

Novos Estudos

N.º 68 MARÇO DE 2004



NOVOS ESTUDOS é uma publicação quadrimestral (março, julho, novembro) do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap).

CONSELHO EDITORIAL

Adam Przeworski (New York University), Alberto Tassinari, Alvaro Comin (USP), Antônio Flávio Pierucci (USP), Francisco de Oliveira (USP), Helena Hirata (CNRS-Paris), Ismail Xavier (USP), João de Pina Cabral (Universidade de Lisboa), José Arthur Giannotti (USP), Juarez Rubens Brandão Lopes (USP), Luiz Felipe de Alencastro (Universidade de Paris-Sorbonne), Maria Hermínia Tavares de Almeida (USP), Miriam Dollnikoff (Cebrap), Omar Ribeiro Thomaz (Unicamp), Paula Montero (USP), Paulo Nogueira Batista Jr. (FGV), Ricardo Ribeiro Terra (USP), Roberto Schwarz (Unicamp), Rodrigo Naves (Cebrap), Ruth Cardoso (USP), Sérgio Costa (Universidade Livre de Berlim), Vilma Arêas (Unicamp).

EDITOR

Antônio Flávio Pierucci

EDITOR ASSISTENTE

Alexandre Morales

SECRETARIA E DIVULGAÇÃO

Lucimara Z. de Almeida

PRODUÇÃO GRÁFICA

Germana Monte-Mór

EDITORIAÇÃO

Ielêia Alves Cury

IMPRESSÃO

Lis Gráfica

Assinatura (3 números):

Brasil: R\$ 36,00 (anual)

R\$ 67,50 (bienio)

Exterior: US\$ 70, incluído porte aéreo

© Copyright Mundial Cebap — Centro

Brasileiro de Análise e Planejamento.

Rua Morgado de Mateus, 615

CEP 04015-902 — São Paulo, Brasil

Telefone: (011) 5574-0399

Fax: 55-011-5574-5928

e-mail: novosestudos@cebrap.org.br

Nº 68 — MARÇO DE 2004

AOS COLABORADORES

Os artigos e resenhas enviados a NOVOS ESTUDOS são submetidos ao Conselho Editorial e a pareceristas *ad hoc*. O Conselho Editorial reserva-se o direito de sugerir ao autor modificações de forma, com o objetivo de adequar os artigos às dimensões da revista ou ao seu padrão editorial e gráfico. As notas de rodapé e referências bibliográficas devem ser restritas ao mínimo indispensável. A publicação de um artigo não exprime endosso do Conselho a todas as afirmações feitas pelo autor.

Capa: Carlos Fajardo

Os desafios políticos das mudanças culturais sob a democracia	3
<i>Norbert Lechner</i>	
Direitos humanos e anti-racismo no mundo pós-nacional	23
<i>Sérgio Costa</i>	
A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos	39
<i>Álvaro Pires</i>	
Habermas e a esfera pública no Brasil: considerações conceituais	61
<i>Goetz Ottmann</i>	
Associativismo religioso e inclusão socioeconômica	73
<i>Adrián Gurza Lavalle e Graziela Castello</i>	
Pobreza e redes sociais em uma favela paulistana	94
<i>Ronaldo de Almeida e Tiaraju D'Andrea</i>	
Bernardo Vieira Ravasco, secretário do Estado do Brasil: poder e elites na Bahia do século XVII	107
<i>Pedro Puntoni</i>	
Adorno: um depoimento pessoal	127
<i>Modesto Carone</i>	
"Matisse é grande como os gregos do século V a.C."	135
<i>Entrevista de Giulio Carlo Argan a Rodrigo Naves</i>	
Política econômica: rumos recentes e futuros	141
<i>Entrevista de Amaury Bier a José Arthur Giannotti, Lídia Goldenstein e Maria Hermínia Tavares de Almeida</i>	
Educação a distância: dificuldades e avanços	157
<i>Entrevista de Pedro Paulo Poppovic a Esther Hamburger, José Arthur Giannotti e José Roberto Sadek</i>	
CRÍTICA	171
<i>Projeto de arquitetura da Garagem Trianon, do Escritório MMBB, por Renato Anelli; O prisioneiro da grade de ferro, documentário de Paulo Sacramento, por Leandro Saraiva</i>	
PROSA	182
<i>Memorando, de Airton Paschoa</i>	



CEBRAP

O Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap) é uma entidade privada, sem fins lucrativos, especializada em pesquisas, estudos e assessoria técnica no campo das ciências sociais.

CONSELHO EXECUTIVO

Fernando Limongi (presidente), Alvaro A. Comin (diretor científico), Miriam Dolhnikoff (diretora administrativo-financeira), Elza Berquó, José Arthur Giannotti, Argelina Figueiredo e Paula Montero.

CONSELHO CONSULTIVO E DE ASSESSORAMENTO

Antonio Ignácio Angarita da Silva, Beatriz Muniz de Souza, Betty Mindlin, Boris Fausto, Carmen Sylvia Junqueira, Celso Lafer, Elza Berquó, Esdras Borges Costa, Eunice Ribeiro Durham, Fernando Henrique Cardoso, Francisco Maria Cavalcanti de Oliveira, José Arthur Giannotti, Juarez Rubens Brandão Lopes, Leôncio Martins Rodrigues, Manoel Tosta Berlinck, Maurício Segall, Melanie Farkas, Oswaldo Herbster de Gusmão, Paul Israel Singer, Paulo Sandroni, Pedro Paulo Poppovic, Rubens Murillo Marques, Ruth Corrêa Leite Cardoso, Waldomiro Pecht.

CONSELHO FISCAL

Lídia Goldenstein, Melanie Farkas e Mônica Baer.

Tiragem desta edição: 2.000 exemplares.

A publicação deste número contou
com o apoio do CNPq.

Impresso em papel Pólen 80 g,
da Cia. Suzano de Papel e Celulose.

A RACIONALIDADE PENAL MODERNA, O PÚBLICO E OS DIREITOS HUMANOS¹

Álvaro Pires

RESUMO

O artigo descreve as principais características do sistema de pensamento da justiça criminal tal como construído a partir da segunda metade do século XVIII — a “racionalidade penal moderna” —, a fim de conceitualizar e discutir o processo de “juridicização” da opinião pública pelo sistema penal, que emerge com mais visibilidade a partir da década de 1980. Argumenta-se que em tal processo a incorporação do público como componente do sistema penal se dá no interior do quadro normativo da racionalidade penal moderna, o que tende a produzir efeitos contraditórios e perversos nas relações entre as demandas de direitos humanos e o direito penal.

Palavras-chave: direito penal; filosofia do direito; direitos humanos; opinião pública.

SUMMARY

The article describes the main characteristics of the criminal justice's thought system as conceived since the second half of the 18th century — the “modern penal rationality” — in order to conceptualize and discuss the process of “judicialization” of public opinion by the penal system, which emerged more visibly since the 1980's. It argues that in such process the incorporation of public as component of the penal system takes place within the normative structure of the modern penal rationality, which tends to create contradictory and perverse effects on the relations between human rights demands and criminal law.

Keywords: criminal justice; philosophy of law; human rights; public opinion.

(1) Este trabalho se inscreve no quadro de um programa subvencionado pelo Conselho de Pesquisa em Ciências Humanas do Canadá e do programa da cátedra de pesquisa em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal da Universidade de Ottawa. Agradeço a Máira Rocha Machado, membro do Núcleo de Direito e Democracia do Cebrap, pelos comentários críticos, sugestões e adaptação do texto original. Agradeço também ao Núcleo pelo seminário organizado em agosto de 2003 sobre esse tema e pelos comentários críticos feitos na ocasião.

Este ensaio busca caracterizar a maneira de pensar do sistema penal ocidental e examinar algumas transformações que estão se produzindo nesse sistema. Tendo em vista a complexidade e o alcance dos problemas levantados, não será possível explorá-los em sua totalidade, até porque não se trata de apresentar uma análise acabada, mas de produzir uma reflexão sobre o nosso modo de pensar e de fazer em matéria penal, inclusive no que diz respeito ao pensamento científico. No plano metodológico, é importante sublinhar que as questões aqui abordadas não devem ser vistas como específicas de uma tradição jurídica (seja a romano-germânica, seja a do *common law*) ou como um particularismo nacional. Embora as ilustrações empíricas sejam necessariamente localizadas, a hipótese sustentada é macrossociológica: o problema de fundo afeta ou — se ele é novo — poderá vir a afetar todos os países onde o sistema penal moderno está implantado.

De início, aponto algumas características do “sistema de pensamento” (Foucault) e da estrutura normativa da justiça penal. Isso nos permitirá ver

como o direito penal moderno coloca alguns problemas fundamentais às sociedades democráticas desde seu nascimento, em meados do século XVIII. Em seguida, abordo brevemente um curto período em que a mutação desse sistema de pensamento e de sua estrutura normativa foi concebida de forma criativa — período que foi seguido por uma crise dessas idéias inovadoras antes que elas se realizassem. Por fim, busco conceitualizar e discutir o fenômeno da juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal na modernidade tardia e suas relações conflituosas com os direitos humanos.

Aspectos da racionalidade penal moderna como sistema de pensamento

A maneira de pensar o sistema penal assumirá no Ocidente uma forma de organização sistêmica distinta dos outros sistemas de pensamento a partir da segunda metade do século XVIII². Trata-se de um sistema de pensamento ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como “justiça penal” ou “criminal”³, constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber e que liga estreitamente fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo⁴. Esse sistema de pensamento, que aqui denominarei como “racionalidade penal”, produz um *ponto de vista* que contribui para construir um subsistema jurídico específico, o sistema penal moderno, e para justificar a forma específica que ele assume.

O conceito de racionalidade penal comporta dois sentidos. Num sentido teórico e formal, indica simplesmente um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e assim se autodistingue dos outros sistemas, mas que para ser relativamente autônomo não precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum (fisiológicos, por exemplo). Num sentido empírico e descritivo, designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico. Assim, qualifico como *moderna* essa forma de racionalidade penal que se construiu no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII. Assinale-se que um tal sistema de pensamento jamais é inteiramente determinado por uma causalidade material externa (transformações na sociedade): a justiça penal produz o seu próprio sistema de pensamento na medida em que se constitui como um subsistema do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia *no interior* do direito. Dessa maneira, o direito penal moderno será construído e percebido como um subsistema jurídico com identidade própria.

Um dos efeitos da racionalidade penal moderna será o de naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. É quando tentamos pensar o sistema penal *de outra forma* que tomamos consciência da

(2) Cf. Pires, Álvaro P. "Aspetes, traces et parcours de la rationalité pénale moderne". In: Debuyst, Christian, Digneffe, Françoise e Pires, Álvaro. *Les savoirs sur le crime et la peine — vol. 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Bruxelas: De Boeck Université, 1998, pp. 3-52.

(3) Em língua inglesa a expressão privilegiada é "*criminal justice*". No Brasil o termo "criminal" já foi utilizado, por exemplo, no Código Criminal do Império de 1830.

(4) Retomo aqui uma das categorias propostas por Edgar Morin (*La méthode. 4: Les idées*. Paris: Seuil, 1991, p. 138) para classificar os diversos sistemas de pensamento ou "idéias".

(5) É claro que existem diferenças de estilos entre os diversos sistemas nacionais e no interior de um mesmo sistema. Alguns estilos darão a impressão de que as penas indicadas sob a norma são as únicas possíveis, enquanto outros formularão que "quem fizer x é passível de uma pena máxima de tanto", dando a entender que há outras opções punitivas indicadas alhures.

(6) Inspiro-me aqui na definição de regras primárias e secundárias proposta por Herbert Hart (*Le concept de droit*, Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1988 [1961]) com as modificações de Giacomo Gavazzi (*Norme primarie e norme secondarie*, Turim: Università di Torino, 1967). Para Hart, as normas primárias prescrevem aos indivíduos o cumprir ou evitar certos comportamentos ("não matar", por exemplo) e são imediatamente inteligíveis, enquanto as normas secundárias se referem às primárias (por exemplo, "a pena máxima é de 11 anos de prisão") e não são inteligíveis sem estas. Gavazzi recomenda substituir a terminologia de Hart por "normas de primeiro e segundo graus".

(7) Em uma obra publicada em 1505, Marsilio de Pádua (1257-1343) escreve que um exemplo de lei imperfeita "pode ser encontrado em certos países bárbaros onde se tem por norma justa o fato de se inocentar ou isentar de qualquer punição civil [da cidade] um homicídio contanto que se pague um certo montante por tal delito" (apud Bobbio, Norberto. *Opositivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 1999 [1961], p. 141).

(8) Durkheim, Émile. "Devoirs généraux indépendants de tout groupement sociale: l'homicide". In: *Leçons de sociologie*. Paris: PUF, 1969, p. 143, grifo meu. Durkheim corrigirá indiretamente essa interpretação em outros textos (por exemplo, "Crime et santé sociale", *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, nº 39, 1895, pp. 518-23; *L'éducation morale*. Paris: PUF, 1963), mas eles não são suficientemente conhecidos nem pela sociologia penal nem pelo saber jurídico.

colonização que ele exerce sobre a nossa maneira de ver as coisas. Na lei penal, a norma de comportamento é freqüentemente formulada sob a forma de uma estrutura normativa telescópica do seguinte tipo: "Aquele que faz x pode ou deve ser punido com y"⁵. Essa estrutura é telescópica porque justapõe uma norma de *sanção* (permitindo ou obrigando a aplicação da pena indicada) a uma norma de *comportamento* (não fazer isso ou fazer obrigatoriamente aquilo). Tal construção é portanto o resultado de uma junção de dois níveis distintos de normas: de primeiro grau, referentes ao comportamento, e de segundo grau, relativas às normas de sanção⁶. Podemos dizer desde já que nessa estrutura telescópica adquirem particular visibilidade três tipos de penas (normas de segundo grau): a morte (ou um castigo corporal), a prisão e a multa. É a pena *aflictiva* — muito particularmente a prisão — que assumirá o lugar dominante no auto-retrato identitário do sistema penal.

Ao mesmo tempo que se elege essa estrutura telescópica, privilegia-se uma linha de pensamento medieval segundo a qual é a pena aflictiva que comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito. Dessa forma, a pena aflictiva deve ser sempre imposta e o seu *quantum* deve se harmonizar com o grau de afeição ao bem, indicando assim o valor da norma de comportamento. Com efeito, a partir da Idade Média, em meio ao processo de afirmação do poder do Príncipe, passa-se a estigmatizar como um traço da cultura bárbara ou de uma civilização pouco evoluída o fato de se reagir juridicamente à transgressão de certas normas de comportamento — como causar a morte de alguém — mediante sanções de reparação pecuniária ou outras penas não aflictivas⁷. Mesmo as ciências sociais e a filosofia, ao longo do século XIX, irão acompanhar e validar essa representação, a qual podemos encontrar em Durkheim quando trata das normas relativas ao homicídio:

*O que prova a menor dignidade moral que lhes era então atribuída é a menor gravidade das penas [...]. Na Grécia, mesmo o assassinato era punido apenas a pedido da família, e esta poderia contentar-se com uma indenização pecuniária*⁸.

A combinação entre a estrutura normativa telescópica e essa linha de pensamento que valoriza a pena aflictiva dará a impressão de que a norma de comportamento e a pena aflictiva formam um todo inseparável, o que suscitará uma série de problemas e deslocamentos de sentido. Examinemos três deles.

O primeiro consiste em que o crime (norma de comportamento) será definido pela pena tanto no direito como no saber jurídico e, muitas vezes, das ciências sociais. No direito, essa maneira de definir o crime produzirá uma imediata dogmatização da relação crime/pena (aflictiva). Assim, Von Feuerbach dirá de maneira lapidar, entre a descrição e o dogma: "Não há

crime sem pena"⁹. No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (afitiva)¹⁰, o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma não pode ser pensada sem a outra. Tal forma de definição pode ser qualificada como uma sinédoque, aquela figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena)¹¹. Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena afitiva, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno.

O segundo problema é que se produzirá uma ilusão de simplicidade quanto ao trabalho do legislador e do juiz no momento da escolha da sanção: tender-se-á a crer que eles devem privilegiar a escolha da pena afitiva, particularmente a de prisão, de modo que ela aparecerá como uma resposta evidente. E o terceiro problema se verifica no plano filosófico: a combinação entre crime e pena afitiva engendrará uma formidável ilusão de *necessidade* e *identidade* quanto à natureza dessa associação, o que se manifesta sob dois aspectos.

Em primeiro lugar, supõe-se que as normas de comportamento e sanção são igualmente obrigatórias, quando na verdade é possível conceber a norma de comportamento ("não matar") como a única realmente imprescindível. Com efeito, é freqüente atribuir-se às normas a propriedade de um dever-ser. Não podemos discutir aqui a distinção entre ser e dever-ser, mas basta-nos lembrar com Kelsen que se toda norma estatui um dever-ser "essa palavra engloba todas as funções normativas possíveis: comandar, habilitar, permitir, anular"¹². Se levarmos em conta os dois níveis da norma, será possível distinguir duas funções na estrutura telescópica da lei penal: "faça ou não faça x" (função de comando obrigatório) pode ou não ser sancionado, e se sancionado, desta ou daquela forma (função de autorização, dirigida sobretudo às autoridades)¹³. Em suma, para um observador externo à racionalidade penal moderna não há nenhuma necessidade teórica ou prática de que as normas de comportamento e sanção sejam simultaneamente obrigatórias.

Em segundo lugar, estabiliza-se a suposição de que a sanção que afirma a norma no direito penal deve ser estritamente negativa, de modo que entre o crime e a sanção deve haver uma identidade de natureza: uma vez que o crime é visto como um mal (de ação), a pena também deve ser concebida como um mal (de reação), buscando direta e intencionalmente produzir um mal para "apagar" o primeiro mal ou para efeito de dissuasão.

A associação entre crime e pena produz em relação ao estudo do sistema penal algo parecido com o que Bourdieu identifica no tocante aos estudos do Estado¹⁴: as ciências sociais, a filosofia e o saber jurídico têm dificuldade de pensar o crime e o sistema penal sem aplicar a esses objetos as categorias de pensamento produzidas e legitimadas pela própria racionalidade penal moderna. Com efeito, esses saberes não conseguem tomar suficiente distância do sistema de pensamento e das práticas institucionais

(9) Von Feuerbach, Anselm R. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Gießen: G.F. Heyer, 1847 [1801], p. 41.

(10) Essas definições dirão, por exemplo, que "o sistema penal é o subsistema de direito que aplica penas" ou que "crime é toda conduta que o direito criminal incrimina pela ameaça de uma pena", e mesmo eu já adotei esse tipo de definição no passado. Elas são relativamente aceitáveis de um ponto de vista empírico, mas nos subtrai a uma boa definição teórica: o que ocorre se um comportamento torna-se incriminado pela ameaça de uma reparação? O sistema penal, ou o crime, desaparece?

(11) Assim, o crime, conceito mais amplo e que ao menos em teoria pode estar associado a vários tipos de sanções, é reduzido à pena afitiva na sua definição ou como condição para sua existência. A profecia realiza-se por si mesma: se o crime é definido dessa maneira, será criado dessa maneira.

(12) Kelsen, Hans. *Théorie générale des normes*. Paris: PUF, 1979, p. 3.

(13) Assim, poderíamos dizer em linguagem kantiana que um dever-ser exprimindo um imperativo categórico (norma de primeiro grau) pode coexistir perfeitamente com um dever-ser exprimindo um imperativo hipotético "como meio para qualquer outra coisa" (Kant, Immanuel. *Fondements de la métaphysique des moeurs*. Paris: Delagrave, 1991 [1785], p. 125) ou como norma permissiva de segundo grau para realfirmar, se necessário, a norma de primeiro grau.

(14) Bourdieu, Pierre. "Esprits d'État: genèse du champ bureaucratique". *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.º 96-97, 1993, pp. 49-62.

que pretendem descrever e analisar. Um tal distanciamento crítico exige a possibilidade teórica de apresentar a configuração efetiva desse sistema como *uma possibilidade entre outras* de atualização do sistema, e não necessariamente a mais feliz. A racionalidade penal moderna constitui portanto um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra estrutura normativa. Examinemos mais de perto alguns aspectos desse sistema de pensamento.

i) A partir do século XVIII o sistema penal projeta um auto-retrato identitário essencialmente punitivo¹⁵, em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções afitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime ("só convém uma pena que produza sofrimento")¹⁶. Esse núcleo identitário dominante da racionalidade penal moderna foi reproduzido incondicionalmente pelas teorias da pena afitiva (da dissuasão ou da retribuição), que, valorizando tão-somente os meios penais negativos, excluem as sanções de reparação pecuniária ou outras alternativas, e ainda por certas teorias contemporâneas (por exemplo, as principais variantes da teoria da prevenção positiva¹⁷).

Essas teorias concebem a proteção da sociedade ou a afirmação das normas de modo hostil, abstrato, negativo e atomista. Hostil, por representarem o transgressor como um inimigo de todo o grupo e por estabelecerem uma equivalência necessária (mesmo ontológica) entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor. Abstrato porque, mesmo reconhecendo que a pena causa um mal concreto e imediato, concebem que esse mal produz um bem imaterial e mediato para o grupo ("restabelecer a justiça pelo sofrimento", "reforçar a moralidade das pessoas honestas", "dissuadir do crime"). Como afirma Bentham,

*a pena produz um mal de primeira ordem [concreto e imediato] e um bem de segunda ordem [abstrato e mediato]: inflige um sofrimento ao indivíduo que o atraiu voluntariamente; e nos seus efeitos secundários a pena se transforma toda em bem: intimida os homens perigosos, fortalece os inocentes e é a única salvaguarda da sociedade*¹⁸.

Negativo, já que essas teorias, como já dito, excluem qualquer outra sanção ou medidas que visem reafirmar a norma por meio de uma ação positiva (reparação pecuniária, tratamento em liberdade etc.). E atomista, enfim, porque a pena — na melhor das hipóteses — não deve se preocupar com os laços sociais concretos entre as pessoas a não ser de forma secundária e acessória. Essas teorias generalizam para o conjunto do direito penal aquela "justificação quase medicinal", como diz Luhmann¹⁹, que já se encontra cabalmente formulada em um texto de Pierre Ayreault de 1576 sobre a ordem e a formalidade na instrução judicial: "O mal se sana pelo mal"²⁰.

(15) Tal visão identitária punitiva do sistema penal foi particularmente estabilizada e generalizada na dogmática penal (manuais de direito), no processo de criação legislativa e em boa parte da jurisprudência. O subsistema penitenciário e o campo da execução de penas tenderam a um maior acolhimento das medidas positivas orientadas para a reabilitação e a reinserção social.

(16) Cf. Pires, Álvaro P. "La 'Línea Maginot' en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el Príncipe". *Nueva Doctrina Penal* (Buenos Aires), nº 2001/A, 2001, pp. 71-96.

(17) Nestas, o termo "positivo" é freqüentemente enganoso. A prevenção é dita "positiva" porque substitui uma finalidade última negativa (dissuasão, retribuição) por uma positiva (por exemplo, "reforçar a moral dos cidadãos honestos"). Mas a maior parte dos autores que sustentam essas teorias continua a sustentar meios estritamente negativos (pena de prisão e multa), cujos objetivos são imediatos ou de curto prazo. Essas teorias não modificam portanto o auto-retrato punitivo do sistema.

(18) Bentham, Jeremy. *Théorie des peines et des récompenses*. Bruxelas: Société Belge de Librairie, 1840, p. 19.

(19) Luhmann, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1997, p. 283.

(20) "Le mal se guarist par le mal", em sua formulação original. O verbo "garir", no francês antigo, significa "defender, proteger, salvar".

ii) A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma *obrigação* ou *necessidade*. Com efeito, a fundamentação do direito de punir sofreu uma metamorfose durante o século XVIII e a primeira metade do século XIX. No período pré-clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas aflictivas eram concebidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do Príncipe ou do Poder Judiciário, de modo que a Justiça dispunha de autorização para punir mas também para não punir, buscando alternativas à penalidade. No quadro da racionalidade penal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente²¹.

Assim, as teorias clássicas da pena reduzem a fundamentação do direito de punir à obrigação ou necessidade de punir. No âmbito da teoria da dissuasão, por exemplo, Beccaria afirma que a *certeza* da pena é mais importante que sua severidade. Esse enunciado é freqüentemente apresentado como se fosse crítico, mas reitera a necessidade (ou obrigação) *pragmática e política* da punição. De fato, se acreditamos que a certeza da pena aflictiva é importante para produzir dissuasão, o Estado (ou o sistema jurídico) deve punir sempre que isso for possível, sem se preocupar com outras formas de realizar a justiça. A teoria da retribuição contém a mesma concepção: Kant afirma que a pena é um imperativo categórico, isto é, haveria uma *obrigação moral de punir*²².

No momento mesmo em que se fundamenta o direito de punir moderno, produz-se então um deslocamento de sentido que vai do direito como faculdade ao direito como obrigação de punir. O fato de que essa transformação tenha passado relativamente despercebida foi facilitado pela relação assimétrica entre os termos "direito" e "obrigação", isto é, quem *tem* um direito não é necessariamente obrigado a fazer algo, mas quem é *obrigado* pelo sistema jurídico a algo *tem necessariamente o direito de fazê-lo*²³. Na verdade, não é possível determinar com precisão quando a convicção filosófica ou jurídica na obrigação de punir assume uma forma generalizada e estabilizada no sistema penal. Minha hipótese é que isso se produz apenas a partir da segunda metade do século XVIII. De qualquer forma, é interessante observar que essa convicção ainda não estava presente no pensamento de Grotius, no primeiro quartel do século XVII.

Com efeito, Grotius afasta qualquer ambigüidade em torno do termo "autorização": a punição (ou a guerra) retribuidora jamais é obrigatória. Para ele, o direito de punir tem a mesma origem do direito de declarar guerra: "*nasce do crime do culpado*". Mas, insiste ele, não se deve confundir esse *ato de nascimento* com qualquer obrigação de punir. O crime torna o indivíduo (ou o Estado) culpado *apto* à pena, mas essa aptidão não implica obrigação, configurando antes uma *condição*. Para Grotius, quando dizemos que a pena "*é devida* ao delinqüente" estamos produzindo um deslocamento de sentido e fazendo um jogo de linguagem, pois passamos do crime ao delinqüente e da idéia de *dever seu nascimento* (condição) à idéia de *tornar-se um dever* (obrigação). Em Grotius, de fato, a fórmula retribuidora

(21) Cf. Pires, Álvaro P. "Un noeud gordien autour du droit de punir". In: Debuyst, Dignelle e Pires, op. cit., 1998, pp. 207-20.

(22) Kant se refere literalmente à "lei penal" (*Strafgesetz*), e não estritamente à pena (cf. Pires, Álvaro P. "Kant face à la justice criminelle". In: Debuyst, Dignelle e Pires, op. cit., 1998, p. 179). Vê-se aqui, entretanto, um bom exemplo da confusão gerada pela estrutura telescópica da lei penal, pois o contexto e os exemplos mencionados por Kant evidenciam que ele funde pena e norma de comportamento.

(23) Cf. Pires, "Un noeud gordien...", loc. cit.

seria "a pena é devida ao crime" (ou "deve seu nascimento ao crime"), pois sem má ação anterior não se pode falar de pena, e não "a pena é devida ao delinqüente", no sentido de dever ser infligida.

O *direito-faculdade* de punir exige que o indivíduo esteja em situação de poder receber a punição, mas assim como na recompensa isso não significa que ela seja devida no sentido próprio de uma obrigação. Dessa forma, a obrigação de obedecer à norma de comportamento não está vinculada a uma obrigação de infligir sanção, e menos ainda uma sanção afluiva, já que há outras maneiras de afirmar a norma. Grotius acrescenta que não se faz injustiça aos culpados se eles são punidos, "mas isso não significa que todos devem ser necessariamente punidos"²⁴. Esse ponto de vista não será depois privilegiado, mas tampouco desaparecerá completamente. Del Vecchio, por exemplo, adota uma posição próxima à de Grotius, a qual também será marginalizada pela racionalidade penal moderna²⁵.

Parece-me que Grotius conserva ainda a acepção *jurídica* do antigo princípio medieval da "última instância" (*ultima ratio*). Segundo esse princípio, só se pode reagir juridicamente ao mal com o mal se não for viável outra maneira de reagir ou fazer justiça. Mas em face da transformação moderna na fundamentação do direito de punir, e levando em conta o efeito cognitivo das teorias da retribuição e da dissuasão, pode-se perguntar o que a racionalidade penal moderna terá feito com o princípio jurídico da "última instância": qual é a (nova) concepção liberal desse princípio e para que serve ele?

Ora, tudo parece indicar que ele será visto pelo pensamento liberal, a partir do século XVIII, mais como um princípio *político* do que jurídico, isto é, como um princípio de seleção política dos eventos ou comportamentos a serem considerados maus (na lei penal) pelo legislador ordinário. Uma vez que o legislador (aplicando ou não o princípio da *ultima ratio*) tenha decidido que uma ação pode ser regulada pelo direito penal, este não mais precisa se preocupar com tal princípio mesmo em relação às normas de segundo grau (processo e sanção). É verdade que nas introduções dos manuais de direito penal esse princípio será consagrado como fundamental, mas se esvaece à medida que a leitura avança, pois é freqüentemente reduzido à função política do legislador. Os tribunais e o saber jurídico-penal são destituídos de obrigações para com esse princípio na realização da justiça. Ele será banido, por assim dizer, das operações próprias ao sistema penal. Sua função nesse sistema torna-se assim mais retórica que decisória: ele justifica a escolha legislativa de criminalizar com penas afluivas e conforta a identidade punitiva da racionalidade penal moderna.

iii) Pode-se dizer, transpondo uma expressão de Feeley e Simon²⁶, que a racionalidade penal moderna se constrói como um sistema de pensamento "pré-político" ou "trans-político", pois se sedimenta *antes* ou *independentemente* das visões políticas do mundo. Assim é que muitos juristas, profissionais da justiça (juízes, promotores etc.) e pesquisadores das ciências sociais que se autodefinem como críticos, liberais ou progressistas ainda estão prisioneiros dessa maneira de pensar. Embora possam ser efetivamente

(24) Como Grotius trata ao mesmo tempo do direito penal e do direito internacional, é mais fácil para ele afastar alguns absurdos. É que a variante da teoria da retribuição adotada pelo direito penal moderno aplicada ao direito internacional teria estimulado a guerra e, em nossos dias, destruído o planeta.

(25) Del Vecchio, Giorgio. *La justice, la vérité: essai de philosophie et morale*. Paris: Dalloz, 1955.

(26) Feeley, Malcolm e Simon, Jonathan. "Actuarial justice: the emerging new criminal law". In: Nelken, David (org.). *The futures of criminology*. Londres: Sage, 1994 (pp. 173-201), p. 190.

te críticos em vários temas, ainda privilegiam uma ou outra das teorias da pena: sustentando exclusivamente as sanções negativas, reduzindo o direito de punir à obrigação ou necessidade de punir e consagrando a identidade puramente punitiva do direito penal moderno. Da mesma forma, diversos movimentos sociais progressistas ou filantrópicos (voltados à proteção de portadores de deficiências físicas, dos animais, do meio ambiente etc.) e até mesmo pensadores dotados de uma “teoria crítica” da sociedade caem nesta armadilha cognitiva que consiste em se opor ao abrandamento de penas e à adoção de sanções alternativas (não-carcerárias) ou em demandar, em nome de princípios da racionalidade penal moderna (igualdade, proporcionalidade, segurança), penas aflitivas mais severas (pelo menos para a categoria de crimes que lhes preocupa).

Portanto, indivíduos, grupos e movimentos sociais não-conservadores podem — sem contradição a seus olhos — aceitar o *status quo* estabilizado pelas teorias da pena aflitiva e paralelamente apoiar outras medidas jurídicas ou sociais descritas como “progressistas”. Pode-se afirmar que as distinções políticas de esquerda/direita, ou ainda as distinções científicas de pensamento crítico/tradicional, não manifestam diferenças empíricas coerentes e significativas em matéria penal²⁷. Com efeito, há sistemas culturais de pensamento que não se apresentam como incompatíveis com uma consciência individual “de esquerda”, “progressista”, “crítica” ou simplesmente “humanista”. Esses sistemas podem coexistir, às vezes sofrendo uma certa modulação. Um observador pode utilizar a distinção entre “crítico” e “não-crítico” para se auto-observar como crítico e não identificar problemas em outros aspectos de sua maneira de pensar. Isso significa que a consciência crítica individual não se distancia necessariamente, por ser crítica, da maneira de pensar do sistema penal. Esse subsistema cultural é portanto muito poderoso, a ponto de não ser suficientemente problematizado por orientações críticas ou humanistas²⁸.

iv) As relações entre o direito penal e os direitos humanos se constroem de modo paradoxal e conflitante na racionalidade penal moderna. A pena aflitiva é freqüentemente valorizada como uma “maneira forte” de defender ou afirmar os direitos humanos. A representação da pena aflitiva como necessária ou obrigatória produz então um paradoxo: certa degradação dos direitos humanos no direito penal, a afirmação de uma obrigação de punir, a resistência a outros tipos de sanções, tudo isso pode se apresentar, em diferentes graus e formas, como uma maneira de proteger os direitos humanos, enquanto um observador externo poderá ver os direitos humanos como um objetivo ou um ideal de reduzir as penas e diversificar as sanções. A racionalidade penal moderna é levada então a veicular vários enunciados teóricos visando “conciliar” uma política de austeridade com os temas da justiça e do humanismo (com a *humanitas*). Mas como justificar a exclusão de meios jurídicos mais humanos ou mais justos em nome da justiça e do humanismo?

Uma das soluções para essa questão consiste em distinguir o *humanismo* da *justiça* e repensar separadamente cada um desses conceitos em

(27) Garland aproxima-se dessa idéia ao assinalar o nascimento de uma “sociedade punitiva” em que emerge um tipo de política criminal que “não está exclusivamente ligado a um regime político”, mas não trata da mesma maneira esse problema (Garland, David W. “Les contradictions de la ‘société punitive’: le cas britannique”. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 124, 1998, p. 51).

(28) Cf. Pires, Álvaro P., Cellard, André e Pélletier, Gérald. “L’énigme des demandes de modifications législatives au Code Criminel canadien”. In: Fraile, Pedro (org.). *Régulation et gouvernance: le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2001, pp. 195-217.

(29) Apud Perrot, Michelle. "Tocqueville méconnu". In: *Alexis de Tocqueville: œuvres complètes*, t. IV: *Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger* (org. M. Perrot). Paris: Gallimard, 1984, p. 21.

(30) Um texto anônimo publicado na Inglaterra, provavelmente escrito por James Robertson (*Hanging, not punishment enough, for murderers, high-way men, and house-breakers*. Londres: A. Baldwin, 1701), mostra de maneira exemplar como mesmo a "doutrina da severidade máxima" do Antigo Regime, que defendia a volta dos suplicios onde eles já tinham sido abolidos, harmoniza de maneira formidável os temas do humanismo, da justiça e da severidade em matéria penal (cf. Pires, Álvaro P. "La doctrine de la sévérité maximale au Siècle des Lumières". In: Debuyst, Digneffe e Pires, op. cit., pp. 65-68).

(31) Mas respeitando, é claro, alguns princípios de processo e legalidade. Sobre isso, ver as reflexões clássicas de George H. Mead em "The psychology of punitive justice" (*American Journal of Sociology*, vol 23, nº 5, 1918, pp. 577-602).

(32) Bloch, Ernst. *Droit naturel et dignité humaine*. Paris: Payot, 1976 [1961], p. 210.

matéria penal. Assim, "ser justo" não teria mais relação com "ser humano" — como afirma Tocqueville, "o objetivo da filantropia não é tornar os prisioneiros felizes, mas melhores"²⁹. A noção de justiça é então reduzida ao sentido dado por uma das teorias da pena afliativa: "O mal se sana pelo mal". Enfim, o próprio humanismo é reinterpretado pelas teorias da pena, de modo que nos tornamos responsáveis pela nossa tolerância (note-se: não por nossa intolerância) e favorecemos o crime quando deixamos de punir ou até quando não punimos com severidade suficiente. Em consequência, a falta não punida seria o verdadeiro tormento do verdadeiro humanista. O sentimento de humanismo com relação ao culpado e às penas afliativas seria a expressão de uma fraqueza, de um humanismo desorientado, um pseudo-humanismo: o verdadeiro humanismo estaria dirigido aos cidadãos honestos, à vítima e à humanidade abstratamente considerada³⁰.

Para a racionalidade penal moderna tudo se passa como se o direito penal não pudesse defender os direitos humanos e ao mesmo tempo devesse exprimi-los de forma positiva, concreta e imediata³¹. Desse ponto de vista, os direitos humanos são em parte neutralizados como finalidades para a reforma do direito penal, pois é a este último que é designada a função de proteger os direitos humanos, ao passo que estes não devem "enfraquecer" sua própria proteção humanizando demasiadamente o direito penal.

Um interregno: a crise da racionalidade penal moderna e a crise da crise

Antes de examinar uma das transformações tardias na racionalidade penal moderna, façamos um breve parêntese para lembrar que nos anos 1960 e 70, em alguns países, o saber jurídico e as ciências sociais encontraram-se num momento de reflexão crítica em relação ao direito penal. Quis-se rever inteiramente a sua estrutura normativa e construir uma nova racionalidade penal. Pode-se dizer que então o direito penal construía para si uma utopia jurídica, uma auto-reflexão que buscava, no dizer de Ernst Bloch, "transcender o dado, pois o que é presente deve ser suprimido para abrir o caminho a um estatuto melhor"³². Esse estatuto consistiria numa tarefa de aperfeiçoamento permanente e progressivo do sistema penal para exprimir cada vez mais o respeito à dignidade humana em seus princípios de intervenção, funcionamento e sanção em sentido amplo.

No Canadá, por aquela época, duas comissões de reforma compostas por juristas e pesquisadores das ciências sociais começaram a propor uma reconstrução da estrutura normativa do direito penal e uma revisão em profundidade dos pressupostos filosóficos dos séculos XVIII e XIX. Resgatou-se a dimensão jurídica do princípio da *ultima ratio*, e o sistema jurídico demandou ao sistema político o respeito a esse princípio, recomendando, entre outros pontos, descriminalizar alguns comportamentos, criar mecanis-

mos para favorecer a desjudicialização, elaborar novas teorias da sanção, diversificar as formas de procedimento e facilitar o acordo entre as partes, reduzir as penas máximas e as penas efetivas de encarceramento, eliminar todas as penas mínimas de prisão. Propugnaram-se também leis de direitos humanos para proteger pessoas com antecedentes criminais da discriminação empregatícia. Os direitos humanos foram então mobilizados como finalidades em vista de reformas inovadoras. Nas ciências sociais e no saber jurídico, várias correntes de pensamento propuseram idéias de reforma nas quais a prisão teria um papel bem mais reduzido.

Sabemos hoje que essas idéias inovadoras estavam sendo construídas num período de transformação estrutural em vários subsistemas sociais (econômico, político etc.). Contudo, por razões que ainda não estão satisfatoriamente elucidadas, a partir da segunda metade dos anos 1980 os projetos de uma reforma de fundo do sistema penal foram contra-atacados por um novo impulso da racionalidade penal moderna, e aquela utopia jurídico-penal foi reenviada às calendas gregas. O sistema político procurou controlar e orientar o sistema penal criando novas incriminações, aumentando as penas etc. O próprio discurso jurídico voltou a acreditar nas velhas idéias (dissuasão etc.) ou a lhe agregar novos argumentos, propondo uma extensão do direito penal clássico e das penas de prisão ao campo dos acidentes de trabalho, do meio ambiente etc. Os tribunais superiores acolheram igualmente várias idéias e modificações legislativas que estavam bem longe da busca de um direito penal mais complexo e menos repressivo, e pareciam se preocupar cada vez mais com o tema da "opinião pública".

Como não posso aqui descrever essa situação pormenorizadamente, limito-me a indicar algumas transformações no ambiente do sistema penal que podemos associar com a reativação da racionalidade penal moderna: a expansão das mídias e sua influência e impacto em matéria penal; a importância dada ao público e às sondagens de opinião pública pelo sistema político e pelas ciências sociais; a emergência discursiva de uma "sociedade de vítimas"; a participação crescente no debate penal de movimentos sociais, ou de segmentos deles, "sem teoria"³³ sobre o sistema penal. Esses movimentos caracterizavam-se também por um engajamento de urgência em causas precisas (em oposição a um engajamento na reforma global); por privilegiar uma auto-representação como vítimas e uma única orientação de reforma (natureza repressiva); por utilizar toda sorte de canais para publicizar o tema em questão e para obter uma solução predeterminada; e pela tendência a instrumentalizar o Estado e apresentar sua causa como "útil para todos".

(33) Luhmann, Niklas. *Ecological communication*. Chicago: University of Chicago Press, 1989, p. 125. Adapto essa observação aos meus propósitos, pois ela descreve muito bem o que ocorre aqui. Ver também Feher, Ferenc e Heller, Agnes. "From red to green". *Telos*, nº 52, 1984, pp. 35-44.

A juridicização do público pelo sistema penal e os direitos humanos

Uma vez estabelecido o panorama geral da racionalidade penal moderna, podemos agora descrever e conceitualizar o processo mais recente

da *juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal*. Nesse processo, o público começa a ser observado, descrito e percebido como um componente do sistema penal, o qual, a fim de integrá-lo, cria novos mecanismos jurídicos e teorias ou reativa mecanismos que estavam adormecidos. Trata-se de diversas formas de integração, que vão muito além do papel estrito e bem-delimitado do júri ou ainda do simples papel de espectador de suplícios públicos ou de rituais judiciais, de modo que o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica ou mais um aspecto do ambiente do sistema penal para se tornar um critério na construção da justiça.

Para precisar o alcance teórico dessa hipótese, lembremos algumas reflexões de Luhmann. Ele sublinha que o processo de democratização ocidental desencadeado no século XVIII transforma o público em um componente do sistema político nas sociedades modernas, no qual assume diversos papéis sociais: pagador de impostos, participante de resoluções, litigante, eleitor, escritor de cartas aos editorialistas, membro de movimentos sociais etc.³⁴. Ele desempenhará assim um papel crescente na produção legislativa, impelindo o sistema político a orientar — e a tentar controlar por esse meio — o sistema jurídico. Notemos que para Luhmann a noção de público não se confunde com o conjunto dos indivíduos que habitam um mesmo território: o público diferencia-se do resto da sociedade “particularmente em razão de ter acesso apenas a *questões específicas* e a *canais de comunicação específicos*”³⁵. Isso significa que o público é sempre um público particular, constituído a partir de preocupações ou interesses específicos e mediante canais ou meios de comunicação específicos. A noção de público deve então ser entendida, em parte, por referência a um papel social que se assume ou se constrói, isto é, “uma forma objetivada de participação do indivíduo no processo social”³⁶. Cada ator pode assumir papéis diferentes em cada circunstância: pai de família, juiz, público etc. Mas “público” é também uma representação social abstrata, construída a partir dessas manifestações fenomenais diversificadas e atomizadas ou ainda mediante pesquisas e sondagens de opinião.

Ora, acredito ser possível dizer que a partir dos anos 1960 e 70 o público começa a ser estabelecido também como um componente do sistema penal por meio das operações de reprodução desse sistema. É claro que o sistema penal integra o público à sua maneira e que essa integração difere em alguns aspectos daquela do sistema político. Afastemos um mal-entendido: o sistema penal não delega o poder de decisão ao público; é o sistema que decide se, quando e como o público será integrado. Evidentemente isso sugere a existência de novos problemas nas relações entre o sistema político e o sistema jurídico-penal, pois num certo sentido esse processo produz um efeito de *desdiferenciação* do sistema penal em relação ao sistema político no quadro da construção jurídica da noção de justiça. Assim, pode-se perguntar se os tribunais penais não estão em via de se tornar mais próximos do exercício da função do sistema político em alguns aspectos-chave do processo de tomada de decisões. Podemos indagar

(34) Luhmann, Niklas. “Politics as a social system”. In: *The differentiation of society*. Nova York: Columbia University Press, 1982, p. 154.

(35) *Ibidem*, p. 155.

(36) Dahrendorf, Ralf. *Homo sociologicus: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria de papel social*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969, p. 41.

também de que maneira e por quais meios ou mecanismos se dá essa desdiferenciação.

Como veremos, o conceito de “perda de autonomia” do sistema penal em relação ao sistema político não parece adequado para descrever o efeito dessa construção do público como um componente do sistema penal. Aliás, o conceito de autonomia é empregado em sentidos muito diferentes³⁷. Em um desses sentidos, ele designa a *performance* (global ou específica) de um sistema. É o caso quando dizemos: “Beatriz é mais autônoma em relação a seus pais que Pedro”. Claro que a autonomia completa de um sistema não existe: Beatriz depende do seu ambiente para muitas coisas, como respirar e alimentar-se. Nesse primeiro sentido, autonomia designa *um certo grau de independência* quanto a algo e *se opõe à dependência*.

Entretanto, o conceito de autonomia explica pouca coisa (e isso é sempre assim). Não sabemos por que Beatriz é mais “independente” de seus pais que Pedro: se isso se deve aos pais ou a eles próprios. Estamos somente descrevendo e comparando duas relações. Se dissermos que o sistema penal está se tornando mais dependente do sistema político porque integra o “público” nas suas operações (como o sistema político o faz), criaremos uma série de ambigüidades. Entre outras coisas, daremos a impressão de que o sistema político está “controlando mais” as operações do sistema penal, o que não parece ocorrer. Na verdade, o sistema penal estaria introduzindo por sua própria conta, mediante a maneira como integra o público, um determinado estilo político — ou tarefas políticas — na sua maneira de construir o direito e a justiça.

Em um segundo sentido, “autonomia” designa somente uma das *propriedades* de um sistema. Digamos, por exemplo, que (o sistema psíquico de) Pedro escolheu (graças à sua propriedade de autonomia) tornar-se mais dependente de seus pais e mais independente de seus amigos, enquanto Beatriz fez a sua escolha em direção inversa. Trata-se aqui de uma autonomia de organização e de autotransformação. Aqui diremos somente que Beatriz e Pedro são ambos autônomos enquanto meu automóvel não é (pois não pode se auto-organizar ou se autotransformar). Se Pedro escolheu uma maior dependência de seus pais ou se, na sua maneira de se organizar, não “resistiu” às tentativas destes para controlá-lo, isso é um outro problema e deve ser tratado separadamente.

Note-se que nesse segundo sentido “autonomia” *não se opõe a dependência*. Não podemos dizer que Beatriz é mais autônoma do que Pedro, pois não estamos descrevendo ou avaliando uma *performance*, e sim indicando uma propriedade que é comum a ambos: Beatriz e Pedro têm a propriedade de ser autônomos. Podemos dizer então com Luhmann que, nesse sentido, “autonomia significa como se concede a dependência ao nosso ambiente”³⁸. Cada um deles a concedeu de uma maneira distinta. Maturana também se refere à autonomia como uma propriedade de certos sistemas: a propriedade de ter uma “práxis de produção”, isto é, uma “dinâmica da autonomia”³⁹.

(37) Sobre o conceito de autonomia, cf. Morin, Edgar. *La méthode. 1 - La nature de la nature*. Paris: Seuil, 1977, pp. 94-151. Retomarei livremente algumas dessas idéias, combinando-as com outras reflexões.

(38) Luhmann, Niklas. *Social systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995 [1984], p. 204.

(39) Maturana, Humberto R. e Varela, Francisco. J. *Autopoiesis and cognition: the realization of the living*. Londres: Reidel, 1972, p. xvii.

É nesse segundo sentido que uso aqui o conceito de autonomia. Então, tudo o que posso dizer com ele é que o sistema penal, em um significativo número de casos, opta (ou está optando) por desdiferenciar a construção da noção de justiça da construção da noção de política. Ele o faz mudando as relações de prioridade entre as normas, criando novas situações institucionais (ou modificando as existentes) e fazendo escolhas teóricas de novas finalidades e critérios que contribuem para introduzir o político no jurídico. Isso não significa porém *maior dependência* do sistema político, pois é o sistema penal que produz ou valida, sempre à sua maneira, essa desdiferenciação entre direito e política nas suas próprias operações. O que não impede que algumas dessas transformações impliquem a participação (ou mesmo a iniciativa) do sistema político (por exemplo, para criar uma lei) — mas mesmo nesses casos devemos observar atentamente como o sistema penal reage (com a ajuda do tempo) a essas tentativas ou operações para transformá-lo.

Digamos antes de tudo que — em virtude, entre outras coisas, da difusão midiática cada vez maior de várias tramas discursivas da racionalidade penal moderna — já se vinha observando uma forma de participação diferente do público no processo de criação de normas. Com efeito, algumas indicações empíricas sugerem que agora as demandas de criação de normas estão dando mais importância às normas de *sanção* do que o faziam antes dos anos 1950 ou 70. Em termos legislativos, estaríamos passando de uma preocupação do público fundamentalmente centrada nas normas de comportamento (proibir ou liberalizar tal comportamento) a uma preocupação ancorada cada vez mais na demanda por penas mais severas, incluindo maior restrição na liberdade condicional e nas condições de vida carcerárias. Esse (novo) problema se constrói sobretudo, mas não exclusivamente, nas relações entre o público e os governantes.

Com a recepção do público pelo sistema penal, aquele começa a participar direta e indiretamente do saber jurídico e das decisões dos tribunais na determinação do que é “direito” ou “justiça”. Participa diretamente quando os tribunais se referem explicitamente ao clamor público, à opinião pública ou à midiática de um caso a título de critério pertinente para tomar ou justificar uma decisão (“expressar a opinião do público”). A participação pode se dizer indireta quando os tribunais se atribuem a função de “orientar o público”, “guiar a opinião pública”, ou quando atualizam uma teoria da pena que foi construída tendo em vista o público. Uma vez modelada pela racionalidade penal moderna, essa recepção tende a se orientar na direção da pena afliativa e torna-se problemática do ponto de vista da função do sistema jurídico, mas também pode ser considerada problemática do ponto de vista moral por um observador externo à racionalidade penal moderna.

Ao levar em consideração o público na *escolha* e na *gestão* do remédio legal para o problema, o sistema penal passa a modificar seus critérios de decisão e seu saber sobre as penas. Como se trata de uma novidade, os tribunais penais promovem também uma discussão para determinar as

condições de validade jurídica dos critérios “público”, “opinião pública”, “clamor público”, “mediatização do caso concreto” no quadro das suas decisões quanto à condenação, à seleção dos fatores agravantes ou atenuantes e ao tipo de pena e seu *quantum*. Devemos condicionar os direitos dos acusados e as penas dos condenados à opinião ou às reivindicações do público? Teria a vítima algum “direito” acerca do *quantum* de sofrimento que devemos impor ao condenado? Em vários países o sistema penal já está criando novos canais de comunicação para acolher seu público e construindo a noção de público como um personagem jurídico anônimo e difuso. A vítima aparece também como um representante do público e recebe o papel de comunicar aos tribunais o seu sofrimento no momento da escolha da pena⁴⁰.

Ao menos três questões cruciais se colocam aqui. Um tal modo de proceder pode permitir que o sistema penal mantenha uma forma distinta de conceber a justiça em relação aos projetos específicos do sistema político e dos movimentos sociais⁴¹? Quais podem ser as conseqüências dessa recepção do público se o sistema penal não modifica nem suas teorias da pena nem sua estrutura normativa telescópica atual (“quem faz *x* pode ou deve ser punido com *y*”? As demandas ou teorias que implicam a imposição de um sofrimento ou limitam o princípio da *ultima ratio* devem ser guiadas pelo critério do “público” ou da vítima?

Luhmann já havia observado que no decorrer do século XX a semântica jurídica em geral começou a levar em conta o interesse de pessoas e grupos na qualidade de “fatores [ou critérios] de aplicação da justiça”⁴². Isso quer dizer que os tribunais, no quadro das suas decisões, levam cada vez mais em conta outros interesses representados no litígio e também conseqüências que podem advir de sua própria decisão e que eles tentam prever de forma errática. Para Luhmann, esse desenvolvimento na dogmática pode ser atribuído ao fato de que o direito constitucional (bem como uma parte do direito público) se converteu num meio para obter vantagens do Estado-providência. É quase certo que as observações de Luhmann sobre a evolução da dogmática não chegaram a ponto de considerar que o público (que para ele continuava a ser um subsistema do sistema político) estaria em via de se tornar também um componente do sistema jurídico (e menos ainda do sistema penal), mas trata-se de indicações empíricas sobre o que ocorre no conjunto do sistema jurídico e, por esse motivo, contribuem à formulação da presente hipótese de trabalho.

Ocorre porém que no instituto penal — em razão de seu sistema de pensamento atual e da facilidade com que nos deslocamos imperceptivelmente das normas de comportamento às normas de sanção — o público torna-se um componente problemático, pois tende (nessas condições) a ser orientado a fazer regredir ou degradar o sistema. Abordarei aqui apenas dois indicadores empíricos dessa recepção/reconstrução do público pelo sistema penal. O primeiro diz respeito a modificações no plano das *finalidades* atribuídas às penas afliativas. Tais modificações, inscritas tanto no discurso filosófico-jurídico quanto no discurso dos tribunais, foram conceitualizadas

(40) Cabe comparar criteriosamente as justificativas dessas práticas atuais com aquelas dadas pelos tribunais da Inquisição, em que a pena deveria ser “proporcional” ao sofrimento imposto às vítimas (cf. Mead, op. cit.).

(41) Essa questão inspira-se livremente em uma interrogação fundamental, mas geralmente mal compreendida, formulada por Niklas Luhmann (*Rechtssystem und Rechtsdogmatik* Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 1974, p. 31).

(42) Luhmann, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Anthropos/Universidad Iberoamericana/Iteso, 1996, p. 51. Luhmann (*Rechtssystem...*, loc. cit., p. 29) faz referência a movimentos como a jurisprudência de interesses, a jurisprudência sociológica, a abordagem da engenharia social, o movimento de usos alternativos do direito etc. À diferença do que geralmente se pretende, ele não está sustentando a *neutralidade axiomática do direito*, mas destacando o fato problemático de que essas tendências ainda não elaboraram uma reflexão teórica suscetível de autocontrolar seu próprio movimento. Consequentemente, ele se pergunta se essa tendência global “pode ser conciliada com a função do direito e com [sua] diferenciação do sistema político” (p. 30).

diferentemente nas tradições jurídicas romano-germânica e do *common law*. As duas conceitualizações são funcionalmente equivalentes, embora aquela do *common law* seja mais explícita quanto à referência à idéia do público. Como veremos, essas "finalidades" não são propriamente "discursos novos" no pensamento filosófico e sociológico: a novidade consiste na seleção, estabilização e generalização desse discurso sobre as finalidades pelo saber jurídico-penal (dogmática, comissões de reforma e tribunais).

Na tradição do *common law*, construiu-se uma teoria da pena sob o nome de "teoria da denúncia" (no sentido de desaprovação pública de algo), que em muitos casos é menos uma teoria do que uma finalidade, já que não há outros enunciados além daquele indicando a finalidade. Podemos vê-la também como uma teoria que se apropria dos enunciados das teorias da dissuasão ou da retribuição, mudando somente a finalidade. A idéia central dessa teoria é a seguinte: "o objetivo da pena não é tanto dissuadir ou retribuir, mas *denunciar publicamente* o comportamento em causa". Desse modo, a finalidade aparece como se fosse "positiva", pois não se está querendo "impedir o crime" nem "apagar o mal da ação com um mal de punição": está-se pretendendo exercer uma função (positiva) de natureza pedagógica ou simbólica (simplesmente denunciar algo).

Alguns juízes de primeira instância fizeram um uso mais correto dessa finalidade: como denunciar é um ato de *linguagem* e não necessariamente de repressão⁴³, eles aplicam essa teoria somente a casos com conseqüências graves e denunciam *verbalmente* o comportamento, mas não recorrem necessariamente à prisão ou a combinam com a suspensão da pena sob a forma de um *sursis*. Entretanto, essa prática que dissocia a denúncia da repressão não parece ter sido consagrada pelos tribunais superiores, nos quais se produziu um equacionamento de intensidade da denúncia e da repressão. Nesse caso, as palavras dos juízes não contam: o que conta é a intensidade da pena infligida. Quando um profissional da justiça diz que quer "enviar uma mensagem clara, límpida e sem equívocos ao público", pode-se esperar uma pena severa.

Cavadino e Dignan assinalam que o sistema penal inglês recorre a essa finalidade de denúncia desde o início dos anos 1950, a partir de uma comissão real sobre a pena capital. É interessante observar que ela é explicitamente construída tendo em vista o critério do público. Com efeito, Lorde Denning afirma:

*A punição para os crimes graves deve refletir adequadamente a repulção sentida pela grande maioria dos cidadãos a seu respeito [...]. A justificação última da punição não é a dissuasão, mas o fato de ser uma denúncia enfática de um crime pela comunidade*⁴⁴.

(43) "A denúncia se faz por palavras e não por penas" (Hart, Herbert L. A. *Law, liberty and morality*. Standford: Standford University Press, 1963, p. 66).

(44) Apud Cavadino, Michael e Dignan, James. *The penal system: an introduction*. Londres: Sage, 1992, p. 41.

Por volta do fim dos anos 1970 a finalidade de denúncia já está estabilizada em vários países e entrelaça-se de forma confusa com as outras

teorias da pena afliativa, particularmente para justificar penas de prisão ou ainda períodos de reclusão mínimos. Estes são preestabelecidos pela prática jurídica a título de "preço" ou "tarifa" para um determinado crime. Os tribunais acreditam na sua capacidade de guiar a opinião pública por meio da severidade das penas⁴⁵, e em outros casos afirmam explicitamente que estão infligindo uma pena severa de tantos anos de prisão em razão da "forte publicidade" de um caso na mídia, tal como consta em uma decisão da Corte Suprema do Canadá em 2001.

Parece que para os tribunais a questão não é mais saber se a severidade da pena deve ser construída a partir do público, mas se devemos distinguir entre uma preocupação do público (*public concern*) em relação a categorias genéricas de ofensas e uma indignação do público (*public clamour*) em relação a um caso particular. Os tribunais lançam-se então à descoberta do "sentimento público geral" e o consideram uma condição para obter o "respeito público à administração da justiça", finalidade para a qual a severidade da pena parece desempenhar um papel central. Enfim, muitas proposições de reforma exprimem a importância concedida pelos tribunais à *aparência* de justiça, o que indica a recepção de novos interesses ou influências e suscita uma inquietação: como controlar a propensão a uma justiça repressiva, errática ou mais preocupada com o que é exterior ao próprio caso?

Na tradição romano-germânica, o equivalente funcional dessa finalidade de denúncia assumiu a forma das "teorias da prevenção positiva". Elas também pretendiam se distanciar das finalidades de dissuasão e retribuição, mas sem alterar necessariamente a natureza afliativa das sanções, de modo que não propuseram uma nova prática de sanções. Aqui também há exceções: alguns juristas que sustentam essa teoria estão agora abertos para sanções variadas, como a reparação pecuniária do dano, mas isso não parece ser (ainda) a regra geral.

A idéia de uma teoria dirigida ao público, ou aos "cidadãos honestos", também está presente aqui. Com efeito, alguns teóricos estabelecem uma ponte explícita entre a teoria da prevenção positiva e a teoria de Durkheim segundo a qual a função (sociológica) da pena seria reforçar os sentimentos fortes da consciência coletiva. Em Durkheim, porém, essa "função" não é representada como uma finalidade que o sistema deveria ter, mas simplesmente como um efeito da existência de penas. Ele também não justifica a severidade das penas: ao contrário, supõe que com o progresso da moral a severidade das penas irá diminuir ainda mais rapidamente do que os comportamentos de transgressão, pois também a pena afliativa fere a consciência moral coletiva⁴⁶. Seja como for, não há diferenças significativas entre as teorias da denúncia e da prevenção positiva.

A idéia de que os tribunais devem decidir sobre a pena em função da opinião pública parece-me inteiramente estranha à forma de pensar da grande maioria dos filósofos e juristas dos séculos XVIII e XIX. A pena era vista por eles como uma operação que exigia um sábio cálculo utilitarista por parte do legislador, como fruto de um raciocínio moral ou jurídico ou de uma avaliação

(45) Considere-se, por exemplo, esta outra decisão de uma corte inglesa em que Lord Lawton diz: "A sociedade, pela corte, deve mostrar que tem horror a certos tipos de crimes, e a única forma pela qual a corte pode mostrar isso é por meio das sentenças que ela outorga. Os tribunais não existem para refletir a opinião pública. Por outro lado, não devem negligenciá-la. Talvez o principal dever da corte seja guiar a opinião pública" (apud *ibidem*, p. 56).

(46) Cf. Garland, David W. *Punishment and modern society*. Oxford: Clarendon Press, 1990; Digneffe, Françoise. "Durkheim et les débats sur le crime et la peine". In: Debuyst, Digneffe e Pires, op. cit., pp. 357-98; Pires, Álvaro P. "Alguns obstáculos a uma mutação 'humanista' do direito penal". *Sociologias* (UFRGS), vol. 1, nº 1, 1999, pp. 64-95.

científica do transgressor, e não como uma atividade que pudesse ser guiada pelo público ou decidida em função dele. Mas houve ao menos um jurista e filósofo, Gabriel Tarde, que lançou a idéia — embora não retomada na época — de fundamentar a pena na opinião pública. Ele sustentava que o objetivo da pena não deveria apoiar-se em uma utilidade qualquer, nem tampouco numa teoria retributivista, mas sim em uma “vontade geral” *concebida como opinião*. Ele parece reduzir o conceito de *vontade geral* ao interesse ou à opinião do público (em relação a um problema genérico). Dirá então que a pretensão de ser útil ao povo a despeito de sua vontade “denomina-se, em política, absolutismo, e em direito penal, utilitarismo”, para concluir de forma lapidar: “Fundamentada na opinião, a pena me parece justificável de modo completamente diferente que fundamentada sobre sua utilidade”⁴⁷. Tarde alia-se, portanto, à tendência contemporânea de transformar o público em uma espécie de “fonte do direito de punir”.

O segundo indicador empírico, de origem mais complexa e diversificada, diz respeito aos movimentos sociais e às relações entre o tema dos direitos humanos e a racionalidade penal moderna. Há aí duas dimensões entrelaçadas: uma mais geral, no sistema de pensamento, e outra que implica alguns aspectos institucionais mais específicos à estrutura normativa do *common law*. A dimensão geral diz respeito ao fato de que o direito penal não transformou substancialmente nem sua estrutura normativa nem sua racionalidade, ao passo que os movimentos sociais “sem teoria” sobre o sistema penal têm mobilizado a racionalidade desse sistema e apresentado demandas para aumentar as suas operações repressivas. Isso afeta os sistemas político e penal: uma vez que este começa a aceitar o público como um componente, a selecionar e construir teorias da pena orientadas para o público e a conceitualizar as penas como um “direito” das vítimas, precisamos observar melhor o que está acontecendo aqui.

Algumas dessas demandas de punição ou de imposição de sofrimento estão sendo formuladas *em nome dos direitos humanos* (isto é, de princípios como a igualdade perante a lei, a dignidade humana etc.) ou de um tema associado aos direitos humanos (ódio racial, discriminação etc.). Ora, não estamos diante de um paradoxo? Como podemos mobilizar os direitos humanos para pedir menos direitos humanos sem que isso pareça contraditório, chocante ou pelo menos embaraçoso? Dito de outra forma: como podemos compreender o caráter aparentemente verossímil dessas demandas e suas relações com a racionalidade penal moderna? Vou tentar esboçar um quadro para caracterizá-las.

Distinguem-se geralmente ao menos duas grandes categorias de direitos humanos: os direitos-barreira ou de proteção (direitos de...) e os direitos-à-obtenção (direitos a...) ⁴⁸. Os primeiros visam garantir uma zona de autonomia individual, limitando a ingerência do Estado (e de particulares) na vida (privada) dos indivíduos. Os últimos visam promover o bem-estar social do autor que os reivindica. A pergunta que queremos explorar é a seguinte: essa distinção pode ser usada para discernir sobre tais reclamos de maior repressão ou sofrimento?

(47) Tarde, Gabriel. *La philosophie pénale*. Paris: Cujas, 1972 [1890], p. 509.

(48) Cf. Loschak, Danièle. “Mutation des droits de l’homme et mutation du droit”. *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques*, nº 13, 1984, pp. 49-88; Mourgeon, Jacques. *Les droits de l’homme*. Paris: PUF, 1978.

Se alguém observar espontaneamente essas demandas do ponto de vista da racionalidade penal moderna, será naturalmente conduzido a concebê-las como um tipo de demanda de "direitos de proteção": proteção de certos indivíduos contra a ação de outros. Esse reflexo cultural, decorrente de uma atualização da racionalidade penal moderna, consiste justamente em não distinguir entre a demanda de espaço para agir, acompanhada por uma proteção *qualquer* contra a ingerência, e a demanda de um (suposto) remédio *específico* para garantir esse espaço de ação (direito a obter uma pena afliativa). Ora, é a associação da pena com a proteção e os direitos que nos dá a impressão e a ilusão de que essas demandas são efetivamente legítimas demandas de proteção, e até de proteção de "direitos humanos", relativas a bens jurídicos fundamentais. Pedir proteção converte-se então em algo semelhante a pedir mais pena afliativa ou mais sofrimento, e responder afirmativamente a esses pedidos transforma-se em algo semelhante a dar uma proteção efetiva ou a reconhecer um direito a tal tipo de demanda.

Contudo, se observarmos a mesma situação *efetivamente* do ponto de vista dos direitos humanos, o que veremos já não é o mesmo. A função sociojurídica desses direitos é conferir variados "espaços de autonomia"⁴⁹ ("direitos de") e também algumas garantias positivas essenciais ("serviços e condições para", "direitos a"). No caso dos "direitos de" isso se obtém pelo reconhecimento da norma de *comportamento* e não pela norma *parasitária* (Hart) de sanção *per se*, pois não é esta que lhes atribui o sentido. Aqui os remédios jurídicos são para afirmar a norma, e não para realizá-la positivamente (o que incumbe aos "direitos a"). Por isso eles são simplesmente confirmatórios desse espaço e/ou restitutivos, contribuindo para restabelecer a situação (relativa à liberdade, às perdas etc.). O que se pede aqui é que o Estado ou os outros indivíduos *respeitem* nossa liberdade de ação, e não que eu tenha o direito a que o delegado de polícia receba vinte anos de prisão por não respeitar esse direito fundamental. Até porque para poder ver o *quantum* das penas afliativas como elemento de "proteção" temos de olhar a proteção com as lentes da racionalidade penal moderna (por exemplo, com a ajuda da teoria da dissuasão), e não mais com aquelas dos direitos humanos. Isso reforça a hipótese de que as demandas de maior repressão não são idênticas às demandas de maior proteção (negativa).

O que acontece se observarmos agora a categoria dos direitos humanos como se consistissem em obter serviços ou condições objetivas para realizar algo ("direitos a") mas *sem abandonar* (ainda) o ponto de vista dos direitos humanos? Então poderemos ver que se trata também, por assim dizer, de serviços que são, sem ambigüidades, *humanos*, ou que *conferem maior capacidade efetiva de agir a quem pede*⁵⁰. A demanda aqui tem algumas características. É um "bem positivo", no sentido de produzir por si mesmo e imediatamente o bem-estar (educação, assistência médica etc.). É um bem pragmático intrinsecamente associado ao direito reivindicado, pois o bem é o direito e o direito é um bem, a ponto de não se poder separar uma coisa da outra: é o direito mesmo que é pedido (no direito a uma alocação

(49) Note-se que o conceito de autonomia está sendo empregado aqui em um *terceiro sentido*: trata-se de uma "autonomia de ação", de espaço de ação. Esse sentido foi também conceitualizado como "liberdade de/para agir" ou "liberdade negativa".

(50) É por isso que a demanda não somente para descriminalizar o aborto (direito de) mas também para oferecer em hospitais públicos os *serviços* de aborto (direito a) pode entrar nessa categoria de direitos humanos mesmo ao suscitar problemas morais para certos observadores: o jurídico pode ver aspectos que a moral não vê e vice-versa.

monetária, por exemplo, é a alocação que é pedida e não a pena de morte para o funcionário que a negue). É um bem cujo efeito para a realização do que é pedido não é hipotético, longínquo, nem mediado pelo mal ou exclusivamente fundado em saberes (e sobretudo em saberes contestados). No exemplo anterior, está claro que a alocação monetária produz um bem para quem a reivindica. Essa característica não nos autoriza a introduzir uma teoria tão discutida e discutível como a da dissuasão para apresentar uma demanda de aumento de pena como uma demanda de serviço ao "direito à vida", pois essa é uma hipótese puramente fundada numa teoria, e contestável. Só um observador armado com uma teoria da dissuasão pode construí-la. Além disso, hipótese por hipótese, para os direitos humanos vale mais a hipótese que pede melhores condições materiais de vida para todos, esperando que isso possa reduzir os comportamentos criminalizados, do que a hipótese que pede a pena de morte com o mesmo intuito.

Evidentemente, como os "direitos a" incluem formas positivas de proteção, abrangem as demandas para um melhor serviço policial a fim de garantir as liberdades de ir e vir. Nesse sentido, a segurança pública é efetivamente um "direito (humano) a". O conceito de autonomia foi por vezes empregado para indicar um efeito positivo do reconhecimento desses "direitos a" com relação aos indivíduos, como na formulação "o direito a tal serviço dá mais autonomia aos indivíduos". É que esses "direitos a" são vistos como serviços *imediatamente* positivos que favorecem as *condições externas* para a auto-organização ou autotransformação do indivíduo. O conceito de autonomia designa assim em quê os indivíduos podem se beneficiar em termos de qualidade de vida com um tal serviço. Um "serviço que confere mais autonomia" toma um sentido próximo a um "serviço que favorece a emancipação" do sujeito. Podemos ver então mais uma vez que esses "direitos a" são concebidos como distribuição de uma "liberdade positiva" (condições para fazer algo). Retomando os conceitos propostos pelo sociólogo alemão Fritz Sack, podemos dizer que os "bens positivos" (direito à educação etc.) distribuídos por vários programas e serviços públicos ou privados se contrapõem aos "bens negativos" (pena afliativa e estigmatização) distribuídos pelo sistema penal⁵¹.

Ora, se isso é assim, podemos então caracterizar essas demandas por sofrimento alheio e por redução das garantias contra a repressão como demandas de um "direito a" de tipo *negativo*? A resposta é sim e não. Todos esses reclamos são sem dúvida alguma destinados a produzir o aumento de distribuição de bens negativos, mas nem todas as demandas de bens negativos criam *direitos* no sentido próprio da palavra: algumas visam a *eliminação* de direitos ou o simples aumento das possibilidades jurídicas do poder de punir. Por exemplo: as demandas feitas por movimentos de vítimas para que estas possam se pronunciar quando de uma decisão sobre liberdade condicional acerca do impacto que o delito continua a ter nas suas vidas (como se isso tivesse pertinência em relação a tal decisão), ou para que os familiares das vítimas possam presenciar "ao vivo" as execuções capitais que lhes dizem respeito⁵², podem ser vistas como demandas que visam criar

(51) Sack, Fritz. "Neue Perspektiven in der Kriminologie". In: Sack, Fritz e König, René (orgs.). *Kriminalsoziologie*. Frankfurt: Akademische Verlagsgesellschaft, 1968, p. 469.

(52) Essa situação já está acontecendo nos Estados Unidos: familiares de vítimas participam dessa cerimônia como se estivessem indo a uma missa dominical... Ganharíamos em não descartar esse problema muito rapidamente como se fosse um evento "puramente americano".

um "direito a" (de tipo negativo). Por outro lado, as demandas que visam exclusivamente aumentar as penas, modificar os dispositivos constitucionais impondo limites à repressão, não melhorar as condições de vida em prisão etc., que são as mais importantes, não podem ser vistas facilmente como serviços para alguém. São simplesmente demandas para aumentar as possibilidades do sistema penal de distribuir bens negativos.

É importante notar que as demandas de direitos a serem exercidos pelas vítimas são muito mais variadas quanto ao sentido e às motivações do que as demandas diretas para aumentar os sofrimentos ou bloquear a criação de melhores condições para os presos. Além disso, as motivações são uma coisa e a maneira pela qual o sistema seleciona tais demandas e as transforma em estrutura é outra. Os movimentos em prol das vítimas podem requerer para estas o direito de relatar seus sofrimentos perante o tribunal *sem ter como finalidade um efeito sobre as penas* — por exemplo, como um simples direito de comunicar, esclarecer ou denunciar (verbalmente). Mas nada impede o sistema de selecionar essa demanda e associá-la com um efeito sobre as penas. Isso é uma operação do sistema *apesar* das vítimas.

Como devemos designar então o conjunto dessas demandas de distribuição de bens negativos do ponto de vista dos direitos humanos? Para tentar responder a essa pergunta, vamos comparar quatro tipos de demandas distintas em matéria penal.

Em primeiro lugar, temos as demandas que privilegiam a interdição de (novos) comportamentos sem insistir na inflicção de sofrimentos. Busca-se sobretudo impor e generalizar uma nova expectativa normativa de comportamento: não fazer isto ou aquilo. São demandas para orientar normativamente os comportamentos. Para os atores sociais que têm interesse na demanda específica, ela constitui um "ganho normativo", e freqüentemente também moral. No Canadá, por exemplo, os movimentos preocupados com a proteção dos animais não fizeram *nenhuma* demanda de aumento de penas entre 1892 e 1954, mas reivindicaram e obtiveram vários acréscimos nas normas de comportamento. Essa legalização dos eventos implica sem dúvida a possibilidade de sanções, mas nada impede que elas sejam variadas, que excluam pena de prisão⁵³ e que a ela sejam agregadas diversas garantias jurídicas. Em resumo: a ênfase aqui não é na meta de impor sofrimento aos outros, mas no objetivo de consagrar um estilo de comportamento. Toda legalização pode causar novas situações problemáticas, mas isso é uma outra questão.

Em segundo lugar, e em sentido inverso, a demanda de deslegalização ou de descriminalização (do aborto por exemplo) também enfatiza apenas os comportamentos. Os atores sociais reivindicam um maior espaço de liberdade ou um direito-barreira para não sofrer uma determinada consequência jurídica ou social. Como diria Dahrendorf, quer-se aqui transformar uma expectativa normativa tornada obrigatória pelas leis numa expectativa preferencial ou permissiva⁵⁴. Isso pode suscitar um debate moral, "particularmente porque a realidade social está orientada de maneira extremamente conservadora: não nega tão facilmente aquilo de que já dispõe e cuja

(53) Até os anos 1950 o Código Criminal canadense só admitia penas de multa para os crimes contra os animais.

(54) Dahrendorf, op. cit., p. 61.

(55) Luhmann, Niklas e De Giorgi, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. México: Triana/Universidad Iberoamericana, 1998 [1992], p. 223.

(56) Essa situação não deve ser confundida com as demandas de *intervenção* do sistema nos campos onde ele faz pouco ou nada. Nas situações de corrupção e violência policial, por exemplo, a demanda não está centrada na idéia de produzir mais sofrimento: ela deplora o fato de que as normas de comportamento não estejam sendo sustentadas institucionalmente por sanções *de tipo algum*. Essas expectativas normativas de comportamento estão portanto em perigo, pois não são validadas por instituições normativas organizadas (sejam elas as próprias comissões disciplinares da polícia, por exemplo).

(57) Mead (op. cit.) oferece vários elementos para sustentar essa hipótese.

(58) Essa mensagem foi recebida pelo público e circula regularmente no sistema. O representante de um grupo de pressão que estava presente na Corte Suprema do Canadá quando de um de seus julgamentos declarou: "Se Robert Latimer [condenado por haver matado sua filha deficiente por amor e compaixão] obtiver uma sentença de dois anos [em vez de uma pena de prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional antes de dez anos], será enviada a mensagem de que as pessoas deficientes são apenas um quinto de um ser humano". Como se vê, o período de dez anos para o pedido de liberdade condicional agora indica o valor de um ser humano, e a pena deve exprimir esse valor.

idoneidade já aceitou"⁵⁵. Mas isso não muda a natureza da demanda nem a da sua contestação: não se demanda diretamente o mal-estar dos outros.

Quando passamos das normas de primeiro grau (comportamento) às de segundo grau (sanção, processo etc.) a questão fica mais complexa e mais delicada. Mas o terceiro tipo de demanda ainda não coloca problemas fundamentais e pode ser facilmente visto por um observador externo como o efeito de um progresso moral ou como causa de um ganho qualitativo de ordem jurídica. Refiro-me às demandas para reduzir penas, abolir penas mínimas, criar sanções alternativas, aumentar garantias jurídicas (inclusive constitucionais), melhorar as condições de vida nas prisões (inclusive os direitos dos reclusos) etc. Todas essas demandas apóiam-se em valores positivos ou em virtudes.

O quarto tipo de demanda, ao reivindicar menos garantias e sobretudo mais inflição de sofrimentos, parece se situar numa relação assimétrica com todos os precedentes⁵⁶. Nesse último caso a demanda é, por assim dizer, "vazia de ganhos" (morais, jurídicos ou sociais), salvo se se observar esse fenômeno por meio das teorias da pena afliativa. Com efeito, pede-se aqui *diretamente* a realização do anti-bem-estar social dos outros, ou um direito a participar na realização dessa tarefa.

No conjunto, estas últimas parecem constituir a categoria paradoxal de demandas (de direitos humanos?) *puramente contra a pessoa* ou, mais precisamente, de demandas de *bens jurídicos puramente negativos para os outros*, sem outro ganho jurídico, moral ou social concreto e imediato que produzir o sofrimento e obter uma certa compensação (psicossocial?⁵⁷). Essas demandas negativas compõem-se de pelo menos dois grupos: as demandas de proteção (bem intencionadas mas) "mal construídas" pelos atores e depois orientadas pela racionalidade penal moderna na direção da distribuição de bens negativos e as demandas de direitos construídas pelos atores já dentro da racionalidade penal moderna e que podem ser vistas como uma utilização mais direta e organizacional do público pelo sistema penal para assegurar as suas operações de reprodução-padrão. A racionalidade penal moderna — com a nova recepção do "público", sua referência aos direitos humanos e os efeitos da mediação dos eventos — é que estaria produzindo e estimulando a normalização dessa espécie de demandas e de direitos ao anti-bem-estar dos outros em matéria penal.

Enfim, esse sistema de pensamento estaria criando dificuldades e pressões mais agudas para a reconstrução da democracia. Pois ele tende a representar o valor dos bens jurídicos sob a forma de "tarifas de sofrimento", o que produz uma desorientação não somente dos movimentos sociais em matéria penal como das próprias comissões de reforma do direito. Os primeiros vão criar um novo ditado cartesiano dirigido aos tribunais que nada mais é senão um reflexo da racionalidade penal moderna: "Diga-me qual pena afliativa você aplica e eu saberei quanto valho"⁵⁸. Vão também pedir tarifas de sofrimento e uma correção (inflacionária) das tarifas: quando aumenta o valor de um bem jurídico, a pena deve ser corrigida para refletir esse novo valor. As comissões de reforma, por sua vez, vão abando-

nar as iniciativas inovadoras em favor da tarefa de rever as definições dos crimes e atualizar ou harmonizar a escala das penas.

Os aspectos normativos desse indicador empírico no *common law* são os seguintes. No Canadá, especialmente após a adoção da Carta de Direitos e Liberdades em 1982, assiste-se a uma forte emergência de novos atores sociais perante os tribunais. No caso das causas penais e penitenciárias, não se encontram apenas o promotor ou a administração pública contra o inculcado ou o preso, mas igualmente *outros advogados* representando os interesses de outros grupos no processo. Hoje em dia, é uma cena familiar a manifestação de movimentos sociais perante sessões da Corte Suprema canadense. A famosa fórmula jurídica "Rainha contra Fulano" estaria se tornando obsoleta? Com efeito, temos a impressão de que, de agora em diante, ela deveria escrever-se: "Rainha mais tal e tal grupo ou organização contra Fulano" (mas também há casos em que grupos se alinham do lado de Fulano contra a Rainha). Os efeitos aparentes desse milagre da multiplicação dos pães parecem ser, ao menos em alguns casos, a dispersão de interesses em jogo na decisão pró ou contra o réu (Fulano).

No Canadá, a participação desses atores faz-se por meio da reativação de um antigo mecanismo do *common law*: a figura do *amicus curiae* (o "amigo da corte"). No passado, tratava-se de uma pessoa que dava uma informação à corte sobre um ponto em litígio ou ainda de alguém que em princípio não tinha o direito de ser parte em uma causa mas que estava autorizado a defender seus próprios interesses. Parece que no passado esse mecanismo não foi intensivamente desenvolvido no âmbito penal e que foi realmente a ativação dos direitos humanos que abriu as portas à sua prática.

Pode-se observar então um outro problema: essa participação do público desequilibra ainda mais as relações de força entre o promotor (ou a administração pública) e a defesa (ou requerente). Como a grande maioria dos inculcados continua a vir das classes menos favorecidas e tem dificuldade de acesso aos advogados, podemos nos inquietar com essa forma de democratização do sistema. É claro que esse problema e essa forma de participação dependem da existência de um mecanismo jurídico qualquer. Além disso, porém, algo mais importante está acontecendo: os tribunais estão aceitando extraviar-se, desencaminhar-se e *decidir* em função do público ou de outros efeitos possíveis de uma decisão que não estão diretamente ligados à construção da justiça no caso em questão.

Evidentemente, a descrição global desses diversos problemas não significa que toda forma de integração do público como um componente da justiça penal produza necessariamente, e em todas as circunstâncias, os efeitos perversos observados. Há experiências empíricas positivas, mas elas são inovadoras com relação à racionalidade penal moderna. Além do mais, tentamos deixar claro aqui que o resultado depende de *como* o sistema penal organiza e produz tal integração do público. Para que esta possa realizar-se de forma inovadora, deve estar acompanhada de um modo de pensar alternativo e demandar uma outra auto-organização normativa do sistema, o que constitui um fenômeno tão desejável quanto raro.

Recebido para publicação em
1º de dezembro de 2003.

Álvaro P. Pires é professor da
Faculdade de Ciências Sociais
da Universidade de Ottawa,
Canadá.

Novos Estudos
CEBRAP
N.º 68, março 2004
pp. 39-60
