

## **CULTURA PUNITIVA, DIREITO DE DEFESA e ALGUMAS PROPOSTAS DE REFORMA PENAL.**

**Leonardo Sica. In “Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio”. Gamil Föppel (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 593-604**

### **Observações introdutórias**

O fato de ainda ser necessário publicar revistas e organizar movimentos para reafirmar a importância do direito de defesa é bastante sintomático: nossa sociedade ainda não se afeioou à idéia de que as garantias individuais consolidadas nas cartas constitucionais e tratados internacionais devem ser plenas e indeclináveis. Tampouco a afirmação dos direitos civis como forma de assegurar a continuidade democrática (ou completar a transição democrática), tema subjacente, parece gozar de ampla aceitação.

As razões disso são inúmeras e complexas. Neste artigo, o argumento suscitado parte do reconhecimento que o próprio sistema penal colabora para manter e gerir uma (i)racionalidade punitiva contrária à quaisquer garantias individuais que, por assim dizer, tenham cunho mais humanista para, então, propor algumas reformas penais aptas a modificar essa cultura *anti-defesa*, *pró-castigo* ou, parafraseando Sergio Moccia, paleorepressiva.

Iniciando a abordagem sugerida, vale observar que, em geral, quando juristas e operadores do direito dispõem-se a tratar do tema “direito de defesa”, verifica-se uma primazia do enfoque processual ou, se tanto, constitucional da matéria. Ou seja: há um senso comum, mesmo que tácito, de que é no plano (teórico) do processo penal e de sua constitucionalização que se encontrarão as soluções para colocar em prática os princípios e garantias que estas próprias disciplinas prescrevem. Sem dúvida, a constitucionalização do processo penal é avanço importantíssimo. Contudo, é possível aventar uma hipótese além: a existência (mesmo que farta) de regras e doutrinas consagradoras do direito de defesa parece insuficiente à efetiva concretização das mesmas.

Para reforçar tal hipótese, basta notar que a Constituição Federal proclama um rol extenso e bem articulado de direitos e garantias fundamentais do cidadão que sequer é respeitado pelo legislador ordinário que, usualmente, promulga leis flagrantemente contrárias ao espírito do texto constitucional (v.g., Lei 8.072/90, Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, etc.).

Da mesma forma, nossa Corte Constitucional (STF), ainda é bastante relutante em proclamar a inconstitucionalidade de leis penais, seguindo a orientação “salvacionista” que impera em nossa jurisprudência: antes salvar a lei mal feita do que declará-la ilegítima ou inconstitucional. Por um lado, os tribunais ignoram tratados e pactos internacionais de proteção dos direitos humanos. Em sentido oposto, as diretrizes internacionais repressivas, tais como a política de *war on drugs*, (ver “lei de abate”), a flexibilização de sigilos bancários e fiscais, a criação de regimes penitenciários hiper-rígidos (RDD), etc., são imediatamente acolhidas em todos os planos do sistema penal (cortes superiores, juízos de primeira instância, polícias, etc).

O artigo 5º da CF contém um notável número de garantias individuais especificamente ligadas ao processo penal, dentre as quais aquelas que consubstanciam-se na ampla defesa. E, a despeito da clara orientação constitucional, que já nem pode mais ser rotulada como recente, é sabido que no cotidiano do sistema de justiça muitos dos valores que inspiraram a Carta Magna e vários de seus dispositivos são expressamente violados ou rotineiramente ignorados. É certo que o Código de Processo Penal, promulgado sob regime autoritário, contém muitos dispositivos incompatíveis com as “novas” garantias constitucionais. Porém, parece também bastante certo que todos os operadores do direito, os juízes em especial, sabem que quando há uma incongruência dessa natureza, deve prevalecer o texto da Constituição. Logo, não vale o argumento de que o anacronismo da legislação processual penal justifica sentenças, acórdãos e atitudes contrárias à efetivação plena e substancial da ampla defesa e outras garantias do cidadão.

Sem aprofundar essa análise, para a qual seria possível amearhar uma série de exemplos extraídos do cotidiano forense ou de qualquer repertório de jurisprudência, a hipótese deste artigo se completa com outra observação: em países com legislação muito menos garantista de que o Brasil, o nível de respeito aos direitos do cidadão dentro do sistema de justiça é muito maior, a despeito da inexistência de um apoio normativo forte. Vale dizer, na prática, é a consciência dos operadores do sistema penal que vai determinar a maior ou menor efetividade das garantias fundamentais, dentre as quais, o direito de defesa.

Essa consciência está fortemente condicionada por aquilo que neste artigo chamamos de *cultura punitiva*, derivada, em grande parte, do que Álvaro Pires define como *racionalidade penal moderna*<sup>1</sup>, esta caracterizada como um sistema de pensamento fechado, fruto da maneira que, historicamente, as sociedades lidaram com a chamada questão criminal a partir do século XVIII. Na linha do pensamento de Pires, importa verificar que essa racionalidade condiciona “o nosso modo de pensar e de fazer em matéria penal”, refletindo-se em “um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como ‘justiça penal’ ou ‘criminal’, constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber que liga estreitamente fatos e valores”<sup>2</sup> que, na prática, produz um sistema (penal) de pensamento particular que se constitui com um verdadeiro subsistema do sistema jurídico. Portanto, como subsistema, passa a funcionar com regras próprias, muitas vezes alheias às regras gerais do sistema (jurídico ordinário ou constitucional).

Assim, em apertadíssima síntese, conclui-se que não é somente a mídia, os setores conservadores da sociedade, os movimentos de “vítimas” e de “lei e ordem” ou demais manifestações de fobia coletiva que colaboram para criar um quadro desfavorável à consolidação do direito de defesa: existe uma cultura punitiva, fundamentada em teorias repetidas desde o século XVIII por todas as escolas de direito, que se propagou em todos os níveis do sistema penal e está impregnada na forma de pensar e de agir de seus operadores e do público em geral. Mesmo os penalistas mais “liberais” ou “progressistas” aderem à essa racionalidade penal, uma vez que, talvez sem perceber, reproduzem muitos de seus elementos discursivos.

---

<sup>1</sup> Em breve síntese, a racionalidade penal moderna, conforme a construção de Pires, é um sistema de pensamento ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como “justiça penal”, tal como a expressão é empregada nesta tese. Essa maneira de pensar o sistema penal, assumiu, no Ocidente, uma forma de organização sistêmica distinta dos outros sistemas de pensamento, mesmo dos sistemas jurídicos “extra-penais”, especialmente a partir da segunda metade do século XVIII (PIRES, 2004a), quando, dentre outras, foi publicada a obra clássica de Beccaria. Esse sistema, ou melhor, esse subsistema do sistema jurídico é a chamada racionalidade penal moderna. Subsistema, pois a partir da Escola Clássica, passou a produzir uma maneira de pensar e fazer a justiça penal de forma totalmente desvinculada da globalidade do ordenamento e das outras formas “não penais” de enfrentamento do seu objeto (o crime). E, enraizando-se nos postulados mencionados acima, essa racionalidade constituiu-se em um “obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação” (Idem, p. 43), encapsulando tal questão dentro de uma “estrutura normativa telescópica”, segundo a expressão de Pires. Telescópica, pois justapõe sempre uma norma de *sanção* a uma norma de *comportamento*, numa relação fantasiosa de necessidade e identidade entre ambas

<sup>2</sup> *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. Novos Estudos. São Paulo: CEBRAP, nº 68, março 2005, p. 29/60.

Uma das razões disso é a feição estritamente dogmática e neutra do discurso jurídico-penal atual, que, sem dúvida, tem raízes na academia, que em todo país continua apegada ao ensino tecnicista-jurídico e insiste em ignorar dados da realidade social, distanciando-se, também, da Criminologia, da Sociologia, etc. No entanto, a história, conforme revelaram há muito Rusche e Kirchheimer, no entanto, demonstra que esse descompasso com a realidade social, em geral, faz parte de um programa de manifestação de poder, manutenção do *status quo* e segregação social.

### **O obstáculo da teoria da pena e a insuficiência das garantias jurídicas**

Aqui, pretende-se ilustrar como a(s) teoria(s) da pena e os discursos nela apoiados representam um grande obstáculo à ampla defesa, assim como as garantias formais proclamadas no ordenamento jurídico são insuficientes para a reversão do cenário paleorepressivo, *mesmo que sejam rigorosamente respeitadas*.

A racionalidade penal moderna tem seu fundamento teórico forte na(s) teoria(s) da pena, que ao longo da história ocupou-se de definir a missão do direito penal. Isso, desde já, impõe um raciocínio de associação, espreado desde a obra de Beccaria: direito penal = pena e punir = bem-estar comum, que, assim formulado, conferiu à pena o papel de principal freio às condutas desviadas e impôs ao Estado, detentor do monopólio penal, a obrigação pragmática e política de punir (PIRES, 1998). Como o direito de punir materializa-se por meio da pena, esta passa, então, a ser uma necessidade, e só de sua certeza derivam a segurança, a possibilidade de viver em paz.

As teorias da pena, por sua vez, podem ser resumidas por meio de quatro vocábulos, que, à evidência, povoam o senso comum que comanda a atividade dos operadores do sistema penal: *retribuição, reeducação, dissuasão, denúncia*.

Na vertente retributiva, encontram-se as concepções mais vindicativas: o mal (crime) se paga com o mal (pena), logo, a pena é um mal necessário ou um imperativo categórico. No campo da reeducação, traduzida na dogmática penal como prevenção especial, podem situar-se todas as doutrinas que preconizam objetivos como a “recuperação do delinqüente”, ressocialização ou reinserção social, finalidades já

esmaecidas pela realidade, que demonstra, à exaustão, que o sistema penal é fonte de dessocialização, a “escola do crime”, etc.

Modernamente, visando superar tais teorias, filosoficamente desgastadas e empiricamente falidas, num ramo teórico rotulado como prevenção geral, abarcam-se as doutrinas de dissuasão e/ou denúncia: pune-se para dar o exemplo, para dissuadir os demais cidadãos de praticar aquela conduta proibida e rotulada como crime, ou seja, a pena, mesmo que de forma metafísica, funcionaria como um contra-estímulo ao crime. Ou, ainda, pune-se pois é necessário revelar perante a sociedade o funcionamento da ordem normativa, denunciando aquela conduta como punível e efetivamente punida. Assim, todas as teorias expostas de forma sumária, servem para caucionar a idéia de que é necessário punir sempre e de preferência com rigor. Daí em diante, as garantias individuais e as expectativas legítimas das pessoas envolvidas no conflito, passam a constituir-se num “detalhe”, quando não um óbice, a ser superado para atingir-se os nobres fins da pena, ou seja, para justificar o exercício do poder punitivo.

A pena (punição), como elemento central da racionalidade penal moderna, fundou-se, então, em teorias mais justificativas do que legitimadoras: a natureza da pena é retributiva, não há como sustentar o contrário. Mesmo que sob funções manifestamente preventivas, as funções latentes da pena são a imposição de sofrimento e estigmatização, a exclusão da vítima e a apropriação de sua voz como forma de manter um sistema de castigos calculados que nada previne. Mais ilude, do que previne. Assim, sob aquele pretexto de definir a missão do Direito Penal, sucederam-se escolas e teorias que, convergindo para a “necessidade de punir”, enraizaram esse sistema de pensar e agir em postulados intocáveis: (i) obrigação prática e política de punir; (ii) analogia entre crime e pena; (iii) proporcionalidade vertical (cresce a “criminalidade”, aumentam as penas...); (iv) exclusão das alternativas (penas e medidas).

Inegavelmente, a expansão dessa racionalidade se deu por força das teorias da pena e dos discursos nelas apoiados, os quais, em conjunto, representam o grande obstáculo à adoção de formas não - ou menos - repressivas de controle e resposta institucional ao crime, as quais, fatalmente, resultariam em condutas menos autoritárias dos operadores e, logo, mais adequadas aos direitos individuais. E, na atualidade, diversos fatores concorrem para promover a reativação da racionalidade penal moderna (tais como o utilitarismo jurídico-penal, a juridicização da opinião pública e a exposição midiática excessiva e sensacionalista da justiça penal) – e, assim, formam uma barreira contra quaisquer movimentos de reforma que incluam temas como

descriminalização de comportamentos, diminuição de penas e das hipóteses de encarceramento, desjudicialização da solução dos conflitos e diversificação dos procedimentos para aceitar a negociação, o acordo e o diálogo, barreira que, enfim, posiciona os direitos humanos (e o direito de defesa) como um entrave à manutenção da ordem e da segurança dos “homens de bem”.

Ante esse quadro, a resposta alentadora seria: contudo, a punição severa e a resposta repressiva só serão possíveis e aceitas quando respeitadas todas as garantias processuais, as quais, então, controlariam a propensão autoritária do sistema penal.

Remete-se à discussão ao garantismo, marco teórico que tem em Luigi Ferrajoli seu grande representante. Para Ferrajoli, garantista é o sistema penal que opera excluindo a incerteza e a imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade,<sup>3</sup> condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo. O garantismo pressupõe, antes de tudo, um regime de estrita legalidade, cujo modelo proposto pelo autor segue os axiomas jurídicos consagrados pela tradição iluminista, que, dispostos de forma racional e seqüencial, estabelecem um sistema fechado e imune ao arbítrio.

No entanto, as garantias do devido processo legal, contraditório e mesmo da ampla defesa (*nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla acusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*) são insuficientes, meramente formais e não agregam qualquer potencial preventivo (da violência) num sistema que trabalha com a certeza e a proporcionalidade vertical das penas. De nada adianta a observância formal desses princípios, se só servirem para levar o acusado ao destino certo e “seguro” da punição severa. O sistema garantista, assim visto, constitui um percurso em que, se respeitadas as proteções formais, justifica-se, ou melhor, obriga-se a imposição da pena cominada. Porém, num quadro de emergência repressiva, essas garantias *a priori* pouco representam.

Por isso, a insistência necessária no estudo de garantias positivas, que tragam alternativas à certeza da punição severa e subtraíam do sistema penal sua característica autoritária, fechada, repressiva e obsoleta, evitando, também, a

---

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli. *Diritto e Ragione*. 4ª edição. Roma-Bari: Laterza, p. 81. Já traduzido no Brasil: *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

indulgência de paliativos que não neutralizam a pena em sua face aflitivo-dissuasória e soluções burocratizadas de fuga do direito penal. A realidade é que tais garantias são insuficientes. Se, conforme constata o Geraldo Prado: “a cultura que conformou a sociedade e teve papel de destaque na formação dos Estados latino-americanos é predominantemente autoritária e não costuma ceder frente ao princípio da legalidade” (2002, p. 93), é evidente que as demais garantias, como corolários da legalidade, também vem sendo derogadas ou mitigadas pela prática das agências judiciais.

Na mesma direção, Ghiringhelli de Azevedo reconhece a importância das regras e garantias jurídicas que visam controlar o poder de punir, mas assevera que

algumas dessas regras de funcionamento estão longe de produzir todos os efeitos desejados, seja porque são neutralizadas ou derogadas por outras práticas da justiça penal e de suas instâncias auxiliares, seja porque a situação fática se alterou tanto desde que foram criadas que perderam de todo a eficácia (2002, p. 62).

Mesmo a legalidade, princípio vetor do sistema garantista, revela-se uma segurança básica é inútil ante à expansão do direito penal. Num sistema hiperinflacionado, onde existem leis para incriminar a generalidade das condutas, surge um dado de situação fática que minimiza muito tal garantia: *nullum crimine sine legge* de nada adianta se existem “legges” em excesso, se estão formuladas em termos vagos e abertos e orientadas de forma paleorepressiva. Carlos Enrique Arenillas (2004, p. 2), lembra que, na prática, o “principio de legalidad que no es otra cosa que la reacción estatal, inexorable en todos los casos y con la misma energía, frente al delito”.

Para tentar compreender com mais clareza o que aqui se argumenta e respeitando os estreitos limites deste artigo, vale buscar algumas observações externas, ou seja, de fora do pensamento jurídico, que apontam para a validade da hipótese esboçada no início.

Na sociologia, ao discorrer sobre o que chamou de “leis da evolução penal”, Durkheim formulou a hipótese de que “a intensidade do castigo é maior na medida em que a sociedade pertence a um tipo menos desenvolvido e no grau que o poder central tem um caráter mais absoluto”, de tal forma que a hipercentralização desse

poder (punitivo) “dá lugar a uma força social *sui generis* tão intensa que domina e subordina a todas as outras” (1999a, p. 73).

Percorrendo um caminho histórico similar àquele revelado décadas mais tarde por Foucault (diz Durkheim que a partir do momento em que o poder real se estabeleceu mais solidamente, as penas reforçaram-se também, principalmente por meio das figuras até então desconhecida dos crimes de *lesa majestad* e crimes religiosos), o autor identifica variações qualitativas e quantitativas no castigo que culminaram no estabelecimento da prisão como pena e principal resposta punitiva e sequer considera a idéia, hoje predominante, de que a intensidade das penas varia conforme os índices de criminalidade. Segundo Durkheim, o reforço da penalidade viabilizou-se, de um modo geral, em razão da mudança de concepção do crime: antes uma ofensa praticada pelos homens contra os homens, torna-se uma ofensa “dirigida à divindade” e, portanto, digna de uma reprovação maior, pois “o um atentado de um homem contra um homem não pode levantar tanta indignação como o atentado de um homem contra deus”. Nesse específico ponto reside a mola propulsora da repressão penal e sustentam-se todos os discursos repressivos que canalizam os sentimentos de vingança privada para dentro do processo penal e pressionam as agências judiciais contra as garantias individuais, especialmente contra qualquer manifestação mais contundente do direito de defesa.

Em resumo, Durkheim antecipa que o movimento no sentido de moderação das penas vivido até então – 1900 -, iria paralisar-se num certo momento ou até retroceder com a crescente criminalização dos mais diversos atos, pois o sistema repressivo não estaria destinado a “uma decadência ininterrupta”, pelo contrário: as instituições penais do passado (castigos corporais, penas cruéis, etc.) só desaparecem quando outras nascem e, por mais que variem na qualidade e quantidade, as leis penais continuam amarradas a um paradoxo:

há uma verdadeira e irremediável contradição em vingar a dignidade humana ofendida na pessoa da vítima, violando-a na pessoa do culpado. O único meio, não de levantar a antinomia (que, a rigor, não é solucionável), mas de reduzi-la, é reduzir a pena tanto como seja possível (1999a, p. 80).

Em outro campo, a psicologia também ofereceu elementos úteis para a crítica da justiça punitiva. Em 1918, George H. Mead publicou interessante artigo, demonstrando que atitudes hostis, originadas em instintos de auto-afirmação e distanciamento do inimigo, tomam a forma de atos sociais organizados no âmbito da justiça

penal. O aparecimento da *atitude hostil na justiça punitiva*, consoante a proposta de Head (1997), surge de uma curiosa combinação dos conceitos de sofrimento retributivo (justificação para o castigo) e de prevenção, (entendida como a necessidade da pena para a convivência social), os quais estruturam um *sistema de castigos calculados*, disfarçado sob a solenidade da corte, na majestade da lei e no caráter supostamente imparcial e impessoal da justiça.

Mead refere-se à justiça penal como canalizadora de uma atitude de hostilidade em face de quem rompe com a lei, “um inimigo da sociedade a qual pertencemos”, contra o qual defende-se uma estrutura social com toda a paixão que desperta qualquer ameaça a nossos interesses: “não é a operação da lei definindo a invasão de direitos e suas preservação adequada que constitui o centro de nosso interesse e sim a captura e o castigo de um inimigo pessoal”. Essa lógica, desperta emoções de batalha, de guerra (“guerra contra o crime” é o jargão moderno), as quais reforçam sentimentos de distanciamento e exclusão, redundando num efeito colateral: o sistema concebido para frear sentimentos de vingança, acaba por fomentá-los e organizá-los na forma de resposta legal, devida e necessária. A atitude hostil da justiça, representada como atitude legal do soberano, oferece aos cidadãos um padrão de comportamento evidentemente hostil e violento, o qual, mercê da forte carga comunicativa do direito penal, acaba transmitindo aos consorciados a idéia de que a hostilidade é um método legítimo para a resolução dos conflitos.

Ainda com Mead,

a concentração de sentimentos públicos (de vingança) na direção do criminoso que mobiliza a instituição da justiça, paralisa o empreendimento de descobrir nossos bens comuns em termo de seus usos

pois

a atitude hostil frente ao transgressor, inevitavelmente, aparelha atitudes de retribuição, repressão e exclusão

as quais não contribuem para erradicação do crime, nem para devolver o infrator às relações sociais normais e nem mesmo para definir os direitos vulnerados. Porém, se é verdade que a justiça penal atua dessa maneira, fracassando na supressão ou diminuição do crime e ainda segregando pessoas, o que justificaria a manutenção do modelo? A linha de

raciocínio de Head, pode sugerir uma hipótese de que a justiça, então, seria mera expressão da “maldade” humana e de seus piores instintos.

Não é assim. O próprio autor responde essa dúvida com uma assertiva que remete ao reconhecimento das funções políticas do direito penal: para Mead a atitude hostil como resposta à transgressão tem a única vantagem de “unir os membros da comunidade na solidariedade emocional da agressão”, ou seja, crime e pena passam a ser fatores de coesão social, pois a sociedade se agrega em torno do medo do crime e dos apelos pela pena: cidadãos separados por interesses divergentes unem-se frente ao inimigo comum. Tal realidade é facilmente notada no cotidiano, bastando um olhar sobre os noticiários para perceber que o discurso contra a impunidade (ou seja, pela punição) é um “mantra” que une setores dos mais diversos e até opostos do cenário nacional.

A coesão ao redor da punição cria uma situação insólita: proporciona um sentimento de solidariedade no sentido da pena que se opõe à solidariedade em relação às pessoas. A solidariedade ao redor da pena se dá pelo mesmo mecanismo que impõe a hostilidade contra o infrator! O psiquiatra Paulo Gaudêncio (2000, p. 60) reforça a crítica à prevalência do modelo punitivo, o qual fomentou uma geração que “perdeu a noção que a colocação de limites faz parte do processo educacional”, confundindo “colocação de limites com repressão”, sendo que esse desajuste chegou ao campo das leis, especialmente as penais, pois

quando há uma transgressão à lei, a punição aplicada não é vista como parte de um processo educacional. E, sim, como um ato repressivo [...] Vista apenas como castigo, é uma manifestação de vingança da sociedade contra aquele que infringiu as normas.

E, concluindo, o reforço da cultura punitiva, necessariamente, tem como elementos discursivos fortes a oposição à efetivação plena e democrática das garantias individuais e a criação de um espaço limitado (o sistema de justiça), no qual se consentem apenas manifestações formais e inócuas desse direitos.

### **Algumas propostas para uma reforma do sistema penal**

Retomando a hipótese inicial deste artigo, percebe-se que mais do que um reforço formal às garantias inerentes à ampla defesa, é necessária uma

mudança de consciência e atitude dos operadores do sistema penal. E, acreditamos, isso só poderá ocorrer com a definição de um *novo paradigma de justiça criminal*, que seja apto para oferecer aos seus operadores uma filosofia para fundamentar a sua atividade cotidiana no sentido de maior respeito aos direitos fundamentais, ao *favor libertatis* e ao *favor rei*, etc. Pois, por mais que muitos “práticos” ainda acreditem que a “teoria” é algo que não diz respeito ao funcionamento real do sistema, é evidente que existe uma filosofia penal que condiciona fortemente o agir de juízes, promotores, delegados e mesmos defensores.

Por estranho que pareça, a proclamação de um rol extenso de garantias processuais, acaba estimulando a cultura repressiva e pró-castigo, pois, a existência de limitações formais ao poder punitivo faz com que o operador deixe de redimensionar esse poder e procurar outras formas menos lesivas (ao cidadão e à sociedade) de administrá-lo. Logo, as garantias não são vividas substancialmente, apenas existem e são declaradas, é só. Assim, é preciso buscar outras fórmulas de gerir o poder punitivo, sem abrir mão das garantias negativas já expostas, mas, se possível, indo além destas.

Seguindo esta proposta, é evidente que o elemento mais marcante desta cultura punitiva é a resposta penal às condutas desviadas rotuladas como crime. Pena, punição e prisão são as idéias ou os objetos que devem ser reanalisados e até “desconstruídos”, na busca do novo paradigma de justiça criminal, vale dizer: é na reação social instucionalizada ao delito que pode estar o fundamento mais forte desta cultura que se pretende remover ou modificar.

Desse modo, ante aos argumentos brevemente expostos, percebe-se que urge a necessidade de a) redefinir a missão do Direito Penal e as finalidades da pena, partindo de novos escopos, assim sugeridos: integração e pacificação social, preservação da liberdade, diminuição do caráter aflitivo da pena, superação da filosofia do castigo e restauração do contrato social; e b) elaborar também uma teoria própria das penas e medidas alternativas, na qual estas sejam formas de: garantismo positivo, redução da violência punitiva, neutralizar as funções e efeitos negativos do cárcere e não expandir a área do controle social penal, tendo em vista a consecução das finalidades supra.

Nesse sentido, é possível elencar algumas providências concretas que, talvez, possam promover uma reforma humanista do Direito Penal, sustentada por uma nova racionalidade em que a pena, principalmente a prisão, será vista

como um mal tão pernicioso quanto o crime e como apenas um dos instrumentos de que o sistema penal dispõe para tentar pacificar os conflitos e gerir a criminalidade.

Seria pretensioso delinear mais do que alguns traços do que seria esse novo modo de pensar e agir, contudo, a reforma ideal deve ser aquela que busque alternativas reais ao atual e esgotado modelo de controle social penal, formulando alternativas penais em um quadro avesso à moral autoritária da obediência política, que engessa os operadores do direito.

A diminuição da duração máxima da pena de prisão dos atuais 30 anos (com o conseqüente rebaixamento de todos os máximos) é uma mudança necessária à redução da violência punitiva e ao banimento do ideais de vingança e custodialismo. Sua implementação requer atitude firme e corajosa, porém é um imperativo de não-dessocialização.<sup>4</sup>

A supressão das penas mínimas de prisão, com a determinação das penas somente em seu máximo, é um movimento que ganha cada vez mais força, como já se constata na Espanha, França e mesmo na Itália.<sup>5</sup> Não há um nível mínimo de sofrimento que deve ser imposto infalivelmente ao autor de um crime; a punição deve se basear no necessário para prevenir a desviação (se é que isto é possível...), pacificar a ordem por ela rompida e não estigmatizar, nem dessocializar o indivíduo. Além do que, a eliminação das penas mínimas colabora para refutar de vez a ligação sacral entre crime e pena, abrindo possibilidade para a intervenção de outros modos resolutivos do conflito. Servirá como instrumento impulsionador de mudanças culturais, forçando os magistrados a exercitar com mais cuidado o esquecido princípio da individualização da pena.

A elevação das penas substitutivas à categoria de alternativas, permitindo que sejam aplicadas diretamente, afastando a possibilidade da prisão, é uma disposição simples que já tarda em ser implementada, até para legitimar o discurso das penas alternativas e motivar a elaboração de uma teoria própria a estas, apartada da tradicional teoria da pena que sempre circunda os defeitos e efeitos da prisão.

Reintroduzir a vítima no processo penal, dando-lhe voz e vez e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, é medida essencial, posto que reconhece o

---

<sup>18</sup> Na Europa esse limite só perdura na Itália e Espanha. França, Bélgica, Áustria e Grécia limitam em 20 anos; Dinamarca e Islândia em 16 e a Suécia em 10, por exemplo.

<sup>19</sup> Iñaki R. Beiras. *La Carcel en el Sistema Penal*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 254.

pacto social como fundamento do *ius puniendi*, restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventivo-geral derivada da cominação da pena e afasta o Direito Penal do papel de vingador público. Essa medida passa, também, pela aceitação da reparação do dano e da restauração da paz jurídica como finalidades do Direito Penal, reorganizando a idéia de subsidiariedade. Por exemplo, introduzir a reparação como causa extintiva de punibilidade nos crimes patrimoniais e como elemento integrante da pena em outros casos, como crimes contra a pessoa, em nada avilta o Direito Penal, ao contrário, devolve-lhe a dignidade com meio grave, coator, mas não violento de resolução dos conflitos.

A introdução da mediação penal e a valorização da conciliação, é um passo importante, tanto para modernizar o sistema penal como para reeducar seus agentes, arraigados a um Direito Penal autoritário e punitivo que é representativo, apenas, de manifestação do poder. Aqui, a aproximação do Direito Penal com outras ciências como Criminologia, Sociologia e Psicologia, além de necessária, deverá advir como forma de oxigenar os canais de um sistema arcaico, narcisista e cada vez mais distante daquela sociedade à qual deveria servir.

A reformulação e ampliação dos Juizados Especiais, partindo da definição de infração de menor potencial ofensivo pela ofensividade ao bem jurídico e não pela pena cominada, passando pela adoção da mediação, dos acordos ou dos regimes de prova, são alternativas reais e viáveis à prisão e, até, à própria pena. Na outra extremidade, para os crimes de maior gravidade, é recomendável a larga utilização de penas e medidas restritivas de liberdade que, num grau menos violento, não afetam a coercibilidade, nem a característica punitiva necessária em situações limite. A permissão da renúncia à pena e a previsão de maiores hipóteses para o perdão judicial, caracterizam medidas alternativas à punição e, sobretudo, arrefecem a idéia de que o Direito Penal deve punir sempre.

Finalmente, a adoção de um sistema flexível, instruído por todas as propostas acima e coroadado pela classificação aberta de crimes e penas, divididos em categoria de gravidade ou lesividade, dispostas livremente para serem adaptadas às peculiaridades de cada caso é, ao nosso ver, a providência mais salutar para romper com a moral da obediência política, que pode ser definida pela observação interna da democracia moderna, que revela essa faceta já alertada e seu desdobramento dentro do sistema penal, assim: o sistema político (Parlamento) cria a lei, criminaliza uma conduta e decide a pena mínima e máxima aplicável (princípio da legalidade), aceitando que a pena deve ser moderada, conforme se apregoa desde Beccaria, mas, ao mesmo tempo, deve ser eficaz.

Sendo que a eficácia dissuasória transmuda a moderação em severidade. Já ao sistema jurídico (Tribunais), cabe, estritamente, interpretar e aplicar a pena, com pouca autonomia para reduzi-la e quase nenhuma para dela prescindir.

Isto é a moral da obediência política, que dentro de um sistema insuflado pelo medo social, reduziu os tribunais criminais a meros órgãos autômatos de retaliação, repressão e de reprodução de um discurso anacrônico e fundado em paralogismos, mas, ao mesmo tempo, incrivelmente resistente, de que “a sociedade quer a pena”, “não punir significa incentivar o crime”, os efeitos nefastos da prisão são “acidentes de percurso” e que as conseqüências do sistema não dizem respeito ao Direito Penal. Mudar essa moral é primordial para o alcance de uma reforma humanista, pois, vencido esse obstáculo, será possível conceber um sistema penal menos autoritário e que reconheça e exerça sua função essencial de assegurar a continuidade democrática por meio da proteção ampla e igual dos direitos civis.

#### BIBLIOGRAFIA:

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo, Ed. 34/Edusp, 2000.

CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei*. Brasília, UnB, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. “Il diritto penale minimo”. *Il diritto penale minimo, Dei delitti e delle pene*, anno III, n. 3. Napoli, Scientifiche Italiane, 1985, p. 493-524.

———. *Diritto e Ragione*. 4ª edição. Roma-Bari, Editori Laterza, 1997.

DURKHEIM, Emile. “Dos leyes de la evolución penal”. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, nº 13. Buenos Aires, 1999a, p. 71-90. Trad. Monica E. Lara. Publicado originalmente em *Année Sociologique*, vol. IV, 1899/1900.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª edição. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro, NAU, 2003.

MEAD, George H. “La psicología de la justicia punitiva”. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, nº 9/10. Buenos Aires: 1997. Trad. Rosana Abrutzky. Tomado de *The American Journal of Sociology*. Volume XXII, nº 05, março de 1918.

PIRES, Álvaro. “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 68. São Paulo, CEBRAP, 2004a, p. 39-60.

———. “La ‘línea Maginot’ en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 46. São Paulo, RT, 2004b, p. 11-46.

———. “Alguns obstáculos a uma mutação ‘humanista’ do direito penal”. *Sociologias. Dossiê Conflitualidades*. Porto Alegre, UFRGS – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, ano 1, nº 1, 1999, p. 64-95.

PRADO, Geraldo. “Justiça penal consensual”. *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 81-99.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

