

Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais

Reforming the criminal justice system through its system of thought: for a sociology of penal ideas

José Roberto Franco Xavier

Professor da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. E-mail: jrfxavier@gmail.com

Artigo recebido em 22 de setembro de 2015 e aceito em setembro de 2015.

Resumo:

Este artigo trabalha, num plano teórico, com a noção de reforma do sistema penal. De forma mais específica, interessamo-nos por *inovações* nesse sistema, tendo como quadro de referência para identificar tais inovações um sistema de ideias predominante no âmbito penal que chamamos aqui de "racionalidade penal moderna" (Pires). Lançando mão de forma livre de alguns conceitos da teoria dos sistemas de Luhmann, pretendemos mostrar que não é toda mudança no sistema penal que constitui uma inovação e que a possibilidade de "reforma" só acontece quando ela é produzida pelo próprio sistema penal a partir de suas operações. Finalmente, entendemos este texto como inserido no quadro de uma *sociologia das ideias penais*. Há aqui a crença de que transformações importantes e necessárias nas práticas penais só podem acontecer a partir da compreensão de obstáculos cognitivos que impedem o sistema penal de pensar a resolução de conflitos para além da imposição obrigatória do mal da pena.

Palavras-chave: reforma do sistema penal; racionalidade penal moderna; inovação penal

Abstract

This paper undertakes the notion of reform, on a theoretical level, concerning the criminal justice system. We focus our attention on *innovations* within that system, using the theoretical framework of a dominant system of ideas known as "modern penal rationality" (Pires) in order to identify such innovations. Drawing on some concepts from Luhmann's systems theory, we intend to show that not every change in the criminal justice system could be seen as innovation. In that sense, we defend that the possibility of "reform" can only become tangible when it is produced by the system itself through its own operations. Finally, we understand this text as a *sociology of penal ideas*. We are convinced that important and necessary changes to the criminal practices could only take place through the understanding of the cognitive obstacles that prevent the criminal justice system

from considering conflict resolution beyond the mandatory infliction of the punishment evil.

Keywords: criminal justice system reform; modern penal rationality; penal innovation

1. Introdução

Falar sobre reforma da justiça, pensando aqui especificamente em justiça penal, é de certa forma simples. Uma vez que os discursos sobre a falência das respostas penais (sobre os disfuncionamentos das instituições judiciais, sobre as mazelas do processo penal, sobre as iniquidades da aplicação da pena etc.) são abundantes há várias décadas¹, sabemos que a necessidade de reforma (do ponto de vista da literatura penal) se faz presente em incontáveis práticas e instituições da justiça penal. Basta o observador eleger para o seu estudo uma dessas práticas ou instituições que rapidamente vislumbrará institutos, práticas ou mesmo teorias e ideias penais que precisam de "reforma".

No entanto, se encontrar disfuncionamentos não é exatamente uma tarefa difícil, a tarefa de pensar caminhos para reformas no sistema de justiça penal se revela bem mais complexa. Há, num primeiro nível, a dificuldade de se pensar em práticas alternativas que pareçam viáveis para os operadores e as instituições, que sejam aceitas e possam ser implementadas. Mas há também, num segundo plano, a própria dificuldade dos acadêmicos da área de pensarem em novas formas de proceder que fujam de sugestões triviais e que no fundo sugerem reformas que não atacam práticas e semânticas tradicionalmente problemáticas.

Neste texto, defendo duas ideias principais com relação à noção de "reforma" do sistema penal. Em primeiro lugar, que propostas de reforma do sistema penal não são de fato verdadeiras transformações em práticas

¹ A própria existência de um campo de estudos que se denomina criminologia crítica é testemunho da abundância de discursos acerca do funcionamento de instituições penais. Se há um trabalho bem feito por uma criminologia de esquerda desde pelo menos o final dos anos 60, esse é o de mostrar que é da natureza dos sistemas penais de promoverem injustiças e privilegiarem minorias na sociedade. De autores abolicionistas como Louk Hulsman e Nils Christie a sociólogos da prisão como Donald Clemmer e Gresham Sykes, de analistas de políticas penais como Robert Martinson a teóricos do porte de Michel Foucault (que nunca se identificaria como criminólogo, diga-se de passagem), todos que se debruçam sobre algum aspecto dos sistemas penais contemporâneos terminam por nos mostrar um cenário que incita pedidos de "reforma" (embora a "reforma" para questões penais, especificamente pensando na prisão, é contemporânea da própria prisão, como bem demonstrado por Foucault).

problemáticas e ideias estabelecidas, sendo apenas mudanças superficiais que não lidam com alguns obstáculos cognitivos das quais essas práticas estão impregnadas. Em segundo lugar, que as transformações num sistema social - no caso, o sistema de justiça penal - só ocorrem de fato quando são levadas à cabo por um movimento interno, dos próprios operadores desse sistema, e não por propostas de outros sistemas sociais que querem forçar uma mudança de fora para dentro². Ambas as ideias já foram discutidas por outros autores em outros contextos³, mas me parece apropriado retomá-las num texto em que se pretende discutir num plano teórico a questão da reforma da justiça penal.

Para entender os dois pontos acima, este texto se dedica em grande parte à explicação da teoria da racionalidade penal moderna desenvolvida por Pires (1999, 2000, 2002, 2004, 2007, 2008). Para que o leitor possa entender o que chamamos aqui de reformas ou transformações penais não inovadoras, é preciso primeiro que seja feita uma explicação sobre um sistema de ideias que utilizamos como quadro de referência para essa avaliação. Entendemos que reformas, como deixaremos claro mais à frente, só são de fato inovadoras quando conseguem escapar dessas ideias fortemente estruturantes e problemáticas que constituem um núcleo identitário do sistema penal.

Por fim, devemos esclarecer que entendemos este trabalho como inserido numa sociologia das *ideias* penais. Ao que nos parece, para além de uma sociologia das práticas penais, a possibilidade de reforma do sistema penal tem muito a ganhar com uma sociologia das ideias que orientam e, com muita frequência, impõem práticas penais que se tornam inconvenientes mas que não conseguimos abandonar por falta de uma reflexão teórica que possa sustentar um fazer diferente. O intuito aqui é descrever como as ideias penais constituem um

² Por trás dessa ideia está o conceito de fechamento operacional da teoria dos sistemas de Luhmann (1993, 1995 e 1997).

³ O primeiro argumento foi trabalhado por Dubé (2008), Cauchie et Kaminski (2007), Cappi (2014) e Pires e Garcia (2007); o segundo argumento foi longamente desenvolvido nos trabalhos de Dubé (2008) e Raupp (2015), apoiando-se no quadro teórico da teoria dos sistemas de Luhmann, mais especificamente nas ideias de fechamento operacional e de abertura cognitiva dos sistemas sociais.

verdadeiro obstáculo epistemológico (Bachelard, 1975) para a transformação de um sistema penal que prima pela iniquidade e por seus efeitos negativos para apenados, vítimas e sociedade em geral.

2. Sobre um sistema de pensamento onipresente no sistema penal⁴

O que podemos explicar com uma sociologia das ideias penais e quais são suas possíveis contribuições para uma agenda de reforma do sistema penal? Para tentar responder a essa questão, pensemos antes em algumas questões que intrigam aqueles que se debruçam sobre o direito penal. De onde vem a dificuldade de se pensar e de se colocar em prática respostas penais que sejam menos voltadas para a distribuição do sofrimento e para a exclusão social do condenado? Como podemos compreender a dificuldade que o sistema penal tem em lidar com soluções alternativas para os conflitos com que lida? Ou com respostas que possam fazer alguma contribuição para a sociedade, que possam ver o conflito como menos atomizado, que possam levar em consideração vítimas e o círculo social do apenado? Como enfim podemos interpretar o fato de que respostas menos aflitivas para os conflitos penais quase nunca são pensadas e, quando o são, são apenas para crimes considerados menos relevantes, para questões marginais para o direito penal?

Na tentativa de entender esses questionamentos, lançamos mão de um quadro teórico proposto por Pires, o qual ele denomina “teoria da racionalidade penal moderna”⁵. Para responder a essas questões, propomo-nos a apresentar as linhas gerais de uma teoria que trata da evolução do sistema de direito criminal e de seu sistema de pensamento dominante, intitulada por Pires de “racionalidade

⁴ Por outros motivos e com objetivos diferentes, também fizemos uma interpretação desse quadro teórico desenvolvido por Pires em outros dois textos (Xavier, 2010 e 2012).

⁵ Baseamo-nos aqui nos trabalhos de Pires (1999, 2000, 2002, 2004, 2007, 2008).

penal moderna”. A ideia fundamental dessa teoria é que a formação dos sistemas penais no Ocidente se deu em grande parte pela colonização, nesses sistemas, de um conjunto de ideias sobre *o que é e para que deve servir* uma pena criminal. Esse conjunto de ideias (um verdadeiro sistema de ideias, como veremos mais à frente), que emerge no final do século XVIII, torna-se incontornável em matéria de punição criminal. A própria identidade do sistema penal passa por esse sistema de pensamento. Vejamos mais em detalhes o que entendemos aqui por racionalidade penal moderna (doravante RPM).

2.1. Considerações gerais sobre a racionalidade penal moderna (RPM)

Por racionalidade penal moderna entendemos um sistema de ideias (ou de pensamento) do sistema penal. Uma teoria sobre essa racionalidade pretende descrever e explicar as dificuldades que esse sistema coloca para o sistema penal quando esse procura pensar penas fora do quadro tradicional de referência. Falamos, portanto, de uma teoria que pretende explicar as dificuldades de evolução do sistema penal e jogar luz sobre o papel exercido pelas teorias da pena como obstáculo cognitivo a essa evolução. A teoria pretende, dessa forma, mostrar que as teoria da pena, para além de suas incompatibilidades e divergências, convergem numa função de justificar decisões em matéria de penas. Juntas elas formam um quadro decisional que vincula decisões quando se trata de atribuir uma pena criminal. Essa teoria nos será útil aqui tanto para descrever uma lógica de atribuição de penas quanto para entender as dificuldades relativas ao surgimento de inovações em questões penais.

2.2. O sistema de pensamento chamado racionalidade penal moderna (RPM)

Retomando Pires, podemos dizer que a racionalidade é um sistema de pensamento ou de ideias que abarca *discursos acadêmico-filosófico-científicos*⁶ que foram “selecionados, validados, estabilizados e generalizados pelos sistema social em questão” (Pires, 2004: 183). Esse sistema de pensamento funciona como fonte de identidade do sistema penal, garantindo-lhe discursos que lhe dizem o que ele (sistema penal) é e quais são as suas atribuições. O sistema penal observa o seu ambiente a partir desse sistema de pensamento, assim como observa a si próprio e as suas funções a partir desse mesmo conjunto de discursos.

A racionalidade penal moderna, como sistema de pensamento, é formada por um conjunto de ideias que os penalistas e filósofos do direito penal conhecem tradicionalmente por teorias da pena. Esse sistema de pensamento seria uma “resultante de forças”: “um conjunto de ideias que não são sempre convergentes e que não se propõem necessariamente a formar um todo harmônico, mas que é capaz de no conjunto emanar diretrizes para guiar a ação” (Xavier, 2010).

Para descrever esse sistema de pensamento, algumas formulações de Morin (1977) nos parecem bastante adequadas. Um sistema de ideias, para esse autor, é ao mesmo tempo menos e mais do que uma teoria. Um sistema de ideias carece da coerência lógica de uma teoria, e nesse sentido ele é menos que uma teoria. No entanto, um sistema de ideias possui aquilo que Morin (1977) chama de “qualidades emergentes”: especificamente no caso da racionalidade penal moderna, há aqui um conjunto de discursos que embora muitas vezes contraditórios, reforçam mutuamente uma identidade comum do sistema penal e a forma que ele deve responder ao que identifica como crime⁷.

⁶ O autor fala em discursos *savants*, cuja tradução em português é um tanto imprecisa por discursos científicos.

⁷ Não é muito difícil encontrar empiricamente fundamentações contraditórias no nível das teorias da pena, que mobilizam teorias incompatíveis entre si para motivar uma mesma decisão. Uma sentença penal ou um acórdão penal muitas vezes mobiliza sem problemas a retribuição e a dissuasão para

Por fim, Morin mobiliza o conceito de *unitas multiplex* (1977: 105) para falar sobre um sistema de ideias. Uma *unitas multiplex*, quando observada a partir de suas teorias, parece formar um todo heterogêneo, contraditório e inconciliável. No entanto, se observarmos a partir das qualidades emergentes, ou seja, mudando o nível de observação, conseguimos ver concordância e reforço mútuo de alguns pontos para além das diferenças de cada unidade. Esse é o nosso ponto aqui com relação à racionalidade penal moderna: um conjunto contraditório e inconciliável no plano de cada teoria que a compõem, mas uma *unitas multiplex* com características bastante sólidas quando observadas a partir de suas qualidades emergentes.

Para uma defesa da utilidade e da relevância de uma análise nesse plano de abstração, mobilizamos Foucault num outro momento (Xavier, 2010). Retomávamos ali as críticas que foram feitas a “Vigiar e Punir”, sobretudo as de historiadores que viam no longuíssimo período tratado por Foucault (mais de séculos) um problema insuperável. Tratava-se, segundo esses críticos, de uma história “superficial”, que não via a “realidade” de cada período histórico, que prescindia dos contextos reais (Foucault, 1980, p.33). Foucault defendeu dessas críticas argumentando que é preciso distinguir uma observação na “névoa” e uma observação da “poeira”. Observar a “poeira”, isto é, o nível mais concreto das disputas cotidianas, das pequenas transformações micro que contradizem movimentos históricos mais amplas, é uma possibilidade de produção de conhecimento, mas que não lhe servia para explicar o seu objeto. No seu caso, para entender a emergência de um novo regime penal, era preciso se situar na névoa, ou seja, desprezar pequenas análises mais localizadas no tempo e no espaço para compreender uma transformação macro. O autor ainda diz que “Um tipo de racionalidade, uma maneira de pensar, (...) um conjunto de esforços racionais e coordenados, objetivos definidos e perseguidos, instrumentos para

justificar uma pena. O mesmo fenômeno se apresenta em códigos penais: no brasileiro se fala em retribuição e prevenção, por exemplo, pouco importando as incompatibilidades entre essas duas teorias da pena

alcançá-los etc., tudo isso é real, ainda que isso não pretende ser a própria “realidade” (...)” (Foucault, 1980: 34-35).

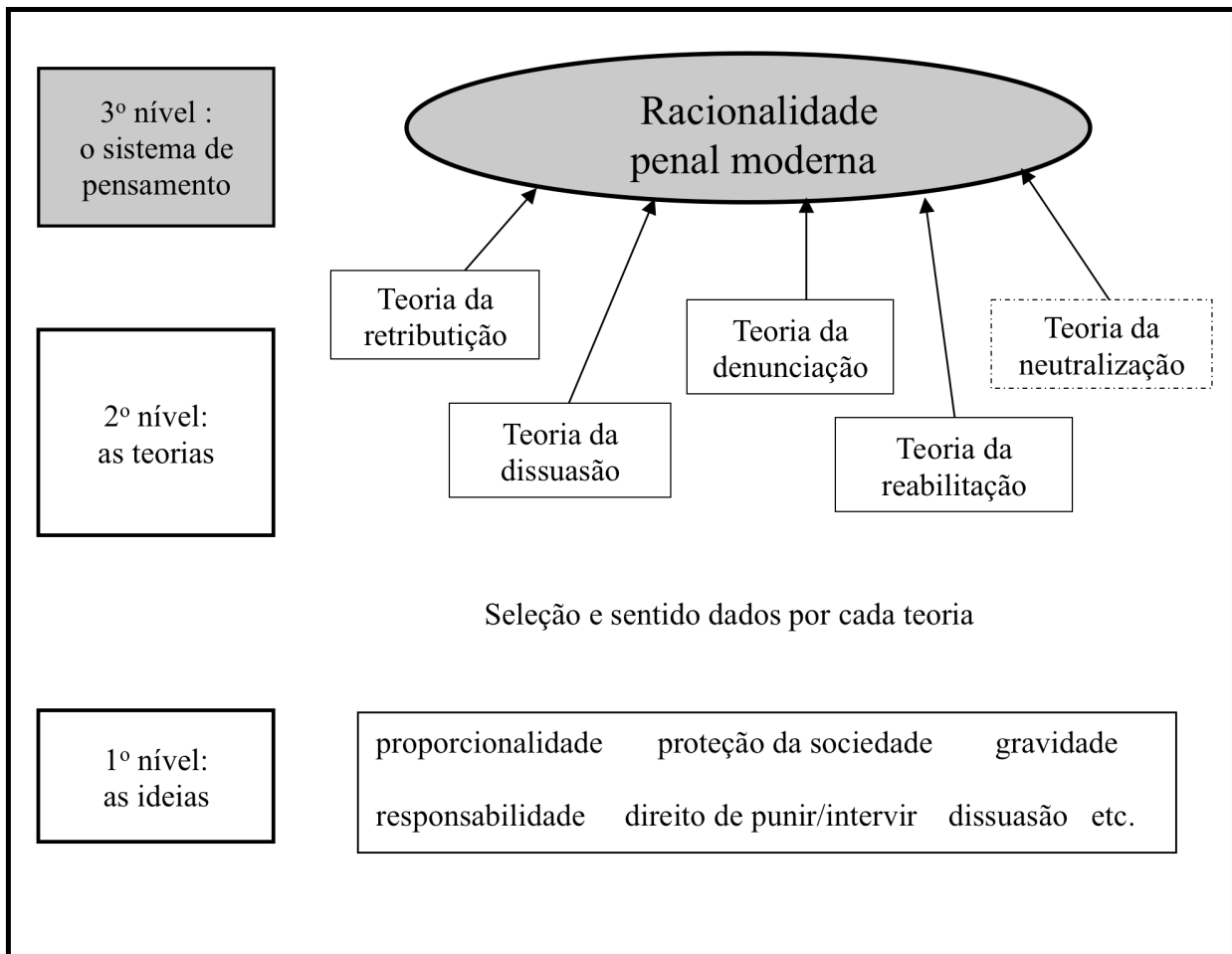
Em suma, e retornando ao nosso caso, é preciso dizer que para observar o sistema de pensamento chamado RPM, é preciso se colocar num nível de abstração superior ao de cada teoria da pena. Mas, se a "névoa" pode ser por vezes mais evasiva que a "poeira", ela não é contudo menos real (aliás, a RPM toma contornos bem palpáveis quando pedimos aos operadores do sistema de direito criminal que justifiquem uma punição do direito penal). É nessa névoa que trabalhamos neste artigo, naquilo que definimos logo de início como uma sociologia das ideias penais.

2.3. A composição da racionalidade penal moderna

Falamos até aqui de um sistema de pensamento composto por teorias, que devemos nos situar num plano de análise para além das teorias, mas não falamos exatamente quais são essas teorias que compõem esse sistema de pensamento. Quais são afinal as ideias e teorias que compõem a racionalidade penal moderna?

Baseando-nos num quadro de Garcia (2009)⁸, podemos apresentar esse sistema de ideias segundo esta representação gráfica:

⁸ Ideias e quadros que foram adaptados, por sua vez, de Pires (2008). A mudança mais importante nesta versão do quadro foi a inclusão da teoria da neutralização, que não faz parte da teorização original. Este quadro é praticamente idêntico ao que utilizamos num artigo anterior (Xavier, 2010).



(Adaptado de Garcia, 2009 : 313)

Podemos em suma nos situar em três níveis diferentes de observação. Podemos nos situar no nível das ideias, que são apropriadas por mais de uma teoria, muitas vezes com sentidos bastante distintos (é o caso da “proporcionalidade”, como veremos abaixo). Nesse nível, vemos uma multiplicidade de ideias mobilizadas nas comunicações do sistema penal, mas sem nenhuma articulação. Podemos também nos situar no nível das teorias, que articulam de forma harmônica as ideias do primeiro nível e constituem razões coerentes para se fundamentar uma pena criminal, mas que no entanto são incompatíveis (no plano estritamente teórico, pois na prática são mobilizadas

juntas com frequência apesar das contradições) com as demais teorias. Por fim, podemos nos situar num terceiro nível, onde vemos aparecer algumas ideias que se reforçam mutuamente.⁹ Em outras palavras, sustentamos que nesse terceiro nível há um conjunto de discursos articulados entre si que formam um todo bastante imponente em matéria penal, que orienta e obriga aqueles que devem decidir sobre penas criminais (tanto na criação quanto na imposição).

Mas a questão que se impõe agora é: o que há aí para além da divergência que nos permite sustentar a existência de um sistema de ideias que vincula as práticas penais? Apresentemos então algumas dessas ideias que se reforçam mutuamente no plano da racionalidade penal moderna.

A primeira delas é o direito de punir. Como já argumentamos anteriormente (Xavier, 2010)¹⁰, podemos utilizar o conceito de Luhmann de *forma* e *medium* (1997 [2006]: 149 et ss.) para entender a noção de “direito de punir”. Um *medium* é apenas um envelope sem conteúdo, que se presta a comunicações que promovem “substancializações” que criam de fato *formas*. Um *medium* não tem um conteúdo fixo pré-determinado: são as comunicações que vão atribuir um sentido, uma *forma*, a esse *medium*. Em que isso pode nos ajudar a entender a expressão “direito de punir”?

⁹ Esse entendimento de que as teorias da pena, a despeito de suas aparentes contradições, têm elementos que se reforçam mutuamente, já foi explorada por alguns autores bastante conhecidos dos criminólogos e filósofos da pena. Christie, por exemplo, nos fala de como a reabilitação e a dissuasão já foram utilizadas de forma intercambiável na Noruega: "(...) essa substituição do tratamento pela prevenção geral é ao mesmo tempo bem natural. As duas ideologias são frequentemente apresentadas como fundamentalmente diferentes. Elas são, no entanto, bastante próximas em vários pontos. Ambas são, em seu estado atual, produtos de uma época marcada pelo pensamento racional e utilitário. Elas têm em comum uma dimensão manipuladora. O tratamento é destinado a mudar o criminoso; a dissuasão tenta modificar o comportamento dos demais. Em ambos os casos infligimos deliberadamente a dor. Em ambos os casos uma modificação do comportamento supostamente aconteceria." (Christie, 1981[2005]: 30; nossa tradução). Van de Kerchove também teve a mesma intuição a respeito de pontos de reforço em comum das teorias da pena, apesar de suas contradições aparentes: "[a] hipótese seria que, para além das controvérsias - sem dúvida reais - que as opõem, essas correntes compartilhariam secretamente certos pressupostos comuns. Ao se definirem sempre em oposição uma à outra, elas conseguem ocultar o "fechamento" no qual se inscreve o seu debate e fazem perder de vista o que ambas excluem". (van de Kerchove, 1981: 291; nossa tradução).

¹⁰ Retomando ideias de Pires (1998), Possas (2009) e Garcia (2009).

“Podemos conceber o direito de punir como uma simples *autorização para se dar uma sanção*, ou como uma *obrigação de reagir* (de forma bastante ampla) a um crime, ou ainda como uma *obrigação de infligir um sofrimento*. O que “direito de punir” quer dizer depende sempre da “forma” que criamos. E eis aqui o lugar onde as teorias da pena se encontram: *a forma que elas criam é exatamente a mesma*. Tanto para a reabilitação e a dissuasão, quanto para a retribuição e a denúncia, o direito de punir é colocado na forma de uma *obrigação de punir em sentido estrito*¹¹ (Pires, 1998; Pires 2008). Não se pode não punir, esquecer ou perdoar, pois a forma atualizada por essas teorias da pena é a *obrigação de causar um sofrimento*, e isso mesmo considerando que as possibilidades de atualização desse meio “direito de punir” sejam várias.” (Xavier, 2010, p.280)

Nesta citação já entramos numa segunda característica da racionalidade penal moderna. Não só o “direito de punir” é substancializado de forma a ser um *direito-obrigação* e não um *direito-autorização*, mas essa obrigação é substancializada de forma mais dura do que uma intervenção qualquer. Essa intervenção obrigatória não é concebida como possível de produzir em primeiro plano um bem para a sociedade, para o apenado ou para a vítima: a intervenção é substancializada como a distribuição de um sofrimento. Para ser “verdadeiramente” uma pena, as teorias da pena pregam que é preciso fazer um mal, infligir um sofrimento. Seja para dissuadir, seja para restabelecer justiça, seja para neutralizar, seja para denunciar um comportamento inaceitável etc.: a justificativa varia, mas a substancialização da pena permanece. Uma pena que não

¹¹ Seguindo por um caminho bastante diferente do nosso, Foucault (1975) traz uma explicação bastante importante para a compreensão do estabelecimento de uma obrigação de punir na modernidade. Com efeito, ao demonstrar o declínio da punição dos suplícios e a emergência da punição moderna da sociedade disciplinar, Foucault mostra como era importante para os reformadores limitar o poder absoluto do soberano no momento de punir. Se por um lado isso significava « racionalizar » e « humanizar » a punição dando um fim aos castigos demasiado violentos, por outro – e é essa parte menos conhecida que nos interessa aqui – era questão também de limitar também o arbítrio do soberano no seu poder de graça. Para se alcançar um sistema penal « eficaz », como pretendiam os reformadores, a punição deveria ser « moderada », mas ela deveria também ser “infalível”. Isso significa excluir toda possibilidade de perdão e de composição entre as partes.

cause um mal imediato se choca com a identidade do sistema penal: “isso é uma solução do direito civil”, diriam os penalistas.¹²

Um terceiro princípio da racionalidade moderna é a ideia de *proteção da sociedade* que seria exercida pela direito penal. Aqui está a ideia de que para obtermos um bem intangível e futuro (a proteção da sociedade, a paz na sociedade, a segurança da sociedade) temos de fazer um mal bastante tangível no presente. A “proteção da sociedade” passaria pela mobilização do que há de mais violento, pois o sistema penal se concebe como “último guardião” da sociedade. O princípio da *ultima ratio*, na sua origem um princípio de moderação¹³, é incorporado ao direito penal no contexto da racionalidade penal moderna como um argumento a mais para justificar que, para se proteger a sociedade, o direito penal é o último recurso, e por isso deve bater mais forte. Além disso, como teoriza Pires (2004), a ideia de proteção da sociedade comporta uma visão hostil do infrator: concebido como inimigo da sociedade, dificilmente o sistema penal pode ver com ele uma possibilidade de composição. A visão hostil do intrator implica que, para se proteger a sociedade desse inimigo, a resposta penal tem (mais uma vez) que ser dura e negativa.

Por fim, outras ideias penais são substancializadas no quadro da RPM de forma a se tornarem princípios diretores para o sistema penal. É o caso do *medium* proporcionalidade:

¹² Christie (1981 [2005] : 52) de forma bastante perspicaz também notou essa legitimação ao sofrimento em âmbito penal: “Existe coisa pior que a importância dada ao crime e à condenação individual: é a legitimação dada ao sofrimento. O sofrimento infligido intencionalmente é elevado ao status de resposta legítima ao crime. Eu, no entanto, aprendi na escola (...) que a melhor reação era dar a outra face para aquele que me agrediu. As simplificações neoclássicas deixam na obscuridade soluções altamente apreciadas como a não reação, o perdão e a bondade. (...) O neoclassicismo apresenta a pena como solução inevitável, como uma evidência, fazendo dela uma alternativa única e impreterível.”

¹³ Mostramos anteriormente (Xavier, 2012) que o princípio da *ultima ratio* era na origem um princípio do direito internacional preocupado em evitar o conflito, um princípio portanto de moderação. É com a sua apropriação pelo direito penal que a autorização de utilizar respostas mais duras se torna uma obrigação de utilizar respostas mais duras.

“Assim como o direito de punir, a ideia de proporcionalidade por si só não tem um sentido preciso. Trata-se de uma ideia vaga que no interior da RPM toma uma forma específica. A ideia de proporcionalidade, estimada pelas teorias da retribuição e da dissuasão, não parece assumir a forma nem de uma nem de outra exatamente (a exata quantidade de mal para os retributivistas, e um excedente de mal para os utilitaristas), mas parece manter duas características propostas por ambas: um quantum mínimo e máximo de sofrimento para ser uma pena justa, além de uma gradação entre as punições para os diferentes crimes (os crimes mais leves não devem ser punidos como os mais graves). É a questão do mínimo e do máximo que nos interessa aqui: temos a impressão que, considerada no contexto da RPM e de sua obrigação de causar um sofrimento ao infrator, a questão do mínimo nos parece ter um apoio teórico bem mais sólido do que o máximo.”¹⁴ (Xavier, 2010, p.283)

Em suma, eis os princípios fundamentais da racionalidade penal moderna. Por vários caminhos, vemos as teorias da pena reforçarem mutuamente uma obrigação de impor um sofrimento ao apenado, representando-o como um inimigo da sociedade, e representando a pena criminal como um instrumento de última defesa da paz social. Nesse contexto, pensar em alternativas às penas carcerais, referência maior do sistema penal, é sempre uma improbabilidade dentro desse sistema: as alternativas podem até existir, mas desde que não tratem daquilo que é essencial, dos crimes mais graves, daquilo que realmente importa para o sistema penal.

3. A reforma para além da reprodução da mesma racionalidade

Uma vez apresentado esse sistema de pensamento, voltemos agora para a questão de pensar a reforma no contexto penal. Precisamos deixar claro o que são

¹⁴ Para uma análise da dificuldade de se remover penas mínimas do sistema penal, ver Machado et al., 2009.

ao nosso ver reformas que de fato trazem mudanças inovadoras para o sistema penal. Ora, se as transformações na atividade do sistema penal são um fato corriqueiro (mudanças legislativas, mudanças de interpretações jurisprudenciais, novas determinações administrativas etc.), o que nos permite dizer que algumas mudanças são inovadoras? O que poderia ser uma reforma (entendido aqui, sem nenhuma sofisticação teórica, simplesmente como um conjunto de mudanças) inovadora, para além de uma reforma que muda certos elementos do sistema (normas, práticas, entendimentos) mas não transforma essencialmente grande coisa? Quais são os critérios afinal para falarmos de transformações inovadoras, de reformas inovadoras, de mudanças inovadoras?

3.1. Reformas entre atualização de uma mesma racionalidade e mudanças inovadoras

Para falarmos de reformas penais no contexto de um sistema penal dominado pela racionalidade penal moderna, precisamos estabelecer os critérios sobre o que são mudanças inovadoras no sistema penal. Para tanto, apoiamo-nos aqui no trabalho de Cauchie e Kaminsky (2007). Esses autores vão estabelecer de forma mais minuciosa o que permite distinguir uma mudança "ordinária" de uma mudança de fato inovadora. Vejamos o que dizem:

"A inovação no direito penal moderno deve ser compreendida num sentido amplo. (...) [E]la pode se situar em diversos níveis (as ideias, o programa de normas de sanção, as organizações) e em diferentes etapas temporais (variação, seleção, estabilização). Uma inovação em um nível (código penal) ou outro (tribunais, prisões) não significa necessariamente uma inovação em *todos os níveis* (...). Para falar de uma mudança *inovadora*, precisamos lançar mão de duas definições preliminares: a de mudança *normal* e de mudança *inovadora*. Uma

mudança normal é uma mudança *esperada* (reduzível, predizível, deduzível) em vista de certas características anteriores do sistema de direito penal moderno ocidental, a saber aquelas atribuídas à sua racionalidade dominante." (Cauchie et Kaminsky, 2007, p.6; nossa tradução)

Há aqui dois elementos importantes. Em primeiro lugar, para ser inovadora a mudança não precisa ser em diferentes níveis do sistema. Pequenas mudanças localizadas podem ter um caráter inovador, ainda que sejam marginais ou pouco difundidas no sistema. Em segundo lugar, a mudança inovadora é aquela que se diferencia de mudanças esperadas no sistema. A introdução de um novo tipo penal, o aumento de determinada pena, a mudança de critérios relativos à prisão preventiva, o estabelecimento ou a supressão de um novo tipo de recurso etc., são todas mudanças pontuais que ocorrem tradicionalmente no sistema. Em outras palavras, pelo histórico de funcionamento do sistema e por seu histórico de mudanças, essas alterações (ou mesmo reformas, quando pensamos em mudanças em larga escala) são predizíveis, isto é, passíveis de serem antecipadas. Sabemos que nos próximos anos novos crimes serão introduzidos e o quantum de certas penas será alterado, embora não saibamos onde exatamente e em que medida essas modificações ocorrerão.

Mais à frente, os autores prosseguem com a definição, ao fazer a distinção entre "desvio" e "inovação", para caracterizar esta última:

"Se toda inovação deve primeiro ser observada como desviante, é preciso no entanto de um quadro teórico capaz de distinguir o simples desvio da mudança inovadora. Em outras palavras, um quadro teórico que possa tanto nos dar o ponto de referência (a racionalidade penal moderna) em relação ao qual situar a mudança, quanto nos indicar as chaves para o questionamento desse ponto de referência. Com efeito, é somente tocando nessas chaves (teorias da pena, visão identitária do sistema de direito penal, normas de sanção e de procedimento) que o desvio poderá se tornar uma inovação." (Cauchie e Kaminsky, 2007, p.6; nossa tradução)

Finalmente, os autores mencionam quatro "condições empiricamente observáveis" para que uma mudança possa de fato ser tratada como uma inovação (tendo a racionalidade penal moderna como quadro de referência):

"(1) ela deve abordar a ideia que o mal é necessário para produzir um bem e deve contribuir para uma *visão identitária do direito penal* menos hostil, menos abstrata, menos negativa e/ou menos atomista da proteção da sociedade ou da afirmação das normas; (2) ela deve apresentar características irreduzíveis, não predizíveis e não deduzíveis em relação à racionalidade penal moderna; (3) ela deve ser selecionada e estabilizada por uma estrutura penal receptora qualquer (teorias da pena, jurisprudência, doutrina, leis); (4) ela deve se revestir de um status de indicador cognitivo (ainda que frágil) da *evolução identitária* do sistema de direito penal" (Cauchie e Kaminsky, 2007, p.6; nossa tradução)

Aqui vemos mais claramente como é exigente (ao menos no plano teórico com esse quadro de referência) o aparecimento de uma inovação no sistema penal. Quando os autores falam de "visão identitária do direito penal", eles se referem aqui ao autorretrato punitivo do sistema penal cristalizado com a racionalidade penal moderna. O sistema se observa como aquele encarregado atribuir sofrimento com uma pena criminal (seja para qual resultado for, dependendo da teoria da pena que escolhermos), como aquele que é incapaz de compor, que é incapaz de pensar soluções que se aproximem do direito civil, que é incapaz de pensar em conciliação ou mediação, ou numa maior participação da vítima, ou mesmo no perdão. Uma mudança inovadora precisa propor algum novo elemento ao sistema (de pena ou de procedimento) que fuja a essa autorrepresentação. A "evolução identitária" aqui passa pela percepção de que o sistema não desaparece com um tipo de solução de conflito diferente daqueles que a tradição recomenda.

Os autores mencionam ainda que uma mudança inovadora, para se estabelecer de fato como uma inovação, deve ser "selecionada e estabilizada" por

uma estrutura de recepção. Ora, não basta que algum juiz decida uma única vez (aqui é o critério de "seleção"), é preciso que haja uma jurisprudência que torne difuso ("estabilização") esse novo entendimento que rompa com a racionalidade tradicional do sistema (racionalidade penal moderna). Da mesma forma, não basta uma modificação em um artigo de uma lei penal ("seleção") que altere as possibilidades de pena para além das penas tradicionais, é preciso que essa modificação seja reproduzida nas comunicações do sistema (especificamente aqui a jurisprudência) de forma a que seu uso deixe de ser novidade e não cause mais estranhamento (momento de estabilização).

Tentemos ser um pouco menos abstrato na explicação. Mudanças desviantes, aquelas não previsíveis que escapam do quadro da racionalidade penal moderna, ocorrem eventualmente no sistema penal. Vejamos aqui uma mudança inovadora (que ao que tudo indica se tornou uma inovação por ter sido estabilizada no sistema jurídico, embora não disponhamos de uma base empírica para tal afirmação) que aconteceu na última década no sistema penal brasileiro. Pires e Cauchie (2007) se interessaram por uma reforma específica na legislação penal brasileira: a lei de drogas de 2006. Como já é bastante conhecido da literatura nacional após quase uma década, essa nova lei trouxe uma inovação em matéria penal que foi bastante *sui generis* naquele momento e ainda o é até hoje. Trata-se do artigo 28 da referida lei, que trata das penas para o porte (no *caput* do artigo estão descritas exatamente as condutas) de drogas ilícitas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Qual o "desvio" aqui em relação à historicidade do sistema? A inclusão de penas que fogem às penas carcerais e, sobretudo, a previsão de penas que fogem da lógica da racionalidade penal moderna, que conflitam com o autorretrato punitivo do sistema penal que constitui o *medium* "direito de punir" como a imposição obrigatória de um sofrimento.

Um pequeno detalhe legislativo que se choca com toda uma naturalização da resposta penal. Quando essa lei apareceu, houve uma grande discussão sobre se tinha havido ou não uma despenalização ou até mesmo uma descriminalização do consumo de drogas ilícitas. Ora, a lei fala claramente em pena e as expõe nos incisos I, II e III. O que houve foi uma subversão da maneira tradicional de conceber a resposta penal: como é possível uma pena que não imponha sofrimento? Nesse sentido, há muito mais do que uma simples mudança normal: há aqui uma mudança que não era previsível, que não poderia ser antecipada.

Exemplos similares podem ser encontrados em outras realidades nacionais. Cauchie (2009) nos descreve as dificuldades de se pensar em inovações penais ao estudar os debates parlamentares belgas que tratavam de uma nova lei que estabelecia penas de trabalho comunitário para determinados crimes naquele país. Ao se debater sobre a pertinência ou não de criar novas penas não carcerárias, para crimes em que não se via a "justiça" de uma pena de prisão, os parlamentares expuseram uma série de questionamentos sobre as razões de se implantar trabalhos comunitários como "pena". Um dos argumentos centrais da discussão, e de resistência ao estabelecimento dessas penas, era de que o trabalho comunitário só seria uma "verdadeira pena" se fizesse sofrer.

Vemos aqui mais uma vez a racionalidade penal moderna como um obstáculo para se conceber a punição criminal de forma positiva: um trabalho construtivo, que traga uma contribuição importante para a sociedade, para uma

determinada comunidade, e para o próprio apenado, não pode ser considerado pena. O lado edificante da pena só pode existir se for por meio do sofrimento.

3.2. As reformas como um movimento interno do sistema

Creio que uma última consideração teórica seja importante quando tratamos de reforma penal. A ideia, muito clara do ponto de vista da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, que reformas são movimentos internos, do próprio sistema. Como concebemos aqui o sistema penal como um subsistema do sistema jurídico¹⁵, um subsistema fechado operacionalmente, isso implica que esse sistema não pode ser "transformado" pelo sistema político, pela opinião pública, pelos meios de comunicação etc. Um sistema social só pode ser transformado a partir de seu próprio movimento, refletindo as irritações que percebe em seu entorno. Podemos tentar influenciar um sistema social (criando uma "irritação" no seu ambiente, em termos sistêmicos), mas como todo sistema complexo, a percepção ou não da irritação por esse sistema é incerta. E, mesmo que o sistema "acuse" estar "escutando" as pressões do seu entorno (ao, por exemplo, mudar procedimentos ou penas para "satisfazer a opinião pública", para "combater a morosidade da justiça" etc), o *output* não é necessariamente aquilo que se imaginava pelo *input*.

A dificuldade de se reformar a justiça penal parece bastante evidente quando se estudam comissões de reforma penal. Como demonstrado por Raupp (2015), a comissão de reforma que deu origem à lei 7.209/84, lei que criou uma nova parte geral para o Código Penal, era uma comissão progressista em muitos aspectos. Um deles chamava bastante a atenção: havia ali uma clara motivação a

¹⁵ Não temos espaço aqui para trabalhar a questão teórica do fechamento operacional e do sistema penal como um subsistema do sistema jurídico. Para essa teorização, ver Xavier (2012).

se procurar alternativas à pena de prisão. Valorizava-se de maneira importante a busca de penas não carcerárias, reconhecendo-se os efeitos negativos na prisão. No entanto, como os estudiosos do sistema penal sabem bem, de lá pra cá houve no Brasil, acompanhando um fenômeno bastante difuso no Ocidente, um aumento expressivo das penas de prisão, especialmente a partir dos anos 1990. Em que pesem as boas intenções da comissão de reforma em sugerir a busca por soluções não carcerárias, as práticas punitivas se recrudesceram no sentido de mais pena de prisão. Retomando nossa análise mais acima, podemos dizer que houve boas intenções para se mudar as práticas, mas os nós cognitivos apresentados pela racionalidade penal moderna nos impedem de ir muito adiante na reflexão de soluções não afluivas.¹⁶

4. Considerações finais

Ao tratarmos da questão da reforma do sistema penal, no fundo lançamos nosso olhar sobre como esse sistema lida com as transformações da sociedade e assim promove mudanças nas suas estruturas para poder lidar com a complexidade do mundo (em termos da teoria dos sistemas, do seu entorno). Precisamos ter a clareza que um sistema social complexo como o sistema penal tem um "capital de comunicações" (sobretudo programas normativos e um histórico de decisões) preliminar ao qual se fia para basear suas decisões e para observar o mundo e a si próprio. Nesse sentido, as transformações inovadoras num sistema complexo fazem frente a uma força de inércia importante, que busca dar segurança às decisões do sistema frente à complexidade do mundo que precisa ser reduzida para o sistema funcionar:

¹⁶ É claro que há questões de política penal para essa explosão penitenciária que passam ao largo dos nós cognitivos colocados pela RPM. Há, por exemplo, uma demonização do tráfico de drogas que contribuiu fortemente para essa expansão carceral.

"Esta busca de segurança se realiza através de tentativas de reflexão e de redução da complexidade que afastam as alternativas ou reduzem seu alcance, ao mobilizar notadamente as semânticas tradicionais que têm como objeto premissas pré-decisionais mais ancoradas na memória e na historicidade do sistema. Assistimos, então, a uma forma de reprodução na ordem da redundância firme do *mesmo pelo mesmo*, para retomar a expressão de Watzlawick. Podemos ver aí a postura que tomam certos sistemas sociais quando, ao se fecharem em uma "filosofia" que preconiza "a tradição pela tradição" ou que glorifica os méritos de um sistema de ideias obsoletas (do ponto de vista de um observador de segunda ordem), esses sistemas se tornam cognitivamente refratários à mudança de suas estruturas internas e, operacionalmente, não podem integrar ou desenvolver possibilidades de "aprendizagem" e de autocorreção, entretanto, possíveis." (Dubé e Pires, 2010, p.33).

É nessa chave, da força de inércia do sistema penal, do peso de suas "semânticas tradicionais", que é preciso pensar quando se fala em reformar esse sistema. A possibilidade do aparecimento de inovações, como a do caso da lei de drogas referido acima, é sempre possível, é sempre parte da contingência ao qual todo sistema social faz frente. No entanto, a transformação inovadora, que consiga fugir dessas semânticas (teorias da pena) problemáticas pelas suas consequências sociais, parece sempre habitar o terreno da improbabilidade.

Bibliografia

Bachelard, Gaston (1975). *La formation de l'esprit scientifique*. Paris: Librairie philosophique J. Vrin.

Cappi, Riccardo (2014). "Pensando as Respostas Estatais às Conduitas Criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-2010)." *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol.1, n.1, p.10-27.

Cauchie, Jean-François (2009) *Peines de travail. Justice pénale et innovation*. Bruxelles: Larcier.

Cauchie, Jean-François; Kaminski, Dan (2007). "Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Eclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale." *Champ Pénal*, vol.IV, p.1-20.

Christie, Nils (1981 [2005]) *Au bout de nos peines*. Bruxelles: Larcier.

Dubé, Richard (2008). "Système de Pensée et Réforme du Droit Criminel: les Idées Innovatrices du Rapport Ouimet (1969)". *Tese de Doutorado em Sociologia*. Montreal: Université du Québec à Montréal.

Dubé, Richard; Pires, Alvaro (2010). "A refundação da sociedade moderna" *Revista TOMO*, n.17, p.15-37

Foucault, Michel (1980) "La poussière et le nuage." In: M. Perrot (org.), *L'impossible prison*, Paris: Seuil, p. 29-63.

— (1975) *Surveiller et Punir*. Paris : Gallimard.

Garcia, Margarida (2009) "Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation." *Tese de Doutorado em Sociologia*. Montreal: Université du Québec à Montréal.

Lachambre, Sébastien (2008) "À propos de la théorie de la dénonciation." *Trabalho não publicado*. Ottawa: Département de Criminologie, Université d'Ottawa.

Luhmann, Niklas (1993 [2004]) *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press

_____ (1995) *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press.

_____ (1997 [2006]). *La Sociedad de la Sociedad*. Mexico: Editorial Herder.

Machado, Maíra; Pires, Alvaro; Ferreira, Carolina; Schaffa, Pedro (2009) "A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas." *Projeto Pensando o Direito*, n.19. Brasília: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

Morin, Edgar (1977) *La méthode. La nature de la nature*. Paris: Éditions du Seuil.

Pires, Alvaro (1998) "La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle." In: C. Debuyst, F. Digneffe et A. Pires. (org.), *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine*, vol.2. Bruxelas: De Boeck Université.

— (1999) "Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal." *Sociologias*, vol.1, n.1, p.64-95.

— (2001) "La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique." *Sociologie et Société*, vol.33, n.1, p.179-204.

— (2002) "La "ligne maginot" en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince." In: R. De Giorgi (org.), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*. Lecce: Edizioni Pensa Multimedia.

— (2004) "A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia." *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 68, p.39-60.

— (2007) "Une 'utopie juridique' et politique pour le droit criminel moderne?" *Criminologie*, vol.40, n.2, p.9-18.

— (2008) "Théories de la peine: introduction générale." *Documento não publicado*. Ottawa: Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale. Université d'Ottawa.

Pires, Alvaro e Jean-François Cauchie (2007) "Un cas d'innovation "accidentelle" en matière de peines: une loi brésilienne sur les drogues." *Champ Pénal, Seminário disponibilizado online em 28 septembre 2007.* URL : <http://champpenal.revues.org/document1541.html>.

Pires, Alvaro e Margarida Garcia (2007) "Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort." In: Y.Cartuyvels, H.Dumont, F.Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroek (org.), *Les Droits de l'Homme, Bouclier ou Épée du Droit Pénal?* Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.

Possas, Mariana (2009) "Système d'idées et création de lois criminelles: le cas de la loi contre la torture au Brésil." *Tese de Doutorado*, Département de Criminologie. Ottawa: Université d'Ottawa.

Raupp, Mariana (2015). "La réforme pénale de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération?" *Tese de Doutorado*, Département de Criminologie. Ottawa: Université d'Ottawa.

Van De Kerchove, Michel (1981). "Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité", In: C. Debuyst e F. Tulkens (org.), *Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*. Genève : Masson, Médecine et Hygiène, p. 291-309.

Xavier, José Roberto (2012) "La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel." *Tese de Doutorado*, Département de Criminologie. Ottawa: Université d'Ottawa.

— (2010) "O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas" *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n.84, p.271-311.