UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

DANILO SARAN VEZZANI

A busca de uma argumentação racional da função social da pena: reflexões sobre a efetividade da sua execução.

Ribeirão Preto

2020

DANILO SARAN VEZZANI

A busca de uma argumentação racional da função social da pena: reflexões sobre a efetividade da sua execução.

Versão Corrigida

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso

Ribeirão Preto

2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

VV597b

Vezzani, Danilo Saran
A busca de uma argumentação racional da função social da pena: reflexões sobre a efetividade da sua execução / Danilo Saran Vezzani; orientador Jair Aparecido Cardoso. -- Ribeirão Preto, 2020.
118 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2020.

1. EXECUÇÃO DA PENA. 2. PENA. 3. SISTEMA PENAL. 4. ESTRUTURA PRISIONAL. I. Cardoso, Jair Aparecido , orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: VEZZANI, Danilo Saran
Título: A busca de uma argumentação racional da função social da pena: reflexões sobre a efetividade da sua execução.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura: _____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura: _____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a minha irmã, que
despertou meu interesse pelo Direito

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao meu orientador, Professor Doutor Jair Aparecido Cardoso, sem o qual não teria aqui chegado.

Agradeço também a meus familiares, em especial a meus pais Márcia e Dorival e a minha irmã Camila, sem a qual não estaria onde estou. Agradeço a meu primo Lucas por ter me despertado o interesse pela reflexão filosófica.

Ainda que indiretamente, o auxílio prestado por meus amigos foi essencial para a feitura do trabalho, por isso agradeço especialmente: Sherington, Marco, Yuri, Adri, Gustavo, Karine, Murilo, Tucano e Brisa.

Agradeço, ainda, a USP-FDRP, que me permitiu aperfeiçoar meus conhecimentos e me tornar mais pleno de minhas vivências.

Finalmente, a todos aqueles que colaboraram, direta ou indiretamente, para que esta pesquisa fosse realizada.

RESUMO

VEZZANI, Danilo Saran. **A busca de uma argumentação racional da função social da pena:** reflexões sobre a efetividade da sua execução. 2020. 121 f. Dissertação/Tese (Mestrado/Doutorado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

O presente trabalho é fruto de uma pesquisa exploratória que tem como meio a pesquisa bibliográfica e seu método é o dialético. Inicia-se desenvolvendo uma argumentação racional, nos marcos do Estado Democrático de Direito, para a função e execução da pena. Para isso, vale-se do funcionalismo racional teleológico desenvolvido por Roxin e, subsidiariamente, da teoria do agir comunicativo aplicada ao direito desenvolvida por Habermas. Para concretizar esse intento, busca-se dialogar com os grandes filósofos e penalistas cujas ideias ainda se fazem presentes nos debates contemporâneos. Na medida que se mostra necessário, critica-se alguns autores, algumas ideias e algumas convenções que se perpetuam no sistema jurídico; faz-se isso nos marcos habermasianos da Teoria Crítica. Ao cabo, utiliza-se essa argumentação como uma chave para se entender e criticar a sistemática penal concreta, apontando os problemas da estrutura prisional brasileira e também criticando alguns de seus defensores. Esse último passo é feito por meio de algumas análises acerca de pesquisas quantitativas desenvolvidas por órgãos de pesquisa conjuntamente com alguns estudos criminológicos.

Palavras-chave: Execução da pena. Sistema penal. Função da pena. Estrutura prisional. Argumentação racional da pena.

ABSTRACT

VEZANNI, Danilo Saran. **A search for a rational argumentation of the social function of punishment:** reflections on the effectiveness of its execution. 2020. 121 f. Dissertação/Tese (Mestrado/Doutorado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

The present work is the result of an exploratory research that uses bibliographic research as its means and its method is dialectical. It begins by developing a rational argument, within the framework of the Democratic State, for the function and execution of the criminal penalties. For this, it uses the rational-teleological functionalism developed by Roxin and, subsidiarily, the theory of communicative action applied to law developed by Habermas. In order to achieve this goal, we dialogue with the great philosophers and penalists whose ideas are still present in contemporary debates. As necessary, some authors, some ideas and some conventions that are perpetuated in the legal system are criticized; this is done in the Habermasian frameworks of Critical Theory. After all, this argument is used as a key to understand and criticize the concrete criminal system, pointing out the problems of the Brazilian prison structure and also criticizing some of its defenders. This last step is done through some analysis about quantitative research developed by research institutes in conjunction with some criminological studies.

Keywords: Execution of the criminal penalty. Penal system. Function of the criminal penalty. Prison structure. Rational argumentation of the criminal penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8

1 EXPOSIÇÃO DE UMA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL E LEGAL ACERCA DA FUNÇÃO DA PENA.....12

1.1. Das necessidades do direito em uma sociedade democrática.....13

1.2. Exposição das linhas argumentativas sobre a função da pena 18

1.3. Uma defesa do funcionalismo teleológico à luz do agir comunicativo 34

1.4. Refutação das teorias apresentadas 40

2 EXPOSIÇÃO DE UMA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL E LEGAL ACERCA DO CUMPRIMENTO DA PENA 56

2.1. Duas compreensões problemáticas acerca da história da execução penal.....58

2.1.1 O sentido de progresso moral das penas 62

2.1.2 A colaboração de conhecimentos científicos para a racionalização da criminalização e da pena 88

2.2. Algumas outras análises normativas necessárias à execução penal 94

3 "INSIGHTS" PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DA REALIDADE PRISIONAL DE ACORDO COM OS DADOS DO INFOPEN.....97

3.1. Traços da realidade 100

3.2 Derrubando dois argumentos problemáticos 103

CONCLUSÃO.....107

REFERÊNCIAS 109

INTRODUÇÃO

A presente dissertação surgiu primariamente do interesse pelas reflexões penais e de como essas são permeadas por outras ciências humanas. Essa particularidade não decorre da impossibilidade da análise interdisciplinar em outros ramos do direito, pelo contrário o desenvolvimento de todas as áreas parece se beneficiar do diálogo com outras ciências, conquanto é devida a certa oficialidade da reflexão interdisciplinar no direito penal. Acerca dessa oficialidade é possível mencionar, sem pretensão de esgotar, quatro causas que podem ser complementares e/ou suficientes: (a) o triunfo da revolução burguesa, responsável pelo modelo de direito que hoje é vivenciado de maneira globalizada, tornou legítima a crítica aos excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, bem como, politizou essa discussão; (b) seja por um viés psicanalítico e/ou por um viés biológico, os atos e questões que colocam o sistema penal em movimento estão por vezes ligados a temáticas que tocam o íntimo da experiência dos sujeitos quiçá de maneira universal; (c) enquanto muitas leis, proibições e procedimentos, soam alienígenas a experiência comum dos indivíduos sendo conhecidas apenas por especialistas, os interditos penais – em sua grande maioria – encontram-se ligados ao processo típico de moralização e educação dos infantes; (d) aquilo que está em jogo ao longo do processo penal, por vezes, vai bem além do que pode ser convertido em espécie e, por conseguinte, vivenciado como uma transação privada e indiferente.

Explicado o porquê do interesse inicial pelo direito penal resta explicar como se chegou à temática da presente dissertação. Em um primeiro momento, o que despertou o interesse pela pesquisa científica foi o estudo de um dos maiores paradoxos do sistema penal, qual seja: o sistema prisional. Considerado em crise e arcaico, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o sistema prisional brasileiro não parou de se expandir de maneira acelerada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988; de modo que a população carcerária pátria se tornou a terceira maior do mundo sem indícios de redução no crescimento. De maneira mais específica e delimitada, buscava-se entender como esse processo de expansão carcerária se deu no estado de São Paulo a partir de 1995 – ano em que essa tendência expansionista se acelera sensivelmente. Far-se-ia isso tendo por inspiração teórica a obra de Gilmore – famosa por ter investigado o processo de expansão carcerária ocorrido no estado da Califórnia a partir da década de 80 –. bem como, a obra de outros criminólogos referenciados pela autora como Loïc Wacquant e David Garland.

Ocorre que esse primeiro projeto se provou complexo demais para uma pesquisa de mestrado feita de maneira individual. Voltou-se então a atenção a uma pergunta a seu modo prévia à análise da expansão do sistema carcerário: por qual motivo essa expansão é problemática? A partir desse novo enfoque houve a reformulação da primeira proposta e se chegou a atual, qual seja: fornecer os fundamentos da pena e de sua execução de acordo com uma argumentação racional e em conformidade com a legislação pátria. Essa mudança, provou-se duplamente acertada, em razão de alguns percalços que ocorreram ao longo dos anos de mestrado, como também, em razão da pandemia de COVID-19 que trouxera dificuldades inesperadas até mesmo para uma pesquisa bibliográfica.

São três os principais motivos que justificam a importância da presente dissertação: (1°) a existência de um saber de senso comum que por vezes dificulta a compreensão mais adequada do ponto de vista da razão e da legislação acerca dessa temática; (2°) o momento atual onde instituições e pesquisadores rigorosos estão sendo ilegitimamente atacados e ao mesmo tempo as produções rigorosas estão tendo que disputar espaço com pseudociências e notícias falsas; (3°) o excessivo tecnicismo imposto pela lógica instrumental tende a ampliar o abismo entre o âmbito teórico e o âmbito prático do direito penal e, por consequência, os aplicadores do direito podem ser vítimas e perpetradores de um processo de alienação do mundo da vida. Por esses motivos esse trabalho, mostra-se especialmente interessante tanto para quem pretende iniciar o estudo dessa temática quanto para aquele que pretende o retomar.

Assim, essa dissertação se divide em três capítulos: (1º) a luz do funcionalismo racional teleológico e, subsidiariamente, da teoria do agir comunicativo se construiu uma justificativa racional e de acordo com o ordenamento nacional para a função da pena no direito penal. Para atingir esse objetivo final, primeiro foram abordados o contínuo norma-interpretação e o paradigma do pós-positivismo. Em um segundo momento foram abordadas as teorias que ou participam do debate atual sobre a temática ou forneceram bases para esse debate. Em terceiro lugar foram apontadas a superioridade e compatibilidade das teorias de Roxin e Habermas para o tratamento da temática. Em quarto e último lugar, apontou-se problemáticas das demais teorias tratadas.

No (2º) a luz de ambas as teorias, buscou-se fornecer uma argumentação similar à execução penal. Devido à natureza orgânica que a política criminal assume na obra de Roxin, foi possível, no segundo capítulo, fornecer uma atenção maior aos requisitos indiretos à execução penal, tão menosprezados pela visão tecnicista do direito. Em ambos os capítulos iniciais, buscou-se criticar a visão dogmática “positivista” e mostrar o quanto ela vicia e aliena o jurista da realidade social que o rodeia. Por fim, no (3º), valeu-se de pesquisas quantitativas

realizadas por órgãos de análise da realidade prisional brasileira, para situar a importância do pensamento crítico no debate público.

A respeito dessa divisão é válido duas considerações. Em primeiro lugar devido a supramencionada visão da política criminal o primeiro e o segundo capítulo são complementares; o que justifica a divisão é em parte o embate com as demais correntes que, em sua grande maioria, separam radicalmente a pena da execução penal e em parte as questões nucleares de cada capítulo. Contudo, para a correta compreensão se faz necessário a leitura de ambos. Em segundo lugar, o terceiro capítulo foge a estrutura comum das dissertações ao não ser uma síntese dos capítulos anteriores. Sua inserção nesse trabalho possui duas justificativas: (a) apontar um caminho para reatar as pontas da reflexão teórica com aplicação do direito; (b) opor argumentos para derrubar as principais falácias, mentiras e pseudociências que são recorrentes no cenário pátrio quando se analisa o sistema penal. Nesse sentido, ele não pretende ser uma análise rigorosa da realidade desse sistema – o que demandaria um trabalho próprio –, mas sim pretende, por assim dizer, preparar o terreno para uma investigação dessa realidade. Esse último momento ata a reflexão teórica a vida prática e, por conseguinte, dá sentido ao título escolhido para a dissertação; ou seja, após ofertar uma argumentação racional para a função da pena e da execução penal – argumentação que é inexoravelmente social por ser linguagem – a contrapõe a pena enquanto efetividade que precisa ser aperfeiçoada para se racionalizar.

Sobre os autores que dão sustentação teórica ao trabalho, seu uso e validade acadêmica já estão suficientemente comprovados. Roxin, inaugurou um novo capítulo da reflexão penal que está longe de se encerrar. Aos poucos os penalistas saem de suas áreas de conforto e começam a explorar a reflexão criminológica que torna robusta a política criminal. Quanto a Habermas talvez não haja autor mais relevante para o pós-positivismo, não apenas pelas suas contribuições, mas porque foi essencial para que a virada linguística que acontecia em várias ciências chegasse à ciência jurídica. A viabilidade de uni-los é algo que vários outros trabalhos anteriores a essa dissertação já comprovaram; contudo, trata-se dessa questão de maneira mais delicada dentro do primeiro capítulo.

Enfim, essa dissertação é uma pesquisa exploratória que se vale do método dialético e se dá por meio de análise bibliográfica. Em termos mais simples, a finalidade dessa dissertação é ofertar as bases de uma argumentação racional e legalmente válida para a pena e seu cumprimento no Estado Democrático de Direito. Em razão da polissemia que o método parece invocar é preciso frisar que se trata de estabelecer o diálogo entre teorias e princípios contrários

com a finalidade de apontar uma teoria que se mostre mais razoável. Dialético aqui, portanto, está em intima conexão com o sentido oriundo da filosofia grega.

1 EXPOSIÇÃO DE UMA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL E LEGAL ACERCA DA FUNÇÃO DA PENA

O primeiro e o segundo capítulo desta dissertação têm como intento fornecer uma argumentação racional e legal para a aplicação da pena e para seu cumprimento, respectivamente. A partir dessa exposição, far-se-á, no terceiro capítulo, uma análise crítica do sistema penal brasileiro por meio da utilização de dados empíricos coletados e organizados por órgãos de pesquisa.

A fim de facilitar essa exposição é conveniente expor de maneira prévia o que é constatado ao final do capítulo[1]: partindo de uma visão integrada do sistema normativo, imposta pela Constituição Federal (CF), que ocupa uma posição hierarquicamente superior aos demais códigos e legislações extravagantes, como também, de uma construção jusfilosófica racional e, portanto, coerente com as conquistas da virada linguística do século XX; defende-se que a função da pena em uma Sociedade Democrática de Direito deve ser a de preservar a configuração normativa e consequentemente valorativa da mesma (prevenção geral positiva). Tal visão se orienta, principalmente, nos marcos teóricos do funcionalismo penal de Claus Roxin (1997) e, complementarmente, na teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas (1997a)[2].

Para chegar a esta conclusão a exposição foi dividida nas seguintes partes: (a) esclareceu-se algumas questões de fundo relativas a própria necessidade de justificar racional e argumentativamente uma interpretação jurídica, ao invés de se contentar com a exposição dogmática e "positivista" que ainda permanece vigente no cotidiano jurídico brasileiro; (b) expôs-se com uma finalidade pedagógica e não histórico-progressista [3], algumas das argumentações mais relevantes e, em certa medida, ainda presentes sobre a função da pena; (c) justificou-se por que a prevenção geral positiva, nos moldes propostos por Roxin, é a mais indicada racionalmente e normativamente para o cenário democrático brasileiro; (d) refutou-se,

---

[1] Optou-se por essa forma de apresentar os capítulos seguindo uma estrutura de trabalho proposta por Virgílio Afonso da Silva (cf. 2011). Deve-se lembrar que o referido autor é reconhecido pelos seus estudos acerca da totalidade da obra de Alexy, isto é, também sobre a primeira fase do pensamento de Alexy que é habermasiano. Assim é inconteste a validade dessa estrutura de apresentação em um trabalho que se encontra nos marcos teóricos da teoria do agir comunicativo aplicada ao direito.

[2] A escolha pela teoria da argumentação habermasiana em detrimento de outras escolhas possíveis, como Luhmann (cf. 1983), deve-se a dois motivos: (a) a proposta habermasiana se compatibiliza melhor com o eixo moral rigoroso da teoria de Roxin; (b) preferências pessoais do autor da dissertação com a proposta habermasiana.

[3] Tal decisão, em oposição a muitos trabalhos jurídicos, não tem a intenção de negar que exista um progresso moral e racional na aplicação das penas que culminou na prevenção geral positiva. Apenas visa evitar críticas que muitos desses trabalhos sofrem ao condensarem de maneira muito genérica e essencialista processos históricos complexos e por vezes contraditórios.

novamente com uma finalidade pedagógica e inspirada nas ideias habermasianas, as argumentações abordadas em “b”.

1.1 Das necessidades do direito em uma sociedade democrática

Os estudiosos das teorias jurídicas deparam-se frequentemente com duas situações curiosas a respeito da escola positivista e, especificamente, a respeito de Kelsen e sua teoria pura (2012), a primeira delas pode ser testemunhada prioritariamente no âmbito acadêmico: nele é comum se deparar com falas que repudiam o positivismo jurídico e celebram sua superação pelas correntes pós-positivistas; contudo, o que, geralmente, criticam no positivismo é um suposto “legalismo mecanicista” (aplicação meramente lógico-dedutiva das normas), o qual não apenas não está presente nos grandes positivistas, como ainda, fora severamente criticado pelos mesmos. Em verdade, desde o surgimento da costumeiramente considerada primeira escola jusfilosófica – a escola Histórica – sustenta-se que a postura exacerbadamente legalista presente em alguns filósofos e juristas iluministas é, além de imprudente, impossível. No dizer de Savigny (1878), era imprudente, pois advinda do imperialismo de outras nações; e era impossível, pois é necessário que se complete as lacunas legais com a interpretação tanto do fato como da norma.

O mérito dos positivismos[4], poucas vezes enunciado, é que nunca se contentou com as explicações vagas – como “espírito do povo”, ou “vontade do legislador” ou ainda “a letra da lei” – e nem com os moralismos vulgares – por exemplo, “em nome da justiça” – usados por teóricos e práticos para legitimarem suas opções interpretativas ou as ocultar. Assim, os grandes positivistas, ainda que cada um à sua maneira, propuseram a importância de estudar as decisões jurídicas, bem como, identificar as opções políticas tomadas por legisladores e julgadores. Nesse sentido, caso o ensino jurídico típico no Brasil se orientasse por esses autores, certamente, não haveria aulas lecionadas a partir dos códigos secos. De outro modo, desde o aparecimento das escolas positivas, sabe-se que um sistema normativo, devidamente estabelecido, garante por si um nível de previsibilidade dos agentes e das condutas legais; todavia, trata-se de uma previsibilidade precária já que variadas opções interpretativas permanecem possíveis.

A segunda das mencionadas situações curiosas, que é em parte consequência da primeira, é a divulgação dos positivistas como se esses fossem politicamente conservadores e extremamente apegados ao ideal da “segurança jurídica”. Novamente, tal visão não se sustenta,

---

[4] Pensou-se aqui nos grandes nomes dessa escola, Kelsen (cf. 2012), Hart (cf. 2012) e Ross (cf. 2007).

ao menos, com relação ao pensamento dos grandes positivistas, principalmente, quando são levadas em conta suas obras e suas intervenções políticas. Para desfazer essa confusão tão panfletada, faz-se necessário entender que de um ponto de vista existencial é necessário, para qualquer sistema normativo, um mínimo de segurança que o torne factualmente previsível. Esta necessidade, sustentada como única pelos positivistas, e mantida como uma das coisas necessárias para um sistema normativo pelos pós-positivistas, não deve ser vista como um juízo de valor. De outra forma, a afirmação positivista de que um sistema normativo pode ser sustentado, por meio, da violência do Estado e do temor e passividade dos cidadãos (HART, 2012, p. 258-273); de maneira alguma significa a formulação de um ideal a ser perseguido. Pelo contrário, o próprio ato de pôr o poder a nu, despido de suas práticas ritualísticas e ficções moralistas, incita a participação política.

O esclarecimento, feito até aqui, desses maus entendidos acerca do positivismo jurídico foi motivado para possibilitar uma análise crítica do sistema jurídico brasileiro e, mais precisamente, do sistema jurídico-penal. Nesse sentido, por diversas vezes, atos, declarações e produções jurídicas são feitos de maneira pouco argumentativa e contando com o uso da violência – direta e/ou indireta (RODRIGUEZ, 2013, p. 162) – de tal modo que só seriam considerados jurídicos por uma teoria que – tal como a kelseniana –, abstenha-se de postular qualquer conteúdo material para o direito. Para ajudar a visualizar essa situação basta mencionar dois exemplos: a) o novo Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 489, dispõe de maneira mais pormenorizada sobre a fundamentação da sentença, assunto que já podia ser depreendido da CF em seu art. 93, inciso IX, e que é algo basilar de qualquer ordenamento que se pretenda democrático, porém ainda persiste a existência de número significativo de sentenças que se limitam à indicação de artigos legais (TROIS NETO, 2017); b) o Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº347, reconheceu o “estado de coisas inconstitucionais” do sistema carcerário nacional, contudo as medidas cautelares propostas e as indicações dos caminhos a serem tomados pelos Poderes – ainda que positivas – são singelas de modo que o uso da expressão “estado de coisas inconstitucionais” teve mais uma finalidade retórica do que transformadora da realidade prisional (MAGALHÃES, 2019).

Não se quer dizer, com o que foi tratado até aqui, que o sistema jurídico brasileiro seja puramente violento e, por conseguinte, em um sentido pós-positivista não-jurídico (RADBRUCH, 2010a). Argumentar isso seria tão incabível como sustentar que este sistema não possui graves problemas que o distanciam do ideal democrático apregoado pela CF. O que se pretende, com o exposto, é deixar clara três necessidades basilares de qualquer produção

jurídica (decisões, pareceres, análises críticas etc.): a) toda produção jurídica é feita com base em uma interpretação, quer se queira ou não, de modo que as produções que pretendem omitir ou dificultar que os cidadãos tomem ciência da opção interpretativa escolhida podem vir a ser um óbice a democracia brasileira; b) a segurança jurídica é ao mesmo tempo uma necessidade e um ideal a ser buscado, contudo não é o único e não deve ser mantido a qualquer custo – a ideia de uma Justiça passiva, assim como, a ideia da aplicação literal das normas é tão retrógada, quanto falsa, já que a falta de "atuação social" do Estado de Direito era na verdade a instrumentalização deste para servir aos interesses de uma classe; c) para fazer jus ao amplo rol de direitos fundamentais presentes na CF, bem como, seu alinhamento com tratados internacionais de direitos fundamentais, e ainda a sua posição superior e integradora perante o restante do ordenamento, faz-se necessário uma interpretação jurídica que leve em consideração não apenas requisitos formais, mas requisitos materiais para a ideia de direito e sua aplicação.

Nesse sentido, para dar conta das suprarreferidas necessidades, adotou-se as teorias de Roxin acerca do sistema penal e, de maneira complementar, as teorias de Habermas acerca da função do direito em uma sociedade plural e democrática. A compatibilidade sobre essas teorias, bem como, a necessidade de usá-las conjuntamente para suprir lacunas de ambas, foi mostrada mais à frente nesse capítulo. Por ora, basta esclarecer que, ainda que o Direito sobre as bases do "agir comunicativo" possua certo caráter utópico (SLOTERDICK, 2000), a visão habermasiana, ao menos enquanto "ideal regulativo"[5], mostra-se meio profícuo de analisar criticamente o caráter democrático e racional de um dado sistema jurídico. Tal proficuidade, pode ser testemunhada pela importância que a "teoria da argumentação" recebe mesmo em teorias do direito opostas a de Habermas – como a de Alexy (2010) – justamente devido à correlação entre direito democrático e argumentação jurídica. Além disso, a mencionada visão, encontra-se alinhada com a virada linguística do século XX, pois erguida sobre as análises linguísticas de Austin e Searle (HABERMAS, 2012a), de modo que supera o caráter metafísico de inúmeras outras teorias jurídicas.

Para encerrar essa primeira parte convém esclarecer três objeções que, costumeiramente, são usadas para tentar negar a necessidade da argumentação jurídica na análise e/ou aplicação de uma norma: a) a primeira sustenta que quanto maior a interpretação de uma norma maior a sua distorção; b) a segunda opõe segurança jurídica a possível variedade de argumentações; c) a terceira sustenta que a necessidade da argumentação jurídica seria um obstáculo a mais para o já lento sistema jurídico pátrio.

---

[5] Usa-se a expressão em um sentido kantiano.

Quanto a primeira objeção, trata-se de um pseudoproblema já que é impossível a leitura da "norma pura", seja porque qualquer dispositivo legal está inserido em um ordenamento escalonado e, por conseguinte, deve ser interpretado de acordo com ele, ou porque é impossível uma interpretação destituída de pressupostos. Ademais, a dicotomia – bastante escolar – entre norma e opção interpretativa é igualmente falsa, o que existe entre esses dois conceitos é um contínuo. Nesse sentido, a conquista do movimento codificador, não foi, como muitos iluministas imaginavam, a instituição do cálculo econômico no direito; mas sim uma limitação, na maioria dos casos [6] , das opções interpretativas das matérias codificadas. Para passar à próxima objeção resta dissolver a versão, aparentemente, mais séria desse pseudoproblema: defende-se que é justamente a literalidade da norma que assegura as liberdades dos cidadãos diante do Estado, principalmente, na seara penal. Novamente, o problema se dissolve na medida em que não é a inexistente literalidade da norma que protege as referidas liberdades, mas sim a interpretação harmônica das normas com o ordenamento escalonado, bem como, com uma base teórica compatível com esse ordenamento. É justamente essa junção que permite tratar o sistema penal de maneira fragmentária e como última *ratio*.

A segunda objeção é verdadeira ou falsa, a depender da teoria jurídica adotada. Caso só se requisite de um ordenamento jurídico e de sua aplicação requisitos formais – como os positivistas – de um ponto de vista teórico, é possível sustentar que um ordenamento jurídico que busque o máximo de previsibilidade veja qualquer ampliação das possibilidades interpretativas como algo negativo. Porém, a existência prática de tal sistema é não só improvável como incompatível com uma democracia a longo prazo, pois para esta é necessário que haja sempre a possibilidade do sistema jurídico renovar suas normas e/ou opções interpretativas. Agora, caso se requisite para a definição de ordenamento jurídico, além dos requisitos existências de previsibilidade, requisitos materiais como parece ser o caso da atual jusfilosofia pós-positivista e da hermenêutica da CF, tal objeção é falsa.

Nesse sentido, seguindo os ensinamentos teóricos de Roxin e Habermas, a partir do momento que um sistema jurídico existe em uma dada sociedade ele já oferta um mínimo necessário de previsibilidade que deve ser mantida em favor de um núcleo material de direitos. Tal núcleo, assegurado pelo sistema jurídico que também é a segurança material do mesmo, possui algumas partes mais sólidas do que outras; a qual, com a passagem de tempo pode ir se

[6] Em regra, a norma escrita é mais restritiva à interpretação, todavia, ninguém discordaria que uma regra costumeira ou uma jurisprudência bem firmada pode ter uma menor variedade interpretativa do que um novo dispositivo escrito. Basta, como exemplo da exceção à regra, citar o "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas", o qual até o presente encontra-se em volto a inúmeros debates (cf. TEMER, 2018).

modificando em razão da pressão (comunicação) da sociedade como um todo ou de um determinado grupo que passa a ser reconhecido nesta sociedade[7]. De maneira mais simples: a segurança de um sistema jurídico racional existe menos na configuração normativa formal do que nos conteúdos materiais assegurados, isto porque a estabilidade da configuração normativa formal só é legítima na medida em que sirva a segurança dos conteúdos materiais essenciais[8]. Sendo que os mais sólidos são aqueles que são necessários à participação efetiva dos cidadãos no processo de criação e manutenção do sistema jurídico[9] (HABERMAS, 1997a, p. 154-168).

Por fim, a última objeção a ser tratada é majoritariamente falsa. Sabe-se que toda a aplicação de uma norma jurídica é decorrente de uma interpretação, bem como, que é uma exigência de um Estado Democrático de Direito que as decisões sejam devidamente fundamentadas o que levaria sempre a um esforço argumentativo para validar a interpretação normativa decidida. Essas exigências podem, em um primeiro momento, parecer excessivas para o já lento sistema jurídico brasileiro; todavia, é possível argumentar que elas, a longo prazo, deixariam o sistema mais rápido. Nesse sentido, seguindo a argumentação de José Rodrigo Rodriguez (2013), se as decisões fossem devidamente fundamentadas nas instâncias inferiores o número de recursos tenderia a diminuir; de maneira semelhante, se as súmulas e votos das cortes superiores fossem mais bem argumentadas e construídos conjuntamente a previsibilidade das interpretações normativas válidas seria maior o que tornaria o controle democrático do sistema mais ágil.

Contudo, é necessário afirmar que de fato uma boa argumentação pode vir a demandar tempo, principalmente quando se tratar dos *hard cases*. Sendo assim, exige-se de um sistema jurídico, democrático e racional, que ele seja constantemente aperfeiçoado, como também, incentivado por políticas que permitam sua desobstrução. Isso significa, por exemplo, que é dever do sistema jurídico não se tornar um empecilho ao sistema econômico já que a sociedade precisa também deste para concretizar aqueles conteúdos assegurados pelo próprio sistema jurídico. Entretanto, tão impróprio quanto um sistema jurídico que cria excessivos entraves ao sistema econômico, é um sistema jurídico que se torna instrumento do sistema econômico; pois ao fazer isso sacrifica aquilo que deveria assegurar.

---

[7] Um exemplo de acréscimo do conteúdo material para toda a sociedade pode ser visto no rol de direitos fundamentais que foi crescendo com o decorrer do tempo. Já um acréscimo devido ao reconhecimento de um grupo pode ser visto como a causa do aumento das ações afirmativas prestadas pelo Estado.

[8] Exemplificando uma situação onde a segurança jurídica material se sobrepõe a formal: para se sancionar um furto de um bem de grande valor econômico, exige-se um esforço argumentativo menor do que seria para um furto de um bem de valor econômico mínimo ou irrelevante; ainda que ambos possam ser sancionados por meio da mesma norma.

[9] Uma participação efetiva é aquela que permite que o indivíduo exerça seu livre convencimento, bem como, possa convencer racionalmente seus pares a manter ou modificar o sistema jurídico.

Enfim, a solução para os problemas temporais do sistema jurídico não é impedir a interpretação das normas, mas sim aperfeiçoar a racionalidade do sistema sem sacrifício do motivo pelo qual a sociedade democrática lhe dá autonomia (assegurar os conteúdos materiais indispensáveis a uma democracia).

1.2 Exposição das linhas argumentativas sobre a função da pena

Pretende-se, nesse segundo momento, apresentar de maneira resumida algumas das principais fundamentações acerca da função da pena de modo que mais à frente possa ficar clara a maior racionalidade da argumentação de Roxin, bem como, sua maior compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro[10]. Começa-se-tratando das teorias retributivas e depois são abordadas as teorias preventivas da seguinte forma: (a) prevenção geral negativa; (b) prevenção especial negativa; (c) prevenção especial positiva; (d) prevenção geral positiva.

O primeiro autor a ser comentado é Immanuel Kant (2015a), já que sua importância para o estudo do direito, bem como sua influência, vai bem além da justificativa da função da pena. Nesse sentido, devido à complexidade das ideias kantianas é interessante resgatar algumas das suas construções teóricas que lhe permitiram sustentar que a função da pena em um Estado de Direito seria a retribuição do ilícito praticado. Uma maneira bastante profícua para concretizar esse objetivo é compreender os desafios que a reflexão kantiana pretendia solucionar: os problemas da filosofia empirista e da filosofia racionalista. Hume, que fora a principal influência de Kant oriunda da tradição empirista, após levar o empirismo a seus últimos limites havia chegado em um problema que lhe parecia insolúvel podendo apenas ser apontado e remediado. Tal problema-limite (HUME, 2009) é, justamente, o do critério de verdade do empirismo; ou seja, se a experiência é o último critério para definir a veracidade de um julgamento, como e qual, seria o critério para definir a veracidade da lei da causalidade?

Do lado da filosofia racionalista, um problema que seguia mal solucionado era o da localização da razão, para entendê-lo convém resgatar a filosofia cartesiana. Segundo Descartes (1979a), o pensamento era a um só tempo a garantia de existência do sujeito pensante como também a garantia de verdade do pensamento; já que este poderia regressar até a causa primeira – Deus. Graças a essa causa primeira, embora os sentidos humanos pudessem falhar, em geral,

[10] Sendo assim, não se pretende aqui fazer uma exposição exaustiva de todos os autores e obras que trataram de justificar a função da pena, mas sim uma apresentação sintética das linhas argumentativas que, ainda presentes nos debates atuais, possuem alto grau de originalidade e influência em diversas outras argumentações; as quais, podem ser vistas ou como desenvolvimentos ou como mesclas das primeiras.

a experimentação constituía um meio confiável de se adquirir conhecimento do mundo. Todavia a filosofia cartesiana, assim como a dos demais racionalistas, não respondia de maneira satisfatória onde estaria localizado esse sujeito pensante e nem qual seria sua relação com o corpo humano sensitivo. Essa ausência de respostas talvez explique por que o senso comum acadêmico oponha de maneira tão ferrenha os racionalistas aos empiristas; como se os primeiros não validassem de maneira alguma a experiência empírica.

Kant soluciona os problemas acima mencionados ao unificar e superar [11] as duas correntes filosóficas, da seguinte forma: segundo o autor existiriam três formas de julgamentos: os analíticos, os sintéticos e os sintéticos *a priori* (1988). Os primeiros, ligados a tradição racionalista, seriam frutos do exercício da razão pura; porém por serem por si só tautologias não acrescentariam nenhum conhecimento novo a razão humana. Os segundos, ligados a tradição empirista, seriam frutos da experiência humana, mas só se converteriam em conhecimento ao serem ligados aos julgamentos analíticos. Os últimos não poderiam ser reduzidos aos dois anteriores, sendo na verdade categorias pressupostas para que qualquer sujeito exerça sua faculdade de julgar. De maneira mais prática, o entendimento humano só se concretiza na medida em que as experiências sensíveis de um indivíduo, que sozinhas não significariam nada, são ordenadas e relacionadas com suas operações intelectivas, que isoladas em nada aumentariam seu conhecimento, transformando-se em conceitos; ademais, a operação de conceitualizar só é possível por que existem categorias que, tais como a causalidade, são pressupostos da experiência humana (KANT, 1988, p. 73-77). Com isso Kant transforma o problema de Hume em um pseudoproblema, pois, a causalidade não seria algo que se busca conhecer mas sim uma intuição com a qual se conhece e, por conseguinte, seria tão impossível pôr em dúvida a causalidade como conhecer um objeto em si, isto é, para além da experiência humana. Kant também localiza a razão nesse sujeito intelectivo e sensitivo que é capaz de se colocar como objeto no espaço e como o mesmo "Eu" no tempo, resolvendo as pendências do racionalismo.

Com esses apontamentos extraídos da "Crítica da Razão Pura" é possível passar ao resgate de algumas ideias chaves da "Crítica da Razão Prática" (KANT, 2015a); que levam diretamente a justificativa kantiana para a retribuição como função da pena de um direito racional e universal. Com a primeira das Críticas, Kant atacou as pretensões metafísicas e totalizantes das tradições filosóficas anteriores; concluindo que caberia à filosofia, ao descrever o mundo, um papel indireto, já que a ciência, por meio da análise metódica, fá-lo-ia, e à filosofia

[11] Não se quer dizer com o termo "superar" que a teoria kantiana seria melhor que as filosofias empiristas e racionalistas; mas sim que ela não se limita a mera junção de ambas.

caberia o papel de justificar o método. Com a segunda Crítica, Kant buscou tratar do papel da filosofia na prescrição da ação humana, a partir do apontamento anteriormente feito das categorias sintéticas *a priori* que serviriam para regular condutas. Vale lembrar que nessa obra o filósofo não busca fazer uma análise histórica e nem evolutiva dos sistemas morais e jurídicos[12], mas sim lançar as bases de uma moral e também de um direito racional.

De acordo com Kant, quando um indivíduo descreve um dado fenômeno da natureza ele o faz pressupondo a causalidade; assim não seria possível prescrever e nem retirar da análise da natureza um sistema moral ou um "sistema jurídico racional"[13]. Para Kant, portanto, seriam absurdas as leis medievais e tribais que prescreviam sanções para animais e/ou forças da natureza. Todavia, seria possível pensar em uma causa incondicionada, isto é, uma ação de um Sujeito com autonomia de qualquer cadeia causal. Seguindo esta análise é possível depreender que as bases para qualquer sistema moral ou jurídico racional deve prescrever como erradas e ilícitas apenas as condutas que firam a autonomia desse "Sujeito". Assim, a *régua da moral*[14] é o chamado imperativo categórico que sustenta que um Sujeito não deve realizar determinada conduta caso não queira que ela se transforme em uma regra universal de conduta. Já a *régua do ordenamento jurídico racional* impõe que só se interfira na liberdade de um cidadão na medida em que ele, ao se retirar do reino do agir livre (do agir moral), interfira na liberdade de outro cidadão. Para clarificar as diferenças entre esses dois sistemas basta os exemplos a seguir: enquanto subtrair a propriedade de outro sujeito é moral e juridicamente condenável o cometimento do suicídio é apenas moralmente condenável[15].

Explicada a possibilidade pensada da moral e do sistema jurídico racional, Kant, aponta a existência de sistemas morais e, também, jurídicos na vida prática como provas que os julgamentos morais e jurídicos, pautados no imperativo categórico, são possíveis e, por conseguinte, seria justo e necessário esperar que os sujeitos se comportem de maneira

---

[12] Coisa que faz em outras obras como "À Paz Perpétua" (cf. 2008)

[13] Utilizou-se de aspas, pois: enquanto uma ação moral para Kant é sempre racional, um sistema jurídico pode não o ser. Inclusive, Kant (cf. 2004) compactua com autores como Hobbes (cf. 2014) sobre a origem do Estado e da ordem jurídica ter nascido como consequência dos interesses naturais e contingentes dos indivíduos e não do interesse racional (ou moral).

[14] Usa-se a expressão "régua da moral" e não "regra moral" para esclarecer que se conhece as interpretações acerca da obra kantiana, que enxergam que o autor tratava o agir moral como uma regra de tudo ou nada, mas que com o avançar de suas obras passou a tratar o agir moral como a busca do sujeito em concretizar o máximo possível o imperativo categórico – ou seja, que tentou agir ao máximo por interesses morais.

[15] Como dito na introdução a esse capítulo, as teorias sobre as funções da pena somente são criticadas na quarta parte desse capítulo; porém é interessante pontuar aqui que o sistema moral kantiano também possui suas contradições internas que podem ser vistas na recriminação moral do suicídio e, principalmente, do suicídio menos direto (JAKOBS, 2003g, p. 12-13). Assim, é problemático condenar moralmente dentro do sistema kantiano que valida as ações contrárias aos impulsos sensitivos, aquele que simplesmente ignora um impulso biológico de seu organismo, como por exemplo o de se alimentar, e morre em razão da desnutrição.

incondicionada (KANT, 2008a, p. 33-44). Para passar ao tema da pena retributiva, resta apenas mostrar as correlações que o agir moral e o agir jurídico racional tem entre si, embora como visto acima, o agir moral seja mais exigente que o agir jurídico. Nesse sentido, é próprio do agir moral que o sujeito busque um terceiro para julgar suas posturas já que o julgamento de si próprio é irrazoável, desse modo é moralmente necessário viver sobre a égide do direito e de uma figura que possa de maneira suprema decidir sobre um julgamento jurídico. Além disso, embora o âmbito de atuação do sistema jurídico seja mais restritivo do que o da moral, não deixa de ser problemático o indivíduo que, agindo externamente de acordo com os ditames do direito não o faz com o puro interesse moral.

Com base em tudo que foi considerado, mostra-se fácil compreender, porque para Kant, a pena para o violador de uma norma jurídica penal deveria ter como única finalidade a expiação do crime, e o direito racional não deveria ir muito além do direito penal. Primeiramente, se o ser humano deve ser um fim em si mesmo, é dever da comunidade jurídica e, igualmente, dever moral de cada sujeito, que aquele que o viola não permaneça se comportando como instrumento de seus interesses não morais, bem como, que não seja instrumentalizado. Nesse sentido, tão errado como aplicar uma pena que instrumentaliza um sujeito, é deixar que esse sujeito permaneça sem a pena que repararia seu crime e o recolocaria na ordem moral. Contudo, sendo moralmente necessário que os indivíduos busquem viver sob uma ordem jurídica, quem deve julgar e punir uma dada violação é o Estado, que sob o julgo de um direito racional, deve punir o indivíduo de forma semelhante ao ato criminoso por ele praticado; recolocando-o no "reino dos fins".

Após Kant, e influenciados por ele, inúmeros autores – juristas e filósofos – passaram a produzir novos argumentos para a pena retributiva, como também, a criticar partes da argumentação kantiana. É na figura de Hegel que a pena retributiva vai ganhar toda uma nova fundamentação[16]; justamente por isso, passa-se agora a exposição dos argumentos hegelianos para a pena retributiva. Para tornar essa exposição mais acessível, utilizou-se um esquema de oposições didáticas que o sistema hegeliano tem com a filosofia kantiana.

O principal desgosto de Hegel com a filosofia kantiana é que a compreensão fenomênica seria mutilada, bem como, negaria o projeto filosófico que, desde Platão, busca fazer da filosofia um sistema que abarque todas as formas de saber (SALGADO, 1996). Contudo, esse desgosto é maior em relação à primeira Crítica do que em relação à segunda. Assim, Hegel vê

[16] Um trabalho que buscasse tratar de todas essas teorias, certamente, teria que expor, dentre vários outros, os argumentos de Fichte (cf. UGARTE, 2012) sobre a referida pena e como este autor justifica uma maior discricionariedade do Estado na aplicação da retribuição.

as categorias kantianas que permitem a descrição do mundo sob a perspectiva humana como um corte total e paradoxal com toda uma parte do conhecimento. Total, pois, de acordo com Kant, essas categorias separariam aquilo que se pode conhecer daquilo que não se pode conhecer; paradoxal, pois mesmo com essa separação total, Kant ainda apontaria uma parte do conhecimento que não se pode conhecer, de modo que essa separação seria apenas em aparência intransponível. Ou seja, para Kant, as categorias seriam transcendentais e estabeleceriam o espaço dos possíveis do pensamento humano; já para Hegel, a formulação de categorias seria parte do processo do pensamento que se toma como objeto, e ao fazer isso inicia uma série de contradições que progridem para a reconstrução de um todo suprassumido dessas contradições (HEGEL, 2002).

Já a análise de Hegel sobre a segunda Crítica é mais positiva (SALGADO, 1996); não se trataria de um trabalho pela metade como fora a primeira, mas sim um trabalho acentuadamente ingênuo. Essa diferença no trato ocorre, pois na Crítica da Razão Prática, Kant, não apenas elabora o fundamento do agir moral, mas tenta trazê-lo para a aplicação na vida prática. Assim não coloca um abismo entre o pensar ético e o agir moral, apenas reduz essa relação a um dever que dependeria da vontade dos sujeitos e, por conseguinte, a moralidade estaria reduzida a um ato de fé que poderia não se concretizar. A censura que Hegel faz à Segunda Crítica é a de não considerar o desenvolvimento da moralidade no processo histórico; isto é, a história não forneceria aos sujeitos a possibilidade do agir ético, mas sim seria a garantia desse agir ético cada vez mais livre. De outra forma, o Estado não deveria ser entendido como uma organização social necessária para o agir ético – como em Kant –, mas sim a própria ação ética concretizada; assim a aplicação do direito não é um meio para a moral, mas a própria moralidade.

Nesse sentido, os vários Estados desenvolvidos, ao longo da história humana, constituem momentos mais ou menos perfeitos da moralidade. Sendo que, tanto maior será a moralidade quanto maior for a liberdade vivenciada em cada estado da sociedade: (a) enquanto ideal abstrato do sujeito; (b) enquanto prática laboral dos indivíduos; (c) enquanto atuação do Estado. Hegel, em sua Filosofia da História (2008), analisa os vários momentos desse desenvolvimento dialético, contudo, para as finalidades desse trabalho, convém tratar apenas do momento mais elevado que é o do Estado de Direito. Antes de passar ao referido tratamento, vale deixar claro que para Hegel é próprio do caminhar da Razão que o Estado moralmente mais desenvolvido impacte os Estados de menor desenvolvimento para que estes possam progredir na concretização da Liberdade (HYPPOLITE, 1995). Nesse sentido, ainda que as análises de Hegel se refiram ao Direito desenvolvido no Estado Prussiano e em outros Estados

europeus, estas não só podem como devem ser levadas em consideração para analisar a concretização da Liberdade em todos os demais Estados.

Segundo o filósofo (HEGEL, 1997) o sujeito de direito deveria ter como princípio o absoluto, ou, em termos menos exatos, mas mais pedagógicos, deveria ter como ideal a liberdade, desenvolvida na educação familiar e advinda da religiosidade cristã. Ainda que o sujeito não reconheça a natureza absoluta do pensamento, possui como intuição religiosa o livre-arbítrio. A passagem para a vida cotidiana na sociedade civil marca a contradição do ideal de liberdade com as determinações da natureza e da cultura. Esse segundo momento, que parece ser o oposto do ideal de liberdade é, em verdade, um momento fundamental, já que para sua superação, faz-se necessário ir além de uma moral que dependa da boa vontade das subjetividades. Esse ir além é feito pelo Estado por meio da aplicação do direito; isso porque essa aplicação não é a mera negação de uma negação, mas sim a superação das contradições anteriores por meio da elevação de ambas: a aplicação do direito é a conversão da liberdade idealizada em liberdade realizada. De outro modo e sinteticamente: o Direito é a própria Razão no devir histórico.

Com base nesse resgate das ideias hegelianas, é possível tratar agora da função da pena como retribuição neste sistema. A ação daquele que comete um ilícito é irracional na medida em que contradiz, a um só tempo, a liberdade por princípio do Sujeito e a liberdade realizada da norma jurídica. A pena retributiva, não apenas contradiz o ilícito, como também o suprassumi; isto é: ao negar o ilícito restaura a vigência da vontade de Estado que é a liberdade concretizada dos sujeitos de direito. Nesse sentido, a pena pode ser entendida como um direito do apenado, todavia, um direito que comporta exceções, já que a norma jurídica é a vontade geral plasmada e essa é a própria moralidade, e não um meio para ela; ou seja, o ilícito coloca em jogo a autoconfiguração do Estado, mas por ser o Estado autoconfigurado, ele pode mudar suas legislações e costumes, bem como, fazer considerações políticas para aplicar ou não a pena.

Ainda, é possível notar em Hegel certa aproximação com a ideia da pena como prevenção positiva; inclusive, é inegável a influência que a filosofia do direito deste autor desempenha no funcionalismo normativo de Jakobs (2012, p. 40-45). Todavia, é importante considerar as distâncias que separam a pena retributiva de Hegel das visões preventivas gerais. Nesse diapasão, faz-se necessário lembrar que, a aplicação da pena não visa tanto comunicar aos demais indivíduos a vigência de uma norma, como é a manifestação da eticidade do Estado. Para Hegel, o próprio direito penal não teria como função ser um guia de comportamentos para os indivíduos e nem um organizador de um mínimo de pretensões comuns, e sim ser a própria vontade geral suprassumindo as contradições das vontades que compõem a sociedade civil. Em

síntese, nesta visão, o direito penal não aponta os comportamentos necessários, na verdade, garante ao indivíduo a liberdade totalizada – enquanto liberdade ideal, enquanto negação da liberdade (liberdade naturalizada) e enquanto ideal concretizado.

Outra observação interessante é que Hegel, tanto no início da "Fenomenologia do Espírito" (2002) quanto nos "Princípios da Filosofia do Direito" (1997), mostra-se radicalmente contrário às visões preventivas especiais que começam a aparecer em sua época. Isto porque o pensamento enquanto princípio não pode ser determinado; assim, a princípio, não poderia haver um sujeito livre que fosse débil. Quando a liberdade se concretiza em seu oposto, ela se consolida para todas as subjetividades, determinando-as; assim não haveria subjetividade que não fosse determinada na sociedade civil. Enfim, na aplicação do direito pelo Estado, este não poderia atribuir um caráter débil e não honroso aos cidadãos que reconhece como sujeitos de direito; se o fizesse estaria negando a possibilidade da moralidade.

O próximo autor que resta ser abordado é o jurista alemão Karl Binding [17]. Sua justificativa para a função retributiva da pena é que o Estado, por meio do direito penal, proibi e puni condutas que violam bens considerados pelo próprio ordenamento como relevantes. Assim, para cada comportamento que viola uma norma há uma retribuição proposta pelo ordenamento que deve ser aplicada (CAMARGO, 2002, p. 43-44). Embora a teoria possa parecer simples e, provavelmente, capaz de provocar reações negativas daqueles que sustentam um conteúdo material para o direito; ela ao menos tem as duas virtudes de todas as correntes positivistas: (a) questionar os moralismos [18] e (b) se preocupar em analisar a atuação dos tribunais.

Encerrada a exposição sobre as teorias retributivas da pena, passa-se para as teorias preventivas. Como já mencionado, começa-se tratando da prevenção geral negativa. O primeiro autor que merece ser mencionado é Beccaria em sua obra clássica "Dos Delitos e das Penas" (2012). Em que pese a existência de polêmicas sobre se sua obra defenderia apenas a prevenção geral negativa ou defenderia juntamente a ela a retribuição; é certo que a prevenção geral negativa possui destaque e prioridade. Como já é de conhecimento comum, o autor italiano se revoltava contra a arbitrariedade dos julgamentos e das punições em sua época; segundo o próprio elas não estariam relacionadas com a função que a pena deveria ter: dissuadir a intenção

[17] Muito mais próxima, ao cotidiano de qualquer jurista, não requisita de um resgate teórico como as anteriores. Em verdade, aquilo que já foi tratado na seção anterior acerca do positivismo possibilita que se apresente diretamente o posicionamento do referido autor:

[18] Nesse sentido, é interessante mencionar que Binding foi bastante crítico das censuras penais que ele julgava advirem de questões de moral privada – tal como o suicídio. Obviamente, que suas críticas eram feitas dentro dos marcos do positivismo e, consequentemente, advinham da exegese do ordenamento e das interpretações dos tribunais (cf. DUBBER, 2018).

criminosa. De outro modo, segundo Beccaria, a ausência de critérios que tornem os resultados dos julgamentos previsíveis, bem como, a pena certa; tornariam esses institutos inúteis, pois não preveniriam que crimes fossem realizados.

Assim como muitos dos iluministas e contratualistas, Beccaria acreditava que os julgamentos seriam previsíveis se as leis fossem claras; se não houvesse margem para interpretação do aplicador; se as provas, os testemunhos e o próprio processo fossem públicos e desse modo controlados etc. Influenciado pelos mesmos ideais, ele sustentava que: as penas deveriam ser certas e ter gravidade semelhante ao crime praticado considerando o dano cometido à sociedade; o raciocínio das penas deveria estar atrelado a causar receio calculável etc. Nesse sentido, é importante destacar a girada na racionalidade das penas que a reflexão de Beccaria proporciona: para além de qualquer afirmação sobre a menor ou maior gravidade das penas proposta por Beccaria, impende sinalizar que a pena criticada por sua obra era uma pena desmedida e dispendiosa; sua proposta era a formulação de uma economia das penas, proporcionais aos crimes, com um castigo que infrinja ao condenado um mal maior do que o bem obtido com o ato delituoso e com a punição calculável (FOUCAULT, 2011).

Embora essa forma de utilitarismo da pena esteja em decadência frente às recentes teorias da jusfilosofia, ela ainda se encontra presente nas ideias de alguns *thinktank*s, bem como, é recorrente nas mídias sensacionalistas (DIAS, 2018). A título de exemplo convém mencionar a teoria das *janelas quebradas*, que fora impulsionada por um *thinktank* norte-americano e bastante divulgada em diversas mídias (WACQUANT, 2015). Esta citada teoria tomava o agente criminoso como um agente racional que cometeria crimes na medida em que não vislumbrasse a possibilidade de ser alvo de um castigo que lhe infringisse um mal maior do que o bem que obteve com a conduta delituosa. Em que pese essa importante coincidência de pressuposições a respeito do agente transgressor, deve-se lembrar que Beccaria escrevia sua obra contra um Estado que, segundo ele, invadia os direitos privados dos cidadãos; enquanto os autores da referida teoria o fazem em um contexto que, de acordo com eles, o Estado não estaria exercendo devidamente seu papel de censor.

Encerrado o tratamento sobre a prevenção geral negativa, passa-se ao tratamento da prevenção especial negativa e positiva. Essa maneira de enxergar a pena tem seu auge no século XIX e no início do século XX; permanecendo presente até os dias atuais. Esta teoria se opõe a prevenção geral ao defender que a função preventiva da pena deveria atuar, prioritariamente, sobre o indivíduo afetado por ela, seja afastando-o da sociedade (especial negativa) ou reformando-o para que possa conviver em sociedade (especial positiva). Em linhas gerais, baseia-se na ideia de que o indivíduo que comete um crime, fá-lo por ser carente das

capacidades culturais e/ou biológicas que os outros indivíduos não criminosos possuem. Justamente por isso as penas deveriam se ajustar mais aos indivíduos e suas necessidades e menos ao delito cometido. As correntes preventivas especiais são as que possuem maior número de autores e também as que se relacionam com a maior variedade de conhecimentos. Para as finalidades desse trabalho, portanto, é interessante fazer algumas considerações gerais e tratar do primeiro grande autor, Franz Von Liszt, que sendo um jurista passou a defender essa função da pena.

A primeira coisa a ser considerada sobre essa abordagem é que ela dá ao Estado um papel mais ativo na política criminal diferindo, por exemplo, do papel negativo que este ente possuía na prevenção geral de Becarria. Seja para conter de uma vez por todas o agente delinquente, ou, seja para o ajudar a se reinserir na sociedade, o Estado deve ir além da enunciação de leis e garantias abstratas, bem como, da pressuposição de que os agentes sujeitos às leis agem de maneira racional e padronizada. O sujeito de direito ao cometer um crime se torna o objeto de diversos saberes que vão disputar a explicação do delito; o delito antes visto pelos utilitaristas como um cálculo racional do agente passa a ser visto como a marca da irracionalidade do mesmo e de sua falta de capacidade – parcial ou total, momentânea ou permanente – de conviver em sociedade (FOUCAULT, 2012). O Estado para atingir os fins da pena, segundo essas teorias, deve formar e também se submeter – em certa medida – a um corpo de especialistas que passam a ser necessários para compreender um delito e aplicar uma pena.

Sobre esse corpo de especialistas, vale comentar que, em que pese a existência de contínuas disputas sobre as causas do agir delitivo, como também, sobre a forma que as penas devem ser aplicadas; ele foi se tornando cada vez mais múltiplo de saberes e interdisciplinar. Assim, das falaciosas descrições anatômicas e racismos travestidos de conhecimentos biológicos de Lombroso (2007); passou-se a produção de descrições mais bem detalhadas sobre doenças e condições psicológicas; e depois a considerações de ordem cultural e econômica que permitiram melhor entender as condições específicas de cada transgressão. Com o desenvolvimento das diversas abordagens, foi-se chegando à conclusão de que uma melhor explicação se produzia a partir da junção dos conhecimentos produzidos por esses variados saberes.

Embora até hoje não se tenha chegado a um consenso sobre como essas múltiplas causas podem se relacionar e levar um dado indivíduo a cometer um crime, é importante considerar que esse corpo de especialistas cada vez mais foi se tornando interdisciplinar e em dado momento operou uma mudança de paradigma fundamental: do tratamento dos indivíduos não adaptados à sociedade moderna, para o reconhecimento de uma sociedade injusta que

precisa se transformar para permitir a integração de todos. A partir dessa mudança, que pode ser vista na psiquiatria no movimento antimanicomial, muitos teóricos e profissionais abandonaram a pretensão de aplicar uma pena com base na prevenção especial e passaram a defender que as questões relativas à prevenção especial deveriam ser levadas em consideração durante o cumprimento da pena para torná-la digna.

Após essas considerações, resta expor as ideias do primeiro grande penalista a defender a prevenção especial: Franz Von Liszt (2006). A primeira coisa que se deve notar ao tratar de Liszt é que o penalista, assim como seu grande opositor Binding, fora amplamente influenciado pelo positivismo (DUBBER, 2018). Nesse sentido, assim como Binding, Liszt não sustentava uma construção ontológica do direito penal, mas sim que o direito penal era o meio que o Estado usava para tutelar um conjunto de bens jurídicos. Porém, diferindo de seu rival teórico, ele sustentava que os bens jurídicos tutelados pelo Estado não eram construções puramente normativas. Segundo ele, os bens jurídicos teriam um conteúdo naturalístico e representavam as condições essenciais para uma boa convivência social, como também, para o desenvolvimento da sociedade. Dessa forma, na medida em que o Estado os reconhecesse como dignos de tutela, este não poderia se furtar a interpretá-los com base nas condições sociais concretas.

É devido à essa interpretação que para Liszt uma pena meramente retributiva, não só não garantiria a proteção dos bens jurídicos tutelados como, inclusive, poderia os pôr em risco. Nesse sentido, Liszt argumentava que seu Estado deveria punir visando uma consequência: garantir a maior segurança dos referidos bens. Para atingi-la, o Estado deveria se valer de uma política criminal cientificamente fundamentada e, por conseguinte, em constante reformulação; a qual buscasse – a depender do caso – reformar ou excluir o agente violador da norma penal. Desse modo, a pena não seria dada tendo em vista apenas a conduta que descumpriu a norma penal, mas tendo em vista também o próprio ator violador; assim, para os delitos de menor gravidade e para os agentes de maior normalidade caberiam penas menos severas e inclusive penas alternativas à prisão, já para os delitos de maior gravidade e para os agentes de maior perturbação caberiam penas graves e inclusive medidas de isolamento parcial ou total.

Assim para Liszt quanto maior fosse o desenvolvimento das ciências que alimentam ou que deveriam alimentar as decisões da política criminal e quanto mais as punições fossem feitas de acordo com uma política criminal continuamente atualizada, tanto melhor seria a segurança dos bens jurídicos que o Estado visava assegurar. Contudo, ao mesmo tempo que o direito penal seria um meio para tutelar bens jurídicos, ele também seria uma barreira “infranqueável” para o avanço da política criminal, na visão liberal de Estado de Liszt. Para entender essa aparente

contradição convém a precisar: nesse sentido, poderia parecer uma contradição defender ao mesmo tempo uma política criminal que tem como fim assegurar bens jurídicos, o que levaria a defender um direito penal instrumentalizado; e ao mesmo tempo sustentar que o direito penal seria ou deveria ser um limite para a política criminal, o que levaria a defender um direito penal autônomo. Todavia, para Liszt, devido à influência do positivismo, não há uma definição material de direito. Desse modo, a mais correta forma de política criminal que levaria a instrumentalização do direito penal não precisa ser seguida pelo Estado.

Para finalizar esse segundo momento desse primeiro capítulo resta abordar a prevenção geral positiva. Esta foi feita tendo como referência três principais penalistas que formularam de maneira distinta a prevenção geral positiva, quais sejam Welzel (2004), Roxin (1997) e Jakobs (2009). Começa-se por Welzel e sua teoria da ação finalista (2009), a qual operou radical transformação em todo o direito penal ao ofertar visões originais para sua a missão, para a qualificação do crime e para as funções da pena. Para que se possa compreender melhor o pensamento de Welzel, principalmente acerca da função da pena, é necessário recordar algumas das ideias centrais da fenomenologia do final do século XIX e início do século XX; tal resgaste será feito tendo por base a fenomenologia de Husserl (2012) e a axiologia de Scheler (2017), pois ambos influenciaram diretamente Welzel[19].

Acredita-se que essa é a melhor maneira, destoando de muitos manuais que apresentam as ideias de Welzel por meio da influência da psicologia em seu trabalho, por dois principais motivos: (a) como se apresentou as ideias de Kant e as críticas de Hegel em momento anterior, torna-se pedagogicamente interessante explanar de maneira sintética algumas das ideias de Husserl e Scheler; (b) o que muitos manuais se olvidam, talvez por se contentarem em expor as ideias de Welzel sem os argumentos que dão suporte racional a elas, é que a psicologia que influenciou o penalista é justamente uma psicologia que se opunha a naturalização do ser humano e o fazia, em nível teórico, com base nas correntes da fenomenologia.

Dito isso, a ideia mestra por trás das fenomenologias de influência neokantiana é uma nova solução para o mesmo problema que Hegel apontou na Crítica da Razão Pura de Kant: a divisão entre Sujeito e Objeto. Porém, enquanto a análise hegeliana aponta o caráter paradoxal dessa divisão, como também, acusa a incompletude da reflexão kantiana; os fenomenólogos, como Husserl, afirmam que essa divisão é impossível. Tal impossibilidade adviria do fato de

[19] Vale aqui comentar que o pensamento de Welzel também foi influenciado por outras correntes da fenomenologia de sua época e que ele não era, necessariamente, adepto de todas as ideias de Husserl e nem de todas de Scheler – daí inclusive ser influenciado por ambos. Um trabalho que visasse algo além de apresentar a visão de Welzel sobre a função da pena, teria que lidar com essas várias influências e com as várias pequenas alterações que Welzel opera nas várias fenomenologias que o influenciaram.

que não existe um sujeito aparte de um fenômeno; assim seria ingênuo e também falso sustentar que as intuições primeiras adviriam puramente do sujeito e assim completamente apartadas do objeto. Para o pai da fenomenologia alemã as intuições primeiras guardariam algo da natureza dos objetos que permitiriam que eles se tornassem inteligíveis. Para evitar confusões, Husserl faz uma diferenciação entre intuição e percepção; a segunda adviria dos sentidos e seria posterior a intuição que viria primeiro e daria o molde intelectivo para a percepção. Aceitando-se a crítica da fenomenologia, tem-se que a visão kantiana sobre moral e direito resta prejudicada, já que embora as intuições primeiras sejam importantes para formular as bases da moral e do direito elas não são suficientes, bem como, a moralidade não é dada toda de uma vez e apartada da experiência.

Max Scheler (SOUZA NETO, 2003) que iniciou suas reflexões com base na fenomenologia de Husserl, passou a sustentar que para além das intuições intelectivas existiriam intuições emotivas com as quais um indivíduo teria as noções basilares dos valores. Semelhante ao papel da intuição em Husserl, a intuição emotiva não seria obra exclusiva de um sujeito, mas sim de sua vivência fenomênica e, portanto, conteriam algo do próprio objeto. Dessa forma, existiriam valores nas próprias relações estritamente naturais entre seres vivos; de outro modo, a própria concretização dos instintos biológicos e pulsões psicológicas realizariam valores. Contudo, esses valores apareciam como seu oposto para muitas culturas humanas, justamente porque seria próprio da intuição humana a capacidade de agir em contrariedade aos instintos e pulsões. Desse modo, Scheler faz duas críticas a Crítica da Razão Prática de Kant; a primeira é que não existiriam vivências não valorosas – uma conduta desvalorosa não seria o oposto de uma conduta valorosa, mas sim uma conduta menos valorosa –, a segunda é que se colocar para fora do ciclo de causalidades não seria a base e o ponto máximo de toda a moral, mas sim um ponto já elevado na escada valorativa, que permitiria a concretização de vivências ainda mais valorosas.

Caso se aceite as ideias de Scheler, como o fez Welzel (2004, p. 223-224), torna-se bastante criticável um direito penal como o proposto por Liszt, em ao menos dois sentidos, pois: (a) os bens jurídicos como propostos por Liszt são moralmente inferiores a moralidade típica dos seres humanos, já que se preocupam apenas com requisitos causais; (b) um direito penal que assegure bens, mas não os promova, tutela os seres humanos como se esses fossem animais e, por conseguinte, trata-os como incapazes de concretizar valores superiores. Essas críticas, embora não considerem um tal direito como estritamente violento e não valoroso; o consideram como violento e pouco valoroso, afinal: (a) para produzir ações mais valorosas é necessário romper com esse direito penal e afirmar, principalmente, a liberdade do indivíduo; (b) um

direito penal que desconsidere as possibilidades morais superiores da condição humana é um incentivador para o cumprimento de ações menos valorosas.

A citação direta de Welzel, mostra-se interessante para ilustrar sua crítica:

> Sem embargo, a missão primária do direito penal não é o amparo presente dos bens jurídicos; isto é, o amparo da pessoa individual, da propriedade e outros, pois é ali, precisamente, aonde, por regra geral, chega sua ação tarde demais. Principalmente do amparo dos bens jurídicos individuais concretos está a missão de assegurar a real validade (a observância) dos valores do atuar ou agir segundo o pensamento jurídico. Eles constituem o mais sólido fundamento sobre os quais se apoia o Estado e a sociedade. O simples amparo de bens jurídicos somente tem uma finalidade negativo-preventiva, policial-preventiva. Em compensação, o papel mais profundo que exerce o direito penal é de caráter positivo-ético-social, pois proibindo e sancionando o afastamento realmente manifestado dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o Estado exterioriza do modo mais ostensivo de que dispõe, a validade inviolável destes valores positivos do ato, forma o juízo ético-social dos cidadãos e fortalece seu sentimento de permanente fidelidade ao direito.
> Ainda é geralmente aceito o conceito de que o direito penal tem por objetivo o amparo de bens jurídicos, ele somente não é suficiente quando a referência se faz ao conteúdo ético-social de nossa disciplina. O critério exposto se traduz, especialmente, no fato de enfatizar demasiado a significação do resultado, dando assim, inevitavelmente, perceptível utilidade ao direito penal. O justo ou o injusto de uma ação se determina, segundo esse critério, conforme o grau de sua utilidade ou dano social. Disso resulta não somente um marcado proveito, mas também uma assinalada atualidade na apreciação do valor: a utilidade atual ou o dano do resultado da ação determina o valor da ação. Com isso se passa por alto que ao direito penal deve interessar-lhe menos o resultado positivo da ação, do que a permanente tendência positiva do atuar humano, de acordo com o pensamento dos juristas. Assegurar o *respeito* pelos bens jurídicos (ou seja, a validade dos valores do ato), é mais importante do que regular os resultados positivos nos casos individuais e atuais (WELZEL, 2004, p.29-30)

A partir dessa recapitulação de algumas construções teóricas da fenomenologia, torna-se possível tratar das ideias de Welzel de maneira mais clara. A primeira ideia trabalhada é o conceito de bem jurídico, ela é necessária para entender tanto as funções do direito penal quanto as funções da pena. O referido conceito dá um conteúdo material para o direito penal, isto é: uma aplicação de alguma sanção penal não relacionada com a proteção ou promoção de um ou mais bens jurídicos é violenta e não-jurídica. Novamente, diferindo de Liszt, Welzel sustenta uma definição mais ampla de bem jurídico que vai além do naturalismo e do positivismo; assim, não apenas os conteúdos necessários a boa convivência e ao desenvolvimento social são bens jurídicos, mas também o é a realização moral da existência humana. É justamente por isso que a liberdade humana, nos moldes da axiologia de Scheler, recebe lugar privilegiado na hierarquia de bens (valores) de Welzel, pois ela é a condição para a concretização de valores superiores.

Entendendo essa posição privilegiada do bem jurídico liberdade, entende-se também porque Welzel trouxe para a qualificação do tipo penal a questão do dolo e da culpa, bem como, restringiu a aplicação do tipo culposo. Igualmente, percebe-se os porquês de: seu formalismo quanto às garantias do acusado durante o processo penal, da defesa do caráter fragmentário do direito penal e de sua crítica à instrumentalização da pena. Ao direito penal caberia tarefas

superiores à mera tutela de bens jurídicos, quais sejam uma tarefa pedagógica e uma tarefa moral: deveria desvelar os bens jurídicos, atribuindo uma pena ao indivíduo que com sua ação final optou por violar um bem jurídico, facilitando assim a compreensão dos valores por parte dos sujeitos de direito (incitando sua livre tutela e concretização). A sanção penal teria esse feito incitador por agir de um entre dois modos: 1º) na maioria dos casos, serviria para apontar aos demais sujeitos de direito que uma conduta violadora não obrou modificar a hierarquia valorativa e, consequentemente, normativa da sociedade (prevenção geral positiva); 2º) nos casos em que o alvo da sanção se mostrasse por demais determinado pelo meio e/ou pela sua condição psicológica caberia instrumentalizar a pena para assegurar bens jurídicos (prevenção especial).

Encerrada a síntese da prevenção geral para Welzel, passar-se-á a prevenção geral positiva na visão de Roxin. Em que pese as inúmeras críticas que Roxin (2006, p.55-59) faz à Welzel, desde o apontamento das limitações da classificação penal proposta pelo finalismo, passando pela crítica à separação entre direito penal e política criminal e culminando na crítica a proposta ontológica dessa escola; o autor do funcionalismo teleológico reconhece o mérito da defesa da liberdade que o finalismo propõe. Nesse sentido, para Roxin o Direito Penal deve ser fragmentário e atuar como última *ratio*, bem como, devido ao caráter gravíssimo da sanção penal, devem ser respeitadas todas as garantias do réu ao longo do processo. Contudo, o autor irá fazer a defesa dessas ideias libertárias sobre uma base completamente distante da ontologia oriunda da fenomenologia e da axiologia; justamente por isso, não há em Roxin um impedimento “a priori” de matérias que podem ser alvo da legislação penal como existe em autores como Hassemer (OLIVEIRA, 2013).

Segundo o autor, a finalidade da aplicação da pena deve ser sinalizar para a sociedade que a configuração normativa e valorativa permanece válida (ROXIN, 2009, p. 39-45). Todavia, diferentemente de Welzel não há uma pretensão de que a aplicação do direito penal leve a estados superiores de realização moral; pelo contrário, o que se quer sinalizar é que a configuração normativa da sociedade se mantém estável para o livre e particular desenvolvimento de cada personalidade. De maneira mais simples, a aplicação da pena comunica que a norma permanece válida, mas não que ela deverá permanecer válida; até porque é dever de uma política criminal democrática e, consequentemente, de um direito penal democrático buscar a despenalização de condutas, bem como, permitir o debate e a revisão daquilo que é considerado essencial e que, portanto, necessita de tutela penal (ROXIN, 2006, p. 1-30).

O último autor que resta analisar para encerrar essa seção é Jakobs (2009). Para iniciar a exposição de sua visão sobre a função preventiva da pena é necessário expor em quais bases ele assenta sua reflexão sobre o direito penal; tal necessidade advém do fato de Jakobs fazer críticas ainda mais radicais à Welzel, como também, ao próprio Roxin (JAKOBS, 2009, p. 65-81)[20]. Para o referido autor, sua reflexão sobre o direito penal não pretende explicar e nem justificar a origem do direito (penal) ou por que um indivíduo se submete ao sistema jurídico (penal) (JAKOBS, 2003f); assim como Kelsen em sua teoria pura (2012), Jakobs pretende explicar o direito enquanto já está em exercício. Essa diferença frente aos dois autores tratados anteriormente pode parecer pequena, contudo é fundamental já que permite à Jakobs não postular bem jurídicos, isso por quê: para Welzel a justificativa da origem do direito penal é o desvelamento dos bens jurídicos e a subsunção à ele se justifica porque o mesmo garante a tutela desses bens, bem como, facilita a concretização deles; e para Roxin a origem do direito penal e a subsunção à ele ocorre devido à necessidade de resguardar bens essenciais para a convivência digna em uma sociedade democrática.

As perguntas que, cientificamente, devem ser feitas ao direito penal são, segundo Jakobs: a) qual a função que o direito penal exerce na sociedade?; b) como ele exerce essa função? Com certa semelhança à Kelsen (2005), Jakobs responde a segunda questão afirmando que o direito penal atua imputando sanções aquele que viola com sua conduta uma norma penal. Entretanto, diferindo do positivismo kelseniano, o qual julgava impossível delimitar qualquer função desempenhada pelo direito para além de um caso concreto; Jakobs, arrisca-se a delimitar uma fórmula material para o direito penal na sociedade moderna. Ele o faz na medida em que acredita que a proposta kelseniana, embora correta, por ater-se a seus axiomas em todas as suas consequências, não permite uma autocompreensão satisfatória do direito[21]. Tal delimitação é feita por meio da análise da própria sociedade, à qual seria pluralista – isto é, não existiram papéis sociais pré-determinados e nem um ente ético hierarquicamente superior como o Estado de Hegel – e permitiria contatos anônimos – isto é, os papéis sociais exercidos delimitariam um *quantum* de condutas esperadas. Assim o direito penal exerceria, na sociedade moderna, a

[20] Essa radicalidade é bem resumida nas palavras de Camargo: "O centro da proteção do Direito Penal, no pensamento de Jakobs, deixa de ser os bens jurídicos em si, mas o reconhecimento da validade das normas e a confiança que deve inspirar nos cidadãos que a elas aderiram. A reafirmação da norma (*pena como exercício da confiança na norma*) não atribui à pena somente uma função preventiva intimidatória, mas a prevenção geral positiva ou coletiva, cm os três efeitos que se resumem no reconhecimento da norma que são: *exercitar a confiança na norma, exercitar a fidelidade ao Direito e exercitar a aceitação das consequências* (CAMARGO, 2002, p. 56)."

[21] Isso, segundo o entendimento de Jakobs sobre as ciências e, especialmente, sobre as ciências do espírito – como a ciência jurídica – permite que ele descredite a teoria pura de Kelsen e ofereça uma resposta mais satisfatória às necessidades da sociedade; as quais – segundo o próprio – são a pedra de toque para julgar a melhor aptidão de uma teoria proposta por uma ciência espiritual (JAKOBS, 2003d, p. 5-7).

função de manter o ponto ótimo entre os espaços que o sujeito de direito goza para se autoderminar e os espaços que se espera que os sujeitos atuem de maneira determinada. De maneira mais sintética, o direito penal delimita os limites do risco permitido ao estabelecer condutas, em sentido normativo, não permitidas.

É importante frisar que Jakobs não propõe, com o estabelecimento dessa fórmula material do direito penal, qualquer motivo ou justificativa para que um indivíduo deva agir de acordo com o direito. Vale dizer, inclusive, que o âmbito privado do sujeito que se autodetermina e não deve ser normatizado é bastante maleável; variando de acordo com a necessidade de liberdade ou de segurança de uma dada sociedade em um dado momento. Dessa forma, o mais longe que o penalista vai em precisar conteúdos materiais do direito penal é em defender – tendo em vista a sociedade Alemã – que coisas como algumas modalidades de suicídio e eutanásia não deveriam ser objeto de legislação penal, pois haveria certa contradição entre sustentar normativamente a existência de pessoas capazes de se autodeterminar e ao mesmo tempo realizar essas censuras (JAKOBS, 2003g).[22] Difere, portanto, tanto da ontologia penal de Welzel que sustenta o dever moral de agir juridicamente, bem como, da proposta habermasiana de um dever racional de agir juridicamente. Isso não significa que Jakobs abomine o uso do conceito de bem jurídico, ele mesmo mostra que é possível o utilizar para abordar certos objetos de algumas normas penais. Além disso, ele entende as polêmicas sobre bens jurídicos, historicamente, como um momento que precede a conversão da própria segurança normativa num bem jurídico e se encerrará quando se concluir que o verdadeiro bem jurídico-penal é a eficácia fática das normas (JAKOBS, 2009, p. 78-79); contudo, Jakobs esvazia esse conceito dos sentidos que ele tinha em Welzel e Roxin.

Feita essa ressalva, passa-se à exposição da função da pena no funcionalismo normativo: de acordo com Jakobs, a pena tem a exclusiva função de comunicar para a sociedade que a norma violada pela conduta de um determinado sujeito mantém-se vigente. Nesse sentido, ele está próximo à Roxin; contudo difere por operar um corte radical entre direito penal e política criminal. Ao jurista aplicador da lei não caberia fazer nenhuma consideração de ordem político criminal, para ver se a pena deve ou não ser imputada à determinado sujeito. Ao aplicador caberia fazer apenas considerações de ordem normativa, as quais não, necessariamente, teriam que aplicar uma sanção ao violador de uma norma. Isso porque existiriam casos em que a conduta, que em aparência teria violado uma norma, de fato não teria gerado na comunidade jurídica nenhum temor quanto à manutenção de sua identidade normativa. Todavia, existiriam

[22] Em um sentido mais amplo, que saia do contexto alemão, Jakobs apenas menciona que a escravidão na sociedade moderna seria um absurdo jurídico.

situações em que uma dada conduta não apenas questionaria a validade de uma norma, como questionaria a validade de todo sistema. Nesses casos não só a pena deveria cumprir outra função como o próprio direito penal deveria ser outro; voltado a proteger o direito penal do cidadão daqueles que o ameaçam. A pena em um tal direito penal do inimigo teria a função de proteger a existência material do sistema jurídico posto em risco.

1.3 Uma defesa do funcionalismo teleológico à luz do agir comunicativo

Nesse momento, pretende-se defender, por meio de argumentos, a melhor compatibilidade do funcionalismo teleológico de Roxin – especificamente da função que a aplicação da pena assume nele – com o ordenamento nacional, bem como, com a interpretação jurídica mais racional (ROXIN, 1997). Dito isso, convém, para introduzir as ideias do referido autor, fazer um resgaste histórico do momento que elas vieram a lume no debate. Primeiramente, o desenvolvimento das matérias que dão corpo a política criminal levou à derrocada das explicações unilaterais para o agir delitivo, bem como, descreditou a atuação das instituições penais ou similares para a recuperação e reintegração dos indivíduos. Tornou-se manifesto que o Estado para prevenir a criminalidade deveria agir em outras frentes promovendo a política criminal para além do sistema penal, o qual – inclusive – passou a ser visto como uma das causas do aumento da própria criminalidade. Em segundo lugar, devido às experiências autoritárias e totalitárias de diversos países, bem como, a ação de movimentos sociais; firmou-se o entendimento de que o Estado deveria ter como princípio a dignidade da pessoa humana e, consequentemente, permitir o livre desenvolvimento da personalidade, interferindo apenas na medida em que grupos minoritários precisassem de apoio para seu livre desenvolvimento em razão da pressão de grupos hegemônicos.

Ter em mente esses processos é importante para entender como o pensamento de Roxin, embora se embase tanto nas ideias de Liszt como de Welzel, critica-as e as supera. Exposto o cenário de desenvolvimento das ideias de Roxin, passa-se a exposição de seus argumentos. A política criminal em Roxin, assim como fora em Liszt, é a palavra-chave para entender a função da pena; contudo Roxin sustenta uma visão orgânica da relação entre direito penal e política criminal. Nesse sentido, a política criminal deve englobar o direito penal já que a missão de ambos é a mesma: proteger bens jurídicos essenciais para o livre desenvolvimento de cada personalidade. Diferem apenas no modo que atuam, enquanto a política criminal deve estar localizada, principalmente e predominantemente, para além do direito penal, isto é o Estado deve atuar não penalmente para aperfeiçoar a segurança dos bens jurídicos essenciais; o direito

penal deve ser acionado em último caso e apenas quando realmente houver violação insuportável a um bem jurídico essencial. Todavia, o Estado não deve se valer da pena para fazer política criminal; rompe-se assim a ideia da pena como sanção normalizadora.

A pena deve ser a última reposta que o Estado deve dar pois flerta com a irrazoabilidade, ao ferir do apenado bens jurídicos essenciais de maneira próxima a superar o risco social e racionalmente permitido; justamente por isso só pode ser aplicada caso se respeite todas as garantias processuais do réu. Ademais, torna-se dever do Estado que atribui a pena garantir que esta seja cumprida sem nenhum excesso, o que inclui prestações positivas do Estado para garantir que nenhum outro bem, fora o culminado em sentença, seja posto em risco de maneira insuportável. De outro modo, o Estado que puni deve agir para impedir as consequências criminógenas que a punição imputada possa ter; seja do apenado enquanto perpetrador ou como vítima delas. Percebe-se com isso a importância que o bem jurídico liberdade desempenha na política criminal e no direito penal para Roxin, contudo, a fundamentação desse bem é completamente diferente da fundamentação ontológica dada por Welzel. No funcionalismo racional teleológico a liberdade é um pressuposto, mas não um dado ontológico; assim, a depender do caso concreto, pode-se chegar à conclusão de sua ausência. Em palavras mais técnicas, perde-se o interesse pela ação delitiva e o que passa a importar é o incremento indevido do risco ao bem jurídico; em consequência disso, responde penalmente apenas aquele que efetivamente (planificadamente) controlou a violação insuportável ao bem jurídico ou de maneira indevida deixou de exercer controle pela situação que levou à violação insuportável do bem jurídico (ROXIN, 2002, p. 11-31).

Essa quebra com qualquer ontologia do bem jurídico leva a uma nova forma de ver a classificação penal, bem como, adiciona novas etapas a ela, como verificar se a conduta típica, ilícita e culposa em concreto fere de maneira insuportável o bem jurídico tutelado pela norma penal. Além disso, muitos problemas do finalismo desaparecem, como a dificuldade em justificar o tipo culposo; ou o tratamento das lesões socialmente razoáveis e aceitas; ou ainda, o tratamento das autolesões e das lesões consentidas. Em se tratando da pena, rompe-se com a função pedagógica e moralizadora da pena; a pena deve ser aplicada apenas para mostrar que a norma que tutela o bem jurídico permanece válida e que o mesmo continua sendo valorado. Tal função da pena pode parecer, em um primeiro momento, semelhante à proposta por Welzel, porém trata-se de uma falsa semelhança; isto porque a pena em Roxin não se justifica em razão de um bem jurídico previamente desvelado com base em uma ontologia de valores hierarquizados, mas sim, em um bem jurídico que justificadamente fora considerado digno de tutela penal e que inclusive pode deixar de sê-lo em momento posterior.

Já é possível perceber as vantagens, para um Estado Democrático de Direito, de uma abordagem que não fixa conteúdos penais de uma vez por todas e que também requer a contínua justificação das normas penais. Porém, é possível ter a falsa percepção de que essa concepção de bem jurídico é aberta demais e poderia levar a um expansionismo penal de acordo com interesses particulares e momentâneos. Tal visão é sustentada por autores como Hassemer (ROXIN, 2009, p. 19-20), que sustentam a ideia de que o bem jurídico deveria estar diretamente ligado a bens individuais. Todavia, esta visão individualista de bem jurídico, não só não restringe o direito penal como também o torna irrazoável: não restringe, pois ao não tutelar bens coletivos como a segurança ambiental ou a ordem tributária acaba por não coibir violações, não só maiores do que as estritamente individuais, como também direta e indiretamente causadoras das violações menores e estritamente individuais; e torna o direito penal irrazoável, pois esse se torna instrumento para coibir os crimes da pobreza e não os crimes das elites.

Assim a chave para a tutela penal de um bem jurídico é que este enfrente contínua argumentação democrática, não sendo possível e nem desejável que não se amplie o rol de bens tutelados pelo direito penal. Obviamente, existem bens que podem ser apontados previamente como, por exemplo, a vida, mas conforme o desenvolver da sociedade nada impede que outros riscos a antigos ou novos bens se mostrem insuportáveis e mereçam ser protegidos pela política criminal externa à tutela penal, bem como, pela própria tutela penal. O que existe e que permite delimitar um corte entre aquilo que deve ou não ser alvo de tutela penal é que: seja qual for o bem jurídico a ser tutelado, mostra-se necessário argumentar a existência de um risco insuportável ao livre desenvolvimento da personalidade que vive sob a égide desse sistema penal que se quer ampliar. Sobre o assunto, Roxin em palestras e obras (2009, p. 20-27), formula uma série de etapas argumentativas que devem ser enfrentadas para limitar a atuação legislativa na seara penal; contudo, essas formulações não pretendem ser exaustivas, mas sim instrutivas, dentre elas, por exemplo, é apontada a necessidade de se mostrar que o ataque à liberdade que a atuação penal representa é proporcionalmente inferior ao dano que se pretende coibir.

Certamente seria possível relacionar as ideias de Roxin com a legislação pátria; principalmente tendo por base a ampla gama de direitos fundamentais presentes na CF, que proclamam essa visão valorizadora do livre desenvolvimento de cada personalidade colocando amplas barreiras para a intervenção censuradora do Estado e, principalmente, conclamando o dever do Estado em fomentar políticas e ações que garantam o referido desenvolvimento. Conquanto, acredita-se que seja necessário ir além e mostrar porque racionalmente é necessário que o direito penal se paute nesse livre desenvolvimento, bem como, justificar o porquê dessa

hermenêutica do texto Constitucional ser a mais correta. Para isso, procedeu-se a um resgate sintético das ideias habermasianas sobre direito e racionalidade.

Habermas sustenta que para que se possa chamar de racional um discurso, um conhecimento ou um entendimento é necessário que se tenha seguido antes algumas metarregras éticas. Para exemplificar, algumas dessas metarregras seriam: (a) coação exclusivamente por argumentos; (b) universalização da participação na argumentação; (c) honestidade dos debatedores. Para tratar de qualquer assunto (mundo), seja a descrição de um objeto, ou a prescrição de uma norma ou ainda um ato performativo; faz-se necessário seguir essas metarregras, caso contrário se estaria colocando em risco o caráter consensualizador da linguagem e com isso a própria possibilidade da razão. Isso ocorreria porque não existiria para o filósofo uma razão para além da linguagem, bem como, sendo toda comunicação um processo social não existiria uma razão não socializável e independente do reconhecimento de pares para se debater. De modo mais simples, para falar de qualquer assunto racionalmente é necessário que se opere dentro de uma linguagem socialmente compartilhada o que implica reconhecer a existência de pares aptos com quem se fala (HABERMAS, 2012a)

Contudo, a depender do assunto, o respeito a essas metarregras é ainda mais essencial. Nesse sentido, quando se tratam de assuntos que como o direito dependem do binômio facticidade/validade, ou seja, que dependem de uma legitimidade e de uma positividade intersubjetivamente compartilhada para existirem; é racionalmente impossível não as seguir. Inclusive as exigências dessas metarregras, só podem ser relativizadas por sistemas que descrevem coisas do mundo, como o científico ou o econômico, caso esses sistemas se relacionem com sistemas que como o direito garantam a eles uma ligação com o mundo da vida; isto é, o mundo cotidiano do qual todos fazem parte e onde regem essas metarregras. Assim, é uma exigência da razão que o sistema político e o sistema jurídico sejam democráticos; democrático aqui significando a necessidade de que cada um dos indivíduos que participam do mundo da vida respeite essas metarregras e possa cobrar dos demais o respeito a elas.

Aqui já é possível visualizar alguns importantes paralelos entre a teoria do agir comunicativo aplicada ao direito e o funcionalismo racional teleológico. Em primeiro lugar, ambas proclamam a necessidade de um processo legislativo aberto e democrático, bem como, defendem a contínua necessidade de se justificar tanto a aplicação de uma pena como a vigência de uma norma. Em segundo lugar, ambas sustentam um núcleo inviolável de direitos que devem ser mantidos e garantidos pelo Estado; sendo que a teoria do agir comunicativo dá um embasamento racional para essa construção. Em terceiro lugar, ambas defendem a participação e o livre convencimento para o estatuimento de normas; como visto acima, a pena para Roxin

não tem uma finalidade moralista como tinha em Welzel, de modo que o apenado continua possuindo o direito de discursivamente questionar a manutenção da tutela penal de um determinado bem. Em quarto lugar, ambas possuem como pedra de toque a necessidade do livre desenvolvimento da personalidade. Esse desenvolvimento é o fundamento de qualquer tutela penal para Roxin, todavia o penalista acaba por não o justificar, talvez por tomá-lo como uma necessidade óbvia. Felizmente, a teoria do agir comunicativo não só é capaz de o justificar, como também, permite entender o porquê de sua obviedade.

De acordo com as ideias habermasianas, há uma relação de retroalimentação entre a busca pelo discurso mais racional, o que implica um cumprimento mais perfeito das supra referidas metarregras, e a busca por reconhecimento, a qual perpassa os atos performativos (HABERMAS, 2012a). Assim, o processo de entendimento das razões do outro, necessário ao discurso racional influencia e é influenciado pela busca por reconhecimento, que também é necessária ao discurso racional, que facilita o mencionado entendimento. A soma desses processos que se complementam permite legislar normas com pretensões relativamente universais; fala-se relativamente pois, assim como não há uma pausa dos referidos processos, também não há um fecho do processo legislativo. Nesse sentido, às vezes o que era tomado como digno ou mesmo necessário de ser legislado passa a não mais ser visto como tal e uma outra matéria que antes não gozava de tutela jurídica passa a ser tutelada. Ou ainda, o aparecimento de novos grupos e de novas formas de viver aponta novas matérias que podem ou que devem ser legisladas. De toda a forma, a chave para se entender os conteúdos mais essenciais para uma legislação racional e que, portanto, merecem a maior tutela é a preservação e a facilitação do livre desenvolvimento de cada personalidade. A obviedade da importância desse livre desenvolvimento decorre do próprio caráter consensual e consensualizador da linguagem.

Dito isso, é então possível passar a argumentos de ordem mais normativa[23]. O primeiro a ser levantado, devido ao caráter integrador e hierarquicamente superior da CF, são as normativas presentes nela. Nesse sentido, os primeiros artigos que merecem ser comentados são os quatro primeiros artigos que estabelecem o sistema democrático, fundamentam o ordenamento com base na dignidade da pessoa humana e traçam os objetivos necessários de um Estado Democrático de Direito. Após esses artigos, impende comentar a respeito dos artigos 5º e 6º; o primeiro estabelece uma série de direitos humanos fundamentais, de maneira não exaustiva, que devem ser respeitados cabendo ao Estado tutelá-los, e o segundo estabelece uma

[23] Diz-se de ordem mais normativa e não puramente argumentos normativos devido aquilo que foi debatido na primeira seção.

série de direitos sociais que o Estado deve garantir e implementar. Após a exposição e explicação dos argumentos do funcionalismo racional teleológico, bem como, da teoria do agir comunicativo aplicada ao direito; torna-se fácil perceber como a CF pode se relacionar com essas teorias e ser interpretada por elas. Nesse sentido, o respeito à dignidade da pessoa humana de maneira ampla e sempre passível de maior ampliação, se relaciona perfeitamente com a ideia base do referido funcionalismo, qual seja, a de garantir o livre desenvolvimento da personalidade; bem como, pode ter sua tutela fundamentada em uma visão racional do direito fornecida pela teoria habermasiana.

Outro ponto que vale comentar é o reconhecimento, por meio da hermenêutica dos direitos fundamentais individuais e sociais, de que a intervenção penal deve agir apenas como última *ratio* e somente quando esses referidos direitos fundamentais forem ameaçados ou violados de maneira insuportável; como também, da necessidade de o Estado elaborar políticas públicas que visem proteger esses direitos e restringir o uso da tutela penal. Novamente, não é difícil perceber a correlação dessa hermenêutica do texto constitucional com a teoria penal proposta por Roxin, onde a política criminal engloba o direito penal e este não faz política criminal. Também é possível justificar essa interpretação se valendo da teoria do agir comunicativo já que o cumprimento das metarregras éticas é condição para um direito racional e assim, torna-se lícito ao Estado lançar mão da tutela penal diante de violação insuportável a direitos fundamentais já que essas violações contrariam as mencionadas metarregras. Porém, o Estado deve fazer isso da maneira menos violenta possível, garantindo que ninguém será excluído do processo comunicativo que sustenta o sistema jurídico.

Tendo como base interpretativa os artigos constitucionais expostos, é possível passar à análise do artigo 59 do Código Penal (CP). Em seu *caput* a referida norma impõe que a pena deve significar tanto um juízo de reprovabilidade como atender a finalidades preventivas. Uma possível interpretação dessa norma, levando em consideração as teorias expostas, é que na decisão de aplicar a pena se deve levar em conta questões de política criminal para não a aplicar ou aplicá-la de maneira reduzida; contudo, a pena não deve ser aplicada para se fazer política criminal. Já a pena interpretada pelas mesmas inspirações teóricas e pelas mesmas normas constitucionais, deve se limitar a comunicar à sociedade a vigência da norma violada pelo apenado. O Estado não deve ser considerado um ente moralmente superior e nem o direito penal deve estar atrelado a uma finalidade moralizadora, pois um bem jurídico merece tutela penal, apenas quando sua violação ou o perigo de sua violação é insuportável para uma sociedade democrática. Inclusive, deve-se rechaçar como inconstitucional, pois irracional, qualquer norma penal que resguarde questões exclusivas da moral privada (ROXIN, 2009, p. 21); isto é,

questões que não façam parte do cumprimento das metarregras necessárias ao debate racional (HABERMAS, 2012a).

O último conjunto de normas a serem analisadas[24] são aquelas presentes na Lei de Execução Penal (LEP) em especial aquelas que tratam dos seus objetivos e dos direitos dos apenados. Nesse sentido, os artigos 1º, 2º, 3º e 4º que tratam dos objetivos da lei expõem, quando interpretados de maneira harmônica com a CF e também com as teorias trabalhadas nessa seção, que ela busca concretizar a execução penal sem ferir nenhum direito do apenado afora o que fora sentenciado. A partir disso é possível entender qual a função que a política criminal cumpre na execução penal; não a de ressocializar o apenado, mas a de impedir a dessocialização do apenado. Isto é, a política criminal e o direito racional, como a lei de execução permite compreender, não tratam o desenvolvimento de uma personalidade como patológico ou erroneamente socializado; pelo contrário, irracional e também inconstitucional seria forçar o desenvolvimento da personalidade. A pena, necessária apenas para comunicar a manutenção da norma violada, não pode, sob risco de infringir o direito pátrio, violar o livre desenvolvimento da personalidade. Daí que o Estado deve atuar para impedir e/ou corrigir as violações feitas a esse livre desenvolvimento em razão do cumprimento da pena. E ele cumpre esse dever na medida em que respeita ou concretiza os direitos dos apenados e, especialmente, o dos apenados presos, presentes de maneira não exaustiva no artigo 41 da referida lei, já que estes estão mais prejudicados em concretizar seu livre desenvolvimento.

1.4 Refutação das teorias apresentadas

Pelo que foi exposto, fica evidente a compatibilidade das teorias de Roxin, e subsidiariamente de Habermas, com o direito brasileiro, bem como, que estas oferecem uma interpretação racional e aplicável para a função da pena. Contudo, é necessário para uma visão discursiva e democrática do direito, mostrar porque essas teorias devem ser adotadas em detrimento das outras duas teorias que defendem a prevenção geral positiva; quais sejam: (a) o finalismo penal de Welzel e (b) o funcionalismo normativo de Jakobs. Tal opção, parece a mais correta, pois elas são de fato as teorias mais presentes nos debates sobre a pena e também as principais influenciadoras na atualidade; ademais, muitas das teorias apontadas já são bastante antigas e já possuem refutações clássicas. Todavia, antes de passar as teorias que serão focadas,

[24] Vale lembrar que não há uma pretensão de esgotar a temática, apenas se pretende mostrar a viabilidade normativa de se aceitar tanto o funcionalismo racional teleológico quanto a teoria do agir comunicativo no direito penal pátrio.

impende fazer algumas menções sobre as teorias apresentadas na seção 1.2 para esclarecer possíveis mal entendidos.

Primeiramente, espera-se que tenha ficado claro que todas as teorias trabalhadas anteriormente o foram, porque as teorias mais atuais foram forjadas com base nelas ou contra elas. Ademais, mesmo as teorias mais ultrapassadas como a kantiana ou as utilitárias clássicas ainda possuem defensores no cenário jurídico nacional. Como apontado na referida seção, teorias como a das "Janelas Quebradas" ou políticas como a da "Tolerância Zero", possuem uma série de paralelos argumentativos com a teoria da pena proposta por Beccaria; e ainda que elas sofram críticas constantes das teorias mais fortes no cenário jurídico pátrio, elas ainda influenciam e desempenham papel em diversas áreas que se ligam ou se chocam com a política criminal desenvolvida pelo Estado. Para exemplificar basta citar apenas duas questões problemáticas: (a) o cenário urbano dominado pela arquitetura de defesa que se orienta pelos mesmos pressupostos dessas teorias; (b) os programas sensacionalistas sobre crimes que cotidianamente violam direitos fundamentais dos envolvidos e propagam ideologias próximas a da cartilha do "Tolerância Zero".

Em segundo lugar, boa parte das teorias analisadas são anteriores ou trabalham com conceitos anteriores a virada linguística ocorrida no final do século XX. Assim, dificilmente, seria possível defender hoje uma lógica do tipo sujeito predicado como a defendida por Kant. A própria ideia de sujeito utilizada por Kant e pelos utilitaristas resta extremamente prejudica a partir do momento que a linguagem ganha primazia na reflexão filosófica e também na reflexão científica. O mesmo acontece com a ideia de razão como proposta pela filosofia hegeliana, já que esta sustenta a existência de uma razão para além da linguagem. Problema semelhante enfrenta a fenomenologia de Welzel já bastante ultrapassada por ter inspiração nos primeiros fenomenólogos, os quais davam menor importância para o aspecto linguístico da percepção e da razão. Isso faz com que qualquer pessoa que queira reabilitar essas teorias para justificar a pena na atualidade, tenha que enfrentar uma série de reflexões contrariando vários pontos da virada linguística que dão sustento a boa parte da reflexão científica a partir de meados do século XX. Devido a essa dificuldade de reabilitação, para não dizer impossibilidade, acredita-se justificável não proceder a refutação pormenorizada de cada uma delas[25].

Em terceiro lugar, muitas dessas teorias estão em desacordo total ou ao menos parcial com a legislação pátria. Teorias clássicas sobre a pena, como a kantiana e a hegeliana, apresentam uma visão absoluta da pena que entra em contradição direta com o *caput* do artigo

[25] A exceção do finalismo penal o qual, devido a sua importância no cenário jurídico penal pátrio, merece um tratamento mais pormenorizado.

59 do CP. Outro problema é que muitas dessas teorias foram formuladas tendo por base uma ética incompatível com os direitos fundamentais ou uma visão de Estado incompatível com o Estado Democrático de Direito estabelecido pela CF, seja ela a visão do Estado como um ente moralmente superior ou a visão meramente positiva do Estado. Por fim, as utilitárias acabam por ferir a moral e a razão ao instrumentalizar os indivíduos, violando assim o princípio magno da CF, do direito penal (ROXIN, 2009, p. 18-19) e do direito racional (HABERMAS, 1997a) que é de maneira sintética a dignidade da pessoa humana. É por isso que quem tentasse reabilitá-las esbarraria na incompatibilidade delas com o sistema jurídico pátrio.

Após expor as razões pelas quais se acredita razoável não criticar pormenorizadamente cada uma das teorias tratadas anteriormente, ainda que elas possuam relevância para justificar suas supra menções; passe-se, a refutação do finalismo penal. Essa refutação foi feita em duas etapas, na primeira foram apontadas algumas das falhas internas a própria teoria, e na segunda foram feitas críticas externas a ela. Acredita-se que dessa forma ficou evidente que o finalismo penal não poderia ser acolhido para justificar a questão da pena no direito penal nacional.

Roxin e diversos autores – incluindo Jakobs –, notaram alguns problemas que o finalismo penal possuía ao tentar explicar os crimes culposos. De maneira sintética: o núcleo desses problemas residiria no fato do finalismo ser arquitetado em cima da suposta livre conduta humana. Assim, para esta escola penal, apenas violaria uma norma penal aquele que intencionalmente – no plano intelectivo e no plano fático – atua dessa maneira; é justamente essa livre conduta que justificaria a pena e daria para o direito penal um aspecto valoroso. É calcado nessa capacidade incondicionada humana que o direito penal exerceria um juízo de reprovação social diante de um homicídio que de outro modo seria visto como uma consequência de baixa relevância moral [26] de uma dada série causal. Tendo em vista essa construção do delito, torna-se fácil perceber que ela enfrenta dificuldades ao querer criminalizar ações não intencionais ou ainda com intenções contrárias aquilo que foi o termo de uma dada cadeia causal. Assim, Welzel (2009) só pode censurar os crimes culposos recorrendo a construções *ad hoc*, que por vezes entram em contradição com sua própria sistemática; por exemplo: ao sustentar que a seleção dos meios é o que se condena no tipo culposo, Welzel não considera que essa seleção é sempre feita de maneira determinada já que o incondicionado da ação está na finalidade ou na ausência dela[27]. É talvez devido à percepção dos problemas que o

[26] Diz-se baixa relevância e não nenhuma relevância, pois Welzel se orienta pela fenomenologia e não pela moral kantiana.

[27] Para evitar polêmicas vale resgatar que para a fenomenologia sustentada por Welzel, o incondicionado não se dá num plano separado daquilo que é condicionado; porém, isso não significa que a partir do condicionado seja possível chegar à totalidade do incondicionado (cf. HUSSERL, 2012). Esse entendimento inclusive é o

finalismo penal enfrenta ao tentar justificar o tipo culposo que Welzel, por diversas vezes, sustenta que esse tipo de censura deve ser feita, em pouquíssimos casos.

Não é apenas no tipo culposo que o finalismo tem problemas, ele também tem problemas em justificar os crimes omissivos já que o núcleo ontológico do finalismo está na ação dirigida a um fim. Todavia, o principal problema do finalismo está na própria censura do tipo doloso e é justamente esse problema que põe abaixo toda sua edificação teórica. Nesse sentido, quando se tem acesso a intenção dolosa do agente delitivo os meios causais empregados em sua ação e sua cognição dos mesmos podem ser vistos como provas de sua condução final. Entretanto, em termos práticos, como se pode ter acesso a essa intenção dolosa? Uma resposta seria apontar os elos objetivos que ligam o agente delitivo com o crime; contudo, tal resposta seria apenas parcial já que a intencionalidade – a parte subjetiva do tipo – é para o finalismo incondicionada. Dessa forma, assim como para a axiologia de Scheler, para Welzel a finalidade da ação nunca pode derivar exclusivamente da cadeia causal (WELZEL, 2003, p. 226). Isso faz com que apenas a confissão do agente delitivo seja capaz de provar de maneira definitiva e suficiente seu dolo. Isso leva a um problema prático intransponível, facilmente perceptível: no finalismo penal o agente delitivo pode sempre sustentar a não intencionalidade da ação para se esquivar de qualquer penalização – tendo em vista também a incapacidade dessa teoria em justificar o tipo culposo como apontado.

Além desses problemas de ordem interna à teoria, existem problemas externos. O compromisso ontológico e valorativo assumido por Welzel é incompatível com o texto constitucional, é irracional pela sua metafísica e historicamente deslocado com relação às sociedades democráticas e plurais. Isso tudo pelo mesmo motivo: o finalismo penal assumi uma escala valorativa fixa tal qual a formulada pela axiologia de Scheler[28]. Esse compromisso ontológico com valores é incompatível com uma Constituição Democrática como a brasileira, já que a formulação das leis não adviria do debate democrático, mas sim, já estaria predeterminada. É irracional, pois retira do direito seu caráter deôntico, transformando-o em um sistema instrumental que sacrifica os valores de menor importância em favor dos valores de maior importância (HABERMAS, 1997b)[29]. Por fim, é fruto de uma época que não tinha como

---

ponto central das disputas das correntes psicológicas consultadas pelo autor e as correntes deterministas da psicologia.

[28] Diz-se formalmente igual não, necessariamente, materialmente igual.

[29] A crítica de Habermas a teoria dos princípios de Alexy (cf. 2017) pode ser usada contra o finalismo penal, pois tanto Alexy como Welzel se orientam pela axiologia de Scheler. Inclusive a ponderação de valores, já está presente na obra de Welzel (2003, p. 147-148) ainda que esse compartilhe uma fidelidade maior a axiologia de Scheler e, por conseguinte, essas ponderações não se restrinjam a uma sociedade ou a um sistema jurídico só.

base para o direito e para a democracia a dignidade da pessoa humana, como também, pregava uma distância entre a política criminal e o direito penal. Tal teoria, portanto, não encontra mais um ambiente propício em uma sociedade plural como a brasileira.

Após a explicação do porquê o finalismo penal deve ser rejeitado, resta expor o porquê o funcionalismo normativo de Jakobs também não será adotado. Nesse sentido, um trabalho que buscasse tratar da teoria de Jakobs em todos os seus aspectos deveria explicar e lidar com as concepções bastante problemáticas que Jakobs tem não apenas da ciência do direito, como também, de qualquer ciência (2003d, p. 5-7)[30]. Todavia, como a presente dissertação tem um interesse apenas na fundamentação e justificativa da pena, seguiu-se um caminho mais simples. Foram explicitadas três problemáticas que permitem rejeitar o funcionalismo normativo: as duas primeiras mais referentes à legislação pátria e sua interpretação predominante e uma última tratando de um paradoxo teórico específico.

Como mencionado anteriormente, o funcionalismo normativo de Jakobs opera mudanças em conceitos chaves da teoria penal. Nesse sentido se as ideias de risco permitido e de risco não permitido foram centrais para que o funcionalismo teleológico de Roxin se desvencilhasse do finalismo penal, elas também foram essenciais para que Jakobs se distanciasse de Roxin. Isso porque enquanto para o funcionalismo racional teleológico a ideia de risco está relacionada a ideia de bem jurídico, no funcionalismo normativo ela está relacionada a ideia de norma. Tal diferença na concepção da ideia de risco, leva à seguinte consequência teórica: para Roxin, a noção mais clássica de culpabilidade deve ser esvaziada, estabelecendo para ela a função de limitar a aplicação da pena; já Jakobs restabelece para a culpabilidade, em certa medida, a concepção clássica de reprovabilidade.

Essas diferenças teóricas nem sempre levam a resultados práticos diferentes, principalmente, quando são utilizadas ao lado de ordenamentos jurídicos democráticos como o alemão e o brasileiro. Para tornar essa situação mais clara é interessante lançar mão de um exemplo hipotético: uma situação de bagatela ou de elevação mínima do risco permitido. Nesse caso, segundo Roxin, não deveria haver pena se um bem jurídico é infimamente violado ou se sua violação incrementa minimamente o risco permitido e por consequência uma pena traria transtornos de maior monta e, portanto, injustificáveis para os bens jurídicos do apenado. No primeiro caso, segundo este autor, não haveria materialmente risco ao bem jurídico (por exemplo, o furto de uma fósforo de uma fábrica de fósforos não fere consideravelmente a propriedade privada da empresa) e no segundo caso a culpabilidade limitaria a pretensão

[30] Uma introdução a alguns desses problemas foi feita na tese de conclusão de curso do autor da presente dissertação (cf. VEZZANI, 2016).

punitiva do direito em favor da política criminal democrática que deve maximizar a proteção de bens jurídicos essenciais (por exemplo, punir um furto de uma pequena quantia de dinheiro pode ferir em excessiva demasia os bens jurídicos do apenado em relação ao ferimento mínimo dos bens da vítima). Seguindo Jakobs, ambos os casos poderiam ter o mesmo tipo de solução, seja porque, embora tenha ocorrido em aparência uma violação à norma, essa violação não colocou, efetivamente, em cheque a configuração sócio-normativa; ou porque diante da discrepância entre bens – manutenção da configuração normativa contra liberdade –, resolveu-se naturalizar aquele comportamento em favor da liberdade de autoconfiguração.

Porém essas diferenças podem levar a resultados extremamente distintos em certas situações. Um exemplo comumente utilizado no cenário nacional para apontar certo absurdo do funcionalismo normativo é justamente o caso do garçom estudante de biologia: um garçom que possui conhecimentos especiais de biologia (por exemplo um estudante ou profissional da área) deve servir um ou mais clientes com um dado prato, ocorre que devido aos seus conhecimentos especiais, o referido garçom sabe que o mesmo é venenoso. À luz do funcionalismo racional teleológico, o garçom tem o conhecimento da situação e, portanto, deve ser apenado caso sirva o prato às possíveis vítimas. Há, nesse cenário, um incremento do risco ao bem jurídico vida e/ou saúde que é injustificado caso o mesmo tenha domínio sobre a situação, o que justificaria a aplicação de uma pena. Porém, segundo o funcionalismo normativo [31], não haveria reprovabilidade pois o garçom não estaria violando a configuração sócio-normativa; afinal, não se esperaria de um garçom um conhecimento específico e nem que ele devesse cuidar de servir pratos completamente seguros.

Geralmente, a exposição do exemplo se encerra em uma falsa versão de *reductio ad absurdum* que não é outra coisa senão a falácia de apelo ao povo, isto é: quando um argumento não é derrubado por violar o princípio da não contradição e sim por parecer violar o que cotidianamente se acredita. Pretende-se aqui não cometer essa falácia e sim mostrar porque ele é incompatível com o que se acredita ser a melhor argumentação jurídica. Todavia é conveniente aprofundar um pouco os exemplos hipotéticos. Segundo Jakobs, o referido garçom não responderia, pois se adequou ao seu papel em uma sociedade que permite contatos anônimos, porém se tivesse interesse em matar os clientes ou um cliente em específico sua situação seria outra; nesse caso ele passaria a violar a norma e seria merecedor da pena –

[31] Aqui é importante lembrar que tanto nesse exemplo quanto nos anteriores, Jakobs tem em mente o que acredita ser as condições sociais e jurídicas da Alemanha atual. Caso fosse outra a sociedade, o funcionalismo normativo poderia concluir que qualquer violação à norma deveria ser sancionada ou que fizesse parte da solidariedade social mínima ou do papel de garçom o dever de servir pratos completamente seguros.

merecedor em sentido semelhante a ideia hegeliana da pena como direito do apenado (JAKOBS, 2009, p. 712).

Do ponto de vista teórico tal continuidade é consequente, entretanto do ponto de vista prático leva a um problema significativo. Se o autor é tratado como pessoa tal agressão a norma – caso ele tenha intento em matar um ou mais clientes – deve gerar consequências; se foi visível seu comportamento assassino o problema se dissolve parcialmente, seja porque ele mudou a ordem de servir os pratos dando a refeição contaminada ou mais contaminada para as pessoas que quer matar ou porque ele privou as pessoas erradas do consumo do prato envenenado. Diz-se parcialmente, pois em uma situação como a elaborada, mesmo em eventos extremamente formais, onde garçons tem uma organização bem planejada, é perfeitamente normal que uma ou outra falha aconteça; nesse caso: que se erre a ordem de servir ou que não se escute um pedido de um cliente que quer se servir da comida envenenada. Mas como ficaria na prática o caso daquele que simplesmente aproveita a chance para matar a ou as vítimas? Um problema semelhante aquele do finalismo passa a aparecer nessa situação, basta para o garçom afirmar que não tinha a intenção para se livrar da pena. Pode-se alegar aqui para tentar dirimir os problemas oriundos dessa situação que seu ato encoberto pela mentira não foi entendido como violador da norma e que, portanto, não abalou a configuração sócio-normativa. Ocorre que diferentemente da sociedade da época de Hegel (JAKOBS, 2003d), a pessoa na sociedade atual é a garantia própria da autodeterminação e aí reside o problema: é direito da pessoa, enquanto pessoa, receber a sanção.

Após esse desenvolvimento e com as possibilidades por ele abertas, acredita-se que a sensação de absurdo do caso exemplo advém do fato de que o direito pátrio e seus aplicadores, estão mais acostumados a olhar o direito penal o relacionando aos bens jurídicos essenciais. Porém, a existência de um costume não justifica sua razoabilidade; o que o faz é o fato de que um sistema que só garante normas, não permite que se aponte responsáveis, bem como, só pode existir caso esteja ligado a um sistema que, conjuntamente, com normas se preocupe com sua validade o que por sua vez exige na mesma medida em que possibilita o apontamento de responsáveis (HABERMAS, 1997a, p. 139-147). Isso pode parecer complexo, mas se trata de um consenso linguístico mínimo, que todos aqueles que podem ser apontados como sujeitos em uma dada sociedade e em uma dada língua estão de acordo; isto é o consenso sobre as coisas[32] do mundo objetivo, intersubjetivo e subjetivo – ou seja o mundo da vida. Esse consenso mínimo não pode ser abandonado, mas sim, expandido e racionalmente aperfeiçoado na medida em que

[32] Coisas em sentido próximo ao wittgensteiniano (cf. WITTGENSTEIN, 2010).

cada uma dessas realidades ganha autonomia (tratamento normativo) ou diminuído e prejudicado na medida em que uma dessas realidades instrumentaliza outra, o que por consequência também a desfuncionaliza (HABERMAS, 2012b).

O sistema jurídico é aquele que historicamente exerce uma dupla função: estabelecer um ordenamento normativo previsível e, assim, possibilitar o avanço da autonomia de outros sistemas, principalmente os mais objetivos como o científico e o econômico; ao mesmo tempo que está exposto as necessidades de validade de seu mundo intersubjetivo, as quais permitem validar as normas e procedimentos próprios e indiretamente validar os demais sistemas autônomos. Essa validade não é outra coisa senão sua racionalidade ou caso se prefira seu caráter deontológico, o qual só pode ser obtido mediante o debate público, democrático e livre. Ele funciona bem na medida em que não se torna um óbice as necessidades materiais da sociedade e, igualmente, não interfira e não permita que se interfira no livre desenvolvimento de cada personalidade. Uma dentre as partes mais ligadas às suas necessidades intersubjetivas é historicamente o direito penal, que garante que as metarregras necessárias ao debate que valida o sistema jurídico sejam respeitadas na medida em que tutela bens jurídicos essenciais para o livre desenvolvimento de cada personalidade (ROXIN, 2009, p. 18-19).

É justamente o caráter deontológico do direito penal que justifica e ao mesmo tempo impõe que ao crime doloso seja reservada uma pena mais pesada que aquela reservada ao crime cometido de maneira não planificada, bem como, que a quantidade de crimes que podem ser cometidos de maneira culposa seja inferior a quantidade de crimes que podem ser cometidos de maneira dolosa. Isso porque aquele que conscientemente –planificadamente – incrementa um risco de maneira ilegal a um bem jurídico essencial, não disponível, ataca de maneira mais enfática por ser mais irracional os deveres éticos mínimos da vida em sociedade. Assim se justifica racionalmente a opção adotada pela maior parte do ordenamento penal nacional, bem como, o desconforto que os teóricos e aplicadores da lei tem diante de situações, que inadvertidamente expandem a modalidade culposa ou aproximam e, às vezes, invertem a penalidade dos crimes dolosos e culposos.

Aqui é possível apontar outra problemática em relação ao funcionalismo normativo: para Jakobs a gravidade da pena para o delito doloso não tem de ser necessariamente mais grave que a do delito culposo e a justificativa para o delito culposo ter em geral uma pena mais branda também não é a mesma (JAKOBS, 2009, p. 370-374). Para o mencionado autor, o delito culposo poderia ter uma reprovabilidade menor pois o agente delituoso teria violado a norma na mesma medida em que comunicou uma incompetência em se auto-organizar. Ao emitir ambas as comunicações, de falha em cumprir a norma e falha enquanto agente que se

autodetermina, sua violação – via de regra – não teria o mesmo caráter contestador da norma e, por conseguinte, sua reprovabilidade seria menor. Todavia, o motivo para a reprovabilidade menor desaparece na medida em que se saiba que o imputado cometeu o crime culposamente, sem dar mostras de tentar seguir as expectativas sócio-normativas. Se essa situação for a situação comum em que dado delito é cometido, a modalidade culposa poderia então ter uma pena próxima ou superior a modalidade dolosa. Caso essa não seja a situação típica de cometimento de uma dada violação, seria problemático dar uma pena menor a um indivíduo que age com descaso em relação às expectativas normativas, ainda que a modalidade do crime, segundo a lei e interpretação usual, seja culposa. Um exemplo dessa situação ocorreria quando uma pessoa viola uma norma culposamente (ou seja, de maneira imprudente, imperita ou negligente) por desconsiderar total ou parcialmente a vítima (JAKOBS, 2003d, p. 36-39).

Tal interpretação não deve prosperar caso seja levada em consideração a dupla função do sistema jurídico, por dois motivos: (a) como apontado, um direito penal orientado por bens jurídicos essenciais utiliza outra argumentação para justificar a menor gravidade dos delitos culposos; (b) as últimas consequências levantadas pelo funcionalismo normativo sobre o tema resultam em uma impossibilidade teórica. De outro modo, ao não aumentar planificadamente os riscos a um bem jurídico essencial e não disponível, o agente culposo não age de maneira tão irracional quanto o faz o agente doloso; isso faz com que caso ainda seja importante, para a proteção dos bens jurídicos uma pena, a mesma deva ser inferior a pena aplicada à modalidade dolosa. Essa gravidade menor da modalidade culposa é consequência de uma política criminal democrática, a qual por tornar razoáveis os riscos a bens jurídicos essenciais sem se valer do direito penal pode, como *ultima ratio*, se valer dele.

Já a ideia de que um crime culposo possa ser cometido por descredenciar a vítima, como se ela fosse um sujeito ou pessoa de menor importância é uma impossibilidade teórica, pois o sistema jurídico só pode gozar de validade, caso o desenvolvimento digno da personalidade seja razoavelmente garantido. Isso pode parecer, em um primeiro momento, ingênuo e até mesmo problemático com a realidade prática de um país, que como o Brasil, possui uma dívida histórica com negros e povos originais, de modo que pode parecer legítima a necessidade de se seguir uma consideração semelhante à qual o funcionalismo normativo sugere. A questão é que, em verdade, a ingenuidade é do próprio funcionalismo normativo que desvinculado da política criminal e, consequentemente, do conhecimento interdisciplinar que uma política criminal democrática impõe ignora as experiências históricas e concretas que se tem sobre uma situação em que um indivíduo toma o outro como inferior.

Se se pensa a pessoa como uma entidade que autorregula seu ódio, desprezo ou qualquer forma de preconceito pode parecer que o mesmo é uma predileção de sua vontade ou de seu caráter; todavia quando se pensa no sujeito historicamente construído fica evidente que processos como esses perpassam diversas instâncias culturais e materiais que impedem, ou ao menos, dificultam a existência de um sistema jurídico democrático (CAMARGO, 2002, p. 65). Nesse sentido, é uma impossibilidade teórica tal situação para o funcionalismo teleológico, pois um Estado que sustente direta ou indiretamente esses processos de ódio não é um Estado Democrático de Direito, e, consequentemente, nem estaria apto para utilizar o último recurso da política criminal que é o direito penal. O direito penal só tem legitimidade se derivado de uma política criminal democrática e essa por sua vez se legitima ao ser instrumento do Estado de Democrático de Direito; nesse sentido, se um Estado não pode garantir a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade de cada sujeito de direito, a ponto de processos de ódio existirem e levarem ao desrespeito de bens jurídico-penais essenciais, não há que se falar em Democracia. Um direito penal em uma tal sociedade é apenas um órgão de controle e violência; ou seja, o avesso do direito.

Convém fazer um breve apontamento dos tópicos em que o funcionalismo normativo se afasta da tradição legal do país: (a) a doutrina brasileira e a interpretação mais comumente encontrada dos textos legais, contrariando a teoria de Jakobs, relacionam o direito penal a tutela de bens jurídicos essenciais; (b) é igualmente presente no cenário pátrio o entendimento de que a gravidade da pena atribuída a um crime deva ser maior quando doloso e que a variedade culposa deva ser prescrita com reservas, contrariando novamente a teoria de Jakobs; (c) por fim, diferindo do funcionalismo normativo e com base no artigo 59 do CP, entende-se que o direito penal pátrio deve se relacionar com a política criminal, bem como, o aplicador da pena deve levar em linha de conta questões de política criminal na hora de a aplicar. Todos esses pontos que não encontram abrigo no funcionalismo normativo podem ser racionalmente justificados por meio do funcionalismo racional teleológico e da teoria do agir comunicativo, ainda que de maneira crítica em relação à tradição.

O último ponto a ser considerado é o apontamento de um paradoxo teórico que traz consequências graves para alguém que queira aplicar ou analisar o direito penal de seu país pela ótica do funcionalismo normativo. Esse apontamento é tanto mais problemático para o funcionalismo normativo, pois o mesmo, similarmente a proposta kelseniana, credita-se a ideia de certa completude de seu sistema em comparação com teorias que, como o funcionalismo

racional teleológico, seriam incompletas e impuras[33]. Vale ressaltar, que esse paradoxo não é uma novidade e foi notado pelos primeiros seguidores do funcionalismo normativo, que por diversos modos tentaram o solucionar (SAAD-DINIZ, 2012).

Como já visto, Jakobs de maneira similar a Kelsen, não quer estabelecer nenhum juízo de valor para o direito e também não quer atribuir deveres éticos para indivíduos que vivem sob a égide de um dado sistema jurídico; para ele assim como para o positivista essas descrições não caberiam à ciência do direito. Assim como Kelsen, Jakobs quer que sua ciência do direito proporcione ferramentas que permitam descrever como funciona um sistema jurídico já em funcionamento. Diferindo de Kelsen, no entanto, Jakobs aponta uma fórmula material para o direito penal atual, qual seja: em detrimento do espaço de liberdade que pessoas tem para se autodeterminarem são fixadas expectativas normativas que permitem contatos anônimos; essa fórmula limitaria materialmente as possibilidades de imputação ao apontar o porquê da confecção de normas penais. Novamente, diferindo de certo neokantismo de Kelsen (1943) Jakobs não busca em alguma faculdade humana a capacidade natural de entender as cadeias de imputabilidade; mas sim, aproximando-se de um conceito chave do romantismo alemão[34], o penalista define que é próprio do período atual a ideia de que pessoas são igualmente capazes de se autodeterminarem e de seguirem normas, bem como, são suas próprias garantidoras – diferindo, por exemplo, da época de Hegel onde a garantia era o Estado. Impende notar que essa fórmula material é bastante aberta; ou seja, o quanto cada sistema jurídico estaria disposto a subtrair da liberdade das pessoas se autodeterminarem para estabilizar a configuração de comportamentos é particular a cada sistema; não sendo científica, para este autor, a proposta de estabelecer limites para a normatização desta liberdade[35].

As cadeias de imputação habilitam as pessoas a agirem de maneira distinta ao modo que agem com processos causais. Assim, enquanto um evento naturalmente determinado possui uma cadeia causal indeterminável, diante da qual resta aos envolvidos apenas se conformar com os infortúnios; uma cadeia de imputação se encerra na pessoa que de maneira reprovável viola uma norma e, portanto, não é necessário alterar as expectativas estabelecidas, bastando apenas

---

[33] No sentido de pureza científica de Jakobs (cf. 2003d, p. 5-6), o qual, resumidamente, sustenta que todas as consequências de uma teoria científica devem ser retiradas da análise de alguns postulados (axiomas) básicos. Sobre o caráter ultrapassado dessa noção de ciência conferir nota 30.

[34] O conceito em questão é “Zeitgeist”, o qual pode ser traduzido vulgarmente por espírito do tempo. Ele é um conceito chave para entender o romantismo alemão, embora cada autor romântico o trate de forma peculiar. As prováveis interpretações mais impactantes deste conceito para o pensamento jurídico foram as de Hegel e Savigny.

[35] A bem da verdade, Jakobs, em raríssimas ocasiões, menciona, tendo em vista o sistema penal alemão, que alguns conteúdos não mereceriam ser normatizados. Bem como, ainda que sem dar muitas explicações, aponta situações limites, como por exemplo: como um sistema jurídico penal se estabeleceria se cada pessoa não tivesse os meios mínimos para na prática se autodeterminar.

reprovar por meio de uma pena o violador para comunicar a todas as pessoas que as expectativas normativas continuam estabelecidas. Conclui-se que apenas pessoas podem violar normas penais e, igualmente, apenas pessoas são merecedoras de pena, já que são garantidoras de sua auto-organização; por conseguinte, uma pena por definição não pode retirar do apenado seu caráter de pessoa.

Além de pessoas, de acordo com Jakobs, um sistema jurídico penal atual e estável teria como outro componente fundamental os inimigos. Estes últimos seriam aqueles que não dão mostras de se orientarem normativamente e que, portanto, não poderiam ser tratados como pessoas. As violações dos inimigos não ferem, portanto, uma norma em específico, mas sim a própria viabilidade de se manter estabelecida as expectativas sócio-normativas. Por não violarem apenas normas, o tratamento dos inimigos deve buscar a proteção daquilo que são os objetos das normas, ou seja, a proteção de bens jurídicos. Do mesmo modo, os inimigos não são merecedores de penas em resposta a suas violações, como as pessoas o são; mas sim de medidas de prevenção. Portanto, ao lado de um direito penal (da pessoa), Jakobs sugere que seja estabelecido um direito penal do inimigo, com garantias processuais menores e/ou mais maleáveis e sem ter como única finalidade a prevenção geral positiva. Impende reforçar que o não estabelecimento prático de um direito penal do inimigo, não faz com que essa categoria elementar da análise do funcionalismo normativo desapareça; pelo contrário, segundo Jakobs (2003d) a inadequada separação entre o direito penal e o direito penal do inimigo redunda em uma excessiva penalização das pessoas.

Quando se trata do conceito de direito penal do inimigo é lugar comum que se cometa a falácia de apelo ao povo para o tentar rejeitar. Não se pretende fazer isso no presente trabalho, pelo contrário, acredita-se ser fundamental o analisar com clareza, tanto porque Jakobs acredita que ele seja importante para a descrição de um sistema jurídico penal, quanto porque ele parece poder explicar uma tendência, que presente no mundo todo, é particularmente preocupante no Brasil; qual seja: o expansionismo penal e o expansionismo do sistema carcerário. Ocorre que, para além das críticas que se limitavam e ainda se limitam a repetição de bravatas morais, algumas críticas sérias, oriundas em sua grande maioria de seguidores de Jakobs, merecem ser analisadas. Em geral, as primeiras críticas apontavam um paradoxo no tão mal falado direito penal do inimigo e tentavam o solucionar (SAAD-DINIZ, 2012). Em linhas gerais o referido paradoxo é o seguinte: se o tratamento para com aqueles que Jakobs chama de inimigo firma um conjunto de expectativas sócio-normativas que atribuem uma pena ao violador quando uma norma é violada; o direito penal do inimigo e o próprio inimigo não seriam distintos do direito penal e da pessoa. Uma outra forma de apresentar o mesmo paradoxo tem origem em uma

reflexão inspirada nas ideias kantianas, segundo ela, apenas aquele que é considerado como capaz de seguir normas pode as violar; daí que, ao atribuir uma sanção, está-se reconhecendo esta capacidade no apenado.

Após encontrar o paradoxo, autores influenciados por Jakobs passaram a elaborar soluções para ele. Vale destacar que a época em que esse debate teórico ocorreu é a mesma época em que questões como a "guerra às drogas" estão aparecendo no cenário internacional (BURGIERMAN, 2011). Mencionado o período histórico, a solução dada foi desconsiderar o direito penal do inimigo como um direito penal diferente, bem como, desconsiderar a ideia de inimigo. Esse tipo de solução equivaleu a figura do inimigo a das grandes organizações criminosas, especialmente aquelas relacionadas ao tráfico internacional de drogas e às ações terroristas, e defendeu que o direito penal do inimigo era em verdade um direito penal mais célere (daí a ideia de velocidades no direito penal) necessário para responder com rigor níveis nunca vistos de criminalidade.

O paradoxo de fato está presente no funcionalismo normativo como teorizado por Jakobs, principalmente porque o autor se refere a um direito penal do inimigo ao lado do direito penal, ou seja, o estabelecimento de expectativas normativas em detrimento da liberdade de se autodeterminar. Todavia, discorda-se quanto a solução acima mencionada; já que ela parece não combinar com o sistema teórico desenvolvido por Jakobs. Pois, utilizar Jakobs mudando o sentido de um de seus axiomas centrais para seu oposto – isto é, equivalendo direito penal e direito penal do inimigo – não parece ser compatível com a visão de ciência do direito que Jakobs sustenta[36]. Para tentar mostrar a incoerência desse tipo de solução, convém começar apontando um tipo de argumento que seria favorável a ela: Jakobs, algumas vezes, dá a entender que o inimigo poderia ser um terrorista ou alguém pertencente a uma organização criminosa ou a própria organização criminosa. Porém, é de se notar que o mesmo nunca equivaleu a figura do inimigo com essas possibilidades; pelo contrário, essas figuras sempre pareceram ser exemplos entre os muitos exemplos que Jakobs cita e usa em suas obras. Contra essa interpretação existem vários argumentos.

[36] Nesse sentido: "Por ciência entendo o conjunto dos conhecimentos ordenados em função de princípios; para tanto, o princípio ordenador não deve ser entendido como aditamento externo do conhecimento, mas como esquema de interpretação dentro do qual os dados – que de outro modo estariam isolados – ordenam-se reciprocamente, adquirindo somente nesse momento o caráter de conhecimento. Desse modo, exemplificativamente, que a distância mais curta entre dois pontos seja uma linha reta ou que a soma dos ângulos de um triângulo seja de 180º não são conhecimentos *per se*, uma vez que somente podem sê-lo no contexto e no âmbito da geometria euclidiana e convertem-se em conhecimento parcial quando esse esquema de interpretação deixa de ser um esquema universal e passa a ser tão-somente parcial. Todo conhecimento depende do contexto (JAKOBS, 2003d, p.5)".

O primeiro é que a fórmula material que limita a elaboração normativa não impede que uma sociedade amplie extremamente o quadro de expectativas normativas em detrimento da liberdade de auto-organização. Assim, não seria necessário insistir em um outro direito penal para limitar o que pode ser administrado no direito penal do cidadão. O segundo é que se Jakobs acaba caindo em um paradoxo, ao por vezes falar em um direito penal do inimigo; em outros momentos de sua obra ele insiste em ideias que dificultam uma simples junção dos direitos. Nesse sentido, pode-se citar sua insistência na diferença de funções da pena entre esses dois direitos e, também, na ideia de que a pessoa seria merecedora de pena enquanto o inimigo não. O terceiro é que como apontado, o paradoxo deriva de uma reflexão kantiana que por vezes aparece na obra de Jakobs quando ele trata do direito penal do cidadão (2003h): seja quando aponta a argumentação kantiana sobre a mulher reconhecida como sujeito de direito por ser alvo de uma sanção ou quando comenta acerca das dificuldades de se pensar um sistema normativo que permita à pessoa a condição de escravo. Talvez, portanto, seria o caso de o referido paradoxo não ser um erro de atenção ou de julgamento.

Partindo dessa hipótese o que poderia estar por trás desse paradoxo? Já que sua identificação provém de um reflexão acerca da doutrina jurídica de Kant, torna-se conveniente analisá-la, ainda que brevemente, para buscar alguma resposta. Ao realizar esse esforço analítico, chega-se a uma obra que não só é cara para todo o idealismo alemão, mas também, trata de assuntos que são importantíssimos para o funcionalismo normativo; quais sejam: (a) estabilidade do sistema de direito; (b) códigos legais que misturam dois tipos de tratamento radicalmente opostos; (c) questões que gerariam riscos ao sistema jurídico como um todo; (d) a necessidade de separar os referidos tratamentos diferentes. Em “Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita”, Kant (2004,p. 1-22) aponta o papel que a natureza e, especialmente, a natureza humana teve para a formação e o estabelecimento de Estados de Direito. Resumidamente, segundo o filósofo, de maneira similar à origem do estado hobbesiano, a guerra de todos contra todos levaria a concentração de poderes nas mãos de poucos; por sua vez, após o surgimento dessas unidades de poder, o confronto entre elas levaria ao estabelecimento de tratados de paz por parte de forças semelhantes que teriam receio de saírem derrotadas tanto externamente (seja pelo inimigo que se enfrenta ou por outros) quanto internamente (pelo retorno da guerra civil); por fim, após a formação de tratados e a estabilização dessas unidades de poder, há um processo natural de desmilitarização que levaria o soberano a diminuir as imposições sobre os súditos, principalmente, aquelas que não podem ser justificadas e, consequentemente, sem imposições não justificadas e temendo o passado

caótico, os súditos se acomodariam à paz com o soberano. Esse processo histórico seria o "empurrão" dado pela própria natureza para que as sociedades alcançassem o Estado de Direito.

Em outra obra, "À Paz Perpétua", Kant (2008) deixa claro que essa história natural ainda estava presente nos Estados de Direito; seja pelo fato das ordens feitas durante o período anterior ao Estado de Direito, ainda estarem presentes nos costumes e nas leis escritas, junto as leis racionalmente justificadas; seja porque a paz perpétua é uma promessa do futuro da humanidade, e durante esse processo progressivo podem ocorrer períodos de grande estagnação, onde preocupações naturais acabam se impondo. Nesse sentido, o progresso da razão levaria à contínua eliminação dos dispositivos que, embora estejam na forma de lei, não são racionalmente justificáveis, bem como, a formulação de leis e tratados que coloquem limites para a guerra – esses últimos não são racionais por permitirem a guerra entre Estados, mas são progressos da razão por limitarem ela. O direito penal do inimigo de Jakobs, analisado sob a ótica dessas leituras kantianas, mostra-se muito mais profícuo que a solução de o transformar num suposto direito penal de "n" velocidades.

Assim, por exemplo, o inimigo na figura do terrorista ou da organização criminosa, não são conceitualmente distintos das preocupações naturais apontadas por Kant, como grupos de mercenários ou até mesmo os agrupamentos sem monopólio da violência estabilizado [37]. Segundo Kant, o trato dispensado a esses grupos que ameaçam o Estado de Direito de forma completamente distinta da pessoa de direito – o ameaçando naturalmente –, são completamente distintos daquele que é feito com aqueles que sob o julgo do direito – como pessoas – violam uma norma; o que, novamente, acomoda-se bem a concepção de Jakobs sobre a diferença das penas. O caminho que levará a paz perpétua e mais prontamente a estabilização do direito, de acordo com Kant, é aquele que separa os tratamentos e protege às pessoas de outro tratamento que não o direito; isto é similar a preocupação de Jakobs em separar radicalmente – em dois direitos distintos – o trato das pessoas do trato dos inimigos. Kant entende que a confecção de códigos e acordos que regularizem o tratamento dispensado aos inimigos são caminhos naturais para o direito e nesse sentido são teleologicamente racionais, de modo que, até que se chegue à paz perpétua, eles são preocupações com as quais o soberano deve se ocupar assim como a aplicação do direito; de maneira próxima, Jakobs acredita ser igualmente importante o trato do direito penal e o trato do direito penal do inimigo. Por fim, em Kant o humanismo cosmopolita – o reconhecimento do valor intrínseco a vida humana – é um princípio que também deve dirigir

[37] Como Kant e seus conterrâneos europeus viam as populações originais africanas e americanas, em geral.

o trato com os inimigos; o que, novamente, é mencionado a exaustão por Jakobs, quando ele sustenta que a dignidade da pessoa humana norteia também o trato do inimigo.

Ocorre que Kant de maneira muito mais consequente que Jakobs – ao menos neste ponto –, não comete o erro de chamar esse trato com os inimigos de Direito e nem em colocá-los sob as garantias do processo legal. Como já visto, Kant tem uma definição material de justiça que se assenta sob as bases do imperativo categórico. É, também, advinda dele a necessidade de se tratar os inimigos de acordo com considerações humanistas. Acredita-se, portanto, que o que pode explicar a origem do paradoxo é justamente a ausência de uma definição material de justiça; ausência esta que Jakobs considera um mérito de sua ciência do direito penal. De maneira mais direta, apontar o trato com o inimigo como um não-direito, acarretaria em fornecer uma definição material de direito, ainda que essa definição se limitasse simplesmente a dizer o que não é direito. Além disso, o imperativo categórico dá para a doutrina kantiana uma direção para o desenvolvimento do direito e da humanidade; sob essa direção é que Kant justifica a valorização da vida humana, mesmo do inimigo e dos mais débeis; agora em Jakobs, não há uma explicação do porquê a dignidade da pessoa humana deva ser uma diretriz de aplicação do seu direito penal do inimigo.

Em síntese, o paradoxo que se aponta aqui é o seguinte: caso Jakobs dê uma definição material de justiça para distinguir o direito penal do direito penal do inimigo – ainda que essa definição seja puramente negativa – ele entra em desacordo com a sua visão de ciência jurídica[38]. Se ele não oferta essa definição o direito penal do inimigo, não é outra coisa, que não o próprio direito penal e um de seus conceitos analíticos elementares não tem função nenhuma no funcionalismo normativo; o que novamente é problemático se se defende que uma teoria científica é elaborada exclusivamente por meio do uso de seus axiomas irredutíveis e evidentes como ele mesmo o faz. Isso não significa que não seja possível usar parte do arcabouço teórico desenvolvido por Jakobs o complementando com outro aporte teórico para corrigir esse problema; porém, quem o fizer o faz em contradição com os ideiais de pureza científica propagados pelo autor.

Após todos esses apontamentos, está justificado o porquê do funcionalismo racional teleológico complementado com a teoria do agir comunicativo ter sido o escolhido para analisar e avaliar a função da pena em detrimento do funcionalismo normativo.

---

[38] Além de que, certamente, essa definição traria consequências para todo seu arcabouço teórico.

2 EXPOSIÇÃO DE UMA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL E LEGAL ACERCA DO CUMPRIMENTO DA PENA

Após a exposição da argumentação que serviu para justificar a função do direito penal em um Estado Democrático de Direito, resta tratar da execução da pena; isto é, expor a linha argumentativa que justifica o cumprimento da pena e que também foi usada como critério de avaliação no próximo capítulo. Em prosseguimento ao primeiro capítulo, inicia-se expondo as conclusões: (A) cumprimento de pena é um assunto de política criminal e deve ser elaborado com auxílio de conhecimentos científicos interdisciplinares; (B) o cumprimento da pena deve ser seguido pelas medidas que consensualmente permitam ao apenado se livrar ou se recuperar da dessocialização que toda pena acarreta ou pode acarretar; (C) quanto maior for a severidade da pena maiores devem ser as ações positivas do Estado para que ao seu término o apenado possa participar melhor do próprio processo democrático que cria e legitima o direito. Essas seriam as necessidades diretas da execução penal, sem as seguir há o risco de que ela deixe de ser um instituto de direito e se converta num instrumento de violência. Contudo, existem ainda necessidades indiretas, quais sejam: (A1) políticas criminais legítimas e exteriores ao âmbito penal; (B1) uso adequado do direito penal; (C1) incentivo e acesso à produção de conhecimentos autônomos.

Distintamente do primeiro capítulo, no entanto, buscou-se alcançar essas conclusões em apenas duas etapas: 1ª) analisar algumas questões chaves da história da execução penal com o intuito de trazer a lume algumas problemáticas da interpretação usual (dogmática); 2ª) por meio dessas, com base no funcionalismo racional teleológico e na teoria do agir comunicativo, bem como, em acordo com o arcabouço normativo; chegar às referidas conclusões. Tal escolha, justifica-se por três principais motivos: (a) como trabalhado, no funcionalismo racional teleológico a política criminal é organicamente construída com o direito penal e da base para ele, logo seria irrazoável estar de acordo com as consequências e em desacordo com as premissas; (b) diferindo da função da pena, é possível apontar uma linha progressiva[39] de conteúdos necessários à execução penal desde as teorias mais clássicas até as teorias que dominam o debate atual; (c) em razão desse acordo majoritário sobre as justificativas, as questões mais problemáticas sobre o cumprimento da pena não estão nos argumentos usados para o legitimar.

---

[39] Progresso aqui no sentido de aumento de conteúdos e não de aperfeiçoamento ou qualquer ideia correlata à qualidade.

Convém, no entanto, discorrer um pouco acerca dos motivos (b) e (c). Caso se retorne a Kant (2013), devido ao modo que o filósofo enxerga a pena, poucas são as exigências da execução penal. Nesse sentido, caso a pena fosse estabelecida da maneira racional ela seria a causação no apenado do mesmo mal que ele causou; caso ela fosse estabelecida de maneira mais imperfeita seria necessário que o aplicador da lei e o Estado em última instância se resguardasse para não instrumentalizar o apenado. De toda a forma, está claro que a exigência necessária a tornar legítima a execução penal em Kant é a legalidade. Quem aplica a pena deve ser alguém autorizado pelo ordenamento jurídico e o deve fazer respeitando todas as virtudes da razão dentre elas, e principalmente, a imparcialidade. Inclusive, devido ao duplo grau da legitimidade do direito [40]; é, via de regra, mais fundamental – tanto juridicamente quanto moralmente – o respeito à estrita legalidade que deriva do poder supremo do ordenamento dirigido pelo soberano do que a perfeita moralidade da pena. Nesse sentido, Kant é um defensor da codificação, da estabilidade e da previsibilidade do ordenamento jurídico em detrimento de penas desmedidas, excessivas e, por conseguinte, cruéis que aponta existirem no passado europeu, no período do terror e em povos não europeus.

Mesmo que Hegel (1997) tenha uma outra fundamentação para justificar a função da pena, essa exigência para o cumprimento da pena não desaparece; pois, ainda que haja no pensamento hegeliano um entendimento próprio sobre legalidade, em linhas gerais, ele não é distinto do de Kant quando relacionado à execução penal. Ou seja, também para Hegel, a pena deve ser executada por meio da autoridade legal, nos limites delimitados pela lei e de acordo com princípios tais como a imparcialidade e a probidade. A mesma situação acontece com todos os autores abordados no primeiro capítulo, mantendo-se a exigência de legalidade do cumprimento da sentença. Ocorre, que alguns desses autores fazem exigências maiores para legitimar o referido cumprimento. Nesse sentido, aqueles que, como Liszt, fazem considerações preventivo-especiais para a função da pena, exigem também para a execução, um grupo de profissionais que possa acompanhar e avaliar o executado. Em síntese, é possível estabelecer uma linha progressiva de conteúdos necessários à legítima execução penal, a qual se inicia com os que se satisfazem com a legalidade. Dos autores tratados, Roxin é o que impõe mais exigências ao cumprimento da sentença para que não se fira além do permitido os bens jurídicos do apenado.

---

[40] O que se chama de dupla legitimidade é justamente essa relação entre um direito moralmente construído e um direito naturalmente estabelecido; um advindo do uso da razão e o outro teleologicamente razoável. Amplo é o debate sobre em que momento esse duplo grau de legitimidade entra em conflito e quando diante de um conflito qual das legitimidades deve ceder. Porém, para as necessidades desse trabalho, basta apontar que segundo o filósofo a legalidade do sistema jurídico se sobrepõe, na maioria dos casos, à sua moralidade.

Por fim, há certo consenso sobre os conteúdos necessários à legítima execução penal por parte das teorias que dominam o debate na atualidade. Nesse sentido, ainda que Welzel faça considerações preventivo-especiais para a função da pena apenas a uma parcela dos apenados e Jakobs desvincule o direito penal e a política criminal; resta claro que a influência da axiologia no finalismo leve Welzel a valorizar ou ao menos permitir mais conteúdos para o cumprimento da pena e que Jakobs valorize as democracias que, como a alemã, realiza o cumprimento da sentença penal de acordo com uma política criminal racional (CAMARGO, 2002, p. 64).

2.1 Duas compreensões problemáticas acerca da história da execução penal

Mesmo em uma ciência tão aberta como o direito (RODRIGUEZ, 2013), onde vários tipos de argumentação convivem, é possível estabelecer algum grau de controle geral da racionalidade da argumentação, ainda que mínimo. Para essa finalidade, é interessante definir ao menos dois tipos de problemas que podem acontecer quando se faz uso de análises históricas em pesquisas jurídicas: (a) alguns de ordem mais técnica; (b) alguns quanto ao conteúdo das análises. Os primeiros estão relacionados à validade das fontes, ao recorte utilizado, à possibilidade teórica do uso e, para encerrar os exemplos, à reconstrução dos eventos. Os segundos são juízos sobre a falta de qualidade das análises, quem os faz possui algum tipo de contra-argumento para criticar em partes ou no todo uma dada análise. Essa divisão não é perfeita, já que é possível que um dado embasamento teórico despreze ou exija mais conteúdos técnicos que a maioria dos outros aportes teóricos com os quais convive no debate acadêmico.

Não obstante, ela se justifica por haver consensos argumentativos dispares em relação a cada um dos tipos de problemas; nesse sentido os consensos são maiores em relação ao que é inadmissível em (a) do que o que é inadmissível em (b). Porém, mesmo em relação à (b), conforme os efeitos da virada linguística se espalham pela ciência do direito, cada vez mais, aumenta-se o ônus argumentativo daquele que queira trazer ao debate acadêmico uma teoria que ignore o direito enquanto fenômeno linguístico, por exemplo. Outro motivo para fazer uso dessa divisão é que um trabalho ou argumento que apresente problemas do tipo (a), certamente, terá problemas do tipo (b); pois mesmo que suas interpretações, por acaso, viessem a proceder, devido à falta de bases, elas não passariam de hipóteses ainda carentes de confirmação.

Nesse diapasão, Carvalho (2013) mostra que o uso da análise histórica pela produção dogmática usual está repleto de erros de ordem técnica, que analisam a origem histórica de um dado instituto, sem apontar fontes, sem qualquer justificativa do recorte feito e muitas vezes de maneira desconexa com o todo da obra. Essa situação, que especialmente pode ser vista quando

o tema é cumprimento de pena, levou Oliveira (2004) a produzir seu artigo “Não fale do Código de Hamurabi”; nele o autor aponta como a produção dogmática usual, não só compara coisas completamente impróprias (códigos atuais com achados arqueológicos) como também estabelece indevidamente entre elas um sentido progressivo. Ambos os autores elaboram alguns argumentos para tentar explicar o porquê desses erros graves de ordem técnica permanecerem presentes e por vezes inquestionados mesmo nas instituições acadêmicas mais celebradas. Dentre eles, para destacar alguns, estão: (1) a falta de preparo para a pesquisa jurídica; (2) a tentativa de validação do trabalho por meio de falácias *ad populum* e *ad verecudiam*; (3) os benefícios da padronização de modelos, isto é dar para o trabalho a aparência de seriedade e profundidade.

A origem dos problemas do tipo (a), bem como, suas consequências negativas para a ciência jurídica encontram tratamento suficiente nas obras desses autores e também nas obras do supramencionado José Rodrigo Rodriguez; pois, ainda que elas não estejam exclusivamente voltadas à temática da execução penal, esse tipo de uso incorreto da análise histórica parece ser comum à grande parte da produção jurídico-acadêmica. O objetivo, portanto, dessa seção é ofertar um tratamento para os problemas do tipo (b) provenientes da análise histórica da execução penal que sofre dos apontados problemas do tipo (a). De maneira mais simples: critica-se a análise histórica da execução penal feita pela dogmática usual, bem como, mostra-se como essa interpretação distorcida pode trazer impactos práticos. Essa crítica, divide-se em dois momentos que analisam as duas maiores problemáticas advindas da interpretação dogmática; quais sejam: 1º) o sentido de progresso moral das penas; 2º) a colaboração de conhecimentos científicos para a racionalização da pena.

Primeiramente, para evitar mal entendidos convém precisar resumidamente o que se está chamando de análise histórica dogmática usual: a ideia de que as penas nas primeiras sociedades humanas seriam irracionais e extremamente violentas, bem como, aplicadas de maneira privada por meio da vingança; e que conforme o Estado foi acumulando o monopólio da violência elas passaram a ser públicas, cada vez mais racionais e menos violentas. Essa versão resumida pode, também, ser encontrada com alguns desenvolvimentos: como relacionar essa violência primitiva com ideias manualescas de Hobbes; e/ou apontar alguns supostos marcos históricos como o “Código de Hamurabi” e a “Lei de Talião”; e/ou relacionar a progressão moral da pena com a história manualesca dos direitos humanos e suas sucessivas gerações; e/ou restringir esse progresso jurídico e moral para o ocidente etc. Vale ressaltar que se optou por não citar um trecho ou um autor específico que divulgue alguma versão dessa

análise porque ela é – por assim dizer – um patrimônio comum da dogmática, usado por vezes sem fontes rigorosas e inclusive às vezes sem fontes.

Em segundo lugar, para mostrar a pertinência dessa reflexão crítica, convém expor algumas das consequências práticas advindas das duas problemáticas mencionadas. A ideologia de progresso moral, histórico e natural, de um passado de menor moralidade para um futuro de grande moralidade, casa-se com visões conservadoras do direito como aquelas mencionadas na primeira seção do primeiro capítulo. Isto é, para quem advoga um papel extremamente passivo para a justiça, apegado e limitado à repetição da "letra da lei"[41], bem como, defende uma formação tecnicista e manualesca para os juristas; é conveniente uma visão histórica que aprova o presente em detrimento do passado, como também, torna certo um futuro melhor.

Passando ao apontamento parcial das consequências da segunda problemática, essa visão ideológica do processo histórico muito alinhada com esse tipo de produção dogmática que se convencionou – erroneamente – a chamar de “positivista” além de ser carente de rigor teórico é mais um suporte à visão hermética da dogmática. Isto é, seu caráter totalizador é mais um óbice a participação efetiva de outras ciências sociais na análise do direito. Um dos resultados desse tipo de produção é que os profissionais do direito que seguem esse tipo de visão “positivista” não conseguem, por vezes, entender a necessidade dos demais saberes para a aplicação do direito e as vezes, mesmo tendo uma intuição dessa necessidade, acabam não tendo bases para usar ou analisar outros saberes. Não há exemplo mais preocupante para evidenciar os problemas que a falta de outras ciências para a análise, produção e aplicação do direito pode acarretar que a “guerra às drogas” e como ela tem sido “combatida”. Nessa “guerra” é possível apontar vários tipos de erros oriundos dessa problemática: (a) legislação penal importada de maneira irrefletida; (b) legislação estabelecida em razão de pressão midiática e popular irrefletida; (c) aplicação cega das penas independentemente do caso e do indivíduo; (d) uso de moralismos privados e pseudociência para justificar a “guerra” e seus gastos; (e) negacionismo diante dos resultados opostos aos esperados e insistência irrefletida na manutenção da “guerra” (BURGIERMAN, 2011).

A partir dessas explanações parciais acerca de consequências práticas dessa análise histórica problemática, acredita-se justificada a necessidade de, ao elaborar uma exposição argumentativa para fazer um juízo crítico sobre a realidade do sistema penal, dedicar-se à

---

[41] Impende notar que a expressão entre aspas serve para explicitar uma ideologia. Nesse sentido, acredita-se que o primeiro capítulo tenha deixado claro que tal ideologia é impossível já que toda aplicação de uma norma envolve ao menos uma interpretação da mesma. Quem omite essa interpretação e não desenvolve uma argumentação para a aplicação de um dado dispositivo, em verdade, age de maneira problemática diante de um direito democrático e racional.

desconstrução de uma visão ideológica profundamente enraizada, que dificulta uma análise razoável desse sistema. Tal dedicação encontra resguardo teórico em ambas as fontes teóricas que sustentam a presente dissertação, quais sejam o funcionalismo racional teleológico e a teoria do agir comunicativo. Quanto ao primeiro a política criminal engloba e supera o direito penal, de modo que aquele que se dedica ao direito penal deve se dedicar com ainda mais atenção à política criminal. Segundo Roxin (2006), apenas a impossibilidade de resguardar bens jurídicos essenciais de maneira não penal faculta o uso legítimo do direito penal. Essa impossibilidade não advém da mera opinião de quem legisla ou julga, mas deve proceder de uma análise científica e argumentativa.

Assim ao legislador democrático e razoável não é uma opção elaborar leis penais sem estudos e discussões profundas sobre a temática; bem como, a manutenção de uma lei penal obriga o legislador a buscar meios outros para a proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal. Isso não é uma sentença de morte para o direito penal, mas, pelo contrário, é um meio de conciliá-lo com uma sociedade democrática pois torna sua manutenção legitima. De maneira semelhante, o aplicador do direito deve fazer uma profunda reflexão sobre a legitimidade da tutela penal antes de dispor dela. Dessa forma, faz-se necessário que o mesmo tenha conhecimento atual dos saberes que compõem a política criminal para bem embasar sua aplicação. Ou seja, é necessário que tenha instrução suficiente para bem fundamentar dada aplicação ou quando isso não for possível saber por onde se orientar. Justamente por ferir esse mínimo necessário de conhecimento, impende-se criticar a referida análise ideológica da história da execução penal.

Quanto a teoria do agir comunicativo é cediço que a mesma é uma vertente da Teoria Crítica guardando com outras vertentes, como a de Adorno e Horkheimer (1985), o semelhante interesse em criticar as ideologias propagadas pelo sistema capitalista, notoriamente, dentre elas, a do progresso. Esse projeto da Teoria Crítica advém das bases marxianas da mesma; nessa linha, obras como a “Ideologia Alemã” (2016) e “A Origem da Família, do Estado e da Propriedade Privada” (2012) são modelos de análise crítica que influenciaram diretamente todas as vertentes da Teoria Crítica. Mostra-se interessante pontuar que esta última inclusive – a obra de Engels – dedica-se a atacar a ideologia capitalista e jurídica que também por meio de uma análise histórica de péssima qualidade apontava a família burguesa como o modelo de família mais avançado do ponto de vista histórico e moral (2012, p. 15-25). Outra obra oriunda da Teoria Crítica que vale pontuar é o clássico da criminologia “Pena e Estrutura Social” (KIRCHHEIMER, RUSCHE; 2004) que, ainda bastante apegado às influências de Marx e

Engels, evidenciara os elos socioeconômicos do punir em detrimento da ideologia burguesa e jurídica do progresso da razão e da moral nas formas de punir.

Por todo exposto já seria legítimo utilizar o instrumental teórico da teoria do agir comunicativo para analisar criticamente as problemáticas mencionadas. Porém, a crítica às ideologias de progresso social não é uma imposição externa a teoria do agir comunicativo, mas sim é organicamente formulada pela mesma. Isto é, antes da obra de Habermas poder ser usada como uma teoria social ela é uma teoria sobre a própria racionalidade (1997a). Assim faz parte do projeto habermasiano investigar e criticar os progressos ou retrocessos da Razão. Esse projeto e suas conclusões são o que inclusive aproxima o autor de Kant e o distingue dos seus predecessores da Teoria Crítica. Nele, o sistema jurídico assume uma importância ímpar já que é justamente o bom funcionamento do sistema jurídico que permite dar um sentido progressivo geral para a Razão. De maneira semelhante, o mau funcionamento desse sistema, o qual só pode ocorrer na medida em que ele seja tomado por uma ideologia que o separe do mundo da vida, precisa ser duramente criticado.

2.1.1 O sentido de progresso moral das penas

A presente subseção se divide em dois momentos de análise crítica da ideologia histórica da dogmática acerca da execução das penas: (a) quanto ao passado prévio à origem do Estado; (b) quanto às possibilidades de progresso moral. Ambas as análises são feitas nos marcos da teoria do agir comunicativo; em parte fazendo explanações das ideias habermasianas em parte fazendo inferências a partir das mesmas. Vale pontuar que essas análises não possuíram a pretensão de esgotar a temática; buscaram apenas fornecer um mínimo necessário de conhecimentos sobre as ciências e filosofias que podem compor as bases de uma política criminal democrática.

Em um debate crítico não é apenas conveniente, mas necessário considerar a opinião que se objeta por mais precária que seja. Nesse sentido, é possível sustentar que as chamadas “sociedades primitivas” executavam as penas de maneira privada caso isso se limite a enunciar que as penas eram aplicadas na ausência de um Estado e de um sistema jurídico autônomo. Contudo, outras interpretações de privado e a própria ideia de vingança devem ser rejeitadas. De outra forma, não é possível utilizar qualquer noção de privado que seja oposta à noção de público; sendo lícito, porém não prudente, utilizá-la para demarcar que penas já eram executadas anteriormente à divisão da esfera pública e da esfera privada – divisão que só

ocorreu com o surgimento do Estado Moderno[42]. A execução de uma pena em razão de um interdito violado, em todos os exemplos de "sociedades primitivas" que se teve acesso direto e/ou indireto, era um assunto que envolvia toda a sociedade; constituindo-se aquilo que Mauss e Hubert[43] (2005) denominaram de "fato social total" (MAUSS, 2013, p. 9-17).

Um "fato social total" é um conceito, em parte tomado e em parte influenciado pela sociologia madura de Durkheim[44], que os referidos antropólogos utilizam em seu ensaio "Sobre o Sacrifício" e que Mauss usa em seu "Ensaio Sobre a Dádiva" (2013). A seu modo é uma crítica ao funcionalismo que se desenvolvia na Inglaterra com autores como Radcliffe-Brown; a ideia por trás de seu uso era apontar uma situação que seria particular as intituladas "sociedades primitivas": o caráter não particularizado de seus ritos, instituições e crenças. De outro modo, a execução de uma pena não era nesse tipo de sociedade uma questão puramente jurídica, ou religiosa, ou econômica etc.; mas envolvia uma mescla de ideias jurídicas, religiosas, econômicas, estéticas etc. que ainda não estariam dissociadas pelos atores desses grupos e que, portanto, não seria lícito dissociá-las para seu correto entendimento. Ademais, como a história própria de cada sociedade poderia particularizar os "fatos sociais totais" era algo que não poderia se prever tomando por base comparações com outras sociedades como fazia o funcionalismo inglês. O desenvolvimento e radicalização dessa crítica levou ao surgimento do estruturalismo de Lévi-Strauss (2003); corrente que sustenta a necessidade de buscar as correlações profundas das estruturas sociais – a estrutura do pensamento dos agentes – em detrimento das correlações externas – a estrutura das instituições.

---

[42] O auge do Império Romano pode ser apontado como um marco da experimentação dessa divisão, ainda que imperfeita.

[43] Como já mencionado, o primeiro objetivo de Habermas com a "Teoria do Agir Comunicativo" é fornecer uma teoria da Razão ou mais precisamente da racionalidade posta em prática (como linguagem). Para conseguir concluir esse objetivo ele deve dar conta, partindo de ideias semelhantes a de Popper (cf. 1975) acerca da tríade ontológica, da Razão enquanto subjetiva, intersubjetiva e objetiva. O melhor caminho para isso, segundo o autor, é analisar as ciências que se esforçaram e que se esforçam por um entendimento total devido à natureza do objeto que investigam. Essas ciências são justamente as ciências sociais; já que – de uma maneira ou de outra – elas se deparam com todos esses tipos de questões para entender a sociedade: (a) as relações objetivas necessárias à existência material de determinado grupo; (b) como esse grupo concilia e orienta essas necessidades materiais com seus valores e normas compartilhados entre os sujeitos pertencentes a ele; (c) como e em que medida os sujeitos são reconhecidos e se reconhecem como tais dentro desse grupo. A partir daí Habermas passa a uma reflexão metodológica que percorre as grandes correntes das ciências sociais; essa análise é crítica na medida que o autor muitas vezes encontra problemas e inclusive impasses teóricos que muitos dos cientistas sociais tiveram por justamente não considerar dado aspecto do "mundo" ou por considera-lo inferior a um outro tomado erroneamente como mais importante. Ao cabo a Teoria do Agir Comunicativo também pode ser vista como uma tentativa de unificação das correntes analisadas por Habermas. Nesse sentido, acredita-se lícito e inclusive mais rigoroso, citar diretamente autores usados na construção da Teoria do Agir Comunicativo, na medida em que seu uso esteja de acordo com as ideias habermasianas.

[44] Cujo marco é sua obra: "As Formas Elementares de Vida Religiosa" (cf. DURKHEIM, 2018).

São essas estruturas profundas que coordenam os agentes de um determinado grupo fundando o "mundo da vida", ou seja, um acordo linguístico – nos limites da própria linguagem – que possibilita a Razão[45]. Assim, torna-se perceptível dois erros comumente repetidos: o primeiro relativo à irracionalidade das penas nas "sociedades primitivas"; o segundo relativo à ideia da vingança privada como primeiro tipo de pena. Isso pois, a delimitação de interditos e a execução de penas está atrelada a um conjunto profundo de ideias que advindos dos costumes são impostos aos indivíduos de modo que, como todos os "fatos sociais totais", todo o grupo exerce um controle, predominantemente, inconsciente que impede a imposição de penas de maneira caótica e/ou desmedida. Esse controle exercido de modo difuso e irrefletido (não questionado) estava presente mesmo nos grupos que em aparência exerciam as penas de maneira privada e arbitrária – nesse sentido, é um erro atribuir às tribos germânicas o exercício da pena por meio da vingança privada[46]. Essa visão distorcida da pena nesses últimos grupos se deve a uma série de fatores e seria indevido tratar de maneira exaustiva deles aqui[47]; porém, em decorrência do impacto que essas descrições antropologicamente falhas e cheias de preconceitos causaram a dogmática penal, torna-se válido alguns apontamentos.

---

[45] "Quanto mais fundo alguém se embrenha no entrelace de uma interpretação mítica de mundo, mais intensamente percebe a força totalizadora do pensamento selvagem. Por um lado, há nos mitos informações precisas e consistentes sobre o entorno natural e sociológico, ou seja, neles se elaboram conhecimentos geográficos, astronômicos e meteorológicos, conhecimentos sobre a fauna e a flora, sobre vínculos de natureza técnica e econômica, ritos, relações de parentesco complexas, práticas curativas, atividades bélicas etc. Por outro lado, essas experiências são organizadas de tal maneira que cada fenômeno em particular, em seus aspectos típicos, ou se assemelha a todos os demais fenômenos, ou contrasta com eles. Por meio dessas relações de semelhança ou de contraste a pluralidade das observações passa a compor uma totalidade. O mito 'constrói um gigantesco jogo de espelhamentos em que, *ad infinitum*, as imagens contrapostas do mundo e do homem se refletem, partem-se e recompõem-se no prisma das relações entre natureza e cultura. [...] Através da analogia o mundo todo ganha um sentido, tudo se torna significativo e a tudo se pode atribuir significado no interior de uma ordem simbólica em que se encaixam todos [...] os conhecimentos positivos, na completa profusão de seus detalhes'. Os estruturalistas explicam esse funcionamento sintético ao dizer que o pensamento selvagem atém-se de maneira concretista à superfície plástica do mundo, para então ordenar essas percepções através da conformação contrastiva e analógica. A relação entre campos fenomênicos é estabelecida e classificada sob os pontos de vista de homologia e dessemelhança entre si, equivalência e divergência, identidade e contradição. Lévi-Strauss afirma que o mundo dos mitos é ao mesmo tempo redondo e oco. O pensamento analogístico entretece todos os fenômenos e faz deles uma única malha de correspondências, mas suas interpretações não avançam superfície adentro, para o interior do que se apreende de maneira plástica (HABERMAS, 2012a, p. 97-99)".

[46] Impende aqui apontar que a ideia de vingança privada como usada pela dogmática "positivista", liga-se a ideias como arbitrariedade individual, naturalidade e irracionalidade; justamente por isso deve ser rechaçada. Contudo, pode-se usar essa ideia caso com isso se queira dizer duas coisas, que não havia um poder centralizador semelhante ao do Estado Moderno e que ao ofendido cabia a possibilidade de exercer a pena. A qual era mediada e controlada por toda a sociedade e não resultava em anarquia ou em ciclos de retaliações destrutivos e desmedidos. Vale ainda pontuar que é indevida a equalização entre essa possibilidade de exercício da pena com uma ideia de direito subjetivo, já que essa possibilidade está ligada à "malha" totalizadora do pensamento mítico e a segunda a uma faculdade da pessoa de direito proveniente da autonomização do sistema jurídico.

[47] Para um aprofundamento acerca da temática: Cf. PAULO, 2011.

Deve-se considerar, inicialmente, que a pesquisa científica antropológica é um fenômeno que possui pouco mais de dois séculos de existência, por essa razão, os relatos sobre as intituladas "sociedades primitivas" prévios a este período devem ser analisados de maneira criteriosa, já que foram motivados por interesses outros e, consequentemente, possuem imprecisões técnicas graves além de uma miríade de outras falhas ligadas a variados tipos de preconceitos. Posto isto, os relatos históricos de proveniência greco-romana devem ser sopesados com interesses de conquista e expansão, como também, é necessário se atentar à situação conflituosa que por vezes foi a responsável pelo contato entre povos. Muitos desses relatos são ainda mais impróprios, pois ligados à própria malha mítica ainda presente entre gregos e romanos. Quando se leva isso em consideração, torna-se inteligível o porquê do interesse romano em retratar, de maneira negativa, povos que freavam sua expansão e ameaçavam suas conquistas; o que para a cosmovisão romana significava apontá-los como ainda ligados à natureza e por isso incapazes de conter impulsos que os tornariam confiáveis. Essa "tecnologia" de guerra, herdada da cultura grega, foi também usada para manter a coesão do Império Romano; pois, as ideias de razão, paz e civilidade, eram amarras para a variedade de povos e costumes que compunham esse império, justamente, devido à alta capacidade de abstração que proporcionavam em comparação aos elementos locais de união (línguas, crenças e ritos)[48].

Como esse processo de romanização também não foi colocado sob reflexão científica antes do final do século XIX, por muito tempo permaneceu vigente a ideia de que os povos conquistados não ofereceram resistência ao domínio romano devido às beneficies advindas da submissão (paz, progresso tecnológico, elevação cultural etc.). A grande exceção, admitida por essa incorreta visão, era o cristianismo; o qual era apontado, inclusive, como uma das causas para a queda do Império. Sabe-se, hoje, que esses processos de aculturação e submissão foram marcados por contradições e revezes. A resistência verdadeiramente ímpar do cristianismo se deve a sua também alta capacidade de abstração, a qual permitiu que se espalhasse entre os mais prejudicados da conquista (ENGELS, 2011). Nesse sentido, o cristianismo primitivo – originado no seio de uma cultura que fora historicamente subjugada por sucessivos conquistadores – valorizava a vida de privações dos despossuídos e equivalia todos os sujeitos, tornando imoral o comportamento das hierarquias e fomentando atritos a elas. As hierarquias

[48] A razão explicada como elemento decisivo da conquista romana era também um elemento transmissível para o grupo conquistado e especialmente para uma elite do mesmo. O inimigo assim não era o oposto, mas o pregresso. Para uma introdução à temática da romanização: Cf. PETIT, 1984. Para um visão mais aprofundada do imperialismo romano e suas reações: Cf. BUSTAMANTE, DAVIDSON, MENDES; 2005.

que eram incentivadas e necessárias à manutenção do império Romano, contrastavam com as hierarquias originárias das tribos bárbaras e exerciam poderes que entravam em choque direto com a organização tradicional delas. Essa foi a fórmula do sucesso do cristianismo primitivo que permitiu que ele se alastrasse rapidamente; em parte por não ser centralizado, como também por questionar uma experiência que despossuídos de várias culturas experimentavam pela primeira vez. Vale ressaltar que o controle difuso e irrefletido da construção mítica das sociedades primitivas é um óbice à formação de novas hierarquias e um rígido controlador das hierarquias existentes.

Se é verdade que o cristianismo foi uma das causas da derrocada do império, é também verdade que a vitória deste sobre o cristianismo primitivo não veio pela perseguição, mas pelo apoio a sua centralização com o ônus para essa instituição de compatibilizar melhor o cristianismo com a política romana. Os Concílios de Nicéia, se não foram completamente capazes de hierarquizar o cristianismo e nem submeter às Igrejas ao poder Civil; ao menos impediram a completa derrocada do Império Romano, bem como, permitiram uma longa continuidade dele ainda que dividido em duas partes distintas. Ao silenciar o cristianismo primitivo e seu potencial revolucionário, a hierarquia de valores romanos foi, ao menos em parte, preservada. Isso porque a cultura cristã, pós concílios, rebaixou parte da cultura romana a mesma desvalorização das culturas bárbaras, mas manteve a divisão tipicamente romana e ainda tornou sublime uma parte dessa cultura. A queda do Império do Ocidente e o processo de feudalização trouxe graves riscos à preservação dos valores greco-romanos em favorecimento dos valores locais (em grande medida bárbaros [49]) e, principalmente, de valores cristãos. Todavia, impende lembrar que os altos extratos da Igreja mantiveram como fontes principais as obras da intelectualidade greco-romana, assim como, as nobrezas mantiveram ao longo do período medieval traços da cultura greco-romano como sinal de distinção (LE GOFF, 2014).

Os Renascimentos Culturais que se principiam no início do século XIV e resultaram na formação dos primeiros Estados Modernos, foram difusos e por vezes contraditórios, de modo que o único traço presente em todos é a revalorização da cultura greco-romana. Diferentemente de como a cultura Ilustrada os concebeu, como um processo unitário de retomada da cultura greco-romana em oposição as ideias cristãs e tradicionais; os renascimentos desembocaram tanto nos misticismos – fomentados pela recuperação de obras neoplatônicas advindas do

[49] O processo de influências difusas entre vários povos bárbaros se ampliou na medida em foram submetidos ao Império Romano. As próprias relações comerciais – que a essa época nunca eram exclusivamente comerciais – favoreceram a hibridização cultural de povos distantes. O próprio cristianismo primitivo dependeu desse processo de trocas para se difundir. Assim as culturas locais que chegaram ao medievo possuem um grau de mistura que impede ao estudioso estabelecer, na maioria dos casos, a influência histórica de um só povo.

contato com o oriente – quanto nos ceticismos que foram influenciados por ideias advindas tanto das trocas culturais desse contato como de dentro da própria escolástica (MARCONDES, 2019, p. 123-136). As universidades que nascem na Baixa Idade Média, como a de Bolonha e Paris, são consequências do processo de manutenção e reprodução da cultura greco-romana e da cultura cristã elitizada; contudo, o aumento do comércio, associado com os processos de centralização, iria dar um sentido bastante prático aos saberes produzidos por elas. Dessa forma, tornaram-se palcos reconhecidos para a discussão da divisão entre os assuntos de interesse do direito canônico e do direito comum, bem como, da necessidade de um direito padronizado que estabilize garantias ao comércio. Os processos de centralização[50] vão se ver como herdeiros das tradições romanas e vão se opor aos poderes locais dos nobres e as intromissões da Igreja[51]. Esse é o contexto que retoma e amplia o interesse pelo direito romano, bem como, ao fazer isso volta a tratá-lo como racional em oposição aos costumes locais que são vistos como irracionais.

A partir dessa síntese, torna-se inteligível como as visões romanas sobre as culturas bárbaras permaneceram dignas de crédito até o Renascimento e, inclusive, voltaram a ser prestigiadas pela maior parte da intelectualidade europeia até o final do século XVIII. Essa visão das tribos germânicas como carentes de direito, razão e à beira da anarquia é aquela adotada por boa parte da dogmática "positivista" quando trata da história da execução penal; inclusive as penas nas demais "sociedades primitivas", quando mencionadas por essa historiografia, são comparadas com essa visão das tribos bárbaras e, igualmente, são tomadas como exemplares de uma situação próxima ou igual à guerra de todos contra todos. Porém, essa não é a única forma de historiografia da execução penal que é sustentada pela dogmática "positivista", mas sim a forma majoritária. Existem alguns autores que, ainda presos às interpretações dogmáticas tradicionais, são um pouco mais rebuscados[52] e utilizam visões posteriores as do século XVIII nas suas historiografias; certamente não científicas, mas ao menos dissonantes do padrão.

Sem contraditar a ideia das penas desmedidas e de uma violência excessiva essa corrente minoritária busca enxergar nas tribos bárbaras, também expandindo sua análise para demais

[50] Há um motivo para usar "processos" como sujeito aqui. Sabe-se da polêmica teórica que existe entre as análises weberianas que dão um protagonismo aos agentes que buscam o monopólio da violência na construção dos estados modernos; e das análises inspiradas na obra de Le Goff que vão diminuir esse protagonismo. O autor do presente trabalho acredita que Habermas não tenha tomado um lado claro nessa polêmica, todavia o ataque de Habermas a irracionalidade do carisma weberiano implica uma distância de Weber nessa polêmica em favor de uma visão mais próxima à de Le Goff.

[51] A formação da Inglaterra, a "Guerra dos Cem Anos" e a formação da França são ótimos exemplos da importância da cultura greco-romana para as nobrezas e de como as coroas estavam atreladas a ela.

[52] Aqui não se trata daquilo que se nomeou "patrimônio comum à dogmática"; mas sim de uma interpretação minoritária um pouco mais profunda, que por isso deve ser destacada: Cf. ALAGIA et. al., 2011.

“sociedades primitivas”, um interesse pela valorização dos costumes e da paz social. Nesse sentido, a execução da pena pelo interdito violado acaba sendo um meio que ao “conversar” com os valores compartilhados pelo grupo efetivamente poria termo ao conflito em oposição ao direito penal moderno que seria alienígena demais para conseguir com sua pena outra coisa que não uma paz artificial – que se mantém enquanto o apenado permanecer sequestrado pelo sistema penal. Tal visão se apraz quando consegue apontar em ritos e práticas de “sociedades primitivas” algo que consiga relacionar com uma execução penal e que possua um desfecho que considere de pouca ou nenhuma violência. Um exemplo recorrentemente usado é o dos “esquimós” que resolveriam interditos, dentre eles e notoriamente o do “homicídio”, por meio de uma disputa de cânticos (ALAGIA, 2018, p. 102-103)[53].

Essa corrente minoritária também deve ser rejeitada, pois, embora pareça defender as “sociedades primitivas”, ela as converte em “bons selvagens”; ou seja, para fazer uma crítica a visão tradicional que atribui características negativas ao que enxerga como passado histórico da execução penal ela opera uma inversão atribuindo ao passado características vistas atualmente como boas. De maneira semelhante, conquanto mais simpática, ela está tolhendo as “sociedades primitivas” de sua própria voz e cometendo comparações por demais impróprias. Para evitar esse tipo de erro, primeiro se faz necessário reconhecer a diferença existente entre as racionalidades das sociedades mediadas por sistemas autônomos daquelas que são circunscritas pelas realidades míticas, para depois poder fazer considerações de tipo progressivo. Dessa maneira, reconhecendo que as “sociedades primitivas” não são sociedades naturais[54], o estudioso que pretenda analisar o grau de violência de uma determinada prática deve antes compreender as intrincadas cadeias simbólicas que dão sentido a mesma. Evidente é que esse tipo de análise é bastante particular a cada sociedade posta sob escrutínio e, portanto, não é objeto de interesse regular de uma historiografia da execução penal.

O que é de relevância para crítica desenvolvida aqui são as características gerais das “sociedades primitivas” ou, nos dizeres de Lévi-Strauss, as considerações sobre a estrutura das estruturas. Assim, para que o agente jurídico não reproduza os preconceitos das análises

---

[53] Embora a citada obra – “Fazer Sofrer” – possa ser vista como um passo para romper uma visão dogmática, já que ataca muitas das ideias tradicionalmente defendidas, faz-se necessário lembrar que ela sofre de ao menos dois dos problemas que Oliveira (cf. 2004) e Carvalho (cf. 2013) apontam em autores oriundos de uma modelo “positivista”, quais sejam: (a) uso de autores e correntes opostas que leva a contradições – por exemplo Foucault e Freud, como também, estruturalismo construtivista de Sahlins e evolucionismo materialista de Service; (b) desconexão das ideias tratadas já que o autor toma partido pela psicanálise freudiana, tornando as demais discussões sobre outros autores e correntes supérflua.

[54] Existem correntes atuais, que de um ponto de vista habermasiano são inadequadas por ignorarem a precedência do paradigma linguístico, as quais analisam os comportamentos sociais como biologicamente determinados. Porém, mesmo elas, não sustentam que as “sociedades primitivas” são mais determinadas que as sociedades modernas (cf. PETERSON; WRANGHAM, 1998).

dogmáticas é necessário que considere uma característica comum as "sociedades primitivas" e uma característica específica das sociedades modernas. Sobre a primeira, é conveniente para apresentá-la retomar as querelas entre funcionalistas e estruturalistas; os funcionalistas ao terem contato com as "sociedades primitivas" perceberam que vários conhecimentos, tomados pelos próprios antropólogos como naturais, eram sistematizados de maneira bastante precisa, o que foi mais um argumento para que esses modelos de sociedades fossem tomadas como exemplos de uma passado histórico das sociedades modernas. Quando essas sistematizações apresentavam falhas do ponto de vista da descrição natural moderna, por exemplo agrupando alguns tipos de plantas ao lado de animais, os antropólogos funcionalistas tomavam isso como espelhos dos erros pregressos das sociedades modernas.

A reviravolta proposta pelo desenvolvimento do estruturalismo, que fora de difícil compreensão pelos próprios funcionalistas (LÉVI-STRAUSS, 2003), foi apresentar – inicialmente – que a divisão entre natureza e cultura não era algo do qual as "sociedades primitivas" tinham, necessariamente, conhecimento. Assim não era a rudeza dos métodos de análise e nem a falta de evidências que justificava as supostas sistematizações errôneas, mas a própria natureza do empírico que por ser diferente levava, consequentemente, a resultados diferentes. O trânsito de uma ordem natural para uma ordem social e vice-versa, não era um traço de irracionalismo que deveria ser explicado com considerações externas – como a forma de economia ou a estratificação em uma dada sociedade; mas o traço de uma outra racionalidade que a seu modo também era empírica.

O avançar do reconhecimento de uma outra racionalidade, levou ao desvelamento da causa profunda que permite compreender essa não dissociação entre natureza e cultura que é, justamente, a ausência parcial ou quase total de separação entre coisas objetivas, intersubjetivas e subjetivas[55]. O pensamento mítico imbrica esses três "mundos" e por isso seu contraste com

[55] "Nós que fazemos parte de um mundo da vida moderno ressentimo-nos, em um mundo interpretado miticamente, de não lograrmos fazer certas diferenciações fundamentais para nossa compreensão de mundo (ao menos não de maneira suficientemente precisa). De Durkheim a Lévi-Strauss, muitas vezes os antropólogos chamaram a atenção para uma confusão peculiar entre natureza e cultura. Podemos entender esse fenômeno, em primeiro lugar, como uma mistura de dois campos de objetos: os campos da natureza física e do entorno sociocultural. O mito não permite uma diferenciação conceitual básica clara entre coisas e pessoas, entre objetos que podem ser manipulados e agentes aos quais atribuímos ações e externações linguísticas, sujeitos capazes de agir e fazer uso da linguagem. Assim, é de esperar que práticas mágicas desconheçam a diferença entre agir teleológico e agir comunicativo, entre uma intervenção instrumental e finalista em situações objetivamente dadas, de um lado, e a criação de relações interpessoais, de outro. A inabilidade à qual se deve o insucesso técnico ou terapêutico de uma ação voltada a determinado fim incide na mesma categoria em que está a culpa por erro normativo-moral assumida por uma interação que fere ordens sociais vigentes; o fracasso moral está entremeado como fracasso físico, e o mal conceitualmente entremeado com o nocivo, na mesma medida em que o bem está entremeado com o que é saudável ou o vantajoso. Ao inverso, a desmitologização da visão de mundo significa uma dessocialização da natureza e ao mesmo tempo uma desnaturalização da sociedade. Ao que parece, esse processo de fácil acesso por via intuitiva, tratado

a racionalidade moderna, que considera a distinção entre os três apriorística, é radical. O entendimento dessa situação jogou luz sobre alguns eventos oriundos do contato entre "descobridores" e "sociedades primitivas" que apareciam antes como paradoxos, marcas da irracionalidade e/ou da dominação pelas pulsões naturais dos indivíduos pertencentes as últimas: as questões e situações que os "descobridores" tomavam como puramente morais ou puramente naturais eram para os nativos fluídas. Igualmente, tornou-se inviável fazer julgamentos de ordem valorativa antes de mergulhar na racionalidade mítica, pois aquilo que parece violento ao tipo moderno de racionalidade pode não ter o mesmo sentido e até mesmo ter um sentido inverso para dada racionalidade mítica.

Para continuar, é necessário destacar uma característica particular das sociedades modernas: a centralidade do sujeito. Como já se teve a oportunidade de mencionar na figura do iluminismo kantiano, o projeto iluminista se fez, na seara penal, opondo-se às penas desmedidas e violentas de um passado europeu que no período iluminista, para a maioria de seus representantes[56], podia ser visualizado nas "sociedades primitivas". As duas maiores linhas teóricas que se digladiaram para dar uma justificativa racional à execução penal – o utilitarismo e o idealismo – estavam de acordo na irracionalidade da violação do corpo que existia para o europeu nas terras exóticas. Para romper com a ideia de irracionalidade da pena nas "sociedades primitivas" e no passado europeu, que contribuiu para legitimar o imperialismo moderno, impende desvelar, portanto, a construção histórica – de um processo histórico específico – da ideia de sujeito. Esse desvelamento não é um procedimento simples, pois de certo modo é contra intuitivo; já que as instituições modernas e prioritariamente a educação infantil trabalha para o enfraquecimento da consciência mítica. Isto é, o indivíduo moderno é socializado para universalizar a divisão entre mundo objetivo, intersubjetivo e subjetivo; a família e a escola,

---

frequentemente de maneira descritiva, mas sem ter sido submetido sob hipótese alguma a uma análise exaustiva, conduz a uma *diferenciação* conceitual básica *entre* natureza e cultura como *campos de objetos*. Essa visão das coisas não leva suficientemente em conta que a distinção categorial entre campos de objetos depende, por sua vez, de um processo de diferenciação que pode ser mais bem analisado através de *atitudes básicas* em face de *mundos*. O conceito mítico de 'poderes' e o conceito mágico de 'evocação' impedem sistematicamente a separação entre a atitude objetivadora em face de um mundo de relações interpessoais legitimamente regrado. Tomadas como campos de objetos, a natureza e a cultura pertencem ao mundo dos fatos sobre o qual é possível haver enunciados verdadeiros; mas tão logo devamos indicar explicitamente o que distingue coisas e pessoas, causas e motivos, acontecimentos e ações etc., temos de recuar a um ponto que antecede a diferenciação e autonomização dos campos de objetos; ou seja, temos de voltar à diferenciação ente um posicionamento objetivo diante do mundo social atinente ao que se pode esperar de modo legítimo, ao que é permitido ou ao que se deve. Fazemos recortes conceituais corretos entre relações da natureza e ordens normativas da sociedade na mesma medida em que tomamos consciência da alternância de perspectivas e posicionamentos que cumprimos quando transitamos de observações ou manipulações para a observância ou inobservância de normas de ação legítimas (HABERMAS, 2012a, p. 102-103)".

[56] Rousseau e seus seguidores, quanto as sociedades primitivas, seriam uma exceção ao padrão do discurso iluminista. Contudo, uma exceção em sentido análogo a exceção de Zaffaroni, Alagia e outros à dogmática jurídica tradicional.

principalmente, atuam para que cada sujeito tenha autonomia tanto na concretização de seus interesses como na comunicação prioritária deles[57].

Porém, houve um passado histórico em que todo esse trabalho de individuação não existia e a "realidade mítica" se impunha de maneira semiconsciente a todos os integrantes de uma dada sociedade e os mesmos enfrentavam a passagem do tempo com auxílio de analogias que acabavam por reforçar a estrutura mitológica da consciência – ao modo desse tipo de racionalidade, a experiência "empírica" vivenciada reforçava o sistema mítico. Vale reafirmar, que em uma "sociedade primitiva" a própria noção de hierarquia é radicalmente diferente daquela que apareceu durante a expansão romana e se consolidou com o surgimento do Estado Moderno; ou seja, ela não aparece como resultado direto de uma concentração de recursos materiais ou saberes, mas antes como um reflexo das próprias necessidades da estrutura mítica a qual todos os membros são submetidos. O controle difuso da estrutura simbólica que dá sustentação às lideranças hierárquicas acaba por reduzir as possibilidades de individuação; o "poder absoluto" não pertence a um Monarca ou a um Estado mas sim aos costumes que o usa de maneira discreta.[58]

---

[57] Nesse sentido: "No tratado sobre o *Self* e sobre o processo de reflexão, Mead desenvolve a ideia fundamental de sua teoria nos seguintes termos: 'Reagindo socialmente às pessoas que a cercam, a criança encontra soluções próprias para problemas, os quais, do nosso ponto de vista, são de natureza meramente física, tais como, por exemplo, a locomoção, o movimento de coisas etc. E isso não se deve apenas ao fato de que durante as fases iniciais da infância ela dependia da ajuda de seus familiares. Ao contrário, resulta de que seu primeiro processo de reflexão, que constitui um processo da orientação por gestos vocais, acontece no âmbito de um processo social cooperativo. Pois no início o homem pensa exclusivamente em termos de conceitos sociais. Como já acentuei, isso não significa que a natureza e os objetos naturais sejam personalizados, mas que as reações da criança à natureza e a seus objetos naturais não passam de reações sociais. Em outras palavras, ao agir reflexivamente em relação a seu entorno físico, a criança age como se estivesse sendo estimulado ou impedida por ele, e suas reações vêm acompanhadas de ira ou satisfação. Essa atitude deixa vestígios explícitos em nossas experiências mais complexas. Ela se mostra de modo mais claro na relutância que sentimos em aceitar a total falta de valor de certos objetos inanimados, em nossa predileção por objetos familiares que fazem parte do uso cotidiano e na atitude estética perante a natureza, fonte de toda a lírica natural' (HABERMAS, 2012b, p. 56-57)". E também: "No momento, interessa-nos o 'eu' no sentido de uma subjetividade que se destaca de um superego modelado conforme papéis sociais: 'Quando um indivíduo se sente pressionado, ele reconhece não somente a necessidade de uma situação em que ele possa dar a *sua* contribuição, mas também que pode deixar de ser apenas um *Me* cunhado por convenções.' A seguinte passagem demonstra que Mead tem na mira esse mundo subjetivo de vivências às quais o agente possui um acesso privilegiado e as quais ele pode revelar aos olhos de um público, servindo-se de manifestações expressivas: 'Situações em que podemos extravasar e em que a estrutura do 'Me' abre as portas ao 'I' são favoráveis à autoapresentação. Refiro-me à situação em que alguém se encontra com um amigo e conversa sobre o que ele pensa de outro amigo. É agradável passar o tempo dessa forma. Falamos com naturalidade sobre certas coisas que nem mencionaríamos noutras circunstâncias ou, talvez, nem ousaríamos pensar.' De um ponto de vista ontogenético, à medida que a criança se apropria cognitivamente do mundo social das relações interpessoais legitimamente reguladas, construindo um correspondente sistema de controles internos e aprendendo a orientar seu comportamento por pretensões de validade normativas, ela consegue traçar uma fronteira cada vez mais nítida entre o *mundo exterior*, que se cristaliza numa realidade institucional, e o *mundo interior*, das vivências espontâneas, as quais só podem se manifestar mediante uma autoapresentação comunicativa, não mediante ações conformes a regras (HABERMAS, 2012b, p. 78-79)".

[58] Nesse sentido: "Á medida que as estruturas portadoras da sociedade se tornam acessíveis às perspectivas da ação dos membros adultos das sociedades tribais, as afirmações de Durkheim cabem no modelo do mundo

A compreensão da estrutura profunda deste tipo de sociedade, torna inteligível o caráter pouco expressivo de um sujeito e o baixo valor de seu corpo. Dessa forma, não é tanto porque os indivíduos possuem capacidades bastante próximas que a "sociedade primitiva" pode dispor deles sem arriscar sua existência ou porque a igualização das consciências demande uma punição exemplar ao violador – como certa leitura durkheimiana pode levar a crer (DURKHEIM, 2010) –, mas porque ao faltar uma visão individualizada de sujeito falta também a ideia da violência contra esse sujeito. Se não podemos seguir completamente o sociólogo francês em sua justificativa das penas violentas nas "sociedades primitivas", ao menos é possível acompanhá-lo no que aponta como característica particular do processo histórico que leva a visão moderna de sujeito.

A pressão material devido ao crescimento populacional e a escassez de recursos, pressão que as "sociedades primitivas" estão expostas de maneira mais imediata, levou à progressiva descompressão do mundo da vida. Para responder a essas pressões[59], foi sendo necessário romper com a reprodução silenciosa dos costumes em favor de conhecimentos e práticas mais especializados; inicia-se assim um processo que vai socializar sujeitos com aptidões e conhecimentos que não mais encontram conexão direta com o mundo da vida. Essa ausência esgarça o tecido da "consciência mítica" ao seu limite e então a união que era dada e semiconsciente passa a depender de uma nova fiação agora consciente pois ciente da divisão entre as coisas objetivas, intersubjetivas e subjetivas. Aos poucos, vai se solidificando as linhas que dividem os fenômenos aos quais é necessário se curvar; das leis que dependem para sua realidade da aceitação de quem as segue; do acesso privilegiado daquele que é capaz de seguir leis as coisas de sua intimidade (sensações, sentimentos e interpretações). A força dos costumes por certo não desaparece completamente, mas toda vez que ela vem à tona, torna-se não só

---

da vida. Isto se dá quando as estruturas sociais não ultrapassam o horizonte das simples interações que se desenvolvem em espaços sociais limitados e em curtos períodos de tempo, abrangendo poucas gerações. Naturalmente, interações diferentes acontecem em vários lugares ao mesmo tempo, à luz de temas diferentes e envolvendo outros participantes. Mesmo assim, todas as interações estruturalmente possíveis em tal sociedade desenrolam-se no contexto de um mundo social vivenciado *em comum*. Não obstante a distribuição diferencial do saber cultural administrado por especialistas, o universo dos eventos e iniciativas possíveis está bem circunscrito temática e espacialmente, de modo que as interpretações da situação disponíveis coletivamente podem ser armazenadas consensualmente por todos os participantes da interação e revocadas narrativamente em caso de necessidade. Os membros de uma tribo conseguem orientar suas ações pela situação atual da ação e pelas presumíveis comunicações com os ausentes. Tal sociedade, que de certa forma se confunde como mundo da vida, é onipresente, ou seja, apesar de particular, ela se reproduz como uma totalidade em cada interação particular (HABERMAS, 2012b, p. 282-283)".

[59] A ideia de pressões materiais não deve ser entendida aqui em um sentido marxiano, pois o que Marx chamaria de superestrutura é o que para Habermas percebe como problema as pressões materiais e estabelece caminhos para solucionar esses problemas.

possível, mas necessário perguntar pela sua razão o que acaba por recolhê-la cada vez para um ponto mais profundo.

A ideia de sujeito moderno é uma consequência do Renascimento, e como foram muitos os Renascimentos não é possível precisar um único ponto de origem; contudo, é possível apontar alguns marcos significativos. Para começar, pode-se citar a ideia de alma oriunda do cristianismo; que coloca cada indivíduo sob vigilância constante de uma entidade que lhe exige um autocontrole. Também é de relevância a girada operada pela escolástica: enquanto Santo Agostinho (1984) unifica a filosofia à teologia e subordina o Estado à Igreja; São Tomás de Aquino, restabelece a divisão entre as referidas matérias e sustenta a importância da dupla subordinação do indivíduo aos deveres diante do Estado e diante da Igreja. A escolástica além de reconhecer a dualidade de instituições, também, coloca o juiz como pertencente a uma comunidade a qual deve consultar antes de proceder a uma decisão (RAMPAZZO, VANZELLA; 2016). Outro ponto de destaque é a filosofia política de Maquiavel que pensa as sociedades como compostas de indivíduos com interesses próprios e conflitantes uns com os outros; infelizmente, a fama de "O Príncipe" (1996) – obra a seu modo instrumental – eclipsou os "Discursos Sobre a Primeira Década de Tito Lívio"[60] (2007), obra na qual questões caras à modernidade – como a divisão entre esfera privada e pública – foram primeiramente tratadas. Por fim, o último marco a ser comentado, porém extremamente significativo, é a sátira "A Fábula das Abelhas" de Mandeville a qual inaugura a ideia de *homo economicus* (MAUSS, 2013).

Com tudo o que fora dito, mostrou-se a impropriedade das comparações que a dogmática "positivista" faz com o que enxerga como passado da "execução penal"; ela erra duplamente quando reputa ao passado um irracionalismo assim como erra ao forjar um passado. Já é tempo que os juristas aprendam com os antropólogos a evitar as perversidades do exotismo; as quais se traduzem no momento presente em um subterfúgio para enuviar as irracionalidades do sistema penal brasileiro. Contudo, será que se faz necessário abandonar qualquer ideia de progresso? Afinal, como se poderia medir o grau de progresso entre duas racionalidades distintas? Ter-se-ia que cair em uma espécie de relativismo da razão e da moral? Antes de lidar com essas perguntas, impende apontar de onde a visão minoritária dentro da dogmática "positivista" retirou suas ideias.

[60] Para interessados na construção habermasiana da esfera pública é conveniente a leitura desta obra de Maquiavel já que ela é a uma das fontes principais com as quais Arendt constrói sua ideia de esfera pública e por sua vez a ideia da filósofa é fulcral para a versão habermasiana.

Os Estados Modernos de uma maneira geral, consideraram-se desde sua formação como herdeiros da cultura romana e de seus valores racionais. Pode-se dizer que essa visão difusa se prolongou até o início das Revoluções do final do século XVIII. Os autores iluministas, filhos da burguesia, ou ao menos simpatizantes, criticavam as monarquias em três recorrentes questões: (a) pouca ou nenhuma participação política da burguesia ascendente; (b) instabilidade e irracionalidade das leis; (c) concentração de grandes porções de terra a salvo da "lei do mercado"[61]. Uma das estratégias argumentativas comum era louvar como mais racional os momentos de democracia direta das cidades-estados gregas e da república romana e repudiar os períodos de concentração de poder; retratando-os como períodos de grande imoralidade e decadência econômica – como exemplo dessa estratégia e de sua difusão basta citar a clássica obra da filosofia política "Considerações sobre as Causas da Grandeza dos Romanos e de sua decadência" de Montesquieu. Com o início das revoluções, torna-se evidente a penetrabilidade dessas ideias na realidade prática, pois os agentes revolucionários se veem amparados racionalmente e moralmente para derrubar regimes mostrados como injustos. Sem dúvida muitos foram os projetos revolucionários que disputaram os rumos da Revolução Francesa; porém o 18 Brumário marca a vitória do projeto burguês e de seus representantes.

O caminho de cônsul a imperador trilhado por Bonaparte, mostrou-se interessante à burguesia francesa, a qual já havia conquistado a estabilidade política e precisava de um poder militar forte e com poucas controvérsias já que a Revolução incitou as monarquias a retalharem a França; além disso o expansionismo proposto por Bonaparte atendia aos interesses de terras sem causar mais tumultos internos. Um dos primeiros avanços se deu quando os exércitos franceses suplantaram o domínio da Áustria sob o Sacro Império Romano-Germano, o que resultou na extinção do último. Com ela muitos dos "países"[62] que faziam parte dele viram com bons olhos a "autonomia" dada aos mesmos por Bonaparte na fundação da Confederação do Reno. A pressão do imperialismo francês passa então a ser sentida por todas as potências da época: (a) de um lado uma força militar capaz de rivalizar com qualquer potência; (b) do outro lado a força das ideias.

A Confederação do Reno deixava claro que essa última era uma rival tão ou mais preocupante do que o exército, pois fazia o "inimigo" ser visto com bons olhos. Se se podia

[61] O problema não era, em si, a existência de grandes propriedades privadas; mas que muito da concentração de terras estava sendo mantido, com auxílio do Estado, contra as tendências naturais da economia. De maneira simplificada a alegação mais recorrente seria contra essas construções legais – ora tomadas como ultrapassadas ora como irracionais e imorais – que preservavam grandes porções de terras sem a contrapartida do uso produtivo.

[62] Países talvez não seja a palavra mais adequada, pois nem todos eram capazes de uma independência política concreta. A variabilidade cultural também era bastante instável.

objetar contra o poder das ideias francesas que a influência histórica e cultural da França na região do Reno havia facilitado essa disposição, a filosofia kantiana dava mostras que o problema era mais profundo. Como se pode depreender do que já fora abordado sobre o filósofo, Kant era favorável à boa parte das transformações operadas pela Revolução Francesa. Mesmo repudiando os "julgamentos" do período do terror, isso não o impedia de legitimar uma parte do processo revolucionário [63] e nem de sustentar a obrigatoriedade dos franceses de se submeterem ao novo poder constituído. Kant não coadunava com o expansionismo militar de Bonaparte, mas também não estava ao lado do *status quo*, e sua penetrabilidade era alta entre os intelectuais. Mas a importância da postura kantiana ia além da influência de suas obras; residia no fato de terem provindo de um indivíduo extremamente apegado à sua vida cotidiana, prussiano e protestante; mesmo culturalmente distante da região do Reno, sua concordância com as ideias francesas, era suficiente para sinalizar a força desse imperialismo (FEHÉR, 1990, p. 202-214).

Três foram os tipos de respostas significativas na batalha pelas ideias: (a) uma favorável ao imperialismo francês; (b) uma que enxergava as ideias francesas de maneira dúbia e buscava sintetizá-las em proveito de um futuro Império Alemão; (c) uma que as rejeitava de maneira mais radical. O primeiro tipo de resposta veio de muitos juristas que viam o código civil napoleônico, bem como, a submissão de Napoleão a Constituição como soluções para questões sensíveis acerca do exercício do direito de maneira imparcial e acerca da estabilidade da jurisdição. Savigny (2001), em sua juventude era um defensor desse posicionamento; sustentava que o jurista deveria se ater completamente ao texto legal e evitar interpretá-lo com qualquer outra informação que não pudesse ser extraída do texto e das regras da gramática. O posicionamento dúbio está presente no clássico hegeliano "A Fenomenologia do Espírito" (2002) e também em suas aulas sobre filosofia da história (2008); de maneira resumida era necessário, segundo o filósofo, a invasão das forças francesas – exércitos e ideias – para que o Estado Alemão pudesse surgir como a suprassunção do embate entre a cultura germânica com os ideais nacionalistas do iluminismo, mas o imperialismo e o expansionismo francês era digno de censura.

[63] É possível sustentar que em Kant, quem em última instância é o responsável pela Constituição é o povo, que devido às necessidades da razão – não exercitar o julgamento de si próprio – transfere esse poder supremo a um soberano – o terceiro que julga – e não pode dele ser retirado. Porém o soberano pode devolver esse poder ao povo. É possível ver os primeiros momentos da Revolução francesa dessa forma; certamente isso não justifica a execução do antigo soberano, pois ele não pode ser julgado pelo que fez enquanto era soberano, e por isso Kant critica severamente a fase do terror.

O último tipo de resposta foi buscada nas obras de Herder (2016) pela escola histórica; Herder se distanciava de Kant ao aproximar a razão da linguagem, como também, em naturalizar ambas. Isso fez com que ele considerasse cada tipo de sociedade portadora de um tipo de racionalidade e por isso censurava quando uma sociedade, exacerbando seu nacionalismo razoável, queria impor sua racionalidade e sua sensibilidade as demais. Assim a ajuda civilizatória, dever dos povos europeus que exploraram outros povos, só poderia ser feita auxiliando o desenvolvimento natural de cada nação de maneira não invasiva. Herder criticava, principalmente, os processos de colonização e o absolutismo prussiano; o qual era visto como uma ameaça à cultura dos povos germânicos. A Escola Histórica, vai revisitar as obras de Herder e as irá voltar contra o imperialismo francês; Savigny que em sua maturidade termina por ser o maior nome dessa escola defendeu a necessidade do direito de uma dada sociedade ser interpretado de acordo com os seus costumes. Suas principais críticas se direcionavam a ideia de uma razão universal assim como a aptidão dessa em identificar direitos naturais; o movimento codificador, portanto, encerraria por destruir a legitimidade histórica do direito e por isso deveria ser combatido.

É possível comparar os escritos de Herder como estando a meio caminho entre a construção rousseauniana do “bom selvagem” e uma descrição antropológica do começo dessa ciência. De todo modo, é bastante comum a suas críticas mostrar, por meio de exemplos mais concretos do que os de Rousseau, como a vida de povos considerados incivilizados era mais moral e menos desigual do que a vida nas grandes monarquias – onde o luxo da nobreza convivia com a miséria de parte da população. A Escola Histórica trabalha de forma semelhante, tentando mostrar a razão de costumes considerados irracionais e de como a obediência a eles permite uma vida melhor para o povo. Um dos projetos dessa Escola, que ganhou fama mundial, foi a coleta de contos populares e análise das tradições orais feitas pelos irmãos Grimm com o incentivo de Savigny. A ideia do projeto não envolvia apenas a compilação dos contos, mas o interesse de que eles pudessem servir a educação dos infantes. A intelectualidade inglesa irá se inspirar no projeto de reação ao imperialismo francês iniciado pela Escola Histórica e começará a dar um valor maior a cultura local, também promovendo a divulgação de seus contos populares (BARCZEWSKI, 2005).

Acredita-se que, com base no exposto, ficou apontado o caminho e a origem da visão mais “positiva” das “sociedades primitivas” presente em uma parte minoritária da dogmática “positivista”. Torna-se possível tratar do próximo tópico: é viável falar em progresso na história da execução penal? A resposta não é simples, principalmente quando se assume um projeto tão absurdo quanto o da dogmática “positivista” que inicia sua história com uma ficção sobre

"sociedades primitivas" e atravessa períodos históricos, complexos e muitas vezes contraditórios, de maneira pouco criteriosa. Talvez para avançar nessa questão seja interessante resgatar um dos fios condutores da Teoria Crítica, e buscar os motivos por trás dessa pergunta. Agindo assim, fica patente que a dogmática "positivista" majoritária tem como intento com essa pergunta legitimar o atual estágio da execução penal. Contra esse tipo de intento é importante que uma Teoria Crítica, como a teoria do agir comunicativo, posicione-se no sentido da contra argumentação; ou seja, que recomponha a racionalidade daquilo que está sendo, instrumentalmente, tratado como irracional para legitimar o *status quo*. Assim, não é só por ser tecnicamente falha que esse tipo de historiografia da execução penal merece ser abandonada, mas principalmente porque prejudica uma análise democrática do direito.

Isso significa que a noção de "progresso" deve ser abandonada em favor do reconhecimento de múltiplas racionalidades incomensuráveis? Certamente que não, pois se esse fosse o caso não seria possível tendo acesso a um tipo de racionalidade entender outro tipo. O que isso significa é que discussões racionais sobre progresso não devem ser feitas para separar grupos sociais e períodos históricos; mas sim para os unificar em um mesmo projeto de razão que permita a todos os participantes alcançar o progredir da razão e da moral. O uso das ciências históricas e, consequentemente, das ciências antropológicas com essa finalidade permite conciliar o que se aprendeu com aquilo que se desaprendeu ao aprender; e com isso progredir ou ao menos abrir espaço ao progresso[64]. De maneira mais simples, a consulta histórica cumpre uma finalidade progressista não apenas porque permite que não se cometa os mesmos erros do passado, mas também porque acresce à razão atual a razão passada. Tal crescimento da razão ao mesmo tempo que aumenta as possibilidades de elevação moral torna maior a censura do vício, pois, em paralelo com Marx, os erros históricos são tragédias quando comparados com suas repetições atuais que são farsas.

Buscar o progresso, tendo essa finalidade de autocrítica, não é apenas viável mas necessário ao direito e, principalmente, à execução penal. Como já mencionado, as "sociedades primitivas" que comprimem os mundos da razão no mundo das realidades míticas estão mais

[64] Nesse sentido: "O teste definitivo para uma teoria da racionalidade, por meio do qual a moderna compreensão do mundo tenta se assegurar de sua universalidade, só poderia ser realizado se as figuras opacas do pensamento mítico se iluminassem e se as manifestações bizarras de culturas estranhas se esclarecessem *de tal modo que* conseguíssemos entender não somente os processos de aprendizagem que 'nos' separam 'delas', mas também o que desaprendemos no decorrer de nossos processos de aprendizagem. Uma teoria da sociedade que não pode excluir *a priori* a possibilidade de desaprender é obrigada a assumir uma atitude crítica em relação à pré-compreensão que ela mesma adquire a partir do meio social em que está inserida, ou seja, tem de estar aberta à autocrítica. E a crítica só consegue detectar processos de 'desaprendizagem' nas deformações resultantes da exploração seletiva de um potencial de racionalidade e de entendimento, acessível outrora mas hoje soterrado (HABERMAS, 2012b, p. 721)".

sujeitas a rupturas pela pressão dos recursos materiais. Como se pode extrair tanto das análises de economistas (POLANYI, 2012) como das análises de antropólogos (LEIRES, 2007), existem momentos em que a ausência de alimentos, vestimentas e/ou medicamentos pode levar as "sociedades primitivas" a enfrentarem períodos de grandes dificuldades; por exemplo, um período de fome generalizada. Essas ocasiões estimulam a funcionalização e, em detrimento da inteireza da realidade mítica, podem levar a um esforço objetivador para controlar melhor a natureza e/ou administrar de maneira mais adequada os recursos materiais coletados com a finalidade de se obter uma subsistência mais confortável. As fragmentações contínuas do mundo da vida, experienciado de maneira não consciente na reprodução dos costumes, abrem espaço para que os grupos especializados e diferenciados possam opor aos costumes suas razões; o que acaba por acelerar o processo de degradação das realidades míticas.

Esse processo pode ser considerado um progresso? A resposta da teoria do agir comunicativo sobre isso é forjada como uma crítica dupla: (1) uma crítica a ideia de progresso em Kant; (2) uma crítica a impossibilidade adorniana de continuidade do progresso iluminista. Ela é construída com o auxílio das teorias de quatro autores das ciências sócias (Mead, Durkheim, Weber e Parsons) entendidas sob a ótica do primado da linguagem – esse último sendo entendido por meio da junção das análises de Wittgenstein, Popper e Searle. Para as intenções dessa dissertação, levando em conta tudo que já fora tratado, é suficiente a exposição de algumas ideias durkheimianas e weberianas entrecortadas por algumas reflexões linguísticas que permitem substituir o paradigma da consciência pelo paradigma da linguagem.

A resposta do funcionalismo de Durkheim seria afirmativa (2010); isso porque, os elos irracionais e emocionais – e por isso instáveis – que unificavam dada "sociedade primitiva" são substituídos por elos racionais[65]. A diferenciação social, nessa visão, para suprir as necessidades materiais, socialmente condicionadas, levaria ao avanço da técnica; por sua vez o avanço da técnica solidificaria laços racionais de união, pois cada indivíduo especializado em uma função depende de indivíduos especializados em outras funções para as demais necessidades da vida social; e o saber que cada um possuí, por ser cada vez mais especializado, não é facilmente recuperável o que levaria a valorização social de cada sujeito e, consequentemente, a autovalorização.

[65] Em sua obra da maturidade, "As Formas Elementares de Vida Religiosa" (cf. 2018), Durkheim modificara a forma como concebia a "solidariedade mecânica"; de uma igualização simplista entre a consciência individual e a consciência coletiva, Durkheim passa a abordar sua complexidade e como a consciência social da forma as categoriais da consciência individual. Isso faz com que o próprio não conceba mais a Religião como irracional ou como desnecessária na sociedade moderna e admita que seria correto, caso possível, revisitar todas as suas obras.

A bem da verdade, Durkheim reconhece alguns problemas que podem acontecer nesse caminho progressivo (2010), o primeiro deles é que a especialização cada vez mais exigente propende o indivíduo ao individualismo, isto é, a não encontrar mais conexão entre a sua consciência individual e a consciência social. O segundo deles é que situações que modificam abruptamente as expectativas sociais, levando a rápidas modificações na integração social e/ou nas normas sociais, como crises econômicas, ineficiência do Estado na aplicação de sanções a normas violadas, colonização etc. – pode provocar momentos de anomia. Para solucionar esses problemas, o sociólogo francês sustenta que o Estado deve fornecer o suficiente para que os indivíduos não venham a experienciar transformações de maneira abrupta, assim o Estado deve estimular a previdência social, dar amparo social em momentos de crise econômica, fornecer educação para a inserção no mercado de trabalho etc. A impossibilidade do Estado em ofertar esse auxílio de maneira eficaz com a expansão da sociedade deve ser corrigida com o estímulo aos indivíduos em se organizarem em grupos de interesse; são esses grupos que segundo Durkheim seriam a chave para a socialização necessária para conter o individualismo da especialização progressiva.

Segundo a teoria do agir comunicativo a resposta de Durkheim possui erros e acertos. Os erros são: (a) Durkheim erra ao tratar como irracional – ou menos racional – aquilo que chama de solidariedade mecânica, isso o faz cair na filosofia da história e merece censura semelhantes às que foram feitas a história da execução da pena da dogmática "positivista"; (b) erra também ao considerar a diferenciação social e a especialização as principais razões do progresso social; (c) erra ainda ao não perceber que a diferenciação leva a construção de hierarquias com relações de poder; (d) por fim, erra ao não considerar que a socialização ao mesmo tempo que pode gerar integração social também pode gerar identitarismo. Os acertos de Durkheim são: (1) ele acerta ao perceber que as sociedades não nascem do acordo entre indivíduos com capacidade diferentes – como queriam os liberais como Adam Smith (2009) – e sim que isso acontece em um momento posterior ao surgimento das sociedades; (2) também acerta ao rever em sua maturidade o papel da diferenciação social e não considerá-la capaz – por si só – de representar o progresso social; (3) acerta ainda em não equivaler progresso social com progresso econômico; (4) por fim, acerta em sustentar que a solução para evitar a anomia das regras sociais é que os indivíduos submetidos a elas entendam as mesmas como justas pois escritas pelos indivíduos, com a anuência deles e para eles.

A resposta da sociologia de Weber seria bem mais dúbia. Segundo o sociólogo alemão, o processo de diferenciação leva ao avanço de uma racionalidade voltada para a concretização de fins. Essa racionalidade permite que as "sociedades primitivas" sejam capazes de suprir suas

necessidades materiais de maneira mais eficaz ao mesmo tempo que originam hierarquias que controlam o saber especializado. O que coordena as hierarquias não são mais os laços naturais e irracionais de familiaridade, mas sim uma hierarquia específica – religiosa – que passa a controlar as regras costumeiras e irracionais de união, permitindo que múltiplas hierarquias especializadas convivam entre si, pois os interesses opostos são coordenados e controlados por aqueles que guardam os costumes. Quanto mais esse processo de diferenciação progride tanto mais tem problemas a hierarquia dos costumes em justificar sua superioridade sobre as demais – agricultores, comerciantes, artesãos, soldados etc. – pois o caráter irracional dos costumes além de gerar desgastes contraprodutivos diante dos interesses finais não é facilmente acessível a modificações que as circunstâncias podem exigir. Alterar os costumes dobrando-os aos interesses finais de dado grupo leva sempre a desconfiança por parte de outros grupos e favorece o aparecimento de dissidências, as quais inclusive podem favorecer indivíduos ou grupos religiosos outros. O contato com outras sociedades radicaliza as fraquezas as quais as hierarquias que guardam os costumes estão expostas, seja pela conquista ou pelo simples comércio.

Faz-se necessário perceber que a religião guarda de maneira bastante misturada costumes irracionais com fórmulas de deveres. Sua força capaz de coordenar interesses conflituosos reside no fato de que pode impor aos demais grupos um termo à racionalidade teleológica em favor de um comportamento tomado como religiosamente valioso. Em consequência disso, sua força pode desaparecer assim que a racionalidade teleológica encontrar problemas em segui-la. Por consequência, o grupo que controla a religiosidade tende a se organizar, assim que possível, em uma hierarquia que ou dispõe dos meios materiais para usar a violência ou favorece um grupo que dispõe desses recursos materiais para usar a violência mas carece de legitimidade para tanto.

Os problemas que afetam o monopólio legítimo da violência nesse estágio são os seguintes: (a) o uso da violência física permite estender a força dos costumes, mas essa permanência corre sempre o risco de ser superada pela força dos interesses próprios dos grupos; (b) se o grupo que domina o monopólio da violência física se confunde com a própria ordem religiosa ele tem pouca margem para se modificar diante das necessidades temporais, pois toda modificação traz em si o risco do surgimento de uma nova facção que repudia a mudança; (c) se o grupo que domina o monopólio da violência física depende de uma hierarquia religiosa separada ele pode com mais facilidade operar mudanças de acordo com o tempo e inclusive se a situação for propícia aceitar a legitimação de uma outra ordem religiosa, porém ele está sobre risco da ordem religiosa deixar de legitimá-lo em favor de si própria ou de outro grupo. A

religião consegue legitimar o monopólio da violência por parte de um grupo pois oferta uma justificativa para o mal do mundo e ensina como o fiel deve se comportar; em termos mais simples, as crenças religiosas tem de ofertar para os grupos a ela sujeitos o porquê eles devem aceitar as coisas que acontecem contra seus próprios interesses.

O Estado Absoluto, primeira versão do Estado Moderno, vai se dar em um contexto de: (a) interrupção das invasões no continente europeu; (b) renascimento e intensificação do comércio; (c) grandes navegações; (d) progressivo avanço da monetarização da economia; (e) declínio da penetração dos costumes religiosos irracionais (WEBER, 2006). Nesse cenário, grupos que tinham interesse na estabilização das expectativas para favorecer o crescimento econômico se unem aos interesses de monarcas, que para se manterem no poder, passaram a monopolizar não apenas a violência legítima, como também, pontos estratégicos de controle para as práticas de outros grupos. Ao fazer isso o monarca, em parte, livra-se da pressão do poder religioso paralelo ao Estado, da pressão da nobreza interna e da pressão de invasores; do outro lado, comerciantes, artesões e agricultores livres encontram um campo fértil para seu desenvolvimento enquanto classe. Ao término desse processo, para conseguir exercer esse controle centralizado, cria-se uma classe de burocratas que não possuem poder nenhum afora o poder doado pelo monarca absoluto e ao qual o monarca se submete, ainda que com reservas.

Como se pode depreender desse processo de racionalização proposto pela sociologia weberiana, há que se distinguir ao menos dois tipos de racionalidade: (a) uma que busca fins – como por exemplo a racionalidade econômica; (b) outra que se pauta por deveres. No início do processo histórico, segundo o autor, a racionalidade (b) estava entranhada nos costumes com ritos e práticas irracionais; fora a racionalidade (a) que ao longo desse processo, cujo ponto mais alto é Estado de Direito, purificou a racionalidade (b). Porém ela não fez isso de maneira clara e nem sem a ajuda dos costumes; pelo contrário existem inúmeros momentos particulares da história pregressa ao Estado de Direito que apontam situações em que a racionalidade (a) trouxe entraves a purificação da racionalidade (b) e até mesmo retrocessos. A queda de Roma por exemplo é uma das marcas desse retrocesso (WEBER, 2006). Em síntese, Weber sustenta que é necessário o desenvolvimento da racionalidade (a) para aplacar as necessidades materiais da sociedade, mas que é a racionalidade (b) que permite controlar, direcionar e moralizar a racionalidade (a). O Estado de Direito é o ponto mais alto do progresso social, pois é o momento em que a racionalidade (a) se encontra sob controle bem sucedido da racionalidade (b) e a racionalidade (b) se apresenta de maneira pura como uma ética de deveres.

Nesse sentido, há um motivo verdadeiramente impar para a sociologia weberiana prestigiar a filosofia kantiana; e isso não apenas porque Kant trouxe contribuições para todos

os saberes ou porque Weber era marcadamente influenciado pelos neokantianos (WEBER, 2015). Mas sim porque a filosofia do direito de Kant é uma filosofia do dever em sua forma pura e a mesma foi levada a sério no estabelecimento do Estado de Direito. Para facilitar a visualização da importância de Kant para a sociologia weberiana convém algumas explicações. Como neokantiano Weber acredita ser impossível a passagem da razão pura para a razão prática; assim para o sociólogo o conteúdo do imperativo categórico e as demais consequências extraídas dele não eram de grande valor. O importante é que o imperativo categórico lançava as bases de uma ética do dever; isto é, uma ética que se opõe radicalmente a ética de interesses, e isso sem nenhum auxílio de irracionalismos religiosos. Para cumprir uma ética do dever é necessário o esforço, distintamente humano, de resistir aos interesses naturais e/ou sociais. Além disso, Weber acreditava que o direito nos moldes da razão prática kantiana era um exagero; seguindo os neokantianos, ele aceitava como correta a interpretação da obra da maturidade de Kant, na qual o filósofo reconhecia o agir pelo puro dever como impossível ao agir humano, transformando-o em uma meta a ser buscada. Porém, era justamente por esse exagero que era admirável que esta noção de direito tenha tido alta penetrabilidade na classe burguesa e tenha participado da elaboração do Estado de Direito.

Se o sucesso de Kant era de certa forma uma marca "poética" de um novo momento da sociedade humana, Weber sabia que não era o dever pelo dever que trouxera o Estado de Direito à luz. Segundo o sociólogo a força responsável por isso eram as éticas religiosas que – como a protestante – se compatibilizavam de maneira suficiente para estimular o trabalho capaz de produzir acúmulo, aproximar os sucessos religiosos dos sucessos da vida cotidiana e disciplinar os indivíduos pela lei na vida pública e pela ética da família na vida privada (WEBER, 2008). Justamente por isso, Weber também sabia que a razão teleológica iria continuar consumindo as irracionalidades da ética religiosa e que com o consumo da mesma as massas e os próprios capitalistas se acabrunhariam na realização de seus interesses privados. O Estado de Direito, auge do processo civilizatório, nasceu com os dias contados para uma tragédia. O projeto político de Weber, sempre à par com sua sociologia, buscava apontar caminhos para num mundo "desencantado" manter vivo o Estado de Direito.

Pode-se dizer que Weber via nos Estados Modernos marcas distintas de declínio (2015): (a) nos Estados Unidos, o capitalismo desenfreado criava dificuldades para que a Nação se orientasse por deveres; (b) na Inglaterra, a formação problemática do seu sistema judiciário tornava o julgador não apenas um guardião da lei mas também um político, o qual podia se curvar aos interesses dos mais fortes; (c) na Alemanha, a política estava tomada por políticos profissionais – burocratizada – o que impedia que de fato ela se tornasse minimamente

representativa dos valores morais do povo – a defesa de bandeiras era completamente contingente as necessidades eleitorais e de manutenção na estrutura do poder. Para o autor era necessário atuar nessas três frentes, caso se quisesse salvar o Estado de Direito: (1) diminuir o controle dos capitalistas dos órgãos do estado; (2) restaurar a burocracia racional do judiciário; (3) impedir a burocratização total do parlamento o que requisitava um líder do executivo carismático o suficiente para – acionando diretamente a população – reverter os processos de burocratização. Weber era particularmente burguês por isso os valores que defendia era a liberdade, a igualdade diante da lei, o livre mercado etc.; contudo, por ser neokantiano, não achava que havia uma defesa racional desses valores, o que importava era a manutenção da ética e do direito pelo dever – os valores podiam ser os do proletariado.

Em apertada síntese, Weber sabia que controlar as tendências da racionalização teleológica era uma tarefa difícil e que Estados grandes como a Alemanha não dariam conta de concluir essa tarefa de maneira perfeita. Mas era necessário tentar para manter a cultura verdadeiramente humana e racional presente; ainda que ela fosse ser cultivada de maneira mais profícua nos pequenos Estados os quais podem se manter a salvo das pressões extremas do "desencantamento" enquanto ligados a grandes Estados que não se dobraram completamente a elas. Por isso, o sociólogo, acreditava que não era tão necessário ao seu momento histórico agir pela ética do dever quanto era necessário estabelecer um futuro onde agir pela ética do dever seria possível. Nesse sentido, Weber tomava o trabalho político de maneira idiossincrática: era necessário ao político preservar um tanto ético inegociável que o ligava a população do Estado e servia para substituir o tecido ético religioso que cada vez mais se fragilizava; ao mesmo tempo, que o político tinha que, quando necessário, agir de maneira teleológica buscando fornecer os meios de um futuro ético mais perfeito.

Segundo a teoria do agir comunicativo a resposta de Weber possui erros e acertos: (a) Weber erra de maneira mais grave que Durkheim ao tratar como irracional a consciência mítica[66]; (b) também erra ao desconsiderar a ideia de que o direito deve ser justo para os envolvidos; (c) erra ainda ao favorecer a burocratização do direito. Ela acerta quando: (1) identifica duas formas de racionalização que as vezes entram em competição; (2) mostra que a integração por diferenciação não só leva a coesão social, mas também produz identitarismo; (3) correlaciona a ideia de progresso ao bom andamento das duas formas de racionalidade; (4)

[66] Vale lembrar que Durkheim em "As Formas Elementares de Vida Religiosa" corrige muito das críticas a irracionalidade da consciência mítica. Não atoa essa obra é central para que Marcel Mauss cunhe o conceito de "fato social total". Conceito esse que por sua vez foi essencial para o desenvolvimento do estruturalismo de Lévi-Strauss.

identifica como a racionalidade teleológica pode atrapalhar o bom andamento da racionalidade do dever. Além disso, ambas erram ao se prenderem ao paradigma da consciência, e reproduzirem a ideia kantiana de sujeito não como uma tentativa de formulação do sujeito, mas como um modelo – ainda que Weber a reproduza de dentro da tradição neokantiana. Essa fixação no paradigma da consciência traz sérios problemas para ambos e, principalmente, para Weber; o qual, por meio dela defende coisas bastante questionáveis.

Caso se siga a crítica ao paradigma da consciência é possível – aproveitando os pontos positivos de ambas as respostas – apontar a resposta habermasiana a essa questão. Primeiramente, faz-se necessário considerar que a ideia kantiana de Sujeito Consciente tem valor por ser uma tentativa bastante rebuscada de representar o Sujeito unificando duas tradições opostas da filosofia. Certamente existe um significado social para esses dois fatos históricos: o indivíduo passa a ser visto como sujeito de direito e o direito como uma elaboração racional da vida em comum ou ao menos uma tentativa. Todavia, esses autores ficaram muito presos a essa construção acadêmica do sujeito e não analisaram como o sujeito acontece na vida cotidiana: (a) quando alguém se percebe como sujeito; (b) o que sujeitos esperam de sujeitos; (c) quando na linguagem do dia-a-dia se usa o conceito de sujeito. Se a ideia de sujeito kantiano e de suas categorias é transcendental, porque não verificar como as crianças e depois os adolescentes se percebem como sujeitos? Foi exatamente isso que fizeram autores da psicologia como Mead, da pedagogia como Piaget, da linguística como os estruturalistas, e da filosofia como Wittgenstein.

Por meio dessas contribuições, a teoria do agir comunicativo, sustenta que não há uma razão externa a linguagem; isto é, transcendentais são inacessíveis à linguagem e a razão se dá na linguagem, já que apenas por meio do acesso à comunicação é que se torna possível estabelecer o que é objeto, o que é sujeito e aquilo que é intersubjetivo. Esse alicerce comunicativo básico está presente em todas as linguagens, embora nem todas os grupos de falantes tenham acesso bem definido a separação dessas três esferas da razão. Existem sociedades, como as “sociedades primitivas”, que carecem de distinções precisas entre esses mundos; justamente por essa ausência também estão limitadas as possibilidades da melhor comunicação e da melhor definição do que é de ordem intersubjetiva e o que deve ser estabelecido entre sujeitos. Quanto mais bem definido essa separação tanto mais longe a comunicação em cada uma dessas esferas pode ir, porém isso não é uma certeza e nem significa que o progresso aconteça nos três níveis de maneira equivalente. Porém a existência da possibilidade torna mais censurável sua não progressão.

De um modo mais concreto, a percepção objetiva das leis da natureza permite que a sociedade consiga de maneira mais satisfatória suprir suas necessidades naturais. Assim o domínio das técnicas de agricultura e do plantio, bem como, a construção dos meios de transporte e de meios de armazenamento de recursos, tornou possível produzir alimentos e armazená-los tornando eventos de fome generalizada extremamente raros e curtos. Porém, isso não significa necessariamente um progresso social, significa que uma condição para o progresso social – no caso os meios para a segurança alimentar – tornou-se disponível. Nesse sentido, como é de amplo conhecimento, no Brasil e em muitas sociedades, um tipo de insegurança alimentar particular à modernidade, continua rondando de maneira constante um determinado grupo populacional. A segurança alimentar é um direito fundamental constitucional, o combate à fome é uma das tarefas que a CF impõe e existem tratados internacionais – dos quais o Brasil é signatário – visando assegurá-la mundialmente. Todavia, segue-se de maneira retrógada, tão ou mais do que a sociedade inglesa após a revolução industrial. A reprovabilidade desse retrocesso é maior, pois é fora de questionamento, que o bom desenvolvimento de uma personalidade depende do acesso à nutrição adequada. Sabe-se igualmente que não só o acesso, mas também a certeza do acesso, a certos bens materiais essenciais são necessários para a participação adequada em uma sociedade democrática e para que os sujeitos possam se comportar como tais.

Weber tem razão, portanto, quando aponta que o desenvolvimento da razão instrumental pode colonizar o mundo da vida, o que pode obstruir ou interromper o desenvolvimento da razão comunicativa. E Weber tem mais um acerto ao apontar que a longo prazo a colonização do mundo vida pela razão instrumental interrompe o próprio desenvolvimento dela. Retomando o exemplo, a mesma exploração do meio ambiente que não garante a segurança alimentar de todos os brasileiros também o degrada e os riscos ambientais ameaçam a continuidade da exploração. Quando há, portanto, a correta condenação daquele que coloca em risco a segurança alimentar, por um crime ambiental ou um crime contra a economia, não se está – em princípio – ostracizando o apenado do debate público democrático, mas sim impedindo-o de ostracizar-se. Afinal de contas, seguindo uma ideia popperiana comum ao debate público, para que a tolerância democrática possa existir é necessário impedir a intolerância. O uso adequado do direito penal nessa situação permite o progresso da razão comunicativa assim como permite que os sujeitos desenvolvam suas personalidades de maneira mais plena; ao mesmo tempo em que não causa uma retração da razão instrumental.

Weber tem razão novamente ao prestigiar o direito como um dos auges do progresso civilizatório, já que o direito é, como a teoria do agir comunicativo mostra, parte fundamental

para o progresso conjunto do mundo da vida. Porém, a filiação weberiana ao paradigma da consciência, ainda que nuançado pelo neokantianismo, leva a alguns erros preocupantes, incluindo a defesa de um modelo de direito que pode impedir o progresso social. Como apontado, Weber acredita que a ética de deveres, independentemente de seu conteúdo, é o que marca a racionalidade oposta à racionalidade instrumental; isso faz com que ele defenda um modelo burocratizado do sistema jurídico, em que qualquer inovação jurídica é vista como uma quebra com a ética do dever. No modelo de direito weberiano o juiz deve ser um aplicador da "letra da lei". Assim, como os pós-positivistas estão de acordo, é uma condição necessária a existência de um sistema jurídico que ele forneça um mínimo de estabilidade. Com a teoria do agir comunicativo aplicada ao direito, sabe-se que faz parte da integração sistêmica operada pelo direito que ele estabilize expectativas; até porque essa estabilidade é necessária ao bom funcionamento dos demais sistemas. Sem o mínimo de previsibilidade o sistema econômico – por exemplo – não poderia funcionar de maneira adequada a suprir as demandas materiais da sociedade. Todavia o direito não pode se comportar como sistema se ao fazer isso o julgador tenha de abrir mão da melhor argumentação possível.

Quando se aplica a teoria do agir comunicativo ao direito, fica patente que o modo como o direito foi construído – como sistema – não é o mais adequado para a "produção"[67] do direito. E isso não é ruim, pelo contrário, é essencial para a saúde dos demais sistemas que o direito tenha uma estrutura burocrática capaz de tornar a vida social satisfatoriamente previsível. Contudo, existem momentos em que esses argumentos a favor do comportamento sistêmico são derrotados pela argumentação jurídica coerente. Algumas dessas vezes essa "inovação" pode ser feita de maneira satisfatória dentro da estrutura do judiciário; quando, por exemplo, decide-se pela não aplicação de uma pena a uma infração pois mesmo a pena mínima prevista se mostra severa demais para o caso concreto. Agora existem questões outras que trazem complicações a estrutura de sistema, dessa forma Weber tem razão em condenar a judicialização dos conflitos sociais no modelo burocrático de direito. Esse processo, realmente, não se encaixa bem nas estruturas tradicionais do sistema jurídico. Entretanto, ele erra ao considerar que é o processo de judicialização dos conflitos que deve ceder em favor da manutenção da estrutura tradicional do sistema; quando na verdade é essa última que deve ceder em favor do atendimento mais adequado na judicialização dos conflitos. Assim é necessário que o sistema jurídico busque sua desburocratização quando ela for necessária para a satisfação das novas pressões sobre o

[67] Utiliza-se aspas aqui e mais à frente em "inovação", para destacar que todo uso de uma norma é derivado de uma interpretação. E, como já dito, toda interpretação de uma norma leva a uma inovação ainda que mínima. As aspas sinalizam uma grande inovação e/ou produção que aparece de maneira mais clara como tal.

sistema. De fato, Habermas, é contrário à ideia de um julgador hercúleo: o juiz, segundo ele, deve se convencer pelo melhor argumento e não pela sua opinião sobre a questão (HABERMAS, 1997a). Contudo, a estrutura de sistema favorece esse comportamento heroico em detrimento do comportamento racional diante dos "hard cases"; por isso a necessidade de se elaborar novas formas processuais mais adequadas as necessidades democráticas das "inovações" ou "produções" jurídicas.

Outro ponto de polêmica sensível em relação a perspectiva weberiana é a questão dos valores. Weber, como neokantiano, acredita ser impossível a passagem da razão pura para a razão prática, por consequência ele não acredita que seja racionalmente defensável um conjunto de valores em detrimento de outro conjunto; embora tenha suas preferências, desde que a forma racional do direito se mantenha – a forma de dever –, qualquer conjunto de valores serviria ao direito. Na perspectiva da teoria do agir comunicativo sequer é possível falar em valores de maneira anterior à linguagem. A moral e o direito se desenvolvem na e por meio da linguagem, justamente por isso, o princípio de universalidade do direito deve ser alcançado por um livre debate, no qual todos possam participar de maneira efetiva e só sejam coagidos pela força da argumentação. Todavia, existem direitos fundamentais que são necessários preservar e/ou fornecer para que o livre debate não seja um simulacro. Nesse sentido não é qualquer conjunto de valores que pode informar as bases do direito; mas um conjunto que supra os déficits que podem haver para uma participação efetiva no debate democrático. A diferença dessa postura para uma postura que defende direitos naturais é que nada obsta *a priori* que um bem jurídico considerado essencial para o acesso ao debate, deixe de o ser após o debate. Embora, como já apontado, bens jurídicos como a vida dificilmente poderiam ser negligenciados.

O último ponto de desacordo que precisa ser tratado é sobre a possibilidade de agir de maneira instrumental para garantir uma vida ética aos sujeitos do futuro. Como a perspectiva habermasiana suplanta o paradigma da consciência, não é possível falar em deveres do mesmo modo como Weber falava. Sabe-se que a descrição do mundo dos objetos cabe às ciências; assim como se sabe que o estabelecimento de realidades intersubjetivas depende da participação e convencimento de sujeitos; por fim, sabe-se ainda que apenas o livre desenvolvimento pode levar a exploração do mundo individual de cada sujeito. Dessa forma não existe a possibilidade lógica de criar sujeitos que não violarão as normas intersubjetivas ou violarão menos. Tudo o que é possível fazer é ofertar e/ou garantir as condições mínimas para o livre debate e esperar que as normas admitidas por todos serão seguidas, em sentido similar ao de Durkheim da necessidade do direito ser justo. Esse processo, como tratado, é fadado ao contínuo aperfeiçoamento, pois conforme se desenrola o debate justo novas subjetividades são

estimuladas a se desenvolver e o desenvolvimento de novas subjetividades modifica o entendimento da ideia de sujeito que por sua vez modifica o que se considera essencial para o livre debate.

Com o exposto, acredita-se que tenha ficado claro com qual finalidade a pesquisa jurídica, deve fazer uso das ciências históricas e antropológicas: não para uma filosofia da história que legitima o presente, como faz a dogmática "positivista"; mas para, ao analisar as relações entre a razão instrumental e a razão comunicativa em uma dada sociedade em um dado período, melhor possa fazer progredir a razão comunicativa na sociedade contemporânea. E essa análise com finalidade progressista é essencial para a execução penal porque a sua historiografia na modernidade põe a exposto que o controle do sistema penal, via de regra, recaiu sobre grupos minoritários. Foram e são os grupos minoritários, que ao participar do debate democrático, ampliaram e ampliam a noção de sujeito de direito e com isso os direitos fundamentais. A conclusão disso é que a execução penal tem trabalhado contra a racionalidade comunicativa ao dificultar a participação efetiva dos sujeitos de direito na construção das normas intersubjetivas. Entender a história permite entender como esses processos de exclusão se instauraram e a quem eles, instrumentalmente, favoreceram. Tudo isso com o intuito de fazer com que a execução penal não continue sendo uma força retrógrada.

2.1.2 A colaboração de conhecimentos científicos para a racionalização da criminalização e da pena

O estudioso tem alguma noção da complexidade do mundo atual, não tanto pela consciência da complicada rede de relações que trava todos os dias, mas pela consciência da complexidade de sua própria área de estudo. Assim ele tende a estar a salvo dessas "gotas de ciência" que mais dia menos dia são espalhadas pela grande mídia e ganham a atenção do grande público, sendo vendidas e usadas para vender. Contudo, mesmo o estudioso pode ser pego por uma dessas teorias excessivamente simplistas ou até mesmo pseudocientíficas; principalmente, quando elas são relativas a áreas muito distantes da que estuda. Isso não necessariamente é um problema, pelo contrário, muitas vezes pode ser positivo; a imersão em uma especialidade, mesmo sendo necessária ao funcionamento dos sistemas sociais, pode deixar os indivíduos bastante "cegos" acerca dos demais conhecimentos. Nesse sentido, o acesso – por exemplo – a um livro de divulgação científica ou filosófica – manualesco ou romanceado – pode desempenhar o papel de apresentar outros saberes até então ignorados ou pouco conhecidos. Na maioria das vezes o conteúdo do livro vai render algumas horas de

conversa com colegas tornando mais humilde o leitor – ele, por assim dizer, vai saber que não sabe o que já é uma competência considerável – e em ocasiões mais raras vai despertar o interesse para uma área do conhecimento humano.

O problema acontece quando essas "gotas de ciência", indo além do mero entretenimento, transformam-se em guias para políticas públicas ou elaboração de leis. Muitas vezes isso acontece durante um momento de pânico moral – talvez iniciado pela própria divulgação e venda da teoria simplista – e/ou devido a pressões de potências econômicas – as quais as vezes patrocinam a divulgação das ideias estereotipadas. Esse tipo de situação, como Habermas aponta (2004), é algo comum a todas as sociedades que vivem sob a égide de uma economia capitalista. Em verdade, desde os trabalhos iniciais da Teoria Crítica (ADORNO, HORKHEIMER; 1985), sabe-se da capacidade que as mídias e os intelectuais das mídias tem de direcionar a atenção das massas e dos políticos para certos problemas com a finalidade de lucrar – do lado das mídias com as vendas do lado dos políticos com os votos. Infelizmente é um problema que se acentua em países que, como o Brasil, não tem mídias públicas fortes e, nesse sentido, é dependente da mídia privada para a divulgação de ideias.

A questão por vezes afetou a legislação brasileira, e seu impacto na seara penal é sensível para qualquer estudioso do tema: (a) recrudescimento acelerado das penas e criação de novos tipos penais; (b) diminuição das garantias processuais. A penetrabilidade de ideias de *thinktanks* norte-americanos por todo o globo, já mencionada, é um dos temas que Wacquant (2011) e Garland (2017) dentre outros criminólogos apontam e criticam. As soluções simplistas da "Teoria das Janelas Quebradas" e do "Tolerância Zero", cuja similaridade é sensível com as ideias do começo da reflexão penal fora recebida com o apoio das massas atemorizadas com a alta da criminalidade – atemorizadas pela grande mídia que transformou o crime em uma "pornografia" e assim como vendeu o problema vendeu a solução (WACQUANT, 2015). A globalização fez com que discussões e questões vindas de outros Estados e outras realidades, entrassem nos países da América Latina, como o Brasil, sem que houvesse tempo para uma reflexão apropriada. O resultado disso, por exemplo, é que se passou à "guerra as drogas" com uma legislação "pensada" numa realidade alienígena a nacional que além disso era extremamente punitivista e moralista (CARVALHO, 2016, p. 100-122). Essas ideias permanecem presentes no debate púbico e ainda são divulgadas com ares de ciência e novidade, mesmo com a evidência explícita de que produziram os efeitos contrários aos projetados.

Para exemplificar, sem pretensão de uma investigação precisa sobre o quanto essas ideias permanecem no imaginário dos especialistas[68], é interessante a menção a dois trechos de um artigo presente em uma coletânea publicada no ano de 2019 com o título "Humanização e Execução Penal: o drama na efetividade do direito penal":

> Obviamente, não se combate o encarceramento simplesmente libertando criminosos (ou deixando de prendê-los), mas sim reduzindo a criminalidade, o que se faz possível quando Estado atua com tamanha eficiência de modo a fazer com que aquele que pretende cometer um crime tenha em mente a certeza (ou ao menos uma grande probabilidade) da punição efetiva. Note-se que é necessário um juízo de certeza da punição estatal e a efetividade da sanção (além de sua proporcionalidade), pois, se a pena se der num mundo de faz de conta ou de forma condescendente, mesmo que haja a certeza de sua aplicação, o criminoso entenderá que o crime compensa e não haverá dissuasão em sua decisão racional. Garry S. Becker, em seu artigo *Crime and Punishment: An Economic Approach*, publicado no *Journal of Political Economy* em 1968, fez uma análise econômica do crime que a doutrina assim sintetizou:
> (...) Em resumo, é inegável que a certeza da punição efetiva (proporcional) produz efeito dissuasório. Observando o número de crimes que são cometidos no Brasil e a quantidade de pessoas realmente privadas da liberdade, nota-se eu neste país a responsabilização criminal é apenas possível e nem sequer provável, razão ela qual a pena está longe de cumprir seu efeito dissuasório. Em Nova York, pode-se observar esse efeito, visto que as autoridades adotaram políticas disponibilizando mais policiais nas ruas, empregando avança tecnologia para monitorar o posicionamento dos policiais e os focos de criminalidade, bem como adotando estratégias diferentes como, por exemplo, a *Broken Windows Theory* e a tolerância zero. Tudo isso preveniu o crime, pois reduziu o espaço para a sua ocorrência. E quando o crime ocorria, a investigação o elucidava e a pena era certa e efetiva, promovendo dissuasão (REIS, SATIN; 2019, p. 86-88)

No momento, não interessa discutir se se prende pouco no Brasil em comparação com o número dos delitos ou se a melhor ideia para pensar a segurança pública se situa nos moldes do panoptismo (isso é assunto para o terceiro capítulo), o que convém analisar é o uso problemático de teorias simplistas e pseudocientíficas. Primeiramente, Becker admite que o que está fazendo é trazer para uma forma mais atual e predominantemente econômica o pensamento de Beccaria e Bentham (1978, p. 45); além disso, o economista argumenta que é necessário uma mudança na compreensão da definição de um crime: o crime não é causar um dano a outrem, mas sim não ser capaz de arcar financeiramente com esse dano. Assim sua proposta é a descriminalização de grande parte das condutas em favor de uma "multa" a quem foi lesado; a prisão só restaria para aqueles incapazes de arcar com o dano – agora sim criminosos – e para os crimes como homicídio ou estupro que seriam de difícil conversão em espécie. Não é preciso grande esforço para perceber os problemas dessa simplificação economicista: (a)

[68] Como foi dito no começo da subseção e como a própria coletânea de artigos parece indicar (cf. SANTIN, 2019) é mais difícil a especialistas na área aceitarem essas teorias na margem entre a excessiva simplificação e a pseudociência; já que apenas três trabalhos – dois com a coautoria de Santin – defendem visão semelhante. Porém, não deixa ser significativo o alcance dessas teorias mesmo em especialistas na área.

criminalização da pobreza; (b) instrumentalização do mundo da vida; (c) simplificação dos motivos por trás da violação de uma norma.

Por sua vez, a "Teoria das Janelas Quebradas", pode ser resumida dessa forma:

> Esta teoria postula que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos na via pública restringe o desencadeamento das infrações criminosas de maior monta, restabelecendo um clima sadio de ordem – uma estranha ilustração do dito popular francês "quem rouba um ovo, rouba um bezerro". A reafirmação da norma dramatiza o respeito à lei e, por conseguinte, inibe o desvio. Ora, o estatuto científico dessa autodenominada teoria é, no mínimo, dúbio. Ela foi formulada há 20 anos pelo cientista político ultraconservador James Q. Wilson e seu acólito Georg Kelling (ex-chefe de polícia de Kansas City, reconvertido depois em "*Senior fellow*" no Manhattan Institute), sob a forma de um texto curto, de nove páginas, publicado não por uma revista de criminologia, depois de submetido à apreciação de pesquisadores competentes, mas sim no semanário cultural *Atlantic Monthly*. E nunca recebeu o menor esboço de comprovação empírica desde então (WACQUANT, 2015, p. 435-436)

Além desse problema há um outro mais nefasto que coloca essa teoria do lado das pseudociências ou mentiras elaboradas. Existia de base para a "Teoria das Janelas Quebradas" um suposto experimento empírico realizado pelo psicólogo social Philip Zimbardo. O experimento resumidamente é o seguinte: Zimbardo abandonou um automóvel durante uma semana em um bairro pobre com falta de coesão social e abandonou um outro automóvel em um bairro mais nobre e com coesão social. Alunos e outros pesquisadores vigiaram os carros durante a semana. Ocorreu que no bairro pobre o carro foi depredado e no bairro mais nobre o carro se manteve intacto. Zimbardo concluiu com base nessa verificação empírica analisada sob a ótica de seu arcabouço teórico que o vandalismo era causado por três motivos: mentalidade de grupo, revolta em razão da desigualdade e anonimato – o qual o bairro com baixa coesão favorecia. Zimbardo então levou o carro intacto para a faculdade e lá com uma marreta o golpeou, seus ajudantes na pesquisa se divertiram com a situação e participaram da depredação. Os autores da "Teoria das Janelas Quebradas", não só trocaram as causas apontadas por Zimbardo para a depredação do primeiro carro como também mentiram deliberadamente ao afirmarem que o carro colocado no bairro mais nobre foi vandalizado por transeuntes após Zimbardo golpeá-lo com uma marreta[69].

Por fim sobre, o tolerância zero vale apontar:

> Uma completa e rigorosa avaliação, empreendida pelos dois melhores especialistas do país [os criminólogos Eck e Maguire], das pesquisas científicas realizadas nos Estados Unidos ao longo dos últimos 20 anos com o objetivo de testar a eficiência da polícia na luta contra o crime concluiu, sobriamente, que nem o número de policiais enviados para o campo de batalha nem as mudanças internas da organização e da cultura das forças da ordem (tais como a introdução da polícia comunitária), nem mesmo as estratégias de focalização dos lugares e dos grupos com forte propensão criminosa (à "exceção possível e parcial" dos programas voltados ao combate do tráfico de rua de

[69] Para uma análise mais detalhada do caso: Cf. ANSFIELD, 2019.

> drogas) tiveram qualquer impacto sobre a evolução das infrações. Ironia final. Entre todas as diversas estratégias policiais avaliadas, os autores consideram o "Compstat" e a "tolerância zero" como "*os candidatos menos plausíveis* para explicar o recuo da criminalidade violenta" na América urbana, e concluem: "Se existe algo que é realmente um mito é [a ideia de] que a polícia exerce um efeito substancial, difuso e *independente* sobre a taxa de criminalidade da nação (WACQUANT, 2015, p.441-442)

Era de se esperar que se esses argumentos problemáticos encontram divulgação dentro da comunidade de especialistas, sua influência no público não especializado seria ainda maior. E é exatamente o que acontece: desde programas na grande mídia que fizeram carreira explorando os crimes violentos e divulgando as referidas ideias; passando por políticos que ascenderam em sua carreira com a promoção do "tolerância zero"; até as massas de consumidores dessas mídias e apoiadores desses políticos. Além disso, os últimos anos marcaram uma ascendência do conservadorismo em várias das grandes Nações, incluindo o Brasil. Há um acentuado desrespeito com a pesquisa científica e com a produção acadêmica, que inclui não apenas o menosprezo dessas pesquisas com auxílio de mídias favoráveis ao conservadorismo, mas também a perseguição dos autores de trabalhos que mostram graves violações a direitos fundamentais.[70]

Certamente, o recrudescimento penal no Brasil passa também por questões da própria sociedade brasileira que independem dessas teorias simplistas e/ou pseudocientíficas; não é isso que está em questão. Como Habermas sustenta (2014), a discussão aqui é que há uma exigência de critérios técnicos e científicos na esfera pública para a aprovação de leis e políticas públicas; exigência que as tentativas de instrumentalizar o mundo da vida tentam superar com auxílio dessas narrativas pseudocientíficas. Assim, é necessário à saúde de um Estado Democrático de Direito o acesso a fontes confiáveis e independentes para apresentar dados que possam contrariar os interesses daqueles que controlam a grande mídia e/ou as estruturas do governo. Essa participação não tem a finalidade única de apresentar informações confiáveis para dar legitimidade ao livre debate público; há também as virtudes que o pensamento científico legítimo pode ensinar à esfera pública.

Nesse sentido: (a) a pesquisa científica depende do trabalho coletivo e integrado de vários pesquisadores; (b) esse trabalho de formiga precisa ser continuamente refeito; (c) o continuo ciclo de afirmações e críticas a ideias torna os pesquisadores moderados e dispostos

---

[70] Basta aqui mencionar três casos exemplificativos dessa situação: (a) a censura injustificada do estudo da Fiocruz sobre o uso de drogas no Brasil na primeira metade de 2019 ; (b) a demissão do chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais após divulgação de dados alarmantes sobre o desmatamento – dados confirmados inclusive pela Nasa (cf. BARRUCHO, 2019); (c) as tentativas do governo em esconder os dados sobre a pandemia .

ao debate; (d) embora as comunidades científicas estabeleçam consensos esses consensos nunca tem uma pretensão totalitária – em ciência sempre há uma outra opinião ou ao menos sua possibilidade.

É premente, como aponta Roxin (2009), que o legislador não possa dispor da criação de tipos penais sem uma justificativa racional. Em uma sociedade complexa isso requer a participação de especialistas nos assuntos que se quer legislar; aptos a fornecer os conhecimentos, os argumentos e os contra-argumentos para que o debate na esfera pública possa se dar sem vícios. Para isso é necessário que a esfera pública tenha a sua disposição esse corpo de intelectuais livres de interesses econômicos, principalmente, em assuntos que envolvem o sistema criminal que está inexoravelmente ligado a questões centrais da esfera pública. Dentre esses cientistas, destacam-se os cientistas sociais, não porque o conhecimento deles seja maior do que conhecimento de outros intelectuais, mas porque sua ciência os leva ao resgate constante do mundo da vida. Assim os cientistas sociais são mais capazes de fazer essa ponte entre o conhecimento altamente especializado e o conhecimento do senso comum.

De forma semelhante, porém em menor escala, os agentes jurídicos necessitam de um conhecimento razoável das ciências sociais. Os envolvidos com o sistema penal precisam ter noções básicas das ciências e filosofias que dão corpo ao conhecimento criminológico; a afirmação de Habermas de que o direito precisa acertar, antes de tudo, suas contas com as ciências sociais é, não apenas correta, como necessária a um direito penal democrático. Certamente essa afirmação aparece para a dogmática "positivista", que domina o ensino e a produção jurídica, como uma afronta; o que de fato não é um problema, pois em um debate em que ambas participem legitimamente e busquem o entendimento, a vitória estará ao lado do melhor direito. O problema surge porque o debate não é instaurado de modo legítimo, as pesquisas e os pesquisadores que se preocupam em dar voz às filosofias e às ciências sociais nas cátedras de direito, são sistematicamente desprestigiados. A historiografia da execução penal repetida a esmo é só uma das provas de como os juristas, via de regra, são carentes de conhecimentos científicos. Obviamente a afirmação habermasiana significa que o jurista precisa saber o mínimo para ter ciência de quando não sabe algo e a partir de então procurar sanar essa falta.

Por fim, acredita-se ter deixado claro que é essencial a um Estado Democrático de Direito a existência de uma intelectualidade que participe de maneira efetiva do debate público. Sem esses especialistas é impossível tratar da complexidade da vida social e, portanto, é impossível o próprio livre debate público. Justamente por isso um Estado Democrático de Direito não pode se abster de criar mecanismos que formem essa intelectualidade e ao mesmo

tempo que deem autonomia para ela. Devido à gravidade das questões penais a não existência desses cientistas e filósofos vicia todos os pontos do sistema – desde a elaboração de leis, passando para a sua aplicação e para o cumprimento da pena. Em especial, a gravidade da execução penal, que está sempre no limite entre o justo e a violência, precisa desse corpo de especialistas que possam sanar os déficits que existem entre o senso comum das massas e as complexas questões penais. No caso do Brasil, a Universidade Pública de qualidade e acessível é, verdadeiramente, um requisito indireto para a execução penal.

2.2 Algumas outras análises normativas necessárias à execução penal

Com base no que fora discutido até o momento, bem como, em acordo teórico com o funcionalismo racional teleológico e subsidiariamente com a teoria do agir comunicativo aplicada ao direito; passa-se a análise normativa e, portanto, interpretativa dos textos legais que delimitam a execução penal no Brasil. Não se pretende fazer um quadro que perpasse todas as normas que se referem a execução penal, mas analisar aquelas que se destacam, seja por sua posição no ordenamento ou pela relevância de seu conteúdo, a fim de explicitar uma argumentação racional sobre a temática. Argumentação essa que será utilizada no próximo capítulo para confrontar os dados empíricos acerca da realidade brasileira. Antes de iniciar convém ressalvar que – em razão da conexão orgânica entre política criminal e direito penal que o funcionalismo de Roxin sustenta – algumas normas caras à execução penal já receberam tratamento suficiente no primeiro capítulo e, sendo esse o caso, não se tratou delas novamente.

O primeiro artigo digno de destaque é o art. 3º da CF em seu inciso III, nele é definido que a erradicação da pobreza e da marginalização é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. E não poderia deixar de ser, pois como ressalta Habermas, o combate a marginalização é essencial para a instauração do livre debate que funda o Direito. Se há sujeitos a parte do processo democrático é porque no fundo não se tem um processo democrático e, portanto, um direito racional. Mas há um outro significado aqui que merece ser explorado: previamente à CF, havia a ideia de combate à pobreza e a marginalidade no governo dos militares; porém, ela estava calcada na ideia de integração homogênea, isto é, a ideia era dar aos marginalizados a possibilidade de entrarem na cultura dominante. Quando da constituinte, muitos integrantes pretendiam incluir essa mesma ideia dos militares na CF; felizmente, existiram disputas argumentativas. A vitória estava ao lado dos antropólogos, como Manuela Carneiro da Cunha, e da mobilização de movimentos sociais; conseguiu-se modificar essa noção: combater a marginalização social não seria dar meios para o “embranquecimento”

cultural, mas sim dar condições dignas para que cada personalidade e grupo cultural pudesse se desenvolver. Os resultados dessa vitória são visíveis em artigos como o 68 acerca do reconhecimento da propriedade dos quilombos e em outros artigos que vão salvaguardar e reconhecer os direitos das comunidades indígenas (CUNHA, 2017). A partir desse artigo e desse inciso é de se esperar que o Estado se dedique às questões que envolvem a execução penal com um duplo afinco, pois: (1º) a clientela do sistema penal são, predominantemente, os pobres e marginalizados; (2º) o sistema penal atua como fator de marginalização.

Os direitos fundamentais presentes, de maneira não exaustiva, no art. 5º e no art. 7º, são as bases necessárias para que todo sujeito de direito possa participar de maneira efetiva da democracia brasileira; muito já foi comentado em momento anterior da dissertação, por isso, pretende-se destacar uma questão específica. Existem certas repetições na CF, por exemplo, é possível argumentar que o significado do inciso III do art. 5º, que dispõe sobre a proibição da tortura e tratamentos desumanos, pode ser depreendido da leitura dos outros incisos que compõem esse artigo. A explicação particular para o caso dessa repetição é que se saía de um período de ditadura, onde não só a clientela comum ao sistema penal havia sofrido na mão de torturadores (ARNS, 1985). A explicação geral é que a CF não é como outros textos legais – escritos de maneira bastante técnica ou picotado pelo tempo em favor de sua instrumentalidade – ela é também um texto histórico: a reflexão de uma sociedade sobre si própria. Em tempos atuais se tornou lugar comum criticar essa característica, apontando que seria mais um entre os muitos excessos desse texto; porém tais críticas esquecem que o excesso é um problema para uma razão instrumental e a CF segue também outra razão.

Para encerrar esse momento de análise constitucional, é possível, por meio, da hermenêutica dos direitos fundamentais juntamente com o art. 5º em seu inciso X, concluir que para aquele que passou pelo sistema penal é necessário um direito ao esquecimento. De outro modo, estar-se-ia na direção da essencialização do sujeito, o que é incoerente com uma teoria comunicativa da razão. Contra esse interesse verdadeiramente democrático a indústria da comunicação, que explora de maneira pornográfica a violência, não se cansa de alegar que se estaria infringindo o direito à livre expressão. A argumentação é similar à usada quando ela espetaculariza a ação da polícia, e antes mesmo da devida averiguação, antecipa-se na condenação. E assim, tem-se seguido enquanto não se solidificar o direito ao esquecimento; a mídia privada segue em sua liberdade de expressão e na liberdade histórica de essencializar em figuras demoníacas os crimes da pobreza.

Em 1992, por meio do Decreto nº 592 é promulgado o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Sua importância é significativa para a execução da pena, pois embora

a CF tenha salvaguardado a integridade dos presos, não havia se manifestado de maneira clara acerca de como deveria ser feito o cumprimento da pena. Ele também tem significado quando se considera que em 1990 já havia se iniciado o processo de depredação de direitos do preso com a Lei nº 8.072 – a lei dos crimes hediondos. Ainda em 1992, por meio do Decreto nº 678 é promulgado o Pacto de São José da Costa Rica. Algumas questões desses Pactos já encontravam proteção na CF e outras a CF oferecia uma proteção maior. Certamente, o ponto de maior significância deles para a execução penal são os ideais "re" (reformar e readaptar), os quais são apontados como os objetivos do cumprimento da sentença em privação de liberdade. Embora os ideais "re" sejam importantes, ainda são bastante apegados a uma tradição que entende o criminoso como um desviante da normalidade social, como se pode depreender das ideias de reformar e readaptar. O apenado é tomado como de socialização precária ou não socializado. Todavia, é possível integrá-los de maneira mais harmônica com o Estado Democrático de Direito. Deve-se preservar a parte positiva dos ideais "re", porém modificar sua compreensão, não se trata de ressocializar o apenado, mas de impedir a sua dessocialização. Isso por ao menos dois motivos: (1º) dizer que o apenado não era socializado ou era socializado precariamente é impróprio a um Estado que deve ser pluralista; (2º) é claramente um absurdo do ponto de vista das ciências sociais, pois de certo o apenado não era um "menino lobo".

Muito da importância da LEP já foi apontada, pois, ainda que fruto dessa visão inadequada sobre o apenado, seu texto, seus princípios e sua disciplina fornecem uma sólida argumentação jurídica em favor de uma execução penal compatível com o Estado Democrático de Direito. O problema está nos percalços da concretização de seu texto. Acerca desses percalços: a LEP surgiu em 1984; em muitos aspectos era bastante progressiva, de modo que a maioria dos penalistas a viram com bons olhos, ainda que críticos de certo paternalismo e punitivismo presente no texto. Contudo, em 1990 com a Lei de Crimes Hediondos a situação se modificou sensivelmente: feita às pressas, sem bases criminológicas sérias – seguindo a cartilha "do tolerância zero" –, com questionáveis bases constitucionais (FÉLIX, FRANCO, LIRA; 2011), ela operou grandes transformações no cumprimento da pena. As consequências de 2001 vieram mais uma vez modificar a LEP; a resposta às organizações criminosas, que surgiram ao menos em parte em razão das ausências do Estado no cárcere, foi o estabelecimento do Regime Disciplinar Diferenciado. Em palavras mais simples, para conter os problemas oriundos do encarceramento, a LEP foi alterada para tornar possível uma prisão dentro da prisão.

Pelo exposto, fica sustentado argumentativamente as conclusões apresentadas no início desse capítulo. Ou seja, não só é necessário à execução penal legítima os requisitos diretos (A), (B) e (C), como também os requisitos indiretos (A1), (B1) e (C1).

3 "INSIGHTS" PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DA REALIDADE PRISIONAL DE ACORDO COM OS DADOS DO INFOPEN

Desde seu aparecimento, no começo do Estado Moderno (FOUCAULT, 2014a), a prática de coletar dados e organizá-los em censos cresceu e se difundiu para todos os âmbitos da sociedade. A seus usos originais – calcular a população de determinada região, calcular os bens para coleta de impostos, traçar perfis populacionais etc. – foi-se acrescentando vários outros usos relacionados não com a estrutura do governo, mas com a vida cotidiana imediata – entender o mercado a seu redor, guiar o consumo de produtos etc. Navegar pelo século XXI é ser transformado em estatística e se orientar por estatísticas: quando se quer comprar algo que não seja um biscate se busca saber como outros consumidores reagiram a mercadoria desejada, enquanto isso, nossas ferramentas de busca vão traçando um perfil de consumo que não sabe apenas o que consumimos, mas como consumimos. Em um tal cenário, a ideia de que os dados falam por si se torna recorrente; e é fácil partilhar dessa opinião quando ela não sai do meio próximo ao indivíduo. Porém isso está longe de ser verdadeiro; gráficos e tabelas são linguagens e assim como todas as linguagens não são instrumentos neutros de medição, pelo contrário, a seu modo discreto criam – por vezes – aquilo que em aparência apenas descrevem.

Para exemplificar esse caráter linguístico e criador dessa nova maneira de se organizar a vida privada e pública é conveniente a exposição de um trecho da "História da Sexualidade" que o aborda[71]:

> Uma das grandes novidades nas técnicas de poder, no século XVIII, foi o surgimento da "população", como problema econômico e político: população-riqueza, população mão-de-obra ou capacidade de trabalho, população em equilíbrio entre seu crescimento próprio e as fontes de que dispõe. Os governos percebem que não tem que lidar simplesmente com sujeitos, nem mesmo com um "povo", porém com uma "população", com seus fenômenos específicos e suas variáveis próprias: natalidade, morbidade, esperança de vida, fecundidade, estado de saúde, incidência das doenças, forma de alimentação e de habitat. Todas essas variáveis situam-se no ponto de intersecção entre os movimentos próprios à vida e os efeitos particulares das instituições: "Os Estados não se povoam conforme uma progressão natural da propagação, mas em razão de sua indústria, de suas produções e das diferentes instituições... Os homens se multiplicam como as produções do solo e na medida das vantagens e dos recursos que encontram nos seus trabalhos". No cerne deste problema econômico e político da população: o sexo; é necessário analisar a taxa de natalidade, a idade de casamento, os nascimentos legítimos e ilegítimos, a precocidade e a frequência das relações sexuais, a maneira de torná-las fecunda ou estéreis, o efeito do celibato ou das interdições, a incidência das práticas contraceptivas – desses famosos "segredos funestos" que os demógrafos, na véspera da Revolução, sabem já serem conhecidos no campo. É verdade que já há muito tempo se afirmava que um país devia ser povoado se quisesse ser rico e poderoso. Mas é a primeira vez em que,

[71] É digno de nota que a obra de Foucault foi usada aqui e em outros momentos dessa dissertação em razão de seu conteúdo historiográfico e não em concordância com as ideias do filósofo francês. Como é perceptível, em razão do uso da teoria do agir comunicativo ao longo da dissertação, acredita-se que as críticas que Habermas faz ao pós-estruturalismo de Foucault são adequadas.

> pelo menos de maneira constante, uma sociedade afirma que seu futuro e sua fortuna estão ligados não somente ao número e à virtude dos cidadãos, não apenas às regras de casamentos e à organização familiar, mas à maneira como cada qual usa seu sexo. Passa-se das lamentações rituais sobre libertinagem estéril dos ricos, dos celibatários e dos libertinos, para um discurso onde a conduta sexual da população é tomada, ao mesmo tempo, como objeto de análise e alvo de intervenção; passa-se das teses maciçamente populacionistas da época mercantilista, às tentativas de regulação mais finas e bem calculadas, que oscilarão, segundo os objetivos e as urgências, em direção natalista ou antinatalista. Através da economia política da população forma-se toda uma teia de observações sobre o sexo. Surge a análise das condutas sexuais, de suas determinações e efeitos, nos limites entre o biológico e o econômico. Aparecem também as campanhas sistemáticas que, à margem dos meios tradicionais – exortações morais e religiosas, medidas fiscais – tentam fazer do comportamento sexual dos casais uma conduta econômica e política deliberada. Os racismos dos séculos XIX e XX encontrarão nelas alguns de seus pontos de fixação. Que o Estado saiba o que se passa com o sexo dos cidadãos e o uso que dele fazem e, também, que cada um seja capaz de controlar sua prática. Entre o Estado e o indivíduo; toda uma teia de discursos, de saberes, de análise e injunções o investiram (FOUCAULT, 1999, p.28-29)

Assim, o censo pode introduzir rígidas separações naquilo que se vivia e/ou se percebia de maneira contínua; ou equivaler coisas que possuem certa distinção. As estatísticas possuem suas histórias e algumas delas para controlar populações consideradas perigosas. Outras foram utilizadas para manipular populações ou grupos a agirem ou deixarem de agir; quando um pesquisador pergunta a um transeunte sobre alguma questão – como por exemplo, sua concordância com as ações de um dado político –, existe um jogo de pressuposições que são tomadas como verdadeiras: (a) que o transeunte tem uma opinião sobre o assunto; (b) que ele segue essa opinião. E isso não tem a ver apenas com a possibilidade de o transeunte mentir, sua dinâmica social – por exemplo – pode ser a de respeitar as decisões de algum familiar e, portanto, mesmo tendo uma opinião própria pode ser que ele acabe por não se orientar por ela. Estatísticas podem ainda descortinar uma realidade que se passava desapercebida, por exemplo, a exclusão de certo grupo social que aparecia de maneira apenas incidental pode se revelar estrutural. Nesse sentido, uma pessoa pode introjetar seu fracasso no jogo do "livre mercado" como culpa de sua limitada capacidade, quando na verdade o fracasso decorre de sua pertença a um grupo que estruturalmente é desfavorecido.

O que se quer dizer com o exposto até aqui é que estatísticas são assuntos complexos, não, necessariamente "lentes sociais" como as vezes se é levado a acreditar. O cientista que quer fazer bom uso delas deve trabalhar para isso e não é tarefa fácil; longe disso, seu uso adequado está associado a muitas horas de reflexão para sua elaboração, depois mais horas gastas na coleta de dados e, por fim, na análise adequada. A partir do que fora dito no primeiro e segundo capítulo, sabe-se que a dogmática "positivista" é ou avessa às ciências sociais ou muito despreparada para elas. Além disso, estatísticas requerem conhecimentos de ciências exatas que muitas vezes não são dominados pelos cientistas sociais e ainda em menos vezes são

dominados por juristas. A baixa qualidade das pesquisas jurisprudenciais (CARVALHO, 2013) dão mostras das duas ausências na formação dos juristas.

Essas podem parecer duras críticas a feitura e uso de pesquisas estatísticas no direito. Mas, em verdade, é justamente o contrário; num ambiente que favorece tanto a conservação, trata-se de uma virtude significativa tentar descortinar a realidade e as pesquisas quantitativas são excelentes meios para se começar. Quem se envereda por esse caminho certamente vai errar, mas a ciência se faz, predominantemente, com erros – como aponta Popper, a ciência ocorre na busca pelo erro das ideias que parecem mais corretas. O problema é outro; aqueles acostumados com a pesquisa científica aprendem que os dados não falam por si, é-se necessário aprender a lê-los. Os não acostumados seguem dois caminhos não exclusivos: (a) acreditam que os dados falam por si e os usam para legitimar seus interesses e opiniões; (b) não sabem ler e, por conseguinte, são indiferentes a eles. A esse problema há um outro agravante; juristas e, principalmente, operadores do direito pertencem – em sua grande maioria – a uma classe social mais elevada e, consequentemente, são afetados de maneira mais branda e indireta pelos problemas sociais que muitas das pesquisas trazem à tona.

Entender essa falta de interesse na leitura correta, que em verdade é um interesse de classe, ajuda a compreender um fenômeno cíclico no país. De tantos em tantos meses, saem pesquisas quantitativas – por vezes discrepantes, mas não contraditórias[72]– que indicam o contínuo deterioramento do sistema prisional. Tem-se então um alarde inicial, pesquisadores que estudam a questão são chamados ao debate público e mostram o meio científico de ler os dados; eles possuem a experiência e o estudo necessário para tanto, pois frequentam as instituições e se dedicam profissionalmente a esse objeto de pesquisa. Como toda ciência há um consenso de que a situação do cárcere é completamente irrazoável, afinal as necessidades mínimas de dignidade não encontram resguardo na maior parte das prisões. Como toda ciência, os projetos não estão desconectados de interesses políticos, mas a força do consenso científico faz com que nessa fase não existam ideias que não sejam razoáveis. São propostas complexas a altura do problema que também é complexo; as quais perpassam mudanças estruturais na sociedade, dentre elas: (a) descriminalização de condutas de menor potencial ofensivo ou puramente moralistas[73], (b) investir na infraestrutura das prisões para dar condições dignas não

---

[72] Os números divergem entre os meios estabelecidos e recorrentes de coleta de dados – Depen, CNJ e o Mapa da Violência – o que certamente é um problema – mas eles não se opõem, pelo contrário, são consistentes em apontar a situação catastrófica do sistema prisional.

[73] O fim da guerra às drogas faz parte dessas ideias, alguns apontam a passagem para a pasta da saúde como solução – deixando ao sistema penal apenas os grandes traficantes – outros defendem a legalização de algumas substâncias que não oferecem, comprovadamente, mal maior do que as drogas lícitas (cf. BURGIERMAN, 2011).

apenas aos presos como também aos servidores e com isso tornar possível a aplicação dos ideais "re"[74], (c) interromper o uso excessivo das prisões preventivas, (d) combater a desigualdade social em suas duas facetas (econômica e cultural), (e) combater os legados de uma sociedade patriarcal e racista.

Porém, assim que o interesse pela questão, gerado pela novidade da notícia, começa a desaparecer, as vezes acelerado por algum crime explorado pela grande mídia, o problema volta a ser ignorado. As ideias simplistas e/ou pseudocientíficas voltam a dominar o debate, pois elas favorecem o sistema econômico de exploração. Aqueles que podem se acomodar ao sistema o fazem vivendo cada vez mais trancafiados e vigiados; já as massas, sem ter meios para arcar com sua própria segurança ficam expostas à violência crescente. Por essa razão, acabam muito implicadas na situação para conseguir a distância necessária para se pensar um problema complexo. Por conseguinte, seguem vítimas da manipulação da mídia e de políticos que oferecem soluções radicais na retórica, mas rasas de conteúdo – apenas mais do que se tem feito (CALDEIRA, 2016).

Com o exposto, deu-se seguimento ao que foi feito nos capítulos anteriores, iniciou-se pelas conclusões. Para chegar a elas, dividiu-se esse último capítulo em dois momentos: 1) a partir do Relatório do Depen de julho à dezembro de 2019 e, subsidiariamente, com auxílio de dados do Conselho Nacional de Justiça de 6 de agosto de 2018, refletiu-se, com a base argumentativa construída nos capítulos anteriores, sobre a situação do sistema prisional; 2) atacou-se duas argumentações problemáticas que disputam a explicação correta das estatísticas e, consequentemente, do que se deve fazer diante do cárcere. O motivo da escolha do Depen, deu-se pela sua atualidade; acredita-se que, embora seja um problema significativo a discrepância entre os dados[75], ela não leva a contradição. Assim, ainda que os dados do Depen possam ter certa irregularidade, isso não afasta a viabilidade de seu uso.

Obviamente, a análise que se fez nesse capítulo não tem pretensões de ir além de uma análise geral e não buscou esgotar o debate. Pelo contrário, apenas se pretendeu, após a reflexão acerca dos dados, derrubar duas argumentações simplistas que querem pôr termo ao debate transformador da realidade prisional e dar continuidade ao processo de degradação das garantias constitucionais dos presos.

3.1 Traços da realidade

---

[74] Dar as condições que a LEP exige é algo que aparece como uma grande transformação nesse modelo de economia neoliberal e retração do Estado.

[75] Conferir a nota 72.

Como se sabe, o Brasil apresente a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas da China que tem a maior população do mundo - cerca de 7 vezes superior à brasileira - e não é um Estado Democrático de Direito, e dos EUA que como estudos apontam (ALEXANDER, 2017)[76] convivem com um sistema de segregação racial, real embora não oficial, que tem no cárcere um dos seus eixos. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias relativo ao período de julho a dezembro de 2019, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil conta com 755.274 indivíduos vinculados às prisões, sendo que 0,96% estão detidos em outros tipos de prisões e o restante, cerca de 99,04% em sistemas penitenciários.

Do percentual de pessoas inseridas em sistemas penitenciários, cerca de 48,47% está inserido em regime prisional fechado, 17,84% em regime prisional semiaberto, 3,36% em regime prisional aberto, 29,75% detidos em prisão provisória, e 0,58% detidos por medida de segurança ou em tratamento ambulatorial. Nota-se que praticamente metade dos detidos, estão, portanto, em regime prisional fechado, o que pode ser explicado pela Lei de Crimes Hediondos e pela Lei nº 11.343/2006 ("Lei de Drogas").

No período compreendido entre julho a dezembro de 2019 ocorreram 528.675 entradas sendo que essas correspondem a 54,71% de inclusões originárias, e o restante de transferências de unidades. No mesmo período o total de saída foi de 799.510, sendo que 0,99% decorrente de abandono, 27,85% por alvarás de soltura, 20,28% por permissão de saída – art. 120 da Lei n.º 7.210, 20,17% por saída temporária – art. 122 da Lei n.º 7.210 e 30,57% em decorrência de transferências para outras unidades.

Durante o período de 1990 a 2019, a taxa de aprisionamento por ano saiu do patamar de 50 para 359,40, com uma elevação mais acentuada entre os anos de 2003 a 2015. Em 2000, a população privada de liberdade alcançava o marco de 232.755, estando disponíveis 135.710 vagas, contando, portanto, com um déficit de 97.045. Em 2019, no entanto, a população privada de liberdade alcança 755.274 pessoas, sendo que estão disponíveis 442.349, restando um déficit

[76] Nas palavras da pesquisadora: "Conforme propõe o sociólogo Loïc Wacquant, a cada reencarnação das castas raciais, o novo sistema, 'é menos total, menos capaz de abranger e controlar toda a raça'. Contudo, qualquer noção de que essa evolução reflita algum tipo de progresso linear seria equivocada, já que não é de todo óbvio que seria melhor ser encarcerado perpetuamente por um pequeno crime relacionado a drogas hoje do que viver com uma família recebendo um salário honesto sob o regime Jim Crow – não obstante a ameaça sempre presente da Ku Klux Klan. Além do mais, conforme os sistemas de controle evoluíram, eles foram se aperfeiçoando, tornando-se provavelmente mais resilientes a mudanças e, assim, capazes de durar até as gerações futuras. A história dos alicerces políticos e econômicos da fundação da nação estadunidense lança alguma luz sobre esses temas recorrentes em nossa história e as razões pelas quais novos sistemas de casta racial continuam a nascer (ALEXANDER, 2018, p. 62)".

de 312.925. Dentre os períodos de alta exponenciais nas taxas de encarceramento, está o período que envolve a legalização do RDD. Por sua vez, é aqui que começa a ficar claro que a resposta às organizações criminosas - forjadas em parte como produto colateral das ausências do Estado nos cárceres - será aumentar a dose do mesmo remédio.

Das 7.265 pessoas inseridas em outros tipos de prisões, tem-se que 3,69% referem-se a mulheres e 96,31% a homens, e ainda, das 748.009 inseridas em sistemas penitenciários, cerca de 4,94% referem-se a mulheres e 95,06% homens. Além disso, das 442.349 vagas disponíveis em sistemas prisionais, cerca de 7,46% delas são ocupadas por mulheres e as demais (92,54%) por homens. No entanto, considerando a taxa total de mulheres inseridas em sistemas prisionais, tem-se que o déficit de vagas para as detentas é bastante inferior ao masculino.

A alta discrepância entre homens e mulheres segue o sentido já identificado por outras pesquisas sociais, como a coordenada por Jessé Souza (2018), em que é apontado um déficit populacional de jovens adultos em comunidades marginalizadas como as favelas - os quais além da prisão estão muito mais sujeitos a morte violenta. Nessas comunidades os párias sociais são os homens relacionados com o tráfico de drogas e as mulheres que se prostituem.

E não só, esse cenário de "irracionalidade" com um encarceramento em muito superior ao número de vagas disponíveis, apenas atesta a baixa capacidade política do cárcere em conseguir investimentos em sua infraestrutura, e que se revela incapaz de acompanhar o aumento consistente da população encarcerada.

Além disso, entre as 748.009 pessoas em sistemas penitenciários tem-se que é composto de 23,29% indivíduos entre 18 a 24 anos, de 21,50% indivíduos entre 25 a 29 anos, 17,32% indivíduos entre 30 a 34 anos, 19,65% indivíduos entre 35 a 45 anos, 7,18% indivíduos de 46 a 60 anos, 1,37% indivíduos com mais de 60 anos, e cerca de 9,68% dos detidos não possuem idade cadastrada. A faixa etária que mais envolve detidos ocorre entre os 18 a 34 anos.

É possível notar que entre os anos de 2000 a 2019 o número de presos provisórios manteve um patamar constante de 30% a 40%. O alto número de presos provisórios se justifica por três motivos: (a) demora irregular no andamento do processo; (b) uso excessivo da prisão processual - problema que se liga diretamente a baixa preocupação na argumentação coerente; (c) o policiamento ostensivo em regiões marginalizadas - o que redunda em abusos que são amplamente conhecidos graças às teorias de "etiquetamento social".

Segundo o CNJ, por meio do Banco Nacional de monitoramento de prisões, é possível verificar que a maior parte dos presos está no cárcere sem condenação, e que os tipos penais mais recorrentes são os de subtração de objeto (com e sem uso de violência), tráfico de drogas e, com uma incidência até 3 vezes menor que esses, o homicídio.

Por todo o exposto, fica evidente que o sistema prisional brasileiro, reconhecidamente inconstitucional, é um empecilho para o Estado Democrático de Direito. A mortificação social de uma parcela marginalizada entre os próprios marginalizados, obsta de maneira radical o legítimo processo democrático e não pode ser aceita, pois vicia completamente o direito penal e todos os âmbitos do direito. O direito penal instrumentalizado leva a instrumentalização do mundo da vida. Dos muitos fracassos com a CF esse talvez seja o maior, já que oprime os mais oprimidos. O trabalho que uma democracia deveria fazer seria o de lutar para humanizar a pena, não para maximizá-la.

3.2 Derrubando dois argumentos problemáticos

Como já foi apresentado na introdução do capítulo, é comum que sejam opostas às leituras científicas dessas pesquisas quantitativas outras narrativas que, utilizando-se de teorias simplistas e/ou pseudocientíficas, tentam, com auxílio das mídias e do próprio sistema econômico, viciar o debate público. Uma delas é a narrativa que tenta torcer os dados para que eles sirvam para justificar a continuidade do projeto de negligenciamento dos direitos fundamentais de uma parcela da população. A outra é uma narrativa individualista, que se adapta a situação problemática, aceitando e/ou instaurando o panoptismo social para preservar a segurança pública. As narrativas não são conceitualmente excludentes, mas tendem a ser socialmente excludentes. Afinal nem todos tem condições econômicas para se preservar da violência e dos conflitos sociais.

A primeira possui tanto formas mais grosseiras, como também formas mais elegantes. Sua versão mais grosseira pode ser encontrada em certos produtos da indústria cultural, como os programas que espetacularizam a violência, e nos discursos de alguns políticos. Ambos os meios fazem o seguinte raciocínio, quanto mais criminosos presos melhor para “as pessoas de bem”. Essa versão se propaga pela sua simplicidade e por parecer se colocar ao lado das massas que estão expostas a violência e não tem outra coisa para se guiar na sociedade se não a etiqueta de ser uma pessoa de bem.

A alta concentração de bens econômicos e culturais associada com o racismo de uma herança escravista nunca problematizada da maneira devida; fazem com que muitas pessoas destituídas não tenham outra coisa a se agarrar se não a força física e a ética essencialista da “pessoa de bem”. Sutil, mas poderosa, a distinção da pessoa de bem é o que as classes mais

abastadas cobram para contratar os serviços braçais. Caldeira (2016), inicialmente, e Souza (2018), recentemente, mostram como é crucial manter essa etiqueta social.[77]

Já em sua versão mais elegante, insiste-se que os números são exagerados. Alega-se que caso se desconsiderasse os presos provisórios, por exemplo, a situação não estaria tão caótica. Além disso, essa versão tenta justificar o número de pessoas encarceradas como pequeno diante dos números de crimes violentos, tais como o homicídio, que acontecem no país e por vezes não são nem alvo de investigação. A elegância desse tipo de argumento está em aceitar parcialmente os trabalhos científicos: é consensual que no Brasil se prende mal; a questão complexa do cárcere passa por uma reinvenção de todo o sistema penal. O problema é que ela sutilmente opõe o cárcere aos crimes violentos; a ideia de fundo é que se essa instituição funcionasse bem ela reduziria os crimes violentos.

O que é falso: o encarceramento não resolve a violência e esse não é o intuito dele. E isso por ao menos dois motivos: (a) as pesquisas científicas (WACQUANT, 2008) mostram que o encarceramento, mesmo em condições ideais, não resolve a violência que é de ordem estrutural. Além disso, se ele pode ser uma ferramenta justa diante do risco insuportável a bens jurídicos essenciais, ele leva muito facilmente a processos de exclusão social e por isso exige o constante aperfeiçoamento das contramedidas. Em palavras mais simples, ele exige uma outra razão que não a instrumental e, por isso, a necessidade, junto com os investimentos na infraestrutura do cárcere, do confronto com a estrutura economicista que se estabeleceu no Brasil. (b) ainda que o encarceramento fosse um remédio eficaz, seja por motivos de prevenção geral negativa ou prevenção especial, não é por esse meio que um Estado Democrático de Direito deve operar. Não se pode instrumentalizar sujeitos de direito; a tomada da liberdade de um indivíduo vem com a contraprestação de primeiro tentar evitá-la ao máximo e segundo impedir que nenhum direito fora o estabelecido em sentença possa ser retirado do apenado.

---

[77] Sobre a importância do rótulo de "pessoa de bem" para os despossuídos: "No geral, o que precisa ficar claro é o seguinte: a sociedade do mérito pune severamente todas as pessoas que não se enquadram em seu perfil preferido, reservando para estas os piores lugares na hierarquia moderna do status de dignididade. O que está em jogo, na verdade, sem que paremos para pensar nisso, é uma luta constante, entre todas as pessoas, pelo reconhecimento de seu valor prático na sociedade do trabalho. Por que apenas alguns conseguem provar este valor e muitos outras não é algo que só podemos entender se admitimos que a dignidade do trabalho é apenas um rótulo genérico, e que na prática algumas ocupações são mais dignas do que outras. Como já se pode ver, a construção dessa desigualdade é sutil. As ocupações braçais, que depedem muito pouco ou, na maioria dos casos, quase nada do conhecimento da escola são estigmatizadas o tempo inteiro simplesmente porque podem ser feitas por qualquer pessoa. Assim, a pergunta que sempre é silenciada na cabeça de milhões de brasileiros, trabalhadores desqualificados, é: quem sou eu, que valor eu tenho, se posso ser substituído por inúmeros iguais a mim, caso abandone minha única ocupação no momento? Dito de modo simples, a resposta, também calada, é: eu sou ninguém em minha sociedade (SOUZA, 2018, p. 281)".

A falsidade da argumentação se dá justamente em uma ignorância dupla: (a) ignorar que a resposta dada ao aumento da violência, desde a CF, foi, predominantemente, aumentar o rigor das penas e aumentar o alcance do direito penal; (b) ignorar o próprio papel do cárcere na brutalização da violência. As organizações criminosas não dominam as prisões no sentido que esse tipo de retórica sustenta; elas não estão em confronto com o Estado – que por vezes nega a existência das mesmas (GODOI. 2017). Elas ocupam os espaços que o Estado não se interessa em ocupar: seja garantido que familiares possam fazer visitas, seja fornecendo itens de higiene pessoal, seja salvaguardando o filiado da violência de alguns servidores etc. Isso não significa que elas sejam boas, a seu modo também estão explorando os filiados por interesses próprios, como mostra Braga, “o presidiário está vigiado pelo Estado e pelo crime” (2013).

É necessário entender que o cárcere, nos moldes que se encontra, é um potencializador da violência. Embora os presos sejam retirados do processo democrático e nesse sentido mortificados; eles desempenham uma função econômica: são uma força de trabalho brutalizada e barata que, por isso, está disposta a dar a vida no "trabalho". Toda uma estrutura econômica se desenvolve em volta dessa forma de vida brutalizada. Desde a economia do tráfico de drogas e armas passando pela economia da segurança privada e alcançando as formas sintéticas como as milícias.

Adentrando a questão da segurança privada, chega-se ao segundo tipo de narrativa. A ausência de investimento, por parte do Estado, em políticas públicas que, realmente, reduzam a violência; faz com que a indústria privada assuma o seu lugar. Inicia-se assim um processo de panoptismo social: de um lado uma difusão acelerada de tecnologias para impedir a criminalidade, por exemplo, instalam-se câmeras de segurança em todos os pontos da cidade. Depois, a contratação de seguranças privados, por vezes excessivamente armados, que fazem a segurança adicional dos indivíduos e estabelecimentos que podem bancar essa situação. Junto com eles os contratos com seguradoras para se garantir caso essa proteção também não funcione.

Logo, a própria estética da cidade vai se curvando a arquitetura de defesa. A cidade se molda para combater os que não conseguem se inserir no mercado de trabalho – vistos como perigosos –, as praças e os pontos de convivência pública começam a se esfacelar. Uma outra arquitetura e um outro projeto de cidade começa a ser instaurado; um projeto que faz, por exemplo, com que seja necessário um meio de transporte privado para se ter acesso às coisas do cotidiano. A cidade que historicamente se construiu para tudo centralizar, inicia uma jornada de espaçamentos e distâncias. Jornada essa que afasta a percepção da miséria; existem os criminosos e por isso toda a parafernália de defesa, mas a miséria está distante dos olhos (tanto em um sentido social como em um sentido físico). (GÓES; SPOSITO, 2013)

A indústria privada ainda vai vender, para os que forem capazes de comprar, uma vida como a antiga, com natureza e segurança para as crianças poderem brincar e conviver entre seus iguais. Onde se pode dar um intervalo à racionalidade da segurança. Quem não pode arcar com esse processo, é tolhido de um dos direitos fundamentais da modernidade, qual seja, o direito à cidade. Para se ir ao trabalho, deve-se privar do descanso. Para se divertir, deve-se arcar com os lugares adequados. Festas e celebrações em lugares inadequados são vistas como fonte de baderna, consumo/tráfico de drogas e regozijo de criminosos. Essa maneira de pensar leva a conclusão de que para salvar o essencial do corpo, deve-se abrir mão das partes. O subemprego é melhor que o desemprego. Viver trancado é melhor que não viver. A desgraça do outro ao menos não é a sua desgraça. Resumidamente: essa narrativa pensa o complexo problema da violência de maneira instrumental, e se adapta a ele. Para uns poucos brasileiros ela tem cumprido o que promete, mas sempre por um preço maior. Para a maioria ela acelera o processo de degradação da CF.

Com o exposto, concluiu-se os objetivos desse último capítulo. Como mostrado, o sistema penal tem seguido a lógica instrumental da economia globalizada e neoliberal. Em outros âmbitos (como nas relações de trabalho, por exemplo), tem-se acontecido a mesma coisa. Diante de um problema social, esse tipo de racionalização, aposta sempre em cortar garantias para salvar os interesses do mercado que são apresentados, pela indústria cultural e por certos políticos, como os interesses de todos. Cada vez que se faz isso se acentuam as desigualdades e logo aos velhos problemas sociais novos são acrescidos. É chegada a hora de se voltar a outra racionalidade, a racionalidade da abundância e da transformação social que emana da CF – a racionalidade que quer todos os direitos fundamentais e está disposta a lutar por eles.

CONCLUSÃO

Com o exposto ao longo dessa dissertação, acredita-se que todos os objetivos propostos foram atingidos. Para evidenciar essa afirmação convém uma pequena síntese. Nos dois primeiros capítulos elaborou-se uma argumentação robusta acerca do fim da pena e de seu cumprimento. Não se fugiu do confronto com as teorias e ideias que permeiam o debate, pelo contrário tentou-se mostrar a viabilidade dessa argumentação ser feita por meio do funcionalismo racional teleológico e, subsidiariamente, por meio da teoria do agir comunicativo aplicada ao direito.

Mostrou-se que não é possível pensar o direito penal distanciado da política criminal, pois o que uma sociedade democrática e pluralista pode aceitar do Estado é apenas a intervenção para resguardar bens jurídicos essenciais e só quando eles são ameaçados de maneira insuportável. Assim, a pena não tem outra função que não seja anunciar que o apenado não obrou mudar a configuração normativa e valorativa da sociedade. Contudo, ela só é instrumento legítimo se o Estado cuidar de desenvolver políticas criminais externas ao direito penal; e ela deixa de ser legítima assim que o apenado seja tolhido de outro direito que não aquele cominado na sentença. Daí a necessidade do Estado de agir para impedir a dessocialização do apenado, principalmente, quando preso.

Depois, para contornar aquilo que aparecia como evidente para Roxin – a proteção de bens jurídicos essenciais –, foi-se ao auxílio de Habermas. Na teoria do agir comunicativo a ideia de bens jurídicos essenciais defendida por Roxin encontrou seu equivalente nas necessidades mínimas para a instalação do livre debate democrático. Foi possível, então, justificar essa "falha”.

Após, mostrou-se, por meio do resgate da ideia de progresso em Habermas – feita a partir de uma crítica a historiografia tradicional da execução penal –, a necessidade de que a execução da pena cumpra requisitos indiretos: (a) ela não pode instrumentalizar o preso de maneira alguma então é necessário a devida aplicação do direito penal; (b) deve-se buscar continuamente reduzir o direito penal; (c) é necessário que o legislador ao criar a legislação penal o faça de maneira adequada e com vistas a, quando possível, por fim a ela, para tanto ele precisa do acesso a especialistas na área que se pretende legislar. Esse grupo de especialistas autônomos – intelectuais atuantes na esfera pública – facilitam o debate de criação da norma e também facilitam sua fiscalização. Também se apontou, que é necessário ao jurista e,

especialmente, ao aplicador do direito que ele tenha conhecimentos mínimos das ciências criminológicas.

Ao longo do trabalho essa argumentação sobre a função da pena e a legítima execução foi feita com auxílio da legislação pátria. Acredita-se que ao fim do capítulo 2 tenha ficado claro que essa é uma intepretação viável das normas brasileiras e que, portanto, estaria apta a guiar juristas e legisladores. No capítulo 3, mostrou-se, com auxílio de pesquisas empíricas, o quão longe o país está de um tratamento digno para o preso – de acordo com a argumentação construída – e como o cenário está ficando pior. Enfim para evidenciar a importância do pensamento crítico no âmbito do direito e especialmente no direito penal, expôs-se os vícios de dois tipos de argumentação que defendem a continuidade do sistema prisional do jeito que está; ou seja, como um mecanismo de gestão da miséria.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

AGOSTINHO, S. **Confissões**. São Paulo: Paulus, 1984. (Coleção Patrística)

ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

ALAGIA, A. **Fazer sofrer**: imagens do homem e da sociedade no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2018. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 24)

_____., et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1

ALEXANDER, M. **A nova segregação**: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

ANSFIELD, B. How a 50-year-old study was misconstrued to create destructive broken-windows policing: the harmful policy was built on a shaky foundation. **The Washington Post**. 27, Dec., 2019. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/outlook/2019/12/27/how-year-old-study-was-misconstrued-create-destructive-broken-windows-policing/>. Acesso: 6 de Jul. 2020.

ARNS, D. P. E. C. **Brasil**: nunca mais. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

BASTOS, C. L.; CANDIOTTO, K. B. B. **Filosofia da ciência**. Petrópolis: Vozes, 2008.

BARCZEWSKI, S. L. **Myth and national identity in nineteenth-century britain**: the legends of king arthur and robin hood. New York: Oxford Press, 2005.

BARRUCHO, L. Demissão de chefe do Inpe é ‘alarmante’, diz diretor de centro da Nasa. **BBC News Brasil**, Londres, 7, Ago., 2019. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49256294>.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, G. S.; LANDES, W. M. **Essays in the economics of crime and punishment**. NBER, 1974. p. 1-54. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso: 6, Jul., 2020.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRAGA, A. G. M. Preso pelo estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BURGIERMAN, D. R. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011.

BUSTAMANTE, R. M. C.; DAVIDSON, J.; MENDES, N. M. **A experiência imperialista romana**: teorias e práticas. Tempo, Niterói, v. 9, n. 18, p. 17-41, Junho, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042005000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 20, Aug., 2020.

CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABALLERO, A. **A filosofia através dos textos**. São Paulo: Editora Cultrix. 1971.

CALDEIRA, T. P. R. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em são paulo. 3. ed. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2016.

CAMARGO, A. L. C. **Sistema de pena, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

CUNHA, M. C. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017.

DESCARTES, R. **Discurso do método**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1979a. (Descartes Os Pensadores).

_____. **Meditações**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1979b. (Descartes Os Pensadores).

DIAS, A. R. F. **O discurso da violência**: as marcas da oralidade no jornalismo popular. São Paulo: EDUC/Cortez, 1996.

DUBBER, M. D. **The dual penal state**: the crisis of criminal law in comparative-historical perspective. Nova York: Oxford University Press, 2018.

DURKHEIM, É. **As formas elementares de vida religiosa** (o sistema totêmico na austrália). 3. ed. São Paulo: Editora Paulus, 2018.

_____. **Da divisão do trabalho social**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O suicídio**: estudo de sociologia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGELS, F. **Anti-dühring**. São Paulo: Boitempo, 2015.

_____. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: La Fonte, 2012.

_____. **O cristianismo primitivo**. São José del-Rei: Estudos Vermelhos, 2011.

ENGELS, F.; KAUTSKY, K. **O socialismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2012.

ENGELS, F. MARX, K. **A ideologia alemã**: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes feuerbach, b. bauer e stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas. São Paulo: Boitempo, 2016.

ENGELS, F. MARX, K. **A ideologia alemã**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGELS, F. MARX, K. **A sagrada família**. São Paulo: Boitempo, 2014.

Estudo da fiocruz sobre uso de drogas no Brasil é censurado. **TV Globo**. 29, Mai., 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/05/29/estudo-da-fiocruz-sobre-uso-de-drogas-no-brasil-e-censurado.ghtml>. Acesso: 4, Jun., 2020.

FEHÉR, F. **The french revolution and birth of the modernity**. Berkeley: University of California Press, 1990.

FÉLIX, Y.; FRANCO, A. S.; LIRA, R. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 10. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016

_____. **A sociedade punitiva**: curso no collège de France (1972-1973). São Paulo: Martins Fontes, 2018

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2012.

_____. **Gênese e estrutura da antropologia de kant** / **A ordem do discurso**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.

_____. **Historia de la sexualidad I**: la voluntad de saber. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. 2014a.

_____. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

_____. **Isto não é um cachimbo**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014b.

_____. **Os anormais**: curso no collège de France (1974-1975). 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014c.

_____. **Vigiar e punir**. 39. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

GARLAND, D. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GODOI, R. **Fluxos em cadeia**: as prisões em são paulo na virada dos tempos. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

GÓES, E. M.; SPOSITO, M. E. B. Espaços fechados e cidades: insegurança urbana e fragmentação socioespacial. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

GOFFMAN, Erving. **As representações do eu na vida cotidiana**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014.

_____. **Manicômios, prisões e conventos**. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. 1

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. 2.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

_____. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012a. v. 1.

_____. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica a razão funcionalista. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012b. v. 2.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Marins Fontes, 2012.

HASSEMER, W. **Crítica del derecho penal de hoy**. Bogotá: Universidade Externado, 2002.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito**. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Filosofia da história**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008

_____. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERDER, J. G. V. **Outlines of a philosophy of the history of man**. Random Shack, 2016.

HOBBES, T. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

HOBBES, T. **Do cidadão**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

_____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

HUME, D. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

HUSSERL, E. **Investigações lógicas – investigações para a fenomenologia e teoria do conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

HYPOLLITE, J. **Introdução a filosofia da história de hegel**. Lisboa: Edições 70, 1995.

JAKOBS, G. **Ação e omissão no direito penal**. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de Direito Penal; v.2)

_____. **A imputação objetiva no direito penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **A imputação penal da ação e da omissão**. Barueri: Manole, 2003b. (Estudos de Direito Penal; v.7)

_____. **Autoria mediata e sobre o estado da omissão**. Barueri: Manole, 2003c. (Estudos de Direito Penal; v.5)

_____. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri: Manole, 2003d. (Estudos de Direito Penal; v.1)

_____. **Crítica a teoria do domínio do fato**. Barueri: Manole, 2003e. (Estudos de Direito Penal; v.9)

_____. **Fundamentos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003f. (Estudos de Direito Penal; v.6)

_____. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Barueri: Manole, 2003g. (Estudos de Direito Penal; v.10)

_____. **Teoria da pena e suicídio a pedido e homicídio a pedido**. Barueri: Manole, 2003h. (Estudos de Direito Penal; v.3)

_____. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri: Manole, 2003i. (Estudos de Direito Penal; v.8)

_____. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Barueri: Manole, 2003j. (Estudos de Direito Penal; v.4)

JAKOBS, G.; MÉLIA, C. M. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

KANT, I. **A paz perpétua**. São Paulo: L&PM Editores, 2008.

_____. **Prolegómenos a toda a metafísica futura**. Lisboa: Edições 70,1988.

_____. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a.

_____. **Crítica da razão pura**. Petrópolis: Editora Vozes, 2015b.

_____. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Martins Fontes: 2004.

_____. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

KELSEN, H. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. **A paz pelo direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

_____. **O estado como integração**: um confronto de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Society and nature**. Illnois: The Universtity of Chicago Press, 1943.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KIRCHHEIMER, O.; RUSCHE, G. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. (Coleção Pensamento Criminológico; 3)

LE GOFF, J. **A civilização do ocidente medieval**. Petrópolis: Editora Vozes, 2017.

_____. **A idade média e o dinheiro**: ensaio de antropologia histórica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

LEIRIS, M. **A áfrica fantasma**. São Paulo: Cosac Naify. 2007.

LÉVI-STRAUSS, C. **Antropologia estrutural**. v. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Antropologia estrutural**. V. 2. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

_____. **Longe do brasil**. São Paulo: Editora Unesp, 2011

_____. **O pensamento selvagem**. 8. ed. Campinas: Papirus, 2008.

_____. **Olhar escutar ler**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LISZT, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. V. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial Supremo Tribunal de Justiça, 2006.

LOCKE, J. **Draft a**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

_____. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1978b. (Locke Os Pensadores).

_____. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1978c. (Locke Os Pensadores).

LOMBROSO, C. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007.

LISTZ, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. v. 1. (Coleção história do direito brasileiro).

LUHMANN, N. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.

MARCONDES, D. **Raízes da dúvida**: ceticismo e filosofia moderna. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

MAGALHÃES, B. B.**O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito**: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. Revista Direito GV, 15(2), e1916. Epub July 15, 2019

MAQUIAVEL, N. **Discursos sobre a primeira década de tito lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O príncipe**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARX, K. **O 18 de brumário de luís bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MAUSS, M. **Ensaio sobre a dádiva**: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

_____. **Sociologia e antropologia.** 2. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

_____.; HUBERT, H. **Sobre o sacrifício**. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013 (Monografias; 65)

OLIVEIRA, L. Não fale do código de hamurábi! a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 137-167.

POPPER, K. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1975.

PAULO, A. R. **O jus puniendi germânico na alta idade média italiana**. 2011. 621f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

PETERSON, D.; WRANGHAM, R. **O macho demoníaco**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1998.

PETIT, P. **A paz romana**. São Paulo: Edusp, Pioneira, 1989.
POLANYI, K. **A grande transformação**: as origens de nossa época. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RADBRUCH, G. **Filosofia do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010a.

_____. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010b.

RAMPAZZO, L.; VANZELLA, J. M. M. A injustiça legal como vício do juiz que julga: uma continuidade na diferença paradigmática entre São Tomás e Habermas. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 13. p. 67-93. 2016.

REIS, D. H.; SANTIN, V. F. Encarceramento ou criminalidade em massa? In: SANTIN, V. F. (Org.) **Humanização e execução penal**: o drama na efetividade do direito penal. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019. p. 69-94

ROSS, A. **Direito e justiça**. 2. ed. Bauro: EDIPRO, 2007.

_____. **Tû-tû**. São Paulo: QuartierLatin, 2004.

ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Editora Civitas, 1997. v. 1.

_____. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A Teoria da Imputação Objetiva**. Revista brasileira de Ciências Criminais, v. 10, fascículo 38, São Paulo, 2002.

RODRIGUEZ, J. R. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013

SAAD-DINIZ, E. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012.

SAHLINS, M. D. **Como pensam os "nativos"**: sobre o capitão cook, por exemplo. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2019. (Clássicos; v.20)

SALGADO, J. C. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SANTIN, V. F. (Org.) **Humanização e execução penal**: o drama na efetividade do direito penal. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

SAVIGNY, F. C. **Metodologia jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

_____. **Derecho Romano Actual**. V. I. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.

SCHELER, M. **El puesto del hombre en el cosmos**. Madrid: Guillermo Escolar Editor SL, 2017

SMITH, A. **A riqueza das nações**: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. São Paulo: Madras, 2009.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. 3. ed. São Paulo: Contracorrente, 2018.

SOUZA NETO, Cézar Cardoso de. **A pessoa e os valores, aspectos do pensamento de maxscheler**. 2003. 88f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Filosofia) – Centro de Ciências Humanas, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas. 2003.

SILVA, V. A. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano**: uma resposta à carta de heidegger sobre o humanismo. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

TEMER, S. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

TROIS NETO, P. M. C. **Análise das objeções às regras de fundamentação no novo código de processo civil brasileiro**. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, n. 6, 27 abrl. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/33690004/An%C3%A1lise_das_obje%C3%A7%C3%B5es_%C3%A0s_regras_de_fundamenta%C3%A7%C3%A3o_no_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_brasileiro>. Acesso: 10, Mar., 2020.

UGARTE, O. C. **Direito natural e direito positivo em kant e fichte**. Revista Filosófica de Coimbra. vol. 21, n. 41, mar 2012. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/29469/3/RFC41_artigo10.pdf?ln=pt-pt>. Acesso: 12, Mar., 2020

VEZZANI, D. S. **Por uma análise científica acerca do uso de algemas nas audiências penais**. 2016. 125 f. (Graduação em Direito) – UNESP, Franca, SP, 2016.

WACQUANT, L. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos estados unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

WAGNER, R. **A invenção da cultura**. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2008.

_____. **História geral da economia**. São Paulo: Centauro, 2006

_____. **O direito na economia e na sociedade**. São Paulo: Ícone, 2011.

_____. **Sociologia das religiões**. São Paulo: Ícone, 2010.

_____. **Escritos Políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento; v. 19)

WELZEL, H. **O novo sistema jurídico-penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito Penal**. 2. ed. Campinas: Editora Romana, 2004.

WITTGENSTEIN, L. **Aforismos: cultura y valor**. 5. ed. Madrid: Espasa, 2007.

_____. **{Gramática filosófica}**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

_____. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. **O livro azul**. Lisboa: Edições 70, 2008

_____. **Tractatus logico-philosophicus**. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

ZAFFARONI, E. R. **Inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 14)

ZIMBARDO, P. **O efeito lúcifer**: como pessoas boas se tornam más. Rio de Janeiro: Record, 2012.