

LEDO PAULO GUIMARÃES SANTOS

**O DIREITO CRIMINAL COMO LIMITE DO PODER PUNITIVO: ENTRE A
CRENÇA NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE E O ABOLICIONISMO.**

Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor em Direito,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.

**Orientador: Professor Doutor Juarez Cirino
dos Santos.**

CURITIBA

2014

ÍNDICE

Introdução	1
Parte 1 – As funções do Direito Criminal no discurso tradicional	7
<u>Capítulo 1 – Prevenção da criminalidade: as funções do Direito Criminal identificadas com as funções da pena</u>	7
1.1.1. A proteção de bens jurídicos por meio da pena como discurso tradicional	7
1.1.2. As bases teóricas do discurso tradicional	12
1.1.3. O ápice do discurso tradicional: prevenção, risco e expansionismo punitivo	20
1.1.4. A nova face do discurso tradicional: democracia penal de opinião e Direito Criminal do inimigo	28
<u>Capítulo 2 – Teorias preventivas clássicas</u>	32
1.2.1. Prevenção geral negativa – intimidação coletiva por meio da pena	32
1.2.2. Prevenção especial positiva – ressocialização por meio da pena	34
<u>Capítulo 3 – Teorias preventivas contemporâneas</u>	36
1.3.1. Prevenção geral positiva – reafirmação de bens jurídicos por meio da pena	36
1.3.2. Prevenção especial negativa – neutralização do autor do crime por meio da pena	42
Parte 2 – A desconstrução do discurso tradicional do Direito Criminal	44
<u>Capítulo 1 – Críticas às teorias preventivas</u>	44
2.1.1. Considerações prévias	44
2.1.2. Críticas e ineficácia da intimidação coletiva	45
2.1.3. Críticas e ineficácia da ressocialização	46
2.1.4. Críticas e ineficácia da reafirmação de bens jurídicos	49
2.1.5. Críticas e ineficácia da neutralização	52
<u>Capítulo 2 – Perspectivas críticas acerca da pena e do Direito Criminal</u>	54
2.2.1. A teoria agnóstica da pena	54
2.2.2. A teoria materialista/dialética da pena	56
2.2.3. Perspectivas abolicionistas para o Direito Criminal.	57
<u>Capítulo 3 - Limites do discurso tradicional</u>	62
2.3.1. Os limites das visões tradicionais de Direito Criminal mínimo e de garantismo penal	62
2.3.2. Os limites das perspectivas retributivistas	65
2.3.3. A impossibilidade de legitimar o Direito Criminal nas teorias (funções) da pena	66
Parte 3 – O direito criminal como limitador do poder punitivo	71
<u>Capítulo 1 – Premissas de um Direito Criminal limitador do poder punitivo</u>	71
3.1.1. Funções da pena e do Direito Criminal como discursos – consensos possíveis	71
3.1.2. A independência das práticas punitivas em relação ao direito – limites da desestatização da pena	75

3.1.3. A dissociação entre funções da pena e do Direito Criminal – pena como mera realidade punitiva.....	82
3.1.4. O caráter político da pena e do Direito Criminal.....	87
<u>Capítulo 2 – Fundamentos de um Direito Criminal limitador do poder punitivo</u>	90
3.2.1. A tendência que o exercício do poder (punitivo) tem ao excesso – necessidade de imposição de limites.....	90
3.2.2. Os direitos humanos como limite ao poder punitivo.....	91
3.2.3. O discurso do Direito Criminal clássico como limite ao poder punitivo – promessas da modernidade.....	93
3.2.4. A liberdade como escolha valorativa norteadora do Direito Criminal.....	95
<u>Capítulo 3 – Proporcionalidade estrita como limite material e constitucional para o Direito Criminal</u>	98
3.3.1. Do princípio da proporcionalidade no discurso tradicional para uma nova perspectiva.....	98
3.3.2. Proporcionalidade e seu fundamento constitucional – princípio da igualdade.....	103
3.3.3. Demais fundamentos normativos para o princípio da proporcionalidade.....	106
3.3.4. Princípio da proporcionalidade estrita como limite material e constitucional ao poder punitivo.....	108
Conclusão.....	113
Bibliografia.....	126

Resumo

A presente tese propõe a limitação ao poder punitivo como possível função legítima para o Direito Criminal. Para tanto, examinou-se a função tradicionalmente atribuída ao Direito Criminal como proteção de bens jurídicos. Tal discurso está assentado nas teorias da pena como meio de prevenção criminal. Estas teorias foram apresentadas e desconstruídas pela confrontação entre o discurso e a realidade penal. Diante da impossibilidade de se legitimar o Direito Criminal na prevenção criminal, buscou-se na limitação ao poder punitivo esta legitimidade. Tal papel atribuído ao Direito Criminal se mostra como promessa não cumprida da modernidade. Por fim, o critério limitador proposto foi o da proporcionalidade estrita, segundo o qual apenas ofensas a bens jurídicos tão ou mais graves quanto a perda da liberdade justificariam a intervenção penal expressa pela prisão.

Resumen

En esta tesis se propone la limitación del poder punitivo como posible papel legítimo del Derecho Penal. Para ello, se analizó el papel tradicionalmente asignado a el Derecho Penal cómo protección de bienes jurídicos. Dicho discurso se asienta en las teorías de la pena como un medio de prevención de la delincuencia. Estas teorías fueron presentados y deconstruidos por la confrontación entre el discurso y la realidad penal. Ante la imposibilidad de legitimar el Derecho Penal en la prevención del delito, se buscó en la limitación del poder punitivo esta legitimidad. Tal papel asignado a el Derecho Penal se muestra cómo incumplida promesa de la modernidad. Por último, el criterio limitador propuesto fue el de proporcionalidad estricta, según la cual sólo las ofensas a bienes jurídicos tan o más graves como la pérdida de la libertad podrían justificar la intervención penal expresa en la prisión.

INTRODUÇÃO

Em 2010 a cineasta Clara Ramos publicou o documentário “Bagatela”, no qual se retratam as histórias de três mulheres, Sueli, Vânia e Maria Aparecida, presas por acusações de furtos cujos valores foram insignificantes. O relato dessas histórias é acompanhado de opiniões (favoráveis em sua maioria) de juristas acerca do princípio da insignificância no Direito Criminal.

Embora o documentário seja bastante descritivo, sem explicitar um posicionamento sobre o tema, o contraste entre certos argumentos e a chocante realidade ali retratada deixa evidente que algo está errado.

Diz um juiz, entrevistado no documentário, que se o Direito Criminal não prevenir os pequenos furtos, punindo-os, estaríamos diante de um possível caos social, pois as pessoas poderiam simplesmente sair por aí furtando indiscriminadamente. Complementa dizendo, ainda, que se a pessoa opta por cometer crimes deve arcar com as consequências, que nem seriam tão duras se comparadas às dificuldades cotidianas enfrentadas por aqueles socialmente menos privilegiados.

Sueli ficou presa por quase dois anos pela tentativa de furto de um pedaço de queijo e dois pacotes de bolacha. Vânia é entrevistada na prisão, onde está pela décima vez, todas por furtos de coisas como bebida alcoólica, peças de carne, produtos de beleza ou soma irrisória de dinheiro. Maria Aparecida, que sofre de problemas mentais, foi presa em uma drogaria por supostamente ter subtraído um shampoo e um condicionador. Durante esta prisão perdeu a visão de um olho.

Em comum todas essas histórias têm o irrisório valor econômico do suposto delito e as condições socioeconômicas desfavoráveis das acusadas. Pobreza, dependência química, doença mental são elementos presentes em tais casos.

Em comum também está a gritante desproporção entre os crimes supostamente praticados e a resposta do sistema punitivo. Sob a bandeira de uma prevenção hipotética essas mulheres reais e concretas tiveram parte de suas vidas subtraídas. E de tal subtração certamente restarão sequelas permanentes. Ao se comparar a gravidade do dano patrimonial supostamente praticado nesses casos

com a sua consequência é visível que o argumento da prevenção vem como justificativa para uma ofensa mais significativa, pois consiste numa evidente violência contra a pessoa. A lógica da prevenção autoriza uma violência maior do que a ofensa que se pretende prevenir.

Partindo-se de premissas humanistas, é impossível não sentir um mal estar ao presenciar histórias como essas, assim como seria ingenuidade tomar tais histórias como exceção, como um acidente de percurso em busca de um bem maior. Do contrário, o contato com a realidade do sistema punitivo mostra o quanto tais histórias constituem um drama frequente e comum.

O que a realidade do Direito Criminal mostra é que o sistema punitivo provoca, como regra, danos mais severos do que aqueles que pretende coibir. E mesmo que uma lógica simplista de custo benefício seja suficiente para acusar tal esquizofrenia, no discurso jurídico se encontram numerosos argumentos que pretendem justificá-la.

Ocorre que uma reflexão que escape aos ditames estritamente jurídicos não evita os questionamentos que daí surgem. Embora o relato acima retrate um aspecto pontual do Direito Criminal é possível extrair daí uma reflexão mais ampla, sobre o próprio papel do Direito Criminal. Examinar histórias dessa natureza serve como meio de provocar questionamentos mais radicais.

Não raro tais questionamentos encontram barreiras no cinismo, no conformismo, ou na conveniência. Para evitar tais posturas é necessária uma reflexão mais profunda sobre o papel do Direito Criminal, que abandone os preconceitos e esteja disposta a ver o que muitas vezes não se quer ver: que o sistema punitivo distribui mais sofrimento que os danos que pretensamente estaria coibindo.

Os exemplos aqui ilustrados reclamam justamente esse aprofundamento de reflexão. Quando se pensa o Direito Criminal um questionamento fundamental é inevitável: qual a função realizada por ele? Compreender o Direito Criminal sem compreender o seu papel é algo que soa vazio, como um conhecimento incompleto. Pouco adianta compreender “o que é” sem compreender “para o que é”. Sendo o

Direito um meio e não um fim em si mesmo a sua função sempre será objeto de essencial interesse.

E no que tange às funções do Direito Criminal é possível identificar um mal estar teórico. Há um discurso tradicionalmente repetido que lhe atribui um papel de proteção de bens jurídicos por meio da pena. Esta, possuindo um caráter preventivo estaria evitando ofensas a bens jurídicos e por justamente por isso estaria justificada.

Entretanto, o otimismo sobre a pena e sobre o Direito Criminal difundido na teoria não sobrevive a um exame de caráter realista. Não é necessário grande esforço de reflexão para perceber que a pena de verdade, que é imposta por juízes de carne e osso para réus de carne e osso, que faz povoar as prisões, pouco tem a ver com a pena dos livros de Direito Criminal. Embora sejam numerosos os esforços teóricos para encontrar na pena um papel preventivo e com isso legitimar o Direito Criminal, numerosos também são os insucessos nessa tarefa. O discurso teórico não encontra amparo na realidade pretensamente teorizada. O que se diz não corresponde ao que é.

Em termos mais clássicos, a prevenção pode ser pensada como intimidação coletiva por meio da previsão e aplicação da pena (prevenção geral negativa), ou como ressocialização do autor da conduta criminosa por meio da pena (prevenção especial positiva). Tais discursos apresentam maior contraste com a realidade do sistema punitivo, e justamente por isso gozam de menor crédito no pensamento jurídico contemporâneo. Diante desses discursos o mal estar teórico consiste na distância que há entre a teoria jurídica e a realidade teorizada.

Mais recentemente, entretanto, esse mal estar teórico se reveste de outra faceta. Se por um lado as ideias de prevenção antes citadas encontram como antagonista a própria realidade da pena, há um panorama teórico da atualidade que merece destaque justamente por encontrar amparo na realidade da pena.

E justamente por corresponder em boa medida à realidade do sistema punitivo é que tais perspectivas geram um mal estar ainda maior. O primeiro aspecto desse mal estar se deve a um descompasso entre o discurso e a realidade, o segundo aspecto desse mal estar se deve à constatação de que uma postura penal

discriminatória, alijada das premissas humanistas, é a que prevalece nos dias atuais e busca ser justificada por um discurso de prevenção.

Inserem-se nessa perspectiva os discursos da pena como meio de neutralização (seletiva) do autor da conduta criminosa (prevenção especial negativa) e da pena como reafirmação (simbólica) do valor de bens jurídicos atingidos por condutas criminosas (prevenção especial positiva).

Ocorre que tal neutralização não se pauta por critérios igualitários. Do contrário, há uma seletividade que orienta aqueles a serem neutralizados. Segundo um prognóstico de possível reincidência criminal (fundados em critérios estatísticos, baseados na experiência), determinados indivíduos deveriam ser segregados (neutralizados) da sociedade, abandonando-se a pretensão de ressocialização. Sendo vistos como “o inimigo”, determinados indivíduos perderiam o status de “pessoa” e devem ser simplesmente descartados, colocados de fora do ambiente social que se pretende saudável. Tal seletividade, entretanto, direciona-se invariavelmente contra aqueles menos favorecidos socialmente. É justamente nos grupos socialmente marginalizados que vai se encontrar o inimigo, o que apenas acirra as desigualdades sociais, reforça a segregação. Em suma, o objetivo da pena como neutralização seria segregar aqueles indivíduos indesejáveis aos quais se nega o status de cidadão.

E num plano coletivo tal mecanismo punitivo não pretende oferecer uma segurança real, mas apenas simbólica. O objetivo não é propiciar uma eficaz prevenção criminal, mas difundir respeito a determinados valores (sejam eles bens jurídicos como a vida, a liberdade ou o patrimônio, seja o respeito pela norma). Trata-se de uma política criminal de administrar determinados riscos para que eles sejam suportáveis.

Não se pode negar que tais perspectivas possuem algum respaldo na atual realidade penal. Não se tratam de hipóteses prescritivas sobre a pena, e sim de hipóteses descritivas. O fato de tais hipóteses encontrarem algum respaldo na realidade não as isenta de críticas, porém. De plano, é possível identificar que o discurso da neutralização seletiva admite um tratamento nitidamente desigual para tratar problemas de uma realidade social extremamente desigual. Trata-se de um discurso que aceita a desigualdade e lhe serve como reprodução.

Ademais, ao se constatar que o sistema punitivo desempenha funções de neutralização seletiva e de reafirmação simbólica do valor do bem jurídico, isso não significa que haja uma efetiva prevenção. Apesar de eventuais ganhos que se pretende com tais posturas o saldo ainda é negativo: o sistema punitivo mais reproduz sofrimento que o evita, e apenas serve como meio de reproduzir as já gritantes desigualdades sociais.

De qualquer forma, a reflexão sobre as funções do Direito Criminal e da pena gera um mal estar. Seja por um mal estar decorrente de distância entre teoria e realidade, seja por um mal estar diante de uma realidade cruel e desigual, é difícil pensar o sistema punitivo sem tal sensação incômoda.

Como resposta a esse mal estar há um discurso radicalmente oposto ao da prevenção, que é o abolicionismo penal. Embora não haja uma homogeneidade no pensamento abolicionista, há um caminho apontado nessa perspectiva que pode indicar a radical contração do sistema punitivo ou a sua completa eliminação, incluindo a sua substituição por outros mecanismos sociais de resolução de conflitos.

O abolicionismo é uma proposta que pode ser considerada aberta, um pensamento em curso. Não há soluções garantidas e irrefutáveis para os males promovidos pelo sistema punitivo, mas nessa perspectiva há um conjunto de ideias e propostas que busca exatamente combater tais males. Pode-se dizer que o abolicionismo é uma postura que denuncia o quanto o sistema penal mais reproduz violência e sofrimento do que os coíbe. E por isso não se legitima como protetor da sociedade, pois não atende os fins a que se propõe.

Como projeto em curso o abolicionismo encontra limites que precisam de resposta. O seu caráter eminentemente político e teórico encontra obstáculos para operar efeitos jurídicos. É difícil respaldar a proposta abolicionista no ordenamento jurídico. Ainda, o receio de que a ausência de mecanismos jurídicos de controle sobre o exercício punitivo possa permitir mais violência do que o estado atual não pode ser afastado. Indaga-se sobre a possibilidade de que as instâncias estatais do poder punitivo venham a ser assumidas por outros setores com posturas mais violentas que o próprio Estado. Ou, em outros termos, até que ponto é possível ou interessante abdicar do caráter público do exercício do poder punitivo.

Entre estes opostos fica a questão: se o Direito Criminal não protege bens jurídicos, tampouco há soluções concretas e viáveis para a sua eliminação, seria viável encontrar nele uma função legítima? É justamente na construção de um critério que possa legitimar o Direito Criminal que se elabora a presente tese. É o norte de tal projeto é a obtenção de um mecanismo que sirva de limite ao poder punitivo, dados os seus inerentes malefícios.

Na primeira parte se desenvolveu o discurso tradicional, que atribui ao Direito Criminal a função de proteção de bens jurídicos por meio da pena.

Na segunda parte se trabalhou com a desconstrução do discurso tradicional e com a proposição de perspectivas críticas em relação à pena.

Na terceira e última parte está a construção do argumento central: a tese que legitima o Direito Criminal.

Não se quer afirmar que o Direito Criminal, enquanto forma jurídica de manifestação da pena, exerce de fato um papel limitador. O que se pretende é demonstrar que existe tal possibilidade, e que ela encontra fundamentos políticos e jurídicos sólidos.

Tal pretensão foi uma ideia presente na gênese do discurso jurídico-penal contemporâneo, mais precisamente na escola clássica do Direito Criminal. Não houve significativa realização desse projeto, mas não significa que ele não mereça ser levado a termo. Há promessas da modernidade que não foram cumpridas, mas ainda representam um norte ideológico a ser seguido.

Como forma de realização desse propósito foi elaborada uma nova construção da proporcionalidade, aqui denominada de princípio da proporcionalidade estrita.

1. AS FUNÇÕES DO DIREITO CRIMINAL NO DISCURSO TRADICIONAL

Pois bem; atende agora, e um deus na mente meu conselho te imprima. Há de as sereias primeiro deparar, cuja harmonia adormenta e fascina os que as escutam: Quem se apropinqua estulto, esposa e filhos não regozijará nos doces lares; que a vocal melodia o atrai às veigas, onde em cúmulo assentam-se de humanos ossos e podres carnes. Surde avante; as orelhas aos teus com cera tapes, ensurdeçam de todo. Ouvi-las podes contanto que do mastro ao longo estejas de pés e mãos atado; e se, absorvido no prazer, ordenares que te soltem, liguem-te com mais força os companheiros. Dali passado, a via não te aponto que te cumpre seguir; tu mesmo a escolhas.¹

1.1. PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE: AS FUNÇÕES DO DIREITO CRIMINAL IDENTIFICADAS COM AS FUNÇÕES DA PENA

1.1.1. A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS POR MEIO DA PENA COMO DISCURSO TRADICIONAL

Na atribuição de uma função para o Direito Criminal, o discurso que tradicionalmente é extraído dos tratados, cursos e manuais se exprime na ideia de proteção de bens jurídicos. Em outros termos, convencionou-se dizer que a função do Direito Criminal é a proteção de bens jurídicos. Pode-se afirmar que a maciça maioria da doutrina² parte dessa premissa. Essa perspectiva será tratada como sendo o discurso tradicional acerca das funções do Direito Criminal.

¹ Advertência feita por Circe a Ulisses, na sua odisseia deste, em: HOMERO. *Odisseia*. Livro XII, versos 25 a 42.

² Nesse sentido, podemos relacionar: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. p. 51; ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. p. 28-32; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. p. 22-24; ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. p. 71; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. p. 44-47; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general*. p. 79-81, 104-106; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. p. 1-7; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. p. 61-62, 77-79, 89-90; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. p. 3-7; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. p. 4-5; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. p. 6-9; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1: parte geral*. p. 53-56; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. p. 4; MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. p. 24.

Embora as concepções de bem jurídico sejam bastante variadas, todas lhe atribuem uma relevância social. Mais especificamente, aqui se utiliza a concepção de bens jurídicos como sendo aqueles valores considerados mais fundamentais para uma determinada sociedade, o que se estabelece por uma escolha político-valorativa expressa na respectiva Carta Constitucional. Trata-se da definição de bem jurídico constitucional, a qual é defendida por expressiva parcela da doutrina penal contemporânea.³

Nessa perspectiva, bens jurídicos são aqueles valores fundamentais expressos na Constituição, tais como a vida, a integridade pessoal, a liberdade, a propriedade, o meio ambiente, dentre tantos outros. É importante ressaltar que bens jurídicos aqui são compreendidos como algo que possui um valor em si, e não em função de outro objeto, embora a legislação e parte significativa da doutrina não observem tal aspecto.⁴

Diverge da concepção supra a noção de bem jurídico como estabilização das expectativas normativas da sociedade, conforme teorizado por JAKOBS. Há nessa perspectiva um caráter funcional assumido para o bem jurídico. Uma conduta criminosa representaria uma quebra de expectativa, a qual corresponde ao comportamento de acordo com a norma. Ao se punir tais comportamentos a norma estaria sendo posta em vigência, e por isso a confiança nela estaria restaurada pela punição.⁵

Em última instância, a função do Direito Criminal para JAKOBS seria manter a confiança na norma, independente do seu conteúdo. Percebe-se o caráter estritamente formalista dessa concepção, que abandona qualquer referencial material para definir o que seja bem jurídico. Entretanto, nessa concepção não lhe é retirado o status de algo digno de valor e conseqüentemente de proteção, o que se

³ A exemplo, advogando a tese do bem jurídico constitucional, temos: ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* p. 55-57; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 66-67; TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal.* p. 38-44; e PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* p. 63-86.

⁴ A esse respeito, Juarez TAVARES observa que funcionalidades (algo que possui valor em relação a outra coisa – legislação de trânsito, por exemplo) não pode ser considerado como bem jurídico. Conf. TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal.*

⁵ JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 44-47.

daria por meio da pena.

Conforme o discurso tradicional, ao Direito Criminal caberia o papel de proteger tais valores (sejam os bens jurídicos constitucionais ou a confiança na norma). Ao se indagar como o Direito Criminal poderia exercer tal função, conclui-se que o meio pelo qual isso seria possível não pode ser outro que não a pena. Condutas ofensivas a bens jurídicos são definidas em lei como crimes, e por isso passíveis de pena. Nesse esquema, não seria a legislação penal em si, a mera previsão legal de condutas como crimes que poderia desempenhar tal função. A previsão e a aplicação de pena para tais condutas é que poderia desestimulá-las e, com isso, proteger os respectivos bens jurídicos.

Nessa perspectiva, o Direito Criminal enquanto ordenamento jurídico teria a pena como meio resposta para condutas indesejadas, e a sua utilização seria a resposta estatal que protegeria bens jurídicos.

Examinando de forma esquemática essa função, tem-se o seguinte:

- a) As condutas que ofendem bens jurídicos são descritas em lei como passíveis de pena, e por isso definidas como crimes;
- b) A punição das condutas criminosas serviria como modo de evitar tais condutas;
- c) Portanto, punir seria uma forma de se evitar crimes futuros e, conseqüentemente, ofensas a bens jurídicos, assim os protegendo.

Em suma, o que desempenharia o papel protetivo (preventivo) seria a resposta punitiva dada pelo Estado em face das condutas que ofendem bens jurídicos. Trata-se da fórmula essencial da prevenção penal: punir determinados comportamentos evitaria sua ocorrência.

Sendo a pena o meio pelo qual o Direito Criminal protege bens jurídicos, conclui-se que ocorre uma identificação entre as funções de ambos. Isso porque se a função do Direito Criminal é proteger bens jurídicos, e a função da pena é prevenir crimes, que são ofensas a bens jurídicos, tais funções convergem. Ocorre que apesar de a doutrina em geral se valer dessa ideia, nem sempre essa vinculação é enunciada com a devida clareza. Isso, porém, não impede de perceber que se o

Direito Criminal protege bens jurídicos o faria por meio da função preventiva da pena.

Tal identificação é bem estabelecida por WELZEL⁶, quando afirma:

É missão do Direito Penal proteger os valores fundamentais da vida em comunidade. (...) O Direito Penal fixando pena às condutas que se afastam realmente de um agir conforme o direito, protege, ao mesmo tempo, os bens jurídicos, sancionando o desvalor da conduta correspondente; (...). Acima da proteção dos bens jurídicos individuais e concretos, está a missão de assegurar a validade real (a observância) dos valores do agir segundo o pensamento jurídico. Estes constituem o mais sólido fundamento sobre o qual se baseiam o Estado e a sociedade.

Em sentido semelhante, Juarez Cirino dos SANTOS descreve a identidade entre funções da pena e função do Direito Criminal presente no discurso tradicional da doutrina como “a proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob a ameaça de pena”.⁷

Nilo BATISTA também observa que a doutrina costuma reunir as funções do Direito Criminal com as funções da pena, num exercício ideológico que busca a legitimação do Direito Criminal como meio de proteção de bens jurídicos por meio da pena.⁸

Por oportuno, ressalte-se que adiante será de grande relevância para a tese aqui desenvolvida a percepção dessa identidade que a doutrina propaga, qual seja, “função do Direito Criminal é igual à função da pena (prevenção)”, pois da dissociação entre essas funções se buscará identificar uma função diversa que pode ser desempenhada pelo Direito Criminal. É justamente dessa diferenciação e da impossibilidade de se fundamentar o Direito Criminal num papel irreal de prevenção

⁶ Tradução livre do espanhol: “*Es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad. (...) El derecho penal fijando pena a los actos que se apartan realmente de un actuar conforme al derecho, ampara, al mismo tiempo, los bienes jurídicos, sancionando el disvalor del acto correlativo; (...) Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad.*” WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. p. 1-3.

⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. p. 4-5.

⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. p. 111-116.

criminal por meio da pena que se partirá para a construção de outro critério que possa legitimá-lo.

Estabelecido o que se entende por discurso tradicional, deve-se observar que para fundamentá-lo são apresentados argumentos diferentes, mas com o mesmo pano de fundo. Trata-se de um caráter sempre utilitarista que é atribuído ao Direito Criminal. Isso porque, embora variadas, as teorias sobre as funções preventivas da pena desembocam invariavelmente na ideia comum de inibir futuras condutas criminosas.⁹

Diversos e ao mesmo tempo tão semelhantes, todos esses discursos acerca da prevenção por meio da pena (ou da proteção de bens jurídicos) se apresentam bastante sedutores, pois lançam luzes sobre uma faceta do Direito Criminal que pretende enobrecê-lo. Seu papel seria proteger a vida, a integridade pessoal, a liberdade, a propriedade, o meio ambiente, dentre tantos outros valores. Confia-se ao Direito Criminal, portanto, um papel central na defesa da sociedade. Não surpreende, com isso, sua ampla aceitação doutrinária. Eis o discurso que se consagrou como tradicional.

Discurso esse, aliás, que não possui nada de novo. Remotos são os reclames por um sistema punitivo eficaz, que seja capaz de proteger a sociedade daqueles comportamentos tidos como mais lesivos. Tal pretensão parece andar no encaixo de uma expectativa tão antiga quanto o ato de punir. Trata-se da expectativa segundo a qual o castigo pode desestimular o comportamento castigado. Em tempos mais recentes, essa expectativa se expressa pela ideologia da prevenção, a qual se sofisticou e serve como bandeira para o punitivismo contemporâneo.

Desde as suas bases teóricas até a atualidade o discurso da prevenção se sofisticou e se remodelou, o que se deu sempre mantendo o foco na legitimação do

⁹ Todos os discursos da pena como prevenção possuem um apelo utilitarista. Seja a prevenção geral positiva (pena como reafirmação do valor ofendido pela conduta criminosas), a prevenção geral negativa (intimidação coletiva pela ameaça da pena e pela sua aplicação diante da violação da norma), a prevenção especial positiva (pena como meio de ressocialização do indivíduo que cometeu o crime) ou a prevenção especial negativa (pena como meio de neutralização temporária do indivíduo que cometeu o crime), todos estes discursos atribuem uma função útil à pena. Em suma, a pena protegeria bens jurídicos ao prevenir a ocorrência de futuras condutas criminosas.

Direito Criminal pelo caráter utilitário da pena.

1.1.2. AS BASES TEÓRICAS DO DISCURSO TRADICIONAL

Reiterando o que já se afirmou, não é de hoje que as sereias cantam. A esperança de que o ato de punir possa prevenir determinados comportamentos possui uma data de nascimento que vai longe ao passado. Identificar com precisão de quando vem tal discurso é demasiado pretensioso. Entretanto, isso não impede de se buscar identificar os argumentos teóricos que o fundaram e que são pensados atualmente.

O que se pretende com isso não é um relato histórico e linear que normalmente serve de prelúdio aos manuais, cursos e tratados de Direito Criminal, mas identificar um processo de racionalização (ao menos discursiva) do ato de punir que fornece as bases teóricas do discurso tradicional. Importa perceber que em determinado momento histórico o poder de punir passou a ser exercido de forma peculiar, notadamente com a sua monopolização pela figura concebida como Estado. Ele representa uma organização social própria na qual o exercício do poder (inclusive o de punir) passa a ocorrer em moldes diferentes do que antes.

Não se pretende afirmar que o Estado passa a ser único ente a adotar práticas punitivas, mas em determinado período histórico ele passa a reclamar tal monopólio. Disso se pode afirmar que o Estado passa a protagonizar o exercício do poder de punir, embora haja outros atores (pretensamente coadjuvantes) nesse cenário. Não se pode ignorar que o ato punitivo, entendido como resposta negativa frente a determinados comportamentos, é exercido em diversos campos, desde a família (como o castigo dos filhos) até sanções sociais mais complexas (como a execração pública que rotineiramente a mídia promove em certos casos criminais). Ocorre que o Estado passa a centralizar esse poder, a reclamar o seu monopólio e rechaçar (ao menos juridicamente) o que se oponha a isso.

A esse respeito, equívoco frequente é pensar o ato de punir na antiguidade a partir dos moldes atuais. Quando se trata da pena contemporânea se tem um exercício punitivo protagonizado pelo Estado, mas nem sempre isso ocorreu. Basta

um breve olhar para outros momentos da história para se perceber que nem sempre foi o Estado quem concentrou o poder de punir. O exercício punitivo já teve como protagonistas o chefe do clã e a ordem religiosa. Veja-se, a exemplo, o poder do *pater familias* na Roma antiga e o poder da Inquisição da Idade Média.

Sem a pretensão de grandes digressões históricas, quer se ressaltar que a pena tal como é pensada na atualidade somente pode ser concebida a partir do Estado moderno. Com efeito, este representa a data de nascimento do exercício do poder punitivo contemporâneo.

A pena é uma consequência jurídica aplicável em face da prática de uma conduta definida em lei como crime. Quem pode estabelecer o que é crime e punir tais comportamentos é o Estado. Mais do que isso, tal atividade é privativa do ente estatal. Somente ele é quem pode produzir leis sobre o poder punitivo e aplicar essas leis. Esse *modus operandi* foi teorizado por Max WEBER como sendo a monopolização da violência legítima, característica essencial de um processo de racionalização do poder que funda o chamado Estado moderno.¹⁰

O clássico conceito de Estado de WEBER consiste na ideia de *soberania* exercida em nome de um *povo* em determinado *território*. A soberania pressupõe a possibilidade de coerção, do uso da força. Não há poder que possa se sobrepor ao poder do Estado, pois somente a ele cabe o recurso último: o emprego da violência. A concepção de soberania implica, em outros termos, na ideia de que o poder de punir pertenceria exclusivamente ao Estado.¹¹

E nesse contexto o exercício da soberania não se daria de qualquer forma, não ficaria ao sabor da vontade dos dirigentes ou dos que aplicam o poder de punir. Do contrário, o poder estaria regrado pelo ordenamento jurídico, pois o Estado também se submeteria às leis. E quem elabora as leis seria o povo por meio de seus

¹⁰ Em sua obra *Economia e Sociedade*, Max WEBER relaciona a formação do Estado moderno com o processo de racionalização do poder. A respeito, ver: ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*; MALISKA, Marcos Augusto. *Max Weber e o Estado racional moderno*. in: Revista Eletrônica do CEJUR, vol. 1, n. 1, ago./dez. 2006, p. 15-28; BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. p. 288-303.

¹¹ MALISKA, Marcos Augusto. *Ob. cit.* p. 19-21.

representantes.

O fator legitimador do exercício do poder consiste exatamente na ideia de que ele emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes. Esse componente democrático atribui ao poder a característica de ser exercido no interesse da sociedade, e por isso de forma legítima.

Percebe-se que tal forma de organização social, denominada de Estado moderno, possui peculiaridades que a diferenciam das formas anteriores. Trata-se de uma forma própria de exercício de poder que não fora experimentada antes, e que permite caracterizar em certa medida a organização social contemporânea.

Ordenando essas ideias é possível estabelecer o seguinte:

- a) Apenas o Estado, por meio do Poder Legislativo, pode atribuir abstratamente pena para determinadas condutas, que assim são definidas como crimes;
- b) Apenas o Estado, por meio do Poder Judiciário, pode aplicar concretamente penas para condutas que correspondam à definição legal de crime;
- c) Apenas o Estado, por meio do Poder Executivo, pode se encarregar da execução das penas aplicadas em face das condutas criminosas;
- d) Toda essa atuação estatal é desempenhada dentro dos ditames do ordenamento jurídico, o qual é estabelecido pelo povo por meio de seus representantes;
- e) Esse poder soberano é, portanto, legítimo porque exercido em nome do povo e no interesse da sociedade;
- f) Conclui-se que o Estado exerce o monopólio da violência de forma legítima.

Talvez seja possível encontrar algumas dessas características em algum momento anterior da história, mas tal arranjo, nos termos enunciados por WEBER, somente pode ser identificado no Estado moderno.

Mais do que uma concepção de Estado e do exercício do poder punitivo, o que WEBER demonstra é o processo de racionalização do exercício do poder. Antes

fundado na natureza, na tradição, na divindade ou em outra explicação mítica, o poder passa a ser fundado na razão. O sociólogo denomina esse processo de desencantamento do mundo: abandonam-se as explicações baseadas na crença para se dar lugar às explicações baseadas na razão.¹²

Uma característica desse momento histórico que se convencionou chamar de modernidade é justamente o papel central da razão. Não é por outra razão que DESCARTES enuncia tal ideia na máxima “penso, logo existo”.

O poder não fica de fora desse processo de racionalização do mundo, tampouco o poder de punir. É por tal razão que a pena passa a ser justificada por parâmetros racionais. Seja nas teorias retributivas (ou absolutas), ou nas teorias preventivas (ou relativas), encontram-se argumentos que buscam a racionalização da pena e com isso a justificação do exercício punitivo.

A elaboração de um discurso racional para a pena, com suas nuances teóricas, floresce exatamente com a consolidação do Estado moderno, neste dado momento histórico. É daí que remontam os discursos penais que se reproduzem até os dias atuais, e que apesar das variações mantém uma premissa: o caráter racional (e também legitimador) do exercício punitivo.

A formação dessas ideias costuma ser agrupada nas chamadas escolas penais. Elas representariam um grupo de teóricos que compartilhariam de determinados pressupostos, formando certa identidade. E dentre as escolas penais se destacam a clássica e a positiva, pois nelas os discursos da retribuição e da prevenção, que representam a essência da discussão sobre a pena, adquirem sua forma mais elaborada.

Ressaltando o surgimento desse esforço racional-legitimador, ALBRECHT¹³ afirma que:

O arcaico direito metafísico do soberano, dirigido à retribuição corporal, na época do pré-Iluminismo, destinava-se exclusivamente para garantia de dominação do soberano absoluto. Esta pretensão de dominação não correspondia a nenhuma elaborada teoria do

¹² ARGÜELLO, Katie. *Ob. cit.*

¹³ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. p. 95

controle, mas antes a uma submissão, teologicamente legitimada, ao domínio mundano e espiritual. (...) Somente o Direito Penal clássico, contemporâneo do iluminismo europeu, formulou um modelo jurídico de grandes pretensões, que – pelo menos como tipo ideal – orientava-se pelo princípio de uma legalidade dirigida pela razão (*Immanuel Kant*).

Sob a influência do movimento intelectual chamado de iluminismo, buscou-se no Direito Criminal e nas teorias da pena um fundamento racional.¹⁴ Não mais a simples autoridade, a divindade, a convenção e a tradição servem como justificação para o modo de pensar. E dentre as ideias centrais desse movimento está o ser humano como centro e medida de todas as coisas¹⁵: o humanismo.

A esse substrato teórico se deve acrescentar a significativa influência do contratualismo.¹⁶ Passou-se a pensar a organização social, e nela o Estado, como um pacto no qual os homens renunciam a uma parte de suas liberdades para que o controle exercido pelo Estado lhes permita o exercício da liberdade. Sem essa interferência o que se teria é um estado de natureza, estado hipotético no qual os conflitos constantes impediriam tal exercício de liberdade.

É claro que não se pode simplificar todo um modo de pensamento que o iluminismo e o contratualismo representam, mesmo porque há neles uma vasta produção teórica que não permite tal simplificação, mas algumas premissas podem ser identificadas. O que merece destaque para a tese ora desenvolvida é acusar o discurso racionalizador do poder punitivo que se constrói a partir dessas perspectivas teóricas. E o primeiro passo dessa racionalização foi a chamada escola clássica.¹⁷

A despeito da variedade teórica que a escola clássica comporta, alguns pressupostos teóricos costumam ser elencados¹⁸:

¹⁴ Nesse sentido: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. p. 32-34; ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 2-3; 95.

¹⁵ Da máxima proposta pelo filósofo grego Protágoras, cf. BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *Ob. cit.* p. 63.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 32-34.

¹⁷ Na realidade, a denominação “escola clássica” foi atribuída pelos juristas da escola positiva aos seus antecessores. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 50.

¹⁸ Assim relacionando os pressupostos da escola clássica: BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 55; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 52-52.

- a) O crime é uma realidade jurídica, consistente na violação dessa ordem;
- b) A responsabilidade penal está calcada na ideia de livre-arbítrio;
- c) A pena é uma forma de expiação da culpa, como mal justo (porque amparado no ordenamento jurídico) que se contrapõe ao mal injusto (porque não amparado no ordenamento jurídico) praticado com a conduta criminosa.

Dessa concepção acerca do Direito Criminal o que merece destaque para o raciocínio aqui desenvolvido é caráter retributivo da pena. Seja pelos argumentos de KANT (pena como imperativo categórico de justiça) ou de HEGEL (crime como negação do direito, pena como negação do crime e reafirmação do direito), a pena se justifica pela ideia de que se o sujeito escolhe praticar uma conduta criminosa deve receber a justa medida por ela: a pena.

É nítido nesse argumento o propósito de racionalizar e com isso justificar o ato de punir, mas ainda falta um ingrediente teórico que será reforçado pela escola positiva: o caráter utilitarista da pena.

É interessante notar que a ideia de prevenção já havia sido defendida por alguns autores relacionados como pertencentes à escola clássica, apesar de nela se identificar em regra o discurso retributivo. Dentre eles é possível mencionar BECCARIA, FILANGIERI, CARMIGNANI, FEUERBACH, ROMAGNOSI.¹⁹ Como exemplo, BECCARIA afirmou ser função da pena evitar novos crimes e com isso manter o pacto (ou contrato) social.

A esse respeito, ALBRECHT e BARATTA asseveram que já se encontrava na obra de BECCARIA um apelo de defesa social (prevenção) por meio da pena. A sanção penal é pensada em termos de finalidade, pois a intimidação provocada pela pena (de prisão), agindo na vontade livre dos indivíduos, evitaria crimes futuros.²⁰

É notável tal pretensão preventiva na defesa que BECCARIA²¹ faz da pena de prisão em oposição à pena de morte:

¹⁹ BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 32-33; BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 48.

²⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 15; BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 32-34.

²¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* p. 33.

O espetáculo atroz, mas momentâneo, da morte de um celerado é para o crime um freio menos poderoso do que o longo e contínuo exemplo de um homem privado de sua liberdade, tornado até certo ponto uma besta de carga e que repara trabalhos com penosos o dano que causou à sociedade. Essa volta frequente do espectador a si mesmo: “Se eu cometesse um crime, estaria reduzido toda a minha vida a essa miserável condição”, - essa ideia terrível assombraria mais fortemente os espíritos do que o medo da morte, que se vê apenas um instante numa obscura distância que lhe enfraquece o horror.

Com propriedade ALBRECHT²² destaca:

O Direito Penal orientado pelo fim fundado por BECCARIA encontra sua justificação, na verdade, não primariamente na liberdade do cidadão ou em ideais de liberdade e de humanidade. Ao contrário, é ao Estado forte que BECCARIA oferece um instrumento muito mais eficiente para combate ao desvio do que podia dispor o sistema de Direito Penal absolutista.

Entretanto, mesmo que seja possível identificar o discurso da prevenção penal na escola clássica, é na escola positiva que ele se consolida. As bases teóricas da retribuição como função da pena não dão conta do reclame de combate à criminalidade que se tem naquele momento histórico. É então que o discurso do Direito Criminal como meio de defesa social vem se consolidar. Essa mudança de foco, da ideia de punir porque é pecado (*punitur quia peccatum est*) para a ideia de punir para evitar o pecado (*punitur ne peccetur*), atribui ao ato de punir um caráter utilitarista. A pena, antes legitimada pela razão, passa a ser legitimada também pelo seu apelo utilitário.

Os estudos do crime e do sujeito criminoso não mais se dão em bases abstratas, mas em bases empíricas de seus aspectos fenomênicos. O pensamento positivista das ciências naturais passa a servir também como paradigma teórico para as ciências jurídicas, incluído, claro, o Direito Criminal. Crime e criminoso são realidades naturais a serem examinadas empiricamente.²³

A escola positiva tem como seus expoentes LOMBROSO, GAROFALO e FERRI. A partir destes autores, passa-se ao exame do fenômeno criminal com os

²² ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 15

²³ BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 38; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 55-56; BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 61-62.

seguintes pressupostos²⁴:

- a) Crime e criminoso são fenômenos naturais e sociais, a serem examinados pelo método experimental para explicação de suas causas;
- b) A responsabilidade penal é responsabilidade social (pois decorre do fato de se viver em sociedade) e se fundamenta na periculosidade do sujeito;
- c) A pena é uma medida de defesa social, seja pela recuperação ou segregação de quem cometeu o crime;
- d) Considera-se o criminoso como um anormal passível de classificações (ocasionais, habituais, natos, passionais e enfermos mentais) e correção.

Dessas concepções, a que se ressalta é a ideia de pena como meio de defesa social. Além do seu caráter racional, o seu caráter útil como prevenção passa a ser ressaltado. Da identificação empírica das causas da criminalidade se busca o ajustamento da pena como medida (de caráter útil) de combate à criminalidade. Tais premissas vão fundamentar as diversas teorias preventivas da pena (geral e especial, positiva e negativa), as quais serão examinadas com mais rigor na sequência.

O que importa perceber é que da escola positiva vem a ideia mais precisa de pena útil, do papel preventivo que o Direito Criminal em tese exerceria. Trata-se de uma expectativa sobre a pena que já estava na gênese do discurso racional do poder punitivo (escola clássica), mas que se expressa e ganha contornos mais claros num segundo momento (escola positiva). O que se pode concluir é que o discurso utilitário da pena, de defesa social por meio do Direito Criminal, já se encontrava com bases teóricas bastante sólidas na escola clássica, mas se consagrou na escola positiva.²⁵

Nesse contexto se soma ainda mais um argumento racionalizador e legitimador poderoso: a teoria do bem jurídico.

²⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 57-58; BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 67-68.

Além de se racionalizar o meio de proteção (pena), num momento mais recente a teoria jurídica também racionalizou o objeto de proteção (bens jurídicos). Passa-se a determinar como objeto de proteção do Direito Criminal os valores fundamentais para a sociedade. Ou seja, não se trata de punir quaisquer condutas, mas de prevenir aquelas que atinjam os valores considerados fundamentais. Daí se desenvolve toda uma teoria do bem jurídico, de BIRNBAUM até ROXIN e JAKOBS.

É oportuno destacar que por vezes o discurso por trás da teoria do bem jurídico pretende delimitar o âmbito de atuação do Direito Criminal. Trata-se de afirmar que o Direito Criminal somente deve intervir naquilo que for mais relevante, e não na generalidade dos comportamentos dos indivíduos. Porém, ao mesmo tempo este discurso legitima o poder punitivo, pois lhe atribui uma atuação essencial, de proteção daquilo considerado fundamental para a sociedade. Em suma, se o que a pena protege são valores fundamentais, o seu caráter útil fica ainda mais acentuado.

Daí se incluir a teoria do bem jurídico como parte do discurso tradicional, que mesmo se pretendendo limitadora do poder de punir acaba também por servir de argumento para legitimar tal poder.

1.1.3. O ÁPICE DO DISCURSO TRADICIONAL: PREVENÇÃO, RISCO E EXPANSIONISMO PUNITIVO

Do que se delineou até aqui é possível afirmar que o discurso tradicional atribui ao Direito Criminal um papel de proteção da sociedade, assegurando valores que são vitais para a vida individual e em coletividade. Somado a isso, acusa-se que vivemos em uma sociedade de risco. Ao menos é o que se afirma com insistente frequência. Considerando o papel do Estado como sendo uma atuação promocional, é a ele que incumbiria enfrentar tal problema. Daí o constante reclame por uma eficaz resposta estatal (que reiteradamente é penal e meramente simbólica) para nos salvar dos perigos da vida.²⁶

²⁵ Ver, a esse respeito, BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 41-48.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 70-75.

Em um cenário desses, o discurso tradicional do Direito Criminal aparece como promessa de salvação, o que é um argumento legitimador mais que suficiente para um expansionismo penal que permanece sempre em marcha. Acerca dessa expansão, não há como ignorar que a amplitude de incidência do Direito Criminal aumentou em proporções geométricas e continua a crescer. Diversos setores da vida humana que antes não estavam sob o foco do poder punitivo hoje são objeto de normas penais. A legislação penal se multiplicou a ponto de ser mais fácil identificar o que não está contido nela do que o seu conteúdo.

Verifica-se um constante processo de criminalização primária²⁷, entendida aqui como o processo de seleção (escolha valorativa) de uma conduta para compor o que BELING²⁸ chamou originalmente de *catálogo de tipos delitivos*. Tal ideia originalmente preconizava um recorte específico e restrito da realidade social para compor o quadro de condutas penalmente relevantes, um recorte fragmentário de tipos penais. Hoje, esse quadro seria um imenso painel.

É possível descrever o processo de acirramento da expansão punitiva em dois momentos distintos: o do Estado social intervencionista e o do seu posterior desmantelamento (neoliberalismo) aliado à ascensão da política criminal dos riscos. Os dois contextos contribuíram para tal processo.

A justificação do poder punitivo como mecanismo de defesa social é característica do período pós-guerra sob a égide de uma proposta de Estado social. Nessa perspectiva, cabe ao Estado uma ampla atuação na sociedade que promova uma melhora qualitativa na vida dos cidadãos. E isso inclui a repressão à criminalidade nos moldes da escola positiva, atribuindo à pena um caráter de defesa social.

Projeta-se aí um Estado onipresente. E dessa atuação estatal promocional

²⁷ Trata-se de perspectiva utilizada na criminologia crítica, que desloca o foco para os processos sociais de criminalização, tratando o fenômeno criminal como realidade construída juridicamente. O crime existe como tal porque é uma criação jurídica. Determinada conduta é crime porque o ordenamento jurídico assim a considerou. Tal ideia faz oposição à perspectiva tradicional ou etiológica da criminologia, que se ocupa das causas dos comportamentos criminosos e que parte da noção do fenômeno criminal como uma realidade dada, pré-existente.

²⁸ BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. p. 36-41.

resultou um Direito Criminal correspondente, de pretensões de controle social para evitar a criminalidade. É nesse momento que a pena como meio de prevenção criminal se transforma em um efetivo programa de ação estatal que busca o controle da criminalidade.²⁹

Esse programa de controle social não implicou em expansão desmedida do poder punitivo, mas serviu para a constituição de um aparato estatal pretensamente apto a realizar tal programa. Em outras palavras, construiu-se um amplo aparato para o poder punitivo. Num segundo momento, com o posterior desmantelamento do Estado social, enfraqueceram-se os propósitos originais, notadamente o de ressocialização, mas o uso do aparato punitivo serviu bem a outros objetivos, de simples segregação, e correspondente expansão da população carcerária do Estado neoliberal.

O clássico Direito Criminal de intervenção mínima do Estado liberal dá lugar a um Direito Criminal intervencionista que pretende oferecer segurança social em correspondência ao Estado social. A mudança de amplitude da intervenção estatal na sociedade importa também em uma mudança de intervenção no plano do poder punitivo.³⁰

Em outros termos, é possível afirmar que a pena como meio de prevenção criminal consubstancia o intervencionismo estatal no âmbito do Direito Criminal. Entretanto, a pretensão de amplo controle social por meio da prevenção criminal não se mantém nesses moldes por muito tempo.

Não demora a ser reconhecida a falibilidade do programa preventivo do Estado social, e isso conduz o exercício do poder punitivo para outros objetivos.³¹ De fato, é perceptível que o âmbito de incidência real do Direito Criminal é extremamente inferior aos crimes efetivamente ocorridos e que tal incidência não corresponde ao programa legislativo (simbólico). Disso se chegou à definição de

²⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 3; 95-96.

³⁰ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. p. 84-87.

³¹ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 96-97.

cifra oculta do Direito Criminal, descrita por Salo de CARVALHO³² como:

A cifra oculta da criminalidade corresponderia, pois, à lacuna existente entre a totalidade dos eventos criminalizados ocorridos em determinado tempo e local (criminalidade real) e as condutas que efetivamente são tratadas como delito pelos aparelhos de persecução penal (criminalidade registrada). (...) Como variável obtém-se o diagnóstico da baixa capacidade de o sistema penal oferecer resposta adequada aos conflitos que pretende solucionar, visto que sua atuação é subsidiária, localizada e, não esporadicamente, filtrada de forma arbitrária e seletiva pelas agências policiais (repressivas, preventivas ou investigativas).

Ao lado dessa visível ineficácia da prevenção por meio de pena como forma de promoção de segurança, tem-se o processo de retrocesso da intervenção estatal, tida como a crise do Estado social. Com isso o programa de controle social intervencionista por meio da prevenção deixa de ser a ambição do poder punitivo. E se o Estado já não intervém como antes, e mesmo antes a intervenção estatal não dava conta de promover segurança social, o discurso de prevenção necessita de um câmbio.

Nesse contexto o foco do Direito Criminal vai de uma pretensão de segurança social real para a noção de segurança como ideal, como valor simbólico. Interessa mais a ideia de segurança em si mesma do que o objeto a ser assegurado. Ao Estado cabe a promoção da segurança a fim de controlar riscos. E assim, do controle social se vai ao Direito Criminal simbólico do risco.

Em acréscimo a tal quadro, a eleição dos riscos como questão central é um elemento que vem acirrar o processo de expansão do Direito Criminal. A ele caberia proteger a sociedade contemporânea dos novos (e mais graves) riscos que se apresentam: riscos econômicos, ambientais, nucleares, e outros. Isso passa a justificar uma intervenção estatal cada vez mais aguda e violadora de garantias individuais.³³

Daí o exercício punitivo se manifestar mais no plano simbólico do que real.

³² CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p. 81. Cifra oculta é a descrição do déficit entre criminalidade real e criminalidade oficial acusado por THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?*

³³ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 3-5.

Basta a ideia de segurança controladora de riscos como produto ofertado pelo Estado por meio do Direito Criminal.

Algumas observações críticas acerca dessa expansão punitiva merecem ser feitas desde logo, seja sobre o aspecto legislativo, seja sobre a incidência concreta do poder punitivo.

De pronto é necessário destacar que a criminalização primária se apresenta como igualitária, mas não é. Em realidade é um processo seletivo e orientado por interesses de classe. A escolha das condutas a serem tratadas como crime é orientada preponderantemente pelos valores e interesses das classes dominantes da sociedade. A criminalização primária é ditada por quem detém o poder, isso é claro. Seja pela escolha do que se criminaliza ou pelo que não se criminaliza, a legislação penal é seletiva.³⁴ A título de ilustração, veja-se que a exploração draconiana do trabalho assalariado ou a especulação financeira são mais expressivas e lesivas econômica e socialmente do que todos os demais crimes patrimoniais, mas não são condutas criminalizadas. Parece claro que tais condutas não são criminalizadas porque isso não é do interesse dos detentores do capital e do poder que ele representa.

Entretanto, essa seletividade não é explícita, e fica ainda mais obscurecida pela expansão da legislação penal. Isso porque se chega a criminalizar algumas condutas praticadas essencialmente pelas classes dominantes. Com isso se apresenta uma aspiração aparentemente igualitária e ampla de incidência do Direito Criminal. Em síntese, ao menos a aparência de igualdade a expansão punitiva traz, pois em certa medida as condutas de todos são objeto do Direito Criminal.

Ocorre que o projeto faraônico expresso no programa de criminalização primária é impraticável e necessariamente executado de forma seletiva. Mesmo porque se a legislação penal fosse aplicada a risca a sociedade entraria em colapso. A esse respeito, ZAFFARONI, BATISTA e outros³⁵ salientam a impossibilidade de realização plena da legislação penal:

³⁴ Acusando a seletividade do direito penal abstrato pelos seus conteúdos e pelos “não-conteúdos”: BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 176.

³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo e outros. *Direito Penal brasileiro*. p. 43-44.

A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo aa cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a um cifra oculta.

É perceptível que essa amplitude do Direito Criminal se expressa mais no âmbito simbólico do que real, pois ela não corresponde à efetiva aplicação das normas incriminadoras. Há um número expressivo de tipos penais que pouco ou quase nada são aplicados em termos de imposição de pena. Basta um passar de olhos sobre o perfil de crimes pelos quais está presa a maior parte da população carcerária brasileira para se constatar isso. Dos mais de 500.000 (quinhentos mil) presos no Brasil, mais de 430.000 (quatrocentos e trinta mil) estão na prisão por crimes contra o patrimônio (furto e roubo, principalmente), contra a pessoa, contra a dignidade sexual e de tráfico der drogas, segundo dados do Ministério da Justiça, datados de 2011. Já os tipos penais alcunhados de crimes do colarinho branco, a despeito de representarem uma parcela expressiva da legislação, importam em uma parcela inexpressiva deste contingente carcerário.³⁶

Oportunamente, ressalte-se que esse caráter simbólico diz respeito à falácia do programa da nova criminalização, daqueles que são chamados de crimes do colarinho branco. Em relação a essa criminalidade, o Direito Criminal apresenta uma resposta meramente simbólica e que não ambiciona efetivação. Entretanto, em relação aos crimes “comuns”, em especial no que tange às drogas e aos delitos patrimoniais, a atuação punitiva não possui nada de simbólico.

E as consequências dessa dita insegurança generalizada não cessam nesse ponto. Corriqueiramente ouvimos argumentos em prol de um Direito Criminal mais eficiente, que seja mais flexível em suas garantias e rigoroso em suas respostas para dar conta dos riscos da atualidade. O discurso da segurança pública é o estandarte desse recrudescimento da tutela penal. Punir mais e punir melhor são os lemas. Quanto mais “criminosos” puderem ser aprisionados, e com isso supostamente controlados, mais eficaz parece ser o Direito Criminal. Tal

³⁶ Disponível em <http://portal.mj.gov.br>

recrudescimento desemboca numa crescente criminalização em nível secundário: cada vez mais indivíduos passam a compor a chamada clientela do Direito Criminal. Ou, em outras palavras, aumenta o já enorme contingente de encarcerados e indivíduos submetidos ao sistema de justiça criminal.

A respeito desse expressivo crescimento da população carcerária, veja-se que no Brasil ela mais que duplicou entre os anos de 2000 a 2011 (de 232.755 para 513.802 presos), segundo dados do Ministério da Justiça.³⁷ Comparando-se tal dado com o crescimento populacional do período, percebe-se a gritante desproporção. É perceptível, portanto, o recrudescimento da atuação punitiva no Brasil na última década. Tal constatação permite afirmar que uma política criminal mais punitivista não se restringe aos discursos políticos ou acadêmicos. Ela se desdobra em consequências bastante concretas e que atingem pessoas reais, de carne e osso.

Feitas essas observações, deve-se acusar que a própria ideia de uma sociedade de risco deve ser posta em questão. Não vivemos necessariamente mais e piores riscos. O que se pode afirmar é que os riscos são apenas diferentes, e que acabam sendo valorados como mais perigosos e manipulados para fins que escapam à pretensa proteção da sociedade. Não é razoável, porém, que uma valoração feita a respeito destes riscos seja tomada como uma realidade inquestionável.

Em suma, o campo de atuação (preponderantemente simbólica) do Direito Criminal do ponto de vista legislativo é cada vez mais amplo e também é crescente o contingente de indivíduos submetidos ao sistema de justiça criminal.

A despeito desse panorama, pode-se desde logo acusar que o discurso tradicional da prevenção de crimes por meio da pena é passível de críticas severas e contundentes, as quais serão apresentadas adiante. Uma percepção, porém, salta aos olhos. Quando se confronta o discurso tradicional (expectativa) com o uso concreto da pena (realidade), percebe-se que ela não desempenha a contento as funções que lhe são tradicionalmente atribuídas. Com efeito, é notável o fracasso que a pena representa em termos de repressão à criminalidade. Basta notar que a

³⁷ Disponível em <http://portal.mj.gov.br>

sociedade convive com o ato de punir desde tempos imemoriais sem que, com isso, tenha havido algum impacto significativo de redução das condutas tidas como criminosas. Estas realidades historicamente coexistiram.

Do contexto delineado até aqui importa destacar que o discurso tradicional está em sintonia com a expansão punitiva, pois lhe serve de fundamento. Dado o caráter utilitarista atribuído à pena e conseqüentemente ao Direito Criminal, o seu uso se mostra como algo proveitoso para a sociedade.

Nesse ponto, é interessante notar que mesmo vários defensores de um Direito Criminal que se pretende mínimo se valem do discurso tradicional. Com isso acabam reproduzindo justamente a premissa necessária para um Direito Criminal que prime pelo punitivismo. Sustenta-se, portanto a mesma premissa de um Direito Criminal máximo. A pretensão de um Direito Criminal mínimo logicamente não conduz a um Direito Criminal máximo, mas se mantida a prevenção como premissa isso mantém na cultura jurídica os mesmos fundamentos teóricos que sustentam a expansão punitiva. Eis o canto das sereias, que se funda em argumentos teóricos que de longa data são discutidos e rediscutidos.

Constatadas as premissas teóricas dos discursos preventivos da pena, cabe o exame de cada um desses discursos. A fim de sistematizar essa análise, classificaram-se as teorias preventivas em clássicas (discursos que na atualidade possuem menor aceitação teórica) e contemporâneas (discursos que na atualidade possuem maior aceitação teórica).

Sobre as teorias preventivas contemporâneas ainda serão examinadas a seguir duas questões correlatas e que lhes servem de base: uma democracia penal de opinião e uma postura de Direito Criminal do inimigo.

Embora seja de certa arbitrariedade tal classificação, ela se justifica a fim de precisar quais são os discursos sobre as funções da pena que atualmente são mais bem aceitos como fundamento para o discurso tradicional de proteção de bens jurídicos pelo Direito Criminal. Interessa separar os discursos contemporâneos daqueles que são pouco aceitos na atualidade. É necessário apontar quais são os discursos atuais que precisam ser desacreditados por servirem de base para a reprodução da violência promovida e acentuada pelo sistema punitivo.

Por razões metodológicas, uma advertência se faz necessária. Embora adiante se trate das críticas às teorias retributivas da pena, o que em princípio recomendaria um detalhamento das mesmas, deve-se observar que o foco do argumento construído aqui é a prevenção (ou sua inviabilidade). Daí se verticalizar o exame especificamente nessas teorias e não na retribuição. As críticas foram apresentadas para que mostre a inviabilidade também da retribuição como critério legitimador do Direito Criminal.

Aliás, é oportuno notar que a ideia de retribuição se aproxima de uma constatação que se apresentará adiante e que se mostra mais honesta. A pena é exercício de poder, e não se legitima por seu caráter útil ou pela retribuição. Dizer que a pena é retribuição não a legitima, pois a retribuição carece de legitimação. Constatá-la como fenômeno difere de lhe dar aval.

1.1.4. A NOVA FACE DO DISCURSO TRADICIONAL: DEMOCRACIA PENAL DE OPINIÃO E DIREITO CRIMINAL DO INIMIGO

Como antes destacado, o discurso tradicional da prevenção penal foi acompanhado de uma grande expansão punitiva (notadamente carcerária). Dada a complexidade desse fenômeno, tal expansão não pode ser explicada por um único fator. Há por óbvio um variado conjunto de aspectos que contribuiriam para esse quadro. No entanto, dois modelos explicativos se destacam nesse panorama: uma democracia penal de opinião (que demanda por segurança) e o Direito Criminal do inimigo.

Enquanto as bases teóricas do discurso preventivo aqui chamado de clássico remontam aos postulados da escola positiva, as bases teóricas dos discursos preventivos contemporâneos são outras. Embora já se tenha abordado o papel do risco nesse panorama, é na solução proposta para os riscos que se foca o presente tópico: a demanda por segurança a um custo de neutralização seletiva daqueles que representariam riscos.

Acerca da democracia penal de opinião, pode se observar que ela representa um câmbio político que acompanha a crise do Estado social. De uma

política inclusiva, que pretende a redução das desigualdades sociais, que pretende reduzir os déficits sociais, a crise conduz a uma pretensão de segurança contra a criminalidade e contra os “criminosos”. Com isso se pretende o controle dos riscos criminais. Nesse sentido, PAVARINI³⁸ assevera que:

A “velha” ordem normativo-penal própria do Estado Social de Direito foi construída sobre uma *mission* inclusiva, ainda permeada pela cultura positivista favorável a ações públicas de benfeitorias sociais, isto é, sob o compromisso de remover ou de outro modo reduzir os déficits produzidos pelo mercado. (...)

A tópica da segurança, ao contrário, se põe como uma ocasião – certamente, não a única – para propor uma ordem normativa pós-welfare, na radical inversão funcional dos postulados do Estado Social de Direito: da atenção ao criminoso se passa para a atenção à vítima; da exclusiva resposta pública à questão criminal se busca um espaço para uma resposta privada (...), da centralidade da categoria do déficit (...) se passa àquela do risco, isto é, do cálculo do perigo; do interesse no confronto das causas passa-se a uma preocupação no confronto das consequências; de uma prevenção social se transita, assim, para uma prevenção situacional e atuarial.

Ou seja, do enfrentamento das causas criminais se passa para uma política penal de eliminação das consequências da criminalidade (os riscos), mesmo que isso represente a neutralização massiva daqueles que representam os riscos. A demanda política por segurança impulsiona esse processo, e nisso há convergência entre o senso comum da opinião pública e a atuação política. Uma atuação estatal de eliminação dos riscos (neutralizando os que encarnam a representação desses riscos) constitui moeda de troca política perante o reclame popular por segurança. Para atender a essa demanda política por segurança se ofertam programas punitivos que satisfaçam esse anseio. E nisso se privilegia um programa de neutralização de inimigos que visa a eliminação do problema, não a sua resolução. Em outros termos, ao invés de incluir socialmente os autores de condutas desviantes se busca a sua eliminação como inimigos a serem combatidos.³⁹

O grande problema dessa democracia penal de opinião é o custo humano que ela representa. Em nome de uma segurança simbólica e situacional se admite

³⁸ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. p. 44.

³⁹ Idem. p. 43-48.

uma postura político-criminal de guerra contra o inimigo, que em última instância apenas acirra e reproduz as desigualdades sociais. A perspectiva do Direito Criminal do inimigo é justamente essa: dada a impossibilidade de se enfrentar as causas da criminalidade se busca a eliminação das consequências. E isso importa na segregação daqueles considerados como inimigos.

JAKOBS enuncia o Direito Criminal do inimigo como prescrição da neutralização (seletiva) daqueles que por seu comportamento desviante não oferecem uma segurança cognitiva de comportamentos futuros adequados à norma. Se do sujeito não é possível esperar o comportamento adequado e nem se pode combater as causas do comportamento inadequado lhe é negado o status de cidadão, o que acontece em nome da segurança dos demais. Objetiva-se a eliminação de um perigo, que no caso é o inimigo *in persona*. Para o cidadão haveria um Direito Criminal de garantias, e para o inimigo um Direito Criminal de eliminação.⁴⁰

Mesmo que o modelo explicativo de JAKOBS seja digno de respaldo porque descreve uma realidade do poder punitivo com ele não se pode concordar. Ao se defender a exclusão dos indesejáveis, seja com qual argumento for, se está legitimando discursivamente uma realidade social que já é excludente por si mesma. O sistema penal promove exclusão, isso é verdade. E também é verdade que esses excluídos são os socialmente desfavorecidos. Nesse contexto, uma coisa é denunciar o caráter seletivo e desigual do sistema punitivo, mas outra bem distinta é buscar justificar essa flagrante desigualdade numa teoria político-criminal de guerra social.

O que se pode acusar no pensamento punitivo bélico preconizado por JAKOBS é que ao invés de descrever uma realidade punitiva desigual há uma prescrição que reproduz essa desigualdade.

Se contra as teorias preventivas clássicas a crítica consiste em acusar o seu distanciamento da realidade, perante as bases que fundam as teorias preventivas contemporâneas o argumento é outro. Os discursos que buscam

⁴⁰ Tal esquema está claramente enunciado em: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. p. 63-64.

legitimar um Direito Criminal simbólico e de neutralização seletiva do inimigo devem ser acusados pelo seu cinismo, pois acabam por justificar a seletividade denunciada pelo pensamento crítico.

Nesse ponto é possível distinguir nitidamente as posturas críticas das posturas preventivas contemporâneas: enquanto estas justificam a seletividade do sistema punitivo aquelas denunciam tal realidade. O que há em comum é ter por objeto o exame da atuação seletiva do sistema punitivo, mas a posição tomada frente a esse panorama é bastante diversa para essas correntes de pensamento que se antagonizam.

Diante disso, o pensamento crítico se vê perante uma nova face dos discursos preventivos, embora contra eles possam ser atribuídas as mesmas denúncias de seletividade do sistema punitivo, a qual serve apenas para a reprodução e acirramento das desigualdades sociais.

1.2. TEORIAS PREVENTIVAS CLÁSSICAS

1.2.1. PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA – INTIMIDAÇÃO COLETIVA POR MEIO DA PENA

A prevenção geral negativa é um discurso punitivo que já se apresentava na escola clássica e que se consolida na escola positiva do Direito Criminal (a esse respeito, veja-se a função da pena em BECCARIA, conforme 1.1.2 supra). Trata-se de um discurso punitivo que se desenvolve entre essas escolas penais, tendo seu apogeu no segundo momento.

De acordo com tal discurso, a pena, por excelência a prisão, teria um papel de intimidação coletiva. O exercício do poder punitivo frente a determinados comportamentos faria com que os demais indivíduos se sentissem coagidos a não praticá-los, representando, com isso, uma forma de defesa social.

Assim, a cominação e a aplicação da pena em face das condutas definidas como crime seriam formas de intimidação para a sociedade, desestimulando tais condutas. Essa ideia é representada na teoria da coação psicológica, de FEUERBACH, segundo a qual o Estado poderia inibir futuros comportamentos criminosos por meio da ameaça da pena (coação coletiva), consistente na sua previsão e consequente imposição.

Nesse sentido Cezar Roberto BITENCOURT⁴¹ descreve a prevenção geral negativa:

A teoria definida por FEUERBACH sustenta que é através do Direito penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada. A elaboração do iniciador da moderna ciência do Direito Penal significou, em seu tempo, a mais inteligente fundamentação do direito punitivo. Na concepção de FEUERBACH, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma “coação psicológica” com a qual se pretende evitar o

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.* p. 90.

fenômeno delitivo.

Da intimidação vem seu caráter negativo, e por se dar em face da sociedade como um todo vem seu caráter geral. É, portanto, chamada de prevenção geral negativa.

De plano, uma importante correção teórica deve ser feita acerca da prevenção geral negativa. Usualmente ela é apresentada como função da pena na escola positiva, mas sua base teórica se adequa ao modo de pensar da escola clássica. Isso porque o critério que busca fundamentar a pena a partir da intimidação coletiva é de caráter mais filosófico (escola clássica) do que científico (escola positiva).

Enquanto a escola positiva do Direito Criminal se apresenta sob o argumento do exame científico das causas da criminalidade, do criminoso e do enfrentamento da criminalidade, a hipótese da intimidação coletiva por meio da pena é ausente de qualquer constatação empírica que a corrobore. Se tomarmos como premissa que uma hipótese depende de alguma demonstração empírica para ser cientificamente aceita, a prevenção geral negativa não é válida do ponto de vista científico. Portanto, pode ser considerada como um discurso anômalo em relação ao momento teórico em que se apresenta (escola positiva).

Algumas razões explicam a ampla utilização da teoria da prevenção geral negativa, seja outrora ou mesmo na atualidade. A despeito de não se confirmar com algum empirismo, a intimidação pela punição representa uma premissa aceita de forma generalizada.

A expectativa de que o castigo desestimule certos comportamentos não se restringe ao poder punitivo estatal. Na realidade, há um arraigado senso comum em torno da ideia de castigo num sentido pedagógico, de que seu temor possa desestimular os comportamentos castigados. É compreensível, então, que a expectativa de intimidação coletiva pela pena tenha ecoado com tanta facilidade mesmo nos discursos teóricos.

A despeito dessa difusão, porém, a doutrina contemporânea de vanguarda não lhe confere mais uma posição de relevância teórica. Ao que parece, a teoria jurídico-penal assimilou as críticas opostas à prevenção geral negativa (expostas em

2.1.2.), substituindo tal discurso por outras teorias da pena (notadamente a prevenção geral positiva e a prevenção geral negativa).

1.2.2. PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA – RESSOCIALIZAÇÃO POR MEIO DA PENA

Conforme menção anterior, os estudos da criminologia tradicional (etiológica) tomam o autor de um crime por alguém fora dos padrões da normalidade social e passível de correção. Identificadas empiricamente as causas da criminalidade se busca o ajustamento da pena como medida de correção. E tal correção se daria no sujeito.

Na célebre exposição de LISZT, a pena não se direcionaria a todos os súditos, mas a uma minoria que demonstrasse um comportamento de índole criminoso. Portanto, não se trataria de punir o furto, o estupro, o homicídio ou o falso testemunho, mas de aplicar o que merece este determinado ladrão, estuprador, assassino ou testemunha falsa.⁴²

ALBRECHT⁴³ assevera que:

A prevenção especial positiva concentra-se na ressocialização do autor. Na base, existe um modelo de tratamento, que deve compensar e mudar os defeitos pessoais atribuídos e as extensas falhas de socialização, na intervenção especial preventiva da pena criminal (...). A prevenção especial reencontra-se, no objetivo da execução do tratamento, mesmo como único objetivo da execução.

Percebe-se nesse discurso um caráter nitidamente correcional, de acertamento do sujeito aos padrões socialmente adequados. Emendar o sujeito que cometeu o crime seria o propósito essencial da pena. E tal processo correcional se arquitetou para ser realizado por meio das *instituições totais*.⁴⁴

A aplicação da pena de prisão serviria como meio de normalizar o sujeito

⁴² LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*.

⁴³ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 67.

⁴⁴ Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*.

desviante (criminoso) dentro dos padrões sociais. Tal pretensão pode ser compreendida no processo de institucional de ortopedia moral descrito por FOUCAULT.

É possível também comparar o modelo prisional como instrumento de ressocialização com a relação econômica estabelecida entre o cárcere e a fábrica. A prisão utiliza o modelo da fábrica para incutir no preso os parâmetros de comportamento do operário, em verdadeira relação complementar.⁴⁵

A histórica e flagrante falência das prisões na missão ressocializadora impôs grande descrédito aos argumentos de prevenção especial positiva, motivo pelo qual o pensamento jurídico contemporâneo não lhe atribui grande crédito. Embora ainda se tenha por objeto o postulado de reinserção social, a teoria jurídica o encara de forma diversa. O pensamento punitivista usa o descrédito da prevenção especial positiva para defender a neutralização pura e simples, enquanto os discursos humanistas defendem programas de ressocialização como política de redução de danos. A prevenção especial positiva ainda é de interesse, mas sob uma temática diferente da original.

⁴⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*.

1.3. TEORIAS PREVENTIVAS CONTEMPORÂNEAS

1.3.1. PREVENÇÃO GERAL POSITIVA – REAFIRMAÇÃO DE BENS JURÍDICOS POR MEIO DA PENA

As teorias preventivas clássicas padecem de algum descrédito na doutrina contemporânea. Apesar de serem discursos que ainda ecoem, em especial propagados pela doutrina mais tradicional, é insustentável de um ponto de vista minimamente empírico afirmar que a pena possui um caráter significativo de intimidação coletiva ou que é capaz de ressocializar alguém. Qualquer argumento que pretenda defender tais propósitos acaba sendo construído a partir de um Direito Criminal hipotético. Nessa linha se costuma afirmar que se fosse isso então a pena intimidaria, se fosse aquilo a prisão seria capaz de recuperar alguém. Ou seja, não são discursos que servem para um Direito Criminal real e concreto.

O discurso da prevenção foi revigorado pelas ideias de prevenção geral positiva e prevenção especial negativa. Acerca daquela, pode-se dizer que consiste basicamente na ideia de que a aplicação da pena para os comportamentos lesivos a bens jurídicos reafirmaria o valor ofendido com a conduta criminosa (o ato de punir é um ritual simbólico de reafirmação de valores).

Tem-se afirmado que o Direito Criminal, por meio da pena, serviria como uma forma de reforçar determinados valores, objeto de proteção das normas penais. Ao se aplicar a pena diante de um homicídio, por exemplo, reforça-se o respeito ao bem jurídico vida. Ou seja, aplicação da pena implica numa certa coesão social em torno de determinados valores. Muito embora haja diferentes concepções de prevenção geral positiva, há um traço em comum nelas, consistente no papel simbólico da pena (e do Direito Criminal) criando coesão em torno de determinados valores.

Ainda nesse sentido, nota-se uma carga simbólica na legislação penal que atribui valor aos bens jurídicos. Dizer que uma conduta ofensiva a um bem jurídico é crime seria uma forma de lhe atribuir uma importância peculiar. A afirmação de que algo é crime traz consigo um tom de gravidade carregado de um forte significado de advertência.

Nessa perspectiva, há a perspectiva de prevenção geral positiva que tem por objeto bens jurídicos considerados como valores constitucionais (vida, integridade pessoal, liberdade, propriedade, etc.), defendida por ROXIN.⁴⁶

Há, ainda, a concepção de prevenção geral positiva que tem como objeto a estabilização das expectativas normativas da sociedade, defendida por JAKOBS, a partir do funcionalismo. Nesse pensamento o efeito simbólico da pena seria resgatar a confiança na norma, pois o ato punitivo reafirmaria o seu valor.⁴⁷

Um aporte teórico que permite explicar a prevenção geral positiva de bens jurídicos constitucionais pode ser encontrado em DURKHEIM⁴⁸ (embora fosse um retributivista), quando trata das formas de solidariedade que dão coesão ao corpo social. Com efeito, sua reflexão acerca do chamado direito repressivo tem como substrato algo que podemos identificar como o aspecto simbólico do Direito Criminal e que serve à ideia de prevenção geral positiva.

Segundo aponta DURKHEIM, a tendência de divisão e especialização é sensível nos mais diversos campos, como se fosse uma lei natural e um comando moral. Parece haver uma regra da natureza que determina a divisão do trabalho (uma forma de especialização), bem como parece haver um comando moral que diz aos sujeitos que estes devem se especializar.

É relevante notar que não seria somente no âmbito do trabalho social que a especialização estaria presente. Entendida como lei natural, nas mais diversas áreas da ciência ela estaria presente: cada vez mais o cientista domina apenas uma parcela do conhecimento disponível. Interessante destacar que esta constatação se deu no final do século XIX, e foi apontada como uma tendência, que de fato parece se concretizar na atualidade.

Quanto à divisão do trabalho social, pode-se afirmar que ela se caracteriza por ser um comando natural, portanto exterior ao sujeito, além de ser um comando moral, portanto dotado de coerção.

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. p. 95-110.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. p. 44-47.

⁴⁸ O desenvolvimento do pensamento de DURKHEIM aqui delineado tem como referência basicamente a obra: DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*.

Considerando essas características, pode-se facilmente perceber que a noção de divisão do trabalho social harmoniza-se com a noção de fato social. Com efeito, a divisão do trabalho social é exterior como se define o fato social, pois seria uma lei natural, e dota de certa coerção, por se tratar de um comando moral.

De plano, para se examinar a divisão do trabalho social é necessário estabelecer a que função ela atende. Função aqui é entendida no sentido de que necessidades a divisão do trabalho social se destina a atender. Para DURKHEIM, a divisão do trabalho social se destina a atender as necessidades morais, entendidas como regras de ação que se impõem imperativamente às condutas sob pena de uma sanção. Em última instância, a função da divisão do trabalho social é criar a solidariedade entre os indivíduos, como elemento de coesão que torna a vida em sociedade possível. A divisão do trabalho social seria a principal fonte de solidariedade, mesmo não sendo a única.

Os indivíduos se vêm ocupados com atividades cada vez mais específicas. O trabalho realizado pelos sujeitos não envolve mais o todo da produção, nem mesmo grande parte deste todo, mas apenas uma fração. Por exemplo, o operário participa de apenas uma etapa do processo produtivo. Pensar-se em um indivíduo independente ou autossuficiente, então, seria possível apenas em teoria, e este indivíduo estaria relegado à margem da sociedade, pois não poderia se adaptar ao estado de especialização em que se encontra a sociedade. Em suma, a vida social presume que os indivíduos são especializados e interdependentes uns das especialidades dos outros. Grosseiramente, como ilustração, pode-se dizer que uns plantam, outros colhem, outros ainda industrializam o alimento, que ainda vai ser distribuído e comercializado antes de ser consumido, e o sujeito não participa de todas essas etapas, e assim depende dos que realizam tais tarefas. A isso se chama solidariedade social.

Porém, considerando que a solidariedade social se apresenta como um fato interno, quase como um sentimento dos sujeitos, é necessário um fato externo para que ela seja observada. Esse fato externo tomado por DURKHEIM para estudo é o Direito.

Considerando duas hipóteses, DURKHEIM propõe o seguinte. Quanto mais solidários são os membros de uma sociedade, mais relações diversas possuem

entre si e para com a coletividade. Ainda, o número dessas relações é proporcional às regras que as disciplinam. Essas considerações levam a conclusão de que o Direito busca a coesão social, como uma forma de manter a solidariedade. Em outras palavras, as regras jurídicas serviriam para manter os indivíduos em harmonia, regrido as relações que travam entre eles de acordo com as suas especificações.

Dado esse papel do Direito, DURKEIM busca nele os principais tipos de solidariedade que encontramos na sociedade. Esses tipos seriam a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica.

O que se entende por solidariedade mecânica é o vínculo que une os sujeitos pelas suas semelhanças, por aquilo que eles têm em comum. Esse tipo de solidariedade pretende conformar as condutas dos indivíduos a determinados padrões de consciência que estão presentes na média dos indivíduos.

A solidariedade mecânica seria representada pelo direito repressivo, o qual corresponde ao Direito Criminal. Ele atuaria quando se comete um crime, cominado ao criminoso uma sanção, que é a pena. E para definir o que é crime, DURKHEIM se vale da noção de consciência coletiva.

Essa forma de consciência seria formada pelo conjunto de crenças e sentimentos comuns existentes na média dos indivíduos. Não seria o que alguns creem e sentem, mas o que a média dos indivíduos crê e sente. Isso forma algo que tem vida própria, independente das consciências individuais, e que embora se manifeste por meio dos indivíduos, existe para além deles. Assim é que haveria padrões de conduta gerais que seriam os mesmos nas mais diversas regiões, profissões, entre outros diferenciais. Enfim, a consciência coletiva representa as similitudes sociais.

Outro caráter da consciência coletiva é o seguinte. O que vai de encontro com o que está impresso nesta consciência representa uma repulsa forte na média dos indivíduos. Pode haver que determinados atos também causem tal repulsa, mas se ela não for forte o suficiente, for tolerável, não representa a atuação da consciência coletiva.

Exemplos dessa forte reação podem ser obtidos à sociedade nos crimes

que “chocam” a chamada opinião pública. De fato, chega a ser espantoso como fatos totalmente alheios à vida das pessoas de repente ganham a dimensão de drama coletivo, e ao mesmo tempo pessoal. Acompanha-se o desenrolar desses acontecimentos com angústia e afimco como se fosse algo vital. Até que outro acontecimento dessa amplitude ganhe o interesse e se torne o novo crime da vez.

Opõe-se a consciência coletiva em relação à particular por ser esta última marcada por características que variam de indivíduo para indivíduo, e, portanto, não ser geral. Para exemplificar, pode-se dizer que não matar seria um imperativo decorrente da consciência coletiva, que se impõe a todos, enquanto tratar as pessoas com educação seria um imperativo da consciência particular.

Note-se que não pretende DURKHEIM dizer que as pessoas têm duas consciências, pois na realidade se trataria de um só organismo. As duas formas de consciência estariam ligadas uma a outra, formando uma solidariedade peculiar que une os indivíduos à sociedade.

Nesse contexto, o papel desempenhado pelo Direito Criminal seria manter as semelhanças sociais, impedindo ações que sejam contrárias e elas. Pretende-se manter um mínimo de similitudes sem as quais a vida em sociedade não seria possível. Há comandos que estariam impressos de tal forma na consciência coletiva que ao serem contrariados se desencadeariam uma forte reação, que pode ser tida como mecânica. É o que ocorreria com a pena, a qual é um reagir mecânico, muitas vezes passional, contra os crimes.

DURKHEIM aponta que essa forma de solidariedade tem a sua utilidade na medida em que garante o mínimo de coesão para possibilitar a vida social, mantendo a consciência comum. É interessante notar que se faz o alerta de que a pena tida como medida para recuperar o criminoso ou para intimidar teria uma eficácia duvidosa. Ou seja, o que pode decorrer da aplicação da pena quando há crime é o fortalecimento da consciência coletiva. Ela atuaria como forma de confortar a coletividade quando esta vê seus imperativos gerais violados.

Quando um crime é cometido e a pena se apresenta como reação, o bem jurídico desrespeitado se mostraria reafirmado. Isso porque o ato de punir transmitiria uma mensagem de respeito, como se houvesse um ato de resistência ao

crime cometido. Logicamente tal resistência não se projetaria ao passado, mas ao futuro como manutenção do respeito pelo valor em questão.

Enfim, pode-se afirmar que haveria um tipo de solidariedade decorrente da consciência comum das pessoas, solidariedade esta que pode ser chamada de mecânica e que é representada materialmente pelo direito repressivo, mais especificamente pelo Direito Criminal.

Além da solidariedade mecânica, haveria outro tipo denominado solidariedade orgânica, representada materialmente pelo direito cooperativo com sanções restitutivas. Esse tipo de solidariedade decorreria da divisão do trabalho social.

Como visto anteriormente, a especialização faz com que os indivíduos atuem de forma bastante particular e setORIZADA, jamais tendo condição de dar conta de todas as atividades inerentes à vida em sociedade. Nessa perspectiva DURKHEIM concebe a sociedade como um organismo, sendo que os sujeitos particulares atuam em uma função bastante específica. Levando-se em conta que o sujeito só dá conta de uma pequena fração, depende dos outros para que deem conta do resto. Essa interdependência levaria à solidariedade orgânica, que promoveria a integração entre os indivíduos pela interdependência entre si.

Portanto, as regras que decorreriam dessas formas de relação, nas quais haveria particularidades, não seriam de domínio da média dos indivíduos, mas de determinados grupos. Ou seja, a solidariedade orgânica implicaria em relações que se circunscrevem a um setor restrito da sociedade, de forma que as suas regras não pertenceriam a toda a coletividade.

Quando tais regras são violadas, a reação seria menos violenta que a sanção penal, pois a ofensa se restringiria a um determinado grupo. Tais normas diriam respeito ao direito repressivo, que pretenderia apenas restabelecer a situação normal. Ou seja, havendo uma regularidade nas relações orgânicas, quando ela é quebrada o direito repressivo atua no sentido de restabelecê-la.

Dessa forma tem-se que a função do direito repressivo é manter uma normalidade nas relações que o indivíduo trava com os outros e com a sociedade quando age de acordo com as suas especialidades.

Dadas as concepções do que sejam solidariedade mecânica e solidariedade orgânica, DURKHEIM aponta traços que marcariam a sociedade conforme prepondera uma ou outra.

Afirma o sociólogo que as sociedades mais primitivas são marcadas pela solidariedade mecânica, na medida em que os indivíduos seriam mais semelhantes aos demais. Seria mais forte a consciência coletiva, ficando a personalidade individual mais restrita. Compara as ações dos sujeitos dessa forma de sociedade a um movimento mecânico, no qual as partes necessariamente acompanham o todo, como na matéria bruta. Por essa razão a solidariedade por similitude é denominada de mecânica.

Do contrário, quando prepondera a solidariedade orgânica, os sujeitos agiriam de forma mais especializada, e as características particulares do indivíduo o diferenciariam dos demais. Dessa forma, ele agiria com mais independência em relação ao todo, como os órgãos de um ser vivo. Daí se chamar esse tipo de solidariedade decorrente da diferenciação de orgânica.

1.3.2. PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA – NEUTRALIZAÇÃO DO AUTOR DO CRIME POR MEIO DA PENA

A execução da pena de prisão consiste essencialmente em uma forma de segregação. E segregar o agente criminoso durante a execução da pena seria uma forma de neutralizá-lo, pois estaria removendo da sociedade o risco representado por ele. A prisão seria uma forma de impedir, pela segregação, o cometimento de crimes fora da prisão praticados por sujeitos que ofereceriam risco para a sociedade. Essa é a dimensão negativa da vertente preventiva especial, que possui como alvo o autor da conduta criminosa.

Sobre a prevenção especial negativa, Juarez Cirino dos SANTOS⁴⁹ leciona:

A prevenção especial negativa de neutralização do criminoso, baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produz segurança social, parece óbvia: a

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 457-458.

chamada incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão – e, assim, a neutralização do condenado seria uma das funções manifestas ou declaradas cumpridas pela pena criminal.

É importante ressaltar que tal propósito punitivo abandona a pretensão ressocializadora da prevenção especial positiva para reconhecer no autor do crime alguém sequer digno de recuperação, e que por isso somente lhe cabe a segregação. A prevenção especial negativa é, portanto, marcada pela postura de eliminação do problema, abdicando a pretensão de solucioná-lo.

Essa perspectiva teórica remete a uma concepção de um Direito Criminal do inimigo, descrita e propagada por JAKOBS.⁵⁰ Esse tratamento de segregação é embasado numa suposta periculosidade do autor do crime e numa suposta inimizade sua contra a ordem estatal/jurídica vigente. Uma atitude dessa natureza frente ao Estado reclamaria dele um tratamento diferenciado, numa postura combativa em relação ao condenado. Esse viés combativo pode ser percebido até na correlação semântica entre os termos: um inimigo deve ser neutralizado.

A despeito de seu caráter nitidamente contrário a uma pretensão igualitária e humanista, é crescente a aceitação dessa perspectiva preventiva. Como visto antes, isso é compreensível pela ascensão das posturas punitivistas do neoliberalismo, que aceitam como naturalidade a segregação e a desigualdade.

⁵⁰ JAKOBS, Günther *et al.* *Derecho penal del enemigo*.

2. A DESCONSTRUÇÃO DO DISCURSO TRADICIONAL DO DIREITO CRIMINAL

Uma mentira cem vezes dita, torna-se verdade. (Joseph Goebbels)

O público não quer a verdade, mas a mentira que mais lhe agrade. (Fernando Pessoa)

2.1. CRÍTICAS ÀS TEORIAS PREVENTIVAS

2.1.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Quando se discute as teorias sobre a pena as críticas são inevitáveis. Qualquer proposição que surge a respeito vem sempre acompanhada de críticas. Os adeptos de uma teoria normalmente o são criticando as demais. Eis um tema no qual não há qualquer consenso, seja no pensamento jurídico ou em outros campos do saber. Há uma grande diversidade de opiniões que amplia bastante o debate, o que dificulta a sistematização de ideias sobre o tema.

Ainda, a complexidade do comportamento punitivo representa um objeto de análise de difícil compreensão. Algumas conclusões parciais podem ser firmadas, mas uma ampla compreensão do fenômeno punitivo parece ser algo distante de acontecer.

Nesse vasto campo de pensamento, interessa para o presente trabalho a linha de investigação promovida essencialmente, mesmo que não exclusivamente, pela criminologia crítica. O principal aspecto tomado dela é exatamente a crítica aos discursos tradicionais sobre o poder punitivo, crítica essa marcada essencialmente por acusar o caráter seletivo do sistema punitivo e o quanto ele realiza funções distintas daquelas a que se propõe. Há um nítido caráter de exclusão social que marca o exercício do poder punitivo, o qual mantém e acentua as desigualdades sociais, as relações de dominação, e diante dos seus efeitos nocivos qualquer otimismo presente nas teorias tradicionais da pena sucumbe.⁵¹

⁵¹ Embora seja temerário rotular os teóricos como pertencentes a uma corrente de pensamento, é possível relacionar alguns que são referenciais para a criminologia crítica: Alessandro BARATTA, Jock YOUNG, Ian TAYLOR, Paul WALTON, Massimo PAVARINI,

A fim de delimitar o esforço teórico na tese aqui desenvolvida, optou-se por apresentar o resultado desse pensamento em tópicos pontuais, nos quais estão expressas sinteticamente as conclusões do pensamento crítico.

2.1.2. CRÍTICAS E INEFICÁCIA DA INTIMIDAÇÃO COLETIVA

a) Cifra oculta ou cifra negra do Direito Criminal.

De todas as condutas criminosas praticadas a parcela que efetivamente chega ao sistema punitivo é ínfima, e o que acarreta em efetiva aplicação da pena é menor ainda. Sendo tão pequena a quantidade de crimes cometidos que recebe sequer alguma atenção do sistema punitivo é uma conclusão lógica considerar a pena como incapaz de realizar os propósitos de intimidação coletiva pela cominação e aplicação da pena.

Ressalte-se que essa crítica não corresponde a uma defesa de um Direito Criminal eficaz em termos punitivos. Pretende-se tão somente acentuar que uma parcela ínfima do programa legislativo de criminalização é realizada. E isso acontece porque seria inviável a realização plena da legislação penal, pois se ela fosse cumprida a risca impor-se-ia a pena para quase toda (senão toda) a sociedade (conforme se retomará adiante, no item *d* do presente tópico).

b) Inviabilidade da intimidação para os crimes de ímpeto.

O raciocínio de custo benefício (crime-pena) não ocorre nos crimes praticados por um impulso, notadamente nos crimes violentos em geral, e menos ainda nos crimes passionais. Essa reflexão pode ocorrer apenas diante dos crimes praticados com alguma reflexão. Além disso, pressupor que uma conduta humana sempre será pautada pela razão é ignorar que o ser humano age também de forma irracional. Portanto, a possibilidade de prevenção criminal pela ameaça da pena parte da equivocada premissa de tratar o comportamento humano como algo sempre racional, o que somente ocorrerá em alguns comportamentos criminosos.

c) Tratamento do ser humano como meio, e não como fim.

Se a punição de alguns serve de exemplo para os demais, tem-se que aqueles são utilizados como mero instrumento de intimidação. Trata-se o ser humano como meio e não como fim, corroborando uma cultura de “bodes expiatórios” calcada na desigualdade. Uma ideologia dessa natureza vai contra o humanismo e contra a ideia de igualdade, valor aceito amplamente na sociedade e consagrado também no texto constitucional.

d) Existência de diversos outros fatores que evitam comportamentos criminosos e inviabilidade de realização do programa criminalizador da legislação penal.

Dentre os inúmeros motivos que fazem alguém não cometer um crime, a pena é um fator de pouca relevância. Não há qualquer certeza ou mensuração segura dos motivos que fazem uma pessoa não cometer crimes, mas parece razoável a constatação de que a pena pouco pesa ao menos num contexto de normalidade. Ou seja, em regra não é a possibilidade de ser punido que contém na pessoa um impulso criminoso, até porque se trata de uma ameaça raramente realizada. Os números que revelam a cifra oculta do Direito Criminal expressam uma sensação que se exprime socialmente: a impunidade criminal é a regra, e não a exceção. Diante dessa constatação, pouco peso de coação é exercido pela pena.

Embora tal argumento possa em princípio indicar um maior rigor punitivo como resposta mais eficaz em termos preventivos, deve-se ter em conta que a seletividade do sistema punitivo é estrutural, e a ampla realização do programa criminalizador contido na legislação penal seria de consequências sociais desastrosas. Essa constatação afasta, inclusive, a ideia de que a certeza da punição seria eficaz. Além disso, aliada essa crítica às demais, mantém-se como inviável a proposta de intimidação coletiva por meio da pena.

2.1.3. CRÍTICAS E INEFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO

a) Inviabilidade de modelar alguém como fosse possível uma ortopedia moral legítima.

Rejeita-se a ideia de que o Estado tenha o direito legítimo de modelar o sujeito segundo um determinado padrão de comportamento aceito socialmente. Comportamentos criminosos não necessariamente revelam oposição à sociedade. Do contrário, muitas vezes pode se ter no sujeito um comportamento de resistência à arbitrariedade do Estado, tendo em vista sua ingerência nos mais diversos setores da vida. Em realidade, o vastíssimo âmbito de atuação do Direito Criminal abrange diversos comportamentos que dispensariam o projeto ressocializador mesmo se aceitas suas premissas como válidas. A respeito dessas premissas, numa perspectiva crítica é possível questionar a legitimidade da violência praticada pelo Estado em querer moldar indivíduos, pois tal tarefa é orientada por interesses de classe e passível de uma legítima oposição.

b) Impossibilidade de uma “re” inserção social.

Não é possível reinserir quem jamais esteve inserido, e são justamente esses sujeitos que compõem a absoluta maioria da população carcerária. Tomando-se em conta esse quadro se conclui serem os socialmente marginalizados a clientela preferencial do Direito Criminal. Trata-se de perceber que não pode ser reinserido, seja de que maneira for, aquele que sempre esteve de fora (equivoco presente nas chamadas doutrinas “re”).

c) Índices de reincidência.

Os índices de reincidência apurados dentre aqueles que passam pelo sistema prisional é elevadíssimo, o que leva à conclusão de que a prisão opera justamente o efeito contrário do proposto. São tão abundantes as estatísticas nesse sentido que se torna até óbvia a constatação. Além disso, em praticamente todo o mundo, mesmo nas prisões cuja estrutura carcerária é melhor e onde o Estado investe mais na tentativa de ressocialização, há uma reincidência nas mesmas proporções. Daí se rechaçar o chamado “mito da boa prisão”.

d) O efeito da Prisonização.

Diferente de moldar o sujeito em parâmetros socialmente aceitos, a cultura prisional corrompe aquele que foi inserido em tal ambiente. A degradação humana que o ambiente carcerário causa incute em seus habitantes um perfil moldado essencialmente pela violência. Os mecanismos de adaptação à prisão (sejam eles o

ardil, a corrupção ou a força bruta), formam o exato oposto do desejado para um convívio social considerado adequado.

e) Estigma do egresso da prisão.

Aquele que possui a chamada “passagem pela prisão” em seu histórico sofre uma hostilização social que lhe dificulta (quando não impossibilita) a inserção social e o sustento pelas vias lícitas. Veja-se que esse estereótipo absolutamente negativo se revela, ainda que num “ato falho de linguagem”, mesmo em tentativas bem intencionadas de inserção social. Recentemente o Conselho Nacional de Justiça lançou uma campanha pela inclusão de egressos da prisão no mercado de trabalho, chamada “começar de novo”.⁵² O mote da campanha foi o seguinte: “Errar é humano. Ajudar quem errou é mais humano ainda”. Afirma-se isso como se a qualidade de humano fosse graduável, como se ela comportasse distinções entre os que não erram (bons) e os que erram (maus). Ora, a categoria *humano* se pretende igualitária, e não mais ou menos isso ou aquilo. Somente pode ser pensada tal variação dentro de uma perspectiva visceralmente desigual, inconscientemente reprodutora de rótulos negativos sobre as pessoas. Esse sentido oculto na frase apenas mostra o quanto o estereótipo de ex detento está incrustado no pensamento coletivo, e por óbvio não pretende desmerecer essa louvável iniciativa estatal cujos objetivos são valiosos.

f) Ausência de interesse político no aparato ressocializador.

No Estado neoliberal não há interesse em investimento no aparato prisional para a recuperação de presos. Grosso modo, o neoliberalismo representa o abandono de pretensão inclusiva dos cidadãos que surge no liberalismo e se fortalece no *welfare state*. Passa-se a admitir a incapacidade que o Estado possui para incluir todos. Nessa perspectiva de Estado mínimo e desprovido de ambições de inclusão social devem ser mantidos os que estão incluídos (garantir o que já se conquistou) e os que estão de fora devem permanecer assim.

g) Contradição fundamental da prisão.

A prisão é uma forma de segregação, e com isso implica no rompimento ou

⁵² Disponível em <http://www.cnj.jus.br>

no mínimo no substancial enfraquecimento dos vínculos sociais do preso. O efeito da prisão é, portanto, em essência dessocializador. Daí se concluir que a prisão jamais pode servir como meio de socialização. Há na ambição de ressocialização por meio da prisão (que é uma medida em si dessocializadora) um paradoxo essencial.

h) Política de redução de danos.

O máximo que se pode esperar dos programas de (“re”)inserção social utilizados na prisão é uma redução de danos, e não a promoção de benefícios. A prisão é acima de tudo uma forma de segregação social e dela em si não se pode esperar inclusão. Isso não significa que as medidas estatais que objetivem um retorno melhor para o convívio social sejam dispensáveis. Pelo contrário, ao se constatar que a prisão tem como efeito a dessocialização, qualquer medida que a combata é bem vinda.

Além disso, deve-se estar atento para o uso perverso que os discursos neoliberais fazem da crítica à prisão: já que ela não pode ressocializar, não restaria alternativa além de manter a prisão como simples segregação, despida de qualquer medida que tente evitar tais efeitos. Obviamente o pensamento crítico não compactua com essa conclusão, que deve ser rechaçada por uma política prisional de redução de danos.

2.1.4. CRÍTICAS E INEFICÁCIA DA REAFIRMAÇÃO DE BENS JURÍDICOS

a) Efeito simbólico de eficácia parcial.

A perspectiva de que a pena pode reafirmar o valor do bem jurídico que foi ofendido pela conduta criminosa vale para aquelas normas que contemplam valores cuja aceitação social é mais ampla (vida, integridade física, liberdade, patrimônio, etc.), mas, via de regra, não vale para aquelas normas que tem como referência bens jurídicos sem esse caráter de aceitação (ordem econômica, direitos autorais, ordem tributária, etc.).

As condutas puníveis e efetivamente punidas que importam nessa reafirmação de valores correspondem ao tabu, a determinados comportamentos cuja

rejeição social é bem mais intensa (algo nos termos da consciência coletiva, teorizada por DURKHEIM). Punir um homicídio pode até reafirmar a vida como valor. Porém, punir uma violação de direito autoral socialmente aceita (como a fotocópia integral de um livro por um estudante) pode despertar inclusive o efeito contrário, de rejeição ao valor pretensamente protegido pela norma penal diante da desproporção da resposta punitiva em relação ao fato. Há diversas condutas criminosas que são bastante aceitas na prática social e cuja punição não reforçaria valor algum.

b) Desconhecimento da lei.

O efeito simbólico do Direito Criminal pressupõe que suas normas e sua aplicação cheguem ao conhecimento da sociedade em geral, o que não acontece em relação a uma parte significativa do direito positivado. Em outros termos, a maior parte da sociedade simplesmente ignora o âmbito de incidência e o funcionamento da maior parte da legislação penal.

Soma-se à ausência de coesão em torno de diversos bens jurídicos o desconhecimento que a sociedade tem desses bens jurídicos. Considerando a atual inflação legislativa no campo criminal é impossível esperar um senso comum correspondente acerca do que pode ser considerado ou não como crime. O desconhecimento da legislação penal como um todo é a regra, e não a exceção. Parece ingenuidade esperar um efeito simbólico do símbolo que não se conhece, e que conseqüentemente não comunica sentido algum para a quase totalidade das pessoas.

c) Excesso de formalismo na ideia de estabilização das expectativas normativas da sociedade.

Se a função do Direito Criminal é estabilizar as expectativas normativas da sociedade (incutir respeito pela norma), como proposto por Günther JAKOBS em sua teoria sistêmica aplicada no Direito Criminal, conclui-se que, em última instância, o seu papel é proteger o próprio Direito. Nessa perspectiva o Direito passa a ser visto como um fim em si mesmo.

Trata-se de uma forma de legitimar a ordem pela ordem em si mesma. Perde-se o referencial do conteúdo e prima-se pela forma. Mais que o detrimento do material em favor do formal, há o desprezo pelo referencial material. Com isso uma

ordem materialmente desigual e reprodutora da violência pode ser perfeitamente legitimada porque simplesmente precisa ser mantida.

Em outros termos, não é legítimo que o Direito Criminal tenha como função a mera manutenção da ordem social quando ela se mostrar materialmente questionável. Se ele desempenha o papel de manter um *status quo* marcado por acentuada desigualdade (o que de fato ocorre segundo as perspectivas críticas de viés marxista), isso não se dá de forma legítima.

d) Caráter ideológico e classista nos valores que seriam reafirmados com a pena.

Para se considerar legítimo o papel da pena como reafirmação de valor do bem jurídico ofendido pela conduta criminosa é necessário partir da premissa segundo a qual esse valor em torno do qual há consenso também é legítimo. Porém, é possível cogitar a possibilidade de que esses valores não expressem um pensamento coletivo generalizante e harmônico.

Ocorre que tal abordagem pressupõe uma sociedade harmônica, na qual os conflitos devem ser eliminados tal qual uma patologia. DURKHEIM vê a sociedade dessa maneira, daí tratar o Direito como uma forma de manutenção da solidariedade, de meio que busca a coesão social. Em outros termos, nessa perspectiva o Direito Criminal buscaria manter a solidariedade social, a coesão em torno de determinados valores.

Abordagem totalmente diferente é feita a partir da teoria marxista, na qual se identifica uma sociedade caracterizada pela divisão de classes, em que é marcante a relação de dominação de umas pela outras.

Com efeito, diferente de ver a sociedade como um corpo orgânico, em que as diferenças aparecem como forma de coesão social e os conflitos como patologia a ser curada, a análise marxista vê no conflito de classes outra forma de configuração social. É assim que um determinado modo de produção será marcado: pela dominação de uma classe pela outra. Não há harmonia, mas conflito, nesse contexto.

Para garantir a sua existência, os homens são obrigados a travar determinadas relações materiais, denominadas relações de produção. Elas formam

a estrutura econômica da sociedade, sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídico-política. Daí decorre que as estruturas políticas e jurídicas são condicionadas, ou tem fundamento, nas condições materiais decorrentes das relações de produção. Desse contexto surge um determinado modo de produção, no qual as relações de produção são marcadas pela dominação de classes.

As relações de produção que são garantidas pela superestrutura são marcadas pela desigualdade, pois nesse processo há vantagem para os detentores dos meios de produção. Com efeito, os que detêm os meios de produção detêm com isso o controle sobre o processo, de forma que aos demais não resta alternativa senão se submeter a tal controle. Ou seja, os trabalhadores, os quais não possuem os meios de produção, somente tem a sua força de trabalho para alienar e com isso estão em desvantagem nas relações de produção.

E a reprodução das condições de produção é necessária para todo modo de produção a fim de manter sua existência. Em outros termos, é necessário reproduzir a reprodução, suas relações e seus elementos materiais, pois isso permite a continuidade de um modo de produção. Assim, devem-se reproduzir as forças produtivas e as relações de produção. Nesse sentido atua a ideologia (aqui tomada como falsa consciência) como mecanismos de reprodução das relações de produção.

É possível perceber que o Direito incorpora os ideais das classes dominantes, que de forma ideológica são transmitidos para a sociedade em geral como valores universais. Nessa perspectiva, diversos bens jurídicos penais são expressão da ideologia das classes dominantes.

2.1.5. CRÍTICAS E INEFICÁCIA DA NEUTRALIZAÇÃO

a) Ausência da almejada neutralização em médio e longo prazo.

Se o sujeito fica neutralizado isso ocorre apenas durante o tempo em que ele está na prisão, mas se for levado em conta o índice de reincidência constatado nos egressos do sistema prisional, percebe-se que o efeito posterior é o contrário do esperado. Com isso, percebe-se que a neutralização, mesmo sendo tomada por

eficaz, representaria no máximo uma solução momentânea. Em médio e longo prazo, porém, serviria como recurso potencializador de crimes futuros. A neutralização com a prisão seria um remédio cujos efeitos colaterais podem ser piores que a doença a ser tratada.

b) Ocorrência de expressiva quantidade de condutas criminosas dentro dos estabelecimentos prisionais.

A prisão não neutraliza o sujeito, e sim desloca o seu eventual comportamento criminoso para dentro da prisão, (onde os crimes continuam ocorrendo), a qual ainda faz parte da sociedade (ocorre uma neutralização apenas aparente). Admitir que são aceitáveis os crimes praticados dentro da prisão é um argumento de segregação inaceitável na ordem jurídica vigente, por afronta ao princípio da igualdade.

c) Crimes cometidos de dentro da prisão para fora dela.

No contexto nacional há uma quantidade também significativa de crimes praticados de dentro das prisões para fora, ou então arquitetados dentro da prisão. Considerando-se que o aparato penitenciário brasileiro é assinalado pela absoluta precariedade, não se pode negar que o sujeito que está preso não se encontra necessariamente neutralizado (de dentro para fora) nessa situação.

d) A ilegitimidade do tratamento do condenado como inimigo.

A pretensão de neutralização toma o sujeito como problema a ser segregado da sociedade. E a causa desse problema é um criminoso tomado por inimigo. Ocorre que a aceitação de uma política que trate pessoas socialmente desfavorecidas como inimigos representa puro fascismo e gritante afronta à igualdade como valor social e constitucional. Trata-se de um discurso neoliberal que admite a segregação como medida natural e tranquilamente realizável pelo Estado.

Ademais, resta a questão central que é determinar quem é o inimigo. Trata-se de uma rotulação, um estereótipo do que se entende por transgressor antissocial. Aquele que é rotulado como inimigo é na realidade o que está à margem, e justamente por estar à margem é que se encontra vulnerável à rotulação.

2.2. PERSPECTIVAS CRÍTICAS EM RELAÇÃO À PENA E AO DIREITO CRIMINAL

2.2.1. A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Diferente das teorias da pena elaboradas na doutrina tradicional, a teoria agnóstica da pena não vai buscar justificá-la. Trata-se a pena como realidade, cujo fundamento, se existe, não é alcançável pelo discurso científico do Direito Criminal. Por isso a denominação de agnóstica, pois constrói um fundamento negativo para a pena, em oposição à fundamentação positiva das teorias tradicionais.

Nessa perspectiva, a pena não se justifica pela retribuição ou prevenção, ela é puro exercício concreto de poder.

Em suas observações sobre a pena, Tobias BARRETO identifica o seu fundamento com o fundamento da guerra. Trata-se de um ato puro de poder, do uso da força, e não de um exercício racional e legitimado como usualmente se pretende. Em termos mais precisos, Tobias BARRETO afirma que “*quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra*”.⁵³

Nessa linha, uma vertente doutrinária, formada por Nilo BATISTA, Eugênio Raul ZAFFARONI e Salo de CARVALHO, estabelece a chamada teoria agnóstica da pena, como puro exercício de poder e para a qual se apresenta uma proposta de limitação.

Vista como realidade de poder, a pena demanda do Estado mecanismos de contenção. É justamente nesse setor que o Direito Criminal atua de forma legítima, na tarefa de dar primazia ao *estado de direito* em oposição ao *estado de polícia*. Segundo ZAFFARONI, em todo e qualquer Estado real estão presentes elementos desses dois modelos. Quando num determinado Estado se privilegia o poder punitivo em detrimento dos direitos do cidadão, a autoridade em lugar da pessoa, prevalece a forma de estado de polícia. Por sua vez, se o Estado se mantém subordinado aos direitos e garantias do cidadão, privilegiando este em

⁵³ BARRETO, Tobias. *Fundamentos do direito de punir*. p. 650.

detrimento da autoridade, prevalece a forma de estado de direito.⁵⁴

O abandono da justificação da pena permitiria justamente manter o foco na sua limitação, numa perspectiva de redução dos danos inerentes ao exercício do poder punitivo e na consolidação de um Estado de direito.

Segundo Salo de CARVALHO⁵⁵:

Negar as teorias da pena possibilitaria não apenas concentrar os esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos, mas igualmente eliminar do discurso penal seu viés declarado (e não cumprido), retomando sua natureza política. A pena, alheia a qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre, retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder. Tal como a guerra (modelo sancionatório nas relações internacionais), a pena representaria resposta sancionatória extrema e cruel, isenta de quaisquer justificativas.

Salo de CARVALHO defende ainda o viés constitucional da teoria agnóstica da pena. Diante da ausência de fins, justificações ou funções para a pena em sua previsão constitucional, haveria, conseqüentemente, uma postura agnóstica na Constituição da República.⁵⁶

Da teoria agnóstica, duas conclusões são importantes para a presente tese e serão retomadas adiante:

- a) A pena é exercício concreto de poder que não poder ser justificado ou legitimado por argumentos jurídicos;
- b) Como exercício de poder, não é possível dissociá-la da política.

Essas constatações serão mais bem detalhadas adiante e delas se constrói duas premissas necessárias para o discurso limitador do poder punitivo delineado no presente trabalho. Embora também sejam apresentados outros argumentos na construção de uma nova abordagem sobre a pena, é possível estabelecer essas identidades entre a teoria agnóstica e a definição de pena exposta nessa tese.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; *et alii. Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do Direito Penal*. p. 92-96.

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. p. 137.

⁵⁶ *Idem*. p. 135-136.

2.2.2. A TEORIA MATERIALISTA/DIALÉTICA DA PENA

Outra abordagem crítica sobre o poder punitivo é formulada na teoria materialista/dialética da pena, preconizada por Juarez Cirino dos SANTOS. De inspiração marxista, esse pensamento formula uma ideia de retribuição equivalente diferentemente do discurso tradicional.

Trata-se de uma teoria criminológica materialista/dialética que apresenta uma noção de retribuição equivalente, que *“corresponde aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado, porque existe como ‘forma de equivalência’ jurídica fundada nas relações de produção das sociedades capitalistas contemporâneas”*.⁵⁷

Essa linha de investigação tem como precursor PASUKANIS, que introduz a teoria marxista acerca do crime e do controle social no pensamento jurídico e criminológico.⁵⁸

Também sob o viés crítico do marxismo, Georg RUSCHE e Otto KIRCHHEIMER propõem que *“todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”*.⁵⁹

Quando a mão de obra se encontra abundante, o sistema punitivo a destrói, e quando ela é escassa, o sistema punitivo a preserva.⁶⁰ Juarez Cirino dos SANTOS leciona que *“o trabalhador integrado no mercado de trabalho é controlado pela disciplina da fábrica, enquanto o trabalhador fora do mercado de trabalho é controlado pela disciplina da prisão”*.⁶¹

FOUCAULT em *Vigiar e Punir* trabalha com esta mesma ideia, definindo o sistema punitivo como *“fenômeno social concreto ligado ao processo de produção*

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. p. 469.

⁵⁸ Idem. p. 469-470.

⁵⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. p. 20.

⁶⁰ Idem. p. 136 e ss.

⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 470;

(...) *para produzir corpos dóceis e úteis como disciplina da força de trabalho*".⁶²

Dario MELOSSI e Massimo PAVARINI também se valem da relação entre trabalho e sistema punitivo para mostrar que as relações de trabalho na fábrica dependem da disciplina penal, como principal mecanismo de controle nas sociedades capitalistas.⁶³

Por fim, coroa esse pensamento a obra de Alessandro BARATTA, que no seu programa de criminologia crítica denuncia o papel de reprodução das relações desiguais desempenhado pelo sistema penal, vez que é através dele que são mantidas as relações de controle entre o explorado e aquele que o domina.⁶⁴

Nesse panorama teórico é possível entender que as relações econômicas do sistema capitalista tem como raiz a retribuição equivalente, que na esfera penal se apresenta na forma de pena privativa de liberdade. Ou seja, o "preço" de um crime cometido é a liberdade. E a privação de liberdade é medida em tempo porque ele consiste no critério geral de aferição de valor no modo de produção capitalista.⁶⁵

2.2.3. PERSPECTIVAS ABOLICIONISTAS PARA O DIREITO CRIMINAL

Da crítica ao Direito Criminal se chega à conclusão de que a prisão é um mal em si. Percebe-se que o sistema punitivo representa um sofrimento distribuído desigualmente, de forma desnecessária e injustificada, além de não solucionar os conflitos sociais que pretende resolver.⁶⁶ Percebe-se que a via punitiva tradicional não dá conta dos propósitos assumidos, o que reclama outros mecanismos para tratar das questões que hoje estão no âmbito criminal. Em suma, constatada a falência do sistema punitivo em relação aos seus propósitos, é natural que sejam propostas alternativas a ele como meio de solução dos conflitos sociais, meios que

⁶² Idem. Ibidem.

⁶³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 470-471.

⁶⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*.

⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 471-472.

⁶⁶ HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. p. 88.

sejam mais racionais e que ofereçam melhores resultados.

A essa via alternativa se convencionou chamar de abolicionismo penal. Não se pode identificar, porém, um único abolicionismo como pensamento uniforme. Há, na realidade, diversas propostas alternativas ao sistema punitivo tradicional que são denominadas de abolicionistas.⁶⁷

Embora haja uma multiplicidade de pensamento dentro da perspectiva abolicionista, é possível identificar nela uma proposta que vai da radical contração do âmbito de incidência do Direito Criminal até a sua efetiva eliminação. A fim de sistematizar tais posturas, ZAFFARONI identifica como as principais posturas abolicionistas as de Michel FOUCAULT, Thomas MATHIESEN, Nils CHRISTIE e Louk HULSMAN.⁶⁸

Apesar de não fazer propostas mais concretas de um abolicionismo penal, o pensamento de FOUCAULT representa um marco teórico com premissas importantes para o desenvolvimento do pensamento abolicionista.⁶⁹

Em primeiro lugar, FOUCAULT denuncia o quanto o cientificismo da criminologia tradicional serviu como base de legitimação para o sistema punitivo ocidental contemporâneo. Ao justificar a prisão como forma de ressocialização, sob um pretexto humanista e pretensamente científico, a criminologia tradicional fez com que a prisão fosse amplamente aceita como a melhor resposta punitiva.⁷⁰

Em segundo lugar, a compreensão da estrutura capilar do exercício do poder rompe com a ideia de um sistema punitivo que possa ser identificado como unidade. Não há um sujeito ou instituição detentora do poder, pois ele se encontra difuso nas relações sociais. Onde há poder ele é exercido, mesmo que não possa ser determinado com precisão o seu protagonista. É possível identificar a direção do exercício do poder, em especial quem se submete a ele, mas não exatamente quem

⁶⁷ ANDRADE, Verda Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. p. 165-167.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*. p. 98. A mesma classificação também é feita por: ANDRADE, Verda Regina Pereira de. *Ob. cit.* 166-167.

⁶⁹ CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p. 126.

⁷⁰ *Idem.* p. 127.

o detém, o que dificulta o seu controle e explica os excessos do sistema punitivo.⁷¹

MATHIESEN pode ser identificado como um autor abolicionista que formula propostas concretas de uma política criminal nesse sentido. Sugere a chamada moratória carcerária. Criticando as teorias da prevenção especial positiva e prevenção geral negativa, MATHIESEN denuncia que os meios de comunicação ocultam a barbárie que a prisão representa. É nesse sentido que apresenta oito premissas contra a prisão.⁷²

Diante desse quadro, MATHIESEN propõe o fim da criminalização patrimonial (o que chama de guerra contra a pobreza) e das drogas e medidas de amparo à vítima (como seguro ou reparação). Em reforço a essa ideia, mostra que o custo com o sistema prisional poderia facilmente suportar as despesas correspondentes a essa política criminal alternativa.⁷³

Outra perspectiva abolicionista pode ser vista em Nils CHRISTIE, que propõe alternativas aos castigos em lugar de castigos alternativos. Para ele a pena não passa de puro castigo, unicamente imposição de dor e sofrimento. Logo, propor castigos alternativos não seria a solução, e sim outras formas de resolução de conflitos, nas quais se busque a compensação da vítima, como a justiça participativa e comunitária.⁷⁴

HULSMAN sintetiza as críticas ao sistema penal afirmando que é especialmente concebido para fazer mal, é incontrolável, distribui sofrimento desnecessário, é materialmente desigual e expropria os envolvidos no conflito, principalmente a vítima.⁷⁵

Partindo da noção de cifra negra, HULSMAN afirma que já existe certo abolicionismo penal. Diante disso, propõe o abandono do sistema punitivo e o fortalecimento de formas societárias de resolução de conflitos. Propõe-se devolver

⁷¹ Idem. Ibidem; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*.

⁷² CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p. 127-129; MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de Direito Penal*. p. 196-204.

⁷³ CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p. 127-129.

⁷⁴ MEROLLI, Guilherme. *Ob. cit.* p. 196-20; CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p. 129-130.

⁷⁵ HULSMAN, Louk *et al.* *Ob. cit.* p. 88.

às pessoas o manejo de seus conflitos. O autor denuncia que a resposta punitiva para as situações problemáticas exclui outras, como compensação, mediação, conciliação, terapia, educação, etc. Mesmo a linguagem deveria ser mudada, pois definir um fato como crime fecha a questão do Direito Criminal. Daí chamar tais eventos de situações problema, o que evitaria o maniqueísmo no âmbito jurídico.⁷⁶

Das propostas abolicionistas o que sobressai é a ferrenha oposição à pena de prisão. É importante notar que o pensamento abolicionista não importa necessariamente em abdicar de toda e qualquer forma de controle social ou sistema de sanções. O objetivo é outro. Trata-se de um movimento político-criminal essencialmente “desencarcerador”. O que se pretende abolir é o cárcere, dados os malefícios sociais que ele provoca.⁷⁷

Diante dessa proposta outras questões surgem. A realização de um projeto abolicionista traz consigo desafios que demandam soluções. O desaparecimento do cárcere como pena, por si só, não responde ainda a questão seguinte: é viável ou interessante a pura e simples retirada do Estado do campo punitivo? Tudo indica que não. Abdicar da prisão como pena demanda encontrar uma nova forma de resposta estatal frente aos comportamentos criminalizados.

Afirma-se isso porque a atuação do Estado no exercício do poder punitivo ainda permite um possível controle, o qual é mais factível na esfera pública. Sem a atuação do Estado nada impede que tal poder seja exercido por outras instâncias e de forma mais violenta. O caráter público da pena ainda parece desejável se o objetivo é haver controle sobre o seu exercício. E sem a prisão surge a necessidade de repensar como o Estado pode exercer o poder punitivo. Evidentemente há outras formas de punir além da prisão, mas a sua substituição por outras instâncias punitivas não consiste numa tarefa simples. Em especial, questiona-se como o Estado poderia monopolizar o poder punitivo sem algum uso da força, e qual uso da força poderia ser manejado em lugar da prisão.

E mesmo a possibilidade de prisão para situações limite não pode ser simplesmente descartada. Ao menos até o surgimento de alguma resposta

⁷⁶ CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p. 130-132.

⁷⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ob. cit.* p. 169.

satisfatória frente a certos comportamentos mais extremos, que seriam facilmente objeto de uma vingança mais violenta e desmedida que a privação de liberdade, a eliminação da prisão não parece factível. E encontrar uma resposta dessa natureza não é algo simples frente a crimes graves contra a pessoa, como os crimes sexuais, homicídios e outros. Nessas questões o horizonte de eliminação da prisão se apresenta mais distante.

Esses questionamentos constituem limites a serem superados numa perspectiva abolicionista. Não se nega a possibilidade de resolução problema, apenas se acusa que ainda não há uma proposição suficientemente convincente nesse sentido.

2.3. LIMITES DO DISCURSO TRADICIONAL

2.3.1. OS LIMITES DAS VISÕES TRADICIONAIS DE DIREITO CRIMINAL MÍNIMO E DE GARANTISMO PENAL

Duas posturas presentes no pensamento tradicional do Direito Criminal que possuem um viés limitador do poder punitivo são a defesa de um Direito Criminal mínimo (de *ultima ratio*) e o garantismo penal. Ocorre que em ambas perspectivas o caráter limitador do Direito Criminal se apresente de forma bastante frágil. Nenhuma destas propostas serviu como meio eficaz de contenção do sistema punitivo, como se acusa a seguir.

Os argumentos que defendem uma postura de Direito Criminal mínimo lhe acusam os defeitos e os danos que o poder punitivo causa na sociedade. Aqui o Direito Criminal e a pena são vistos normalmente como um mal necessário, a ser admitido apenas em caráter subsidiário, mínimo, como último recurso, mas ainda assim como algo útil dado o seu caráter preventivo.

ROXIN⁷⁸ expressa a ideia de Direito Criminal mínimo no seu caráter de proteção subsidiária de bens jurídicos:

Do que se disse até agora já se conclui que a proteção de bens jurídicos não se realiza somente por meio do Direito Penal, senão que para isso deve cooperar o instrumental de todo o ordenamento jurídico. O Direito Penal só é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que se deve considerar, é dizer que ele só pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, as regulações do poder de polícia ou técnico-jurídicas, as sanções não penais, etc. –. Por isso se denomina a pena de “*ultima ratio* da política social” e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

⁷⁸ Tradução livre do espanhol: “*De lo dicho hasta ahora se desprende ya que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello há de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. –. Por ello se denomina a la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.*” ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. p. 65.

O equívoco dessas posturas minimalistas, porém, é partir da mesma premissa utilitarista que alimenta o expansionismo penal: a pena como meio necessário de prevenção da criminalidade. Por mais que não seja esse o propósito, os discursos tradicionais de Direito Criminal mínimo acabam por reforçar justamente o argumento de expansão do poder punitivo, que é a necessidade da pena.

Nesse sentido, o argumento funcional de proteção de bens jurídicos normalmente justifica a necessidade da pena. Trata-se de um argumento com peso diferenciado quando se cuida de justificar a necessidade de pena mesmo diante dos seus efeitos nocivos perante os direitos de liberdades individuais.⁷⁹

O argumento de um Direito Criminal mínimo acaba, portanto, sendo instrumento teórico que serve também para um Direito Criminal máximo, diante da facilidade em se justificar a necessidade da pena por seu caráter utilitário de prevenção.

Note-se, a esse respeito, que o advento das penas alternativas, cuja pretensão seria de minimalismo penal, acabou por expandir o campo de incidência do sistema punitivo. A expectativa era de que penas alternativas à prisão fariam esta menos frequente. Porém, a ampliação do leque de punições não representou uma contração da pena de prisão, mas permitiu que este novo arsenal punitivo se aplicasse a situações que antes ficavam alheias ao sistema punitivo. Daí se afirmar que tais formas punitivas foram mais uma alternativa à liberdade do que à prisão.⁸⁰

A postura que corresponde a um garantismo penal clássico decorre da limitação ao poder punitivo mediante a radicalização dos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da humanidade das penas e da jurisdicionalidade.⁸¹

Em acréscimo aos limites anteriores, deve-se alertar que a confiança no ordenamento jurídico como parâmetro limitador deixa de levar em conta os estereótipos como critério orientador do sistema punitivo. Desde a autoridade policial

⁷⁹ Nesse sentido afirma ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. p. 186.

⁸⁰ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. p. 137-140.

⁸¹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. p. 99.

ao julgador está presente uma orientação seletiva que direciona o poder punitivo essencialmente para aqueles que se amoldam aos indicadores sociais negativos.

Em especial nos horizontes hermenêuticos mais amplos se faz sentir tal seletividade. Ela se torna mais evidente diante dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*. Diversas são as normas penais que permitem ao julgador um poder genuinamente decisório, que não se orienta por critérios jurídicos, e sim por critérios meta jurídicos.

É interessante notar que mesmo o principal marco teórico do positivismo, Hans KELSEN, já havia alertado para essa influência, rotulando-a como um problema meta jurídico, porém.⁸²

Conclui-se que mesmo a radicalização das garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico não dá conta de servir como efetivo limite ao poder punitivo, pois o que leva a punir mais ou menos está para além do ordenamento jurídico. O que determina o campo de incidência do poder punitivo envolve muito mais que o ordenamento jurídico, pois este é mero instrumento da política punitiva do Estado.

A despeito das críticas aqui delineadas, deve-se ressaltar que há outras propostas de Direito Criminal mínimo cujo escopo é outro. Uma coisa é o minimalismo penal como fim (Direito Criminal como *ultima ratio* e garantismo), outra o minimalismo penal como meio para um abolicionismo penal. O que se está afirmando é o caráter legitimador do sistema punitivo que certas posturas minimalistas admitem, ao justificar a prisão ainda que em caráter de *ultima ratio* e sob o crivo do garantismo. Trata-se do minimalismo como fim, como defendido por FERAJOLI. Diferente ocorre com as perspectivas minimalistas que tratam a contração do cárcere como meio para sua abolição. Entre os que propõem o minimalismo como meio temos BARATTA e ZAFFARONI.⁸³

Ainda, importa observar que uma política minimalista (de radical contração da incidência da prisão, que a relegue a um papel de *ultima ratio*) não está necessariamente em oposição às propostas abolicionistas. Se pensado o

⁸² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 245-251.

⁸³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. p. 174-175.

minimalismo penal como uma etapa necessária para a abolição do cárcere há convergência de propostas até determinado ponto. Daí se afirmar que o minimalismo penal pode ser considerado pendular, ora servindo à expansão punitiva, ora apontando num caminho de abolição penal.⁸⁴

2.3.2. OS LIMITES DAS PERSPECTIVAS RETRIBUTIVISTAS

Embora a pena como prevenção seja o foco da discussão na tese ora desenvolvida, algumas observações sobre a retribuição são necessárias. Isso porque se o Direito Criminal não pode se legitimar na ideia de prevenção poderia, ao menos em tese, encontrar legitimidade na ideia de retribuição.

As teorias retributivas são chamadas de absolutas porque não pretendem, ao menos explicitamente, estabelecer um fim a ser atingido pela pena, mas ainda assim pretendem estabelecer um fundamento para a pena. Essa fundamentação pode implicitamente até remeter a ideia de um fim, como na pretensão *hegeliana* de reestabelecer a ordem jurídica.⁸⁵

Também há críticas que ressaltam a inviabilidade da retribuição como argumento de legitimação para o Direito Criminal. É justamente isso que se pretende examinar na sequência.

A ideia segundo a qual um mal deve ser retribuído com outro mal é indemonstrável, constituindo um verdadeiro ato de fé. Trata-se de uma concepção que não pode ser minimamente demonstrada pelos métodos do saber científico, pois depende da indemonstrável liberdade de vontade do ser humano, daí se afirmar como um dogma, como crença, e não como proposição de caráter científico nem democrático.⁸⁶

A resposta de um mal com outro mal, por mais que se busque justificativa e legitimação discursiva, não deixa de ser um acréscimo de malefício. Em termos

⁸⁴ Idem. p. 178-180.

⁸⁵ ALBRECHT, Peter Alexis. *Ob. cit.* p. 64.

⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral.* p. 455-456.

lógicos não se pode perceber vantagem na imposição de um mal, e sim apenas a soma de um novo mal.

Dessa constatação se pode afirmar que a retribuição não é nada mais do que uma forma de agir semelhante à vingança, porém amparada por argumentos que a pretendem legitimar.

Ao se afirmar que a pena é retribuição, é possível extrair disso alguma veracidade. O ato de punir como pagamento em moeda equivalente representa uma reação humana bastante natural se tomarmos como parâmetro sua prática social reiterada. Em outros termos, a ideia de retribuição é amplamente aceita na sociedade. Isso não significa, porém, que se trate de uma prática legítima, racionalmente justificável.

Fosse assim, as condutas criminosas também poderiam ser consideradas legítimas e racionalmente justificáveis diante da sua prática social reiterada.

Em suma, constatar a retribuição como fenômeno social difere bastante de legitimá-la, de atribuir a ela um caráter racional. Trata-se de ideias distintas e que acarretam em conclusões também distintas.

Acerca da noção de retribuição equivalente à culpabilidade (cada um deve responder na medida de sua culpabilidade), é importante reconhecer o avanço obtido em termos de garantia da liberdade individual. Com efeito, a função limitadora da culpabilidade (que pode ser dissociada de uma pretensa função legitimadora) merece ser preservada como construção normativa de limite ao poder punitivo, e não como fundamento a ele.⁸⁷

2.3.3. A IMPOSSIBILIDADE DE LEGITIMAR O DIREITO CRIMINAL NAS TEORIAS (FUNÇÕES) DA PENA

Tomadas as funções da pena como a função do Direito Criminal, e buscando-se legitimar este naquelas teorias, pode-se concluir que a sorte de um acompanha a do outro. Um papel legitimador desempenhado pela pena seria

⁸⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 64-66.

também a chancela de legitimidade do Direito Criminal, e é isso que pretende estabelecer o discurso tradicional. Por outro viés, se a pena não pode ser legitimada o Direito Criminal também não o pode ser, ao menos quando se toma a pena por critério legitimador.

Seguindo-se tal raciocínio, se as teorias da pena forem consideradas como o alicerce sobre o qual se fundamenta o Direito Criminal, o que se dá na perspectiva tradicional, as críticas a essas teorias representam a ruína dessa base. Percebe-se com tais críticas o quão fantasioso e insólito é o terreno onde se assenta o discurso tradicional do Direito Criminal.

Diante de uma perspectiva crítica sobre a pena é possível concluir que não há como legitimá-la. Por mais que se busque discursivamente identificar no exercício do poder punitivo um caráter utilitarista de prevenção de crimes, essa expectativa não sobrevive a um exame crítico da realidade do poder punitivo. Por mais que se busque discursivamente identificar na retribuição um ato legítimo, tal pretensão não sobrevive a um exame de caráter científico e democrático.

Com acerto, ALBRECHT⁸⁸ identifica um equívoco fundamental que é reproduzido nas teorias da pena. Todas elas buscam legitimar o exercício do poder punitivo, e não refletir sobre a sua realidade:

Antes de tudo, deve-se demonstrar um pressuposto fundante do modelo teórico da pena. Enquanto teorias da criminalidade perguntam regularmente sobre condições para a ocorrência do desvio social, as teorias da pena, que na maioria dos casos partem de um modelo de criminalidade etiológico-individualizante, tratam sempre da geral justificação da pena. Neste ponto, o conceito de “teoria penal” é, antes, conducente a erro, porque é dirigido, primariamente, à legitimação teórica da pena e da punição (estatal), e não reflete criticamente a pena. Teorias da pena não são teorias sobre a pena, mas são fórmulas de fundamentação para a pena.

As teorias sobre a pena são, portanto, um discurso que se faz de forma equivocada porque se busca um fundamento numa realidade inexistente, por mais “desejável” que ela seja. Teoriza-se uma ideia (abstrata) de pena, e não a sua realidade. Antes de investigar se a pena efetivamente desempenha um papel

⁸⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 62.

preventivo, as tradicionais teorias da pena apresentam um hipótese que tenta ser justificada. Tenta-se adaptar a realidade à teoria e não a teoria à realidade.

O que há é uma distância abissal entre o discurso jurídico da pena e a realidade do exercício do poder punitivo. Acusando também essa divergência, Nilo BATISTA distingue as funções declaradas da pena (retribuição ou prevenção de crimes), presentes no discurso jurídico tradicional, das funções não declaradas da pena (reprodução das desigualdades presentes numa sociedade dividida em classes), sendo que estas correspondem à sua realidade.⁸⁹

Sejam as teorias retributivas (ou absolutas), sejam as teorias preventivas (ou relativas), a busca por um fundamento legítimo para o ato de punir esbarra ou em limites teóricos não superados ou na realidade do poder punitivo como meio ineficaz para os fins a que se propõe.

Compreender a pena como mera retribuição justificada é legitimar a vingança como ato de fé. Não se pode justificar a retribuição com argumentos científicos, pois em última análise o ato de punir apenas acrescenta um mal a outro já realizado, e sua necessidade ou acerto não podem ser empiricamente demonstrados.

Não se nega que a pena possua um caráter retributivo, pois o ser humano (enquanto unidade) e o corpo social (enquanto conjunto) possuem um traço perceptivelmente vingativo. Porém, constatar isso não significa legitimar o ato de punir ou de se vingar. Dizer que a sociedade exerce a vingança não significa justificá-la. Fosse assim, o homicídio e outros crimes poderiam ser justificados por sua prática reiterada no contexto social.

Por sua vez, os discursos da prevenção por meio da pena ora se mostram de eficácia irrisória (constatando-se como regra inclusive o efeito contrário, de reprodução da criminalidade pelo cárcere), ora esbarram em limites decorrentes de princípios que regem o ordenamento jurídico e põem em xeque a legitimidade defendida na prevenção.

Acerca de uma possível eficácia punitiva parcialmente preventiva, deve-se

⁸⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. p. 113-114.

acusar que a relação de custo-benefício revela também o fracasso da pena nessa missão. Mesmo que eventualmente a pena sirva como meio de prevenção, a quantidade de violência e criminalidade que a prisão reproduz não permite ver vantagem no seu exercício.

Sintetizando a divergência que há entre funções declaradas da pena e funções não declaradas da pena, Juarez Cirino dos SANTOS assevera que “*na atualidade, o estudo das funções atribuídas às penas criminais mostra o grau de esquizofrenia dos programas de política criminal, em geral, porque discurso penal e realidade da pena caminham em direções contrárias.*”⁹⁰

O que se percebe no exercício do poder punitivo é algo que difere muito do discurso elaborado sobre ele. Em lugar de prevenção de crimes por meio da pena o que se tem é uma seletividade aguda que faz do poder punitivo um claro exercício de poder das classes dominantes sobre as classes dominadas.

Conclui-se que o exercício do poder punitivo não se justifica nem pela retribuição, nem pela prevenção de crimes futuros. Trata-se, portanto, de uma prática seletiva e não legitimada, embora as teorias da pena busquem a justificação do poder de punir. A pena existe, portanto, enquanto prática, como exercício de poder, mas isso não significa que seja uma prática legítima.

A partir dessa constatação, outra vem junto dela. Se a pena não é legitimada porque não protege bens jurídicos, o Direito Criminal também não pode se legitimar na proteção de bens jurídicos. A identidade entre funções da pena e do Direito Criminal que o discurso tradicional apresenta depende necessariamente da legitimidade da pena para legitimar também o Direito Criminal.

Os discursos críticos ferem de morte o discurso tradicional sobre as funções do Direito Criminal, deixando-o órfão de uma legitimidade funcional. Daí surge o dilema a ser enfrentado adiante: há alguma alternativa teórica viável para legitimar o Direito Criminal entre a ilegitimidade do discurso tradicional e as propostas de abolição penal?

⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal*. p. 1. Disponível em <http://www.icpc.com.br> em 03/05/2012.

A resolução positiva de tal problema, que é o cerne da presente tese, depende da construção de outra forma de legitimação do Direito Criminal que não seja a função preventiva da pena.

Se existe algo que possa legitimar o Direito Criminal, certamente não é a pena que fará isso. Trata-se de um caminho já percorrido e cujo destino é conhecido: o fracasso da ideia de prevenção criminal e consequente ausência de proteção de bens jurídicos por meio da pena. Da constatação da inviabilidade de se fundamentar o Direito Criminal nas pretendidas funções da pena se conclui que qualquer perspectiva legitimadora do Direito Criminal deve ser feita por outra via.

3. O DIREITO CRIMINAL COMO LIMITADOR DO PODER PUNITIVO

E, lembre-se, quando se tem uma concentração de poder em poucas mãos, frequentemente homens com mentalidade de gangsters detêm o controle. A história provou isso. Todo o poder corrompe: o poder absoluto corrompe absolutamente. (John Emerich Edward Dalberg, “Lord Acton”)

3.1. CAPÍTULO 1 – PREMISSAS DE UM DIREITO CRIMINAL LIMITADOR DO PODER PUNITIVO

3.1.1. FUNÇÕES DA PENA E DO DIREITO CRIMINAL COMO DISCURSOS

O que a doutrina penal afirma serem as funções do Direito Criminal corresponde a um retrato teórico de tais funções. Trata-se de uma descrição da realidade que se pretende verdadeira. São discursos que pretendem descrever com acerto um determinado dado da realidade. Algum consenso formado em torno do tema passa a ser aceito como verdade, constituindo um discurso predominante. É exatamente o que ocorre com o discurso tradicional do Direito Criminal: adquire um consenso que lhe atribui um status de verdade.

De plano é necessário destacar que a noção de discurso aqui empregada está assentada no paradigma filosófico da linguagem, no qual a constituição de sentido não está no objeto e nem no sujeito, e sim da comunicação intersubjetiva. Em outros termos, a verdade (sempre provisória) não está no objeto em si, tampouco na razão do sujeito que a pode revelar, mas no que os sujeitos comunicam entre si como verdade, no que se acorda linguisticamente como verdade. A linguagem, o que se diz das coisas, é o que constitui o sentido das coisas. Portanto, nessa perspectiva não há uma verdade para além daquela que a linguagem estabelece.⁹¹

Pensado o discurso como linguagem, quando ele encontra algum consenso é possível tomá-lo como verdadeiro. Quando há algum consenso em

⁹¹ A estrutura dos chamados paradigmas filosóficos pode ser vista em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. p. 137-154.

relação ao discurso ele adquire tal status. E o modo pelo qual o consenso em torno de um discurso se torna possível é apresentá-lo de forma adequada às premissas aceitas pelo público que se quer convencer (no caso a comunidade jurídica e a sociedade em geral). Ou seja, quando o discurso encontra amparo nas premissas aceitas, o público o aceita como verdadeiro. Trata-se de um mecanismo de ligação ao que já é aceito para que a tese formulada como discurso seja também aceita.⁹²

Conforme exposto antes, há uma constante afirmação de que a função do Direito Criminal seria a proteção de bens jurídicos.⁹³ E o meio dessa proteção seria a pena como meio de prevenção. Embora nem sempre o vínculo entre prevenção e proteção de bens jurídicos esteja descrito de forma explícita pela doutrina, o esquema depende dessa identidade: a função de proteção de bens jurídicos é exercida pela função preventiva da pena.⁹⁴ É possível identificar como consenso (por sua predominância na doutrina) o chamado discurso tradicional, consistente na ideia de que a pena como meio de prevenção protegeria bens jurídicos.

Esse discurso tradicional do Direito Criminal se fundamenta na premissa de que a pena é um meio apto a proteger bens jurídicos. Há um forte consenso em torno da pena como prevenção, a ponto de expressiva doutrina aceitar tal ideia como um ponto de partida não questionado. Trata-se da fórmula já expressa segundo a qual a função preventiva da pena é capaz de proteger bens jurídicos. Em suma, a função de proteção de bens jurídicos tem como premissa as teorias

⁹² A esse respeito: SANTOS, Ledo Paulo Guimarães. *Teoria da argumentação e Direito*. in: Estudos de Teoria Geral do Direito. Coord. Ivan Guérios Curi. p. 99-122; e PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação – a nova retórica*.

⁹³ Nesse sentido, podemos relacionar: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. p. 51; ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. p. 28-32; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. p. 22-24; ROXIN, Claus. *Estudios de Direito Penal*. p. 71; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. p. 44-47; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general*. p. 79-81, 104-106; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. p. 1-7; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. p. 61-62, 77-79, 89-90; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. p. 3-7; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. p. 4-5; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. p. 6-9; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1: parte geral*. p. 53-56; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. p. 4; MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. p. 24.

⁹⁴ Tal identidade pode ser vista em: WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. p. 1-3; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. p. 4-5; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. p. 111-116.

preventivas da pena. E tal premissa assume um caráter dogmático, tão amplamente aceito é o consenso em torno dela.

E o atributo de ser uma verdade absoluta é uma ambição frequentemente presente nos discursos jurídicos. Nessa perspectiva, parte-se de uma premissa como verdadeira, e assim também são as conclusões obtidas a partir dela, o que então assume um papel de dogma.⁹⁵

As proposições teóricas nessa perspectiva assumem ares de verdades absolutas, como ocorre com as teorias preventivas da pena e seu papel de proteção de bens jurídicos no discurso tradicional do Direito Criminal. Toma-se o papel preventivo da pena como premissa verdadeira e tal ideário assume um caráter efetivamente dogmático.

Há, porém, um elevado grau de alienação no pensamento jurídico quando se parte da premissa segundo a qual é necessário (e útil) punir, sem haver questionamento sobre a real necessidade de se punir. Ao se ignorar possíveis respostas negativas ao poder punitivo se produz um isolamento teórico que esteriliza a reflexão da pena, de sua necessidade ou não.⁹⁶

É nesse ponto que uma reflexão crítica sobre as premissas do discurso tradicional abala o consenso até então estabelecido e aceito como uma verdade. O papel preventivo da pena não encontra o devido respaldo na realidade. Vê-se que o exercício do poder punitivo opera efeitos preventivos cujos benefícios são inferiores aos seus efeitos colaterais. Ou seja, o manejo da pena mais agride bens jurídicos que os protege. Os discursos críticos sobre a pena pretendem justamente afastar o caráter de verdade inquestionável que é dado às teorias preventivas da pena, ao confrontar o discurso da pena com a sua realidade.

⁹⁵ Nisso há uma aproximação entre a lógica jurídica e a lógica formal (cartesiana e presente nas ciências naturais), na qual as certezas assumem um caráter mais sólido e estável. A possibilidade de demonstração, de provar uma determinada proposição, fez com que a lógica formal fosse aceita como a lógica por excelência. Ocorre que tal lógica não consegue o mesmo êxito nas ciências humanas, nas quais a diversidade de proposições diverge da unicidade de sentidos da lógica formal. Daí a proposta de uma lógica argumentativa, na qual os consensos são possíveis, mas sem a ambição de certeza da lógica formal. Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ob. cit.*

⁹⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 125-126.

Em outros termos, é possível encontrar respostas negativas ao poder punitivo, pois a necessidade de punir é absolutamente questionável.

As teorias críticas revelam o nível de esquizofrenia do discurso tradicional, e que as pretensões de prevenção não se sustentam diante de um contraste com a realidade. Ao confrontar o discurso tradicional com as práticas punitivas reais o pensamento crítico revela o quanto tal discurso é ilusório. Em outros termos, por mais aceito que seja o discurso tradicional sobre a pena e o Direito Criminal ele não encontra o devido respaldo na realidade da pena e do Direito Criminal. O que se diz não corresponde ao que é.

Por ser a função preventiva da pena a premissa do discurso de proteção de bens jurídicos, ao desconstituir tal premissa o discurso tradicional fica sem o devido fundamento. Concluindo que a pena não exerce o papel preventivo atribuído a ela o discurso tradicional se esvazia.

A tese aqui desenvolvida se insere justamente nesse vácuo teórico. O pensamento crítico desconstitui as premissas do discurso tradicional, e a proposta é formular um discurso que possa substituí-lo sem as ilusões preventivas já expostas. Em outros termos, o Direito Criminal não se legitima pela prevenção, mas pode exercer um papel legítimo delineado na presente tese.

A construção de um discurso sobre a função do Direito Criminal que supere o tradicional, que não se resuma a um contra discurso e que possa legitimá-lo, depende de certas premissas. A primeira delas é a desconstrução do discurso tradicional do Direito Criminal. Segue a essa o reconhecimento do caráter discursivo das funções do Direito Criminal. Além disso, mesmo diante do reconhecimento da falência das teorias preventivas da pena, também há questões ainda não resolvidas numa perspectiva abolicionista, em especial no que tange ao ainda necessário caráter público do exercício do poder punitivo. Dessa última premissa se vai a outra, que elabora uma dissociação entre as funções do Direito Criminal e as funções da pena. Por fim, é necessário também ter como premissa o caráter político do Direito Criminal, pois como exercício de poder não pode ser dissociado da política, de seu caráter valorativo.

De forma esquemática, as premissas são:

- a) O pensamento crítico desconstrói o discurso tradicional de proteção de bens jurídicos por meio da pena;
- b) As funções atribuídas ao Direito Criminal são discursos, e dependem de premissas que lhe sirvam de base;
- c) A necessidade de o exercício do poder punitivo (mesmo que sem a prisão) permanecer estatal;
- d) As funções do Direito Criminal e as funções da pena não se confundem – são papéis distintos;
- e) O Direito Criminal como exercício de poder não pode ser pensado dissociado de seu caráter político.

Quanto à desconstrução do discurso tradicional, tal premissa foi estabelecida na segunda parte do presente trabalho. A premissa segundo a qual se reconhece o caráter discursivo nas funções atribuídas ao Direito Criminal é objeto do presente tópico. As demais premissas serão desenvolvidas nas seções que seguem, neste capítulo.

Oportunamente, veja-se que estabelecidas as premissas sobre as quais se formula um novo discurso sobre as funções do Direito Criminal serão vistos ainda os fundamentos políticos de tal discurso. Os fundamentos são qualificados como políticos porque revelam efetivamente uma tomada de posição em favor de determinados valores. Embora a justificação de uma posição política escape ao âmbito do pensamento estritamente científico ela é necessária diante do caráter não científico do Direito Criminal como exercício de poder.

3.1.2. A INDEPENDÊNCIA DAS PRÁTICAS PUNITIVAS EM RELAÇÃO AO DIREITO – LIMITES DA DESESTATIZAÇÃO DA PENA

Os discursos críticos acerca da pena e do Direito Criminal denunciam o quanto o caráter utilitarista das teorias preventivas é ilusório e divergente do real. Sob o viés crítico é possível perceber que o discurso tradicional não corresponde à realidade do poder punitivo. Diante dessa constatação o Direito Criminal perde seu fundamento legitimador. Em outros termos, os discursos críticos desconstruem o

papel de proteção de bens jurídicos atribuído ao Direito Criminal.

Se o Direito Criminal não previne crimes, não protege bens jurídicos, e ainda possui efeitos colaterais nocivos, é intuitivo pensar na sua eliminação como resposta lógica, postura que se convencionou tratar como abolicionismo penal.

Há, porém, uma pluralidade de pensamentos tidos como abolicionistas. Não é possível identificar propriamente um único pensamento nessa perspectiva, mas posturas críticas em relação à pena e ao Direito Criminal que são tomadas como abolicionistas. No âmbito da radical contração de incidência do cárcere que se destina à sua abolição encontramos uma pluralidade de abordagens teóricas e propostas.⁹⁷

Oportunamente, na tese ora desenvolvida é importante distinguir a proposta abolicionista de radical eliminação do cárcere (o abolicionismo tratado até aqui) de um abolicionismo que acarrete numa completa desestatização do poder punitivo (uma segunda hipótese que pode decorrer da primeira). O primeiro será considerado como um abolicionismo moderado e o segundo como um abolicionismo radical. Note-se que a realização de um projeto abolicionista não deve importar necessariamente na desestatização do poder punitivo, sendo possível distinguir dois níveis distintos de abolicionismo.

É importante ressaltar que a postura político-criminal que se convencionou chamar de abolicionismo não propõe a completa desestatização da pena, e sim o fim do cárcere e sua substituição por outros meios de controle social. A postura de abolicionismo aqui denominado de radical é um possível efeito da proposta abolicionista moderada, e nessa perspectiva será abordado.

Acerca das posturas abolicionistas moderadas é possível encontrar alguma identidade entre elas e a tese aqui formulada. Embora os argumentos sejam diversos, a proposta final se assemelha. Por caminhos diversos se aponta um mesmo rumo: uma forma de evitar os flagrantes excessos presentes no exercício do poder punitivo, notadamente com a prisão. Entre tais perspectivas e a presente tese não é necessário pontuar divergências, apenas acusar que elas não importam em

⁹⁷ CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p. 125-126.

oposição de proposições.⁹⁸

Quanto a uma possível desestatização da pena, numa postura de abolicionismo radical, há de se considerar limites de absoluta relevância:

- a) A ausência de um fundamento jurídico na proposta;
- b) A previsão constitucional do sistema punitivo;
- c) A hipótese de não se eliminar nem se reduzir o poder punitivo com a retirada do Estado de cena, possibilitando-se o surgimento de outras formas de práticas punitivas.

Embora os dois primeiros argumentos sejam oponíveis também a um abolicionismo moderado, é na inviabilidade de uma completa desestatização do poder punitivo que se concentra o presente tópico.

As propostas abolicionistas possuem argumentos sociológicos, filosóficos, políticos, antropológicos, mas carecem de um devido fundamento jurídico. Trata-se de uma postura de política criminal que se propõe como alternativa ao sistema punitivo, mas não encontramos no ordenamento jurídico qualquer fundamento que justifique propriamente a eliminação do sistema punitivo. Portanto, é uma proposta política sem respaldo no ordenamento jurídico.

Obviamente essa ausência jurídica não serve como argumento para desprestigiar o abolicionismo, pois não lhe retira os méritos de constatar que a via punitiva é um mal em si, que mais reproduz violência que a evita, e que as vias alternativas se mostram melhores. Porém, em termos de viabilidade prática é necessário reconhecer o limite de eficácia dessas teses abolicionistas. Mesmo que se reconheça sua propriedade, o efeito jurídico é nulo quando não está presente algum fundamento jurídico, que importe em práticas jurídicas abolicionistas. Enfim, é difícil esperar consequências práticas do abolicionismo num sistema jurídico que tem como premissa o direito posto, e sem que haja alguma norma (ao menos não

⁹⁸ Neste sentido, Vera Regina Pereira de ANDRADE conclui que a oposição entre abolicionismo e minimalismo é um falso problema, ao menos quando o minimalismo é meio para um fim abolicionista ou quando as práticas decorrentes destas posturas convergem. Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. p. 163-182.

positivada) que contemple tal proposta.

A despeito de encontrarmos diversas teses que pretendem romper com um positivismo mais ortodoxo, é necessário reconhecer que em nosso contexto jurídico não houve uma completa superação do positivismo. Há uma vinculação ao direito posto que não pode ser ignorada, sob pena de se teorizar sobre hipóteses que não correspondem ao real. Uma teoria que pretende efeitos práticos deve levar em conta a realidade onde pretende se inserir. E no âmbito jurídico tal realidade tem o direito positivo como premissa necessária.⁹⁹ Além disso, o abolicionismo não encontra fundamento jurídico mesmo nas normas não positivadas. Há, portanto, falta de um fundamento no ordenamento jurídico mesmo levando em conta as normas não positivadas.

Na esteira desse pensamento, outra constatação deve ser considerada. A nossa Constituição da República possui um viés criminalizador. Mais precisamente, a pena privativa de liberdade possui previsão constitucional, no artigo 5º, inciso XLVI – *a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; (...)*

Há, portanto, um comando constitucional punitivo. Embora se afirme que nosso texto constitucional possui uma tônica democrática, contém também em diversos aspectos um programa penal, no qual a prisão está presente.

Diante do caráter vinculante que a Constituição possui, qualquer proposta abolicionista encontra aí um limite jurídico de insolúvel resolução (ao menos em termos jurídicos). Não haveria como levar a cabo uma proposta abolicionista sem com isso afrontar o texto constitucional. Há, com efeito, limites constitucionais ao abolicionismo.¹⁰⁰

Outro limite a ser considerado num abolicionismo radical é a viabilidade de êxito na proposta. A hipótese de uma completa eliminação do poder punitivo estatal pode simplesmente não ser proveitosa para os objetivos propostos. É de se questionar quais seriam as conseqüências. Em outros termos, a pergunta a ser feita

⁹⁹ SANTOS, Ledo Paulo Guimarães. *Ob. cit.* p. 118-119.

¹⁰⁰ Apontando esse limite, ver: CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p. 133-134.

é se a eliminação da punição estatal, sob as formas jurídicas, acarretaria numa eliminação ou redução do poder punitivo. Duas respostas a tal pergunta são possíveis: ou ocorreria ao menos a supressão dessa prática punitiva, restando outras, ou novas práticas punitivas tomariam o lugar da punição estatal.

Ainda, dizendo de outra forma, o abolicionismo radical ou diminuiria as práticas punitivas ou deixaria espaço para outras práticas punitivas em lugar das estatais. Tanto a redução da violência como o surgimento de novas formas de violência (talvez mais graves) são resultados possíveis.

Nesse aspecto, é necessário determinar que a pena, estatal e jurídica, tendo como sua expressão principal a prisão, é uma espécie de um gênero mais abrangente: *as práticas punitivas*. Com efeito, a prisão não é a única forma de se punir. Ela surge como resposta punitiva estatal num determinado contexto histórico. Na consolidação do Estado moderno o manejo da prisão como monopólio do uso da força inaugurou uma nova prática punitiva. Porém, importa notar que as práticas punitivas precedem a pena, que é uma prática punitiva estatal e jurídica. E tais práticas punitivas não se restringem a esta forma específica.

Um breve olhar sobre a história das práticas punitivas mostra a sua diversidade de expressões. E um exame mais atento permite concluir que elas ocorriam independentemente de qualquer forma jurídica e estatal. Apenas a título ilustrativo, veja-se como expressões punitivas a expulsão do bando, nas sociedades primitivas, os sacrifícios expiatórios e os rituais de purificação, no antigo oriente e, entre os romanos, as penas capitais e o desterro para os *crimina publica* e o *jus vitae et necis* do *pater famílias* para os *delicta privata*.¹⁰¹

Deve-se fazer uma observação quanto a esse retrato histórico. A generalidade dos livros de Direito Criminal descreve uma história do comportamento punitivo, e não do Direito Criminal propriamente dito. Ocorre que sem essa observação se cria a aparência de que a história das práticas punitivas é a história do Direito Criminal, e que todos esses comportamentos punitivos correspondem ao Direito Criminal. O que importa perceber é que nem sempre as práticas punitivas

¹⁰¹ A variedade das práticas punitivas nas sociedades antigas pode ser vista em: BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 31-40.

tiveram como protagonista o Estado, tampouco as formas jurídicas foram sempre o método de imposição do poder punitivo, como se dá nos tempos modernos. E somente a essa última ideia corresponde o que se denomina de “Direito” Criminal.

Equívoco frequente é pensar o exercício do poder punitivo sob o enfoque contemporâneo. Nem sempre as práticas punitivas ocorreram como ocorrem nos dias atuais. O exame histórico não deve se restringir a um prelúdio do Direito Criminal contemporâneo, numa linha evolucionista que por vezes confunde realidades distintas, e sim como parâmetro de pensamento que admite rupturas, mudanças de paradigma.

Como já exposto anteriormente, é apenas com o advento do Estado moderno, como bem retrata Max WEBER, que o Estado passa a se colocar como protagonista do poder punitivo e o faz por meio do direito (monopólio da violência legítima).¹⁰²

Mais precisamente, o marco de surgimento do Direito Criminal moderno, ao menos para o direito continental, é a legalidade. É na máxima de que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*¹⁰³ que se expressa a essência da forma estatal/jurídica de exercício do poder punitivo.

Antes desse momento histórico as práticas punitivas eram diferentes, mas por certo já existiam. Ou seja, o Direito Criminal moderno, forma historicamente recente, não contém todas as práticas punitivas. Apenas há uma preponderância da forma jurídica/estatal sobre as demais práticas punitivas a partir do Estado moderno.

Considerando a pena estatal e jurídica como apenas uma espécie de prática punitiva, e que sua eliminação não acabaria com todas as práticas punitivas, há uma possibilidade bastante plausível de que o abolicionismo radical apenas relegasse o poder de punir para outras instâncias, não estatais. Obviamente, tanto a diminuição das práticas punitivas como a substituição da pena estatal e jurídica por práticas punitivas mais violentas são hipóteses, conjecturas. Tanto uma possibilidade como outra poderia ocorrer. Porém, a experiência mostra que certas

¹⁰² Sobre a formação do Estado moderno: ARGÜELLO, Katie. *Ob cit.*

¹⁰³ Princípio da legalidade, expresso no art. 1º do Código Penal, e no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República.

atividades ainda são menos sujeitas a excessos quando protagonizadas pelo Estado. A esfera pública ainda representa alguma possibilidade de controle sobre o poder, por mais falível que seja.

Em termos de aposta, parece ao menos que o risco de o abolicionismo radical permitir o surgimento de práticas punitivas mais violentas é um desestímulo bastante considerável. A aposta no controle estatal das práticas punitivas, desde que em termos limitadores, mostra-se como mais viável a fim de ser um possível método de redução de violência.

Como acréscimo, é importante desde logo destacar que as formas jurídicas são falíveis no controle do poder punitivo, muitas vezes o incrementando e ampliando. Entretanto, não se nega na presente tese o potencial limitador que o Direito Criminal possui. É justamente a partir de tal possibilidade que se pretende construir um argumento limitador do poder punitivo no desenvolvimento do trabalho.

Ainda, e em último caso, se o Estado pretendesse coibir práticas punitivas consideradas excessivas ou desumanas, como uma vingança com grave violência e desproporcional, por exemplo, seria cogitado o uso da força como último recurso. Sem o exercício do poder punitivo pelo Estado, outras práticas punitivas, talvez mais violentas, poderiam ocorrer. Caso houvesse a pretensão de coibir tais práticas, seria temerário esperar que sem o uso da força isso fosse tentado. Sem isso, seria possível uma permissividade para a violência, sem que ela encontrasse alguma resposta mais significativa.

Sintetizando, há três limites que uma postura de radical abolicionismo do Direito Criminal não consegue superar:

- a) Trata-se de uma proposta sem fundamento jurídico para uma efetiva aplicação com consequências práticas;
- b) Há limites constitucionais para uma radical eliminação do sistema punitivo estatal, e dado o caráter vinculante do texto constitucional o abolicionismo seria inconstitucional;
- c) A eliminação das práticas punitivas estatais/jurídicas não acarretaria na eliminação do poder punitivo como um todo, e outras práticas punitivas mais violentas poderiam surgir em lugar.

Daí se concluir que as posturas chamadas de abolicionistas moderadas se mostram como projetos realizáveis, enquanto um abolicionismo radical encontra barreiras até então não transponíveis. Constatadas as práticas punitivas como uma realidade independente do Estado e do direito, há de se cogitar mecanismos que possam exercer controle sobre o poder de punir, sem relegar esse papel para instâncias não estatais (e possivelmente mais violentas).

Por fim, o Direito Criminal corresponde apenas a uma expressão moderna do comportamento punitivo, e não ao próprio comportamento punitivo. É possível compreender que as práticas punitivas sempre estiveram presentes na sociedade, e, a não ser que elas fossem extintas, a eliminação do Direito Criminal seria de pouca relevância. Portanto, o câmbio das práticas punitivas dependeria de uma mudança social muito mais profunda que a eliminação do Direito Criminal, o que corresponde apenas a uma hipótese futura e cuja factibilidade é significativamente duvidosa.

Embora nenhuma proposta abolicionista aponte para o que seria um abolicionismo radical é relevante ressaltar os limites do abolicionismo como sendo a substituição do cárcere por outros meios de controle social, sem a completa desestatização das práticas punitivas.

3.1.3. A DISSOCIAÇÃO ENTRE FUNÇÕES DA PENA E DO DIREITO CRIMINAL – PENA COMO MERA REALIDADE PUNITIVA

No discurso tradicional há uma associação entre funções da pena (prevenção criminal) e funções do Direito Criminal (proteção de bens jurídicos). Ao atribuir um caráter utilitário para a pena, como meio de prevenção, a doutrina faz crer que o papel do Direito Criminal seria o de impor a pena, e assim prevenir crimes e proteger bens jurídicos. Porém, é possível notar que as práticas punitivas e o Direito Criminal são realidades distintas e com histórias distintas, conforme visto no tópico anterior.

Além dos limites já vistos no discurso tradicional, é possível perceber que a identidade funcional entre pena (como espécie de prática punitiva) e Direito Criminal ali contida também representa um equívoco teórico. Apesar de a doutrina

tradicionalmente acusar uma origem comum¹⁰⁴, as histórias do Direito Criminal e da pena são diferentes e por esse viés é possível desvelar o equivoco teórico aqui mencionado.

Mais do que proceder a esse comparativo histórico é necessário ressaltar também o que se está considerando por pena e o que se está considerando por Direito Criminal, e que são realidades distintas. O objetivo é precisar os sentidos aqui empregados para pena e para Direito Criminal. A determinação desses sentidos se dará nos termos delineados a seguir, com a ressalva de que não há um consenso absoluto em torno de tais ideias.

Como visto no tópico anterior, a pena é uma espécie do gênero práticas punitivas. Além disso, o comportamento punitivo não se resume às formas jurídicas e independe delas. A abordagem histórica procedida antes mostra que a pena, estatal e jurídica, é apenas uma forma de comportamento punitivo que surge com a formação do Estado moderno. A pena pode ser considerada como um capítulo de uma história mais abrangente: a das práticas punitivas.

E sobre o comportamento punitivo pouco proveitoso parece o esforço de legitimá-lo. O que a história nos mostra é que tais práticas sempre existiram na sociedade, independente de utilidade ou razão que as motivasse.

Um aspecto relevante a ser considerado é que o comportamento punitivo não necessariamente é algo racional. Trata-se, na realidade, de um comportamento que talvez não seja exclusivo do ser humano. A simples observação do comportamento de outros animais mostra que entre eles também ocorrem respostas violentas contra determinados comportamentos, num mecanismo que se assemelha a uma norma sujeita à punição, ainda que forma bastante mais rudimentar.

Veja-se o seguinte exemplo. Entre os gorilas da montanha, apenas o macho líder do bando se reproduz com as diversas fêmeas, o que faz sem oposição

¹⁰⁴ Expressiva maioria da doutrina descreve a história do Direito Criminal pela história das práticas punitivas, nas fases de vingança divina, vingança privada, vingança pública e similares. A despeito da variedade de interpretações, nessas abordagens tradicionais sempre se conta a história do Direito Criminal pela história das práticas punitivas. Rompendo com essa tradição, numa abordagem crítica sobre tais fases, ver: MEROLLI, Guilherme. *Ob. cit.* p. 95-113.

dos demais machos. Porém, se algum outro macho tentar acasalar com as fêmeas ou é morto pelo macho alfa ou expulso do bando. E muitos machos respeitam essa “regra”, negando, inclusive, seu instinto reprodutivo.¹⁰⁵

Num primeiro momento pode se pensar que são respostas exclusivamente baseadas nos instintos, mas há uma sofisticação maior que pode ser vista por trás delas.

Em relação ao macho alfa é possível supor que o comportamento seja meramente consequência do seu instinto reprodutivo, e não se trataria exatamente de um mecanismo de punição dada em resposta à conduta do outro. Porém, em relação aos demais machos, há certa norma de conduta que é observada, sob pena de castigo. Por mais rudimentar que seja, é possível identificar algum mecanismo de norma e sanção punitiva nesse contexto, mesmo que seja considerado instintivo.

Oportunamente, ressalve-se que essa reflexão constitui apenas uma hipótese de pensamento. Não se pretende com ela tirar conclusões mais precisas ou seguras de uma comparação do comportamento humano em relação a outros animais. Evidentemente uma pretensão desse porte demandaria mais dados a serem considerados. Porém, talvez sirva de aporte para ver que a mesma irracionalidade pode estar presente nas práticas punitivas, e que elas talvez constituam um comportamento instintivamente motivado, apenas mais sofisticado e complexo. E o exame dos primórdios dos comportamentos punitivos humanos talvez reforce essa pista.

Pensando dessa forma, os discursos que pretendem legitimar as práticas punitivas e em especial a pena são uma tentativa de racionalizar o que talvez nem seja racional. O ser humano tem como prática punir determinadas condutas, e o faz por motivos variados, complexos e talvez instintivos, não necessariamente racionais.

Teorizar sobre as funções da pena é teorizar, antes de tudo, sobre as funções do comportamento punitivo. Dada a complexidade desse comportamento, não parece que as investigações jurídicas (teorias da pena) sejam uma explicação

¹⁰⁵ Um retrato do comportamento desses animais pode ser visto no filme “Na montanha dos gorilas”, que retrata a pesquisa de observação feita em seu habitat pela antropóloga Dian Fossey.

satisfatória. Há viabilidade de melhor compreensão do fenômeno punitivo em exames sociológicos, antropológicos e psicológicos, e mesmo por essas vias não parece haver grande consenso sobre o tema. E na teoria jurídica a investigação não tenta compreender o comportamento punitivo, e sim justificá-lo. Ou seja, para o saber jurídico a compreensão do comportamento punitivo está longe de ocorrer.

Ademais, dado o caráter possivelmente não racional do comportamento punitivo, é de se cogitar que mesmo a sua compreensão não leve necessariamente à sua legitimação. São âmbitos diferentes de reflexão. Mesmo que seja possível alguma compreensão do comportamento punitivo, não significa que ele seja legítimo. Como exemplo, veja-se que é possível compreender o comportamento homicida sem que isso o legitime.

O posicionamento tomado nessa tese é de que o comportamento punitivo não possui uma explicação satisfatória (ou fundamento). E mesmo que viesse a ter, isso não importaria necessariamente em legitimar tais comportamentos num caráter utilitarista de prevenção criminal. Daí se considerar as práticas punitivas como mera realidade, sem uma explicação segura sobre ela e possivelmente não passível de ser legitimada.

E a pena é tão somente uma determinada forma dessa realidade punitiva. A pena estatal e jurídica é, portanto, uma mera realidade punitiva, nesses mesmos termos, despida de qualquer função legitimadora apreensível pelo saber jurídico. Da mesma forma que a teoria agnóstica da pena, a perspectiva aqui utilizada também lhe nega um fundamento. Além disso, aponta-se que mesmo se houvesse uma correta compreensão da pena talvez isso não a legitimasse.

Oportunamente, ressalte-se que a ausência de compreensão e de uma função legitimadora nas práticas punitivas não afasta o seu caráter seletivo e de manutenção das relações de poder, conforme bem acusa o pensamento crítico. Dizer que não há uma função legítima nas práticas punitivas não importa em negar que o uso delas pode servir como um método de manutenção das relações de dominação na sociedade capitalista.

Determinado o sentido atribuído para a pena, como mera realidade punitiva específica, é possível compreender que o Direito Criminal corresponde a um

fenômeno distinto dela, e por isso com uma função que pode também ser distinta.

O Direito Criminal usualmente é conceituado como sistema de normas que regula o poder punitivo do Estado, definindo crimes e as medidas aplicáveis (pena e medida de segurança). Alguns conceitos são mais amplos, há certas divergências quanto aos termos, mas as ideias aqui expressas são amplamente aceitas em tal concepção.¹⁰⁶

Não se pode desvincular o Direito Criminal do poder punitivo do Estado, do seu caráter normativo e do binômio crime/pena. A grande maioria dos conceitos passa ao menos por essas ideias. Em especial é importante perceber a vinculação entre o Direito Criminal e o Estado. É nesse contexto em que as práticas punitivas passam a assumir uma forma determinada: a jurídica, em especial a legalidade.

O que se pretende distinguir nessa exposição é o Direito Criminal, enquanto regulador do poder punitivo do Estado, e a pena enquanto objeto de regulação do Direito Criminal e parte de uma realidade punitiva que não se restringe à forma estatal/jurídica. Ele consiste em uma nova tecnologia do exercício do poder punitivo que se dá pelas formas jurídicas e tendo como pretensa protagonista o Estado. Direito Criminal e pena são, portanto, realidades distintas.

Nesse panorama, deve-se levar em conta que a pena simplesmente existe, é uma espécie de um comportamento punitivo que está presente na sociedade e que independe do Estado e do direito. Ela deve ser vista como um fato social perante o qual se reclama um posicionamento jurídico/estatal.

Portanto, ao Direito Criminal cabe exclusivamente estabelecer regras acerca do exercício do poder punitivo como realidade social. Se for atribuído às práticas punitivas um caráter útil, tem-se um Direito Criminal cujo objetivo é preventivo e que as favorece. Por outro lado, se o objetivo é exercer controle sobre essa realidade, tem-se um Direito Criminal limitador do poder punitivo, postura na qual se situa a presente tese.

¹⁰⁶ Nesse sentido, por todos: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 3-4; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.* p. 2-3.

3.1.4. O CARÁTER POLÍTICO DA PENA E DO DIREITO CRIMINAL

O pensamento jurídico contemporâneo não pode mais ser considerado como um positivismo ortodoxo. O tecnicismo de aplicação pura da norma positivada não possui mais a aceitação de outrora, e diversas teorias jurídicas atuais pretendem a construção de uma postura que admita maior relevância para aspectos não positivados.¹⁰⁷

Interessante é notar que mesmo Hans KELSEN, na sua *Teoria pura do direito*, considerada o marco do positivismo jurídico, admite que a aplicação da norma positiva esteja sujeita a uma carga de subjetividade do aplicador do direito. Ou seja, ao aplicar a norma o julgador está sujeito a influências como a moral, a política, a religião, dentre outros. Para KELSEN tais influências seriam, porém, um problema meta jurídico, de política jurídica.¹⁰⁸

Trata-se de uma saída teórica elegante, que não nega a presença de fatores estranhos ao direito positivado na sua aplicação, mas que também deixa de explicar essa influência.

Ocorre que a influência dos elementos externos ao direito positivado, em especial dos elementos políticos, dada a sua relevância, deve ser tomada como questão fundamental a ser examinada. O funcionamento do direito é marcado pela política, e o exame desse fator é necessário para sua compreensão de forma mais completa e realista.

É com esse pensamento que Claus ROXIN retoma uma proposição de Franz Von LISZT de ciência conjunta do Direito Criminal e a reformula. Trata-se de uma proposta de permeabilização entre dogmática jurídico-penal (estudo da norma penal e sua aplicação), criminologia (estudo do crime enquanto fenômeno social) e política criminal (exame dos meios que o Estado utiliza no manejo da questão criminal). Rompendo com um pensamento de caráter enciclopédico, o qual propunha um isolamento teórico entre os saberes criminais, ROXIN propõe um intercâmbio

¹⁰⁷ Exemplos dessa perspectiva mais recente podem ser vistos nas teorias de H. L. A. HART e de Ronald DWORKIN, cf. BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *Ob. cit.* p. 397-412;419-429.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 245-251.

teórico entre eles.¹⁰⁹

Essa perspectiva mais abrangente das ciências criminais permite situar a política dentro desse âmbito. Ela traz para o pensamento jurídico-penal a reflexão política como parte necessária, e não como mero apêndice.

Diante desse quadro é importante ainda diferenciar o sentido de política criminal empregado na presente tese daquele empregado originalmente por LISZT. Este teórico define política criminal como o exame de adequação dos métodos que o Estado utiliza no combate à criminalidade.¹¹⁰

Essa concepção de política criminal é na realidade apenas uma postura de política criminal dentre outras possíveis, e que foi examinada e criticada ao longo do presente texto. Não pode se resumir a política criminal a um posicionamento político frente ao poder punitivo, a uma opção de valor que prestigia a pena como algo útil e por isso legítimo.

Superando essa perspectiva mais limitada, é possível pensar a política criminal de forma mais abrangente, como a tomada de posição do Estado frente à questão criminal. As escolhas valorativas tomadas no âmbito estatal quanto ao poder punitivo constituem, portanto, política criminal.

Nesse panorama mais amplo é possível assumir tanto posturas que propulsionem o poder punitivo como posturas que o limitem. As razões que permitem rejeitar as posturas pró poder punitivo já foram apresentadas, e também serão apresentadas mais razões que recomendam uma postura limitadora do poder punitivo. Trata-se do objeto do capítulo seguinte, no qual serão examinados os fundamentos políticos de uma perspectiva limitadora do poder punitivo.

Em suma, o Direito Criminal não se restringe à dogmática jurídico-penal, e se encontra indissociavelmente vinculado à política criminal. Assim, toda e qualquer atitude de reflexão ou de aplicação prática do Direito Criminal é também uma atitude de política criminal, e assim deve ser considerada.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*; MEROLLI, Guilherme. *Ob. cit.* p. 155-156.

¹¹⁰ Essa concepção de política criminal pode ser vista em: ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 32.

Portanto, na teoria e na prática, o Direito Criminal implica em assumir um posicionamento perante o exercício do poder punitivo. E dentre os posicionamentos possíveis, esta tese é de postura declaradamente limitadora ao poder punitivo.

3.2. FUNDAMENTOS DE UM DIREITO CRIMINAL LIMITADOR DO PODER PUNITIVO

3.2.1. A TENDÊNCIA QUE O EXERCÍCIO DO PODER (PUNITIVO) TEM AO EXCESSO – NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DE LIMITES

Constatada a pena jurídica/estatal como mera realidade punitiva, como expressão de um poder de punir presente na sociedade independente do Estado e do direito, uma característica sua precisa ser ressaltada. Trata-se de uma tendência que ela possui ao excesso.

É intuitivo dizer que o poder tende ao excesso. Não são poucas as experiências históricas que mostram isso. Diversos personagens encarnados em soberanos déspotas retratam fielmente o quão cruel pode ser o exercício de um poder que não encontre uma resistência que lhe faça frente. Não só o passado, mas o presente também é rico em exemplos dessa natureza. Nesse sentido, é perceptível pela experiência comum o quanto a sensação de estar “acima da lei” propicia comportamentos que dificilmente encontram limite.

Além dessa constatação, um aporte teórico para a compreensão desse fenômeno pode ser obtido em FOUCAULT. Sua obra mostra que o poder está presente na própria estrutura das relações sociais, de forma inarredável. E tal presença se dá numa expressão capilar, na qual não se identifica um *locus* de detenção do poder, apenas onde ele se faz presente, onde ele se exerce.¹¹¹

Percebe-se que essa estrutura capilar do poder lhe dificulta o controle. Se não é possível identificar com precisão de onde parte o poder, o controle sobre seu exercício resta prejudicado. Nesse sentido, HULSMAN faz o alerta para o caráter incontrolável do poder punitivo.¹¹²

Dessa forma, considerando que o exercício do poder possui uma vocação ao excesso, qualquer postura que pretenda coibir os consequentes abusos reclama mecanismos de controle sobre o exercício do poder. É nessa escolha que consiste o

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*.

¹¹² Cf. CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p. 130.

primeiro fundamento político da perspectiva limitadora aqui proposta.

Como visto antes, a legalidade como técnica de controle do poder punitivo possui os seus próprios limites, e não logrou grande êxito na tarefa oficialmente proposta. Ou seja, o Direito Criminal moderno, da legalidade, não implicou na humanização das práticas punitivas nos termos propostos originalmente.

Constatada a necessidade de limitação do poder punitivo (como escolha política) surge também a necessidade de construção de meios para se atingir tal propósito. É justamente para a realização dessa finalidade que a presente tese é proposta.

3.2.2. OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE AO PODER PUNITIVO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabelece:

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Essa norma ainda prevê, dentre outros, os direitos à vida, à segurança pessoal e à liberdade (em seu art. III). E em especial quanto à liberdade individual e ao exercício do poder punitivo, há ainda regras mais específicas que assumem relevo:

- a) Proibição da escravidão (art. IV);
- b) Proibição da tortura, de tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. V);
- c) Proibição de prisões ou exílios arbitrários (art. IX);

- d) Direito a um julgamento público e justo, por um tribunal independente e imparcial, diante de uma acusação criminal (art. X);
- e) Direito à presunção de inocência e necessidade de previsão jurídica do crime acusado à época do fato (art. XI);
- f) Direito à liberdade de locomoção e de residência, e de saída e de entrada no território do Estado (art. XIII);
- g) Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião (art. XVIII);
- h) Direito à liberdade de opinião e expressão (art. XIX);
- i) Direito à liberdade de reunião e associação pacíficas (art. XX).

Da leitura desses direitos e garantias se extrai uma postura política e jurídica em prol da liberdade individual e que estabelece limites ao exercício do poder, principalmente ao poder de punir.

Um exame mais crítico, porém, revela o papel eminentemente principiológico, programático e abstrato que normalmente tais normas exercem dentro dos diversos Estados membros da comunidade internacional. Diante disso, defende-se a necessidade de supranacionalidade e de maior determinação dos conteúdos normativos dos direitos humanos.¹¹³

Para a efetivação dos direitos humanos um avanço necessário seria a previsão mais precisa de limites e mecanismos de controle para a pena de prisão. É notório que a execução das penas privativas de liberdade representa, como regra, o absoluto desprezo pelos direitos humanos. Ocorre que os tratados sobre a matéria não incorporam limites mais precisos e mecanismos apropriados para coibir os abusos da pena de prisão.

Reconhecida a supranacionalidade dos tratados de direitos humanos, e os limites que podem ser impostos aos Estados a partir daí, é possível ter neles um fundamento de limitação ao poder punitivo.

Um exemplo de prática jurídica que incorpore os tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico pátrio, a partir de uma limitação determinada para

¹¹³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de Política Criminal*. p. 529 e ss.

a imposição de prisão, pode ser visto no posicionamento assumido pelas Cortes Superiores brasileiras no tocante a prisão do depositário infiel, admitida na Constituição da República.¹¹⁴

Considerando que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) possui um caráter vinculante, e que proíbe qualquer forma de prisão por dívida, exceto do inadimplente por obrigação alimentar, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram a considerar tal forma de prisão inconstitucional.¹¹⁵

Percebe-se que o binômio supranacionalidade dos direitos humanos e maior determinação dos seus conteúdos e dos mecanismos de controle do exercício do poder representam uma estratégia viável para a limitação do poder punitivo.

Dessa forma, a existência dos direitos humanos como limite para o Estado deve ser levada em conta como fundamento para um limite ao poder punitivo. Tal exercício punitivo deve respeitar o núcleo fundamental de direitos inerentes ao ser humano. Logo, toda pena desumana, que importe em desrespeito desproporcional e injustificado aos direitos humanos, é ilegítima.

3.2.3. O DISCURSO DO DIREITO CRIMINAL CLÁSSICO COMO LIMITE AO PODER PUNITIVO – PROMESSAS DA MODERNIDADE

A origem do discurso jurídico sobre o exercício do poder punitivo marca o início de uma nova forma de pensar as práticas punitivas. Antes da modernidade o poder de punir tinha fundamento numa tradição teológica de poder absoluto do soberano. Até então a poder de punir visava exclusivamente ao domínio do soberano.

Como oposição ao poder punitivo pré-moderno aparece o discurso do

¹¹⁴ Modalidade de prisão prevista no art. 5º, LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

¹¹⁵ Ver como precedentes: Recurso Extraordinário n. 466343-1, julgado pelo Pleno do STF; HC/STF n. 96772, julgado pela 2ª Turma do STF, e Recurso Especial n. 914253, julgado pela Corte Especial do STJ.

Direito Criminal “*predominantemente como meio de garantia das liberdades burguesas contra a arbitrária justiça feudal*”.¹¹⁶

Nas bases teóricas do discurso tradicional do Direito Criminal, que remontam ao contratualismo, já se tinha em vista que o Estado protagonizando o exercício da força por meio de normas jurídicas (em especial pela lei) limitaria a violência. Seria o uso racional e legítimo da força que evitaria o seu excesso. Ou seja, a legalidade seria uma forma de legitimar o exercício do poder de punir por lhe ser um limite e, conseqüentemente, ser uma garantia da liberdade individual.

Trata-se de uma ideia amplamente utilizada na escola clássica. Ao fixar limites para o exercício da liberdade individual e limites para o exercício do poder punitivo se estaria garantindo a liberdade. A premissa é de que liberdade sem limites importa em nenhuma liberdade, daí a intervenção do Estado impondo tais limites como forma de assegurar que haja alguma liberdade. Por isso é possível afirmar que a função de limite punitivo constitui um postulado da modernidade para o Direito Criminal. E tais limites estariam contidos essencialmente na lei. Daí se afirmar a legalidade como um projeto de limite ao exercício do poder punitivo, uma promessa liberal da modernidade.

Uma forma bastante lúcida de perceber que a legalidade possuiu um propósito limitador na escola clássica, sob a égide do iluminismo, é identificar a defesa da legalidade como discurso contra hegemônico. Lembre-se que a legalidade foi defendida contra o poder absoluto do soberano, como oposição ao poder que então era exercido preponderantemente pela nobreza e pelo clero (representado pelo antigo regime).

A burguesia viu na separação de poderes e na legislação uma interessante estratégia de controle, pois quem tem o poder de ditar a lei teria o controle. E o poder de ditar as leis foi projetado para ser exercido pela burguesia. A esse respeito, veja-se o processo de consolidação das leis na Revolução Francesa. Simplificando, é possível afirmar que a lei foi uma invenção burguesa usada como instrumento de controle de poder, em oposição ao antigo regime.

¹¹⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. p. 2.

Há, portanto, uma ideologia de classe que impulsiona a legalidade. Seu discurso legitimador não afasta os interesses burgueses de controle que serviram como base para a sua consolidação. Oportuno é ter em mente a observação feita por MARX na célebre *Introdução à crítica da economia política*: “*Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, inversamente, o seu ser social que determina a sua consciência*”.

Partindo-se dessa premissa, é possível compreender que Direito Criminal pautado pela legalidade se consolidou por razões políticas e econômicas de um determinado momento histórico. Tais fatores podem ser compreendidos como as condições materiais que determinaram o surgimento da legalidade. O discurso não a criou, e sim buscou justificá-la.

Hoje o controle da legalidade e de seu uso está nas mãos das classes economicamente dominantes. Ou seja, o mesmo instrumento que foi usado durante a ascensão ao poder foi utilizado para a manutenção do poder.

Ocorre que perceber o uso ideológico e classista da proposta limitadora por meio do Direito Criminal não significa que ela não merecesse ser posta em prática. Uma coisa é compreender que o controle jurídico do poder punitivo serviu aos interesses de uma dada classe social num determinado momento histórico, notadamente como instrumento de dominação, outra coisa é rejeitar a ideia de um possível controle legítimo do poder punitivo. Algo que não se realizou antes pode ter um potencial de realização.

Embora nesse aspecto em especial o projeto da modernidade não se tenha realizado, o que se acusa no período denominado pós-moderno, isso não significa que todas as promessas lá feitas devam ser pura e simplesmente abandonadas. É possível se propor um resgate dessas promessas como valores a serem ainda efetivados.¹¹⁷

Na atualidade é visível que um Direito Criminal que conte apenas com a legalidade se mostra como um limite bastante falível aos excessos do exercício punitivo. Além da legalidade, é necessário mais algum elemento de limitação ao

¹¹⁷ Propondo o resgate das promessas da modernidade, em especial no Brasil, carente de um Estado do Bem Estar: STRECK, Lenio. Ob. cit. p. 205-207.

poder punitivo. O que não se pode perder de vista é o potencial limitador que o direito pode representar. Se o método utilizado falhou isso não quer dizer que o objetivo não seja possível.

A tese aqui delineada apresenta novos argumentos para a realização dessa promessa moderna, como um reforço à legalidade. O critério de proporcionalidade estrita a ser exposto adiante serve exatamente como um limite mais preciso e material ao poder punitivo, o que se propõe como meio de consolidar no Direito Criminal um papel limitador do poder punitivo.

3.2.4. A LIBERDADE COMO ESCOLHA VALORATIVA NORTEADORA DO DIREITO CRIMINAL

A teoria política tem como tema sempre presente a tensão existente entre a liberdade individual e o poder do Estado. Ilustrando essa ideia, vê-se que no contratualismo é possível visualizar como ponto central da discussão esse dilema.

No que se refere ao Direito Criminal, ZAFFARONI retrata essa tensão por meio das noções de *estado de polícia* e *estado de direito*. Em todo e qualquer Estado real estão presentes características desses dois modelos. Quando num determinado Estado se privilegia o poder punitivo em detrimento dos direitos do cidadão, a autoridade em lugar da pessoa, prevalece a forma de estado de polícia. Por sua vez, se o Estado se mantém subordinado aos direitos e garantias do cidadão, privilegiando este em detrimento da autoridade, prevalece a forma de estado de direito.¹¹⁸

Propor uma ou outra forma de Estado se trata, de qualquer modo, sempre de uma escolha entre a autoridade e a liberdade individual. E tal escolha sempre será política, valorativa, portanto.

Nesse quadro, todos os argumentos filosóficos, históricos, políticos e jurídicos em favor da liberdade individual podem ser reclamados em oposição a uma

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; *et alii*. *Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do Direito Penal*. p. 92-96.

postura autoritária do Estado. E a formulação de limites ao poder punitivo representa, antes de qualquer coisa, uma opção valorativa pela liberdade individual.

Diante da proliferação dos crimes de perigo abstrato, nos quais se pune a mera desobediência, diante da explosão demográfica nas prisões brasileiras, uma escolha pela liberdade individual se apresenta como instrumento de resistência contra um modelo de estado de polícia e autoritário.

Há na liberdade individual, portanto, um fundamento limitador ao poder punitivo, conforme a tese aqui desenvolvida.

3.3. PROPORCIONALIDADE ESTRITA COMO LIMITE MATERIAL E CONSTITUCIONAL PARA O DIREITO CRIMINAL

3.3.1. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DISCURSO TRADICIONAL PARA UMA NOVA PERSPECTIVA

A maciça maioria da doutrina inclui o princípio da proporcionalidade no rol dos princípios penais. Trata-se da ideia segundo a qual a pena deve ser condizente com a conduta criminosa praticada: a resposta punitiva deve ser proporcional ao delito cometido.

Partindo-se desse preceito, a quantidade de pena privativa de liberdade deve ser adequada à gravidade do crime praticado. Quanto mais grave o crime, maior o tempo privado de sua liberdade o sujeito deve ficar.

Luiz Regis PRADO¹¹⁹ expressa a noção tradicional do princípio da proporcionalidade nos seguintes termos:

Para a cominação e imposição da pena, agregam-se, além dos requisitos de idoneidade e necessidade, a proporcionalidade. Pela adequação ou idoneidade, a sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim). O requisito da necessidade significa que o meio escolhido é indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia. O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige uma ligação valorativa e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstrata* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta.

No pensamento tradicional, os requisitos de adequação e necessidade são interpretados num sentido limitado. Uma reflexão mais crítica leva à conclusão de que a pena (em especial a de prisão) não é meio adequado de prevenção criminal, bem como aponta o quanto é desnecessária a atuação do poder punitivo na maioria

¹¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal: parte geral*. p. 26-27.

das situações onde ele incide, havendo meios certamente mais eficazes e menos gravosos para tanto.

Ocorre que o discurso tradicional admite com facilidade a pena de prisão como meio adequado de prevenção e necessário num amplo campo de incidência das normas penais. Em outros termos, a prisão é normalmente aceita como meio adequado e necessário de prevenção das condutas legalmente previstas como crimes.

Com essa ideia a pena privativa de liberdade resta aceita como resposta padrão por ser sempre possivelmente proporcional em face de todo e qualquer comportamento criminoso. Há com isso, uma legitimação da pena privativa de liberdade como resposta punitiva a ser imposta em regra, como forma de pena padrão no ordenamento jurídico.

Acerca das penas restritivas de direito, é importante notar que elas aparecem em caráter substitutivo à pena privativa de liberdade, e nem sempre as substituem. Veja-se que tal substituição depende de diversos requisitos: quantidade de pena de liberdade imposta, o tipo de crime cometido, algumas das circunstâncias judiciais (conforme artigo 59, do Código Penal) favoráveis, reincidência ou não do acusado, de acordo com o artigo 44, do Código Penal.¹²⁰

¹²⁰ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de

Ou seja, mesmo para tipos penais puníveis em tese com penas restritivas de direito, a pena privativa de liberdade pode ser imposta, diante dos limites de aplicação daquelas.

Prosseguindo na noção tradicional de proporcionalidade, ela também implica numa proporcionalidade das penas entre si. Crimes de gravidade semelhante deveriam possuir penas semelhantes.

Parte da doutrina usa de tal argumento para formular uma crítica interna à legislação penal. Por exemplo, se o sujeito pratica um furto em concurso com outra pessoa o delito passa a ser qualificado, e a pena mínima salta de 01 (um) para 02 (dois) anos de reclusão. Entretanto, no roubo, crime com a mesma natureza patrimonial, o concurso de pessoas importa em um aumento que vai de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade). Há nos respectivos acréscimos decorrentes do concurso de pessoas uma desproporcionalidade entre os crimes em questão.¹²¹

Não se nega a validade dessa crítica, que se reveste obviamente de coerência e acusa vícios presentes em nossa legislação criminal. É inclusive possível ampliar tal crítica. As desproporções em nossa legislação são notórias e não representam casos isolados.

Certos crimes de perigo importam em penas mais severas do que as aplicáveis a determinados crimes de dano. Numerosos são os exemplos dessa natureza, o que pode ser visto na comparação que segue. Um disparo de arma de fogo (pena de reclusão de 1 a 3 anos) acarreta em pena superior ao possível resultado de lesão corporal culposa (detenção de 1 mês a 1 ano) que decorreria de um disparo acidental.

Ainda, se for considerado o bem jurídico, é difícil sustentar que um roubo praticado com o emprego de arma de fogo, sem danos físicos à vítima, cuja pena

liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* - vol. 3. p. 45-49.

ficaria em no mínimo 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, seja mais grave que uma lesão corporal gravíssima que resulte em perda de membro, cuja pena mínima seria de 02 (dois) anos de reclusão.

Entretanto, por mais válida que seja essa ideia de proporcionalidade para acusar as desproporções na legislação penal, ela não alcança o ponto vital da questão. A premissa segundo a qual a privação de liberdade pode ser proporcional a toda e qualquer conduta criminosa é que merece revisão. O que também deve ser levado em conta nessa ponderação é a gravidade da ofensa ao bem jurídico e a gravidade da resposta punitiva. Entre estes dois danos é que normalmente não se encontra qualquer proporcionalidade.

A resposta penal de privação de liberdade é desproporcional à absoluta maioria de crimes presentes em nossa legislação penal. Poucos são os tipos penais nos quais se descreve uma ofensa a um bem jurídico que seja tão grave quanto à privação de liberdade. A começar, deve-se salientar a dificuldade em sustentar que qualquer ofensa que não atinja diretamente a pessoa seja respondida com uma ofensa à pessoa tão grave quanto é a perda da liberdade.

Todo o discurso tradicional sobre a proporcionalidade, por mais crítico que se pretenda, acaba por legitimar a resposta punitiva irrestritamente. Em tal discurso a premissa será sempre a aceitação da privação de liberdade como sempre passível de proporção em relação ao crime praticado. Porém, admitir que a privação de liberdade é uma resposta punitiva sempre adequada é negar a própria ideia de proporcionalidade em si. Mesmo os partidários da Lei do Talião já teriam argumentos contra a visão tradicional da proporcionalidade.

Uma reflexão crítica sobre o pretendido equilíbrio entre meio e fim deve ser feita levando-se em conta os fatores que pesam na ponderação. É o peso atribuído aos argumentos que vai determinar a escolha por um lado ou outro. No caso do exame de proporção entre crime e pena estão presentes a segurança do Estado, de um lado, e os direitos de liberdade individual, de outro. Caso a opção político-criminal seja em favor da segurança do Estado, a ponderação já está determinada em favor do poder punitivo. Além disso, no Direito Criminal há um argumento

amplamente aceito e que privilegia a segurança do Estado: trata-se da pretensa capacidade funcional de proteção do Direito Criminal.¹²²

ALBRECHT¹²³ apresenta essa crítica da seguinte forma:

O equilíbrio entre meio e fim depende do seguinte, quais pesos argumentativos coloca-se nos pratos da balança da proporcionalidade. Se uma lei penal ou medida processual penal é necessária, decide-se conforme qual peso pesa mais: interesses de segurança do Estado ou direitos de liberdade do indivíduo. Se a política coloca a segurança do Estado no ponto central, então a ponderação jurídica, que está ligada com o princípio da proporcionalidade, já está determinada. Onde é atribuído tão grande peso à segurança, o prato da balança deve pender em seu favor. (...)

A proporcionalidade é, portanto, um princípio politicamente muito frágil. Ponderações jurídicas, que formam seu caráter, subordinam-se a preconceitos políticos.

O ponto crucial na ideia de proporcionalidade é levar em conta o fator político na ponderação. Toda análise de proporcionalidade será feita com esses fatores políticos determinando o resultado. Portanto, trata-se de uma escolha política a construção da proporcionalidade como limite ao poder punitivo ou como sua legitimação.

Nesse sentido, ALBRECHT afirma ainda que *“somente então, quando a proporcionalidade encontra uma ideia revivida do Direito Penal libertário, pode efetivamente desenvolver seus fins, de ser ‘limite do limite’ para as intervenções na liberdade”*.¹²⁴

Dentro de uma perspectiva efetivamente limitadora do poder punitivo, e que leve a rigor a noção de proporcionalidade, é necessário construir uma nova concepção de proporcionalidade, que leve em conta os dois bens jurídicos ofendidos: o atingido pela conduta criminosa e o atingido pela pena privativa de liberdade. E mais do que isso, deve estar explícito o argumento político em favor da liberdade individual como escolha valorativa fundamental de um Direito Criminal limitador do poder punitivo.

¹²² ALBRECHT, Peter-Alexis. *Ob. cit.* p. 186.

¹²³ Idem. *Ibidem.*

¹²⁴ Idem. p. 186-187.

3.3.2. PROPORCIONALIDADE E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIO DA IGUALDADE

É no Direito Administrativo que surge o princípio da proporcionalidade, basicamente da ideia de ponderação entre as finalidades a serem atingidas pela atividade estatal e os meios empregados para tanto.

Nesse sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO¹²⁵ leciona:

Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. (manteve-se a acentuação antiga, conforme original)

Também se encontra no Direito Administrativo o fundamento constitucional para o princípio da proporcionalidade, o qual decorre do próprio princípio da legalidade.

Com efeito, é possível fundamentar a proporcionalidade na própria vinculação da administração pública ao princípio da legalidade. Isso porque o ato administrativo desproporcional está em desconformidade com a finalidade da lei, e, portanto, contrário a ela. Com efeito, a legalidade não importa apenas em uma mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, e sim demanda adequação à finalidade que a anima. Diante disso, o fundamento constitucional da legalidade alcança também o princípio da proporcionalidade. Por isso, o artigo 37, em conjunto com os artigos 5º, II, e 84, IV, da Constituição da República¹²⁶, serve de respaldo

¹²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 110.

¹²⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...);

para o princípio da proporcionalidade.¹²⁷

Dessa postura se conclui que o princípio da proporcionalidade, além de consistir num princípio geral de aplicação do direito, como reiteradamente se afirma, possui fundamento constitucional. E por essa razão é possível atribuir um caráter vinculante ao princípio, como norma constitucional positivada.¹²⁸

Além disso, há diversos dispositivos constitucionais que consagram, mesmo que não explicitamente, o princípio da proporcionalidade. Por reclamar um exame analítico de cada dispositivo, e por haver também normas infraconstitucionais da mesma natureza, optou-se por fazer essa abordagem no tópico seguinte. Por oportuno, faz-se aqui a referência a esses dispositivos constitucionais que também servem de base legal para o princípio da proporcionalidade.

Outra razão para se afirmar o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade é o seu respaldo no próprio princípio da igualdade.

A máxima de que todos são iguais perante a lei constitui a expressão consagrada do princípio da igualdade.¹²⁹ Esse é mais um postulado da modernidade e que representou uma bandeira política essencial nas revoluções burguesas.

Vasta é a bibliografia acerca do referido princípio, pois abrangente também é o seu alcance normativo e de sentido. Dessa multiplicidade, um sentido atribuído ao princípio da igualdade possui especial relevância para a tese aqui desenvolvida.

O Estado de Direito que antes se concentrava na igualdade formal passou a assumir um papel promocional dos direitos e garantias fundamentais previstos na

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...);

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...)

¹²⁷ BANDERIA DE MELLO. *Ob. cit.* p. 110-112.

¹²⁸ Também defendendo o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. P. 398-402.

¹²⁹ Conforme artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

nas normas constitucionais. Nesse panorama o papel da constitucionalidade assume maior relevância, e a efetivação dessa constitucionalidade é pautada no princípio da proporcionalidade, de adequação entre a legislação infraconstitucional e os fundamentos constitucionais.

Nesse sentido, Paulo BONAVIDES¹³⁰ afirma:

Aliás, o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade. A revolução constitucional que deu origem ao segundo Estado de Direito principiou a partir do momento em que as declarações de direitos, ao invés de “declarações político-filosóficas”, se tornaram “atos de legislação vinculantes” (...).

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.

E ainda, CANOTILHO¹³¹:

Nos tempos mais recentes tende-se a reforçar a metódica de controlo do princípio da igualdade através do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo). Talvez seja mais correcto dizer que se exige aqui um esquema de fundamentação e controlo conducentes, em termos gerais, aos mesmos resultados obtidos pela utilização do princípio da proibição do excesso em sede de restrição de direitos.

Além disso, em reforço aos argumentos anteriores, veja-se que a ideia segundo a qual situações semelhantes demandam um tratamento jurídico igualitário também importa numa noção de equilíbrio. E ele também deve estar presente entre a situação fática e o tratamento jurídico. Isso implica em dizer que deve haver proporção entre o tratamento jurídico e a situação fática na qual ele incidirá. Em outras palavras, o tratamento desproporcional é também um tratamento desigual.

No âmbito do Direito Criminal, a presente tese reclama uma proporcionalidade efetiva entre os comportamentos criminalizados e a resposta punitiva dada pelo Estado. Havendo desproporção nessa resposta há uma situação

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.* p. 399;434.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* p. 1162.

de desigualdade.

Por fim, constado o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade, deve ser reconhecido o seu caráter normativo vinculante. Daí se afirmar que a aplicação do princípio da proporcionalidade possui fundamento jurídico e, em especial, constitucional.

3.3.3. DEMAIS FUNDAMENTOS NORMATIVOS PARA O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como visto, a noção de proporcionalidade encontra amparo num tratamento jurídico que esteja embasado na igualdade. O tratamento desproporcional é também desigual. Tomada a igualdade como um valor historicamente consolidado, e que o Direito incorpora como premissa fundamental, é a proporcionalidade uma consequência de uma disciplina jurídica que se pretende igualitária.

Encontra-se, portanto, fundamento para a proporcionalidade no próprio valor da igualdade. Entretanto, não é apenas esse fundamento histórico, político e jurídico-constitucional que dá substrato ao princípio da proporcionalidade. É possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro uma lógica que tende a um tratamento proporcional.

Em nossa Constituição e legislação em geral há diversos dispositivos que consagram a proporcionalidade como critério, em reforço ao seu fundamento no princípio da igualdade. É evidente que uma análise minuciosa de toda a legislação pátria além de pecar pelo excesso de ambição pecaria pela falibilidade. Tais óbices não impedem, entretanto, que se identifiquem alguns dispositivos constitucionais e da legislação penal que tomam como critério o princípio da proporcionalidade.

O artigo 5º, inciso V, da Constituição da República, prevê que a resposta será proporcional ao agravo: “*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem,*”.

A individualização da pena, que deve ser proporcional à medida da culpabilidade, também está prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da

República: “a lei regulará a individualização da pena (...)”.

No que tange ao trabalho, a Constituição da República, em seu artigo 7º, inciso IV, prevê um salário mínimo que seja proporcional às necessidades mais básicas do trabalhador: “*salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*”.

Ainda a respeito do trabalho e do salário, a Constituição da República, em seu artigo 7º, inciso V, prevê que o piso salarial deve ser proporcional ao trabalho: “*piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;*”.

Ao tratar da intervenção em Estados ou Municípios, a Constituição da República, em seu artigo 36, § 3º, igualmente toma como critério o princípio da proporcionalidade: “*Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.*”

A formação da Câmara dos Deputados obedece ao critério proporcional, conforme previsto no artigo 45, caput e seu § 1º, respectivamente, da Constituição da República: “*caput - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e do Distrito Federal. § 1º - O número total de deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população (...)*”.

A previsão de aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, para os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações respectivas está prevista no artigo 4º, da Constituição da República.

Por fim, a Constituição da República também prevê, em seu artigo 145, § 1º, que o tributo deve ser proporcional à capacidade econômica do contribuinte: “*Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados*

segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)”.

O que se conclui daí é que o direito segue uma orientação que busca a proporcionalidade. Mais do que um princípio ou norma, positivado ou não, o princípio da proporcionalidade aparece no direito como um critério geral e que o orienta. O tratamento jurídico busca a proporcionalidade, e também a respalda em suas normas. Há, portanto, uma lógica de busca da proporcionalidade no ordenamento jurídico contemporâneo.

3.3.4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ESTRITA COMO LIMITE MATERIAL E CONSTITUCIONAL AO PODER PUNITIVO

O que a tradição jurídica convencionou chamar de princípio da proporcionalidade é antes de tudo uma ideia legitimadora da privação de liberdade como resposta punitiva padrão para todo e qualquer comportamento criminoso. Nesse pensamento, a proporção que se pretende estabelecer é sempre entre a gravidade do crime cometido e a quantidade de privação de liberdade correspondente a ser imposta ao autor do crime. Isso pressupõe que a privação de liberdade sempre é passível de ser proporcional à conduta criminosa punida.

Fica claro nessa perspectiva que a noção de proporcionalidade não se impõe como limite ao poder punitivo, e sim como sua legitimação. Isso porque se trata a privação de liberdade como uma resposta punitiva padrão e sempre possivelmente adequada. Porém, ao se ampliar a noção de proporcionalidade, vendo-a numa perspectiva de comparação entre os bens jurídicos, é possível romper com esse pensamento tradicional. O questionamento que se apresenta é se a privação de liberdade pode ser sempre proporcional ao comportamento criminoso a ser punido.

Quando se trata, por exemplo, de um crime contra o patrimônio, e cometido sem grave ameaça ou violência contra a pessoa, a privação de liberdade como resposta punitiva consiste num dano sensivelmente mais grave que aquele a ser punido. E nisso não há proporcionalidade, pois o bem jurídico ofendido com a pena é mais relevante que o bem jurídico ofendido com a conduta criminosa.

E tal comparativo, entre liberdade e patrimônio, prevalecendo este último, não possui nada de teórico ou abstrato. Suas consequências podem ser vistas num dado concreto da realidade carcerária. Uma parcela expressiva da população carcerária brasileira é formada por autores de crimes patrimoniais cometidos sem grave ameaça ou violência contra a pessoa. Mais precisamente, na população carcerária masculina tal proporção ultrapassa os 20% (vinte por cento).¹³² Portanto, vê-se que a liberdade individual muitas vezes se vê perdida por crimes que atingem exclusivamente o patrimônio, sem qualquer dano à pessoa.

Nesse ponto, é oportuno reexaminar a noção de ofensa a um bem jurídico. A doutrina em geral estabelece um conceito material de crime como ofensa a um bem jurídico. Seja a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a conduta criminosa atinge algum valor considerado como bem jurídico. Ocorre que a imposição da pena por excelência também representa uma ofensa a um bem jurídico específico: a liberdade individual. Quem está preso está sendo privado de sua liberdade, e isso, a despeito da legitimidade atribuída à prática, é uma ofensa a um bem jurídico. Tanto que o argumento do estrito cumprimento do dever legal é utilizado a fim de descaracterizar o caráter ilícito da prisão efetuada por algum agente público.

Logo, se o crime é uma ofensa a um bem jurídico a pena também o é. E quando o bem jurídico ofendido pela conduta criminosa representa um dano menor que a ofensa a liberdade individual, a pena privativa de liberdade se mostra sempre como uma resposta desproporcional. A tese aqui defendida vem como resposta a essa desproporção.

Como ponto de partida, deve-se considerar a pena jurídica/estatal como mera realidade punitiva. Ou seja, os comportamentos punitivos simplesmente existem para além do Estado e do direito. E não se apresenta como factível a possibilidade de completa eliminação das práticas punitivas, cabendo ao direito simplesmente trabalhar com essa realidade.

Em oposição à postura preventiva do discurso tradicional, que privilegia as

¹³² Dados disponíveis em <http://portal.mj.gov.br>

práticas punitivas, construíram-se ao longo do texto argumentos favoráveis a uma função limitadora das práticas punitivas por meio do Direito Criminal.

Considerando-se a pena como mera realidade punitiva, como fato social que reclama uma resposta limitadora do Direito Criminal, propõe-se uma noção de proporcionalidade estrita exatamente para atender a esse propósito. O objetivo aqui delineado para o Direito Criminal é limitar o poder punitivo, e para tanto se estabelece uma nova concepção para o princípio da proporcionalidade.

A proposta de proporcionalidade estrita da presente tese consiste em se admitir a pena privativa de liberdade apenas para condutas criminosas tão graves quanto a própria perda da liberdade. Para essa ponderação deve ser levada em conta a ofensa ao bem jurídico na conduta criminosa em ponderação com a pena de prisão. Mais precisamente, apenas para ofensas a bens jurídicos equivalentes ou mais relevantes que a liberdade individual se admitiria a prisão como resposta punitiva.¹³³

Somente assim a pena de prisão poderia ser vista como resposta proporcional ao crime praticado, o que atribui um significado completamente novo para a ideia de proporcionalidade.

Como consequência desse critério de proporcionalidade, haveria uma radical contração no âmbito de incidência da pena de prisão. A aplicação do princípio da proporcionalidade estrita aceitaria a pena de prisão para os crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade individual e contra a dignidade sexual. Em suma, apenas caberia a pena de prisão para os crimes contra a pessoa.

Somente nos crimes que contemplam esses bens jurídicos a pena de prisão pode ser uma resposta proporcional. Deve-se, por óbvio, levar em conta também a gravidade da ofensa a esses bens jurídicos. Não seria proporcional a pena de prisão para uma lesão corporal leve, por exemplo. Aliada à comparação entre os bens jurídicos envolvidos (o ofendido com o crime e o ofendido com a

¹³³ Uma proposta nesse mesmo sentido pode ser vista em: BRICOLA, Franco. *La discrezionalità nel diritto penale*. Este autor também propõe a criminalização apenas de condutas cuja ofensa seja equivalente ou superior à perda da liberdade.

pena), deve haver também o comparativo entre a gravidade da ofensa em si.

Deve-se salientar, ainda, que o princípio da proporcionalidade estrita não fornece respostas matematicamente precisas. A ponderação entre a gravidade da conduta criminosa e a gravidade da pena de prisão possui alguma margem de indeterminação. Importante ressaltar, porém, que nos termos até aqui propostos a dúvida deve se resolver sempre em favor da liberdade individual e contra o poder punitivo.

Embora essa ponderação não seja precisa, a própria legislação penal pode servir como parâmetro: se a pena de prisão aplicável ao crime for inferior à pena do crime de cárcere privado, que é o comparativo mais preciso com a pena de prisão, conclui-se que a ofensa ao bem jurídico na conduta criminal é menos grave que a ofensa consistente na pena de prisão.

E quanto aos demais comportamentos previstos como crimes, esses ficariam a cargo de outras formas de solução jurídica, notadamente cíveis e administrativas. Trata-se da mesma proposta defendida pelo abolicionismo penal moderado: relegar para instâncias não punitivas (e com mais chance de bons resultados) a maior parte das situações problemáticas que atualmente são tratadas como crimes.

E se afirma a supressão desse âmbito de criminalização porque o princípio da proporcionalidade estrita é um comando constitucional, e, portanto, vinculante para o legislador e para o juiz. O princípio impõe limites à atividade legislativa de criminalização e também serve como fundamento jurídico de decisão pela inconstitucionalidade da absoluta maioria dos tipos penais previstos em nossa legislação.

E além de ser uma norma com fundamento constitucional, o princípio da proporcionalidade estrita representa ainda um referencial material de limitação para o poder punitivo. Constatada a falibilidade da legalidade como critério limitador formal, a construção da proporcionalidade estrita como critério material e ainda previsto no ordenamento jurídico se apresenta como uma proposta limitadora mais eficaz, e também de viável aplicação jurídica.

Por fim, a proposta aqui defendida é bastante ousada em termos de

mudança de perspectiva para o Direito Criminal, e por isso se reconhece os seus limites. Não há tese jurídica ou política que possa superar sozinha as concepções da comunidade jurídica. A barreira mais difícil de ser superada é a ideologia punitivista que permeia a sociedade e, conseqüentemente, a comunidade jurídica.

O reconhecimento dessas barreiras, porém, não importa em negar a viabilidade política e jurídica da tese aqui proposta. Ela constitui um instrumental teórico que permite uma nova forma de pensar e aplicar o Direito Criminal. Essa novidade não consiste tanto na originalidade das ideias aqui expressas, e sim no arranjo feito com elas. Tampouco a proposta de limitação em si é completamente original, mas se construiu ao longo do texto uma combinação de pensamentos cujo produto é uma nova proposta.

CONCLUSÃO

Narrar a história da prisão é descrever sofrimento, violência e exclusão. Desde a sua gênese como pena até os dias atuais ela é marcada indelevelmente por tais mazelas. Trata-se de uma realidade brutal e que distribui malefícios de forma desigual. Isso, porém, não impede a constante tentativa de legitimar a prisão como um mal necessário para um bem maior. Mesmo que seja visível a degradação humana produzida e reproduzida pela prisão há os que insistem em defendê-la. E disso surgem os discursos que ora são tomados como tradicionais.

Seja em um argumento humanista de recuperação do delinquente ou na propagação da neutralização de um inimigo, a prisão encontra um abrigo discursivo que pretende legitimá-la. E mais, na atualidade os discursos acadêmicos entram em sintonia com um senso comum bastante enraizado: alguns indivíduos, aos quais se nega o status de cidadão, devem ser efetivamente excluídos em nome de uma hipotética segurança dos demais; há os que não são dignos de inserção. E do jargão popular que diz “bandido bom é bandido morto” ao discurso acadêmico da “neutralização dos inimigos” a distância consiste apenas em sofisticação teórica. Em ambos a segregação/eliminação é o foco.

Com isso, a academia, o meio político e a massa reprodutora do senso comum reúnem esforços em segregar/eliminar (e não mais inserir/recuperar) aquela parcela indesejável da população. Abandona-se uma postura profilática e se assume uma postura bélica. E a prisão se consagra como a principal arma nessa guerra social contra aqueles que podem ser considerados pobres num sentido amplo (os que se encontram numa condição social desfavorável, seja sob os aspectos econômico, étnico, racial, cultural, comportamental, etc.).

Nesse quadro, assumir um discurso contrário à prisão é antes de qualquer coisa vir em defesa do ser humano. O dilema que se encontra aí é justamente a postura a assumir diante da segregação provocada pela prisão: ou se aceita isso como algo normal, numa postura nitidamente bélica, ou se defende o ser humano de forma intransigente, numa postura inclusiva. Aceitar que alguns, já desfavorecidos socialmente, devem ser jogados na fogueira pelo bem estar dos demais é negar aqueles valores que se consagraram como humanismo. Aceitar a segregação é e

em certa medida abdicar de uma solidariedade que nos torna justamente humanos. A vida de cada indivíduo é interdependente com os demais, por isso é um paradoxo que o ser humano, como ser social que é, sinta-se tão à vontade em assumir uma postura egoísta e predatória. A escolha talvez consista em o homem ser lobo do próprio homem ou não.

Em suma, opor-se à prisão é privilegiar o ser humano como centro e medida de todas as coisas, como valor essencial. Trata-se de reconhecer que como ser social o ser humano deve preservar alguma alteridade. E por mais utópica e poética que essa postura possa soar é de se reconhecer que já produziu resultados. É inegável que posturas humanistas serviram à conquista de alguma inclusão social, é inegável que a defesa do ser humano já serviu para corrigir diversas mazelas sociais e injustiças. A história está repleta de exemplos em que o humanismo serviu como força motriz para mudanças reais e concretas, promovendo efetivamente o ser humano e lhe conferindo o valor devido.

Nesse embate entre a defesa da prisão e a defesa do ser humano, assumida uma postura em favor deste se vai denunciar aquela. E o que se pode afirmar de mais contundente como denúncia contra a prisão é que mesmo no seu propósito de neutralização de um inimigo ela é falível. A prisão não serve, nunca serviu, nem nunca servirá para propiciar segurança. O máximo que ela propicia é uma sensação de segurança, absolutamente ilusória. Trata-se de um legítimo ouro de tolo, pois em realidade a prisão apenas produz e reproduz mazelas sociais. Compra-se uma ilusão que apenas provoca mal.

Dá-se ênfase a uma crítica utilitária contra a prisão porque é justamente o utilitarismo que reiteradamente é invocado para lhe conferir legitimidade. Há situações em que é necessário jogar com as armas do adversário. E num campo de análise utilitarista, de custo benefício, a prisão não se sai bem. Ao se colocar na balança os ilusórios benefícios que ela pretende em contraste com as reais mazelas que ela provoca, o equilíbrio vai pender sempre contra a prisão.

Embora sejam variados e consistentes os argumentos contra a prisão, muitas vezes na arte se encontra uma eloquência que não é própria do pensamento acadêmico. Em uma canção sobre a prisão de San Quentin, localizada na Califórnia, nos Estados Unidos, Johnny Cash exprime com precisão matemática o que a prisão

é – um mal¹³⁴:

San Quentin, você tem sido viver no inferno para mim.
 Você me hospeda desde 1963.
 Já vi eles vindo e indo e já os vi morrendo
 E há muito tempo parei de me perguntar "por quê?"

San Quentin, eu odeio cada pedaço seu.
 Você me cortou e me deixou cicatrizes por dentro
 E eu vou sair um homem mais sábio e fraco
 Senhor congressista, por que você não entende?

San Quentin, que bem você acha que faz?
 Você acha que seria diferente quando acabasse?
 Você fez meu coração, minha mente e, talvez, até minha alma.
 E suas paredes deixaram meu sangue um pouco mais frio.

San Quentin, você pode apodrecer e queimar no inferno.
 Que suas paredes caiam e eu viva para contar
 Que o mundo todo esqueça que você existiu
 E que todo mundo se arrependa
 Pois você não fez bem nenhum

San Quentin, você tem sido viver no inferno pra mim.

Há, portanto, razões humanistas e razões práticas (utilitárias) para se insurgir contra a prisão. E some-se a isso outro aspecto. Contemporaneamente há uma dificuldade em se pensar uma sociedade sem prisões, como se ela fosse um elemento natural da sociedade. Ocorre que nem sempre as prisões existiram como pena. Antes da modernidade, a prisão era um mero estágio que precedia os castigos

¹³⁴ Tradução livre da letra original, em inglês: San Quentin, you've been livin' hell to me/You've hosted me since nineteen sixty three/I've seen 'em come and go and I've seen them die/And long ago I stopped askin' why/San Quentin, I hate every inch of you./You've cut me and have scarred me thru an' thru./And I'll walk out a wiser weaker man;/Mister Congressman why can't you understand./San Quentin, what good do you think you do?/Do you think that I'll be different when you're through?/You bent my heart and mind and you may my soul,/And your stone walls turn my blood a little cold./San Quentin, may you rot and burn in hell./May your walls fall and may I live to tell./May all the world forget you ever stood./And may all the world regret you did no good./San Quentin, you've been livin' hell to me.

corporais, de banimento, de trabalhos forçados, de morte, mas não era o castigo (a pena) em si. Um exame histórico mostra que há uma variedade de comportamentos punitivos, e que eles sempre estiveram presentes no comportamento social, mas nem sempre tiveram a prisão como padrão. A prisão é, portanto, um elemento artificial na sociedade, que foi elaborado e institucionalizado em determinado momento histórico. Historicizar a prisão serve para evitar o equívoco de pensá-la como algo inarredável do contexto social. Acusar a artificialidade de prisão em face de uma tendência a lhe naturalizar permite um horizonte de pensamento mais amplo, no qual alternativas podem ser encontradas.

Se já existiu uma sociedade sem prisões é possível pensar que ela possa existir dessa maneira. É justamente com esse norte que o pensamento abolicionista trabalha.

Objetivando a radical contração do sistema punitivo e/ou a sua eliminação, com isso privilegiando outras instâncias de resolução dos problemas sociais, o abolicionismo representa o principal discurso contemporâneo contra a prisão. Importa ressaltar que essa proposta não objetiva uma sociedade sem controle, ou o desaparecimento de toda e qualquer censura. Ocorre que outros métodos de controle social podem ser mais eficazes e menos danosos que a prisão. E nisso o abolicionismo representa um campo fértil para se pensar alternativas à prisão como resposta para as questões nas quais ele atua de forma débil e com efeitos colaterais extremamente indesejáveis.

Não se pretende com isso uma solução mágica. E o pensamento abolicionista, como proposta aberta e em construção, possui limites que a teoria criminológica necessita resolver se pretende algum resultado contra a prisão. Para que o pensamento abolicionista produza consequências práticas esses limites precisam ser enfrentados e propostas devem ser formuladas para superá-los.

Em primeiro lugar, deve-se assinalar que as propostas abolicionistas possuem um caráter essencialmente político e teórico. Embora sejam de grande valor nesses campos e aí o embate também seja necessário, há uma carência de mecanismos jurídicos que possam ter consequências práticas mais imediatas. Ou, em outros termos, há pouco a se fazer fora do campo político e teórico quando se assume um posicionamento abolicionista. Na dinâmica cotidiana do ordenamento

jurídico e do sistema punitivo uma atuação abolicionista encontra barreiras de difícil transposição. É difícil imaginar um juiz deixando de impor a pena privativa de liberdade, tendo êxito nisso, por entendê-la como um mal a ser eliminado da sociedade. Juridicamente o abolicionismo não oferece ferramentas suficientes para uma realização significativa de seus propósitos.

O que se afirma com isso é a necessidade de criação de mecanismos jurídicos que possam desempenhar um papel abolicionista. Embora não seja tarefa simples, a postura abolicionista reclama a transposição de seus argumentos políticos e teóricos para o mundo do Direito. Assumir uma postura político-criminal contrária à prisão demanda meios jurídicos que também se oponham à prisão, pois o Direito é um espaço privilegiado no que tange à questão criminal. Trata-se de atuar no campo onde o jogo é jogado, agir onde resultados mais imediatos possam acontecer.

A tese aqui formulada se insere justamente nesse contexto. A proposta de se restringir a resposta prisional para ofensas tão ou mais graves que a perda da liberdade serve como mecanismo de radical contração do sistema punitivo. E os fundamentos invocados para tanto possuem respaldo jurídico. Numa perspectiva mais imediata e prática, restringir drasticamente a incidência da pena de prisão com respaldo jurídico é um passo necessário para qualquer projeto abolicionista, e nesse caminho está o trabalho aqui desenvolvido.

Outro problema ainda a ser considerado numa postura abolicionista são os possíveis efeitos colaterais de uma despolitização das práticas punitivas. Embora a atuação do Estado no manejo da prisão seja passível de todas as críticas formuladas até aqui, é relevante indagar se a retirada do Estado da cena punitiva seria o melhor caminho. Essa é uma questão cuja resposta é de vital necessidade caso se pense uma perspectiva abolicionista, pois as consequências podem ser bastante diferentes do que o esperado.

O receio consiste em perceber que se o Estado recuar no monopólio do exercício punitivo nada impede que outras instâncias assumam esse papel. Algo que é perfeitamente factível de acontecer é uma modificação das práticas punitivas sem que elas sofram contração. Independente da prisão ou das formas estatais de exercício do poder punitivo ele é exercido na sociedade. Há uma independência entre as práticas punitivas e o Estado/Direito. Logo, uma proposta abolicionista que

pretenda evitar eventuais recrudescimentos punitivos deve levar em conta que o Estado talvez seja, ainda, a única instância viável de controle sobre as práticas punitivas.

Ainda, considerando-se que o exercício do poder, incluso o poder punitivo, tende ao excesso, é desejável que haja mecanismos de controle. E é no ambiente público que se pode construir tal controle. A despeito de sua falibilidade, ainda é o Estado que parece mais confiável no desempenho de certas tarefas. Os meios privados (em especial o mercado) tendem a abusos maiores que o Estado.

A temática entre o público e privado ainda é atual, em especial quando se percebe que a contração do Estado em regra permite que o mercado assuma o controle de espaços que antes eram públicos, e nisso as desigualdades se acentuam e se promove exclusão. Enquanto no Estado todos são cidadãos, no mercado só tem voz os que podem ser consumidores. O mercado nada faz por aqueles que não podem consumir, o que implica em exclusão social. Para quem objetiva uma sociedade inclusiva e que possua pretensões de promoção de bem estar para todos, o lugar do “público” ainda é necessário.

Por fim, não parece razoável esperar num futuro próximo que a sociedade abdique da prisão como pena. Não há um ambiente político-criminal que permita essa expectativa. Do contrário, a postura político-criminal mais em voga é punitivista e defensora da prisão. Com tal realidade é que se deve trabalhar.

Ora, se não é possível esperar pela eliminação da prisão é contra a sua ampla incidência que se deve atuar. Disso se afirma que a tarefa mais premente é construir mecanismos que se insurjam contra prisão. E para tanto é necessário jogar dentro das regras do jogo, ou seja, conforme as normas jurídicas. Enquanto tais regras não mudam, é no campo jurídico que se encontram as chances mais viáveis de se fazer algo em oposição a uma cultura prisional. Ou seja, na atual conjuntura a estratégia mais factível contra a prisão é o uso do Direito como ferramenta de controle do poder punitivo.

É necessário elaborar mecanismos que possuam algum efeito prático contra o uso indiscriminado da prisão. E para essa tarefa se objetiva construir uma perspectiva jurídica que refunde os postulados modernos de limitação ao poder

punitivo. O propósito limitador do ordenamento jurídico não é uma proposta nova, como se sabe. Também não é um objetivo que se possa considerar realizado. Mas tal proposta pode ser renovada em outros postulados. É nessa perspectiva que se encontra no Direito Criminal uma função legítima possível.

Entre a pretensão inviável de proteção de bens jurídicos por meio da pena como forma de legitimar o Direito Criminal e os limites do abolicionismo, a tese proposta é de buscar a legitimidade do Direito Criminal na necessária limitação ao poder punitivo.

De forma esquemática e sintética, a espinha dorsal da tese formulada pode ser apresentada na estrutura de ideias expostas a seguir.

O desenvolvimento da tese tomou como premissas:

- a) A desconstrução do discurso tradicional sobre as funções do Direito Criminal;
- b) O caráter discursivo das funções atribuídas pela teoria jurídica ao Direito Criminal e a possibilidade de outro consenso;
- c) Os limites de uma desestatização das práticas punitivas;
- d) A pena como mera realidade punitiva, em dissociação da função do Direito Criminal;
- e) O caráter político da pena e do Direito Criminal.

Na proposta de um Direito Criminal que desempenhe uma função de limite ao poder punitivo, algumas premissas são necessárias.

Como primeira premissa se impõe o abandono dos discursos tradicionais. Sua desconstrução serve para mostrar o quanto as teorias ou estão equivocadas ou pretendem legitimar posturas de exclusão social.

O exame crítico das teorias preventivas clássicas (prevenção geral negativa e prevenção especial positiva) mostra o abismo entre elas e a realidade penal. Por isso não servem como modelos explicativos. Da mesma forma, os propósitos preventivos dessas teorias não são realizáveis. Disso se conclui que são perspectivas refutáveis.

No que diz respeito às teorias preventivas contemporâneas (prevenção geral positiva e prevenção geral negativa) o processo de desconstrução é outro. É necessário reconhecer que tais discursos possuem algum acerto enquanto modelos explicativos do poder punitivo. Para tais discursos se contrapõe o argumento de que eles pretendem legitimar as desigualdades sociais, justificar a segregação seletiva pela prisão numa sociedade já excludente por si mesma. Aqui o argumento não vai contra o equívoco teórico, mas contra a convergência entre realidade e teoria numa ideia de sociedade excludente.

Como segunda premissa se apresenta o caráter discursivo das funções atribuídas ao Direito Criminal. E como discurso, ele depende justamente de premissas que lhe sustentem. Ocorre que desconstruídas as premissas do discurso tradicional ele também se mostra como falível. E mesmo as teorias preventivas contemporâneas ainda se valem de uma premissa utilitarista que pode ser refutada. Por mais correspondência que tais teorias encontrem na realidade punitiva a desconstituição dessa premissa utilitarista serve para mostrar a falácia também dessas teorias.

Como terceira premissa se constata que as práticas punitivas independem do Estado e do Direito. Com isso, uma proposta abolicionista deve enfrentar o problema da desestatização das práticas punitivas. Conforme já se viu, o espaço público ainda se mostra como possível meio de controle do poder punitivo, e mesmo que se eliminem as prisões a pena pública ainda se mostra um mal menor.

Como quarta premissa se trabalhou a pena como mera realidade punitiva, como uma prática social que pode ser dissociada do Estado e do Direito Criminal. Sendo coisas distintas, e não sendo atribuída nenhuma função utilitarista à pena, ao Direito Criminal se sugere um papel diverso, de controle sobre o poder punitivo.

Como quinta premissa se destacou o caráter político da pena e do Direito Criminal. E sendo realidades políticas, comportam escolhas valorativas. No que tange a questão criminal, as opções são privilegiar o poder punitivo (o que importa também em optar por uma postura de exclusão social) ou privilegiar a limitação ao poder punitivo (o que importa também em uma postura humanista). A tese aqui desenvolvida promove a defesa desta segunda opção.

E dado esse caráter político/valorativo da pena e do Direito Criminal, uma escolha que prime pela limitação ao poder punitivo demanda fundamentos que a sustentem. Tais fundamentos objetivam justificar a escolha feita, seja pela sua necessidade, por representar uma conquista histórica, por visar objetivos históricos ainda não realizados ou porque consagra um valor fundamental para a sociedade. Respectivamente, além das premissas antes formuladas, foram indicados como fundamentos para uma função limitadora do Direito Criminal:

- a) A necessidade de limites frente a uma tendência ao excesso no exercício do poder punitivo;
- b) Os direitos humanos como limitação ao poder punitivo;
- c) O ideal limitador do discurso clássico do Direito criminal como promessa da modernidade ainda realizável;
- d) A liberdade individual com escolha valorativa do Direito Criminal.

O primeiro fundamento parte da constatação que todo poder tende ao excesso. As experiências históricas de poder sem limites que lhe contenham são sempre um relato de excessos, abusos, arbitrariedades. Além disso, a estrutura capilar do poder lhe dificulta o controle. Ele se encontra difuso na estrutura das relações sociais, e onde está ele se exerce. Tudo isso leva à conclusão de que o exercício do poder convida ao excesso. E o excesso reclama limite. No que concerne ao poder punitivo, o Direito Criminal pode exercer tal função limitadora, desde que seja postulado para essa finalidade, como nos termos aqui delineados.

O segundo fundamento se vale dos direitos humanos, que representam uma conquista histórica em prol da liberdade individual em face ao exercício do poder do Estado. Apesar das dificuldades decorrentes de sua abstração e da ausência de mecanismos eficazes que lhe implementem, os direitos humanos são norma incorporada ao ordenamento jurídico, e por isso devem ser postos em vigência. E o seu papel limitador do poder demanda uma postura jurídica correspondente, que deve postular no Direito Criminal uma função também limitadora.

O terceiro fundamento está numa promessa histórica ainda não realizada. Trata-se do postulado moderno segundo o qual o Direito Criminal seria um limite ao

poder punitivo. Embora essa promessa da modernidade não tenha sido realizada, há nela um valor a ser resgatado e refundado sobre novas premissas. O projeto político da modernidade pode ser criticado sob vários aspectos, mas o seu caráter humanista merece crédito. O resgate dos valores humanistas se mostra necessário em especial diante de certas posturas político-criminais contemporâneas, as quais relativizam esses valores.

O quarto fundamento destaca a liberdade como escolha valorativa consagrada pelo ordenamento jurídico e que deve orientar o Direito Criminal. E no que tange à liberdade individual, trata-se de uma escolha valorativa fundamental, que constitui importante pilar jurídico e político para o Estado de direito. E uma opção política e jurídica pela liberdade individual importa também em uma escolha por limites ao exercício do poder. Em outros termos, a liberdade, como valor político e jurídico consagrado deve ser respeitada com limites ao exercício do poder, principalmente na sua forma mais aguda que é o poder de punir.

A partir dessas premissas e fundamentos, formulou-se uma nova concepção para o princípio da proporcionalidade, ora pensado de forma estrita: apenas para ofensas mais graves ou equivalentes à perda da liberdade é admissível e pena de prisão, como mera realidade punitiva.

A construção desse princípio se fez com fundamento na Constituição da República e como critério material de limitação ao poder punitivo.

Embora a doutrina aceite amplamente o princípio da proporcionalidade no Direito Criminal, é necessário acusar que a sua concepção diverge da ideia de proporcionalidade.

O pensamento tradicional define o princípio da proporcionalidade como um ajustamento entre a conduta criminosa e a resposta punitiva. O objetivo é definir um *quantum* de privação de liberdade que deve corresponder ao crime praticado. Ocorre que em regra a privação de liberdade é uma resposta desproporcional frente à ofensa ao bem jurídico praticada com a conduta criminosa. Não há proporção quando a resposta punitiva representa um dano drasticamente maior que aquele a ser punido. Disso se afirma a incongruência entre o princípio penal (tradicional) da proporcionalidade e a própria noção de proporcionalidade.

Em reforço a essa ideia, mesmo uma criança entende que desferir um soco em outra que lhe xingou é exagero. Ao menos é assim que recomendam os padrões educacionais que normalmente são dados na infância. Esse senso comum acerca da proporcionalidade parte de uma ideia de equilíbrio. Nesse mesmo sentido está a noção matemática, na qual a proporcionalidade é uma relação entre grandezas. Ou seja, proporcionalidade é uma ideia relacional de equilíbrio entre duas coisas.

Não há como ver tal relação de equilíbrio entre a prisão e a absoluta maioria das condutas criminosas previstas na legislação. Como exemplo, a pena privativa de liberdade frente aos crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça é flagrantemente desproporcional, pois subtrai parte da vida de alguém como resposta a um prejuízo de ordem material. Não há como estabelecer uma relação de equilíbrio entre tais grandezas: pessoa e patrimônio.

Da constatação que o conceito penal de proporcionalidade é qualquer coisa menos uma ideia de proporção se parte para outra definição do princípio da proporcionalidade. O objetivo é uma concepção de proporcionalidade que estabeleça uma relação de equilíbrio entre a conduta criminosa e resposta punitiva.

Com essa ideia de proporcionalidade não se pretende legitimar o exercício do poder punitivo, mas lhe impor limites. Tomando as práticas punitivas como um comportamento social independente do Direito ao menos é possível lhe impor limites. Em outros termos, já que a punição é uma prática social ela deve ser controlada, restrita a limites determinados. O que se objetiva com isso é coibir os excessos do ato punitivo, cujos efeitos colaterais são demasiado prejudiciais e conhecidos: a reprodução da violência.

Em reforço aos argumentos anteriores, também deve se reconhecer que a ideia de proporcionalidade está consagrada em uma grande quantidade de normas jurídicas positivadas. Há uma lógica proporcional na legislação. Disso se afirma que embora não haja uma norma explicitando a proporcionalidade ela pode ser extraída do ordenamento jurídico como princípio.

E mais do que isso, a Constituição da República também respalda o princípio da proporcionalidade. Ele aparece como desdobramento dos princípios da legalidade e da igualdade. Mais do que uma adequação meramente formal perante a

lei, a atuação estatal deve ser materialmente legal, e isso impõe proporcionalidade entre ela e as finalidades que animam a norma. Ainda, um tratamento que se pretenda igualitário também demanda proporcionalidade, pois o que é desproporcional é também desigual.

A necessidade de uma concepção jurídico-penal do princípio da proporcionalidade que contemple efetivamente a proporção como critério e os seus fundamentos jurídicos culminam na proposta da presente tese: a pena privativa de liberdade apenas pode ser imposta para condutas tão ou mais graves que a própria perda da liberdade.

Consagrando um parâmetro ético segundo o qual a resposta a uma ofensa não pode consistir em ofensa mais grave ainda, formula-se essa nova proposição de proporcionalidade. Pretende-se com isso a construção de um novo argumento jurídico que contemple uma simples regra social incorporada ao senso comum. Dizer que a desproporção na resposta é inaceitável é um postulado facilmente aceitável.

Ocorre que o pensamento jurídico muitas vezes se encontra divorciado das regras mais simples do convívio social. A problematização teórica muitas vezes distorce e complica o que é simples. Considerando que a regra da proporcionalidade é socialmente aceita de forma quase irrestrita, causa espanto que no pensamento jurídico-penal essa concepção seja tão distorcida. O cerne da questão, a originalidade da proposta, consiste justamente em corrigir essa distorção, colocando o princípio da proporcionalidade em seu eixo. Para isso se apresentaram os argumentos aqui defendidos, num arranjo teórico novo para buscar um objetivo tão antigo: uma função limitadora que legitime o Direito Criminal.

Daí se concluir que a tese desenvolvida apresenta um argumento que pode legitimar o Direito Criminal, não com propagador do poder punitivo, e sim como meio de limitação dessa realidade punitiva.

Resta claro que o objeto aqui delineado é de caráter prescritivo. Não foi promovida uma abordagem exclusivamente descritiva da questão criminal. Trata-se de uma nova proposição para o Direito Criminal que possa realizar um objetivo tão caro para aqueles que se insurgem contra os excessos inerentes ao exercício do poder. Dizer que o Direito Criminal não representa limite ao poder punitivo é uma

constatação acertada. Dizer que ele não pode exercer um papel limitador significa excluir sumariamente uma possibilidade factível, e também importa em renunciar a tal objetivo numa seara de capital relevância: o Direito.

Tal factibilidade não significa que se trate de tarefa simples. Do contrário, a insurgência contra a prisão encontra uma resistência ferrenha em preconceitos tão arraigados que são tomados como verdades absolutas. O terreno do embate contra as mazelas da prisão é árido, inóspito, hostil. Apesar dessas dificuldades o embate se faz necessário, pois a oposição aos excessos do poder e a defesa dos postulados humanistas nos permite resgatar, ainda que num anseio pessimista, algum altruísmo que nos torna humanos.

BIBLIOGRAFIA

AGULLA, Juan Carlos. *Teoría sociológica: sistematización histórica*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba – Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris, 2010.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. Petrópolis: Vozes, 1999.

ANDRADE, Verda Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. In Revista Seqüência (publicação do programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC)(52). Florianópolis: UFSC, 2006.

ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. Guarulhos: Editora Acadêmica, 1997.

BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARRETO, Tobias. *Fundamentos do direito de punir*. In Revista dos Tribunais (727). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Diffíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Edição Saraiva, 1964.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. E-book: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Vol. I. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

BILIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

_____. *Tratado de direito penal: parte especial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRICOLA, Franco. *La discrezionalità nel diritto penale*. Milão: A. Giuffrè, 1965.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho penal*. Vol. I. Trad. e prólogo de Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vols. I e II. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: Um estudo sobre seu pensamento político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

_____. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *Divisão do trabalho social e direito*. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia*. São Paulo: Livraria Pioneira.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

HOMERO. *Odisséia*. Trad. Manoel Odorico Mendes. 3ª ed. São Paulo: Atena Editora. s.d.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Editorial Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. Vol I. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Trad. Quintiliano Saldaña. 2ª ed. Madri: Editorial Reus, 1926.

_____. *Tratado de direito penal*. Tomo I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LYRA, Roberto. *Novo direito penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MALISKA, Marcos Augusto. *Max Weber e o Estado racional moderno*. in: Revista Eletrônica do CEJUR, vol. 1, n. 1, ago./dez. 2006.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARX, Karl. *Prefácio à Contribuição à crítica da economia política*. In: MARX, K. e ENGELS, F. *História*. Org. Florestan Fernandes. São Paulo: Ática, 1984.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens dos sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris. 2010.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. Vol I. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Saraiva, 1981.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Tratado da argumentação - a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol I. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Elementos de direito penal*. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, José Albertino (org.). *Durkheim*. 6 ed. São Paulo: Ática, 1993.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

_____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Política criminal e estrutura del delito*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábel Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1986.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Trad. Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. *A moderna teoria do fato punível*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, e YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de direito penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 11ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

_____. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires - Montevideo: Editorial IB de f, 2006.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onde punitiva)*. Trad. Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.