

**OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO PENAL:
O PAPEL DO JURISTA EM FACE DO PODER PUNITIVO**

José Rafael Carpentieri*

Resumo: O presente artigo tem por objetivo traçar um panorama do direito penal, especificamente das relações entre o poder punitivo e o sistema penal, para analisar, sob uma perspectiva crítica, o papel das prisões e dos manicômios na configuração dos comportamentos humanos e na disciplina da sociedade. O sistema penal é essencialmente seletivo. Em virtude da diferença entre os crimes registrados e os efetivamente cometidos, autores, vítimas e os agentes das agências executivas são selecionados e submetidos a uma dinâmica de conflito social. Desse ponto, é possível refletir sobre o papel do jurista no exercício do contrapoder jurisdicional. Cabe ao jurista aplicar os direitos humanos e assim reduzir os efeitos do poder punitivo aplicado por meio do sistema penal.

Palavras-chave: direitos humanos; direito penal; criminologia.

1 Introdução

O sistema europeu de penalidades se estabeleceu de forma consolidada há cerca de dois séculos após um longo período de gestação que remonta à Idade Média (FOUCAULT, 2006). Esse sistema se tornou a referência para as sociedades que institucionalizam o poder por meio do Estado. As expansões do mercantilismo e da Revolução Industrial tornaram esse modelo de decisão de conflitos preponderante no âmbito mundial. Sua característica principal constitui na seleção de um número reduzido de pessoas e sua submissão à coação, mediante a imposição de uma pena (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

A prevalência desse modelo de reação aos conflitos em particular, entre duas fórmulas, uma de solução entre as partes, outra de decisão vertical ou punitiva, ocorreu

* Doutorando em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep).

de forma lenta e gradual, durante os séculos da alta Idade Média. A diferença entre tais modelos pode ser estabelecida a partir da posição da vítima. No modelo de partes, existe um conflito protagonizado por alguém que lesiona e outra pessoa que sofre a lesão, para o qual se busca uma solução (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

O modelo punitivo se desenvolve a partir da exclusão da vítima. A pessoa lesionada ou a lesão em si passam a ser apenas um sinal que permite a intervenção do poder, exercido no contexto da sociedade industrial por meio de agências burocráticas, as quais, por sua vez, agem de forma seletiva e sem considerar a vontade do lesionado, transformando-o em objeto. Igual perspectiva adquire o autor da lesão, já que também deixa de ser visto em sua dimensão humana para ser considerado objeto no qual se exerce poder. Nessa perspectiva, pode-se considerar que a pena não tem nenhuma função além de ser exatamente um marco poder, um momento de afirmação do soberano.

Impõe-se um sistema penal baseado essencialmente no confisco dos conflitos, no qual a vítima se vê despojada de sua lesão. Fundamentalmente, a partir do século XIII, a história da legislação penal é a narrativa dos avanços e retrocessos no confisco do conflito e na utilização desse poder confiscatório, bem como a história do fabuloso poder de controle e vigilância que o pretexto da necessidade de confisco proporciona, sempre em benefício de quem detém o poder. Também é a história do avanço e do retrocesso de um modelo de sociedade corporativa, verticalizada e hierarquizada, fundada na autoridade, em detrimento de um modo de sociedade comunitária (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

Analisar a existência concreta das prisões e dos manicômios como formas institucionalizadas de exercício do poder punitivo e estabelecer a sua relação com os direitos humanos, bem como propor uma perspectiva de atuação do jurista, constitui o objetivo do presente trabalho.

A maneira mais adequada para atingir esses objetivos se dá a partir de uma abordagem criminológica e global do direito penal, tendo em vista uma concepção metodológica crítica, bem como uma perspectiva realista e concreta dos direitos humanos, concebidos a partir de relações sociais concretas e realidade historicamente construída.

2 O poder punitivo e o confisco do conflito

A concentração de poder verticalizante do século XIII de início ocorreu por meio de centralizações locais, podendo-se tomar de exemplo os confiscos de conflitos pelos senhores da região da atual Alemanha e da Itália (ZAFFARONI; BATISTA, 2003). No futuro, as *Ordenanzas Reales* espanholas editadas após a reconquista, juntamente com as *Leyes de Toro* e a *Nueva Recopilación*, serão o fruto de um processo de centralização legislativa de consolidação do poder punitivo. Portugal terá seu equivalente nas ordenações.

A preponderância do modelo confiscatório e a consequente concentração do poder são concomitantes à reformulação das práticas jurídicas e à consolidação de um modo específico de conhecimento. Impôs-se uma forma de pesquisa da verdade constatada ou atestada baseada na autoridade, em detrimento de outros paradigmas existentes (FOUCAULT, 2006). O inquérito se torna o modo como o soberano coloca para si o direito de estabelecer a verdade, tomando como base certo número de técnicas regulamentadas.

Percebemos como essa forma particular de estabelecer a verdade já existia na humanidade antes do período medieval. A tragédia *Édipo rei*, de Sófocles, relatada na Antiguidade, mostra exatamente a elaboração de um inquérito com objetivo de encontrar o responsável pela praga que assola a cidade de Tebas. Porém, somente na Idade Média, de maneira lenta e gradual, o método do inquérito adquire proporções maiores, com a sua utilização nas práticas judiciais e na construção do conhecimento científico.

O direito germânico preponderante na época medieval era marcado por outro modelo de obtenção da verdade diferente do inquérito. O modelo das provas (*épreuve*) determinava a responsabilidade por um fato por meio de duelos, ordálias, provações e juramentos. A verdade em si mesma no sistema de prova não interessava, a solução era dada a partir de um sistema binário: a pessoa pode aceitar ou não o desafio. A recusa significava derrota antecipada. No caso de aceitar, pode vencer ou perder, de maneira que não havia alternativa (FOUCAULT, 2005). Além disso, o terceiro envolvido se colocava entre as partes sem a responsabilidade de decidir, apenas zelava pelo fiel cumprimento das regras.

Somente nos casos de flagrante delito era possível que as pessoas capturassem o autor e o levassem até o detentor do poder local, que ficava incumbido de aplicar uma punição ou exigir reparação (FOUCAULT, 2005). Todavia, em determinado momento histórico, essa conduta do poder local passa a ser uma regra. O confisco do conflito passa a ser uma atitude política dos soberanos locais que tomavam para si a lesão da vítima. A adoção do inquérito foi estratégia que permitiu reavivar o flagrante, trazê-lo do passado ao presente e assim viabilizar o exercício do poder punitivo.

Essa estratégia de poder faz desaparecer, entre os séculos XII e no decorrer do século XIII, o sistema de provas, dando lugar ao inquérito (FOUCAULT, 2005). O sistema feudal de direito, baseado no modelo germânico, não envolvia diretamente um terceiro. Consistia muito mais numa série atos de vingança ritualizados de um indivíduo contra outro, uma espécie de guerra regulamentada entre pessoas. A liquidação do conflito implicava a transferência de bens de uma pessoa para outra, já que a própria guerra, com a pilhagem e o saque, era uma das principais formas de circulação da riqueza.

A expansão do poder na Idade Média e a sua concentração corresponde justamente ao surgimento de um sistema judiciário que submete o conflito entre duas pessoas a um terceiro, que representa o soberano, que passa a ser parte do conflito,

substituindo a vítima e assumindo o seu papel conforme lhe permite a noção de infração, muito próxima à ideia de pecado. Não existe mais o dano causado por uma pessoa à outra. Abandona-se o sistema binário das provas para dar lugar a um modelo que permite, juntamente com o acúmulo de poder, o acúmulo de riqueza, pois a maioria das punições consistia no confisco patrimonial. O confisco do conflito, portanto, foi um elemento essencial para o confisco da riqueza e sua crescente acumulação na mãos dos soberanos políticos.

O inquérito, utilizado como forma de reconstrução do passado para tornar possível o exercício do poder, passou também a se constituir no traço epistemológico fundamental das sociedades verticalizadas, pois aos poucos estende seu âmbito de atuação e deixa de ser instrumento político e de prática judiciária para se tornar a forma de conhecimento típica das ciências empíricas (FOUCAULT, 2006).

Há, portanto, um acúmulo de poder inquisitorial ocorrido na Europa, no momento do nascimento dos Estados e dos regimes monárquicos. Futuramente o alcance desse poder se expandirá pelo planeta, durante a revolução mercantil do século XV, a Revolução Industrial do século XVIII e a revolução técnico-científica do século XX (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

O exercício do poder punitivo de forma seletiva passa a corresponder à forma de controle social mais drástica do ponto de vista dos seus efeitos sobre os seres humanos e também uma forma eficaz na medida em que torna possível o controle e a vigilância das pessoas. De suas origens no século XIII até o seu formato atual, consolidado nos últimos dois séculos como sistema de controle formalizado, suas bases confiscatórias permanecem as mesmas.

Se a história da legislação penal é a história do confisco do conflito, a história do direito penal é a trajetória das ideologias construídas no âmbito da legitimação do poder punitivo. O direito penal é um discurso produzido pelos juristas com objetivo, na maioria dos casos, de legitimar e racionalizar o modelo confiscatório de exercício do poder.

3 Sistema penal, criminalização, seletividade e vulnerabilidade

O poder punitivo nas sociedades contemporâneas é exercido por meio de agências que compõem o sistema penal e atuam de forma seletiva. Seu desenvolvimento se dá a partir de uma criminalização primária, correspondente ao programa legislativo que permite a punição, bem como de uma criminalização secundária, definida como a ação punitiva exercida concretamente sobre as pessoas.

A criminalização primária expressa nas leis corresponde a um programa impossível de ser realizado pelas agências responsáveis pela criminalização secundária, em virtude da infinidade de condutas humanas rotuladas como criminosas. Diante desse fato, não resta outra opção senão a atuação seletiva. Essa seletividade, que se dá tanto em relação aos criminalizados quanto aos vitimizados, é dirigida a pessoas que se encontram numa situação de vulnerabilidade.

A impossibilidade de atuação das agências policiais em todos os casos previstos (basta checar a existência da cifra negra), decorrente de sua pouca operacionalidade em relação à gigantesca programação estabelecida pela legislação penal, leva a uma construção de maneira complexa de estereótipos. Os atos grosseiros cometidos por pessoas sem acesso à comunicação social positiva são divulgados como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes, cuja imagem passa a impregnar a coletividade com uma série de valores negativos (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

A imagem pública do delinquente, com toda a sua carga de preconceito social, étnico, etário, de gênero e estético, é a forma primordial pela qual as agências de criminalização secundária selecionam as pessoas que serão submetidas à pena. Os vulneráveis são exatamente aqueles que se enquadram no estereótipo, aqueles cuja educação lhes permite apenas realizar ações ilícitas de maneira tosca e aqueles que são etiquetados e passam a agir de acordo com as expectativas sociais provenientes da rotulação, numa profecia que se autorrealiza. Por sua vez, as agências de criminalização secundária são cronicamente inoperantes perante os delitos do poder econômico e os conflitos graves não convencionais que envolvem meios letais massivos.

A criminalidade grosseira, cometida por pessoas que se encontram em posição social desvantajosa, é mostrada como a única criminalidade existente, não sendo observados os delitos cometidos com menos rudeza ou até mesmo com certo refinamento. Isso leva ao falso raciocínio de que a pobreza e a educação insuficientes são as causas da criminalidade, quando na realidade são causas da criminalização, tendo em vista a ação do poder punitivo sobre as camadas mais pobres e a impunidade constante de outros segmentos.

É possível estabelecer os critérios de seleção criminalizante adotados pelas agências do sistema penal para levar a cabo o exercício do poder punitivo. O primeiro deles é a criminalização de acordo com o estereótipo mediante a eleição de pessoas vulneráveis, por serem apenas capazes de cometer crimes de maneira tosca e que acabam desempenhando o papel induzidas pelos valores negativos associados à etiquetagem. São atingidos com menos frequência aqueles que não se enquadram no estereótipo, mas se tornam vulneráveis em virtude da brutalidade explícita de sua conduta, constituindo assim a criminalização por comportamento trágico. Eventualmente podem ser selecionadas aquelas pessoas cuja posição social as tornava invulneráveis, mas que foram despojadas em uma luta entre o poder hegemônico. Constituem os criminalizados por falta de cobertura.

No exercício do poder punitivo, a seletividade do sistema penal – realizada principalmente em sede de criminalização secundária, já que na primária exige-se sempre um alto grau de abstração no momento de elaboração da lei – não se dá somente com a escolha das pessoas que serão submetidas à sanção, mas também no plano das vítimas e dos próprios agentes que compõem as agências executivas.

A maioria das vítimas de delitos são pessoas submetidas a uma baixa condição social, pois não podem arcar diretamente com os custos da segurança e vivem

de maneira exposta. Por serem frequentemente vítimas, também são mais suscetíveis aos discursos demagógicos que sustentam a expansão do sistema penal. Dessa forma, as classes sociais que mais sofrem com a ação do poder punitivo (pois os pobres são os mais criminalizados) tragicamente acabam solicitando uma atuação ainda maior deste, em virtude de serem também mais vitimizadas.

As pessoas que trabalham nas agências executivas do sistema penal são selecionadas entre as camadas pobres da população e submetidas a um rígido sistema hierárquico. Sofrem restrição em seus direitos humanos porque são impedidas de exercer seus direitos trabalhistas e não podem manifestar livremente seu pensamento. Além disso, são obrigadas ao enfrentamento direto com a violência gerada pelos conflitos do sistema penal.

Portanto, a dinâmica social trazida pelo sistema penal é a do autoaniquilamento. Criminosos, vítimas e membros das agências executivas são selecionados entre as camadas pobres da sociedade e inseridos num jogo de destruição mútua, sob o falso pretexto de uma solução de conflitos, que nunca é possível, pois, nesse modelo, a vítima sempre é excluída e substituída pelo Estado.

A real percepção do sistema penal e a evidência efetiva do modo como o poder punitivo é exercido tornam inviável qualquer concepção positiva da pena, atribuída tradicionalmente pelo saber penal. A pena deve ser encarada como um momento de poder, sem qualquer finalidade de retribuição ou prevenção.

Outra conclusão inevitável é a compreensão da capacidade disciplinadora e configuradora do poder punitivo. A verdadeira força do sistema penal não provém dos poucos casos nos quais se aplica uma pena, mas na expectativa de comportamento transmitida à sociedade.

4 Direito penal e direitos humanos

O período do Iluminismo corresponde ao momento histórico no qual se estabelecem barreiras ao poder punitivo. A limitação ao seu exercício corresponde também ao surgimento dos direitos humanos de primeira geração. Assim, os direitos humanos e o direito penal se relacionam a partir do momento em que o primeiro fornecerá uma alternativa política ao exercício arbitrário do poder.

Os direitos humanos são um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, efetivam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas e que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nos âmbitos nacional e internacional. Têm sua origem moderna exatamente no primeiro momento em que se busca impor limites ao exercício arbitrário do poder punitivo, a partir do reconhecimento da liberdade e da dignidade da pessoa humana (LUÑO, 1995).

A noção de dignidade da pessoa humana será, na modernidade, o norte do Estado de Direito como valor básico fundamental dos direitos humanos, tanto na sua acepção negativa, de garantia contra o arbítrio, como na afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa (LUÑO, 1995).

O processo dialético de desenvolvimento da positivação dos direitos humanos reflete diretamente na história da legislação penal e no saber produzido pelos juristas, na medida em que determinados princípios limitativos reconhecidos produzem efeitos no processo de criminalização primária e secundária, formando uma rede de contenção racional em face do poder punitivo.

O pensamento jurídico-penal seguirá sua direção histórica sempre diretamente se relacionando com os direitos humanos, ora deles se aproximando, ora se afastando, em conformidade com o contexto político e ideológico do momento. Ao mesmo tempo, a partir da consolidação da forma estatal de monopólio do poder, a positivação dos direitos humanos e a codificação penal serão o marco de referência para o debate jurídico.

A criminologia crítica, que abrange correntes interacionistas, marxistas e fenomenológicas, juntamente com o pensamento de Michel Foucault, realizaram um processo de deslegitimação do direito penal e evidenciou sua incompatibilidade com a promoção e efetivação do direitos humanos, pois o poder punitivo traz mais males do que sua pretensa função de proteção.

É incontável o número de mortos, de mutilados, lesionados e aprisionados, considerando também a ação dos sistemas penais subterrâneos, que atuam à margem da legalidade, mas que também fazem parte do sistema penal. No caso da América Latina, a situação é ainda mais drástica se for considerado que, ao contrário dos países centrais do poder mundial cujo sistema penal foi elaborado em moldes disciplinadores, nosso aparato penal sempre esteve direcionado para a contenção social.

5 Prisões e manicômios

A confrontação física entre o soberano e o condenado na qual consistira a técnica punitiva dos suplícios passa a ser criticada a partir da segunda metade do século XVIII (sem desconsiderar a existência de críticas pioneiras anteriores a esse período). Contudo, os pensadores reformistas do Iluminismo não consideravam a pena de prisão como alternativa geral, mas restrita a alguns crimes específicos. O cárcere era visto como instrumento de arbítrio do Antigo Regime (FOUCAULT, 2006).

Esse fato traz a questão de como a detenção passou a ser o castigo primordial dos sistemas penais. O simbolismo de vitória do soberano inserido no suplício aplicado ao corpo do condenado foi substituído pelo treinamento mecânico. A prisão se impôs como castigo praticamente universal quando a proposta reformadora propugnava um modelo de recomposição do contrato social violado, na medida da lesão causada.

A explicação para essa mudança encontra-se nas relações de poder desenvolvidas no âmago da sociedade industrial nascente, e pode ser ilustrada por seus extremos. Se o ponto extremo do modelo punitivo do Antigo Regime pode ser ilustrado pelo retalhamento infinito do corpo do regicida, que corresponderia à manifestação mais forte sobre o corpo do maior dos criminosos, o ponto ideal do modelo de penalidade de hoje seria a disciplinar infinita (FOUCAULT, 2006).

A prisão, portanto, é o universo da vigilância e do adestramento, uma dentre as diversas instituições que compõem a sociedade disciplinar, como a escola, o hospital e o quartel, todas elas com o objetivo de controle e vigilância, cujo fim último constitui a consolidação da disciplina fabril. Não é por acaso a semelhança entre as arquiteturas desses locais.

O trabalho obrigatório, o respeito aos horários, a estrutura vertical, hierárquica e militarizada tornam a disciplina da prisão um elemento de ortopedia social e política que age no corpo do condenado de forma a torná-lo eficiente ao trabalho fabril. É uma instituição que se insere num contexto mais amplo de outros lugares de adestramento para o sistema de produção, que realizam um sequestro de corporalidade. As fábricas, os hospitais, as escolas exercem basicamente três funções.

A primeira delas constitui a extração da totalidade do tempo das pessoas, e a segunda consiste em transformar o tempo controlado em trabalho, o que significa que há um controle sobre o corpo. A última dessas funções refere-se à criação de um novo tipo de poder exercido nessas instituições. Um poder de controle e vigilância que vai funcionar em vários níveis como um poder de vigilância e controle, e que serve para integrar totalmente o ser humano na produção.

A prisão moderna é uma fusão entre a técnica francesa do internamento do século XVIII, que consistia numa prática parajudiciária de solicitar ao rei uma *lettre-de-cachet* para determinar a prisão de alguém por tempo indeterminado com a absurda finalidade de reeducação, e do procedimento de controle do tipo inglês, pelo qual grupos sociais, para fugirem do poder monárquico, se autodisciplinavam mediante rígido controle interno. Há uma combinação entre a forma de controle moral e social nascido na Inglaterra e a instituição francesa que consistia na reclusão em um local específico.

Mas qual é a finalidade da prisão? Para que possamos responder a essa questão, é necessária a transcrição das palavras de Michel Foucault (2005, p. 124):

No grande panoptismo social cuja função é precisamente a transformação da vida dos homens em força produtiva, a prisão exerce uma função muito mais simbólica e exemplar do que realmente econômica, penal ou corretiva. A prisão é a imagem da sociedade e a imagem invertida da sociedade, imagem transformada em ameaça. A prisão emite dois discursos: Ela diz “eis o que é a sociedade; vocês não podem me criticar na medida em que eu faço unicamente aquilo que lhes fazem diariamente na fábrica, na escola, etc. Eu sou, pois, inocente; eu sou apenas a expressão de um consenso social”. É isso que se encontra na teoria da penalidade ou da criminologia; a prisão não é uma ruptura com o que se passa todos os dias. Mas ao mesmo tempo a prisão emite um outro discurso: “a melhor prova de que vocês não estão na prisão é que eu existo como instituição particular, separada das outras, destinadas apenas àqueles que cometeram uma falta contra a lei”.

Assim, a prisão ao mesmo tempo se inocenta de ser prisão pelo fato de se assemelhar a todo o resto, e inocenta todas as outras instituições de serem prisões, já que ela apresenta como sendo válida unicamente para aqueles que cometeram uma falta. É

justamente esta ambigüidade na posição da prisão que me parecer explicar seu incrível sucesso, seu caráter quase evidente, a facilidade com que ela foi aceita, quando, desde o momento que apareceu, desde o momento em que desenvolveram as grandes prisões penais, de 1817 a 1830, todo mundo conhecia tanto seu inconveniente quanto seu caráter funesto e perigoso. Esta é a razão porque a prisão pode se inserir e se insere de fato na pirâmide dos panoptismos sociais.

A prisão exerce uma posição de destaque positiva dentro da sociedade industrial, pois funciona como tática política fundamental, orientada por um saber científico, com objetivos bem evidentes de disciplina exercida sobre o corpo, tornando-o propício à conversão de força de trabalho em produção.

Junto à prisão como instituição de controle e vigilância de destaque na sociedade industrial, denominada por Foucault (2005) de sociedade disciplinar, os manjões judiciais também ganham destaque a partir do século XIX.

Surge uma nova economia de poder que passa a considerar não a ação criminosa, mas o criminoso em si, como um ser natural. Abandona-se uma concepção normativa do delito para considerar o criminoso como uma pessoa que nasce fadada à ilicitude, como se a conduta ilegal possuísse em si uma existência ontológica e patológica. É o nascimento do monstro moral, uma pessoa que nunca chegou a subscrever o pacto social e, por isso, se encontra à margem da sociedade (FOUCAULT, 2002).

O crime encarado como uma patologia é um fenômeno típico do século XIX, num momento em que a burguesia não mais necessitava disputar com a nobreza o poder político, porque já de fato o detinha.

Foi necessário abandonar o discurso do direito penal liberal, que nunca chegou a se efetivar, e adotar um discurso médico-criminológico. Houve, de fato, uma disputa entre as agências jurídicas e as agências médicas, cuja solução resultou numa confluência, como descreve Foucault (FOUCAULT, 2002, p. 49):

Desde o início do século XIX, não se pára de reivindicar, e cada vez com maior insistência o poder judiciário do médico, ou o poder médico do juiz. No início do século XIX, no fundo, o problema do poder do médico no aparelho judiciário era um problema conflituoso no sentido de que os médicos reivindicavam, por motivos que demoraria demais explicar agora, o direito de exercer seu saber no interior da instituição judiciária. Ao que, no essencial, a instituição judiciária se opunha como uma invasão, como um confisco, como uma desqualificação da sua competência. Ora, a partir do fim do século XIX, isso é importante, vemos desenvolver-se, pouco a pouco, uma espécie de reivindicação comum dos juizes no sentido da medicalização da sua profissão, da sua função, das suas decisões. E, depois, uma reivindicação gêmea da institucionalização, de certa forma judiciária, do saber médico: “Como médico, sou judiciarmente competente” – repetem os médicos desde o [início do] século XIX. Mas, pela primeira vez na segunda metade do século XIX, ouve-se os juizes começarem a dizer: “Pedimos que nossa função seja uma função terapêutica, tanto como uma função de julgamen-

to e expiação”. É característico ver que, no segundo congresso internacional de criminologia [...], propostas seriíssimas foram feitas no sentido de supressão do júri, com base no seguinte tema: o júri [é composto] de pessoas que não são nem médicos nem juízes, e que, por conseguinte, não tem nenhuma competência, nem da ordem do direito, nem da ordem da medicina. Tal júri é necessariamente um obstáculo, um elemento opaco, um núcleo não manipulável no interior da instituição judiciária, tal como deve funcionar no estado ideal. A verdadeira instituição judiciária seria composta de que? De um júri de peritos sob a responsabilidade jurídica de um magistrado.

O modelo disciplinador das prisões naturalmente se adequou ao modelo de segregação terapêutica dos hospitais psiquiátricos, na medida em que a Revolução Industrial foi sucessivamente incrementando a exclusão social e a necessidade de controle da população miserável.

A confluência entre o poder dos médicos e o poder dos juristas se materializa no exame médico-legal, um elemento estranho aos dois ramos de saber, tanto à medicina quanto ao direito, pois não utiliza o conhecimento técnico de nenhuma dessas ciências, mas adota conceitos metacientíficos como de “perversidão” e “periculosidade”. Essa espécie de exame não tem por objetivo medir e opor o culpado ao inocente, ou o doente à pessoa sadia, mas, sim, o normal ao anormal (FOUCAULT, 2002).

O jogo de relações institucionais entre o poder médico e o poder judiciário faz surgir o poder normalizador, a ser exercido num indivíduo que deve ser corrigido. Formou-se um direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato. A pessoa não era considerada pela sua conduta, mas pela sua condição, seu estado de periculosidade e sua perversão física e moral. Criminosos comuns, descendentes políticos, sexualmente desviados, loucos, alcoólatras formavam uma gama de pessoas que deveriam ser institucionalizadas, corrigidas ou tornadas inócuas, conforme o caso.

A pessoa considerada criminosa, declarada inimputável ou não, passou a ser alvo, conforme o caso, de pena sem delito, pena neutralizante irracional ou de medida de segurança. As três espécies, independentemente do nome, constituem formas de restrição da liberdade individual e do exercício do poder punitivo. Daí ser incabível a observação de que não constituem penas as medidas de segurança (ZAFFARONI; BATISTA, 2003)

Podem ser classificadas em pré-delituais, pós-delituais e parainimputáveis. As primeiras têm sua aplicação condicionada ao estado perigoso, como a vadiagem, a prostituição, a embriaguez, a dependência química ou a jogatina, estados que permitem a imposição de punição. Constituem penas sem delito, ou seja, a pessoa nada cometeu, encontra-se em determinado estado.

As medidas pós-delituais, denominadas de penas neutralizantes irracionais, via de regra violam o princípio de que ninguém será punido duas vezes pelo mesmo fato. São escamoteadas sob a denominação de reincidência, habitualidade, profissionalismo, tendência ou mentalidade criminosa.

As medidas de seguranças aplicadas a pessoas que não podem ser consideradas capazes de culpabilidade constituem privação de liberdade, com a possibilidade de não ser fixado tempo máximo de internação. Trata-se um problema de saúde abordado com a intervenção punitiva. Não é razoável que uma pessoa seja submetida à internação, com a possibilidade de permanecer perpetuamente, em virtude de ter acionado alguma agência de criminalização.

A confluência do poder médico e do poder policial, que pode ser ilustrada pelas novelas do personagem Sherlock Holmes, sempre acompanhado do Dr. Watson, gerou sistemas que combinam o exercício da pena nos moldes retributivos alternado com medidas de segurança em inimputáveis, como o duplo binário, ou ainda o sistema vicariante, que impõe penas retributivas aos imputáveis e penas neutralizantes aos inimputáveis, mas permite que as neutralizantes substituam as retributivas.

A justaposição das teorias, que tradicionalmente fundamentavam a punição com as concepções de direito penal de autor, consagra a arbitrariedade total do poder punitivo e a profunda violação nos direitos fundamentais. Esse modelo foi amplamente utilizado contra as classes menos favorecidas, o operariado e os considerados delinquentes habituais.

6 Conclusão

A opção metodológica que considera a pena como algo não dotado de racionalidade, sem qualquer finalidade, a não ser o exercício do poder punitivo, constitui a forma mais conveniente para adequar o direito penal às necessidades humanistas provenientes do pensamento dos direitos humanos. Permite descobrir sua real operacionalidade e o seu alcance seletivo e limitado, bem como seu verdadeiro poder configurador. Viabiliza também um posicionamento estratégico do jurista, como elemento aplicador indispensável na contenção do poder punitivo.

A consolidação das prisões como forma de punição foi um lento processo histórico que se insere num contexto maior da sociedade industrial. A prisão surgiu com o objetivo de disciplinar, num esquema de ortopedia social que tem por objetivo moldar e configurar o ser humano para o trabalho fabril.

A evolução do poder punitivo culminou numa outra economia de exercício de poder, a partir da inserção de critérios médicos, passando-se a considerar a pessoa do ponto de vista de sua periculosidade. O criminoso passa a ser visto como alguém que nunca se inseriu na sociedade, estando sempre à margem. Essa concepção permite o aumento do poder punitivo e o seu concomitante exercício arbitrário. Há um extensão do caráter disciplinador do poder punitivo, assumindo paralelamente um poder normalizador.

A realidade latino-americana é um pouco diferente daquelas dos países centrais do capitalismo. A situação periférica envolve um processo de atualização histórica a partir da empresa mercantilista. Esse processo consiste na inserção compulsória de

povos mais atrasados do ponto de vista do desenvolvimento tecnológico em sistemas mais avançados, com a perda de sua autonomia ou até mesmo com a destruição de sua identidade étnica.

Se a prisão é a instituição de sequestro primordial da sociedade industrial europeia, o continente latino-americano, durante o processo de atualização histórica, foi transformado numa enorme instituição de sequestro. A colônia é uma grande instituição de sequestro dentre outras menores existentes na metrópole (ZAFFARONI, 2009). A morte e a submissão das populações nativas, o transporte massivo de populações africanas e europeias, resultaram numa tragédia humana incomparável, cujo resultado final foi o genocídio.

A existência dos problemas históricos de nossa região e a nova configuração do poder mundial, a partir da revolução tecnológica do final do século XX, tornam fundamental uma postura antropológica e humanista do jurista, que deve encarar os direitos humanos como uma estratégia de transformação da humanidade em longo prazo, e não uma utopia não realizável.

É possível observar ainda que o sistema penal na América Latina esteve voltado para a contenção social, o que deixa ainda mais evidentes os danos humanos causados pelo exercício do poder punitivo em nossa margem. Assim, perante a nossa realidade histórica, é necessária a adoção de pressupostos metodológicos que considerem o direito penal de um ponto de vista da deslegitimação do poder punitivo. Trata-se de adotar uma visão antropológica e axiológica do direito, elegendo a vida humana como valor e dado concreto fundamental.

O papel do jurista, nesse caso, é aplicar os direitos e as garantias fundamentais para tentar barrar o poder punitivo, reconhecendo sua incapacidade de solucionar os conflitos e seu caráter destrutivo e irracional. Essa estratégia tem lugar até a construção de modos autênticos de solução de conflitos, momento a partir do qual será possível pensar no abandono do sistema penal.

HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL LAW: THE ROLE OF THE JURIST IN FACE OF PUNITIVE POWER

Abstract: This paper aims to trace a perspective of the Criminal Law, specifically the relationships between the punitive power and the penal system, to analyze, under a critical perspective, the role of the prisons and the mental institutions to the configuration of the human behaviors and to the discipline of the society. The penal system is essentially selective. Because of the he gap between crimes reported and those actually committed, authors, victims and agents of the executive agencies are selected and subjected to a dynamic social conflict. From this point of view, it is possible to consider the role of the jurist who utilizes the jurisdictional against-power.

Keywords: human rights; criminal law; criminology.

Referências

- FOUCAULT, M. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2005.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir – história da violência nas prisões*. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.
- LUÑO, A. E. P. *Derechos humanos, Estado e Constituição*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- ZAFFARONI, E. R. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 5. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. *Direito penal brasileiro. Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.