maior.

No dizer de Ferrajoli:

---

<sup>30</sup> SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. MARQUES, Jader. *Código Penal Comentado*. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1999.

<sup>31</sup> “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado.”

Todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Democrático de Direito.<sup>32</sup>

A partir daí, o direito passa a ser entendido como um sistema de garantias do cidadão contra a ingerência do Estado na sua esfera de liberdade, bem como estabelece obrigações de realização dos direitos sociais e de preservação dos direitos humanos de terceira geração.

No entanto, apesar de termos um sistema de regras e princípios impondo a constituição de um estado "grande" na esfera social e "mínimo" na esfera penal, tal não acontece, a lógica subverte-se, o que podemos observar é que cada vez mais o Estado agiganta-se na esfera penal e encolhe-se na esfera social, havendo um flagrante desatendimento ao estabelecido na nossa Constituição.

Sustentando este panorama, do nosso ponto de vista, está o jurista e a dogmática jurídica, paradigma que instrumentaliza o direito, que por estarem mergulhados numa crise de paradigma de dupla face<sup>33</sup>, não possibilitam o desvelar do novo, como bem afirma o professor Lenio Luiz Streck.

Especificamente na esfera penal, os resultados dessa crise, e principalmente da crise do modo liberal-individualista-normativista de produção do direito<sup>34</sup>, são a instituição de um quadro dramático, o direito penal toma forma absolutamente autoritária, com institutos

---

<sup>32</sup>FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. O novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.97.

<sup>33</sup>Crise de paradigmática de dupla face é representada pela permanência no cenário jurídico de um modo-de-produção-de-direito inadequado para resolver os conflitos que surgem na posmodernidade, a dogmática jurídica só possibilita a resolução de pendengas entre indivíduos, ou seja, de caráter interindividuais. Apesar da constituição de 1998 estabelecer um novo modelo este não é desvelado pelo jurista, ou seja, preso no paradigma da filosofia da consciência (outra faceta da crise) instrumentalizada por uma hermenêutica de matriz Bettiana, continua a olhar o novo com os olhos do velho. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. Cit.

<sup>34</sup>O modo liberal-individualista-normativista de produção do direito, na esteira da lição de Streck, ibidem, p. 35, consiste no direito forjado/instituído para solucionar conflitos interindividuais que não está apto para lidar com a explosão de conflitos transindividuais existentes em nossa complexa sociedade.

atentatórios à esfera de direitos imunizada no pacto social, caracterizando-se desta forma por um intervencionismo incompatível com o modelo de direito penal do Estado Democrático de Direito.

O direito penal que se apresenta atualmente, do nosso ponto de vista, espelha o modelo forjado dentro de uma estrutura estatal social-intervencionista. O tamanho do Estado interventivo se reflete na esfera do penal com bastante clareza. Grande, enorme é o direito penal engendrado e perpetuado. E pôde assim se fazer pelo específico sistema de idéias justificante, o discurso anti-secular defensista, alicerçado nos aportes da criminologia positivista.

Concordamos com Lenio Streck e Bolzan de Moraes<sup>35</sup>, que o Estado intervencionista no Brasil, foi no que diz respeito às políticas públicas uma simulação - simulacro – de extrema generosidade apenas para com as elites e o capital internacional, no entanto, ousamos acrescentar, que ao menos no que diz respeito ao direito penal, os menos privilegiados foram lembrados, neste aspecto o Estado-interventor realizou-se numa versão otimizada, tanto que a política penal defensista beligerante da lei e ordem, típica dos Estados onde há flagrantes desigualdades sociais perdura até a atualidade.

O quadro penal contemporâneo não nos leva a tirar outra conclusão senão a de que é necessário, desde já, uma luta por parte da comunidade jurídica, pela humanização verdadeira do direito penal. O legado deixado pelo intervencionismo estatal faz do nosso direito penal uma barbárie medieval, marcado pela invasão de esferas de direitos imunizadas dos indivíduos, em nome da defesa da sociedade contra a criminalidade.

Nessa esteira, impõe-se desde já, um necessário combate que em poucas palavras pode ser traduzido numa luta pelo novo processo de secularização jurídico-penal, visto que a separação do direito e da moral (natureza) é princípio incorporado em nossa realidade constitucional e inerente ao sistema republicano consagrado em 1988.<sup>36</sup>

Não podem estar presentes na legislação penal do Estado Democrático de Direito, institutos anti e pré-seculares, como a reincidência, antecedentes, figuras típicas que criminalizam condutas internas, pena com fim ressocializador, enfim, institutos que

---

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. pp. 72 e 73

<sup>36</sup> CARVALHO, Salo de. CARVALHO. Amilton Bueno de. Op. Cit. pp. 11 e seguintes.

inviabilizam a efetiva realização de um direito penal do fato, democrático e respeitador da diversidade.

É imprescindível que seja efetuada a devida filtragem das normas penais a luz do que dispõe a Carta Constitucional, ou seja, o ordenamento penal infraconstitucional deve ser reinterpretado em sentido constitucional.<sup>37</sup> Lembrando com Dometila de Carvalho que:

o Direito Penal, para ser um direito justo, dentro de uma determinada sociedade, carece de amoldar-se, pelo menos, aos valores assim considerados pela Constituição desta sociedade, no caso a nossa.<sup>38</sup>

Acreditamos ser isso indispensável para que se processe um saneamento da legislação penal, desta forma rompendo-se com a tradição anti-secular que caracteriza nosso ordenamento, e faz dele excludente, desigual, e de tamanho oceânico.

## V. Considerações finais

As fraturas no modelo penal secularizado e de seus ideais libertários, decorrentes do discurso penal defensista se fazem presentes na atualidade. A legislação penal pátria revela isto com clareza. Os institutos da reincidência, antecedentes, entre outros outros, bem demonstram que o direito penal do fato, modelo do Estado Democrático de Direito, resta inviabilizado. Enfim, o penal da atualidade representa e traz a marca do ideário inquisitorial.

Tudo isso , contrariando o estabelecido pela Constituição, a qual dá uma nova face para o Estado, passando a ser compreendido como responsável pelo resgate das promessas da modernidade, ou seja, preservação dos direitos conquistados pela humanidade no transcorrer da história - direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração -, os direitos sociais e de terceira geração continuam a ser sonegados à esmagadora maioria da

---

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. pp. 224/239.

<sup>38</sup> CARVALHO, Marcia Dometila de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1992. p.57.

população, que em contrapartida vê seu direito de liberdade atentado por um sistema penal gigantesco e interventor.

O nosso direito penal, necessita urgentemente de uma reavaliação dos seus postulados. Mostra-se absolutamente inadmissível a luz do Estado secular Democrático de Direito, a vigência e eficácia de um direito penal do autor, desumano, marcado pela desigualdade e desrespeito aos direitos fundamentais, especificadamente, o núcleo que preserva espaços relacionados com a inviolabilidade da personalidade individual – direito sagrado e conquistado desde lutas históricas da humanidade contra a opressão.

## VI.Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal; parte geral. Volume I*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 2000.

CARVALHO, Marcia Dometila de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. “Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial”. In: Wolkmer, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.143-164.

\_\_\_\_\_. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. & CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Jurisdição, Psicanálise e mundo neoliberal”. IN: Marques Neto, Agostinho Ramalho (et. alli.). *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EdIBEJ, 1996, p. 41 – 71.

DUSSEL, Enrique. “Da secularização ao secularismo da ciência européia, desde o Renascimento até o Iluminismo”. In: *Caminhos para a Libertação da América Latina* (02). São Paulo, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4<sup>a</sup>.ed. Madrid: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. “O Direito como sistema de garantias”. IN: Oliveira Jr., José Alcebíades de (org.). *O novo em Direito e em Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.89-109.

GARCIA PELAYO. Manuel. *Idea de la política y otros escritos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KUHN, Thomas, *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo, Perspectiva, 1998.

SILVEIRA, José Francisco Olios da. MARQUES, Jader. *Código Penal Comentado*. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. & MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Fabres Editor, 1990.

\* Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS). Professor de Direito Penal, Criminologia e Introdução ao Estudo do Direito na Universidade Católica de Pelotas (UCPel/RS) e Membro do Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Penitenciários (GITEP-UCPel).

Disponível em:< <http://www.ucpel.tche.br/direito/revista/vol4/15.doc>> Acesso em.: 27 agos. 2007.