

## 2

### Crime e Racionalidade Penal

O sistema de idéias sobre os quais se assenta o direito penal encontra-se intimamente relacionado à concepção de homem e de suas relações sociais, na medida em que “regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade”<sup>1</sup>, onde o crime se afigura presente, em qualquer tempo e espaço, como observou Émile Durkheim.<sup>2</sup>

Partindo da afirmação da inexistência de sociedade sem crime, mais especificamente da normalidade de sua existência “em todas as sociedades de todos os tipos”<sup>3</sup>, Durkheim identifica-o como um fato social. Na medida em que as sociedades se desenvolvem historicamente, surgem diferentes formas de criminalidade e outras são abolidas.

Considerando o processo de redefinição de comportamentos criminosos, Durkheim situa o crime como um fato social ao mesmo tempo necessário e útil, por duas razões interligadas: está relacionado às “condições fundamentais da vida social” e, simultaneamente, “estas condições de que é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito”. O crime é, muitas vezes, “uma simples antecipação da moral futura, um encaminhamento para o porvir!”<sup>4</sup>

Longe da pretensão de uma apologia ao crime, de negação de que seja objeto de repulsa, ou de que existam situações em que o crime atinge formas anormais e exageradas, ressalta como normalidade a simples existência da criminalidade, constatada por seu método sociológico. Consectário lógico é a visão do criminoso como “um agente regular da vida social”, o qual não deve ser

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. I, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.4.

<sup>2</sup> Uma breve passagem pela noção de crime em Durkheim é fundamental diante da pretensão de desenvolvimento subsequente de teorias filosóficas e psicológicas sobre a concepção de homem e suas relações sociais, subjacente à orientação do direito penal.

<sup>3</sup> DURKHEIM, E. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, p.82.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 86. Neste sentido, “a liberdade de pensamento de que gozamos hoje nunca poderia ter sido proclamada se as regras que a proibiam não tivessem sido violadas antes de serem solenemente abolidas. Todavia, naquele momento, essa violação era um crime, pois ofendia sentimentos ainda muito vivos na generalidade das consciências”. *Ibid.*, p.87.

tido como “um ser radicalmente insociável, como uma espécie de elemento parasitário, de corpo estranho ou inassimilável, introduzido na sociedade”.<sup>5</sup>

Ao afastar-se a idéia de crime como algo patológico, *de per se* (o que não significa que determinados criminosos efetivamente apresentem patologias), dentro de certos níveis e para cada tipo social, “a pena não deve ter como objetivo curá-lo, e a sua verdadeira função deve ser procurada noutra lugar”, de tal modo que a “teoria penal surge renovada, ou antes, necessita ser renovada”<sup>6</sup>, o que pressupõe a análise do pensamento dominante que se pretende seja renovado.

## 2.1

### Racionalidade Penal Moderna

Ao conjunto de idéias que acompanhou a sedimentação do direito penal no Ocidente, enquanto subsistema do direito, denominamos racionalidade penal moderna<sup>7</sup>. Constitui um sistema de pensamento autônomo em relação aos demais subsistemas jurídicos, construído especialmente a partir da segunda metade do século XVIII, caracterizado por uma certa unidade na forma de conceber e justificar a instituição do direito penal moderno, centrada na correspondência crime-pena e na idéia de pena associada às categorias de punição, exclusão e sofrimento, com a “capacidade de neutralizar a estrutura normativa das leis penais e as práticas institucionais”<sup>8</sup>.

A partir da idéia de crime e pena como um todo necessário, indissociável e identitário, onde para cada conduta incriminada há uma pena correspondente (obrigatória ou permitida/autorizada), a estrutura fundamental das normas penais desenvolveu-se de forma dúplice (em normas de conduta e pena), com a tipologia básica das penas de morte, prisão e multa, e predominância da pena afliativa, precipuamente a prisão. Os discursos e práticas penais contribuíram para o

---

<sup>5</sup> Émile Durkheim refuta a assertiva do crime como um fato com caráter patológico. Parte da idéia de “*generalidade*” para a definição da “*normalidade*” dos fenômenos e considera o crime como um fenômeno normal, já que é inevitável, embora “lastimável”, e “*integrante de qualquer sociedade sã*”, como assinala: “*Não há, portanto, fenômeno que apresente de maneira mais irrefutável todos os sintomas da normalidade, dado que aparece como estreitamente ligado às condições de qualquer vida coletiva*”. Ibid., p.83.

<sup>6</sup> Ibid., p.88.

<sup>7</sup> Expressão utilizada por Álvaro Pires, da qual vários pesquisadores apropriaram-se. Op.cit.

<sup>8</sup> Ibid.

desenvolvimento contínuo da definição do sistema penal lastreada na retórica da interdependência crime-pena afliativa.<sup>9</sup>

Pires, referindo-se ao sistema de idéias constitutivo do direito penal moderno, assinala que “esse equívoco torna quase impossível a tarefa de pensar o sistema penal (ou o crime) sem uma vinculação *exclusiva* à pena afliativa e abre grandes portas a uma ontologização da estrutura normativa do direito penal”.<sup>10</sup> Caracterizado pela autosuficiência, centralidade da pena afliativa e oposição a outros sistemas de regulação social e jurídica, se constitui como um “paradigma jurídico-político e filosófico (...), pela noção de racionalidade penal moderna”<sup>11</sup>.

As teorias absolutas (retributivas) ou relativas (preventivas) desenvolvidas no Século das Luzes apresentam-se como defensoras do humanismo, mas, paradoxalmente, traduzem uma severidade no âmbito do Direito Penal que ora pretendem justificar, ora passa ao largo de suas proposições (oculta), que se pretendem mais progressistas em confronto com os horrores dos suplícios. A severidade da pena é tratada por filósofos, juristas e criminólogos em geral basicamente sob três formas<sup>12</sup>:

a) de modo comparativo e crítico ao regime anterior, atribuindo a severidade ao passado, sob a égide de um discurso progressista pela legalidade, individualização e proporcionalidade da pena, como em Cesare Beccaria, no século XVIII;

b) em uma perspectiva negativista, contrária a projetos considerados excessivamente humanistas, sob o discurso da não negligência, do não enfraquecimento do Estado etc.;

c) em uma perspectiva positiva, afirmadora de um projeto humanista e justo, onde a severidade é necessária, a repressão tem lugar em nome de valores humanos tidos como justos.

Dentre as teorias justificadoras da pena – em especial da pena privativa de liberdade como medida-regra coercitiva do Estado –, analisaremos de modo mais detalhado as contribuições retributivista de Immanuel Kant (1724-1804) e

---

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid., p.11.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Id. *La doctrine de la sévérité maximale au siècle des lumières*. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires\\_alvaro/formation\\_rationalite\\_penale\\_moderne/2\\_d\\_octrin\\_severite\\_maximale.doc](http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires_alvaro/formation_rationalite_penale_moderne/2_d_octrin_severite_maximale.doc)>. Acesso em: 21 fev.2008.

utilitarista de Cesare Beccaria (1738-1794) para a construção da “matriz nuclear”<sup>13</sup> da racionalidade penal moderna.

As contribuições de Kant a uma teoria racional do direito se traduzem na concepção da pena como devida em primeiro lugar à lei (não à vítima ou ao culpado) e imposta a um ser racional – o indivíduo é punido enquanto ser racional.

O retributivismo penal funda-se na concepção da pena como a imposição de um mal em resposta a outro mal praticado pelo homem, enquanto ser racional, a quem se pune como retribuição. Cabe ao Estado restabelecer a ordem legal, o respeito pela lei, através da imposição de um sofrimento àquele que cometeu um crime, na conformidade do mal praticado.

Kant associa diretamente a faculdade de coagir ao princípio universal do direito: “age externamente de modo tal que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.<sup>14</sup> A ação conforme com o direito é aquela que permite a coexistência da liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos, segundo uma lei universal. Se o uso da liberdade for contrário ao direito (um obstáculo à liberdade), a coação terá lugar como obstáculo ou resistência, em concordância com a liberdade segundo leis universais.

Neste sentido, a imposição de uma pena por um delito é, em Kant, um direito do soberano em relação ao subordinado, a que denomina *direito penal*, justificando-se a imposição da pena judicial (*poena forensis*) exclusivamente pela prática do delito, com a tese de respeito à dignidade do homem enquanto ser moral dotado de razão. “A lei penal é um imperativo categórico”, devendo a pena sempre ser imposta ao homem “só porque cometeu um delito”, sendo ele “digno de castigo”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Expressão utilizada por Álvaro Pires, citado por CAUCHIE, J.-F.; KAMINSKI, D. *Éléments pour une sociologie du changement penal em Occident. Eclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale*. Disponível em: <<http://champpenal.revues.org/document613.html>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

<sup>14</sup> Kant discorreu sobre o direito de punir e a teoria retributiva da pena na parte de sua obra reservada à *Doutrina do Direito* (1797), desenvolvida nos seus últimos quinze anos de vida e de produção filosófica. KANT, I. *Metafísica dos Costumes. Parte I. Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004, p.37.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.147. O soberano é o terceiro visível em uma relação vertical e assimétrica, uma “instância separada e autorizada a punir”. RICOEUR, *op.cit.*, p.46.

Repudiando a possibilidade de atribuição de sentido de utilidade à pena, Kant entende que seu fundamento da pena não pode estar em cálculos desta ordem, pois estes desrespeitam o próprio indivíduo como ser moral, livre e dotado de razão motivadora de suas escolhas.<sup>16</sup> O indivíduo é punido porque quis a ação punível cometida.<sup>17</sup> A justificação está no crime cometido, e não no fim de evitar ou prevenir a reiteração criminosa ou que outros pratiquem crimes, ou mesmo para corrigir o indivíduo (prevenção especial ou geral). A tentativa de justificação da pena por sua utilidade geral (defesa social) ou individual é, na visão Kantiana, violadora da própria liberdade do homem enquanto ser moral, que não pode ser reduzido a um objeto (meio), qualquer que seja o fim invocado.<sup>18</sup>

Avança Kant em sua teoria retributiva na afirmação de que o “princípio ou padrão” a ser adotado para a aplicação da pena é o “princípio da igualdade (na posição do fiel da balança da justiça)”, considerando a existência de um Estado soberano e da igualdade entre os homens. A medida da pena é a *Lei do Talião*, no “seio do Tribunal” (alheio ao juízo privado), porque, de um lado, o dano que o criminoso causa a outro do povo causa a si mesmo e, de outro, a igualdade das penas somente é possível pela condenação através de um juiz, capaz de adequar o crime à “pura e estrita justiça”.<sup>19</sup> Quem rouba, rouba a si mesmo porque “torna insegura a propriedade de todos os outros; portanto, priva-se a si mesmo (segundo a Lei do Talião) da segurança de toda propriedade possível”.<sup>20</sup> Assim, a pena de morte em crime de homicídio ratifica a igualdade entre os homens pela simetria

<sup>16</sup> GROS, F. Os Quatro Centros de Sentido da Pena. In: GARAPON, A., GROS, F. e PECH, T., op.cit.

<sup>17</sup> E não porque quis a pena. Crítico de Beccaria – defensor da abolição da pena de morte porque não estaria contida no contrato civil originário, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas* – a quem atribui um “*sentimentalismo compassivo de uma humanidade afetada (compassibilitas)*”, afirma que “*no contrato social de nenhum modo está contida a promessa de permitir ser castigado, dispondo assim de si mesmo e da própria vida*”, porque tal consentimento é impossível. KANT, I. op.cit., p. 150.

<sup>18</sup> “*A pena judicial (...) nunca pode servir apenas de meio para fomentar outro bem, quer para o próprio delinqüente, quer para a sociedade civil, mas sempre lhe deverá ser imposta, só porque cometeu um delito; de fato, o homem nunca pode ser manejado como simples meio para os propósitos de outrem nem confundido entre os objetos do direito real; de tal o protege a sua personalidade inata, embora possa, decerto, ser condenado a perder a personalidade civil. Antes de se pensar em tirar desta pena algum proveito para ele mesmo e para os seus concidadãos, deve ele ser tido julgado digno de castigo*”. Ibid., p.146.

<sup>19</sup> Ibid., p. 147.

<sup>20</sup> Ibid, p.148.

entre a gravidade do crime e o rigor da punição (na conformidade “olho por olho, dente por dente”).<sup>21</sup>

Sob tal fundamentação, Kant afirma a humanidade da pena e o senso de justiça – por mais paradoxal que possa parecer –, na medida em que deixar de aplicar a pena àquele que cometeu um delito é deixar de fazer justiça. Considerando o princípio da autonomia, a punição alcança o homem enquanto sujeito moral: a pena é uma homenagem à liberdade de todos os indivíduos enquanto seres morais.<sup>22</sup>

Como assinala Garapon, na fundamentação Kantiana

punir um homem é prestar justiça a esta exigência de justiça que ele transporta em si, enquanto ser racional e moral, sejam quais forem as vicissitudes de sua vida particular. Punir um homem para o tornar melhor ou fazê-lo servir de exemplo aos outros é negar a sua humanidade pura, é degradá-lo, é reduzi-lo ao nível da bestialidade, à animalidade sensível.<sup>23</sup>

Em Hegel (1770-1831), a pena é a “negação da negação do Direito”. O indivíduo que negou a *vontade geral* contida na lei, obedecendo à sua *vontade particular*, tem negada esta vontade pela pena, que reafirma o Direito. Satisfaz-se ao mesmo tempo a lei e o criminoso, enquanto ser racional, através de uma identidade dialética entre crime e pena.<sup>24</sup> Segundo Cirino dos Santos, ao conceber

<sup>21</sup> “Se cometeu um assassinato, tem de morrer. Não há nenhum equivalente que satisfaça a justiça. (...) Inclusive, se a sociedade civil se dissolvesse com o consentimento de todos os seus membros (por exemplo, se o povo que vive numa ilha decidisse desagregar-se e disseminar-se pelo mundo inteiro), deveria antes ser executado o último assassino que se encontre no cárcere, para que cada qual receba o que merece pelos seus atos e o crime de sangue não recaia sobre o povo, que não exigiu este castigo; pois ele pode considerar-se como cúmplice desta violação pública da justiça. Esta igualdade da pena, que só é possível pela condenação à morte por parte do juiz, segundo a estrita lei do talião, manifesta-se no facto de que só deste modo a sentença de morte se pronuncia sobre todos de forma proporcionada à maldade interna dos criminosos (...)”. Ibid.

<sup>22</sup> RICOEUR, P. op.cit., p.47. É nesta separação entre o Eu puro e o Eu empírico do sujeito que Kant fundamenta a sua tese da humanidade da pena, sustentando que a punição considera o homem como ser responsável e livre, sujeito de dignidade essencial e inalienável, com liberdade de escolhas. O sujeito punido é o homem como ser racional e moral. A punição, para ele, é uma exigência do Eu puro do sujeito (quer a lei, pela transgressão) e o Eu empírico (sofre a contingência concreta, porque quis a transgressão). Segundo Frédéric Gros, “*jamais afirmação de humanidade foi tão inumana*”. Sob este fundamento moral da pena e do sujeito dividido (“*obedece-se a si como sujeito puro*”), a pena é o lembrete da lei universal da razão na forma de uma “*reconciliação racionalmente esquizofrênica*”. GROS, F., op.cit., p. 39.

<sup>23</sup> GROS, F., op.cit.

<sup>24</sup> Na análise do pensamento hegeliano por Frédéric Gros, trata-se de uma “reconciliação equívoca”, uma “*reconciliação racionalmente cínica*”, pois o castigo é pensado “*segundo a lei*” do próprio criminoso que, ao mudar o seu conteúdo, passa a valer para ele também. “*Punir é aplicar ao sujeito a lei que ele próprio apresentou*”. A lei, universal em sua forma – porque o criminoso violou o conteúdo –, ser-lhe-á também aplicada na forma que ele a aplicou (“o direito que ele suprimiu, será suprimido para ele”). Nas palavras de Hegel, citado por Gros: “*Somente através da aplicação da pena trata-se o delinqüente como um ser racional e livre. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu Direito: contrariamente ao*

a pena como *reafirmção do direito* e, deste modo, justificar a retribuição, Hegel antecipou a *teoria da prevenção geral positiva* de Jakobs que concebe a pena, dois séculos mais tarde, como a *afirmação da validade da norma*.<sup>25</sup>

Para Ricouer, a tentativa de justificar a pena como retribuição pelo respeito à dignidade do homem enquanto ser racional é “uma inumana homenagem à humanidade” e que caracteriza o “escândalo da pena”.<sup>26</sup>

Nas teorias relativas, a pena é justificada por sua função de prevenção, em sentido geral ou especial. A *prevenção geral negativa* consiste na *dissuasão em sentido genérico*, na *exemplaridade* constitutiva da intimidação dos membros da sociedade, na *ameaça da pena* que visa a evitar a prática do crime, na *coação psicológica*, segundo Feuerbach (1775-1833)<sup>27</sup>. A *prevenção especial negativa* consiste na *dissuasão direcionada ao condenado* para que não reitere a prática delitativa (*neutralização*), enquanto a *prevenção especial positiva* visa à *correção*, pela *ressocialização* ou *reeducação* (“*ortopedia moral*”, em Foucault<sup>28</sup>), com o fim de reintegração social do condenado e, *lato sensu*, de defesa social.

Beccaria<sup>29</sup> desenvolve uma teoria relativa da pena, dissuasória e utilitarista: “O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros a fazerem o mesmo”.<sup>30</sup> Defende a definição dos crimes e das penas através de leis claras, como limite ao arbítrio judicial (“somente a lei pode definir os casos em que o homem merece uma pena”), a proporção entre os crimes e as penas e a moderação da pena, na medida em que um dos meios mais eficazes de reprimir o crime é a certeza da pena (deve ser infalível), e não o rigor dos castigos.<sup>31</sup> Contudo, ao tratar da moderação, afirma um pequeno excesso que deve existir do mal infligido pela pena em relação ao

---

*inadmissível modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça o homem como quando se mostra um pau a um cão, e o homem, por sua honra e sua liberdade, não deve ser tratado como um cão* (Hegel, F. *Filosofia do Derecho*, 1975). Hegel faz do pensamento kantiano da Lei de Talião seu ponto de partida e tenta ultrapassar a moralidade kantiana. *Ibid.*, p.57.

<sup>25</sup> SANTOS, J.C. *Direito Penal. Parte Geral*. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2006, p455.

<sup>26</sup> RICOEUR, op.cit., pp.45 e 47.

<sup>27</sup> SANTOS, J.C., op.cit..

<sup>28</sup> FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977, p.15.

<sup>29</sup> Suas formulações sofreram influência de Montesquieu (separação dos poderes), de Rousseau (pacto social).

<sup>30</sup> BECCARIA, C. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução de Lucia Guidicini e de Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.62.

<sup>31</sup> *Ibid.*

bem auferido com o delito: “Para que uma pena produza o seu efeito, basta que o mal que ela mesma inflige exceda o bem que nasce do delito e nesse excesso de mal deve ser levada em conta a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito devia produzir”.<sup>32</sup> A pena, em Beccaria, deve ser pública, certa, rápida e inflexível.

O direito de punir tem como fundamento a “defesa do bem público das usurpações particulares: tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos”<sup>33</sup>. A partir da teoria do contrato social, decorrente da alienação, por necessidade, de parte da liberdade dos indivíduos visando o bem comum, defende a mínima constrição da liberdade pelo Estado: “(...) cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito”.<sup>34</sup>

Opositor às idéias de pena de morte, de penas de tortura e cruéis, ainda assim admite a aplicação da pena de morte em caso de segurança nacional ou risco de revolução ao condenado que, embora privado de liberdade, possa gerar tais riscos em razão de poder que conserve e de suas relações.

Ao longo dos séculos XVIII e XIX, foi considerado o grande humanista em Direito Penal, por sua obra “Dos Delitos e Das Penas” (publicada em 1764) e criticado por Kant e Bentham (utilitarista). Kant, embora defensor da dignidade humana, acabou por desenvolver, segundo Pires, uma espécie de humanismo repressivo no domínio do direito penal, onde se inclui sua crítica ao “sentimentalismo de uma humanidade afetada (*compassibilitas*)” de Beccaria. Bentham, genericamente, criticou a “linguagem dos oradores sentimentais”, que repudiam uma pena simplesmente por ser “tirânica e cruel”.<sup>35</sup>

Apesar do humanismo inspirador de sua obra *Dos Delitos e das Penas*, na análise aprofundada desenvolvida por Pires, a teoria da pena de Beccaria constitui um “lugar de bifurcação em relação à sua teoria do fundamento do direito de

<sup>32</sup> Ibid., p.92.

<sup>33</sup> Ibid., p. 42.

<sup>34</sup> Ibid., p. 43.

<sup>35</sup> PIRES, A. *Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne*. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires\\_alvaro/formation\\_rationalite\\_penale\\_moderne/3\\_beccaria\\_utilitarism\\_e/beccaria\\_utilitarisme\\_mod.doc](http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires_alvaro/formation_rationalite_penale_moderne/3_beccaria_utilitarism_e/beccaria_utilitarisme_mod.doc)>. Acesso em 21 fev.2008.

punir”, pelos *critérios* (posições<sup>36</sup>) que adota, em sua visão utilitarista e dissuasória, que se chocam com o princípio da “última instância”, sobre o qual se funda a esse direito.<sup>37</sup>

O fundamento do direito de punir em Beccaria baseia-se em critérios de liberdade dos sujeitos e limitação ao poder estatal, isto é, “a pena justa é a que assegura a maior liberdade aos sujeitos” e a justiça é “necessária para manter a união dos interesses particulares”. Sob este fundamento, analisa Pires, poderíamos estruturar o direito segundo um “objetivo de pacificação”, com uma “abertura, nas regras de procedimento, às negociações entre as partes e à escolha da sanção (civil ou penal) menos severa. Mas Beccaria preferiu privilegiar o fim da dissuasão geral e especial”.<sup>38</sup>

Em sua teoria da pena, “a idéia de preservar o máximo de liberdade possível e de escolher a sanção menos constritiva se transmuda em idéia de punir melhor o maior número possível – mesmo no caso das infrações mais leves – de maneira a proteger a sociedade pelo exemplo do castigo (em sentido estrito)”.<sup>39</sup> Estruturada segundo critérios de eficácia para a dissuasão, a pena retoma o seu lugar de obrigação primeira, de castigo como “conseqüência necessária”, através de leis claras, precisas e “inflexíveis” e, nessa linha, distanciamento entre pena e reparação, deixando a vítima à margem do direito penal e situando o autor (criminoso) como um “objeto” por meio do qual se opera a dissuasão.<sup>40</sup>

A partir dessa perspectiva dissuasória da pena, Beccaria vai, em matéria penal:

a) militar contra toda forma de desjudiciarização ou de negociação entre as partes na resolução do litúgio; b) atribuir um papel absolutamente secundário à vítima, que perde seu poder de transigir e de decidir; c) relegar as sanções civis (indenização, advertência, obrigações de todas as espécies etc.) e o perdão (aqui compreendida a vítima) à categoria de soluções incompletas, insatisfatórias (...). A punição (em sentido forte) não é mais uma *alternativa* de última instância às outras soluções: ela se torna a regra geral.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Álvaro Pires fala em “decisões” de Beccaria no desenvolvimento de sua teoria da pena. Preferimos a referência a critérios ou posições, como as opções adotadas por Beccaria nesse percurso filosófico penal. Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid, pp.45-6.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid., p.63.

Desse modo, ao lado da finalidade preventiva da pena, subsistiu sua feição de “mal” imposto ao criminoso pelo mal por ele praticado, a centralidade da pena privativa de liberdade – agora como redução de liberdade dos sujeitos para a dissuasão – e do criminoso como um “objeto” por meio do qual se opera a dissuasão.<sup>42</sup>

Em sentido amplo, essas teorias justificadoras da pena – retributivas e preventivas – têm como base a proteção social e a afirmação da legalidade, ao lado da proclamação do reconhecimento da dignidade humana como exigência de resposta penal ao crime que põe em risco a ordem jurídica e a coesão social. No entanto, tais bases se sustentam, paradoxalmente, de modo hostil, abstrato, negativo e atomista, como analisa Pires:

Hostil, porque representa o desviante como um inimigo de todo o grupo e porque se quer estabelecer uma espécie de equivalência necessária, diga-se ontológica, entre o valor do bem ofendido e a aflição a ser produzida no desviante. Abstrato, porque o mal concreto causado pela pena é reconhecido mas concebido como *devendo causar* um bem moral imaterial (“restabelecer a justiça pelo sofrimento”), “reforçar a moralidade dos homens honestos” etc.) ou ainda um bem prático invisível e futuro (a dissuasão). Negativo, porque essas teorias *excluem qualquer outra sanção* visando a reafirmar o direito por uma ação positiva (a indenização etc.) e estipulam que *só o mal* concreto e imediato casado ao desviante pode produzir um bem-estar para o grupo ou reafirmar o valor da norma. E, enfim, atomista, porque a pena – na melhor das hipóteses – não tem que se preocupar com os laços sociais concretos entre as pessoas salvo de uma maneira absolutamente secundária e acessória.<sup>43</sup>

Assim, a visão da pena como *mal* necessário (e útil) infligido ao violador da norma de conduta e cerne do sistema penal, a cristalização da estrutura normativa crime-pena e as práticas institucionais rígidas correlatas, com o predomínio da pena privativa de liberdade, favorecem a estigmatização do réu e sua exclusão social, bem como minimizam o papel da vítima, tanto sob a ótica normativo-substancial quanto procedimental.

A racionalidade penal moderna propiciou, assim, a consolidação da construção da clivagem civil/penal<sup>44</sup> como categorias distintas de regulação social

---

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> PIRES, A. *La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation det l'opinion publique*, p.13. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires\\_alvaro/rationalite\\_penale/ rationalite\\_penale.doc](http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires_alvaro/rationalite_penale/ rationalite_penale.doc)>. Acesso em 21 fev. 2008.

<sup>44</sup> A clivagem direito civil/penal não foi um movimento linear e cronologicamente definido de modo preciso, remontando ao século XI os primeiros sinais. A segunda metade do século XVIII é tomada como marco da racionalidade penal moderna, com a reformulação e a propulsão do

das condutas<sup>45</sup>, reservando ao Direito Civil a posição prioritária do conjunto “dano, vítima e reparação” e ao Direito Penal o trio “desobediência, inimigo e punição”.<sup>46</sup>

De um lado, tem-se a justiça civil (*lato sensu*), centrada nos interesses privados ou das partes em litígio e com potencialidades de um direito criador, flexível e imaginativo, com espaço para a negociação, a mediação e a escuta das partes. De outro, a justiça penal, lastreada no direito de punir do Estado e caracterizada pela relação identitária entre crime e pena aflictiva e desconsideração, em regra, dos interesses concretos das partes diretamente afetadas, sob teorias justificadoras da resposta unitiva como necessária e útil à defesa da lei e da sociedade.

No direito penal, a punição ocupa papel central enquanto um mal a ser infligido ao criminoso e um poder-dever ou imperativo em prol da legalidade do Estado, desconsiderando ou minimizando a figura da vítima, de modo que a reparação destinada diretamente à vítima é atribuída com prioridade à esfera do direito civil e é indiferente a sua percepção ou não como um mal pelo condenado.

Nessa ordem de idéias, “no espírito do direito moderno, a pena e a reparação são duas sanções distintas”: (...) “a pena é a sanção da responsabilidade penal, enquanto que a reparação é a sanção da responsabilidade civil”.<sup>47</sup> A reparação não supõe um mal, senão uma compensação à vítima pelo mal causado e assim revela sua insuficiência, no âmbito da racionalidade penal moderna, como resposta à desobediência à lei penal e à defesa social, que exige um desvalor público – desaprovação que se expressa através da intervenção na esfera jurídica do condenado (liberdade, tempo livre, estima social e patrimônio)<sup>48</sup>. “A pena, ao contrário, não compensa o mal da vítima, senão que, ao menos *prima facie*,

---

desenvolvimento das teorias da pena criminal, embora antes já houvessem sido lançadas as bases rumo à autonomia do direito penal.

<sup>45</sup> Poderíamos distinguir ainda o ilícito administrativo, mas entendemos desnecessário para fins do objetivo a que nos propomos.

<sup>46</sup> MACHADO, M. R. de A.; PÜSCHEL, F.P.. *Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil*. Disponível em: <[http://conpedi.org/manuel/arquivos/anais/manaus/reconst\\_da\\_dogmatica\\_flavia\\_puschel\\_e\\_marta\\_machado.pdf](http://conpedi.org/manuel/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf)> Acesso em: 22 fev.2008.

<sup>47</sup> PAILLARD, B. *La fonction réparatrice de la répression pénale*. Paris: LGDJ, 2007, p.1.

<sup>48</sup> MACHADO, M.R.de A.; PÜSCHEL, F.P., op.cit..

produz um novo mal: a pena é, pois, o contrário da indenização compensatória civil; é a ordenação querida de um mal”.<sup>49</sup>

No direito penal, segundo as bases da racionalidade moderna, qualquer que seja a finalidade atribuída à pena é acompanhada do castigo como essência (quer pelo retributivismo penal, quer pelas teorias da prevenção geral ou especial positiva), pois a finalidade que se pretende atingir é operacionalizada *por meio* da própria inflição de um mal<sup>50</sup>, a prisão. A associação pena=punição enquanto mal ou sofrimento infligido cristaliza-se de modo que “negar que a pena tenha caráter de mal seria o mesmo que negar o próprio conceito de pena”.<sup>51</sup>

No plano filosófico-jurídico, nossas convicções encontram-se ainda bastante influenciadas pela racionalidade penal moderna. Tanto assim que a proposição de resposta legal a um crime diversa da estrutura consolidada (crime-pena afliativa), encontra resistências e leva muitos juristas e acadêmicos do direito a um juízo prematuro do fenômeno da descriminalização e à opção pela afirmação de que estaríamos diante de regulação sócio-jurídica diversa do sistema penal.<sup>52</sup>

Trata-se de uma construção consolidada com a racionalidade penal moderna, mas que de modo algum, como afirma Pires, significa a imutabilidade do direito penal.<sup>53</sup>

## 2.2

### Por uma Nova Racionalidade Penal.

Ao invés de concebido “como sendo *uma possibilidade entre outras* (e não necessariamente a mais feliz)”<sup>54</sup>, o sistema de idéias constitutivo do direito penal

<sup>49</sup> LESCH, H. *La función de la pena*. Colección de Estudios nº 17. Colômbia: Digiprint, 2000, p.14.

<sup>50</sup> MACHADO, M.R.de A.; PÜSCHEL, F.P., op.cit.

<sup>51</sup> JESCHECK, H. de *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares, 1993, p.57.

<sup>52</sup> O dissenso na interpretação da norma do artigo 28, da Lei nº 11.343/06 (sobre aquisição, guarda, depósito, porte de entorpecentes para consumo pessoal), que inovou na regulamentação penal e processual penal em matéria de entorpecentes, é um claro exemplo de resistência à aceitação de configuração penal diversa da estrutura normativa crime-pena afliativa. O referido artigo, incluído no capítulo II (“Dos crimes”), do título IV, prevê como *penas a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*. Ao excluir a pena privativa de liberdade e inviabilizar a conversão em caso de descumprimento – as medidas nesta hipótese passam a ser admoestação verbal e multa, conforme o §6º do mesmo artigo –, é considerado por alguns intérpretes do direito como *abolitio criminis*. Este juízo prematuro, a nosso ver, está diretamente ancorado na racionalidade penal moderna, afirmadora da centralidade da pena privativa de liberdade, como “mal” necessário e resposta ao crime.

<sup>53</sup> PIRES, A. *La rationalité pénale moderne...*, p.12.

no Ocidente – examinado no item supra – permeou o seu movimento expansionista, conduzindo à dificuldade de desenvolvimento de outras possibilidades de estrutura e funcionamento do sistema penal. A racionalidade penal moderna<sup>55</sup>, enquanto sistema de pensamento dominante, “constitui então um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade e de uma outra estrutura normativa”<sup>56</sup>.

Contudo, inobstante a força exercida por este sistema de pensamento, correntes contrapostas sinalizam a crise da pena (notadamente aflitiva) não só quanto à sua própria existência, mas especialmente quanto às suas justificações.<sup>57</sup> Através de teorias críticas do sistema de justiça penal, que impulsionam a inclusão de medidas diferenciadas (e alternativas à prisão) no âmbito do direito penal (e processual), novos espaços se abrem para propostas de mudança sócio-jurídica, em um movimento contínuo caracterizado pela dinâmica entre busca de transformação e resistência a inovações.

Nesse sentido, os movimentos de contestação do caráter eminentemente repressivo das instituições penais e da vitimologia<sup>58</sup> propiciaram, a partir da segunda metade do século XX, a introdução de medidas e práticas de solução de conflitos em matéria penal (como a reparação, trabalhos de interesse geral, mediação, conciliação, transação), no âmbito do direito positivo, com a relativização da clivagem tradicionalmente construída, ainda que subsistam, como pano de fundo, as bases da racionalidade penal moderna.

---

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> A racionalidade penal moderna é denunciada por alguns autores, como uma demonstração de “irracionalidade e ilegitimidade” do sistema de justiça penal, muitos dos quais defensores do abolicionismo penal. Cf. ZAFFARONI, E.R. *Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Pierrette Poncela utiliza a expressão “racionalidades punitivas”, ao invés de racionalidade penal, para referir-se aos “*princípios de coerência e de inteligibilidade dos diversos discursos sobre a pena*”, classificando-os em duas grandes categorias (racionalidade prospectiva e racionalidade retributiva), que apresentam subdivisões correspondentes às finalidades principais e secundárias. Esclarece que esta classificação é meramente didática, na medida em que “atualmente estas racionalidades são, com frequência, imbricadas”. Na racionalidade prospectiva, as finalidades principais são a *correção, dissuasão coletiva e individual, eliminação ou neutralização, reinserção e tratamento*, e as finalidades secundárias são a *expição, reparação, retribuição e vingança*. As finalidades primárias da racionalidade prospectiva correspondem às finalidades secundárias da racionalidade retributiva, e vice-versa. PONCELA, P. *Droit de la peine*. PARIS: PUF, p. 58.

<sup>56</sup> PIRES, A. *La rationalité pénale moderne...*, p.12.

<sup>57</sup> KONZEN, A. A. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional. Revelando os itinerários da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>58</sup> Cf. item 4.1 (fatores de emergência da justiça restaurativa), do Capítulo 4 deste estudo.

Tentativas contemporâneas de resolver ou diminuir “o escândalo da pena”<sup>59</sup>, sustentado por sua justificação historicamente construída, apontam para o desenvolvimento de uma nova racionalidade penal, que vem sendo buscada pela formulação de novas perspectivas do sistema de justiça penal, em um movimento não linear e dinâmico que revela a sua complexidade: compreendem a reafirmação de um direito penal mínimo (ou minimalista) e avançam até o extremo do abolicionismo<sup>60</sup>, incluem proposições de vias alternativas de regulação de conflitos em matéria penal, despontando para o desenvolvimento de uma filosofia reconstrutiva, onde se situa a proposta de uma justiça restaurativa.

Nesse movimento em busca de uma “nova” racionalidade penal, a análise da possibilidade de formulação de novas dimensões teórico-práticas para o sistema de justiça penal não pode prescindir do exame das concepções subjacentes de homem em suas relações sociais, na exata medida em que tais concepções servem, de um lado, como fundamento do sistema e, de outro, para sua justificação.

---

<sup>59</sup> RICOEUR, P., op. cit., p. 45.

<sup>60</sup>ZAFFARONI, E.R., op.cit., Defensor do abolicionismo, Zaffaroni afirma a necessidade de uma reorientação do direito penal pelo caminho da redução da violência até a utopia de sua supressão. Propõe, provisoriamente, a constituição de um saber jurídico-penal que compreenda a interação dos seguintes elementos: a *decisão penal* como uma *busca* de uma resposta *socialmente menos violenta*, sem pretensão de resolução concreta, mas restrita à concepção de uma decisão reclamada pelo acesso à justiça; a consideração do fato da *seletividade* dos conflitos submetidos à apreciação judicial, pelas agências não-judiciais; a reconstrução discursiva que parta da interpretação das leis penais como limitadoras do exercício da função jurisdicional e de parâmetros equitativos decisórios; a desmistificação da neutralidade do discurso jurídico-penal que permita a apreensão de seu sentido enquanto “*direito humanitário da conjuntura política*”. p.217.