

18

O Direito Penal é Capaz de Conter a Violência?

Marta Rodriguez de Assis Machado

Maira Rocha Machado

A pergunta proposta pelos organizadores deste manual, título deste capítulo, poderia nos remeter a discussões longas e talvez intermináveis que percorrem muitos campos do conhecimento. Dependendo do caminho que seguirmos e da ideia de violência com a qual trabalhemos, podemos ser levados a questionar a possibilidade mesma de se exercer qualquer tipo de controle sobre ela¹. Mas podemos ao

menos assumir como ponto de partida o fato de que a humanidade, nos mais diversos períodos e das mais diversas formas, vem desenvolvendo mecanismos com esses fins e que esse é um dos fundamentos que legitima o direito moderno. Mais especificamente, pode-se dizer que o monopólio da violência pelo Estado – que a exerce por meio ora da guerra, ora da pena – está nas origens do direito penal moderno e isso pode ajudar a compreender por que

¹ Pensamos aqui numa concepção de violência que se opõe à razão, que está, por exemplo, na base dos estudos de George Bataille sobre o erotismo. Aqui, qualquer tipo de proibição ou tabu é o que estimula o desejo de violência: “[...] tabus fundados no medo não existem apenas para serem obedecidos. Há sempre o outro lado da questão. Sempre há a tentação de quebrar uma barreira; a ação proibida assume um significado que não tinha antes de o medo construir uma distância entre ela e nós e investir nela uma aura de

excitação. ‘Não há nada’, escreve Sade, ‘que pode colocar limites à licenciosidade... A melhor maneira de ampliar e multiplicar o desejo é tentar limitá-lo’. Nada pode conter a licenciosidade... ou melhor, falando de modo geral, não há nada que possa conter a violência” (tradução livre das autoras). BATAILLE, G. *Eroticism*. London: Penguin, 2012, p. 48 (originalmente publicado em francês em 1957).

invariavelmente essa questão é levantada quando se discute o papel do direito penal na sociedade.

Para levar adiante uma reflexão sobre o direito penal, entendemos ser preciso nos reportar a pelo menos dois tipos de problemas e, portanto, de possíveis respostas à pergunta-título deste capítulo.

O primeiro deles diz respeito aos objetivos que o próprio direito penal enuncia e atribui a si por meio das teorias da pena (retribuição, dissuasão, reabilitação e prevenção geral positiva). Essa perspectiva tem ocupado enorme espaço no debate acadêmico, tanto no campo teórico-dogmático quanto no empírico. A esta questão dedicaremos o item 18.2 deste texto, organizado em função da pergunta “a pena é capaz de conter a violência?”. Como veremos, tanto a produção de teor normativo que elabora sobre as funções do direito penal quanto os estudos que buscam testar a eficácia desse sistema dificilmente abrem espaço para o questionamento sobre a própria centralidade do direito – e mais especificamente do direito penal e da pena – como mecanismo de contenção de condutas violentas e/ou indesejadas. Em outras palavras, ao limitarmos o debate aos objetivos declarados e à possibilidade de alcançá-los, podemos perder de vista a questão que hoje nos parece fundamental: os instrumentos que vêm sendo utilizados pelo direito penal para evitar

comportamentos indesejados ou conter a violência seriam os mais adequados?

Este movimento amplia e modifica substancialmente o conjunto de problemas ao qual a pergunta-título deste capítulo nos remete. Colocar a questão nesses outros termos significa considerar as consequências que a centralidade do direito penal e da pena têm produzido na construção de políticas públicas, bem como as implicações e custos sociais do próprio funcionamento do sistema de justiça. É o que buscaremos apresentar em seguida respondendo à pergunta “o direito penal é capaz de conter sua própria violência?” (item 18.3). Antes de iniciarmos esse percurso, explicitaremos os principais conceitos que organizam e norteiam a reflexão proposta aqui (item 18.1).

18.1. A construção da categoria *crime* (ou o direito penal em ação)

O direito penal regula condutas por meio da categoria *crime*. É por meio da definição de determinado fato como crime que os instrumentos que estão à disposição dos atores do sistema de justiça podem ser acionados. O funcionamento do direito penal envolve, portanto, de um lado, a construção da própria categoria crime – e, por consequência, de “autor de crime”, entre várias outras –; e, de outro, a escolha de consequências jurídicas para essa definição.

Ao pensarmos os conceitos jurídicos como resultado de um longo processo decisório que envolve vários atores sociais, ampliamos nossa capacidade de observação e análise dos fenômenos jurídicos. Nessa perspectiva, a definição de crime é percebida como resultado de um processo de atribuição e construção de sentido que pode variar – e de fato varia – ao longo do tempo, em diferentes sociedades, contextos etc. Ao nos posicionarmos dessa forma perante o crime, buscamos evitar todo tipo de cristalização dessa categoria, isto é, de atribuição de características, formas e conteúdos fixos, permanentes ou “essenciais”. Por exemplo, é muito forte no senso comum a associação entre crime e violência. No entanto, quando olhamos para os comportamentos problemáticos selecionados pelo legislador, muitos deles não descrevem situações que envolvem uma ação humana capaz de causar a outra pessoa uma lesão física, psíquica, emocional ou moral, como imediatamente vem à cabeça quando falamos de crime².

² Aliás, o direito penal – muitas vezes e cada vez mais – descreve condutas que não são propriamente ações, que não são necessariamente intencionais, que não envolvem vítimas concretas, que não são lesivas e que muitas vezes sequer são perigosas. Isso acontece notadamente em áreas que tradicionalmente não eram foco de atuação do direito penal, mas que vêm sendo cada vez mais intensamente reguladas por ele. São exemplos disso os crimes ambientais, os crimes financeiros e econômicos, os crimes contra a saúde pública, contra as relações de consumo etc. Nesses campos, na maior parte das vezes, está-se diante de proibições que não têm o escopo direto de conter condutas lesivas a vítimas concretas, mas visam gerir um *standard* segu-

Por isso, para pensar a noção de crime sociologicamente é preciso assumir que nem todo crime é violento e que nem toda violência será considerada crime. Para compreender como essa relação se estabelece, é preciso atentar para o processo de definição dessa categoria e compreender sua dinâmica, seus elementos, bem como as instituições e os atores que participam de sua construção.

ro de proteção a “bens jurídicos” coletivos ou difusos. Para tanto, boa parte dos tipos penais contidos nessas novas legislações diferem da estrutura tradicional de crime, isto é, não descrevem uma ação de um indivíduo que causa uma lesão a algum bem ou valor de um outro indivíduo. Nessas novas incriminações, há cada vez mais delitos omissivos (ou seja, o direito penal pune aquele que não age para proteger a esfera de valor/bens de outra pessoa ou da coletividade); há também uma intensa associação desses crimes à modalidade negligente – então, o que se pune aqui não é a conduta daquele que pratica uma “violência” em face de outra pessoa, mas daquele que não foi diligente o suficiente para agir a tempo de evitar que uma lesão ou um perigo se concretizasse. Klaus Günther identifica na proliferação dos crimes omissivos negligentes uma verdadeira mudança paradigmática do direito penal liberal. Ver GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal? In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 503. Além disso, o direito penal antecipa sua intervenção para criminalizar condutas que antes eram consideradas apenas preparatórias para uma conduta propriamente “criminosa”; ou condutas que antecedem a eventual progressão que levaria a uma lesão; ou simplesmente condutas que são individualmente inofensivas, mas que, se praticadas por um grande número de pessoas, aí sim poderiam gerar efeitos lesivos ou perigosos. Na dogmática do direito penal, chamamos isso de crimes de mera conduta, isto é, crimes que demandam, para se consumarem, a simples execução de uma ação que é pensada pelo legislador, por diferentes razões, como indesejada ou em tese perigosa, e que para caracterizarem o crime não precisam ter resultado concretamente em lesão ou perigo. Para uma análise mais aprofundada dessas tendências, ver: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

É comum pensarmos que definir algo como crime é discutir uma lei que criminalize ou descriminalize uma determinada conduta. De fato, essa disputa fica mais visível no âmbito do poder legislativo. É possível identificar movimentos na esfera pública que discutem a possibilidade de deixar de tratar determinadas questões com a categoria crime e com o aparato conceitual e institucional do direito criminal – por exemplo, as discussões em torno do aborto e do uso de entorpecentes. Contudo, há demandas exatamente no sentido contrário – no sentido da criminalização, como ocorre no caso da homofobia³.

No entanto, a criminalização ou não de uma determinada conduta constitui tão somente um dos componentes da engrenagem de categorias jurídicas que participam do que Álvaro Pires denominou processo de transformação de um fato qualquer em crime⁴. Além das normas de comportamento (que criminalizam ou não condutas), as normas de sanção e de processo, bem como uma série de outras normas que dizem respeito à seleção dos casos

que poderão ser submetidos ao processo penal, também integram a disputa pela atribuição de sentido. Pensemos, por exemplo, sobre o debate em torno do foro especial (competência para julgar crimes cometidos por funcionários públicos), da idade mínima para a imputabilidade penal, entre vários outros.

Ao observarmos as disputas que ocorrem na esfera pública ao redor de todos esses temas, percebemos que o processo legislativo constitui *uma* etapa de formalização – fundamental no Estado de Direito –, mas que não esgota, e sequer resume este processo de atribuição de sentido. Ademais, mesmo após a conclusão do processo legislativo, com a entrada em vigor de uma determinada norma, é possível dizer que as disputas pela atribuição de sentido permanecem durante a atuação do sistema de justiça – ou de “aplicação” da lei penal.

Assim, a definição de crime é disputada também ao longo do processo penal, um procedimento regulado em lei que se inicia assim que a notícia de ocorrência de um fato – que a princípio pode se encaixar em um tipo penal – é recebida por um dos atores do sistema de justiça criminal. Da lavratura de um boletim de ocorrência até a sentença condenatória irrecorrível⁵, uma série

3. Referimo-nos ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 122, de 2006, que criminaliza a homofobia. Foi proposto e aprovado pela Câmara em 2006 e ainda aguarda votação no Senado. Sobre a utilização do direito penal na luta por reconhecimento, cite-se um texto de intervenção na esfera pública, ainda atual: MACHADO, Marta; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Qual a língua da liberdade? *Folha de S.Paulo*, Tensões e Debates, 25 de agosto de 2007.

4. Para uma descrição do processo de *mise en forme* penal, ver PIRES, Álvaro P. Consideraciones preliminares para una teoría del crimen como objeto paradójico. *Revista Última Ratio*, ano 1, n. 0, p. 213-255, 2006.

5. É importante registrar que nem todos os casos que percorrem o sistema de justiça criminal têm início com a atuação da autoridade policial. Especialmente nos setores em que

de instituições e atores são postos em movimento e desenvolvem estratégias de atuação sob as regras do processo penal. É no âmbito desse debate regulamentado que são discutidas e concretizadas as regras de definição de determinado fato como crime, bem como as regras de imputação de responsabilidade a uma pessoa⁶. E, por fim, dá-se a determinação das consequências jurídicas que podem se seguir a esta operação de atribuição de responsabilidade, que denominamos *imputação*⁷.

O juiz – sempre ouvindo as partes e os *experts*, bem como considerando as provas – deverá interpretar a lei e os requi-

sitos para que uma determinada conduta seja considerada crime. Isso envolve reconstruir esses critérios, que estão espalhados pelo sistema de justiça – além do que está descrito na lei, há também a elaboração jurisprudencial e doutrinária (teoria do delito⁸) –, bem como articular tudo isso aos elementos do caso concreto.

Todos os casos envolvem um espaço para interpretação e para argumentação em muitos sentidos: se o fato ocorreu ou não; se o fato tem todos os elementos e pode se encaixar na descrição do tipo penal; se o eventual resultado lesivo decorreu da conduta ou se relaciona causalmente com outro evento; quem agiu e em que medida; se os pretensos autores eram capazes segundo o direito; se agiram ou não em situação permitida pelo direito (por exemplo, em legítima defesa ou estado de necessidade); se nas condições em que agiram poderiam ter feito diferente; e assim por diante. A discussão de todas essas questões está condicionada ao que se conseguiu provar validamente durante o processo, ou seja, a um patamar razoável de certeza de acordo com as normas proces-

há duplicidade de regulamentação jurídica (penal e administrativa), a primeira fase de coletas de dados e informações referentes à violação da norma (penal, inclusive) pode ocorrer em outros órgãos governamentais e ser encaminhada diretamente ao Ministério Público. É necessário registrar também que nem toda sentença penal condenatória transitada em julgado é definitiva, pois o Código de Processo Penal prevê a possibilidade de revisão dessas decisões em casos muito específicos (arts. 621 a 631).

6. No direito penal brasileiro, trata-se, na maior parte dos casos, de uma pessoa física. As exceções ficam por conta da responsabilização penal da pessoa jurídica prevista para os crimes ambientais. Esta questão foi analisada em profundidade por uma das autoras deste texto: MACHADO, Marta (Coord.). *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009. v. 18.
7. Na realidade, o processo de definição e atribuição das consequências jurídicas da imputação de responsabilidade alcança uma decisão na sentença. É possível dizer que a sentença condenatória constitui uma *decisão inicial* sobre a sanção. Inicial, porque nosso sistema, norteado pela “progressão de regime”, exige sucessivas revisões da decisão sobre a sanção fixada na sentença condenatória. Sobre este processo de *gestão da sanção* no sistema de justiça, ver: FERREIRA, Carolina; MACHADO, Maira. Exclusão social como prestação do sistema de justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao problema carcerário no Brasil. In: RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

8. No campo da teoria penal, a noção de crime é dada pelo que se costumou chamar de teoria do delito. A dogmática do campo penal se constitui nos países de tradição romano-germânica (e especialmente por influência da teoria alemã) sob a forma de um conjunto de conceitos que, articulados, permitem que se descrevam as características da “conduta criminosa”. Diversos autores e escolas se sucederam na definição das categorias do crime, e esse é, como dissemos, um debate em aberto, sujeito a redefinições pela teoria e pelos próprios atores do sistema.

suais estabelecidas – e, é claro, até os parâmetros de razoabilidade podem ser objeto de discussão⁹.

Para que fique mais concreta a complexidade do processo de construção do crime, pensemos na seguinte situação: é possível afirmar, no dia seguinte ao fato, diante da primeira manchete de jornal, que o sujeito que acertou um tiro na cabeça de outro cometeu o crime de homicídio? Não! Esse fato pode, com certeza, vir a ser declarado crime quando se obtiver uma sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, em relação à qual não caiba mais recurso¹⁰. Antes disso, não se pode falar nem em crime, nem em autor de crime. Se o autor do disparo for menor de 18 anos, por exemplo, não terá cometido um crime, mas um ato infracional, sujeito a um programa normativo distinto do Código Penal (o Estatuto da Criança e do Adolescente). Se o sujeito tiver apenas reagido a uma agressão prévia e não tinha outro jeito de se defender naquele momento, terá agido em legítima defesa, uma conduta lícita, aceita pelo direito, que não chegará a ser declarada crime. O autor do disparo pode, ainda, ser reconhecido como imputável em função de motivos e diagnósticos que também podem ser objeto de dis-

puta no decorrer do processo. Nesse caso, teria praticado um ato típico, antijurídico, porém não seria possível afirmar sua culpabilidade. Enfim, há uma série de questões a serem levantadas e cada uma dessas circunstâncias está sujeita a várias interpretações, patamares probatórios e formas de articulação no âmbito da argumentação jurídica. Por exemplo, há diferentes formas de se definir e de se provar uma situação de legítima defesa. Há diferentes formas de se definir e de se provar o que é capacidade jurídica; nesse ponto, o processo penal traz para dentro do debate jurídico também o saber médico, o que amplia exponencialmente o conjunto de soluções possíveis. O que queremos reforçar aqui é a gama de questões que estão em jogo quando observamos o processo em que se decide se um crime aconteceu ou não. Há um espaço considerável de disputa e de possibilidades de se alcançar soluções distintas em um exemplo que, a princípio, poderíamos chamar de “fácil”.

A discussão fica ainda mais interessante quando nos aproximamos de casos nos quais o rendimento das definições e a relativa segurança que elas proporcionam tornam-se muito baixos. Por exemplo, o lutador de MMA (*Mixed Martial Arts*) que golpeia seu adversário poderia ser acusado de lesão corporal? E o médico que corta a barriga de sua paciente para executar uma cirurgia? Argumentações jurídicas que considerassem essas condutas como passí-

⁹. Inclusive, como vimos, as próprias normas de processo têm certa mobilidade e são elas próprias passíveis de serem reinterpretadas, por exemplo, quando o Tribunal decide redefinir os critérios de aceitação de uma prova.

¹⁰. Decisão que tampouco é definitiva em função da possibilidade de revisão criminal, como explicamos anteriormente.

veis de serem consideradas lesões corporais poderiam ser percebidas como em total desconexão com as práticas sociais e culturais de uma determinada sociedade. E, em função disso, poderíamos dizer que tanto o lutador de MMA como o médico podem exercer suas profissões com alguma segurança de que não serão acusados de violar uma norma penal.

O que fica claro nesses casos é que os limites dos conceitos jurídicos não são objetivos. Não são certos, são disputáveis, ainda que dentro de certos limites. A rede de conceitos dogmáticos funciona muito mais como o juiz que fixa as regras do jogo (argumentativo) do que como o oráculo que nos dá respostas (ainda que em alguns casos se queira fazê-la parecer com o oráculo). Exemplos limítrofes como esses apenas tornam mais visível o fato de que a classificação do problema em termos de teoria do delito envolve uma disputa que se refere a um determinado acordo social que foi (provisoriamente) alcançado sobre o que é lícito ou ilícito e sobre o que é crime ou não. O que estamos aqui ressaltando é que essa disputa está presente não só no momento em que se discute no âmbito do processo legislativo criminalizar ou não criminalizar uma conduta, mas também no curso do processo penal¹¹.

¹¹ Essa discussão aparece no campo da teoria do direito penal por intermédio de Claus Roxin, que defende a necessidade de abrir o sistema da teoria do delito à política criminal e

Ou seja, embora esse processo seja formalizado, ele não cristaliza, a princípio, a resposta¹². A possibilidade de reinterpretar as normas aplicáveis e mudar a solução está sempre presente¹³. É por isso que apontar um fato como crime ou alguém como criminoso antes mesmo que este processo esteja terminado é um equívoco do ponto de vista do sistema jurídico. Além disso, mesmo diante desse fato (jurídico) que faz nascer a declaração (jurídica) de que um crime aconteceu, não levar em consideração a complexidade e a contingência dessa declaração seria um sinal de inocência ou de má-fé. Neste ponto, é preciso ficar atento a posições que naturalizam a categoria crime e criminoso, levando em conta o processo de definição – por

integrá-la ao processo jurisdicional. Seu texto inaugural e de ruptura dentro do campo da dogmática penal alemã é de 1970 e foi traduzido para o português: ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- ¹² Pelo menos a princípio, pois é evidente que determinado sistema pode chegar a ser mais estático, mas isso é apenas uma de suas condições contingentes.
- ¹³ Exemplo disso é a recente e controversa decisão do Tribunal de Colônia, Alemanha, que ao julgar um processo contra um médico muçulmano entendeu que a circuncisão de menores por razões religiosas – prática tradicional tanto entre muçulmanos como entre judeus – deve ser considerada crime de lesão corporal, ainda que praticada propriamente por médico e com o consentimento dos pais. Cf. *Beschneidung von Jungen aus religiösen Gründen ist strafbar*, publicado no *Süddeutsche Zeitung*, disponível em: <<http://www.sueddeutsche.de/panorama/urteil-des-landgerichts-koeln-beschneidung-von-jungen-aus-religioesen-gruenden-ist-strafbar-1.1393536>>. Acesso em: 19 ago. 2012; e *Circumcision ruling condemned by Germany's Muslim and Jewish leaders*, no *The Guardian*, disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2012/jun/27/circumcision-ruling-germany-muslim-jewish>>. Acesso em: 19 ago. 2012.

exemplo, discursos que se referem a “personalidades criminosas” e estudos que buscam as raízes do crime no DNA.

Em suma, a exposição realizada até agora buscou demonstrar que o crime não é um fato da natureza, sobre o qual recai a norma penal que estava ali à espreita apenas esperando que o fato acontecesse. É claro que a ocorrência do fato é o que dá início a toda essa engrenagem, mas, quando falamos em crime, tratamos de uma categoria construída por meio de um processo regulado no âmbito de uma série de instituições, em que atores predefinidos manejam um conjunto de normas, princípios, categorias teóricas, doutrina e, por meio de raciocínios que seguem uma determinada lógica – que é a lógica da argumentação jurídica –, articulam tudo isso com a discussão do caso e das suas circunstâncias concretas. Estas, por sua vez, entraram no processo por meio de um sistema específico de produção de provas¹⁴. É, enfim, por meio dessa dinâmica – comu-

mente denominada produção da “verdade” (processual) –, que o processo penal tende a alcançar uma definição sobre a ocorrência de um crime e sobre seu autor.

A construção da categoria crime constitui, portanto, o próprio mecanismo do direito penal em ação. Quando esse processo não é tematizado, ou seja, quando esse processo de definição não é observado como um processo que envolve disputas, atores e instituições que se articulam de uma determinada forma e estão inscritas em circunstâncias bastante concretas, então tendemos a achar que crime é um fato do mundo, que existe por si só na natureza, como se fosse autoevidente e não sujeito a disputas. Concebê-lo dessa forma é, de nosso ponto de vista, impor um obstáculo à visualização – e, conseqüentemente, à problematização – de todas as questões que buscamos sistematizar no decorrer deste item.

Mas há mecanismos para evitar as implicações epistemológicas, políticas e sociais da permanência de categorias naturalizadas na esfera pública, no debate acadêmico, bem como nos processos de produção legislativa, imputação de responsabilidade e sanção. Um deles, que escolhemos explicitar aqui, consiste em demonstrar que o termo “crime” descreve muito mal as situações fáticas em relação às quais podem (ou não) ser acionadas as normas e instituições que compõem o sis-

¹⁴ Em *A verdade e as formas jurídicas*, Foucault descreve algumas formas de descoberta judiciária da “verdade” que se desenvolveram historicamente até que se consolidasse o modelo do inquérito, paradigma que permanece até hoje. Este texto nos chama atenção para o fato de que nosso conhecimento (judiciário) sobre os fatos dependerão sempre do tipo de sistema de produção do conhecimento (judiciário) que se adote. Dessa forma, qualquer abordagem que naturalize o conhecimento produzido negligenciará aspectos sempre contingentes da produção do conhecimento (e evidentemente também do conhecimento judiciário sobre um fato) e suas relações com o poder. Ver: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 53-67.

tema de justiça criminal. Este problema foi percebido no início dos anos 1970 pelas ciências sociais, que propuseram novas expressões para designar nosso “ponto de partida”. Um dos objetivos centrais dos autores que integraram esse debate era evitar “a redução de relações sociais complexas à sua possível designação jurídica”¹⁵. É no âmbito dos debates entre sociólogos, psicólogos, criminólogos e juristas que a expressão “situação-problema” passou a ser frequentemente utilizada para indicar um conjunto específico e relações percebidas como problemáticas ou indesejáveis por alguém. Como nos sugere Hulsman, o uso dessa expressão é uma estratégia para impor três questões ao debate: *Quem considera essa situação problemática? O que aconteceu? O que os envolvidos querem fazer em face disso?*¹⁶.

Essas três questões acessam de maneira muito diferente as situações fáticas – pensemos novamente nos exemplos dis-

cutidos anteriormente. É interessante notar que as duas primeiras dizem respeito ao processo de definição de crime e de imputação de responsabilidade. Já a terceira questão remete-nos às possíveis consequências jurídicas que essa declaração de responsabilidade acarreta. Nesta etapa, abre-se um outro campo para disputas – teóricas e práticas, na esfera pública, no legislativo e no judiciário. Trata-se do debate sobre a pena.

A pena afliativa – e, mais comumente, a prisão – é a forma como a maior parte dos sistemas penais ocidentais definiram como seria a consequência jurídica da declaração de que um crime aconteceu e determinada pessoa foi seu autor. Há todo um campo de conhecimento que se dedica a justificar (e defender) essa escolha: as teorias da pena. Os dois próximos itens serão dedicados a elas. Nosso fio condutor, como indicado na introdução, é a pergunta-título deste texto. Iniciamos com a exposição sobre o significado e as implicações de atribuímos à pena a função de conter a violência nas sociedades contemporâneas (item 18.2). Este percurso nos permitirá afirmar que a imposição de uma pena é somente um dos resultados possíveis da operação do direito penal, e que essa pena pode ser o encarceramento do indivíduo declarado autor, mas não necessariamente. Embora a operação do sistema de justiça criminal esteja atualmente tão apegada à noção de pri-

¹⁵ ROBERT, Philippe et al. Organiser un dialogue autour de et avec Lode Van Oottrive. In: CARTUYVELS, Y.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A.; ROBERT, P. (Org.). *Politique, police et justice au bord du futur*. Paris: L'Harmattan, 1998, p. 15.

¹⁶ HULSMAN, Louk. Struggles about terminology: “problematic-situation” vs “crime”. In: CARTUYVELS, Y.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A.; ROBERT, P. (Org.). *Politique, police et justice au bord du futur*. Paris: L'Harmattan, 1998, p. 54-55. Sobre os benefícios da utilização dessa expressão, Claude Faugeron chama atenção para o fato de que esta “noção nos reenvia em primeiro lugar à vítima” – ou aos laços sociais concretos – “e não a um conceito abstrato de sociedade” (FAUGERON, Claude. Les situations-problèmes: théorie sociologique ou pratique criminologique? In: CARTUYVELS, Y.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A.; ROBERT, P. (Org.). *Politique, police et justice au bord du futur*. Paris: L'Harmattan, 1998, p. 84-85).

são, ela não é a única forma de regular – e tampouco a melhor – as situações consideradas problemáticas em uma determinada sociedade. E, para concluir este texto, trataremos dos efeitos contraproducentes – para dizer assim eufemisticamente – da centralidade da pena de prisão na atualidade (item 18.3).

18.2. A pena previne a violência?

Desde sua formação no final do século XVIII, o direito criminal construiu uma forma estável e monótona de responder a problemas sociais, por meio da imposição de penas aflictivas (que causam sofrimento). Isso pode ser considerado hoje uma dessas ideias que se sedimentaram de tal maneira ao longo dos séculos até produzir um efeito de naturalização: se chegarmos à conclusão de que um crime aconteceu, segue-se *naturalmente* daí que uma pena que consiste em inflicção de sofrimento será aplicada ao autor dessa conduta.

Falamos até agora do processo de definição de uma conduta como crime. Isso se dá, como vimos, pela ação de muitas e sucessivas instituições e pela interação de diversos atores do sistema político, do sistema de justiça, eventualmente do sistema médico, dos cidadãos etc. Vimos também que o debate sobre a ocorrência ou não de um crime (e sobre sua autoria) sempre exige a articulação entre

muitos elementos, o que torna o processo decisório bastante complexo.

Internamente, o direito penal circunscreveu e organizou esse debate no que chamamos de teoria do delito. Aqui, são dados os elementos e as definições do que seja crime, o que simultaneamente subsidia e justifica o processo de imputação. A ideia de uma dogmática penal circunscrita a um sistema em que se articulam os elementos de definição do delito surgiu com Liszt no final do século XVIII e permanece até hoje na maior parte dos países de tradição romano-germânica como o princípio que organiza o debate teórico no campo da dogmática penal¹⁷.

É claro que, a partir desse momento, este campo foi movido por um intenso debate em que distintas teorias e escolas de pensamento se sucederam ao longo dos séculos. É interessante notar que, por mais acirrado que tenha sido esse debate – que envolveu intensos confrontos sobre os pressupostos filosóficos adotados para construir o sistema de categorias –, duas características permaneceram estáveis. Primeiro, a sua organização na forma de um sistema de categorias fixas que com-

¹⁷ A reconstrução do campo teórico da teoria do delito nesses termos foi objeto da tese de doutorado MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação*: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea. Tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo em julho de 2007.

põem a chamada teoria do delito¹⁸, como mencionamos acima. E, em segundo lugar, a residual tematização da pena afliativa. Notamos que as diferentes teorias e escolas têm em comum o fato de aceitarem que, uma vez chegada à conclusão de que um dado comportamento apresenta todas as características – de acordo com as categorias da teoria adotada – do que se pode chamar de crime, seguir-se-á naturalmente uma pena no sentido da inflicção de um sofrimento. Na realidade, a pena será tematizada por outro campo dos estudos sobre o sistema penal: as teorias da pena¹⁹.

Então, se quisermos responder à pergunta que está no título deste capítulo a partir do campo das “ciências penais”²⁰,

feitas todas as ressalvas que acabamos de expor sobre a noção de crime, teremos que olhar para o que dizem as teorias da pena. Em outras palavras, dado que estamos tratando de um universo limitado de fatos sociais – isto é, aqueles cuja definição legal envolve algum tipo de lesão a uma vítima, que foram selecionados pelas instituições penais e que no curso do processo de definição alcançaram o estágio final que seria a sentença penal condenatória transitada em julgado. Para esses casos, o que dizem as justificativas da pena sobre a sua capacidade de contenção da violência?

Essa pergunta nos remete ao conjunto de argumentos que nos últimos dois séculos foram oferecidos pelas *teorias (modernas) da pena* – retribuição, dissuasão, reabilitação e prevenção geral positiva (ou denunciação). Essas quatro teorias, com algumas variações internas, contribuíram e ainda contribuem para justificar a atuação do direito penal como mecanismo precípua de controle e contenção da violência

¹⁸ Os elementos que compõem a definição de crime, seguindo o sistema da teoria do delito, são os seguintes: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

¹⁹ Vemos que dogmática penal (ou as teorias do delito) e teorias da pena tiveram por muito tempo desenvolvimentos que podemos chamar de relativamente independentes. Discutir a função da pena não esteve entre as preocupações centrais dos autores que escreveram sobre teorias dogmáticas do delito. Pode-se dizer que esse padrão foi quebrado apenas recentemente por Roxin (em 1970) e por autores chamados de funcionalistas, como Günther Jakobs, que introduzem a pena no sistema de categorias, para guiar sua interpretação. As consequências dessa separação e os limites da discussão nos termos dos funcionalistas foi desenvolvida em MACHADO, Marta. Punishment, Guilt and Communication: the possibility of overcoming the idea of infliction of suffering in the theoretical debate. In: DUBÉ, R.; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maira. La rationalité pénale moderne: réflexions conceptuelles et explorations empiriques. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2012.

²⁰ Referimo-nos aqui à expressão de Liszt. Em 1882, este autor propôs uma organização do campo teórico da produção do conhecimento sobre direito penal e alocou as dimensões política e empírica do sistema penal no que chamou de “ciência global do direito penal” (gesamte Strafrechtswis-

senschaft), composta por três eixos: (i) as ciências dedicadas ao estudo causal-empírico do delito e da pena (criminologia e penologia); (ii) a política criminal no exercício da tarefa política que se concretiza nas propostas de revisão e reforma da legislação penal; (iii) a dogmática como “ciência sistemática” e “ciência prática”. É interessante notar como a organização do campo é ainda hoje persistente. Ver LISZT, F. von. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Utilizaremos a tradução para o espanhol de Carlos Pérez del Valle: LISZT, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal*. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Granada: Editorial Comares, 1995.

nas sociedades contemporâneas²¹. Para os propósitos deste texto, a teoria da retribuição não nos interessa diretamente, uma vez que ela não coloca o problema da obtenção de efeitos futuros (como conter a violência e prevenir comportamentos). A teoria da retribuição se satisfaz, por assim dizer, “em pagar o mal com o mal”, isto é, em causar sofrimento ao indivíduo que violou a lei penal.

É a partir de Beccaria que se inicia um longo debate sobre os efeitos futuros – para o condenado e a sociedade como um todo – atribuídos à imposição da pena. É interessante notar que, no âmbito das teorias da pena, a ideia de “contenção da violência” foi substancialmente ampliada de modo a alcançar a expectativa de não ocorrência de todos os problemas previstos na legislação penal – isto é, prevenir ou conter inclusive aqueles que não envolvem a violência física ou psíquica entre indivíduos. Cabe ressaltar que, no direito brasileiro (e em vários outros sistemas jurídicos), o número dos problemas que não envolvem violência física ou psíquica é muito maior

do que a parcela dos problemas violentos. Ao lado desse primeiro movimento de esgarçamento da “ideia de violência” para abarcar “todos os crimes”, a grande difusão do termo “prevenção” provocou uma segunda ampliação no rol de finalidades atribuídas à imposição de pena. Não se trata apenas de conter ou evitar determinadas condutas, mas, como nos mostra Tonry, a noção de prevenção “facilmente engloba finalidades tradicionais como a dissuasão, a incapacitação e a reabilitação”²². O termo “prevenção” é também utilizado na expressão “prevenção geral positiva” que, diferentemente das anteriores, atribui à pena o papel de reforçar as normas jurídicas (ou, conforme a formulação, os valores protegidos pelas normas, as instituições do Estado de Direito, a confiança na justiça etc.). Dessa forma, é muito comum que a noção de prevenção seja utilizada para veicular diferentes teorias – e, portanto, finalidades atribuídas à pena: dissuadir a sociedade (prevenção geral negativa), incapacitar o cidadão apenado mantendo-o na instituição prisional ou reabilitá-lo no interior da instituição (prevenção especial negativa) ou ainda punir um cidadão determinado para comunicar à sociedade que valores, instituições e normas continuam válidos (prevenção geral positiva)²³.

²¹. Para uma análise crítica das teorias da pena, vistas como discursos racionais de sua justificação, ver GÜNTHER, Klaus. *Kritik der Strafe I*. WestEnd (2004). p. 117-131 [Tradução para o português: GÜNTHER, Klaus. *Crítica da pena I*. In: PÜSCHEL, Flavia; MACHADO, Marta R. A. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito*. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53-75. O mais completo estudo sobre as teorias da pena encontra-se em: PIRES, Álvaro et al. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelles: Larcier, 2008. v. I, II e III. O volume II, dedicado à racionalidade penal moderna, apresenta a contribuição do pensamento kantiano para a atualização e a compatibilização da teoria da retribuição ao pensamento do século XVIII.

²². TONRY, Michael. Has the prison a future? In: TONRY, Michael (Ed.). *The future of imprisonment*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 10.

²³. Há diferentes vertentes dessa formulação que vê a pena como a oportunidade de produzir uma comunicação positi-

Ainda que tais teorias da pena pareçam se diferenciar bastante entre si – especialmente quanto aos objetivos que se colocam –, todas elas compartilham uma única definição de punição: a pena deverá sempre significar um mal para o imputado. A imposição de sofrimento por intermédio de uma privação do patrimônio (pena de multa), da liberdade (pena de prisão) ou da vida (pena de morte) constitui, assim, o elemento central do conceito de punição. Até mesmo no âmbito das teorias da reabilitação essa concepção de pena como um mal pode ser encontrada. Utilizamos o plural para fazer referência à teoria da reabilitação porque não é possível identificar uma única matriz teórica relevante a este conjunto de ideias. Entre as várias organizações possíveis, parecemos mais interessante distingui-las em função do papel que atribuem à instituição prisional para a ressocialização do indivíduo. Dessa forma, falamos em “reabilitação prisional” para descrever as teorias que apostaram nos programas e tratamentos no interior das instituições prisionais.

va na coletividade. Para citar dois autores importantes nesse debate, ver: HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. Munique: C.H. Beck, 1990 (Tradução para o português: HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005); e JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1991 (Tradução para o espanhol: JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquín C. Contreras; Jose Luis S. G. De Murillo. 2. ed. cor. Madrid: Marcial Pons, 1997).

E “reabilitação não prisional” para aquelas que, reconhecendo os custos e os efeitos contraproducentes que a exclusão do cidadão do convívio social impõem ao seu retorno, ampliaram substancialmente o rol de sanções disponíveis no direito penal para incluir formas de suspensão condicional do processo e da pena, prestação de serviços à comunidade, advertências, mecanismos de mediação, entre outros²⁴. Mas é interessante observar que a diversificação de penas não elimina necessariamente o forte apego à ideia de pena como um mal. Não é incomum encontramos no debate público brasileiro propostas voltadas a desenhar penas alternativas à prisão que maximizem o sofrimento do cidadão que receberá a pena²⁵.

Ainda que formem o núcleo duro de um modo muito difundido de pensar a punição em todo o ocidente, essas teorias vêm sofrendo uma série de críticas por autores

24. Para um panorama sobre as teorias da reabilitação, especialmente no que diz respeito às diferenças no tocante à determinação da pena, ver: MACHADO, Maira; PIRES, Álvaro; FERREIRA, Carolina; SCHAFFA, Pedro. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução*: a questão das penas mínimas. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009. v. 17.

25. Um dos exemplos discutidos no Congresso Nacional de Alternativas Penais (CONEPA), realizado em Campo Grande em 2011, foi a especificação do tipo de serviço à comunidade que deveria ser imposto a determinados tipos de infração. Para crimes decorrentes de condução perigosa ou sob efeito de álcool, a prestação de serviço à comunidade deveria ser realizada nas ambulâncias que socorrem vítimas de acidente de trânsito, por exemplo. O fundamento desse tipo de proposta é tornar a experiência da sanção a mais negativa possível.

de diferentes países e tradições jurídicas. Algumas delas tocam diretamente nossa questão-título, pois colocam em evidência (i) que algumas teorias estão formuladas de uma dada maneira que escapam a qualquer teste empírico (podemos dizer isso da retribuição e da prevenção geral positiva), (ii) enquanto outras, como a dissuasão, que, sim, permitiriam algum tipo de verificação empírica, vêm sendo sistematicamente descreditadas por pesquisas desenvolvidas no campo das ciências sociais.

Autores que se dedicaram a organizar e rever sistematicamente os estudos produzidos sobre a teoria da dissuasão apontam para a inexistência de relação entre a intensidade da punição e as taxas de crimes. No início da década de 1990, Braithwaite, por exemplo, chamou atenção para o fato de que “a literatura produzida sobre a dissuasão fracassou em produzir as tão esperadas evidências de que mais polícia, mais prisões e mais punições certas e severas fazem uma diferença significativa nas taxas de crime”²⁶. Vários anos depois, Doob e Webster produzem uma ampla revisão da literatura sobre o tema e concluem, de modo semelhante, que variações na severidade das sanções não guardam relação com os níveis de crime²⁷.

Assim, como vemos, se permanecermos no campo das teorias (modernas) da pena, teremos não só poucas ideias para lidar com a prevenção de comportamentos indesejados, como também ideias incapazes de demonstrar que alcançam os objetivos a que se propõem. E isso porque o debate sobre as consequências jurídicas da definição de um crime está, há séculos, enclausurado no debate sobre as possíveis dinâmicas de prevenção – i.e., dissuasão, reabilitação ou afirmação de valores ou normas – que podem ser extraídas ou esperadas da segregação de um indivíduo e de sua manutenção fora do convívio social.

No entanto, a exclusão social do cidadão que violou a lei penal é apenas uma entre várias formas de regular determinado conflito e atribuir consequências a ele. Ao colocarmos em questão a centralidade da sanção prisional no sistema de justiça criminal, surge um novo espaço para decidir as possíveis respostas estatais e, consequentemente, um novo campo de disputa para os atores que participam do sistema de justiça criminal.

Para explorar esse campo de possibilidades, parece-nos necessário tratar separadamente a *decisão sobre a imputação* (condenação ou absolvição de uma

²⁶ BRAITHWAITE, John; PETIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 3.

²⁷ Esses autores enfatizam também que a ausência de correlação entre severidade da punição e taxas de crimes não su-

gere que “o sistema jurídico como um todo tenha um efeito dissuasório”. DOOB, Anthony; WEBSTER, Cheryl. Sentence severity and crime: accepting the null hypothesis. *Crime and Justice* 30: 143-95, 2003, p. 143.

determinada pessoa pela violação de uma certa norma penal) da *decisão sobre a sanção* (definição do tipo e da quantidade de pena, se for o caso).

Para compreender como essa segunda decisão é tomada, temos novamente que observar a existência de diferentes etapas no decorrer de um procedimento do qual participam distintas instituições e atores. Ao discutir a criação de um crime, o legislador define também a qual sanção estará sujeito aquele que for declarado seu autor. No Brasil e em vários outros países, acopla-se à descrição da conduta proibida uma pena de prisão – expressa com um mínimo e um máximo de tempo de prisão²⁸. Este esquema sancionatório altamente naturalizado impõe ao menos dois obstáculos a ampliar e sofisticar o campo de possibilidades em matéria de penas.

O primeiro deles diz respeito ao vínculo entre a decisão de condenação e a imposição de uma pena.

Klaus Günther aponta isso justamente chamando atenção para a importância sociológica do conceito de responsabilidade, que acaba passando despercebido nesse arranjo do sistema jurídico. Aquilo que fundamenta a culpabilidade – ou seja, os elementos que permitem dizer que um crime aconteceu e que determinada pessoa é seu autor – justifica a imputação de responsabilidade (penal) que se dá na declaração da sentença condenatória. É essa comunicação da responsabilidade que organiza a teia de elementos e interações sociais e lhe dá um sentido²⁹.

Abre-se a partir daí um novo campo de decisão sobre a resposta estatal que se segue a essa declaração. Não há nada que nos obrigue a ligar essa declaração a uma sanção e muito menos a uma pena aflictiva. Se isso vem acontecendo há muito tempo, trata-se de uma *decisão*, que pode ser colocada em questão a qualquer momento. Ou seja, é possível discutir e decidir – dando-se novos fundamentos, que não aqueles que justificaram a responsabilização –, conforme o caso que se tem em mãos, se após a comunicação da imputação haverá mais algum tipo de resposta do

²⁸. A exceção mais radical e recente encontra-se na nova lei de drogas, que previu pena de advertência para o usuário de substância entorpecente (art. 28 da Lei n. 11.340/2006). Estamos tão acostumados com o fato de que o legislador define para todo crime uma pena de prisão que a discussão que se seguiu à promulgação dessa lei foi a de que haveria ocorrido a descriminalização do uso de entorpecentes – o que não é correto afirmar, já que essa conduta continua sendo crime, continua sujeita ao processo penal, e o que mudou foi somente a sanção prevista em lei. Ver, nesse sentido, PIRES, Álvaro; CAUCHIE, Jean François. Um caso de inovação “acidental” em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. *Revista Direito GV* 13, v. 7, n. 1, p. 299-329, jan./jun. 2011.

²⁹. GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na sociedade civil. In: *Novos Estudos* 63, 2002, p. 105-118. Originalmente publicado em MÜLLER-DOOHM, Stefan (Org.). *Das Interesse der Vernunft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000, p. 465-485. Publicado em português também em: PÜSCHEL, Flávia; MACHADO, Marta R. A. *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-26.

sistema jurídico e qual será ela – indenização, advertência, reparação à vítima, acordos restaurativos, multa, serviço comunitário, prisão etc.³⁰.

O segundo obstáculo diz respeito à utilização quase exclusiva da sanção prisional na redação dos tipos penais. O legislador poderia indicar, conforme a situação problemática que procura regular, o conjunto de sanções possíveis às quais o infrator daquela norma poderia estar sujeito. A retumbante monotonia na definição das sanções pelo legislador soa certamente estranha para qualquer formulador de políticas públicas: não importa qual o problema que se tenha diante dos olhos – o corte não autorizado de uma árvore, a sonegação de impostos, um xingamento racista ou um homicídio cometido com requintes de crueldade –, a resposta estatal definida no tipo penal será sempre a mesma: prisão. Varia apenas a quantidade de tempo mínimo e máximo que se entende necessária para “prevenir” a repetição dessas condutas indesejadas. Por mais que outras normas estabeleçam possibilidades de paralisação do processo, de substituição de uma pena de prisão por uma pena de outro tipo em limitadíssimas circunstâncias³¹, a ma-

nutenção da sanção prisional na esmagadora maioria dos crimes em vigor na nossa legislação reforça a ideia de que somente a pena de prisão é capaz de gerir e prevenir problemas sociais considerados graves. Em um cenário como esse, não surpreende que os debates públicos sobre todo tipo de problema social acabem sempre em propostas de criação de um crime ao qual, invariavelmente, está acoplada a pena mínima e máxima de prisão³².

Uma característica importante do processo de decisão sobre a sanção é a forma como está distribuído entre as instituições do Estado de Direito. No caso do Brasil, o legislador estabelece os limites mínimos e

autor e promotor de justiça como causas de extinção da punibilidade, aplicável a contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo, isto é, aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos (arts. 72 a 76 da Lei n. 9.099/95); a possibilidade de suspensão condicional do processo, com potencial extinção da ação penal caso haja o cumprimento de determinadas condições, aplicável aos crimes com pena mínima não superior a um ano (art. 89 da Lei n. 9.099/95); a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, aplicável a condenações não superiores a 4 anos, em crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e a réu não reincidente em crime doloso (art. 44 do Código Penal); e, por fim, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade (*sursis*), aplicável em casos de condenações não superiores a 2 (dois) anos, desde que o condenado não seja reincidente em crime doloso (art. 77 do Código Penal).

32. Um terceiro obstáculo que não poderá ser discutido neste texto diz respeito às penas mínimas. Estas penas, definidas pelo legislador para um conjunto abstrato e desconhecido de situações, impedem que o juiz, diante do caso concreto, possa decidir a pena mais justa, mais adequada, *àquele cidadão*. Ver, nesse sentido: MACHADO, Maira; PIRES, Álvaro. Intervenção política na sentença de direito. In: MACHADO, Marta; PÜSCHEL, Flavia (Org.). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013 (no prelo).

30. É claro que *como e por quem* essa decisão seria tomada em um modelo que reconhecesse esse espaço é algo a ser construído e regulado.

31. Entre os institutos “despenalizadores” previstos em nossa legislação, estão: o reconhecimento da composição civil dos danos entre autor e vítima e da transação penal entre

máximos aos quais deve se ater a sentença do juiz, os critérios que deve levar em conta na definição da sanção e também as circunstâncias em que pode determinar que a pena de prisão seja substituída por uma pena alternativa³³. Além disso, depois de fixada inicialmente a pena, entra em jogo um outro juiz que acompanha o caso durante o cumprimento da pena e que também pode tomar uma série de decisões que envolvem a sua *gestão*³⁴ – por exemplo, progressão de regime, comutação de tempo de prisão por trabalho, indulto, liberdade condicional etc.³⁵.

Esse arranjo constitui *uma* das possibilidades de construção do processo decisório sobre a sanção. Ele nem sempre foi assim e não necessariamente chegou a sua melhor forma. A divisão de tarefas entre o juiz e o administrador público, por exemplo, vem sendo objeto de intenso debate desde o mo-

vimento de judicialização da gestão da pena que ocorreu no Brasil, sobretudo a partir da década de 1980. Da mesma maneira, a redução da margem de decisão do juiz em face dos períodos mínimos obrigatórios de permanência em regime fechado tem limitado o espaço do juiz para individualizar a pena³⁶.

Em suma, importa-nos chamar atenção aqui para a necessidade de refletirmos e problematizarmos sobre a forma como em cada sociedade se *decide* responder às situações problemáticas sobre as quais se *decidiu* definir como crime.

Embora a esmagadora maioria dos sistemas penais esteja ainda girando em torno da prisão e da inflição de sofrimento – e não vamos por ora nos perguntar por que –, essa é apenas uma, dentre muitas, das possíveis estratégias de lidar com o crime. Essa discussão só vai começar quando assumirmos a contingência dessa decisão – isto é, um crime ao qual não está associada uma pena de prisão não constitui uma anomalia, tampouco pode ser entendido como impunidade. A partir daí, abre-se um leque de soluções – que podem ser mais criativas e menos deletérias que a pena de prisão – para se pensar qual a melhor política pública para lidar com determinado problema social.

³³ Enquanto os mínimos e máximos estão previstos nos tipos penais, logo abaixo das normas de comportamento, as demais regras estão previstas na parte geral do código penal, respectivamente arts. 59 e 44.

³⁴ A expressão “gestão da sanção” busca captar a participação de diferentes atores (defensores, promotores, diretores de instituições prisionais, grupos técnicos etc.) nas sucessivas etapas do processo decisório que se desenvolve a partir do momento em que uma pena é definida em sentença judicial. Para um panorama sobre a complexidade desse processo decisório a partir das proposições legislativas apresentadas entre 1984 e 2011, ver: FERREIRA, Carolina; MACHADO, Maira. Exclusão social como prestação do sistema de justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao problema carcerário no Brasil. In: RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77-105.

³⁵ É importante lembrar que a menção às figuras do legislador e do juiz acumula os vários atores que participam da dinâmica do processo legislativo e do processo jurisdicional, tal como discutimos no item anterior.

³⁶ Sobre estes dois últimos pontos, ver: FERREIRA, Carolina. *Legislar sobre a exclusão social: um estudo sobre a atividade legislativa sobre cumprimento da pena privativa de liberdade de 1984 a 2011*. Dissertação de mestrado em Direito e Desenvolvimento (Direito GV, 2011).

Trata-se de refletir a sério sobre quais sanções estão à disposição para serem aplicadas, quais respostas jurídicas são as mais adequadas para lidar com o problema social e como esse processo decisório está estruturado. Neste último ponto, referimo-nos ao modo como as instituições e atores interagem, aos pressupostos aos quais estão vinculados, ao que podem utilizar para embasar suas decisões, aos atores que podem ser ouvidos e opinar no curso desse procedimento, a quais interesses estão em causa, entre outros. Enquanto essa decisão não for objeto de pesquisa e problematização, no campo jurídico e na esfera pública, não seremos capazes de enfrentar os obstáculos à construção de políticas públicas mais eficientes para tratar dos nossos conflitos sociais.

Uma das maiores dificuldades de avançarmos nesse debate hoje em dia é a força que o discurso da impunidade tem na esfera pública. O termo “impunidade” se transformou em um conceito que colapsa uma série de coisas distintas em uma única demanda, a de mais prisão. Podemos a princípio pensar que falar em impunidade seria falar da inércia estatal diante de problemas nos quais instituições do Estado deveriam de alguma maneira intervir e não o fazem, deixando assim desprotegida uma série de interesses que, em nosso acordo social, entendemos que deveriam ser tutelados pelo Estado. Mas não. O diagnóstico da impunidade pode, claro,

referir-se à inércia total do Estado ou ao mau funcionamento de suas instituições, mas não é assim que o vemos em ação em muitos casos. Muito comumente, fala-se hoje em dia de impunidade na esfera pública para se referir à ausência da pena de prisão ou a punições tidas como brandas demais, ainda que não necessariamente se esteja diante de ausência de responsabilização ou ausência de resposta estatal. O termo “impunidade” é também mobilizado quando se aplica uma pena alternativa, quando o caso se resolve em indenização, e não em privação de liberdade, ou quando o condenado sai da prisão porque faz jus à liberdade condicional³⁷.

O uso do termo “impunidade”, nessa linha, é perigoso, porque nos leva a dois tipos de redução: fecha a atuação do sistema de justiça na responsabilização individual com atribuição de pena e faz coincidir a ideia de pena com privação de liberdade por longos períodos. Esses diagnósticos partem de uma percepção de que algo está faltando para que possamos melhor lidar com um determinado problema social. E esse algo é sempre a prisão. Ainda que muitas vezes se esteja diante de problemas sérios na atuação do sistema de justiça, o

³⁷. Para uma discussão sobre os diferentes usos do termo “impunidade” a partir de material colhido em estudo de caso sobre os processos legislativos da nova lei de drogas e da Lei Maria da Penha, ver: MACHADO, Maira et al. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2010. v. 32.

discurso da impunidade nunca coloca em causa a resposta prisional e fecha o espaço para pensarmos sobre a melhor forma de resolver o problema.

Não é por acaso que a ideia de impunidade é sempre retomada quando o que se pretende é transformar as estruturas internas do direito penal e, com mais ênfase, quando se discute a ampliação e a complexificação das sanções previstas. Tudo se passa como se a regulação jurídica de situações problemáticas pudesse operar apenas com as ideias e estruturas concebidas quando da formação do direito penal moderno no final do século XVIII. Qualquer coisa que difira disto significa o retorno às formas de regulação de conflitos anteriores ao advento do Estado Moderno.

Este tipo de argumentação associa a resposta do direito penal sempre com a punição como um mal – já que apenas a violência estatal satisfaria os desejos de vingança da vítima e da comunidade. Além disso, associa o não estatal com o pré-moderno, isto é, sem o mal praticado pelo Estado, estaria recolocado o risco de anomia – caos, linchamentos, guerra de todos contra todos. Esse argumento é frágil, pois ignora a existência de um amplo repertório de mecanismos e estratégias de resolução de conflitos que se desenvolveram em paralelo ao aparato estatal³⁸.

³⁸ Referimo-nos aqui às inúmeras experiências de resolução de conflitos que se desenvolvem atualmente e em diferen-

Depois de mais dois séculos de repetição de um modelo determinado de funcionamento do direito penal moderno, fica difícil afirmar qualquer coisa sobre o que aconteceria caso o direito penal deixasse de funcionar por meio da atribuição de uma pena afliativa. Porém, podemos afirmar que as experiências em que conflitos – inclusive violentos – foram resolvidos sem o direito penal não tiveram esse resultado.

Isso tudo evidencia que a limitação do debate a esses termos – crime e pena afliativa, de preferência prisão – exclui de saída uma série de mecanismos de prevenção potencialmente mais interessantes e eficazes e impede que avancemos na construção de políticas públicas. E o que é pior: se avançarmos o nosso olhar sociológico para levar em consideração os efeitos concretos da centralidade da prisão no debate sobre prevenção, veremos que seus resultados são ainda mais catastróficos, especialmente se o que se quer é diminuir a violência.

tes países à margem das estruturas estatais tradicionais do sistema de justiça. Nos esforços de sistematização e reflexão sobre essas experiências, a expressão “justiça restaurativa” vem sendo cada vez mais utilizada, ainda que, em alguns casos, possa se referir a alterações profundas dos mecanismos de resolução de conflitos que ocorrem no interior das estruturas estatais. Tendo em vista ser muito comum que essas experiências sejam associadas a problemas sociais cotidianos e considerados menos graves, é importante ter em mente a ênfase recente em mecanismos voltados a garantir a reparação do dano e a favorecer a reconciliação em casos de sistemáticas violações de direitos humanos. Nesse sentido, JAUDEL, É. *Justice sans châtiement*. Les commissions Vérité-Réconciliation. Paris: Odile Jacob, 2009; VILMER, J. *Réparer l'irréparable*. Les réparations aux victimes devant la Cour Pénale Internationale. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

18.3. Para concluir: o direito penal é capaz de conter sua própria violência?

Em várias sociedades contemporâneas, inclusive no Brasil, uma das formas de violência mais aguda a ser contida pelo direito é aquela produzida pelo próprio direito penal. Essa constatação, a nosso ver, exige que este texto abarque um conjunto de problemas que muitas vezes escapa à discussão sobre criminalidade e violência. Por violência produzida pelo próprio direito penal, referimo-nos às implicações sociais da centralidade da prisão no sistema de justiça³⁹. Esta problemática tem recebido, nas últimas décadas, enorme atenção por parte das ciências sociais. Contudo, o conhecimento ali produzido tem sido pouco ou nada aproveitado para a reflexão sobre a reforma do sistema de justiça criminal contemporâneo.

Considerar essa questão nos parece fundamental em um momento em que a ênfase a políticas encarceradoras convive com o problema, cada vez mais contundente, da superpopulação prisional. Esse paradoxo pode ser observado em diversos países, mas no Brasil ocupa um lugar pri-

vilegiado: somos o quarto país que mais encarcera no mundo, perdendo apenas para EUA, China e Rússia. Nossa população carcerária já ultrapassa meio milhão de pessoas, na razão de 270 presos a cada 100 mil habitantes⁴⁰.

Mas, para discutirmos a fundo a questão carcerária aqui no Brasil, não podemos deixar de considerar as condições de vida nas instituições prisionais brasileiras. Isto quer dizer que nossa tarefa envolve não somente questionar a limitação da solução prisional em si mesma, isto é, perguntarmo-nos a respeito dos ganhos sociais em se sequestrar pessoas e excluí-las do convívio social por longos períodos, mas também as circunstâncias concretas das condições de vida nas instituições prisionais brasileiras. Celas superlotadas, ausência de condições mínimas de higiene, alimentação inadequada e insuficiente, insalubridade do ambiente são algumas das características que aparecem comumente em inspeções e pesquisas voltadas a coletar informações sobre a situação carcerária

³⁹. Neste texto, associamos “violência produzida pelo direito penal” com o problema prisional por considerarmos ser este, de longe, o mais urgente no contexto brasileiro. É claro que o direito penal produz outras formas de violência, como a estigmatização das pessoas submetidas à investigação ou à persecução penal, a abertura à exploração midiática de determinados casos etc.

⁴⁰. As informações sobre a população carcerária no Brasil são compiladas e disponibilizadas pelo Infopen – uma base de dados gerenciada pelo Ministério da Justiça, mas alimentada por cada um dos Estados. O relatório referente a dezembro de 2011 encontra-se disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE-94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> (Acesso em: 6 ago. 2012). Para informações sobre a população prisional nos demais países, ver: WALMSLEY, R. *World prison population list*. 8. ed. King's College London International Centre for Prison Studies, 2009. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/downloads/wpp18th_41.pdf>.

ria no país⁴¹. Essas limitações estruturais somam-se ainda à precariedade dos programas de saúde, trabalho e educação no interior das instituições prisionais.

Esta forma sistemática de violência produzida pelo sistema penal vem sendo intensamente pesquisada e discutida pelas ciências sociais, mas parece não integrar o quadro de preocupações dos juristas comprometidos com a reforma do direito penal. Para utilizar os termos de Margarida Garcia (2011), ciências sociais e direito encontram-se aqui em um “diálogo sem troca”. De um lado, não encontramos com frequência pesquisas desenvolvidas no campo da sociologia do direito que levem em conta as estruturas internas do direito penal – tanto no plano normativo quanto no dogmático – para compreender e explicar o problema prisional. De outro lado, no campo jurídico, é possível dizer que este problema é amplamente ignorado – quando é reconhecido, costuma ser mais atribuído à política que ao próprio direito; e frequentemente ao poder executivo, que não resolve o problema do déficit de vagas nas prisões, e não à lei

e aos seus aplicadores, que continuam se utilizando cada vez mais da prisão como solução, como se essa questão não existisse ou não fosse de sua alçada.

Em poucas palavras, o direito reproduz suas estruturas – várias delas concebidas para lidar com a conflituosidade social e as instituições jurídicas do século XVIII – sem atentar para as descobertas das ciências sociais e essas, por sua vez, dificilmente arriscam-se a entender e integrar, em suas análises, a contribuição do próprio direito para esse estado de coisas. Por via de consequência, também não são capazes de apontar possíveis intervenções dentro do campo do direito que poderiam impactar neste diagnóstico.

Diante desse conjunto de questões – que são apenas algumas da gama de outras questões que envolvem o funcionamento do sistema penal e que tiveram que ficar fora deste texto –, é que nos parece importante, em um texto escrito para um manual de sociologia jurídica, chamar atenção para o fato de não ser possível discutir direito penal e pena hoje em dia sem olhar para as implicações concretas do funcionamento do sistema de justiça criminal – quem está preso e sob quais condições – sob pena de aumentar a violência e agudizar processos de exclusão social. E, de outro lado, parece-nos inócua observar esta realidade sem olhar para a operação do sistema do direito e desvendar seus mecanismos internos,

⁴¹. Sobre as violações de direitos humanos em ambiente prisional, ver Relatório dos Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, publicado em dezembro de 2011 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. As decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo nas ações civis públicas versando sobre superpopulação carcerária corroboram este quadro. Resultados parciais de pesquisa neste sentido estão descritos em: MACHADO, Maira. Superpopulação prisional e desenvolvimento sustentável. In: OLIVEIRA, Carina; SAMPAIO, Romulo (Org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 135-154.

buscar os pontos em que reproduz violência e os possíveis espaços para disputar uma mudança em sua atual organização.

Bibliografia

- BATAILLE, G. *Eroticism*. London: Penguin, 2012.
- BRAITHWAITE, John; PETIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- DOOB, Anthony; WEBSTER, Cheryl. Sentence severity and crime: accepting the null hypothesis. *Crime and Justice* 30: 143-95, 2003.
- FAUGERON, Claude. Les situations-problèmes: théorie sociologique ou pratique criminologique? In: CARTUYVELS, Y.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A.; ROBERT, P. (Org.). *Politique, police et justice au bord du futur*. Paris: L'Harmattan, 1998.
- FERREIRA, Carolina. *Legislar sobre a exclusão social: um estudo sobre a atividade legislativa sobre cumprimento da pena privativa de liberdade de 1984 a 2011*. Dissertação de mestrado em Direito e Desenvolvimento (Direito GV, 2011).
- FERREIRA, Carolina; MACHADO, Maira. Exclusão social como prestação do sistema de justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao problema carcerário no Brasil. In: RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77-105.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.
- GARCIA, Margarida. De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit: décentrer le sujet, interviewer le système et «désubstantialiser» les catégories juridiques. In: *Les cahiers de droit*, v. 52, n. 3-4, 2011, p. 417-459.
- GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el derecho penal? In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- _____. *Crítica da pena I*. In: PÜSCHEL, Flavia; MACHADO, Marta R. A. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito*. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Responsabilidade na sociedade civil. In: *Novos Estudos* 63, p. 105-118, 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- HULSMAN, Louk. Struggles about terminology: "problematic-situation" vs "crime". In: CARTUYVELS, Y.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A.; ROBERT, P. (Org.). *Politique, police et justice au bord du futur*. Paris: L'Harmattan, 1998.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquín C. Contreras; Jose Luis S. G. De Murillo. 2. ed. cor. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1991.
- JAUDEL, É. *Justice sans châtement. Les commissions Vérité-Réconciliation*. Paris: Odile Jacob, 2009.
- LISZT, Franz Von. *La idea del fin en el derecho penal*. Tradução de Carlos Pérez del Valle Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Granada: Editorial Comares, 1995.
- MACHADO, Maira et al. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2010. v. 32.
- _____. Exclusão social como prestação do sistema de justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao problema carcerário no Brasil. In: RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Superpopulação prisional e desenvolvimento sustentável. In: OLIVEIRA, Carina; SAMPAIO, Romulo (Org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.
- MACHADO, Maira; PIRES, Álvaro. Intervenção política na sentença de direito. In: Machado, Marta; Püschel, Flavia (Org.). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012 (no prelo).
- MACHADO, Maira; PIRES, Álvaro; FERREIRA, Carolina; SCHAFFA, Pedro. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009. v. 17.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na*

- dogmática penal contemporânea. Tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, 2007.
- _____. (Coord.). *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009. v. 18.
- _____. Punishment, Guilt and Communication: the possibility of overcoming the idea of infliction of suffering in the theoretical debate. In: DUBÉ, R.; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maira. *La rationalité pénale moderne: réflexions conceptuelles et explorations empiriques*. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2012, p. 89-110.
- _____. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Qual a língua da liberdade? *Folha de S.Paulo*, Tendências e Debates, 25 de agosto de 2007.
- MÜLLER-DOOHM, Stefan (Org.). *Das Interesse der Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000. p. 465-485.
- PIRES, Álvaro P. Consideraciones preliminares para una teoría del crimen como objeto paradójico. *Revista Ultima Ratio*, ano 1, n. 0, p. 213-255, 2006.
- _____. et al. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelles: Larcier, 2008. v. I, II e III.
- PIRES, Álvaro P.; CAUCHIE, Jean François. Um caso de inovação "acidental" em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. *Revista Direito GV* 13, v. 7, n. 1, p. 299-329, jan./jun. 2011.
- PÜSCHEL, Flavia; MACHADO, Marta R. A. *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROBERT, Philippe et al. Organiser un dialogue autour de et avec Lode Van Outrive. In: CARTUYVELS, Y.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A.; ROBERT, P. (Org.). *Politique, police et justice au bord du futur*. Paris: L'Harmattan, 1998.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TONRY, Michael. Has the prison a future? In: TONRY, Michael (Ed.). *The future of imprisonment*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- VILMER, J. *Réparer l'irréparable*. Les réparations aux victimes devant la Cour Pénale Internationale. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.
- WALMSLEY, R. *World prison population list*. 8. ed. King's College London International Centre for Prison Studies, 2009.