

O BINÔMIO DELITO E PENA NO MUNDO OCIDENTAL: A OCULTA FACE DA PUNITIVIDADE DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÂNEO

Almir Santos Reis Junior*

Renan Batista Paiva**

RESUMO

O delito é figura conhecida há séculos na sociedade ocidental, justificando, no corte epistemológico do ocidente desde a Idade Média, a investigação acerca dos fatos e circunstâncias que motivaram a transformação na figura do crime, das modificações e fatores relacionados as mudanças do sistema punitivo, da relação entre as transformações e modificações citadas para com a ciência do direito, especialmente a penal, visando encontrar na transformação histórica e social dos aspectos culturais, da produção de saber, das relações e do exercício do poder ministrados e adaptados, as motivações que fundamentaram o processo de transformação do sistema das punições e da justiça penal, da criminalização e descriminalização das condutas, da administração, manutenção e apropriação do poder de punir, bem como a formação do direito penal atual. Assim sendo, foi traçada uma investigação acerca do crime e do sistema penal na Idade Média até a Idade Contemporânea, possibilitando adentrar, após, na transformação específica causada pelo capitalismo na justiça penal e na formação científica do direito e, posteriormente, abranger a reestruturação das relações de poder e suas associações com a cultura e seus impactos no tratamento e visualização do delito, bem como na tutela penal. Sob tal ótica, a problemática consiste na análise dos fatores sociais, políticos e culturais na eleição de crimes e intervenção penal por meio da pena. Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, observando e ressaltando situações teóricas, contando majoritariamente com a análise, estudo de materiais bibliográficos retirados de livros, artigos, manuais e tratados. Ao final, concluiu-se que a formação do direito penal e do sistema jurídico-penal da atualidade são frutos diretos da organização social histórica impactada pelas relações de poder, pela cultura e pela produção de saber.

Palavras-chave: poder; disciplina; crime; punir; capitalismo.

ABSTRACT

Crime is a figure that has been known for centuries in Western society, justifying, in the epistemological cut of the West since the Middle Ages, the investigation into the facts and circumstances that motivated the transformation in the figure of crime, the modifications and factors related to changes in the punitive system, the relationship between the aforementioned transformations and modifications to the science of law, especially criminal law, with the aim

* Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professor adjunto do curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor convidado do curso de Doutorado em Direito Público e Mestrado em Direito Penal, da Universidade Católica de Moçambique. Atuou como coordenador dos cursos de especialização em Ciências Criminais e Perícias Criminais, ofertados pela PUC/PR, campus Maringá. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro do Conselho Editorial da Editora Juruá (Brasil e Portugal). Parecerista do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação (CONSINTER). Foi presidente da Comissão de Advogados Crimalistas da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção de Maringá. Advogado. (almir.crime@gmail.com).

** Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, no Paraná.

of finding the motivations behind the process of transforming the system of punishment and criminal justice, the criminalization and decriminalization of conduct, the administration, maintenance and appropriation of the power to punish, as well as the formation of current criminal law. An investigation into crime and the criminal justice system in the Middle Ages up to the Contemporary Age was carried out, making it possible to delve into the specific transformation caused by capitalism in criminal justice and in the scientific formation of law and, subsequently, to cover the restructuring of power relations and their associations with culture and their impact on the treatment and visualization of crime, as well as on criminal protection. From this perspective, the problem consists of analyzing the social, political and cultural factors in the selection of crimes and penal intervention through punishment. It was concluded that the formation of criminal law and today's criminal-legal system are the direct result of historical social organization impacted by power relations, culture and the production of knowledge. To this end, the hypothetical-deductive method was used, observing and highlighting theoretical situations, relying mainly on the analysis and study of bibliographic materials taken from books, articles, manuals and treaties.

Keywords: power; discipline; crime; punishment; capitalism.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o desenvolvimento do tratamento para com o crime a partir da Idade Média, visando encontrar, no exercício e nas relações de poder do campo social, os motivos e as funções do sistema jurídico-penal ocidental, observando a transformação da sociedade e dos jogos do poder desde a Idade Média.

Ademais, se analisará a influência cultural da atualidade para com a criminalização de condutas, bem como a formação do direito penal científico e a formação do atual trinômio delito, pena e poder de punir na formatação do sistema jurídico-penal atual, com escopo de encontrar a utilidade dos princípios que regem o direito penal.

A atualidade ocidental é movimentada pelo sistema capitalista e por seu modo de produção, então, o presente trabalho, também, ressaltará a importância do capitalismo para com o sistema penal ocidental contemporâneo e sua significação diante da sociedade burguesa.

2 A FIGURA DO DELITO NA IDADE MÉDIA E O CRISTIANISMO

O cristianismo teve seu surgimento datado no século I, nos territórios do então recente Império Romano, porém revelou-se mediante uma rápida expansão histórica, vez que em pouco mais de dois séculos representou grande ameaça à estrutura política e social fundada pelos romanos. Assim, diante da crescente ameaça, conforme o lecionado por Marli Turetti Rabelo Andrade e Ivan Santos Rüppell Júnior (2021), objetivando a manutenção da ordem e do poder,

o Império Romano promoveu caças e proibições à religião cristã. No entanto, no decorrer do enfraquecimento da estrutura imperial, influenciado pela crise econômica, pela ascensão da religião supramencionada, pelas invasões estrangeiras, disputas internas e pela corrupção política, houve a necessidade de angariar o apoio do então ameaçador cristianismo.

Diante de tal contexto, os governantes de Roma criaram uma política formal de tolerância a liberdade religiosa cristã e, após, tornaram esta a religião oficial do império, o que motivou o maior crescimento da influência e da estrutura da igreja e do cristianismo, porém não impediu o fim do Império Romano ocidental.

A queda do Império Romano do Ocidente não representou o fim da influência cristã na população europeia, somente marcou o início de uma nova era, qual seja a Idade Média, e de uma organização social diversa. Foi diante desta que a igreja católica cresceu em influência e ocupou uma posição crescente nas relações e jogos de poder, principalmente após a formação do germânico Império Carolíngio que motivou o maior renascimento do Direito Romano (Foucault, 2013). Logo, a igreja passou, no mundo medieval, a exercer diretamente poder na sociedade europeia.

Não obstante, muitos dos “povos bárbaros”, como os germânicos, que à época dominavam o território da Europa Ocidental já possuíam contato anterior com a estrutura jurídica e cultural de Roma antes de sua queda, o que justificou que diversas de suas condutas criminalizadas no Direito Romano pudessem sobreviver com uma valoração cultural negativa na Idade Média e até mesmo na figura de delitos ou que fossem revividos posteriormente com esse resultado valorativo ou, ainda, imbuídos novamente na criminalização apesar de divergências de tratamento. A título de exemplo verificou-se o *homicidium, ambitus*, em certos termos uma corrupção eleitoral com finalidade de obtenção de votos; *crimen falsi*, qual seja condutas de falsidade, especialmente o falso testemunho; *plagium*, espécie de sequestro, *peculatos*, ou seja, em síntese, uma forma de apropriação de dinheiro público, a *iniuria*, ofensa a integridade da pessoa (Fuenteseca, 2009, *apud* Jardim, [s.d.]), bem como o *furtum* como delito de natureza privada (Cura, 2005, *apud* Jardim, [s.d.]), que podem ser verificados na atualidade como delitos.

Aliás, a igreja passou a ocupar cada vez mais as relações de poder e, assim, projetar suas próprias formas e dogmas na estrutural social e cultural europeia. Em séculos, o clero se consolidou como estamento na sociedade feudal europeia medieval, impactando de maneira consolidada no exercício do poderio e, então, passou a efetivamente exercitar sua dominação na Europa ocidental em sua mais alta completude, na qual nem os nobres se equipararam.

A projetura do poder católico se fundou principalmente, mas não exclusivamente, em diversas vertentes que se conectavam, se relacionavam, se completavam e se supriam apesar de não possuírem uma ordem cronológica específica. Primeiramente, a igreja e os eclesiásticos eram figurados como os representantes de Deus, então qualquer questionamento a suas ordens, dogmas e exigências era colecionado como um obstáculo para a vontade e os planos divinos; em segunda posição, foi necessário controlar e monopolizar quase toda a produção de saber para que as ordens, dogmas, solicitações, tradições e exigências da igreja não pudessem ser questionadas; em terceiro, associou-se os questionamentos e condutas contrárias a projeção cristã, inclusive na perspectiva cultural, à ideia de pecado que seria a representação simbólica e conceitual da afronta ao divino e, assim, o cometimento do pecado poderia ser punido de maneira justa por Deus; em quarto, era necessário legitimar a reprovação de condutas e suas conexões com o pecado, então, direcionou-se a responsabilidade pela realização de tais atos pecadores ao próprio indivíduo mediante a expansão da ideológica do livre-arbítrio que permitiu responsabilizar, punitivamente, o sujeito que comete o pecado, pois o mesmo teria como livremente escolher pecar ou não; por fim, tais condutas, em maior grau já nos últimos séculos da Idade Média, deveriam ser submetidas ao poder de punir para serem marcadas visivelmente aos olhos da população com os efeitos físicos da punição.

Da expansão da ideia do livre-arbítrio, especialmente, decorreu a justificação da punição do pecado, possibilitando não só a igreja conectar o pecado a punições visíveis, elaboradas e ditadas pelos homens, mas também a punições divinas, e ambas manifestadas no caráter de justo, vez que a igreja representava o divino e este por si só seria justo. Então as punições legitimadas ou por ela estabelecidas seriam dotadas do caráter da justiça. Nesse sentido, merece atenção o magistério do filósofo eclesiástico Santo Agostinho (2019, p. 58):

Se o homem em si é um certo bem e não pode agir retamente senão quando quer, conclui-se que necessariamente goza de livre-arbítrio, sem o qual não poderia agir retamente. E não porque o livre-arbítrio seja a origem do pecado, pois cremos que Deus nos deu a vontade livre não para pecar. Há, pois, uma razão suficiente para nos ter sido dada: sem ela, o homem não poderia viver retamente. Assim, porque nos foi dada para este fim, podemos compreender o fato de Deus punir com justiça a todos que usam do livre-arbítrio para pecar. Seria injusta esta punição se o livre-arbítrio nos fosse dado não apenas para vivermos com retidão, mas também para pecar.

Sendo assim, o pecado foi associado, especialmente nos séculos finais da Idade Média, ao crime e tornado alvo do poder de punir, mas não apenas isso, já que diversas condutas já figuradas como delitos também passaram a ser conectadas com o pecado, assim, para o delito-pecado poderia chegar a ocorrer uma tripla punição, quais sejam a punição de cunho espiritual,

como a excomunhão que representava a conceituação e simbolização do afastamento para com o divino; a punição física ministrada e executada pela organização dos nobres, as vezes até com a penalidade de morte; e a punição realizada pelo próprio divino no mundo metafísico. Assim, o sistema penal feudal, em certo ponto, se organizou em duas figuras centrais: na figuração dos nobres, detentores diretos do poder político e militar e da igreja, detentora de um poder extraordinário em sua completude.

Nesse viés, o poderio católico alcançou patamares acima dos nobres, influenciando até mesmo o poder político e militar destes. Assim,

A Igreja Católica Romana foi uma instituição formidável no final da Idade Média. De seu palácio em Roma, o papa controlava não só a vida religiosa da Europa, mas também a economia e a política do continente. A Igreja era uma grande proprietária de terras e, pelo sistema feudal, muitos camponeses deviam a casa, a sobrevivência e o cuidado de sua alma a Igreja. Por outro lado, era importante para os nobres e governantes manter boas relações com a Igreja, obedecendo a suas leis, dando o dízimo e pagando taxas (Fortino, 2014, p. 232 *apud* Andrade e Ruppel Júnior, 2021, p. 97 e 98).

O sistema penal, invadido pela religiosidade institucional cristã, foi instrumentalizado nas formas do exercício do poder católico; foi submetido a sua vontade e ocupou papel na manutenção do controle social pela igreja, além da manutenção da ordem dentro dos feudos quando a violação era exclusivamente ao jurídico do senhor feudal.

O Tribunal do Santo Ofício, efetivado no período da Inquisição, quando observado o crescimento de seitas hereges, na qual a simples ideia de punição divina estava perdendo seu efeito máximo, representou a disputa ritualística e investigativa entre o bem e o mal, a vontade justa, verdadeira e boa de Deus contra os seguidores injustos e praticantes do mal, conexos ao demônio. O tribunal instituído não executava as penas contra o culpado, porém se responsabilizava por processá-lo, investigá-lo e julgá-lo atribuindo culpa, utilizando ou possibilitando a utilização de tortura para conquistar confissões (Novinsky, 1990).

A condenação tornava o sujeito um símbolo da prática herege e de sua relação com o mal, mas este símbolo muitas vezes necessitava de ser visto pelos olhos da população para que então esta pudesse compreender a conduta contrária à vontade divina e as consequências justas de tal ato, justificando a execução de penas físicas e atozes no corpo do condenado pela parte da organização baseada no poder do nobre, sejam nas maneiras de morte na fogueira ou penalidades físicas severas executadas nas visões ou não do público. A disputa entre o bem e o mal encontrava seu mais alto grau, representando ritualisticamente a vitória do bem e, assim, propagando a ideia de que os indivíduos deveriam obedecer aos dogmas, tradições, ordens e

normativas da igreja representante de Deus, pois haviam penalidades justas e atroztes em virtude da desobediência ao divino e as práticas hereges.

Neste aspecto, a classificação dos delitos, segundo Cezar Roberto Bitencourt (2020), se revelava na: *delicta ecclesiastica*, julgados pelos tribunais eclesiásticos com punição estabelecida na forma das penitências; *delicta mere secularia*, delitos que lesavam somente o sistema jurídico separado da Igreja e eram julgados pelos tribunais formados pela nobreza e monarquia; *delicta mixta*, as condutas violavam a ordem jurídica eclesiástica e a laica, quando punidos pela Igreja era na forma da *poene vindicativae*.

À luz do exposto, foi durante a Idade Média que condutas tipificadas penalmente tornaram-se pecado e o sistema penal atuou em conformidade com o exercício do poder católico, ocupando uma dupla posição, qual seja: atuando instrumentalmente e diretamente em exercício e submissão à igreja para manter o controle social e sua ocupação nas relações de poder ou se associando ao campo normativo e organizacional da estrutura feudal no que diz respeito a estrutura dos nobres e monarcas. Mesmo diante do último caso, o sistema penal ocupava esse posicionamento porque não avançava em contrário a organização social cristã ou ao poderio católico.

3 O DELITO NA IDADE MODERNA E O PODER ABSOLUTO DO SOBERANO

No final da Idade Média, nos entornos dos séculos XII e XIII, em razão do processo gradual de urbanização e do renascimento do comércio intensivo, surgiu a burguesia nas cidades externas aos feudos e, quando auxiliadas pelo enfraquecimento do sistema feudal, integraram o procedimento de modificação das estruturas sociais, econômicas e das relações de poder. A transformação impregnou no exercício do poder político real dos nobres e, posteriormente, nas relações de poder formuladas pela instituição católica.

Os avanços tecnológicos e de conhecimento decorrentes do procedimento transformante, principalmente nas áreas da engenharia e da astronomia, retrataram, não só uma nova produção de saber distante das “mãos” eclesiásticas, mas a inovação tecnológica motivada pela necessidade de aprimorar as formas comerciais.

O poder político do rei foi fortalecido por influência da recém-formada estrutura de comércio e urbanização como estratégia indireta e inconsciente de gradualmente retirar a hegemonia católica pelos comerciantes e possibilitar o estímulo ao comercial. Logo, o Estado moderno foi formado pela centralização do poder político no monarca, que também passaria a

ser o único possuidor do poder de punir, fundando as bases de uma nova relação de poder que enfraquecia a resistência católica e unificava as formas jurídicas e as leis estatais.

O enfraquecimento do poder católico e o fortalecimento do poder real não aboliram a crença no ser divino monoteísta, somente modificou-a e auxiliou uma nova elaboração das relações de poder, conjuntamente realizadas pelo monarca soberano e pela nova burguesia em uma associação mutual com protagonismo do monarca no exercício do poderio que, inicialmente, facilitava a manifestação comercial, o que impactou no surgimento do capitalismo mercantil à época.

Nesse contexto, o monarca centralizou as formas bélicas e as tratativas de conquista militar de territórios, justificando uma produção de saber também nas áreas militares, táticas de conquista com a ciência política (Maquiavel, 2009).

Assim, surgiram as bases do interesse na elaboração de conhecimentos políticos e de filosofia política. O monarca transforma-se em um ser de poderes absolutos, fundamentado sob a égide dos filósofos políticos, no projeto de interpretação elaborado no conceito da realização de um pacto ou contrato de vontades, no qual os homens submetidos às leis naturais estilizavam suas vidas em sociedade, justificando a existência do Estado e do soberano arbitrário e absoluto como maneiras de manutenção do pacto social, da defesa comum e da paz (Hobbes, 2014), muitas vezes associado ao divino. Sob tal lente, o monarca seria a espada responsável para assegurar a defesa comum dos indivíduos e a paz social, pois sua pessoa era confundida com o próprio Estado.

O crime se tornava a representação visível da violação e ameaça ao pacto social, ou seja, o atentado contra o Estado que era individualizado na figura do soberano, estando, então, submetido ao punitivismo arbitrário deste em nome da coletividade.

Lembra Aníbal Bruno (1967, p.88 e 89, apud Bitencourt, 2020, p.97) que o absolutismo introduziu a razão do Estado na área da justiça penal, a arbitrariedade sem limites, tanto no estabelecimento das penas, quanto na criminalização de condutas.

O delito era definido livremente pelo Estado de forma tendenciosa para o arbitrário, mesmo que muitas vezes presente em leis. Portanto, a criminalização das condutas era de livre escolha do rei, possibilitando geralmente no estabelecimento e definições de ações e omissões contrárias às ordens estatal e social, inclusive nas práticas comerciais, como revelação de infrações a serem devidamente punidas com imposição de penas físicas aos autores.

Por outro lado, a pena foi manifestada na forma de suplício público e, como assevera Michel Foucault (2014), ela se realizava de maneira ritualizada. O executor não aplicava

somente a lei, mas exercia a violência como meio simbólico de dominar a atrocidade do delito, representando a vingança visível do soberano conservador do poder de punir contra atrocidade do delito, no momento que este representava o início de uma disputa contra o poder por ele exercido.

Assim, demonstrava a tática de exercício de poder localizado na ritualização da punição por meio do infringimento de uma execução de suplício, no qual o ponto de acervo não era limitado ao desferimento de sofrimento ao sujeito identificado como criminoso, mas na forma de torná-lo símbolo da atrocidade do crime, da violação ao Estado e suas leis, da afronta direta ao soberano, necessitando da demonstração de força em forma de uma vingança atuada pelo suplício, correspondendo a uma atrocidade maior a do próprio delito. Contudo, a demonstração só funcionaria se possuísse um público, para que este pudesse temer a resposta punitiva e, como efeito, desestimulasse o cometimento da conduta criminalizada.

Então, a publicidade cerimonial do suplício possuía como personagem principal o povo, necessitando de sua presença real, para possibilitar o emprego coercitivo de um ideal de que a infração, independentemente de seu grau, estivesse submissa a força da punição (Foucault, 2014).

O temor gerado à população era a formação visível do poder soberano, ligando o crime à punição, a conduta criminalizada ao autor punido, transformando-o em símbolo do exercício do poder e da manifestação de força, relacionando o delito à tática de terror em forma de réplica e vingança do monarca, associando no inconsciente popular o crime ao horror, gerando desgosto e repulsa, não só como estratégia de coerção mediante o temor da punição, mas como suplício que elevava a violência e significava o crime como objeto de repulsa, dignificando o terror, dominando-o em suas formas, em uma disputa simbólica da atrocidade da conduta e da atrocidade da punição, representando a vitória das leis e do Estado, bem como a exasperação do sofrimento individual no autor.

Ao fim da Idade Moderna, na Europa, especialmente nos séculos XVII e XVIII, e inicialmente na Inglaterra, a classe burguesa observou que não dependia da monarquia e, esta, verificando a ameaça, iniciou o processo tentado de frenagem do desenvolvimento burguês com aumento de impostos e monopólios (Hill, 1983). Assim, com o governo monárquico limitando ou amarrando as possibilidades do desenvolvimento econômico burguês, iniciou-se o procedimento em que este disputava com o feudalismo representado nas figuras do monarca e dos nobres, muitas vezes na forma armada de revoluções burguesas como a Revolução Inglesa do século XVII (Hill, 1983).

O procedimento conflituoso e transformante que estimulava as fundações para a formação de novas relações de poder na sociedade desenvolveu uma produção de saber destinada a limitar o poder do soberano e administrar os poderes, especialmente nos conhecimentos político e jurídico, para que então pudesse dar liberdade e fundamentar os mecanismos do sistema de capital, ressaltando a incompatibilidade da monarquia absoluta para com a sociedade civil e a propriedade privada (Locke, 2014).

Diante disso, surgia as bases para os ditames do iluminismo, do liberalismo político, dos direitos individuais, do Estado de Direito, do regime democrático, influenciando, inclusive, no desenvolvimento da doutrina da separação dos poderes do Estado por Montesquieu (2010), vez que possibilitava administrar e controlar os poderes políticos estatais em favor do crescimento do capitalismo e de uma nova e diferente relação de poder que gradualmente se formava com o desenvolvimento burguês no fim do período moderno.

Aliás, como se tratara de uma “guerra de várias frentes” e o poder de punir se encontrava nas mãos do soberano, ou seja, do Estado, era necessário limitá-lo e administrá-lo, encontrando erros em seu exercício. Nesse viés, surgiu o movimento dos reformadores da pena, que funcionava como “armas de combate” à organização monárquica e feudal, questionando, direta ou indiretamente, a então estrutura do delito, pena e poder de punir.

Cesare Beccaria (2015), envolto pela teoria do contrato social, ressaltou a necessidade de somente as leis serem o instrumento de fixação das penas aos delitos e que somente o legislador poderia exercer o poder de fazer as leis penais, bem como o soberano atuaria como o acusador da violação ao pacto social representada no delito e o acusado negaria o fato, enquanto o magistrado, terceiro independente, solucionaria a controvérsia limitando-se a reconhecer a prática do crime ou sua inexistência, sem realizar a interpretação da lei penal. Logo, não haveria como considerar o indivíduo culpado sem a sentença do juiz. Não obstante, enfatizou a moderação e proporcionalidade das penas diante do grau de contrariedade que o delito representava ao bem público, com a necessidade de “escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel ao corpo do culpado” (Beccaria, 2015, p. 53).

John Howard, sob a égide dos entornos dos embriões industriais e movido pelo sentimento humanitarista, observou e negou as condições precárias das prisões inglesas insistindo, como leciona Cezar Roberto Bitencourt (2020), na construção dos estabelecimentos penitenciários para o cumprimento da pena que atendessem as necessidades elementares do condenado, incluindo a higiene, a alimentação adequada e assistência médica.

Jeremy Bentham elaborou a visão utilitarista na qual deve-se buscar a felicidade, ou, ao menos, a felicidade maior e, a partir deste ponto de visualização, enfatizou sua teoria acerca da pena na prevenção do cometimento de delitos semelhantes, incluindo uma eventual correção mediante o cumprimento da penalidade como retribuição ao mal causado, excluindo a crueldade como objetivo, aproximando a proporção da pena ao delito, momento em que aquela não poderia representar o mal maior que o dano consequente do crime (Bitencourt, 2020). Destacou, também, por estar diante do crescimento industrial e do aumento de estabelecimentos prisionais, uma arquitetura específica para o estabelecimento prisional, na qual seria possível o exercício da vigilância pelos agentes para com os presos em uma torre central (Foucault, 2014) que estes pudessem ver, sem, no entanto, visualizar os agentes, causando o efeito no condenado como se estivesse fisicamente presente (Bitencourt, 2020).

Por outro lado, apesar de diversos reformadores preverem outras formas de penalidade, o mundo ocidental ingressava, acentuadamente no século XVIII, no processo em que uma espécie de pena se destacava entre outras, não absorvendo a nova realidade social (Foucault, 2014), servindo estes como mero aspecto de ataque ao poder estatal monárquico.

4 O SISTEMA JURÍDICO-PENAL DA ATUALIDADE

Ainda no último século da Idade Moderna, no contexto transformante, surgiram e se manifestaram, ainda que de forma embrionária, diversos dos princípios penais que limitam a punição sem limites e a criação de delitos de forma arbitrária pelo Estado, permitindo a elevação do processo inflacionário de administração e limitação do poder de punir do Estado em prol da sociedade burguesa. Assim, já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, encontravam-se os princípios da legalidade penal e da reserva legal nas redações dos arts. 7º e 8º, bem como do estado de inocência em seu art. 9º.

Ademais, com o desenvolvimento das fábricas e do capitalismo cresceu o número de delitos contra o patrimônio e o procedimento de positivação, bem como o número e pluralidade de estabelecimentos prisionais, pois nascia uma nova relação de poder, inclusive diante do nascimento da sociedade da disciplina.

Segundo Michel Foucault (2014), a sociedade disciplinar circula-se, no âmbito criminal, com a ideia de vigilância confeccionada pela classe dominante, ou seja, da burguesia para com as ilegalidades:

Ou para dizer as coisas de outra maneira: a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível as classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo o imenso setor de circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação. [...] E, ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirma-se a necessidade de uma vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade dos bens (Foucault, 2014, p. 86).

Não bastaria a criminalização no direito positivo de crimes contra o patrimônio, pois seria necessário administrá-los e submetê-los ao poder. Logo, já no século XVIII era possível verificar o crescimento dos métodos de disciplina, vez que esta revelava-se como um conjunto que atuava sobre seu objeto, qual seja o corpo, o tornando alvo do exercício do poder (Foucault, 2014), o que era útil para o trabalho nas fábricas.

A necessidade de atuar sobre o corpo residia na objetivação para torná-lo útil, visto que para a sociedade capitalista em processo de industrialização, a utilidade e obediência demonstravam o controle da capacidade de trabalho (Foucault, 2014).

Diante da utilidade corporal, os esquemas de disciplina se destacaram no século XVIII de forma superior ao antes visto na história, pois trabalhavam o corpo de forma detalhada mediante uma coerção ininterrupta, exercendo controle de movimentos e atitudes, possuindo como objeto a eficácia dos movimentos e sua organização, consistindo em uma metodologia precisa que permitia exercer tal controle e, assim, tornava o corpo eficiente e obediente. Destarte, à época, a disciplina foi acelerada e modificada, dotada de precisão instrumental, adequada às técnicas de escala, objetivando maior eficiência para atingir o seu objeto, carregando conjuntamente uma produção de saber principalmente sobre os detalhes.

Da análise da disciplina, que ainda está presente na atualidade, é passível de observação de que ocorre sua manifestação na distribuição dos sujeitos no espaço, exigindo, geralmente, um local cercado e fechado, motivando a anterior transformação da estrutura dos colégios no antigo modelo fechado do convento. A fábrica nasceu seguindo os mesmos preceitos (Foucault, 2014).

Após, os indivíduos passaram a ser distribuídos no local, evitando a distribuição por grupos, permitindo o conhecimento de sua localização no espaço. Essa distribuição exigia a instauração de comunicações úteis e possibilitava a vigilância ininterrupta do comportamento do sujeito para, se necessário, sancioná-lo e medir os seus méritos (Foucault, 2014).

Esta regra de localização tornava o ambiente funcional, codificando o espaço, não só possibilitando a vigilância e o corte de comunicações inúteis, mas ressaltando a criação de uma

utilidade como é vista, inclusive, nos hospitais, nos quais os doentes eram distribuídos no espaço, onde é possível encontrá-los, cortando comunicações físicas entre os mesmos, permitindo a vigilância e produção de saber sobre eles.

Para possibilitar o controle da atividade, a disciplina utiliza-se de instrumentos e relações próprias, quais sejam a utilização do horário, seja nos colégios ou hospitais e, principalmente, nas fábricas nas quais era possível controlar a qualidade do tempo do empregado e tornar aquele útil e sem distrações, porém, não era o horário em si que ganhava o maior grau de instrumentalização, mas a adequação do corpo, gestos e movimentos aos marcos temporais, impondo um ritmo de movimentos, extraíndo todos os momentos disponíveis e destes retirando todas as forças úteis.

Esse poder disciplinar, anteriormente, passou a ser estimulado pelo capitalismo, em razão de sua eficiência adequada ao sistema industrial. Nesse sentido, Michel Foucault (2014, p.167) revelou que:

O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. [...] Não é um poder triunfante que a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente. Humildes modalidades, procedimentos menores, se os compararmos aos rituais majestosos de soberania ou aos grandes aparelhos do Estado. E são eles justamente que vão pouco a pouco invadir essas formas maiores, modificar-lhes os mecanismos e impor-lhes seus processos. O aparelho judiciário não escapará a essa invasão, malsecreta.

O poder disciplinar é fundamentado em três instrumentos, quais sejam: a vigilância hierárquica, a sanção e o exame. O primeiro manifesta-se na arquitetura espacial do local, a qual era é criada uma estrutura física que possibilita aos superiores hierárquicos exercer vigilância contínua nos sujeitos em larga escala, atendendo, de maneira exemplificada, as necessidades de produção das fábricas e a administração comportamental dos estudantes nos colégios, funcionando como um maquinário no qual até o superior hierárquico seria controlado pelo poder (Foucault, 2014).

A sanção caracterizada como normalizadora não visava uma punição em que seu objetivo seria a repressão, mas era elementar para um sistema de gratificação e sanção, permitindo avaliar os indivíduos, identificar, marcar e produzir conhecimentos acerca dos desvios sobre o “normal”, possibilitando classificações que permitiam a hierarquização de qualidades, relacionando, inclusive, os desempenhos e diferenciando os indivíduos, normalizando-os.

O exame mesclava os métodos da sanção normalizadora e de vigilância, quando era realizado uma produção de saber sobre o indivíduo pelo superior hierárquico, que era examinado, permitindo, mediante o resultado do processo saber, verificar de qual modo o exercício da sanção se manifestava, bem como conhecer suas especificidades e documentá-las descobrindo padrões e classificações, ressaltando uma inversão a visibilidade no exercício do poder, visto que não era mais o superior que deveria ser visto, mas o alvo do poder que deveria ser examinado e visualizado, certificando as diferenças individuais (Foucault, 2014).

O poder disciplinar invadiu o sistema da justiça criminal já no século XVIII e consolidou-se a partir do século XIX. O aparelho do direito penal e a estrutura criminal adaptaram-se as táticas de disciplina, funcionando como um sistema integrado, no qual ao longo da instrução criminal, mediante um processo legalmente visível e previsto pela técnica legislativa, no qual em tese o Estado não poderia ultrapassar, o sujeito se iniciava no procedimento em que era marcado e individualizado em razão da disciplina, fato que era confirmado por meio da sentença condenatória, ou seja, era com a condenação, em muitos casos, que o sujeito seria totalmente separado e levado ao estabelecimento prisional que representava o exercício do poder disciplinar em sua forma pura.

O edifício penitenciário tinha composição de forma estritamente fechada, não era permitida a saída do condenado. Além disso, havia organização internamente em celas destinadas as permanências do condenado, às quais permitiam a visualização, pelos guardas que exerciam a vigilância ininterrupta. Somado a isso, haviam marcos temporais para controlar os atos e disposições dos presos, os mesmos eram documentados e examinados, conhecidos, submetidos a trabalhos, distribuídos no espaço de acordo com categorias e classificações, alas e áreas, as quais eram permitidas a produção de um saber sobre eles, a circulação dos agentes penais, e, também, tornava-se possível sancioná-los e gratificá-los conforme o comportamento, como é passível de visualizar, a título de exemplo, atualmente no Brasil, nos termos da Lei nº 7.210 de 1984 (Lei das Execuções Penais), nos direitos a progressão de regime, livramento condicional e remição (“redução”) da pena mediante o trabalho e estudo, formatados como gratificações (Netto, 2019).

A pena privativa de liberdade se “encaixou perfeitamente” ao então novo sistema penal invadido pelo poder disciplinar, permitindo que o condenado, após o processo penal, pudesse ser direcionado ao interior do estabelecimento prisional, se tornando alvo e se relacionando com o poder disciplinar. Assim,

Foi precisamente nas legislações penais que se elaboraram com fundamento na ideologia liberal clássica, própria do grupo social que recentemente havia ascendido ao poder político, onde apareceu a pena privativa de liberdade como principal modalidade de sanção penal [...]. Tal coisa sucedeu, precipuamente, no Código Criminal francês de 1791, que assim como reduziu os delitos sancionáveis com pena de morte de cento e quinze para trinta e dois e suprimiu as mutilações e outras medidas vindicativas, entronizou três modalidades de privação de liberdade: o calabouço, a gene e a prisão (Huertas, 1988, p. 244, *apud* Guimarães et al., 2006, p. 168).

Portanto, diante de tal égide, a pena privativa de liberdade se expandiu em detrimento a outras espécies de penas no ocidente, porém diversas outras, como a pena de morte em alguns Estados, continuavam reflexos culturais e jurídicos de seus povos que sobreviveram a expansão da pena privativa de liberdade.

O século XIX foi marcado pelo desenvolvimento industrial e pela expansão da ciência como uma das formas de produção de saber. Nesse contexto, aquela invade os campos de pensamento estimulando o nascimento consolidado da sociologia por meio de Auguste Comte, que proclamou o positivismo científico e ressaltou as ideias de progresso do social (Costa, 1950), revelando um pensamento condizente ao processo de industrialização e evolução tecnológica.

As ciências sociais formaram-se e a curiosidade entre os sociólogos sobre o delito ressaltou o estudo do crime e, ainda, sob a perspectiva sociológica, os cientistas sociais apresentaram diversas visões sobre o mesmo, como Karl Marx (2014) e Émile Durkheim (2016) que relacionaram o delito ao mundo jurídico e, portanto, ao corpo social e ao grau de especialização da sociedade diante da solidariedade social.

Na contextualização, em razão dos cientistas da Escola Positiva, nasceu a criminologia científica como ramo autônomo, que apesar de inicialmente possuir enfoque na esfera individual do delinquente, inclusive destacando eventuais fatores biopsíquicos (Lombroso, 2016), não independeu essencialmente das conclusões apresentadas pelos sociólogos, vez que não excluía o crime como um fator que possuía relação com o social.

Ainda no século XIX, o universo jurídico foi amparado pelos ditames da ciência, especialmente a da natureza, submetendo um enfoque específico para com a ação humana. Assim, surgia teoria causalista da ação baseada na relação de causa e efeito ressaltada pela ciência natural (Brandão, 2000).

Franz von Litz e Ernst von Beling foram os maiores expoentes da teoria causalista. O primeiro (Litz, [s.d], p. 297, *apud* Brandão, 2000, p. 90) lecionava que a ação era definida como “conduta voluntária no mundo exterior; causa voluntária ou não-impediente de uma modificação no mundo exterior”, extraindo-se, então, três elementos, quais sejam a modificação

no mundo externo, o nexo de causalidade e a voluntariedade. Ernst von Beling afirmava que o comportamento do corpo seria a fase externa da ação e, não obstante, a voluntariedade demonstrava que a fase externa seria produzida pela liberdade de movimentação muscular, gerando, também, a possibilidade de uma ação negativa circunstanciada pela retração muscular (Brandão, 2000).

Edmund Mezger, influenciado pela filosofia neokantista, desenvolveu a teoria causal-valorativa ressaltando que o conceito de ação se completava a realização típica no exterior, justificando sua compreensão de que o resultado abordaria não só a conduta corporal do agente, mas também o resultado exterior que por ela fosse causada (Prado, 2018), bem como sustentou a ilicitude como característica inerente ao crime, destacando que a tipicidade somente existiria se houvesse a ilicitude (Jesus, 2011).

Hans Welzel, já no século XX, preocupado em abandonar o direito totalitarista nazista e a doutrina pré-existente, rompeu com a teoria causalista e formou a teoria finalística da conduta, na qual a conduta humana é movida por uma finalidade, representando uma atividade final. Nesse viés, a finalidade relacionava-se à previsibilidade das consequências das condutas mediante o saber causal do homem, haja vista que com aquela seria possível ao homem promover suas ações de forma orientada para conseguir atingir a finalidade buscada (Welzel, 1997, p. 39, *apud* Brandão, 2000, p. 91).

Neste aspecto, a divergência entre a concepção finalística e causalista consistia em que aquela, apesar de adotar a voluntariedade e o nexo de causalidade, trabalhava com uma conduta (ação ou omissão) orientada conforme um fim, já esta revelava uma *ação* que simplesmente causaria um resultado sem ser movida por um objetivo, somente se expressando pela mera vontade de promover a conduta.

Posteriormente, revelou-se a teoria social da conduta que, sinteticamente, de acordo com Hans-Heinrich Jescheck (1993, *apud* Brandão, 2000), partiu do pressuposto de que a conduta seria todo comportamento humano relevante para o corpo social. Logo estariam abarcadas as omissões muitas vezes reprovadas pelo direito penal, pois tanto a ação ativa que está associada a finalidade, quanto determinadas omissões, seriam socialmente relevantes para serem reprovadas pelo direito penal.

Em razão de uma reação, especialmente ao finalismo, surgiram os modelos funcionalistas marcados por duas movimentações; uma delas de característica moderada, sustentada por Claus Roxin, que objetiva, atualmente, encontrar uma base de caracteres axiológicos e teleológicos no sistema jurídico-penal, já a outra, sustentada por Günther Jakobs,

possui orientação radical, visando uma nova normatização completa do sistema supracitado (Prado, 2018).

À luz do anteriormente narrado, observa-se que a expansão científica aconteceu em determinado momento histórico, qual seja a consolidação do sistema de capital industrializado, após a queda do feudalismo, passando a abranger como objeto o crime e ação humana para com o direito penal, representando uma cientifização jurídica das condutas. Isso foi possível pela explosão das relações de poder capitalistas e as transformações que causaram na sociedade, bem como os preceitos do exame típico da sociedade de disciplina que permitia, em síntese, vigiar, observar e produzir um saber sobre seu objeto, como é típico do método científico experimental ascendente no século XIX (Foucault, 2014). Assim, verificou-se a penetração da ciência no direito penal.

A partir de então a resposta punitiva passaria a ser abrangida pelos moldes da ciência, pois deveria obedecer a preceitos e conceitos circunscritos pelas teorias da ação e do sistema jurídico-penal. Então, conclui-se que, houve, em certos termos, uma cientifização da resposta punitiva e o nascimento de outra perspectiva de limitação e direcionamento para o poder de punir.

Destarte, a formação do direito penal contemporâneo se deu por meio de um processo histórico e social baseado na reestruturação e modificação do poder, a partir da Idade Média e o advento do capitalismo, nos quais toda transformação social de grande escala se relacionava com as relações de poder e a produção de saber que impactaram nas estruturas e alterações do sistema de justiça penal, seja na forma de exercer o poder de punir ou no tratamento para com o crime, bem como na tipificação de condutas. A título de exemplo temos o surgimento do Tribunal de Nuremberg; tribunal de exceção que julgou os crimes de guerra praticados por nazistas, excluindo a culpa coletiva (Bachvarova, 2013), que representou um poder de punir temporário, sustentado pelos países vencedores da Segunda Guerra Mundial, colocando um rosto visível na pessoa dos indivíduos condenados, ou seja, um símbolo cultural visível da violência e atos da guerra, da violação a leis gerais da humanidade, demonstrando a disputa simbólica entre os autoritarismos nazista e fascista contra o capitalismo e seus ditames de liberdade, relembrando a velha disputa entre o sistema de capital e poder absoluto do soberano para a sociedade capitalista consolidada e as relações de poder a ela adstritas, violando o princípio da legalidade penal, pois não havia tipificação formal e específica dos atos criminosos praticados (Shecaira, 2023). Assim, foi nas relações de poder e na manutenção da ordem social

estabelecida, sem excluir aspectos culturais, que o delito, inclusive atualmente, está inserido como evento social, pois presente em toda a sociedade ocidental.

Sob tal lente, vale ressaltar que no início do século XX, diante das fragilidades produzidas pelo sistema de capital liberal, especialmente no ano de 1919, final da Primeira Guerra Mundial, cresceu o procedimento de espiritualização e normatização do bem jurídico com Richard Honig, induzindo o ideal de que aquele é a *ratio* da norma. Portanto, o bem jurídico passou a ser interpretado como o fim reconhecido pela técnica legislativa, não se confundindo com o concreto da realidade. Nesse aspecto, o bem jurídico estaria associado a um valor abstrato e ético-social, tutelado pela regra jurídica penalista (Silva, 2013).

Após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de bem jurídico foi reestruturado diante das movimentações políticas, sociais e de poderio, ocasionando o surgimento de duas teorias, quais sejam: a) as sociológicas que visavam encontrar o conteúdo daquele em argumentos sobre dano social ou sistêmico, sem conseguir atingir uma conceituação material capaz de expressar o porquê de determinadas condutas são criminalizadas; b) as constitucionais que partem do pressuposto de que o conceito de bem jurídico tutelado deve se relacionar, ao menos implicitamente, com a ordem jurídica constitucional, pois esta revela os valores supremos da sociedade, então, a conceituação seria extraída da Constituição (Silva, 2013).

Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2015, local 3.2.4) leciona que o bem jurídico,

bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e tem suficiente importância para manter a livre convivência social. O conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural.

Em síntese, da disposição de atribuir um conceito racional, o que é típico do universo científico, para fundamentar a tutela penal e a criminalização de condutas selecionadas, surgiu os parâmetros e compreensões do bem jurídico.

Partindo da citada definição material de Luiz Regis Prado, que admite a valoração em determinado momento histórico e cultural para a compreensão do sentido de bem jurídico, é necessário entender sua relação para com as relações de poder reestruturadas e estruturadas pelo sistema de capital.

Marshall Sahlins (2003), ao buscar compreender a cultura ocidental partindo da sociedade dos Estados Unidos na década de 1970, em que já era a maior potência capitalista no cenário internacional, ressalta a produção capitalista como um processo simbólico, no qual os

bens resultantes da cadeia produtiva não são determinados e feitos com base em sua exclusiva utilidade, pois ganham significados. Então o simbólico acompanha a utilidade e esta se define com base na significação.

Assim sendo, sob o viés atual, ainda é encontrado o modo de produção capitalista, sendo a produção de bens organizada diante do processo simbólico. Logo, a produção capitalista movimenta-se em conjunto com a elaboração de símbolos culturais, pois

Se as roupas de fim de semana diferem dos dias úteis, as noturnas das diurnas, as roupas do homem das de mulher, as roupas para o empresário – a diferença em todos os casos é marcada pelas relações econômicas. Pode-se dizer que se a produção reflete o esquema geral da sociedade, ela não está senão se olhando no espelho. Mas seria dizer a mesma coisa, e de uma forma que não descarta o entendimento já estabelecido na cultura ocidental a economia é o *locus* principal da produção simbólica. Para nós, a produção de mercadorias é ao mesmo tempo o modo privilegiado da produção simbólica e de sua transmissão. A singularidade da sociedade burguesa não está no fato de o sistema econômico escapar à determinação simbólica, mas em que o simbolismo econômico é estruturalmente determinante (Sahlins, 2003, p. 209).

Nisso, como o capitalismo estrutura as relações de poder e produz símbolos culturais em razão da produção de mercadorias, é possível auferir, por decorrência lógica, que grande parte dos caracteres culturais ocidentais se associam às bases das relações de poder. Logo, a sociedade burguesa é a mesma que impacta na cultura e nas relações de poder ocidentais.

Sob tal lente, por óbvio que já é de se constatar que o sistema penal atua em serviço do poderio introduzido e, portanto, como também protege os “bens jurídicos” que são, atualmente, selecionados, também, pela cultura ocidental, quando não diretamente pelos estratagemas do poder, as condutas são selecionadas para a tipificação ou ficam livres da atenção da seara penal devido a organização social capitalista, como forma de auxiliar no exercício do poderio pela classe dominante que, principalmente a partir do final do século XVIII e no século XIX, devido a reestruturação da economia das ilegalidades, reservou as ilegalidades sobre os bens para com a classe não dominante.

Isto posto, como exemplificação de que o sistema penal atual se movimenta em razão da organização social capitalista, observou-se que, após o período da Segunda Guerra Mundial, os movimentos nazistas e/ou fascistas foram até mesmo tipificados na figura de crimes, como é o caso do Brasil que, somente em 1997, foi sancionada a Lei nº 9.459 que incluiu o parágrafo primeiro ao art. 20 da Lei nº 7.716 de 1989.

Aliás, os resquícios culturais da Roma Antiga e o renascimento do direito romano eram adequados ao sistema de capital, razão pela qual não foram abolidos por ele, demonstrando a

manutenção de condutas hoje tipificadas que, em sua essência, já eram criminalizadas pelos romanos e sobreviveram a Idade Média e a Idade Moderna, como o furto e o homicídio.

Além disso, com a globalização, e, por consequência, a evolução tecnológica, informacional, eletrônica e digital, bem como nas modificações do mercado financeiro, novos tipos penais foram criados ou alterados, também no século XXI, como, exemplificativamente, no Código Penal brasileiro, legislação baseada no modelo alemão, a qual houve a tipificação do crime de duplicata simulada (art. 172) em 1990, o advento da forma qualificada do estelionato em que a fraude é cometida por meio eletrônico (art. 171, §2º-A e §2º-B), em 2021 e a criminalização, em 2022, da organização, gestão, distribuição e oferta de carteiras ou a intermediação de operações que se relacionam com ativos virtuais, financeiros, valores mobiliários para obtenção de vantagem ilícita, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante meio fraudulento, prejudicando outrem (art. 171-A).

Neste aspecto, as modificações do capitalismo, seu aspecto cultural e de poderio, remontam a criminalização de condutas selecionadas pelo legislador, bem como na manutenção de certos delitos e na descriminalização de determinadas condutas quando há modificações culturais que assim determinam, sob a lente tridimensional de direito.

Em síntese, a reestruturação e a formação das relações de poder macro e microfísicas movimentadas pelo projeto capitalista, direta ou indiretamente, ocasionam a criminalização de atos ou omissões de forma seletiva pela sistemática penal.

A atual tutela penal, abstratamente, deveria atuar sob a égide da ficção jurídica do princípio da intervenção mínima, ou seja, em uma atuação de *última ratio*, porque, em tese,

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita (Jesus, 2011, p. 52).

Em observação a realidade prática, é plenamente visível que não há uma absoluta intervenção mínima da tutela penal, vez que esse conceito principiológico somente possui utilidade enquanto mecanismo eficiente para realizar uma limitação ao poder do Estado, isto é, como um freio a eventual exercício de poder arbitrário por este, porém se for útil às relações de poder reestruturadas e a organização social, seja diante de aspectos meramente culturais ou somente relacionados as estratégias do poder, haverá quantos tipos penais forem necessários. A título de exemplo tem-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a tipificação penal de lesar, destruir, danificar ou maltratar plantas de ornamentação de propriedades particulares de

terceiros ou públicas (art. 49 da Lei nº 9.605 de 1998), ações estas que seriam facilmente resolvidas na área administrativa ou civil.

O fato é que enquanto limitador de um poder arbitrário do Estado, em favor da sociedade burguesa, a intervenção mínima ganha utilidade, mas enquanto a tipificação não prejudicar ou ultrapassar os limites das relações de poder e da cultura e principalmente auxiliá-las, tal princípio poderá ser relativizado, tratando-se, então, de uma abstração.

Sendo assim, não importam classificações de crimes em de perigo abstrato ou de perigo concreto, pois o fato é que os bens jurídicos mais relevantes são meras ficções jurídicas que advêm do processo de cientifização da produção de saber, pois o que verdadeiramente define as condutas que devem ou não ser criminalizadas na atualidade ocidental, bem como os limites de atuação da tutela penal, são as relações de poder e o projeto cultural típico da organização social capitalista, que se relacionam constantemente uns com os outros diante da estrutura econômica e são necessários à organização social.

Nessa toada, não há uma exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes no direito penal, vez que a função do sistema penal atual ocidental é atuar na administração das ilegalidades, auxiliando na manutenção da ordem, organização e coesão da sociedade burguesa. Logo, a tutela penal será direcionada e dotada de utilidade de acordo com as astúcias daquela, ou seja, não somente na exclusiva proteção de bens jurídicos mais relevantes do ponto de vista jurídico, mas sim aqueles mais úteis diante dos projetos gerais ou específicos do universo capitalista. Contudo, não há como excluir a observação de que há entre os diversos povos ocidentais, apesar da invasão dos moldes capitalistas, aspectos culturais divergentes e estruturas diferentes, sob o qual o capitalismo e sua projeção cultural invadiu a sua maneira, resultando, no âmbito penal, em uma seletividade de condutas e um mecanismo de abrangência que podem não ser semelhantes em toda a civilização ocidental, porém sem fugir da projeção geral da sociedade burguesa, incluindo as motivações para a seleção das condutas para serem criminalizadas ou descriminalizadas, e da relação contemporânea entre crime, pena, Estado e poder de punir, independentemente de seguirem ou não conceitos e modelos jurídicos e científicos iguais.

Sob tal perspectiva, por ser um funcionamento desenvolvido e inerente a civilização ocidental, atribuir um juízo de valor ao quadro geral das motivações é deverás prematuro, precário e insuficiente, pois é algo inerente a organização social, pois eventual valoração negativa ou positiva aos fatos descritos não altera a estrutura civilizatória, já que esta depende

da organização e ordem sociais que se associam às relações de poder, ou seja, a realidade da sistemática geral da punitividade é tal como ela é, não existindo espaço para juízos de valor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que o sistema jurídico-penal é decorrente das relações de poder do corpo social, não importa em qual ponto histórico esteja o objeto de análise, vez que se verificou na Idade Média grande influência do poder da Igreja Católica que invadiu, se utilizou e programou o poder de punir.

Na Idade Moderna atestou-se o sistema jurídico-penal conectado à vontade unilateral do soberano absoluto que, ao final do período, foi alvo do ataque múltiplo da classe burguesa e do processo de transformação por ela conduzido ainda que de forma, diversas vezes, inconsciente. Diante disso, rapidamente o sistema jurídico-penal foi limitado, administrado e dotado de utilidade pelas relações de poder burguês.

Na Idade Contemporânea a formatação do sistema jurídico-penal do final do século XVIII consolidou seu processo de expansão e desenvolvimento, conjuntamente ao avanço e as modificações do capitalismo, estabelecendo sua verdadeira utilidade e função diante da administração das ilegalidades pela sociedade burguesa e, conseqüentemente, diante das relações e exercício do poder a ela adstrita bem como dos aspectos culturais por ela trazidos e produzidos.

O poder disciplinar que se encaixou perfeitamente nas sistemáticas das fábricas invadiu o sistema penal, permitindo o corpo do condenado ser marcado, separado e individualizado como alvo do poderio calculado possibilitando, assim, a administração das ilegalidades em nome da ordem social de capital, adaptando à justiça penal as técnicas de escala, ocasionando no surgimento da prisão e na expansão da pena privativa de liberdade.

Foi devido a classe burguesa que se formou a produção de saber e o ensino do direito penal contemporâneo, porque aquela foi responsável pela expansão científica que invadiu a produção de saber do direito penal; ademais, foi a sociedade burguesa em formação e consolidação e as relações de poder que criaram a cientifização da resposta punitiva e os princípios do direito penal limitadores do poder de punir em favor do desenvolvimento do capitalismo ante uma possível arbitrariedade do Estado em limitar a evolução da circulação do capital. Tal fato possibilitou a criação das ficções jurídicas do bem jurídico penal mais relevante do ponto de vista jurídico e da intervenção mínima, o que não ocorre na realidade social, vez

que os princípios do direito penal só servem à sociedade ocidental enquanto limitadores e administradores do poder de punir do Estado, possibilitando serem relativizados quando em prol das relações de poder, da organização e projeção da sociedade burguesa.

Em outros termos, os princípios do direito penal só servem enquanto necessários para a projeção da sociedade burguesa, pois quando são freios, limitadores ou incompatíveis com a circulação de capital, ou quando sua relativização é útil às relações de poder e a economia, podem ser deixados de lado e, sob tal forma, adicionado aos aspectos culturais produzidos, é que as condutas são criminalizadas não em nome de um bem jurídico mais relevante, mas sim de forma mais útil e adequada a projeção do corpo social burguês, permitindo administrar as ilegalidades, especialmente sobre os bens.

À luz do exposto, conclui-se que o sistema jurídico-penal em toda a história do ocidente (desde a Idade Média) está associado às relações de poder e, na atualidade, a economia que dita as relações de poder. Isso porque, o direito penal é um mero fruto do conjunto das relações de poder, do processo de cientificação da produção de saber e dos aspectos culturais, só existindo dessa maneira em que se encontra na atualidade enquanto resultado da consolidação e da ordem social do capitalismo.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. **Sobre o livre-arbítrio**. Campinas: Ecclesiae, 2019.

ANDRADE, Marli Turreti Rabelo; RÜPPELL JÚNIOR, Ivan Santos. **O cristianismo e a civilização ocidental: influências culturais e movimentos históricos**. Curitiba: InterSaberes, 2021.

BACHVAROVA, Elitza. O Tribunal de Nuremberg como um ícone da Justiça de Transição: aspectos históricos da responsabilização política e do quadro ideológico dos direitos humanos. **Em Tempo de Histórias**, n. 22, p. 180-216, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 148, 2000.

COSTA, João Cruz. Augusto Comte e as origens do positivismo. **Revista de História**, v. 1, n. 3, p. 363-382, 1950.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho**. São Paulo: Edipro, 2016.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2013.

_____. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel, et al. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**: do que se oculta (va) ao que se declara. Programa de pós-graduação em Direito UFSC, 2006.

HILL, Christopher. **A Revolução inglesa de 1640**. 2. ed. Lisboa: Presença, 1983.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

JARDIM, Vinicius Augusto Brito. **O furto no direito romano**: sua consideração como direito privado/civil e seus reflexos no furto brasileiro. [s.l.]. [s.d.].

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. v.1. 32. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Edipro, 2014.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Clio Editora, 2009.

MARX, Karl. Benefícios secundários do crime. **PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura**, v. 9, n. 28, p. 302, 2014.

MONTESQUIEU, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. E-book.

NOVINSKY, Anita Waingort. **A Inquisição**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. v.1. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018. E-book.

SAHLINS, Marshall. **Cultura e razão prática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 11. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 197, p. 65-74, 2013.