

A construção histórica do poder de punir e da política penal

Juan S. Pegoraro

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

SILVA, JMAP., and SALLES, LMF., orgs. *Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo* [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 182 p. ISBN 978-85-7983-109-6. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial-ShareAlike 3.0 Unported.

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição - Uso Não Comercial - Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não adaptada.

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported.

4

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PODER DE PUNIR E DA POLÍTICA PENAL

Juan S. Pegoraro¹

*Para poder levantar un santuario hay que
destruir un santuario: ésta es la ley.*

F. Nietzsche

Ao analisar a relação existente entre o delito e a ordem social é necessário considerar o sistema judiciário e seu funcionamento mais do que as leis a que o delito está supostamente submetido. O sistema judiciário estatal expressa-se por meio da política criminal. O pressuposto é que o poder de punir, expresso pela política criminal, foi construído histórica e socialmente – portanto tanto pode punir quanto não punir, perseguir ou não perseguir, condenar ou não condenar, encarcerar ou não encarcerar. Desse modo, não há uma resposta punitiva automática para uma conduta ilegal e reprovável, já que a resposta está submetida à preservação das relações sociais que configuram a ordem social.

1 Sociólogo, professor titular de Sociologia do Sistema Penal no curso de Sociologia da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, principal pesquisador do Instituto de Investigaciones Gino Germani de la UBA, autor de livros e artigos sobre temas de controle social. Diretor de *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* desde 1992 (28 números).

A esse respeito Michel Foucault (1976, p.87) diz: “todas as disposições legislativas organizam espaços protegidos nos quais as leis podem ser violadas, outros em que pode ser ignorada e outros, enfim, em que as infrações são puníveis”. Frente a essa tese de Foucault devemos nos perguntar o que permite que a lei possa ser, em alguns casos, violada ou ignorada, e que outras infrações sejam punidas.

Foucault (*idem*) argumenta que o agente sociológico do sistema judiciário não é tanto o enunciado da norma, mas sim seu funcionamento, sua aplicação ou sua não aplicação, já que entre o enunciado e a aplicação ou emprego da norma existe um espaço de mediação que é o espaço de conflito entre a norma em geral e o caso em particular. Essa mediação que existe na realidade e que define a política de aplicação ou não da norma penal é determinada, entre outros fatores, pela interpretação do fato, pela natureza ou condição social da vítima ou de seu autor, pelo clima cultural, pela repercussão social ou política do fato, pela ideologia do funcionário e do agente do sistema judiciário, pela influência do contexto social, pela atuação dos meios de comunicação. De qualquer forma, a aplicação da norma a um caso concreto está submetida não a um contexto jurídico, mas particularmente político, que se pode explicar em função de certa racionalidade do sistema judiciário, não necessariamente regido pela lei, mas sim pela defesa da ordem social, e também por uma direcionalidade que o conduz ou ainda simplesmente por uma contingência interpretativa.

No marco da política penal também podemos considerar (*idem*,) o que diz e o que não diz a norma, o que assinala e o que oculta, o que faz e o que não faz, o que reprime e o que tolera, evidenciando, assim, a complexidade do fenômeno social das penas e da penalidade, que juridicamente parecia simples, automática: ao delito corresponde uma pena. Esse esquema não é real, e mais que isso, nunca foi real na história da humanidade. Sua prática ou exercício estão incluídos no marco da ordem social, na estratégia de preservação e reprodução dessa ordem e, portanto, incluídos no âmbito das

relações sociais de poder, como é próprio das relações sociais, valha a aparente redundância.

Quero dizer que o esquema delito/punição nunca foi “autônomo” – quer moral, que juridicamente – e sempre se expressou dentro do marco de uma ordem social imposta (J. C. Marín, 1993) que representa e reproduz interesses de categorias, classes e/ou grupos sociais, uns poderosos e outros fracos, uns soberanos, outros súditos. Assim, a punição faz parte de uma relação de forças políticas mais amplas e completas do que a simples punição de uma conduta. Historicamente a concepção do que é o delito tem sido sempre exercida e/ou apropriada pelos grupos dominantes e, portanto, o delito como tal não tem essencialidade alguma e seu castigo está sujeito à vontade estratégica da prolongação das relações de dominação e poder.

O exercício da penalidade como necessidade social

No marco desta análise, ensaio uma reposta complementar ou explicativa ou talvez alternativa à nobre e inquietante pergunta que formulou Luigi Ferrajoli (1985): “por que se pune?”. Ferrajoli, a fim de justificar a necessidade de um sistema judicial, em sua polêmica com o pensamento do abolicionismo penal, inclui outra: “por que se deve punir?”. Aqui nos interessa ampliar ou complementar o que formula o autor, incluindo também a pergunta: “por que se pune?”.

Lembramos o que Ferrajoli (idem) diz sobre esse porquê: trata-se de explicações de caráter historiográfico, sociológico ou antropológico, baseadas em fundamentações empíricas. Em suma, em todas as sociedades pune-se porque em todas elas existe um gerenciamento de prêmios e castigos que adquirem diversas formas, conforme os costumes, as tradições, as instituições, as personagens, os rituais e as relações sociais, mas, principalmente, porque alguém ou alguns têm o poder de punir.

Nesse sentido, e complementarmente à pergunta de Ferrajoli, é necessário formular outra pergunta, que lhe é anterior: “por que se pode punir?”. Uma resposta a essa pergunta leva-nos a indagar sobre a existência social do poder de punir assumido por pessoas ou instituições que também pode ser explicado e comprovado por meio da História, da Antropologia e da Sociologia.

A partir da modernidade, explica-se a construção social do poder do Estado pela legitimação e monopolização do uso da força física frente a outros poderes (Weber, 1976), o que lhe permitiria usar esse poder para exercer a política penal, que se soma ao monopólio de ditar a lei e a tributação. Esse processo concretiza-se no estado moderno em “uma associação de domínio institucional”, como a denomina Max Weber (1976) – e isto é essencial: “uma associação de domínio” que consegue se institucionalizar porque monopoliza o uso da força física, aparecendo como resultado de um “processo de pacificação”, contribuindo assim para a passagem de uma sociedade guerreira para uma sociedade de “soberania”.

Para alguns autores, nesse momento, em torno dos séculos XIV e XV, inicia-se o processo civilizatório (Elias, 1982; Chatelet, 1980), mesmo que as guerras e os genocídios e outros fenômenos cruéis acompanhem até a atualidade tal processo denominado civilizatório. Assim, Stefan Breuer (1991) afirma a necessidade de historiar também um processo “des-civilizatório” que se desenvolve paralelamente, rompendo com o evolucionismo humanitário que predomina na interpretação de Nobeit Elias. A passagem de uma sociedade guerreira a uma sociedade cortesã, os limites à violência física para resolver conflitos interpessoais, o autocontrole progressivo das diferentes formas reais e simbólicas da agressão capazes de subjugar o estado natural que descreve Elias em sua sócio e psicogênese do processo civilizatório, não são, no entanto, suficientes. Esse “estado natural” (Hobbes, 2000) reaparece, sob diferentes formas, nas condições de produção burguesa, como o mostra a continuidade da violência social e política (guerras, genocídios, exclusões, desaparecimentos, golpes de estado, terrorismo de diversas origens etc.) na história dos últimos três séculos.

Aquela sociedade cortesã, como a denomina Elias, é o resultado da existência da instituição Estado (Weber, 1976) que foi construída por forças sociais que triunfaram politicamente (militarmente) e cujo resultado tem sido monopolizar não só a violência e a ordem, mas também os ditames da lei e da tributação. Recordemos a definição de Weber (*idem*, p.106):

O Estado Moderno é uma associação de domínio de tipo institucional que no interior de um território teve êxito para monopolizar a coação física e legitimá-la como instrumento de dominação e, além disso, se concentrar nas mãos dos dirigentes os meios materiais de exploração, expropriando para tanto a todos que anteriormente dispunham deste direito, e colocando-se no seu lugar, no topo supremo.

Portanto, o Estado moderno é resultado de um processo histórico e sociopolítico: as forças sociais que triunfaram *institucionalizam* e reclamam legitimidade assumindo o caráter de *terceiro ético* para ditar leis em prol do benefício comum, decidindo (Hobbes, 1980) o que é justo e o que é injusto, o que é certo e o que é errado. Sua soberania implica “des-soberanizar” seus cidadãos, o que permite a Foucault (1979) afirmar que mais do que constatar a soberania, cabe perguntar como os cidadãos a perderam para decidir que é o justo e que é o injusto, que é o certo e que é o errado.

O problema da autonomia desse *terceiro* ou de como ele pode tornar-se autônomo da vontade, dos desejos, das paixões ou dos interesses dos homens que o organizaram é um problema de interpretação que continua produzindo um debate acadêmico interminável pleno de ficções, já que está fundado na crença de uma existência atemporal do bem comum ou da virtude – o que provoca uma apelação à retórica mais do que a uma historiografia concreta, a uma ilusão de uma origem contratual, voluntária e livre mais do que à genealogia, a uma filosofia mais do que a história, a uma ficção mais do que à realidade, ficção aparentemente necessária ou bem-sucedida já que tem impactos reais na conformação da ordem social (ver Mari, 2002).

O poder de punir é um pressuposto

Pode-se punir se (e somente se) se tem poder para isso, o que implica também o poder de não punir. Esse poder de punir deve ser construído, apropriado (Hobbes diz por “instituição” ou por “aquisição” – conquista) e aceito como legítimo pelos cidadãos.

A legitimidade de punir torna-se um problema quando o poder se seculariza, pois antes o soberano afirmava encarnar em suas decisões a vontade de Deus. Por isso o poder de punir somente pode ser pensado como um resultado e não como algo *a priori*. A legitimidade do poder é uma construção sempre tensa e nunca acabada, similar ao conceito de “hegemonia” desenvolvido por Antonio Gramsci. Diz a respeito o historiador inglês E. P. Thompson (1984):

O conceito de hegemonia é imensamente valioso e sem ele não poderíamos entender a estruturação de relações do século XVIII. Embora esta hegemonia cultural possa definir os limites do possível e inibir o desenvolvimento de horizontes e expectativas alternativas, este processo não tem nada de determinado ou automático. A hegemonia somente pode ser mantida pelos governantes mediante um constante e ardiloso exercício de teatro e concessão.

A questão da legitimidade do poder – e sua variação, o poder de punir – deu uma reviravolta fundamental na sua justificação e legitimidade com o processo de secularização que se inicia no Renascimento, já que agora é necessário justificar um poder que não vem mais de Deus ou da natureza, mas de um “acordo” entre homens que desejam viver em sociedade.

Como sabemos, o teórico que desenvolveu a explicação e a justificação para a existência de um poder absoluto com capacidade de punir foi Thomas Hobbes, no século XVII, fundamentado na premissa da impossibilidade de uma vida social enquanto subsistir o “estado de natureza” – estado de igualdade e autonomia de cada um na representação da ordem social. Frente a esse estado de natureza que implicava que a vida e os bens podiam ser defendidos por

cada um, por qualquer pessoa, Hobbes argumenta a necessidade de um Leviatã, um monstro todo poderoso representado graficamente pela espada e pelo cajado, um para castigar e o outro para conduzir, capaz de decidir por cima da vontade dos homens transformados em súditos. É o modelo de uma pirâmide, de uma hierarquia normativa na qual o direito adota a forma da lei ditada pelo Estado e se expressa pelo imperativo e pela natureza do proibido que convida a olhar de cima, de onde se irradiam as ideias do bem e do mal, da justiça e da injustiça. De tal maneira a legitimidade se concentra (oculta-se) no vértice da pirâmide normativa, na ficção imaginária da autoridade, que supõe um acordo sobre ela.

Até então, não se conhecia na história humana um poder de punir que não tivesse sido alcançado, originariamente, por um guerreiro triunfante que foi capaz de monopolizar o uso legítimo da força física e, portanto, de ditar a lei. A genealogia da lei deve ser buscada na guerra (Foucault, 2000), no resultado de uma guerra, e não na filosofia – portanto, o discurso filosófico jurídico da lei é mistificador e oculta a realidade histórica, a sua realidade histórico-política. Como diz Foucault (*idem*, p.55),

contrariamente ao que afirma a teoria filosófica jurídica, o poder político não começa quando cessa a guerra. A organização, a estrutura jurídica do poder, dos Estados, das monarquias, das sociedades, não se inicia quando cessa o fragor das armas. A guerra não é evitada. Em um primeiro momento, a guerra presidiu o nascimento dos Estados: o direito, a paz, as leis nasceram no sangue e na lama das batalhas. Mas com isso não se entenda batalhas ideais, rivalidades como as que imaginaram os filósofos ou os juristas: não se trata de uma espécie de selvageria teórica. A Lei não nasce da natureza, junto aos mananciais que frequentavam os primeiros pastores: a lei nasce das batalhas reais, das vitórias, dos massacres, das conquistas, que tem sua data e seus heróis de horror; a lei nasce das cidades incendiadas, das terras devastadas; surge com os famosos inocentes que agonizam enquanto nasce o dia.

Conforme essa linha de argumentação, é possível dizer que não há sociedade sem ordem social, sem hierarquias e sem estabelecimento de diferenças dado o poder que detêm pessoas ou grupos de simbolizar relações sociais e, portanto, a lei; esta é a condição de existência “da sociedade” que na realidade é uma ordem social. Como sugere Elias Canetti (1977) referindo-se à “muta”, a forma de dividir a peça caçada é o nascimento da lei, poderíamos dizer da sociedade-ordem. Mas mais que isso, a ordem torna-se o próprio fim da ordem. Como diz o autor (idem, p.317):

o mais antigo efeito da ordem é a fuga, que é imposta ao animal por algo mais forte, uma criatura fora dele [...]. O que primeiro chama a atenção na ordem é que provoca uma ação [...]; a ação que é executada sob ordem é distinta de todas as demais ações [...]. Combates vitoriosos continuam existindo nas ordens, em cada ordem seguida se renova uma antiga vitória.

Retomando o processo de legitimação da ordem-lei, Canetti fala-nos da “domesticação da ordem” no sentido de que a ordem tem evoluído distanciando-se da sua origem biológica, aquela ordem obedecida em função da ameaça de morte que a antecedia. Essa domesticação produz-se porque cumprir uma ordem, aceitar uma ordem, implica uma espécie de suborno, como diz Canetti, como quando um cachorro aceita o alimento que lhe dá seu amo (ele depende de seu amo), e essa espécie de suborno educa animais e pessoas em uma espécie de “cativeiro voluntário no qual existe toda uma classe de graus e matizes”.

O Estado, essa “invenção diabólica”, dizia Nietzsche, tem sido e é uma criação de homens com poder de institucionalizar um sistema de prêmios e castigos para governar a conduta de outros homens. Em seu desenvolvimento institucional o Estado acompanhou a modernidade, que foi a parceira do mercado e da nova ordem social e, portanto, da sociedade moderna. O dogma liberal com sua naturalização do indivíduo possessivo e com o princípio do mercado autorregulado é o

pressuposto da modernidade e, portanto, da nova forma que adquire a ordem social e seu modo de controle, controle para o qual o novo sistema judicial cumpre os requisitos de uma “afinidade eletiva”. Nesse sentido, essa ordem social não está submetida às leis do Estado: pelo contrário, a sociedade/ordem social, ao criar determinadas relações sociais, é que submete o Estado e o sistema judiciário a suas próprias leis.

Da ordem social à sociedade

Sociologicamente, o observável é a ordem social e não a sociedade. Se não há lei (ordem), não há “sociedade”. Mas, contrariamente ao que se acredita, a ordem/sociedade não é determinada pelo Código Penal, como havia advertido Durkheim (1996) quando se referia às sociedades assentadas na solidariedade orgânica, nas quais impera o direito restitutivo (o direito civil, comercial, administrativo) e não o direito repressivo (penal), que era o direito que sustentava mecanicamente as sociedades baseadas nele, sociedades com solidariedade mecânica, pré-modernas. A lei que cria e funda a sociedade é principalmente o Código Civil e somente secundariamente o Código Penal. É o Código Civil que “ordena” as diferenças, as hierarquias, as desigualdades. De todo modo, o Código Penal reforça essa ordem “civil” na medida em que o Direito Penal é um direito público que envolve o Estado como guardião da ordem social.

As necessidades de uma ordem que estabelece diferenças entre um grupo de homens é o que legitima as penalidades, melhor dito, a política de penalidade, para guardá-la, protegê-la e também reproduzi-la. A função das penalidades não é, então, preservar a moral, os bons costumes, a equidade e a igualdade, mas resguardar uma ordem de diferenças, hierarquias, desigualdades, ainda que encoberta por apelações à moral, aos bons costumes e ao bem comum. Assim, do que se trata é da lei, e não tanto do direito à justiça. Daí a importância de Hobbes (2000) quando afirma que o desejo de viver em sociedade tem por ori-

gem exorcizar o medo mútuo² produzido pelo fato de não existir mais lei que dita como agir a cada um e que defende cada um com sua força.

De tal modo, para Hobbes não se trata da existência de algo *a priori*, como, por exemplo, de um instinto gregário, humano, fraterno, produto de um constante desejo de cooperação, de um suposto *afectio societatis* que evoca o altruísmo, a solidariedade, o bem comum. O que não significa negar a possibilidade de empreendimentos comuns e realizações conjuntas de grandes obras, mas pensar que a construção das pirâmides do Egito, do Canal de Suez ou do canal do Panamá foi produto da cooperação e da divisão voluntária ou espontânea do trabalho é demasiado simples e ingênuo, quando não indicador de preguiça intelectual.³

Essas argumentações acerca da ordem social não conseguem evitar que rapidamente, até mesmo na esfera acadêmica, por essa mesma preguiça moral ou intelectual ou pela força da cultura dominante, o que se denomina “sociedade” adquira um efeito de acobertamento da realidade tanto histórica quanto presente, permitindo aos setores dominantes utilizá-la para deslegitimar demandas sociais e até mesmo “criminalizá-las”. Não obstante, embora se cultive um discurso filosófico e jurídico hegemônico acerca do governo e de sua legitimidade, existe paralelamente a memória latente de outro discurso histórico-político (Foucault, 2000) que percebe a realidade do processo constitutivo do poder de maneira oposta e que se expressa nos conflitos sociais.

As ideias de Hobbes aproximam-se de como conseguir legitimar a ordem, o que supõe a aceitação por parte dos indivíduos de um exterior que o produz. Assim, ele parte de uma concepção antropológi-

2 O argumento de Hobbes coloca o medo enquanto agente da submissão ao soberano: “quienes por miedo se someten a otro o bien se someten a quién temen o a otro que esperan que les proteja. Actúan del primer modo quienes son vencidos en la guerra, para evitar así ser ejecutados; y actúan del segundo modo quienes todavía no han sido vencidos y quieren evitar serlo”. Como vemos sempre se trata da guerra e de seu resultado correlato: o medo. Reparemos que Hobbes chama “natural” a primeira forma de constituir uma cidade, uma sociedade (*De Cive*, cap.5, *De las causas y generación del estado*, p.12).

3 Como nos lembra um poema de Bertold Brecht.

ca da natureza humana, *Homo hominis lúpus*, e, conseqüentemente, do medo do “estado de guerra” que se traduz comumente como a guerra de todos contra todos. Na realidade, o “estado de guerra” é o poder de cada indivíduo de definir o que é o justo e o que é o injusto, o que é certo e o que é errado. É quase uma atitude psicológica, consciente, racional, corajosa e soberana. O “estado de guerra”, a disposição ao enfrentamento, anula ou torna inexistente toda distinção objetiva entre o justo e o injusto, entre agressão e defesa. Essa soberania individual é a que o Estado/ordem necessita expropriar e da qual Hobbes é seu ilustre porta-voz. Em *De Cive*, Hobbes (1996, p.197) afirma que os indivíduos, ao assumirem eles mesmos a capacidade de distinguir entre o que é certo e o que é errado, “estão querendo ser como reis”, o que não pode ser feito sem que se comprometa a segurança da ordem social e de sua instituição emblema, o Estado.

Conforme o Antigo Testamento, quem pode dizer e decidir acerca do certo e do errado é “Deus Todo Poderoso, criador do céu e da terra”. Segundo ele, Adão e Eva pagaram caro por querer apropriar-se desse saber comendo da árvore do conhecimento. O mais antigo dos mandamentos de Deus (Gênesis 2,17) é: “Não comerás da árvore da ciência do bem e do mal”. A mais antiga das tentações diabólicas (Gênesis 3,5) é: “Sereis como Deus conhecedores do bem e do mal”. Na sociedade moderna, secularizada, a lei é que determina o que é certo e o que é errado, o que é justo e o que é injusto. A lei expressa o poder dos governantes por meio da “associação de domínio de tipo institucional”, como Max Weber define o Estado Moderno.⁴

O medo como agente social

Devemos, pois, concluir que a origem de todas as sociedades grandes e duradouras não reside na boa vontade entre os homens, mas no medo mútuo, ao pretender cada homem ser soberano em

4 É muito pouco notada a importância da definição de Estado de Max Weber, já que ele é mais citado sobre o “monopólio da força” e menos sobre a “associação de domínio de tipo institucional”.

suas ideias e querer impô-las enquanto tiver forças para isso. E como diz Hobbes (1996, p.57), a causa do medo mútuo é em parte a igualdade natural dos homens e em parte a vontade que eles têm de fazer-se mal mutuamente (*De Cive*). Hobbes o reafirma: a mão que empunha a espada da guerra é a mesma que empunha a espada da lei e, portanto, da justiça. Mas se a força é o elemento constitutivo do poder, as condições para sua legitimidade e, portanto, para sua reprodução devem estar articuladas com o discurso da ordem e com o imaginário social. Uma das formas pela qual o Estado busca legitimar-se é por meio da política judicial ao julgar determinados crimes e delitos que provocam comoção na opinião pública, mas que, não necessariamente, atingem a ordem social. Assim, no imaginário dos cidadãos indefensos, temerosos e vulneráveis, o Estado, de modo mais simbólico que real, os protege ao perseguir a delinquência (criminosos, ladrões, violadores).

“O discurso da ordem é o lugar da razão”, diz Enrique Marí (1987, p.63). Esse discurso da ordem é respaldado pelas representações racionais às quais recorreu Hobbes e à qual recorrem também juristas famosos, intérpretes e indivíduos dotados de credibilidade e de prestígio social, assim como a moral e a religião proporcionam ao discurso da ordem fundamentos que transcendem ao mero indivíduo, como o da sobrevivência da sociedade. Hoje, o discurso da ordem é também o da lei, do direito, e este o espaço da razão: “já que a lei é força – razão em um duplo sentido: razão enquanto o tipo formal das estruturas lógicas que comunicam a força, e razão enquanto ela e por meio dela se produzem operações ideológicas de justificação do poder” (ibidem).

Hobbes oferece a melhor argumentação racional acerca das vantagens de a submissão/dominação acabar com a violência interminável e recíproca: “na ordem que impõe o Estado, a razão, a paz, as riquezas, a decência, a elegância, as ciências e a tranquilidade reinam em toda a parte”.

Mas a força e a razão não bastam para a construção social da legitimidade do poder de punir, já que os indivíduos não somente se guiam em seus atos pelo cálculo racional, mas também por desejos,

crenças, emoções, tradições, simbologias, rituais, cerimônias, relatos e em especial ilusões, que são a força dos desejos (Freud, 1981). O imaginário social é outro elemento que torna possível e plausível o poder de punir. O imaginário envolve não somente a razão, mas também as emoções, a vontade e os desejos. Esses três elementos (força-razão-imaginário social) se inter-relacionam ora de maneira equilibrada, ora predominando um sobre o outro: por momentos a força ou a violência podem predominar sobre o racional ou sobre o imaginário e por momentos esses dois podem prevalecer sobre uma violência “adormecida”. No espaço do imaginário coletivo está talvez o maior dilema para a legitimidade do poder, já que é o espaço no qual a realidade é sempre contestada pelos cidadãos: mesmo que produza consenso, produz também críticas, “a arma da crítica”.

Uma dificuldade para pensar a história da construção social do poder de punir dessa maneira é a ilusão que temos de que a humanidade caminha para o progresso, a concepção antropológica do homem bom e a ansiada possibilidade de uma sociedade orgânica e harmônica. Essas ideias acabam por desenvolver uma retórica que encobre a realidade desumana e cruel da ordem social, que inclui pessoas poderosas e sujeitos fracos e vulneráveis, pautada na desigualdade. Assim, é certo que a sociedade não pode ser regulada somente pelas virtudes porque os seres humanos não são guiados em seus atos ou condutas somente pela razão virtuosa, desinteressada, solidária, fraterna. Existem as paixões, os desejos, os instintos e, portanto, a violação cotidiana dos dez mandamentos que, como diz Jacques Lacan (1988, p.87),⁵ “tornam possível a sociedade”, tornam possível a ordem social.

A virtude, a bondade ou o altruísmo têm se revelado insuficientes (inúteis, inexistentes) para construir relações sociais estáveis e daí

5 “No hago mas que abordar esta ribera pero desde ya que nadie, les ruego, se quede con la idea de que los 10 *Mandamientos* serían las condición de toda vida social. Pues a decir verdad, ¿cómo no percatarse desde otro ángulo, al simplemente enunciarlos que son de algún modo otro catálogo y el cabildo de nuestras transacciones de todo momento? Despliegan la dimensión de nuestras acciones en tanto que propiamente humanas. En otros términos, pasamos nuestro tiempo violando los 10 *Mandamientos* y precisamente por eso una sociedad es posible” (Lacan, 1988, p.87).

a necessidade do direito, da violência do direito e da lei. Diz Eligio Resta, (1995, p.45): “Em todo caso é imprescindível que o legislador encontre um remédio [...] que a lei prescreva um remédio; esta deve ocupar o lugar de um ausente [...], um *pharmakon*”. Veneno e remédio: a violência da lei exerce a função de um “terceiro”, mas é uma violência que se distingue de outras violências porque é “diferente”, legítima, porque aprovada pela lei: é a lei.

Nas sociedades atravessadas inteiramente por relações guerreiras, que eram preponderantes antes dos séculos XII ou XIII, começa a produzir-se o “acortesamento dos guerreiros”, momento que Norbert Elias assinala como o início do processo civilizatório, pela existência de um “terceiro”, a Lei. Dessa maneira surge em diversos territórios o embrião dessa progressiva criação de instituições para governar e manter a ordem que é o Estado moderno, uma instituição que progressivamente expropria, por meio da força militar, os poderes autônomos dos senhores da guerra, entre eles a Igreja.

O Estado constitui-se então como o *terceiro* e titular da pretensão punitiva demandando uma relação direta com o infrator. Obedece-se (e esta é a essência que fundamenta a soberania) a existência de dominados, de súditos, de vencidos, de sobreviventes, dizia Canetti (2000), que afastaria o medo da violência sem fim e recíproca sempre aleatória em seus resultados.

Diz Nietzsche (1983, p.98) em *A genealogia da moral*:

O Estado deveria entrar na história como uma horda qualquer, de bestas, de animais de rapina, uma raça de conquistadores e senhores que organizados para a guerra e dotados da força de organizar, impõem sem escrúpulo algumas de suas terríveis zarpas sobre uma população, talvez muito superior em número, mas, todavia incerta, todavia errante [...]. Mas que tem a ver com contratos!!!? [...] que lhe importam os tratados.

E continua Nietzsche: “Assim é como em efeito se inicia na terra o Estado, eu penso que assim fica refutada aquela fantasia que lhe fazia começar com um ‘contrato’” (ibidem).

A violência e a soberania do Estado moderno

O exercício da violência estatal (originada com a prévia aquisição da soberania) legitima-se por ser uma violência justa e, portanto, diferente (Girard, 1995) da violência indiferenciada e recíproca de cada um, porque está baseada na lei que o próprio Estado dita.

Em suma, o homem resigna, por medo a outros homens, sua soberania e a isso se denomina “humanismo” (Foucault, 1980). Busca proteção em alguém por medo de outros homens e assim o medo é constitutivo do social, do que se denomina “sociedade”, que na verdade é uma ordem social. Nietzsche (1983, p.86) afirma: “somente a partir da lei, ou melhor, da instância da verdadeira potência, desse ‘artifício’ da modernidade, pode se dar a diferença entre justiça (acordo com a lei) e injustiça (desacordo com a lei): a Lei impõe-se sobre o direito”.

E a imposição do poder da lei sobre o Direito instala a necessidade da ficção, de imaginar uma separação entre paixões ou interesses particulares do poder soberano, em atribuir-lhe uma diferença em relação às partes que o compõe (os indivíduos, seus interesses, suas paixões, suas violências). A resolução desse problema tem passado e passa pela retórica, pela aceitação da necessidade de uma forte retórica, pelo apelo às finalidades, metas e autoridades sagradas: a Nação, o povo, a pátria, a moral, o partido, a classe operária, a defesa da sociedade. Mas, mais uma vez, Nietzsche, em *A genealogia da moral* (idem, p.88), encarrega-se de desvelar o oculto:

todas as finalidades, todas as utilidades são somente indícios de que uma vontade de poder se apoderou de algo, que impôs seu domínio sobre uma coisa menos poderosa e, sobre a base de seu arbítrio ou vontade, imprimiu-lhe o sentido de uma função.

Como, então, não associar “a vontade de poder” com a manutenção da ordem social por meio da política penal?

As ideais de Hobbes tanto no *Leviatã* como no *De Cive* podem ser interpretadas como uma resposta à ameaça do individualismo

possibilitada por uma de suas bases materiais que aparece no século XV: a invenção da imprensa. A imprensa possibilita de maneira ampliada a tradução e a leitura da *Bíblia* em diferentes idiomas tornando-a acessível fora do latim, monopolizado pelos monges. Isso acelera o processo de individuação e traz como consequência o advento da “igreja invisível” produzida pela difusão das obras e panfletos de Lutero e das ideias da Reforma, abrindo a possibilidade de uma *Bíblia* “aberta”, sujeita a interpretações e argumentações particulares de cada leitor. Esse fenômeno produz uma revolução na vida cotidiana possibilitada pelo livro e pela sua circulação social, que se soma à indústria e à progressiva aceitação do progresso e do produtivismo da economia de mercado. Uma expressão limite desse encadeamento de fenômenos sociais foram as guerras campestres, em especial na Alemanha (Engels, 1981).

Baseado nesse princípio estrutural deve-se considerar que em apenas dois séculos, sob os nomes de Giordano Bruno, Francisco Sanchez, Galileu, Hobbes, Descartes, Maquiavel, Copérnico, Spinoza, Locke, Leibnitz, Newton, Kepler, Bacon, Colombo, difundiu-se um forte radicalismo epistemológico que passa a compor o clima cultural e anuncia o declínio da religião ou da moral para orientar as ações humanas. A partir desse momento acelera-se a grande transformação social (Polanyi, 1980) produzida pelo crescente aumento da mercantilização das relações sociais que eram antes majoritariamente guiadas pelas tradições ou pelos costumes, e cujo eixo estava colocado na vida rural ou campesina. Paradoxalmente, o problema da nova ordem social é o que aborda Hobbes em suas reflexões.

Podemos pensar que as concepções cristãs de céu e de um só deus⁶ ajudaram a fortalecer a ideia de Estado soberano, concepção esta bastante distinta do Olimpo dos gregos (Mirás, 1998). O Olimpo não era nenhum modelo de sociedade a imitar, mas o espaço dos desejos e

6 O monoteísmo das religiões modernas, Deus ou Alá, contribuíram e contribuem para a forma de dominação estatal e/ou patriarcal e/ou masculina (Freud, 1986).

paixões dos seres humanos, representado por vários e distintos deuses. A luxúria, o hedonismo, o amor e o ódio, o prazer e a dor, a ira e a beleza, a fúria e a bondade eram encarnados por diferentes deuses que conviviam e interagem com malícia, fraudes, rancores, ciúmes doentios e violência. Em suma, um Olimpo formado por deuses de carne e osso, com ódios e bondades, com razões e paixões, com luxúria e ascetismo. Já o cristianismo coloca no céu um ser perfeito com o qual o homem não pode se comparar, um só Todo Poderoso tal como o proclamara Moisés com o monoteísmo cristão (Freud, 1986). Logo Hobbes importa à terra esse monoteísmo encarnado em um ser supremo, o Leviatã, a quem se deve obediência total, ponto essencial para o processo de secularização e para o monopólio do poder ou dos poderes por parte do Estado.

Recordemos que para Hobbes o Estado é um ser sem interesses, sem paixões, um ser artificial, despersonalizado, guiado pela razão e pelo bem comum – um Deus Todo Poderoso. E assim, o erotismo religioso do mundo teológico transporta-se para o secular, para o príncipe, para o rei e para o Estado, mas, paradoxalmente, um Estado sem príncipe e sem rei, uma “impessoalidade”.

Hobbes, como vimos, aponta que a fundação do Estado se dá de duas maneiras: por instituição ou por aquisição (ou conquista) e, em ambos os casos, quem assim o funda e o aceita o faz por medo: o medo que é produzido pela vulnerabilidade e pela insegurança. Em *De Cive* (1996, p.120), diz:

Por medo se submete a outro, ou melhor, se submete a aquele a quem teme ou a quem espera que lhes proteja. Atua do primeiro modo quem é vencido na guerra para evitar assim ser executado, e atua do segundo modo quem, embora não tenha sido vencido, quer evitar sê-lo. O primeiro modo toma seu princípio do poder natural e pode ser considerado o começo natural de uma cidade.

Isso é o que Hobbes denomina Estado por aquisição, a “forma natural”, como diz. A outra forma “provém de um conselho e é constituído por aqueles que se reúnem, e pode ser considerado o

começo por instituição”. Essa “forma política” é tão desejável como inexistente na história política da humanidade.

Hobbes (1980, p.196) adverte sobre as causas que podem dissolver o Estado e fomentar uma insubordinação afirmando, como contraponto, o poder soberano e único do Leviatã/Estado para estabelecer o que é justo e o que é injusto por meio da lei. Assim, ao falar sobre as causas que podem dissolver o Estado e fomentar a insubordinação, diz que

discernir o que está certo do que está errado é algo que diz respeito a cada individuo em particular [...] porque já se demonstrou que são as leis civis as que estabelecem o que é certo e o que é errado, o que é justo e o que é injusto, o que é honesto e o que é desonesto. (idem, 2000, p.239)

Hobbes insiste em distinguir duas atitudes diferentes que têm um sentido muitíssimo importante: “existem homens que violam as leis por fraqueza, mas há outros homens que desprezam as leis” (ibidem). Decifrar nos atos ilegais a diferença entre violar a propriedade e violar o direito de propriedade pode nos dar uma dimensão da batalha pela ordem social que se desenvolve no seio da sociedade. Cabe aqui um esclarecimento: a sociedade (a ordem social) não se perturba pelos grandes crimes que comovem a opinião pública, mas sim por aquelas condutas ilegais que têm a capacidade de se reproduzir, de se estender, de ser imitadas e de se generalizar. Michel Foucault (1976) diz que nas pequenas ilegalidades é que se joga a batalha pela ordem social.

O Estado é a lei e a lei é o Estado

Seguindo essa linha de pensamento, o ditado da lei implica a necessidade de encontrar remédios para a ausência de virtude (Resta, 1985). A lei invoca a existência do delito. Falar da necessidade de justiça é falar da injustiça; falar da necessidade de igualdade é falar da desigual-

dade; falar da necessidade da lei é falar do delito; falar da necessidade da ordem é falar da ameaça da desordem ou da própria desordem.

Com o aparecimento da sociedade moderna, com a conseqüente dissolução das relações sociais feudais, a secularização da autoridade e o desenvolvimento das sociedades industriais, a definição do delito e a justificação para o poder de castigar necessitam de outro modelo de legitimação, distinto daquele que pressupunha a existência de seres reconhecidos como socialmente desiguais: senhores e vassallos, nobres e plebeus.

Os exemplos dessa nova definição estavam ao alcance de quem refletia sobre a diminuição da importância da religião para a sociedade, já que “é indubitável que o direito penal, em sua origem, era essencialmente religioso” (Durkheim, 1994, tomo I, p.118) e que, até o advento da Modernidade, funcionara como o cimento da estrutura social. Assim, os delitos religiosos tão severamente castigados nas sociedades pré-modernas, como a blasfêmia ou o sacrilégio, passaram a ser condutas não castigadas ou não contempladas nos códigos penais dos novos Estados que secularizaram a relação entre soberano e súditos. Em *A evolução das leis penais*, Durkheim (1999, p.87), ao considerar as mudanças que se produziram nos últimos séculos, afirma que “o crime se reduz progressivamente somente para as ofensas contra as pessoas; enquanto que as formas religiosas de criminalidade declinam, resulta inevitável que a força (violência) por meio do castigo se torne mais frágil”, já que os sentimentos coletivos de religiosidade que eram a base do sistema penal nas sociedades pré-modernas têm diminuído.

Ao descrever a evolução das formas do castigo penal o autor distingue uma criminalidade religiosa, ligada às sociedades pré-modernas e baseadas na “solidariedade mecânica”, e uma criminalidade posterior ou moderna a que reserva o nome de criminalidade humana. O papel da religiosidade nos povos primitivos implicava que a criminalidade consistia quase unicamente em não “cumprir com o culto, em violar as proibições rituais, em separar-se dos costumes dos velhos, em desobedecer à autoridade, ali onde estava fortemente constituída”. Nas sociedades modernas (as europeias

de então), “o crime consiste essencialmente na lesão de qualquer interesse humano. Essas duas formas de criminalidade diferem profundamente porque os sentimentos coletivos que ofendem não são da mesma natureza”.

Essa posição de Durkheim leva-o a afirmar que quanto mais se consideravam certos seres, bens ou valores superiores à natureza humana, mais se considerava qualquer transgressão uma violação ao sagrado, e o castigo em sua crueldade e em sua publicidade cumpria uma função simbolicamente reparadora da autoridade violada, que é desconhecida pela concepção de delito. Isso o faz perguntar: “Qual é a importância do sofrimento individual quando se tem um Deus que deve ser apaziguado?”. De todas as maneiras também cabe ressaltar que se os deuses religiosos na sociedade moderna recebem uma menor proteção da lei, a ordem social instalou “outros deuses” seculares, como a pátria, a nação, o Estado.

Contudo, é um tanto singular que o enfoque durkheimiano acerca “da evolução das leis penais” se centre na mudança de concepção do que se considera um delito-crime. Compartilho com ele o relativismo geográfico e/ou social-temporal que implica a proposta, mas me parece ser um tanto insuficiente para explicar a mudança na política penal que aconteceu com o advento da Modernidade, essa nova ordem social que produziu a burguesia e a economia de mercado nos finais do século XVIII. A esse respeito, a hipótese de Michel Foucault de explicar as mudanças na política penal em função da passagem das “sociedades de soberania” para as “sociedades disciplinares” me parece uma explicação muito mais sólida do que a simples secularização da sociedade, conforme assinala Durkheim.

Creio assim que Durkheim se move em um esquema que considera a *punição* como dada automaticamente pela “consciência coletiva”, enquanto Foucault assinala que, na verdade, a punição está subordinada à política (penal), sendo uma das ferramentas que sustentam a ordem social, como outras (a tolerância, a ocultação ou a participação por parte do poder em atos ilegais). Que outra coisa é a apelação à “razão de estado” ou ainda ao “estado de exceção” (Agamben, 2004) que tem se tornado uma forma permanente de governo? Enfim, a nova ordem instaurada pela Modernidade não

persegue o delito (ou alguns delitos) por ser um delito, mas sim para construir uma ordem disciplinar e para que esta ordem seja interiorizada por toda a sociedade. Não outra coisa quer dizer Foucault (1978, p.76) quando afirma que no início da sociedade moderna não se tratava de punir, mas de punir melhor, o que significa que o poder de punir deveria ser aceito por um novo subjugado, o povo como sujeitado moral. Assim, paradoxalmente, se pode dizer que o poder de punir foi transferido para a sociedade que, em conjunto, deve re- futar a delinquência que sempre existe como uma tentação perigosa.⁷

A exemplificação que traz Foucault (1976) da crueldade do suplício público imposto ao regicida Damiens e seu progressivo declínio, já que substituído pelos regulamentos da fábrica-inter-nato-manicômio-prisão, cinquenta anos depois, indica de que se trata a constituição da nova ordem social: a punição aparece como residual, como expressão da moralidade. O mesmo sentido adquire o desaparecimento da “cadeia de forçados”, em meados do século XIX (Foucault, 1976). Mais que isso, as mudanças que ocorreram no sistema criminal a partir do Renascimento e com o advento da Modernidade podem dar outra pista para entender a complexidade que não está expressa na tese de Durkheim, embora se possa aceitar que, de maneira geral, ela tenha provocado uma mudança na concepção social do que é delito.

O fora da lei

Diz Michel Foucault (2000, p.43): “Se estiver presente no fundo de si mesmo, a lei não seria já a lei, senão a suave interioridade da consciência”. Portanto a existência da lei lembra o que está fora, externo a nós. Lembra não somente a obrigação que temos de aceitar

7 “Ha sido absolutamente necesario constituir al pueblo en sujeto moral, separarlo pues de la delincuencia, separar claramente el grupo de los delincuentes, mostrarlos como peligrosos, no solo para los ricos sino también para los pobres, mostrarlos cargados de todos los vicios y origen de los más grandes peligros. De aquí el nacimiento de la literatura policial y la importancia de periódicos de sucesos, de los relatos de horribles crímenes” (Foucault, 1978).

a lei, mas a ameaça que existe de sermos punidos em caso de seu não cumprimento. Mas se isso parece uma resposta simples ao esquema delito-pena (como antes fora pecado-pena), isso não é real. Michel Foucault (1976) lembra-o quando diz que “deve-se desprender da ilusão de que a penalidade é antes de tudo uma maneira de reprimir os delitos [...], é um fenômeno social complexo que não pode ser explicado pelo direito ou pela ética”. Trata-se do problema da ordem, de uma ordem, e não de um problema moral ou ético, já que o sistema jurídico moderno não é produto de um progresso racional nem resultado da filosofia humanista, mas produto de certas relações de força que se resolvem (ou se resolveram) de maneira violenta, em cenários de guerras e na produção de poder: disso tem surgido e surge a lei.

Essa imposição requereu um leque de situações materiais e culturais que podem ser assim resumidas:

- a) A mudança na natureza do poder de punir a partir do século XIV que deixou de responder a uma ordem religiosa ou teológica e passou a responder a uma ordem secular e profana, produto da derrota militar do poder do cristianismo católico. A lei não é inerente ao que é justo, e o justo não é dado pela revelação. A partir desse momento, e de forma progressiva, o conceito de justiça advém somente da aplicação da lei.
- b) A mudança na natureza da ordem social que vai de justificções éticas ou morais para o direito ou lei como uma necessidade para a convivência. Essa noção desenvolve-se em paralelo à perda progressiva da importância do pecado para a ordem social que vai sendo suplantada pela noção de delito descrito na lei e que responde à necessidade de previsibilidade frente a interpretações religiosas ou morais das condutas humanas.
- c) O confisco ou a expropriação gradual do poder de punir por um “terceiro” que tem mais poder, que monopoliza o poder: na verdade um “guerreiro triunfante” que se institucionaliza transformado em governo-Estado e que monopoliza a coerção, a legislação e a tributação.
- d) A grande mudança ou as mudanças no sistema de justiça penal ocorrido ao final do século XVIII, particularmente na redução

dos castigos públicos suplicantes (necessários nas sociedades de soberania) e a generalização da prisão (expressão da sociedade disciplinar).

- e) A perda do poder de julgar e punir por parte de órgãos estatais especiais, fato que acompanha o processo crescente da codificação geral, a adoção de tribunais letrados, a ideia do caráter corretivo da pena e com isso a construção de uma nova subjetividade que seria “a alma da lei”.

Em suma, com o advento da sociedade disciplinar a ênfase não está tanto no julgar-punir uma ilegalidade, mas em algo diferente: desvendar o significado individual e social desse ato, saber o que é esse ato (idem), que causalidade pode tê-lo produzido, que racionalidade o anima, que medida apropriada se deve tomar. Enfim, outra verdade deve ser desvelada, já que o ato a julgar-punir é um complexo enigma científico-jurídico que requer a revelação de outra verdade, além da jurídica, não tanto por um imperativo moral, mas para preservar a ordem social. Atentar contra a propriedade e atentar contra o direito de propriedade têm significados qualitativamente distintos para a ordem social e, portanto, para a política penal. Por isso, a ordem social requer uma racionalidade penal guiada pela política e não pela moral, ainda que a invoque. A expropriação do poder de punir pelo Estado não é então uma “humanização” da ação de punir, é um ato de poder (somente pune quem tem poder sobre outro que não o tem). Esse ato recorda a todos quem detém o poder, por isso o poder-lei “protege o infrator da vingança da vítima”, só que não o faz para protegê-lo, mas sim para passar uma mensagem de que o poder e o poder de castigar pertencem somente a ele.

A retórica e a ficção

Essa lógica penal tem sido historicamente acompanhada de uma liturgia de solenidade, um ritual que expressa hierarquias e que outorga distância dos “litigantes” e que é, em especial, acompanhada

da força de um imaginário coletivo acerca de um inimigo social sobre o qual toda a sociedade demanda que se puna. Essa “transferência” para a sociedade do ardor da punição, e a legitimidade da punição, é um objetivo que está sempre à mão, embora inalcançável de maneira definitiva: continuamente o poder tem de alimentar, abonar e justificar sua política criminal porque a interpretação geral ou do bem comum presente nesse imaginário contém também desejos de equidade, de igualdade, de felicidade. Nesse sentido, Bronislaw Baczko (1999, p.21) afirma:

Para que uma sociedade exista e se sustente, para que se possa assegurar um mínimo de coesão e até de consenso, é imprescindível que os agentes sociais creiam na superioridade do fato social sobre o fato individual, que tenham uma “consciência coletiva”, um sistema de crenças e práticas que os una em uma mesma comunidade, instância moral suprema a todos que aderem a ela [...]. Existe uma conexão íntima e inevitável entre o comportamento e a representação coletiva.

Essa ideia de Baczko acerca da consciência coletiva como “uma instância moral suprema à qual todos aderem” precisa ser atenuada à luz da realidade da generalização de comportamentos ilegais (Pegoraro, 2003), mas permanece como uma ilusão tranquilizadora.

A relação entre justiça e punição, tal como venho afirmando, é complexa porque precisamos nos separar dos ideais moralistas para desvelar a realidade do *continuum* ordem social-justiça-política judicial. Como disse David Garland (1999, p.89):

Os rituais não somente expressam emoções, as suscitam e organizam seu conteúdo, proporcionam uma espécie de teatro didático por meio do qual se ensina ao espectador o que sentir, como reagir e quais sentimentos exibir nessa situação. Os rituais – incluindo os rituais de justiça penal – são cerimoniais que mediante a manipulação da emoção despertam compromissos de valor específico nos participantes e no público e atuam como uma educação sentimental gerando e regenerando uma mentalidade concreta.

Aqueles cerimoniais suplicantes das sociedades pré-modernas nas quais o ritual invocava a lei deixaram de ser funcionais na sociedade disciplinar, como analisou Foucault acerca da “cadeia de forçados”,⁸ o que é consonante à dissolução do Antigo Regime, sendo substituídos pela prisão, a pena do cárcere, forma mais adequada ao imaginário da sociedade burguesa. Mas o ritual do poder, o cerimonial e sua liturgia mantiveram-se e se mantêm sob outras formas e com outras justificações: já não é a pessoa do soberano agredido quem reclama o castigo e a aplicação da lei, mas sim toda a sociedade, que se sente agredida pela violação do pacto social e reclama a punição por meio de seu representante: o poder judicial, mas guiado pela preservação da ordem social em vez da lei.

Entretanto, qual é a importância atual do sistema judiciário na sociedade moderna⁹ para a manutenção e reprodução da ordem social? É certo que a ordem social é resguardada pelo sistema judicial? Ou é somente um aspecto residual do controle social em uma sociedade de consumidores, já que a ética do trabalho se tornou supérflua (Bauman, 1999)? Como diriam os criminalistas, o direito judicial se deve usar como *ultima ratio*, nos casos em que todas as outras formas de controle foram insuficientes para manter a ordem. Mas vale a paródia acerca da punição: a ordem não é perturbada por crimes comuns. Mesmo os crimes mais atrozes, com dezenas de mortos e centenas de feridos, como foram, por exemplo, o atentado na Embaixada de Israel ou na Mutual Judia (Amia) ou o assassinato do jornalista José Luis Cabezas ou o de María Soledad, somente

8 “A todas las ciudades por donde pasaba, la cadena de forzados llevaba su fiesta. Eran las saturnales del castigo; la pena se tornaba en ellas privilegio. Y por una tradición muy curiosa que parece sustraerse a los ritos ordinarios de los suplicios, provocaba menos entre los condenados las muestras obligadas del arrepentimiento que la explosión de una alegría loca que negaba el castigo [...] El aquellarre de los condenados respondía al ceremonial de la justicia por los fastos que inventaba. Invertía los esplendores, el orden del poder y sus signos, las formas del placer” (Foucault, 1976, p.265).

9 Prescindo com isso de outras qualificações sobre a atualidade que são usadas por diversos autores como “modernidade tardia”, “sociedades pós-modernas”, “sociedades pós-industriais” etc.

para citar alguns,¹⁰ não perturbam a ordem social. Pelo contrário, o pretense ataque à ordem social que produzem esses delitos e a resposta quase sempre só retórica por parte do Estado mina de outras formas organização, outras formas de construção de subjetividade, não terminantemente submetidas aos valores da sociedade moderna, e reforçam a ordem e a segurança (lei e ordem) que exige o imaginário coletivo comovido por esses fatos.

Essa subjetividade construída em grande parte pelos medos e pela insegurança que produz o mercado, agora mais e mais globalizado, em uma sociedade de consumo, é a base que legitima socialmente a política judicial dirigida aos pobres, aos fracos, aos excluídos, como se fossem eles que produzissem os medos e inseguranças. O mercado tem como paralelo um Estado encarcerador, que enche as prisões com aqueles “imprestáveis” que a ordem socioeconômica produziu (Wacquant, 2000). Como coloca ironicamente Zygmunt Bauman (2000, p.140) ao falar da política penal na sociedade moderna:

Na atualidade, os pobres são antes de tudo “não consumidores”, já não “desempregados”... O mundo seria tão agradável sem eles! Não necessitamos dos pobres; por isso não os queremos. Eles podem ser abandonados a seu destino sem o menor ressentimento.

A legitimidade da política criminal da atualidade está em tornar mais e mais invisíveis os pobres que são reduzidos e confinados em guetos (cortiços, favelas, bairros) ou prisões: “Ao mesmo tempo, a obediência à norma e a ‘disciplina social’ ficam asseguradas pela sedução dos bens de consumo mais do que pela coerção do Estado e das instituições panópticas” (idem, p.139).

Observemos o pensamento clássico sobre o direito de punir desenvolvido por Cesare Beccaria em *De los delitos y las penas*. Ao argumentar fortemente contra os suplícios e certas punições, em especial a

10 Esses exemplos têm como referência a Argentina da última década do século passado, mas são generalizáveis a outras sociedades.

pena de morte, Beccaria não vacila em sustentar uma visão da ordem social como o bem máximo a tutelar: “a pena de morte não é um direito, e como tenho demonstrado não pode sê-lo, o é somente na guerra de uma nação contra um cidadão, por julgar útil ou necessária a destruição de seu ser” (1994, p.74). Como podemos ver, esse expoente do humanismo não duvida em justificar a pena de morte quando está em perigo a nação, ou seja, a ordem social. Segue dizendo:

Por somente dois motivos se pode crer ser necessária a morte de um cidadão. O primeiro quando ainda privado de liberdade tenha tais relações e tal poder que interessa à segurança da nação; quando sua existência pode produzir uma revolução perigosa na forma de governo estabelecida. (ibidem)

Assim, Beccaria justifica a aplicação do castigo máximo, a pena de morte, somente quando está em jogo o poder: “quando ainda privado de liberdade tenha tais relações e tal poder que interesse à segurança da nação”, diz. Os delitos chamados “comuns” não ameaçam o poder, simplesmente o violam como produto de alguma paixão momentânea, alguma irracionalidade, alguma patologia ou pulsão extrema: nada para preocupar o poder. Parafraseando Hobbes, os homens perigosos são aqueles que depreciam as leis e não tanto aqueles que as violam.

E assim entramos no tema da periculosidade em relação à ordem social da Modernidade e, portanto, na política de punição. Refiro-me às variáveis necessidades da ordem social e por isso também às mutáveis formas de controle social. Isso é o que Michel Foucault assinala como a passagem das sociedades de soberania para as sociedades disciplinares, não por uma questão evolutiva da humanidade, mas pelas necessidades estruturais da nova divisão social do trabalho e do mercado. O trabalho precisou ser submetido ao mercado e isso requereu uma política de punição dos pobres que adquiriu formas extremadamente cruéis, não tanto para castigá-los, mas para discipliná-los, claro que não economizando na crueldade. Isso significa que já não era possível nenhuma alteridade à sociedade

de mercado e ao lugar que o trabalho assalariado ocupava nela. Lembramos aqui o momento da reforma da Lei de Pobres, em 1834, (Polanyi, 1992, p.11) que eliminou a obstrução do mercado de trabalho entendido como o “direito a viver”.

Mas voltamos ao pensamento de Durkheim sobre a necessidade de justificar a punição pela enormidade do crime, que, embora não mais referido a um imaginário teológico, necessita de outro imaginário, a ordem social, também fundada supostamente na moral e guardada por um ser transcendente – o Estado:

Tal é a origem dessas teorias, tão difundidas ainda hoje, que de acordo com as quais a moral carece de toda base se não é apoiada em uma religião, ou pelo menos, sobre uma teologia racional, ou seja, se o imperativo categórico não emana de algum ser transcendente. (1999, p.88).

A sociedade moderna secularizada requer uma “teologia racional”. Recordemos aquela ideia do próprio Durkheim já citada: “Qual é a importância do sofrimento individual quando é um Deus que deve ser apaziguado?”

Mas há algo novo que é a gestão da insegurança como ferramenta de controle social (Pegoraro, 1997), a insegurança que é produzida pela retirada do Estado do *welfare*, aquele Estado paternalista que pretendia reduzir os excessos cruéis do mercado autorregulado que produz a concentração da propriedade e das políticas econômicas em mãos das grandes corporações transnacionais. Quero dizer, a necessidade do Leviatã reaparece porque o problema da ordem é a insegurança, o que tautologicamente nos remete para um Estado frágil. O paradoxo disto é que a reivindicação da sociedade não é direcionada à fraqueza do Estado frente às forças sociais do mercado, mas para que se resolvam ou se reduzam os delitos interpessoais (comuns) que produzem uma sensação de insegurança.

Resumindo, o uso da retórica para a justificação do poder de punir, tal como desenvolvida por Hobbes, pode parecer convincente:

Fora do Estado (da *civitas*) os homens não têm mais que suas próprias forças para se proteger [...]. Fora da sociedade civil reinam as paixões, a guerra, a pobreza, o medo, a solidão, a miséria, a barbárie, a ignorância e a crueldade. Na ordem que impõe o Estado a razão, a paz, as riquezas, a decência, a elegância, as ciências e a tranquilidade reinam em toda a parte.

Porém, se esse esquema entre estar fora ou estar dentro da sociedade fosse certo, as aspirações milenares teriam se cumprido e não seria necessária referência alguma à complexa relação entre ordem social e política judicial.

Referências bibliográficas

- BELL, D. *El fin de las ideologías*. Madri: Tecnos, 1964.
- . *Las contradicciones culturales del capitalismo*. Madri: Alianza, 1977.
- BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza y Janés, 1985.
- BACZKO, B. *Los imaginarios sociales: memorias y esperanzas colectivas*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1999.
- BAUMAN, Z. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- BECCARÍA, C. *De los delitos y las penas*. Madri: Altaya, 1994.
- CALVINO, I. El mundo al revés. In: *Trespuntos*. Buenos Aires, s. n., 1998.
- CÁRCOVA, C. M. La opacidad del derecho. In: *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Biblos, 1996.
- CACIAGLI, M. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- CAZZOLA, F. Il costo de la corruzione. In: BARCA, L.; TRENTO, L. (Comps.) *L'economia della corruzione*. Roma-Bari: Laterza, 1994.
- CERRONI, U. *Marx y el derecho moderno*. México: Grijalbo, 1975.
- CHOMSKY, N. Entrevista. *Realidad Económica*, n.154, 1998.
- DELLA PORTA, D. *Lo scambio occulto*. Casi di corruzione política in Italia. Bolonia: Il Mulino, 1992.
- DESOUSA SANTOS, B. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogota: Ilsa, 1991.
- DAHL, R. Poliarchia. In: ANGELI, M.; ELSTER, J. *El cemento de la sociedad*. Barcelona: Gedisa, 1991.

- DURKHEIM, E. La evolución de dos leyes penales. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, n.13, 1999.
- _____. *La división del trabajo*. Planeta, 1993.
- ECO, U. et al. *La nueva edad media*. Madri: Alianza, 1974.
- ENGELS, F. *Las guerras campesinas en Alemania*. Moscou: Progreso, 1981.
- FERRAJOLI, L. Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura. In: *Pena y Estado*, Buenos Aires, 1995.
- FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. México: Siglo XXI, 1976.
- _____. Entrevista sobre la prisión, el libro y su método. In: *Microfísica del poder*. Madri: La Piqueta, 1978.
- _____. Fobia al Estado. *Archipiélagos*, Barcelona, n.4, 1990.
- _____. Omnes et singulatium: hacia una crítica de la razón política. In: *La vida de los hombres infames*. Madri: La Piqueta, 1990.
- _____. La Gubernamentalidad. In: *Espacios de poder*. Madri: La Piqueta, 1991.
- _____. *Hermeneutica del sujeto*. Madri: La Piqueta, 1994.
- _____. *El pensamiento del afuera*. Valencia: Pre-Textos, 2000.
- FRANZ, A.; STAUB, H. *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*. Madri: Biblioteca Nueva, 1935.
- FREUD, S. *Moisés y el monoteísmo*. Buenos Aires: Amorrortu, 1986.
- GIRARD, R. *La violencia y lo sagrado*. Barcelona: Anagrama, 1995.
- GOULDNER, A. *La crisis de la sociología occidental*. Buenos Aires: Amorrortu, 1973.
- GRAMSCI, A. *Cuadernos de la cárcel: pasado y presente*. México: J. Pablos, 1977.
- GRONDONA, M. *La corrupción*. Buenos Aires: Planeta, 1993.
- HELLER, H. *Teoría del Estado*. México: F.C.E., 1974.
- HOBBS, T. *Del Ciudadano y Leviathan*. Madri: Tecnos, 1996.
- _____. *De Cive*. Madri: Alianza, 2000.
- HOBBSAWM, E. *La era del capital*. Buenos Aires: Crítica, 1998.
- HUNTINGTON, S. *El orden político en las sociedades en cambio*. Buenos Aires: Paidós, 1972.
- JOLY, E. *La corrupción en las entrañas del poder*. Buenos Aires: F.C.E., 2003.
- KLITGAARD, R. *Controlando la corrupción*. Buenos Aires: Sudamericana, 1994.
- _____. Estrategias a nivel nacional e internacional para reducir la corrupción. *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Buenos Aires, 1995.

- LACAN, J. *Seminario*7. Buenos Aires: Paidós, 1988.
- LAMOS DE ESPINOSA, EMILIO. Corrupción política y ética económica. In: *La corrupción política*. Madri: Alianza, 1997.
- LAPORTA, F.; ALVAREZ, S. (Eds.) *La corrupción política*. Madri: Alianza, 1997.
- LEBOTIE, E. *Discurso sobre la servidumbre voluntaria*. Barcelona: Tusquets, 1988.
- MARÍ, E. *La teoría de las ficciones*. Buenos Aires: Eudeba, 2002.
- . *Derecho y psicoanálisis*. Teoría de las ficciones y función dogmática. Buenos Aires: Hachette, 1987.
- MARIN, J. C. El no delito, tan solo una ilusión? *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, n.2, 1993.
- MARX, K. Introducción a la crítica de la economía política de 1857. In: *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*. México: Siglo XXI, 1978.
- . *La Sagrada Familia*. México: Grijalbo, 1967.
- . *La cuestión judía*. México: Grijalbo, 1967.
- MELOSSI, D. *El Estado del control social*. México: Siglo XXI, 1995.
- . La radicación cultural del control social. *Delito y sociedad. Revista de Ciencias sociales*, Buenos Aires, n.9/10, 1997.
- MERTON, R. K. Funciones manifiestas y latentes. *Teoría y estructuras sociales*. México: F.C.E., 1976.
- . Anomia y estructura social. *Teoría y estructuras sociales*. México: F.C.E., 1976.
- MILIBAND, R. *El Estado en la sociedad capitalista*. México: Siglo XXI, 1976.
- MILLS, C. W. *La elite del poder*. Buenos Aires: F.C.E., 1960.
- . Las fuentes del poder en la sociedad. In: ETZIONI, A.; ETZIONI, E. *Los cambios sociales*. Fuentes, tipos y consecuencias. México: F.C.E., 1974.
- MORENO OCAMPO, L. La corrupción es una forma de abuso de poder. *Penas y Estado. Revista latinoamericana de Política Criminal*, Del Puerto, n.1, 1996.
- NIETSCHE, F. *Genealogía de la moral*. Madri: Alianza, 1983.
- O'DONNELL, G. *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- OSBORNE, D.; GAEBLER, T. *La reinención del gobierno*. Buenos Aires/Barcelona: Paidós/Estado y Sociedad, 1996.
- PASQUINO, G. F. *Diccionario de Política*. México: Siglo XXI, 1987.

- PIZZORNO, A. La corruzione nel sistema político. In: introducción libro de DELLA PORTA, D. Poder Ciudadano. *Quién es quién en el Poder Judicial*. Buenos Aires: Perfil, 1997.
- POLANYI, K. *La gran transformación*. México: Juan Pablo, 1992.
- REIK, T. *Psicoanálisis del crimen*. El asesino desconocido. Buenos Aires: Hormé, 1965.
- REISMAN, M. L. W. *Remedios contra la corrupción*. México: F.C.E., 1981.
- RESTA, E. *La certeza y la esperanza*. Ensayo sobre el derecho y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 1995.
- ROSE ACKERMAN, S. *Corruption: a study in political economy*. Nova Iorque: Academic Press, 1978.
- _____. Una administración reducida significa una administración más limpia? *Nueva Sociedad*, Caracas, n.145, 1995.
- RUSCHE, O.; KIRCHHEIMER, G. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1983.
- SAPELLI, G. *Cleptocracia*. El mecanismo único de la corrupción entre economía y política. Buenos Aires: Losada, 1998.
- SIMONETTI, J. M. *El ocaso de la virtud*. Ensayos sobre la corrupción y el discurso del control social. Universidad Nacional de Quilmes/ Universidad Nacional de la Plata, 1998.
- SUTHERLAND, E. *Ladrones profesionales* Madri: La Piqueta, 1998.
- SYKES, M.; MATZA, D. Techniques of neutralization. A theory of delinquency. *American Sociological Review*. XXII, p.64 e ss., 1957.
- THOMSON, E. P. *Tradición, revuelta y conciencia de clase*. Barcelona: Crítica-Grijalbo, 1984.
- VERBITSKY, H. *Robo para la corona*. Buenos Aires: Planeta, 1993.
- _____. *Hacer la Corte*. Buenos Aires: Planeta, 1995.
- WEBER, M. *Economía y Sociedad*. México: F.C.E., 1974.
- _____. *Historia Económica General*. México: F.C.E., 1976.
- WOLFE, A. *Los límites de la legitimidad*. México: Siglo XXI, 1980.