

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, o tramonto dei supplizi é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.

A interrupção súbita daquela relação sanguinária de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre estes temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos - como é o caso de Ulrich Beck , Anthony Guiddens , Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman , dentre outros.

Esta Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade impar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Estes cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Ao lado disto, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana e os paradigmas do Direito Penal Liberal, como reconhecendo a este a ultima ratio dos sistemas normativos, os princípios da legalidade estrita e taxatividade em termos de tipologias penais e sancionatórias, a subsidiariedade das ciências penais para o enfrentamento dos conflitos humanos, os déficits democráticos dos modelos inquisitórios e acusatórios do Direito Penal e Processual Penal, entre outros mais.

Todas estas questões podem ser visualizadas nos trabalhos apresentados neste GT e Revista, com alta profundidade acadêmica e reflexiva, amplamente debatidos por seus autores e interlocutores nos grupos de trabalho que ocorreram nos dias 08 e 09 de dezembro de 2016, em Curitiba, o que pretendemos agora socializar com o público leitor brasileiro e internacional.

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato - UFPB

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal - UNOESC

ASPECTOS HISTÓRICOS DA PUNIÇÃO PENAL RELACIONADOS À ATUAL CRISE NA JUSTIFICATIVA DA PENA CRIMINAL.

HISTORICAL ASPECTS OF CRIMINAL PUNISHMENT RELATED TO THE CURRENT JUSTIFICATION CRISIS IN CRIMINAL PENALTY

Marcia Elayne Berbich De Moraes ¹

Resumo

O presente artigo analisa os aspectos históricos da justificativa do discurso punitivo estatal, relacionados a atual crise dos fins da pena, buscando observar o surgimento dessa, a partir da transição dos métodos de vingança impostos antes do Estado moderno até o estabelecimento da punição penal como elemento de coerção política na modernidade, utilizando as ideias contratualistas relacionadas às concepções de retribuição e prevenção. Tais perspectivas se relativizam na pós-modernidade, não possuindo mais a mesma dimensão de legitimação justificacionista, fator que pode ser atribuído, às novas nuances de vitimização social e modificação das necessidades dos indivíduos do Estado do bem-estar.

Palavras-chave: Pena criminal, Discurso punitivo, Pós-modernidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the historical aspects of the justification of the state punitive discourse related to the current crisis of criminal punishment, observing the emergence of criminal punishment from the transition of the revenge methods, before the emergence of the modern state, to the constitution of criminal punishment as, using the ideas in the social contract related to the conceptions of retribution and prevention. Such perspectives are lost in the postmodernity, losing its dimension of justification and legitimation, a factor that can be attributed to the new nuances of social victimization and the changing needs of individuals, produced by welfarestate.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal penalty, Punitive speech, Postmodernism

¹ Advogada e professora de Direito Penal na Universidade Veiga de Almeida - UVA

INTRODUÇÃO

A observação da aplicação prática do sistema punitivo penal demonstra que muitas vezes as situações de excessos e irracionalidades preponderam, principalmente quando se trata da prisão processual e da execução penal. Nesse sentido, o principal argumento a respeito, seria de que tais abusos decorrem da aplicação falha do processo, orbitando em torno da questão dos sistemas processuais, acusatório e inquisitorial (COUTINHO, 2000; PRADO, 2006).

Optando por seguir outra linha de exploração, o presente artigo busca utilizar como ponto de partida as origens históricas da pena criminal a partir das teorias contratualistas, sob o viés de como a punição penal foi justificada inicialmente em seu conteúdo retributivo e preventivo, possibilitando sua aceitação racional diante do pensamento moderno nos séculos XVI e XVII.

Tais ideias estão contempladas em afirmações como a de MESSUTI, quando fala da pena como sendo a retribuição efetivada pela comunidade de pessoas e seus membros: “quando a comunidade ‘golpeia’, não há um ‘golpe’ em troca. Por esta razão, a pena é pena e não vingança” (2003, p 23). Dessa forma, quando a pena aparece como privação de liberdade essa é dimensionada através do tempo, pois “a exigência de precisão se torna manifesta” (MESSUTI, 2003 p. 36). A racionalidade na formação da justificativa punitiva está demonstrada nesse breve pensamento.

Porém, nos dias atuais, surge uma nova dificuldade referente à mensuração desse tempo para fins de retribuição, já que o que ora se apresenta é uma sociedade pós-moderna (do risco) que vive um momento de aceleração e velocidade (VIRILIO, 1993, p. 35-38). A medida do tempo como pena apresenta cada vez mais diferença para com o tempo social (MESSUTI, 2003 p. 40).

Nessa linha, o que se faz necessário expor a seguir é uma breve contextualização em torno dos elementos históricos que circundam a punição penal, desde sua origem até o modo como é entendida no presente, buscando a partir de desses, compreender os pontos de conflito ou de perda da legitimidade com relação a justificação da pena criminal na atualidade.

1 ORIGENS DA PUNIÇÃO PENAL E A TRANSIÇÃO NO ESTADO MODERNO

Na Idade Média, as sanções criminais estavam muito vinculadas à caracterização pecuniária, sendo “submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do ‘status’ social a que pertencia o réu”. Consequentemente, a pena de prisão era aplicada para aqueles delitos residuais, isto é, por não terem gravidade suficiente para receberem uma pena de morte ou penas de mutilação (BITENCOURT, 1993, p.18).¹ Esses suplícios e mutilações constituíam em um espetáculo ao qual eram submetidos os aprisionados, consistindo o recolhimento prisional em apenas uma etapa de espera (FOUCAULT, 1991, p. 15-32). A finalidade era alcançada com o ritual do sacrifício através do corpo daquele que recebia a punição. Porém, com a transição dos suplícios para a punição penal moderna, surgiram novos métodos punitivos que expunham as relações de poder (FOUCAULT, 1991).

É nesta época que aparece a *prisão Estado* e a *prisão eclesiástica*. A primeira consistia no recolhimento dos inimigos do poder real ou senhorial, traidores ou adversários políticos. Quanto à segunda, referia-se às características internas da instituição Igreja, tendo um sentido de penitência ou meditação para determinados infratores, para que esses se arrependessem, buscando a correção. Importante referir ainda o direito ordálico, o qual acabou também por influenciar a pena moderna, levando o suspeito à imposição de provas, as quais deveria superar, sob pena da assunção de culpa (BITENCOURT, 1993).

Esses métodos acabaram servindo para a constituição da punição moderna mediante certa tecnologia de poder sobre o corpo, o que resulta na aplicação “dessa técnica dos sinais punitivos, que tende a inverter todo o campo temporal da ação penal”, dando ao “poder de punir um instrumento econômico, eficaz, generalizável por todo o corpo social, que possa codificar todos os comportamentos e consequentemente reduzir todo o domínio difuso das ilegalidades” (FOUCAULT, 1991, p. 26, 86). Assim, Deus é suprimido do panorama teórico justificador das punições, deixando “como bem supremo o próprio *saber*, de modo que nos *saberes* (ciências) Satã foi substituído pela *ignorância*. A ignorância passa a ser o *mal* e o saber corresponde ao *bem*” (ZAFFARONI, 2007, p.40).

¹ Observe-se o caráter relativo com relação ao termo “Idade Média”, uma vez que essa não ocorreu com simultaneidade integral na Europa naquele período da história.

Seriam esses antecedentes importantes para a prisão moderna, devendo ainda ser destacada a ideia de MELOSSI Y PAVARINI (2006) sobre o surgimento das casas de correção modernas como instrumento de dominação, impondo a hegemonia de uma classe sobre outra, uma vez que esse ponto de vista é largamente utilizado até os dias de hoje, quando se trabalha questões acerca da prisão e da pena.

Contudo, entende-se que esse último aspecto por si somente não explica todo o fenômeno de perpetuação da violência e dos abusos ocorridos em sede de prisão processual e execução penal, com a conseqüente relativização das justificativas da punição penal. Note-se que, embora sob o diferente enfoque desses autores, a presença de um novo saber, através da imposição do sistema judicial para o estabelecimento das regras relativas ao formato da punição (vingança), encontra-se presente.

Tendo como apropriado esse entendimento, passa-se ao enfrentamento junto às origens teóricas do Estado para o qual a punição é condição *sine qua non*.

2 ORIGENS DA PENA E O ESTADO MODERNO

Não é mera coincidência que o aprisionamento como entendido hoje (pena privativa de liberdade) tenha surgido como uma das soluções em termos de punição, quando se concretiza o entendimento sobre o direito natural para o qual, segundo WEBER (1944), todo o direito legítimo estaria baseado em última instância em uma liberdade contratual.

“[...] un convenio racional de voluntad. Bien sobre un contrato real primitivo de individuos libres, que regula para el futuro la forma de creación del nuevo derecho estatuido. O, en sentido ideal, establece que sólo sera legítimo aquel derecho cuyo contenido no contradiga al concepto de un orden conforme a la razón, estatuido a través de un acuerdo libre. Los ‘derechos de libertad’ son el elemento esencial de este derecho natural, figurando en primer término la *liberdad contractual*.” (WEBER, 1944, p.641-642)

Esta “condição natural dos homens” seria “um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir e dispor de suas ações, de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade”, ou seja, o denominado “Estado de Natureza” (LOCKE, 1994, p. 83-90). Assim, a forma individualista da “teoria do pacto”, uma das ideias principais que embasa a formação do Estado moderno, seria uma das manifestações mais puras desse direito natural (WEBER, 1944, p. 641).

Aqui é importante entender um pouco sobre a mudança paradigmática que ocorreu nesse momento do século XVI. TOCQUEVILLE assim resume as modificações que começaram no início da modernidade na Europa:

“[...] as barreiras levantadas pelos homens caem; dividem-se as terras, o poder se divide, os conhecimentos se estendem, as inteligências se igualam; a situação social vai se democratizando e o império da democracia se estabelece finalmente de modo pacífico nas instituições e nos costumes” (1988, p.40).

Nesse sentido, as ideias liberais dos contratualistas forneceram a base para essa nova concepção antropocêntrica, sendo importante não perder de vista que essa “construção do processo civilizatório via pacto social possui um contraponto fundante mitificado”, com relação à predisposição dos indivíduos a abraçarem a proteção do Estado (CARVALHO & CARVALHO, 2001, p. 06). Porém, deve ser destacada a influência do sagrado sobre esses preceitos, o que pode ser visualizado em LOCKE, o qual descreveu o estado de natureza e os princípios do direito natural como um “estado de permissividade” regido por leis da natureza às quais todos estão sujeitos e que, ainda, não podem prejudicar-se uns aos outros em questões que envolvam a vida, liberdade, saúde e posses pelo motivo de que “todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio” (1994, p. 83-90). Destaca-se então, o surgimento da categoria indivíduo e com ele a sua liberdade, mas ainda sob os regramentos da divindade, mas que aos poucos vai se descolar desses preceitos.

Segundo BITENCOURT, “Desde o ponto de vista das ideias, a partir do século XVI, começa-se a valorizar mais a liberdade e se impõe progressivamente o racionalismo” (1993,

p.34), o que de certa forma tem relação direta com o surgimento da prisão, uma vez que se concretiza a possibilidade de ser livre na forma de indivíduo. A formação da categoria indivíduo é importantíssima para a nova concepção de Estado, pois a individualidade conduz os homens, não mais a ideia de seres sociais afastando a noção de mero agrupamento em comunidade, mas sim de “homens que se bastam a si mesmos enquanto feitos à imagem de Deus e enquanto depositários da razão” (DUMONT, 1985, p.87).

Seguindo essa lógica, é possível observar que o Contrato Social traz como definição: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder, sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, 2000, p.32), a qual, agregada a outras, inspira a obra de BECCARIA, que, por sua vez, balizou o sistema penal moderno, conforme se verifica no seguinte trecho: “as leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados à superfície da terra” (1983, p.14).

Nesse novo contexto, entende-se que os comportamentos ilegais seriam irracionais (patológicos), havendo a necessidade de imposição de uma sanção, sendo que os critérios para se determinar a irracionalidade ou racionalidade de um ato definem-se através de um conceito de utilidade (BITENCOURT, 1993, p.40) e que é atribuído pela lei.

A partir desse ponto, a verificação do tema proposto rebate a explicação comum que se dá para a modificação do sistema punitivo, ampliando a concepção relativa à formação do Estado e a adoção das teorias iluministas que influenciaram na formação do sistema penal e que tomam por base apenas o período dos horrores dos suplícios existentes *pré-Beccaria* e, depois, a simples exploração da formação do pacto contratual e conseqüente humanização das penas.

3 DIREITOS NATURAIS E O PODER DE PUNIR DO ESTADO

Ainda com a finalidade de explorar a questão da pena, inicia-se com mais algumas argumentações sobre o contrato social e as ideias utilitaristas. Tal enfoque se faz importante, pois, atualmente, a existência do Estado está tão presente e interiorizada nos indivíduos, que dificulta a compreensão do debate que acontecia no início da formação teórica do Estado.

A discussão naquele momento versava em torno do gozo dos direitos como vida, liberdade e propriedade, estando vinculada à ideia da necessidade do trabalho do homem, bem como da possibilidade da fruição dos benefícios obtidos a partir desse trabalho. Pressupunha-se que tudo que existia na terra fora dado por Deus “aos filhos dos homens em comum”; no entanto, com a prática laboral foi possível “proporcionar aos homens direitos distintos a várias parcelas dele para seu uso particular, quando não houvesse dúvida quanto ao seu direito nem espaço para disputas” (LOCKE, 1994, p.106).

Nesse ponto, caracteriza-se em LOCKE (1994) a questão da recompensa aos que trabalham no sentido de uma maior facilidade no alcance da felicidade, bem como na aquisição do direito à propriedade. A questão religiosa está presente na gênese do discurso que embasa tais ideias liberais, privilegiando a noção de merecimento vinculada ao trabalho.

Essa visão liberal ocasionou um efeito relacionado à sedimentação do poder político, o qual tornou-se a força de coerção o que a grosso modo “leva a um efeito de desaparecimento da recusa ao trabalho. O sentido do lazer é substituído pelo gosto da acumulação quando, em síntese, surge no corpo social essa força externa” que é nada mais do que o poder político (CLASTRES, 1978, p.137). Desse modo, a “relação política de poder precede e fundamenta a relação econômica de exploração. Antes de ser econômica, a alienação é política, o poder antecede o trabalho, o econômico é uma derivação do político, a emergência do Estado determina o aparecimento das classes”, permitindo uma opressão política e a exploração, ou seja, a violência estatal racional autorizada por todos. Assim, o Estado é o “representante e o protetor dos proprietários” (CLASTRES, 1978, p.139, 142).

Outro ponto dos teóricos contratualistas deve ficar destacado: o de que “os métodos, as ideias, os conceitos devem ser medidos por sua utilidade”, sendo que o interesse social estaria refletido na soma de todos os seus membros. Verifica-se que a avaliação de uma ação na medida utilitarista está vinculada à felicidade que pode somar ou diminuir para a sociedade como um todo, sendo que o objetivo da lei é afastar tudo que pode subtrair a felicidade do todo, aplicando-se para isso a pena que é um mal em si, mas que tem um objetivo estritamente adequado para evitar um mal maior (RAMOS, 2006, p.66).

O argumento mencionado, o qual envolve o utilitarismo, dispõe sobre os regramentos das questões de trabalho, da recompensa e da propriedade na fundação e justificativa do Estado

e dá os primeiros sinais de permissão (dentro da justificativa do paradigma moderno) para que o corpo social inteiro seja envolvido principalmente no que se refere ao enfrentamento do delito como um dano que alcança o conjunto do corpo social. Isto porque “o grande e principal objetivo dos homens se associarem em sociedades políticas e se colocarem sob a tutela do governo é a preservação de sua propriedade”, que se justifica através do trabalho, sendo que essa propriedade se constitui em “sua vida, liberdade e propriedade”, ou seja, todos os seus direitos naturais. Assim, “o governo não tem outro objetivo a não ser a preservação da propriedade” (LOCKE, 1994, p.21), quando considerada como fator englobador e representante categórico de todos os direitos naturais.

E, para proteger tais direitos naturais, o homem, em Estado de natureza, pode utilizar-se do direito de punição, o qual pertence a todos e que envolve a reparação; entretanto, LOCKE assevera que a forma ideal dessa punição deve estar associada a um governo para a manutenção da parcialidade, afastando a vingança excessiva (LOCKE, 1994, p.88).

Mesmo assim, o autor ainda persiste na presença de Deus como fonte de normas, como justificativa inicial da existência de um governo que pode utilizar a punição. Essa é a gênese dos fundamentos pelos quais se parte para a análise das teorias que justificam a punição ao longo da modernidade. Nela se apresenta (ou se esconde) o “sagrado” no poder de punir do Estado.

Porém, no decorrer dos séculos essa presença divina como fonte de normas ficou esquecida nos enlaces teóricos que se subseguem. Isto porque o antropocentrismo acabou ganhando cada vez mais espaço ao longo da modernidade, na qual a secularização, a disseminação das ideias “levava os homens a olhar mais para as coisas terrenas, em detrimento das divinas; os ideais libertários, que repudiavam as tutelas culturais e ideológicas” (GONZAGA, 1993, p.215-216).

Assim, no decorrer dos séculos da modernidade, o avanço científico levou o homem a novas formas de acumulação, de trabalho e a um sentido nunca antes pensado. A atitude contemporânea prevê no excesso de consumo a noção de riqueza e bem-estar. Tais atitudes também remontam a outros pensadores da época, como BACON (1999), por exemplo, o qual foi mais além, acirrando os valores de acumulação e domínio da natureza vinculados a valores patriarcais.

No entanto, é possível afirmar que essa imensa vitória relativa ao domínio da natureza levou a um dos aspectos mais sombrios da atualmente denominada *pós-modernidade* ou *modernização reflexiva*, que é a certeza da impossibilidade de controle dos riscos sociais, naturais, políticos, econômicos e individuais, uma vez que cada vez mais escapam ao controle das instituições. A perda das certezas religiosas e científicas e o crescimento da consciência acerca da limitação do *saber* levam o indivíduo moderno à percepção dos riscos e à busca de meios de controle. Assim, o direito e as leis surgem como possibilidades de manutenção do controle e acabam sendo utilizados politicamente (GIDDENS, BECK & LASH, 1997; GOLDBLATT, 1996).

Numa perspectiva mais atual à respeito das consequências da modernidade, GIDDENS descreve que “O risco está estreitamente associado à inovação”, sendo que a “globalização está reestruturando o modo como vivemos e de uma maneira muito profunda”, influenciando o cotidiano “tanto quanto eventos que ocorrem numa escala global”. Seus efeitos vão além da economia, adentrando na família, força de trabalho, democracia, existência do estado nação. Nesse contexto, a violência tem se mostrado como um dos refúgios dos fundamentalistas que vêm com perturbação e perigo tais mudanças (GIDDENS, 1996, p.15-16).

Esse processo resulta hoje em uma sociedade vitimizada, porque, em sua gênese, o Estado moderno identifica-se com uma proteção minimalista através do Estado liberal. Todavia, ao longo do século XX, este Estado ampliou seu leque de ação “na medida em que toma a seu cargo, para além da simples sobrevivência, a garantia de uma certa qualidade de vida” que é entendida como o Estado providência ou Estado do bem-estar, o qual deve estar comprometido em efetivar as promessas modernas de igualdade e liberdade condizentes ao direito natural dos seus cidadãos (OST, 1999, p. 336-338).

Para a efetivação dessas promessas, apresentam-se as leis e as punições para aqueles que as violarem, as quais tiveram sua gênese de justificativa nas concepções contratualistas e liberais quando do surgimento do Estado moderno. Contudo, não trazem mais em seu fundamento qualquer característica que as ligue ao *sagrado* ou ao *Criador*, ideias que deram embasamento à punição estatal. Consequentemente, essas promessas têm um imenso conteúdo de diminuição e dominação dos riscos sociais, o que gera uma frustração social por parte dos indivíduos.

Tal fator ganha acréscimo valorativo quando associado à falência do Estado providência após a segunda metade do século XX, o que, segundo OST, levou a uma reprivatização das relações sociais e, ainda, com a predominância da sociedade do espetáculo através da veiculação nos meios de comunicação de situações que transmitem uma *imagem de realidade* vinculada a uma insegurança generalizada pela crescente criminalidade. Assim, esses sujeitos, órfãos do Estado do Bem-estar, identificam-se com as vítimas da criminalidade que supostamente cresce (OST, 1999, p. 340-347), abrindo espaço para a violência do poder *político*.

Essas novas necessidades que surgem na sociedade atual podem ser apontadas como um *dilema* decorrente da consequência da dinâmica da propagação da linguagem que se apropriou da gênese do discurso teórico do Estado, entendido assim como *crença* (BEVIR, 2008; POCOOCK, 2003). Aqui, o único fator que parece permanecer estático é o direito (leia-se discurso punitivo penal), o qual também é uma das promessas da modernidade, com sua gênese de proteção dos direitos naturais como visto em Locke, através da utilização da punição ou ainda, dos demais contratualistas a respeito do “pacto social”.

Assim, permanece o entendimento acerca da necessidade e dever de solução a respeito do problema quanto à sensação de insegurança e dos riscos generalizados (SILVA-SANCHEZ, 2001) e, conseqüentemente, todo o entendimento passa a girar em torno da “lei” e do “direito” através de sua punição penal. Porém sua justificativa retributiva e preventiva, tal como pensada na gênese de suas ideias parece não atender esse novo contexto. Essa é a face da sociedade pós-moderna.

4 A PENA E SUA ATUAL JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE

Com os argumentos devidamente postos, é possível melhor observar a questão relativa às teorias que justificam a pena. A explicação iniciada com a legitimação do direito de punição em Locke, como uma atribuição de Deus, o qual teria instituído “o governo para conter a parcialidade e a violência dos homens” (LOCKE, 1994, p.88), já não é mais suficiente ao longo da modernidade (e da pós-modernidade), primeiro em função do aprimoramento do “saber científico”, ou seja, o deslocamento do teocentrismo para o antropocentrismo. Segundo, porque

uma vez que “o ser humano com ajuda da técnica ‘cosmomizou’ praticamente toda a Terra já não existe o caos do ‘Estado de Natureza’ sobre nenhum espaço terrestre. O ‘mundo’, ‘nosso mundo’, se estende por toda parte”. Assim, não há mais espaço para a vivência, exposição e devolução dos infratores para o Estado de Natureza, como havia no século XVII. Isso obriga o espaço social, que passa a dominar todos os espaços da terra, a construir seu próprio caos que é a prisão (MESSUTI, 2003, p. 30-31).

Desse modo, a teorização acerca do *por que punir* acaba necessitando de uma nova dimensão justificativa, pois além da noção do *direito de punição* como uma atribuição divina ter perdido seu sentido inicial, se faz necessário justificar o próprio caos que a comunidade teve que criar: no caso, a prisão. Esse novo caos criado não é mais totalmente ausente de normas, mas sim caracterizado pela normatividade excessiva, rigidez e mobilidade (GOFFMANN, 1990; CUNHA, 2008) e, assim, acirra-se a crise com relação a necessidade de explicar o *por que punir*, o qual traz consigo as teorias acerca da função da pena, as quais buscam justificá-la, mas normalmente recaem na justificativa da própria prisão (MESSUTI, 2003).

Segundo MESSUTI, “a pena é um exemplo de má consciência”. Seu significado tem origem no termo Grego “poine”, significando “vingança, ódio: a retribuição destinada a compensar um crime, a expiação de sangue” e ainda complementa que “A multiplicidade de teorias que pretendem justificar a pena revela o profundo problema de consciência que esta instituição suscita” (2003, p. 19).

Essa “vingança”, esse “ódio” estabelecidos, não mais numa forma que dialoga com o sagrado através do simbolismo do sacrifício, é que permanece ao longo da modernidade em seu devido lugar que é o cárcere, tendo uma importância simbólica, sendo “um meio convencional para a expressão de atitudes de ressentimento e de indignação, assim como juízos de desaprovação e reprovação, seja das próprias autoridades punitivas, seja daqueles em cujo nome se aplica” (MESSUTI, 2003, p. 31).

Como foi possível observar, o entendimento moderno acerca da função da pena inaugura-se como um fato que impressionou o ânimo dos homens. Isto porque, segundo MESSUTI, a imposição da pena “deixa claro que comunidade e delito se separam. Ainda que a vítima seja um indivíduo, a comunidade se apropria do dano causado pelo delito, o faz seu, assumindo o papel de vítima fundamental” (2003, p. 40). Sendo assim, “Não é por acaso que

as teorias legitimantes dos fins da pena sempre tenham levado mais em conta os efeitos que a pena possa ter na sociedade do que os efeitos que pode ter no indivíduo” (MESSUTI, 2003, p. 57).

De qualquer modo, para que esse duplo efeito seja possível, a individualização da pena é um advento de grande representatividade inserido na punição penal durante a modernidade, sendo refletida na *regra da especificação ideal* (FOUCAULT, 1991), que visa manter a dose adequada de punição a cada culpa individualmente, garantindo que leis fixas sejam aplicadas a indivíduos singulares na medida do merecimento de sua alma.

É possível referir também que, na pós-modernidade, a pena se apresenta como o resultado da aplicação da justiça, a qual tenta “estabelecer ou restabelecer uma equação, uma relação, não tanto entre delito e punição como entre criminalidade e vitimidade, entre responsabilidade e vulnerabilidade”. Nesse jogo que a pena traz consigo, é preciso entender que a reparação na sua essência inclui como característica principal “nunca poder fazer com que aquilo que aconteceu não tenha acontecido” e essa impossibilidade de reverter o “tempo do mal” (ABEL, 1997, p. 114) também se constitui um ideal inalcançável.

Para ABEL, essa é a fórmula da justiça na modernidade, a qual somente terá sentido e autoridade “se puder fazer aplicar a sanção penal, que é uma forma de fazer mal, de retribuir o mal cometido com um mal sofrido”. Essa é a racionalidade da punição, porém “Como se pode fazer justiça com uma justiça que comporta tanta violência e irracionalidade? Mas como se pode fazer a justiça sem ela?” (1997, p. 119).

CONCLUSÃO

A análise efetivada no presente artigo mostrou que a lógica religiosa é uma das figuras que integrou os ideais iluministas e contratualistas que embasaram as justificativas para a punição penal moderna.

Isso pode ser observado a partir da breve exposição das origens históricas da pena criminal, com uma amostra da transição da punição pré-moderna que envolvia os suplícios e a

vingança até o surgimento da prisão Estado e da constituição definitiva da punição moderna mediante a tecnologia de poder sobre o corpo.

Em segundo plano, foi possível verificar como as teorias contratualistas ajudaram a justificar a punição penal em seu conteúdo retributivo e preventivo, possibilitando sua aceitação racional diante do pensamento moderno. Nesse ponto, as ideias liberais e contratualistas resumidas na teoria do pacto social e na aceitação do trabalho, vinculada ao gosto pela acumulação e no merecimento foram fatores que influenciaram fortemente a justificativa de retribuição àqueles indivíduos que não aderissem ao contrato social, cabendo a eles a pena, ou seja, a devolução ao estado de natureza.

Porém, com as modificações advindas da modernização reflexiva, isso pode constituir-se em algo incompreensível aos indivíduos, pois, esta visão penal do mundo civilizou-se, secularizou-se.

O que ora se apresenta na pós-modernidade é uma sociedade vitimizada, que vive um momento de aceleração e velocidade (VIRILIO, 1993, p. 35-38). Surge, assim, uma nova dificuldade referente à mensuração desse tempo para fins de retribuição penal ao delito, já que a medida do tempo como pena apresenta cada vez mais diferença para com o tempo social. A sensação de insegurança e frustração é que passa a permear os indivíduos, perpetuando os discursos de insatisfação com relação aos fins e justificativas da pena criminal.

Essa compreensão dos pontos de conflito ou de perda da legitimidade com relação a justificação da pena criminal na atualidade, ainda se mostra, em termos técnicos, apresentando como solução a aplicação da pena, obtida através da previsão *in abstracto* da lei e se dá através de uma quantificação (determinação de uma pena base) e posterior avaliação de circunstâncias até o alcance da pena específica para aquele indivíduo que praticou o crime.

Tal perspectiva de individualização pode ser referida como um efetivo contraponto do direito positivo dentro da perspectiva clássica baseada no livre arbítrio. Muito embora o Direito positivo diga que esse *quantum* individualizado seja para fins de recuperação daquele que recebe a pena, para o direito penal “o que interessa, fundamentalmente, é que a pena guarde relação devida com o delito”, independente de conseguir cumpri-la, pois é a fixação da pena que reafirma seu caráter simbólico (MESSUTI, 2003, p.40).

Esse descompasso entre a satisfação do direito penal e a satisfação social para com a punição penal através da pena, pode ser apontado como o cerne da crise a respeito do sentimento de incerteza com relação à insuficiência justificacionista da penal criminal na atualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Olivier. Justiça e o Mal. *In*: GARAPON, Antonie; SALAS, Denis (Orgs). **A justiça e o mal**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1997.

BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Nova Atlântida. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

_____. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BETTENCOURT O. S. B.; TAVARES, Pe. Estêvão. Apresentação do livro de GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BEVIR, Mark. **A lógica da história das ideias**. Traduzido por Gilson César Cardoso de Sousa. Bauru: Edusc, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – Causas e alternativas**. São Paulo: RT, 1993.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política**. Traduzido por Theo Santiago. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editoras S.A., 1978.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro. **Revista do ITEC**, Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, Porto Alegre, 2000.

CUNHA, Manuela Ivonne. Prisão e sociedade: modalidades de uma conexão. *In*: CUNHA, Manuela Ivonne (Org.). **Aquém e além da prisão – cruzamentos e perspectivas**. Lisboa: 90 Graus, 2008.

DUMONT, Louis. **O individualismo**. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Traduzido por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 9ª ed. Traduzido por Lúcia M. Ponté Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Traduzido por Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 3. ed. Traduzido por Fernando Luis Machado e Maria Manuela Rocha. Oeiras: Celta, 1996.

GOFFMANN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1990.

GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Piaget, 1996.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil** – e outros escritos. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, Vozes, 1994.

KAPRA, Fritjof. **O tao da física**. Um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental. Traduzido por José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, 2006.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Traduzido por Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário: séculos XVI-XIX. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

POCOCK, J.G.A. **Linguagens do Ideário Político**. Traduzido por Fábio Fernandez. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Traduzido por Peitro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Igualdade social e liberdade política**: uma introdução à obra de Alexis de Tocqueville. Traduzido por Cícero Araújo. São Paulo: Nerman, 1988.

VIRILIO, Paulo. **A inércia polar**. Traduzido por Ana Luísa Faria. Lisboa: Dom Quixote, 1993.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Esbozo de sociologia comprensiva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica de Argentina S.A., 1944.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Traduzido por Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.