

DISSENSO POLÍTICO E EXPANSÃO DO SISTEMA PENAL: UMA ANÁLISE COMPARADA SOBRE OS REGIMES DE LEGALIDADE NA ITÁLIA E NA FRANÇA AO FIM DO SÉCULO XIX*

Massimo Meccarelli*

1 QUESTÃO CRIMINAL E ESTRUTURAL NORMATIVA DO ORDENAMENTO PENAL

As vicissitudes jurídicas do delito político marcam a parábola do direito penal moderno; elas têm a ver seja com a geração como com a evolução deste último.

Como os estudos de Mario Sbriccoli mostraram, o formato penal do crime, assim como o entendemos ainda hoje, que identifica o direito de punir com uma resposta a uma desobediência à lei penal, configurou-se sobre o paradigma da infração política a partir da Idade Moderna. É no *crimen lesae maiestatis* no século XVI que se aperfeiçoou e foi concretizado um modelo de criminalização, que associa à negação da lei (do príncipe) um desvalor social merecedor de punição.

Nos desenvolvimentos do direito penal hegemônico emergiu, depois, uma valência diversa para o delito político; de fato, a legalidade penal a partir do Iluminismo tornou-se terreno privilegiado de uma luta pela liberdade e os direitos do indivíduo. O delito político constituiu então um termo de confronto em negativo, para refundar categorias e regras e individualizar limites do direito de punir em senso garantista; se evidenciou, assim, uma *incompatibilidade entre o horizonte da legalidade e o direito penal político*.

* Tradução de Diego Nunes, mestrando no programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Substituto de Direito Penal no Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do grupo de pesquisa em História da Cultura Jurídica CNPq/UFSC, coordenado pelo prof. Arno Dal Ri Jr. Revisão de Arno Dal Ri Júnior, professor de Direito Penal dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Università Luigi Bocconi, Milão, Itália. Pós-doutor em Direito pela Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, Paris, França. Coordenador do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica CNPq/CCJ/UFSC.

* Professor de História do Direito Medieval e Moderno na faculdade de Direito da Università degli studi di Macerata, com numerosas estadias de estudo em vários centros importantes da Europa, como o Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt am Main entre 1999 e 2001. Co-diretor da revista Forum Historiae Iuris: Erste Europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte.

Todavia este é somente um aspecto da História Penal do século XIX; nela podemos reencontrar, ainda, o tratamento do *delito político como constituinte do regime de legalidade*.

Isso se torna evidente se atentamos aos aspectos sistemáticos, considerando as relações *entre estruturas normativas do ordenamento penal e questões criminais* e em particular analisando de perto a relação entre regimes da legalidade e relevância do delito político.

2 UM TERRENO HISTÓRICO PARTICULARMENTE SIGNIFICATIVO: A EMERGÊNCIA ANÁRQUICA NO FIM DO SÉCULO XIX

Desejo tentar desenvolver uma análise em tal perspectiva se referindo à fase final do século XIX: tempo de grandes transformações econômicas e sociais, induzidas pela revolução industrial. Elas fizeram re-emergir em diversas regiões da Europa continental um problema de justiça substancial, que se traduz em novas formas organizativas do dissenso político, como aquelas dos partidos de massa (socialistas e anarquistas) e dos sindicatos dos trabalhadores. Não se trata de uma passagem indolor: o conflito social teria assumido formas extremas e violentas, tornando-se logo um problema que interessava a conservação da ordem constituída.

Diante de tal emergência o direito penal conheceu uma fase de expansão, realizada por meio do recurso a leis excepcionais, segundo aquela dinâmica tendente à *duplicação dos níveis de legalidade* que constituem um traço originário dos sistemas de legalidade penais europeus.

A dinâmica de expansão que as leis excepcionais teriam determinado fez com que o aparato penal atuasse em terrenos não ainda ocupados pelo código, seja no sentido de modificar os níveis de intensidade punitiva, seja no sentido de antecipar as possibilidades de intervenção sobre as condutas que, organizando o dissenso político, constituíam somente a premissa dos fatos penalmente relevantes. Passam a ser de interesse, portanto, âmbitos sensíveis das nascentes liberdades políticas.

Há também um nível de edificação ulterior – ainda que aqui não o possamos considerar, lembremos - que é aquele da constituição de um direito penal internacional, que tende a introduzir medidas (pense-se no debate sobre o emprego da extradição para os crimes políticos) capazes de afrontar fenômenos de porte global, como precisamente a manifestação do dissenso socialista ou anárquico.

Trata-se de uma reação não somente contra a *“dynamite anarchiste”*; *“le socialisme porte en ses flancs l’anarchisme”*, explica Albéric Rolin no artigo *La repression des attentats anarchistes*, publicado na *Revue de Droit International* em 1894; na sociedade *“enceinte du socialisme”* aquele é como *“un chancre qu’il faut extirper”*. Perante a um perigo concernente a todas as formas de organização social, o recurso ao aparato penal se insere numa verdadeira e própria *“lutte pour la vie”*.

Procuramos então verificar o tipo de resposta legislativa e as características da expansão do penal determinadas na Itália e na França. Devemos lançar um olhar sobre as específicas normas que foram introduzidas. É um exercício exegético que espero não tornar-se muito fatigante, e que procurarei limitar ao mínimo; é, todavia, necessário para então poder efetuar as ponderações que nos interessam sobre a relação entre regimes da legalidade e crime político.

3 O QUADRO DAS LEGISLAÇÕES DE EMERGÊNCIA AO FIM DO SÉCULO XIX NA ITÁLIA E NA FRANÇA

3.1 O quadro italiano

Na Itália houve já nos anos Sessenta do século XIX um momento de expansão do penal por meio das leis especiais contra o fenômeno do *brigantaggio*; a fase dos provimentos de emergência dos anos Noventa é, todavia, certamente mais significativa para a estruturação normativa do sistema penal na Itália.

Enquanto, de fato, nos anos Sessenta as leis contra a emergência operam em ausência de um código penal nacional unitário, nos anos Noventa se recorre aos

instrumentos excepcionais quando é ainda fresco o primeiro código penal do Reino da Itália (o código Zanardelli de 1889); em tal fase se realiza uma perfeita perspectiva de convivência do duplo registro de legalidade.

Uma primeira emergência se verifica em 1894: a resposta será a proclamação do Estado de Sítio na Sicília (13 de janeiro de 1894) e na Toscana (16 de janeiro de 1894); além disso, serão emanadas as chamadas 'Leis anti-anárquicas' de 19 de julho de 1894: a n. 314, sobre os *crimes cometidos com matérias explosivas*; a n. 315, relativa a crimes de *instigação a delinquir* e a *apologia dos crimes cometidos por meio de imprensa*; a n. 316, uma lei temporária, que introduzia *provimentos excepcionais de segurança pública* conferindo especiais poderes às autoridades de polícia.

A segunda emergência se apresentará em 1898; também neste caso teríamos as proclamações do Estado de Sítio em 7 e 9 de maio de 1898 em Milão, Florença e Livorno, Nápoles; virá também emanada a lei n. 297 de 17 de julho de 1898 contendo *Provimentos urgentes para a manutenção da ordem pública*, para trazer de volta à vida a lei temporária de 1894. Menciona-se, por fim, um último provimento: o controverso Decreto-Lei n. 227 de 22 de junho de 1899 sobre a segurança pública e a imprensa com a qual o Governo pretendia sair da emergência, estabilizando o conjunto de instrumentos de controle do dissenso político surgidos durante a emergência.

Como se nota há dois tipos de intervenção: com as *proclamações do Estado de Sítio* o Governo declarava, essencialmente, o Estado de Guerra interno contra o inimigo anárquico e socialista e desta feita autorizava a atacá-lo com os instrumentos do direito penal militar. Com as *leis excepcionais* se introduziam em todo o território do Reino medidas penais, que se juntavam à disciplina já prevista pelo código.

Observemos mais de perto este segundo tipo de intervenção.

Tratava-se de golpear o exercício das liberdades relativas à organização do dissenso político e, portanto, a *liberdade de reunião, de associação e de manifestação do pensamento*, estendendo o raio de ação do sistema punitivo, enriquecendo o catálogo dos tipos penais, agravando o nível da sanção penal e autorizando também medidas preventivas.

As normas excepcionais tendiam a este objetivo relacionando-se em dois modos diversos à lei penal ordinária: em alguns casos essas constituem ou *alterações ou*

integrações da disciplina já disponível (código ou também leis especiais); com mais freqüência as leis excepcionais introduziram novas normas (permanentes ou temporárias) que aproximavam a disciplina existente e permanecendo no exterior dessa.

Tento exemplificar.

Com relação à manifestação do pensamento, além dos artigos 246-247 do código penal sobre a instigação a delinquir, já existia uma lei especial sobre imprensa. Os artigos do código previam seja o tipo penal de instigação a delinquir em sentido estrito, seja o tipo penal de apologia ao crime, incitamento e à desobediência da lei, incitamento ao ódio entre as classes sociais. A lei especial sobre a imprensa agravava a sanção no caso em que fossem cometidos por meio impresso.

No tocante aos vínculos associativos, por sua vez, a sua relevância penal era fixada no código por meio de dois instrumentos: o concurso de pessoas no crime e o crime de associação para delinquir que vinha distinto em duas formas: a *associação dos malfeitores* (art. 248) dirigida a cometer crimes comuns entre as categorias arroladas pela norma; e a *associação com fim sedicioso* (art. 251) dirigida contra a apologia de crime e outros tipos de crime referentes à promoção do dissenso político.

O crime associativo era concebido como um 'prosseguimento' da função assumida do instituto do concurso; a associação se diferenciava do concurso pela maior relevância (definida significativamente "*maior quantidade política*"), mas não pela natureza (em ambos os casos, se dizia, é a *coscientia sceleris*, que tornava aqueles comportamentos penalmente relevantes).

A respeito do concurso, a figura da associação para delinquir antecipava a intervenção penal criminalizando tão-somente o fato de organizar-se para o escopo de cometer determinados crimes (a prescindir do fato de tê-los ao menos cometido).

Mas as normas sobre o crime associativo, em particular aquela relativa às associações de fim sedicioso, constituíram um desenvolvimento também da função assumida das normas sobre instigação; basta pensar que no art. 251 as finalidades que qualificam associação como 'sediciosa' são retiradas literalmente do art. 247 sobre apologia de crime.

A lei n. 314 de 19 de julho de 1894 estende a aplicabilidade da norma sobre a associação para delinquir simples às novas espécies de crime previstas naquela lei especial relativa aos crimes cometidos com matérias explosivas e, naqueles casos, agrava a pena. O efeito de antecipação da relevância penal do crime associativo ora era estendido também aos crimes com uso de dinamite, com a consequência de sujeitar ao controle penal associações políticas, como aquelas anárquicas ou socialistas, que de tais êxitos criminosos poderiam ser considerados sintomáticos.

A lei n. 316, por sua vez, previa uma ulterior espécie de crime associativo: as *associações ou reuniões* que tivessem por objeto *a subversão por vias de fato dos ordenamentos sociais*. Aqui se vai a integrar a área de intervenção já individuada do tipo penal de associação sediciosa. Mas, enquanto esta última faz referência a condutas que publicamente promovem e organizam o dissenso, a norma excepcional sobre a associação subversiva faz referência a condutas que “*por vias de fato*” executam esta atividade.

Há, pois, um ulterior *momento de expansão* do tipo, desta vez *qualitativo*, representado pela introdução da *medida de polícia* do domicílio coato; não uma sanção, mas uma medida restritiva da liberdade pessoal que se aplica sobre o pressuposto da mera periculosidade social. Estas normas, além de estender o raio de ação do sistema repressivo, produziam o efeito de constituir um nível, aquele de medida de prevenção, *subtraído do controle jurisdicional*. O decreto liberticida de 22 de junho de 1899 teria ulteriormente alargado o campo de ação sobre tal terreno.

Como se nota, trata-se de atacar com instrumentos progressivos o mesmo problema. A coisa não surpreende pelas normas do código que são pensadas no seu conjunto para dar corpo a uma linha de política criminal unitária; o mesmo discurso se poderia fazer para as leis especiais ‘estruturais’ como a lei sobre a imprensa. O dado interessante para nós é constatar, todavia, que também as medidas excepcionais vão inserir-se no mesmo quadro funcional.

3.2 O quadro francês

Na França a situação é homóloga: em resposta a atentados terroristas anárquicos foram emanadas leis excepcionais entre 1892 e 1894: a lei 2 de abril de 1892 modificava os artigos 435 e 436 do código penal (crimes cometidos com materiais explosivos); a lei 12 de dezembro de 1893 modificava a lei de imprensa; a lei 18 de dezembro de 1893 modificava a disciplina sobre as associações de malfeitores; a lei 18 de dezembro de 1893 modificava a lei especial em matéria de explosivos; a lei 19 de dezembro de 1893 introduzia medidas sobre a vigilância especial; a lei 28 de julho de 1894 introduzia medidas específicas para a repressão das ameaças anárquicas.

Também aqui se trata como penalmente relevante o momento da organização do dissenso político e golpearam-se também, neste caso, as liberdades de associação, reunião e manifestação do pensamento.

Observemos mais de perto algumas modalidades da intervenção.

Existem prevalentemente normas excepcionais que *estendem o sistema penal modificando a disciplina existente*.

A lei 12 de dezembro de 1893 é um exemplo de *modificação de lei especial* (a lei de imprensa de 1881): a instigação a delinquir por meio impresso (art. 24), ao passo que, além das hipóteses já previstas, eram estendidas também aos crimes previstos no art. 435, vale dizer aquele tipo penal sobre o crime relativo ao uso de dinamite, modificado, por sua vez, pela lei excepcional de 2 de abril de 1892. Em tais casos tornava penalmente relevante a apologia, além da instigação.

Trata-se, como se pode notar, de uma seqüência expansiva unitária: a lei excepcional estende a disciplina da lei especial; esta última, por sua vez, tinha constituído uma extensão da disciplina prevista pelo código penal.

Entre os provimentos mencionados há a lei 18 de dezembro de 1893 a respeito das associações de malfeitores: aqui se determina uma *modificação da disciplina prevista pelo código penal* nos arts. 265 e 266; o tipo penal torna-se menos taxativo e se agrava a pena.

O sistema penal, porém, é estendido também introduzindo normas *ex novo*.

É o caso da lei de 28 de julho de 1894, explicitamente destinada à repressão das ameaças anárquicas; trata-se de uma lei *ad hoc* (como já havia acontecido em 1872 contra o associacionismo dos trabalhadores). As normas existentes, também aquelas excepcionais, até então haviam atingido dinâmicas de construção do dissenso político que tinham uma relevância pública e uma certa objetividade; a nova lei introduzia o crime *propaganda anárquica clandestina*, deslocando a capacidade de intervenção repressiva também para as dinâmicas informais e privadas, com uma evidente atenuação do caráter de taxatividade da conduta penalmente relevante e uma redução ao nível mínimo dos pressupostos probatórios para a contestação de um tal crime. Trata-se de algo muito similar quanto a conteúdos e funções à norma italiana sobre a associação subversiva.

A lei francesa de 28 de julho de 1894 dispunha, além disso, de uma importante exceção ao princípio processual que destinava os crimes de opinião a serem sempre de competência de um juiz popular. O juiz indicado para este crime era de fato *tribunal de police correctionnelle*] e não a *Corte d'Assise*, ou seja, um juiz togado em lugar do júri.

Enfim, este provimento previa a aplicação da medida de degredo como *pena acessória*. Trata-se de uma medida que num certo sentido parece similar a do domicílio coato prevista na Itália no plano da finalidade preventiva; no caso francês, todavia, tratando-se, de qualquer modo, de uma pena acessória não se realiza aquela subtração ao controle jurisdicional que se verificava na Itália pelas medidas de polícia.

Também pela França é possível relevar como as normas excepcionais, certamente ditadas pela emergência, constituíram, na realidade a passagem conclusiva de um processo de expansão unitário, e assim são percebidas e apresentadas.

4 MEDIDAS EXCEPCIONAIS E LÓGICA DE SISTEMA (UNIDADE DAS DINÂMICAS DE EXPANSÃO DO PENAL)

A legiferação contra o dissenso político não produziu, então, núcleos normativos isolados e transitórios; tratou-se de verdadeiros e próprios enxertos legislativos pensados para completar o quadro funcional já operante no código, exasperando certas orientações dele.

Um traço comum aos sistemas italiano e francês está exatamente no fato de conceber a intervenção excepcional numa perspectiva de economia geral do sistema repressivo.

Do ponto de vista jurídico, a lógica que sustenta o recurso às leis excepcionais é, em suma, *uma lógica de sistema* e não de emergência.

O argumento posto como justificação daquelas escolhas de criminalização é *a defesa da ordem constituída* ao tempo que ela é exposta à ameaça de um inimigo absoluto.

Se lermos o artigo de Albéric Rolin supracitado, é a imagem de uma sociedade sob ataque a dominar a página de abertura; ele sublinha a inconciliabilidade com a ordem social das orientações políticas anárquicas e socialistas, esclarece a *“énorme différence”* entre os delitos comuns e os delitos políticos e reivindica o direito do Estado de defender-se com medidas apropriadas.

É este, grosso modo, o argumento com o qual Casimir Perier, Presidente do Conselho francês justifica os provimentos liberticidas de 1894. A lei, afirma, não produz um *«atteinte à la liberté des cytoiens»*; tende só a golpear *«ceux qui se sont placés eux-même hors de la société»*. Tais normas golpeiam *«la liberté du crime»*, não a liberdade dos cidadãos.

O aparato argumentativo recorrente é, em síntese, o seguinte: a necessidade duma *préservation sociale* diante da ameaça anárquica combina-se com o fato de dever combater sujeitos que se colocaram *fora do pacto constitucional*.

Isto justifica a possibilidade de veicular com a lei penal medidas repressivas em contraste com algumas das liberdades fundamentais, que justamente o princípio da legalidade foi chamado a tutelar. Aquilo que as leis excepcionais reprimiam, explica-se, não é um direito político, mas um *abuso do direito político*.

Significativa, sob este aspecto, é a distinção exposta por Gaetano Arangio Ruiz, entre instrumentos de *tutela da ordem moral e da ordem social*; no campo do conflito político comportamentos «não imorais» também poderiam, porém, resultar perigosos «para o ordenamento político e do Estado» e, portanto, deveriam ser reprimidos. A este respeito, a vocação do código restaria voltada à tutela da ordem moral e aquela dos provimentos

excepcionais estariam, ao contrário, dedicadas à *defesa ordem social* (daquela *ordem social* assumida como única ordem possível) contra as ameaças à sua própria existência.

Nisto eu vejo uma lógica de sistema florescer do jogo de espelhos do tratamento normativo do dissenso político; é exatamente o duplo nível de legalidade que permite ao sistema penal de assumir a justa articulação diante das liberdades políticas, dado que, enquanto o modela como instrumento de tutela da ordem constituída, lhe permite *garantir contemporaneamente a efetividade do direito e de negar o seu abuso*.

5 PLANOS DE CONVERGÊNCIA ENTRE LEGALIDADE ORDINÁRIA E EXCEPCIONAL

Assim, nas experiências francesa e italiana, a expansão do direito penal sobre os terrenos do dissenso político parece o êxito de uma comum razão de ser; ela consiste no dever gerir uma complicação de planos estratégicos: o espaço do momento excepcional se torna um modo para evitar que o implemento liberal do direito penal codificado entre em fricção com as insuperáveis contradições da ordem liberal.

Todavia, na França e na Itália, do ponto de vista das construções legislativas, se dá de forma sensivelmente diversa esta interação entre código e leis excepcionais. O método francês pende para conceber as *medidas de emergência que reformam a disciplina do código*; o italiano pende a mantê-los como *corpos normativos distintos*.

Procuremos investigar as razões de tal diferença partindo de três constatações.

A dupla vocação do sistema penal entre a tutela do indivíduo inclusive contra as ingerências do Estado e a defesa do Estado também contra o indivíduo, é um *traço aporético originário*; ele aparece já na estrutura da legalidade penal realizado durante a Revolução Francesa, na fase do Terror, quando se tratou de combater os inimigos da Revolução.

A segunda observação é que, na realidade, o duplo nível de legalidade mais que um modo para manter distintos os planos de intervenção do instrumento punitivo, é um modo para *reconfigurar* – num horizonte sistemático rígido – uma *flexibilidade aplicativa* do instrumento penal, em relação a uma multiplicidade de escopos. Isto implica, também, que a

legalidade codificada, tendenciosamente mais fiel à originária imposição ideológica garantista, pode receber algumas orientações destinadas à defesa social.

Os tempos e modos, terceira constatação, do processo de osmose entre legalidade excepcional e ordinária, porém, são diversos com base nos contextos. A legalidade, de fato, não é um *princípio ordenador* de tipo abstrato, mas *executivo*; as circunstâncias aplicativas para este não são indiferentes à específica conotação dos regimes da legalidade penal.

Tentemos então observar mais de perto os *planos de convergência* entre legalidade ordinária e excepcional na França e na Itália.

No fim do século XIX o fulcro do sistema penal francês era constituído pelo código emanado por Napoleão em 1810. Napoleão - aqui falo sob o alto controle dos colegas Solimano e Dal Ri – pretendia superar a codificação revolucionária de 1791 repensando o código penal como «un pacte de guerre», no qual a legalidade se tornava um instrumento pensado para “*defender a ordem social e o público, proteger o Estado e o governo*”, colocando em segundo plano o aspecto de tutela das liberdades do indivíduo.

Isso absorvia a expansão conhecida pelo ordenamento penal na fase do Terror, reintroduzindo os *critérios de incriminação do crime político* típicos do *crimen lesae maiestatis*.

O código penal napoleônico, justamente por conta dessas suas características, tinha assumido, sem dúvida, o caráter de um *code pénal progressif*, de modo que as adaptações do sistema penal à mudança dos tempos tendiam a realizar-se em reformas de partes específicas do próprio código.

Em tal contexto podemos compreender como o recurso ao segundo nível de legalidade possa ser pensado, já no plano da estrutura normativa, como intervenção que modifica o próprio código.

Para a Itália, ao contrário, o elemento de contexto decisivo é aquele que podemos chamar o problema do *salvamento da codificação* penal. Acima já tínhamos recordado que as leis excepcionais do fim do século XIX sucedem poucos anos da codificação unitária de 1889. Juntemos o fato de que aquele código foi o êxito dum cerrado debate durante trinta anos; isso tinha representado a afirmação daquela concepção de penal

retomada da lição iluminista; era uma concepção que pretendia fazer do direito de punir um instrumento a serviço da liberdade individual e introduzia instrumentos para garanti-la.

Por isto não foi possível imaginar uma recepção das orientações ideológicas da legalidade de exceção no código penal; pareceu preferível enfatizar a funcionalidade da dialética entre lei especial e código, para não enfraquecer este último.

A doutrina italiana teria assumido a seguinte linha: proclamar *o estranhamento do problema da emergência penal ao programa da codificação*, afirmar a *irreducibilidade do direito penal político no sistema penal* e, ao mesmo tempo, aceitar que pudesse existir um espaço de *legislação de exceção desgarrada dos vínculos axiológicos* do código.

Formulado de tal modo o discurso sobre a relação entre sistema penal e dissenso político, ele atestar-se-ia no plano jurídico-formal, fazendo da lei excepcional uma legítima plataforma para a expansão do direito penal.

Não faltaram, certamente, as críticas às intervenções excepcionais. O problema era, todavia, de estratégias: a defesa do código implicava deslocar o *front* para o terreno da legitimidade formal dos provimentos. Vimos, de resto, que as intervenções excepcionais no caso italiano, em boa parte, não se revestiram da forma de lei, mas de provimentos unilateralmente utilizados pelo Governo sem controle parlamentar algum. Quando os provimentos de exceção tiveram as características de lei ordinária a linha defensiva era menos eficaz.

Na realidade, na doutrina italiana, teria passado o argumento de aceitar aquelas leis como males menores: «as leis excepcionais são sempre leis», observava-se, e elas, como tais, traçam uma «*cerca da legalidade*» freando o arbítrio.

A legislação excepcional do final do século teria representado de tal maneira um espaço de experimentação de uma dimensão da legalidade, que se exauria na indicação das características formais do direito penal, mas não também dos seus vínculos substanciais. Na Itália exatamente isso constituiu o plano inclinado sobre o qual seria inevitavelmente produzida uma contaminação entre os dois níveis de legalidade.

Gostaria, agora, de dirigir-me às conclusões do nosso itinerário aprofundando estes desenvolvimentos.

6 REDUÇÃO EM SENTIDO FORMALISTA DO VALOR DA LEGALIDADE

O que deve ser constatado, então, é que atrás das emergências penais e o conexo fenômeno de expansão do sistema penal, esconde-se uma dinâmica estrutural através da qual se atua um processo geral de *redução em sentido formal* do valor da legalidade. Se a legalidade penal iluminista nasce como campo de tensão entre «lei-potência» e «lei-garantia», o século XIX esvazia progressivamente esta relação estruturante, e acentua o caráter voluntarista da legalidade penal.

Na França, a integração das intervenções excepcionais ao código evidencia tal tendência. Também aqui, a dialética código-*lei especial* coloca os regimes de legalidade numa perspectiva na qual progressivamente falta a ancoragem axiológica que seguiu a originária batalha iluminista para a afirmação do primado da lei. Os provimentos de 1892-94 representam um ulterior distanciamento com relação ao que já tinha realizado Napoleão em 1810; já aquele código, substituindo o arbítrio do juiz pelo «*arbítrio da lei*», conduziu o processo de redução da legalidade penal em sentido formal.

Na Itália o quadro de expansão do direito penal em relação a emergência política do fim de século nos mostra esta mesma parábola. No século XX, como denunciava Luigi Lucchini em 1925, rompido o liame originário entre «leis penais e liberdades públicas», perdida toda a ancoragem da lei a valores indisponíveis, restava *uma legalidade* entendida como *pura expressão de vontade do Estado* e, portanto, *ao serviço do poder político*. Configurou-se, como conseqüência, uma *dicotomia entre escolhas de política criminal* (apanágio descontrolado do governo legislador) e *dimensão técnico-jurídica do direito penal* (objeto exclusivo das atenções da ciência jurídica).

O véu do esquecimento sobre a originária função da legalidade é jogado fora por duas vias: de um lado por um processo de refundação metodológica, e do outro por um itinerário de recodificação levado a cabo com a nova fase política dominada pelo fascismo.

Quanto ao primeiro aspecto, deve-se recordar, de fato, que a introdução do *método técnico-jurídico*, trazida especialmente por Alfredo Rocco com a conferência de Sassari de 1910, tendia a confirmar a ancoragem do sistema penal à legalidade. Tal redefinição metodológica, todavia, implicava uma *renúncia* da ciência jurídica a exercitar, sobre as escolhas do legislador, qualquer *controle de valor*. A *elaboração doutrinal* do

problema penal tornar-se-ia técnica, ou neste caso, *dogmática*, mas, sobretudo, *axiologicamente neutra*.

A emersão do *formato dogmático do penal* não teria sido um modo para afrontar a expansão do direito penal, mas senão neste caso um aspecto de um mais amplo (mas unitário) quadro que descreve a transformação em sentido autoritário do sistema penal.

Quanto à recodificação de 1930, com estas premissas e na perspectiva aberta pelo regime fascista, as orientações que eram próprias do penal excepcional, relativas à defesa da ordem social *teriam prevalecido*, desta vez, *inclusive no novo código penal*, posto que era o *penal em seu conjunto* que vinha transformado em «*uma arma nas mãos do Estado*» voltada contra os seus inimigos; mas não só: não se exauriria nem mesmo o espaço para o direito penal político de exceção. A matéria do crime político será, de fato, sujeitada à especial jurisdição do Tribunal Especial para a Defesa do Estado, instituído com a lei de 25 de novembro de 1926.

Trata-se aqui, porém, de abrir outro tema e, portanto, paro para trazer uma breve reflexão conclusiva.

CONCLUSÕES

Desejando avaliar o relevo que o direito penal político teve na estruturação do sistema penal fundado sobre a legalidade, se pode observar que o formato penal do crime continua a buscar os seus alicerces a partir do problema do crime político. E isto não só em negativo, no sentido vale dizer de amadurecer aspectos de tipo garantista sobre o plano dos princípios de direito penal substancial e processual.

Observado do ponto de vista sistemático, *o problema do dissenso político* confirma-se como um *formador do direito penal contemporâneo* com uma valência, que recorda aquela originária da Idade Moderna: reafirma-se nas características e nas orientações da legalidade penal o *nexo incindível com a soberania do Estado*; uma soberania que, no século XIX, tem as características de um poder originário e absoluto; ela, de fato, deriva de um *pactum societatis* que pressupõe um *pactum subjectionis*, isto é, um pacto de sujeição dos consociados à lei do Estado.

Tal fundamento constitucional, de tipo *conformativo*, não é capaz de utilizar para a sua manutenção o potencial ordenador da dimensão constitucional material: não só os equilíbrios da sociedade, o pluralismo que ela exprime que determinam os desenvolvimentos, mas, ao contrário, determina os equilíbrios possíveis na sociedade. Além disso, exatamente por ser *rígido* não é um fundamento de tipo inclusivo, mas *excludente*; constrói-se um limite entre um dentro e um fora; entre o pleno (da soberania) e o vazio (de ordem jurídica); entre a legalidade e a ilegitimidade; entre o poder público que se manifesta como organismo biopolítico e que pretende negar-lhe a existência.

Por isto, se exercitado no perímetro daquela ordem que a soberania consagra, o dissenso político é tutelado como uma forma de liberdade, mas no momento no qual se faz veículo de emersões de um novo modelo de sociedade, vai inevitavelmente colocar em discussão a manutenção daquele rígido fundamento constitucional.

É a irrenunciabilidade da soberania (daquele tipo de soberania) do Estado, que torna necessária uma expansibilidade do direito de punir sobre o terreno do dissenso político que passa pelo duplo nível de legalidade.

A parábola da legalidade penal moderna aparece profundamente marcada por este vínculo sistemático; a simplicidade do fundamento do direito de punir é também a fonte de uma complexidade de valências que a lei penal foi chamada a absorver e que, em parte, ainda está por ser decifrada.