

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas

The relationship between criminogenesis and penal practices and the debate on the theory of action between subjectivists and objectivists

André Leonardo Copetti Santos

Doglas Cesar Lucas

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Sumário

I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL	19
PENAL ABOLITIONISM AND REFORMISM REVISITED	21
Roger Matthews	
A FORMULAÇÃO DA AGENDA POLÍTICO-CRIMINAL COM BASE NO MODELO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL	37
Mário Lúcio Garcez Calil e José Eduardo Lourenço dos Santos	
TRIAL WITHOUT UNDUE DELAY: A PROMISE UNFULFILLED IN INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.....	55
Cynthia Cline	
CONSTITUIÇÃO, STF E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DA EXECUÇÃO DAS PENAS	90
Bruno Amaral Machado e Rafael Seixas Santos	
PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA DA PENA: O TERRENO FÉRTIL PARA A IMPLEMENTAÇÃO E DIFUSÃO DA LÓGICA ATUARIAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	114
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOGENESE E PRÁTICAS PENAIS E O DEBATE SOBRE A TEORIA DA AÇÃO ENTRE SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS	128
André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas	
A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E A IDEIA NEOLIBERAL DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO MÍNIMO ...	163
Gina Marcilio Vidal Pompeu e Carlos Lélío Lauria Ferreira	
LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA PRISIÓN (DESDE AFUERA Y DESDE ADENTRO) PARA TRANSFORMARLA. SOBRE UNAS MODESTAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.....	179
Gabriel Ignacio Anitua	
AMBIENTE URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O ESTUDO E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS.....	195
Sergio Francisco Carlos Sobrinho, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Airton Guilherme Guilherme Berger Filho	
ECOCÍDIO: PROPOSTA DE UMA POLÍTICA CRIMINALIZADORA DE DELITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS OU TIPO PENAL PROPRIAMENTE DITO?	210
Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont' Alverne	

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO EM MASSA	228
Selma Pereira de Santana e Carlos Alberto Miranda Santos	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL	244
Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler	
THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, BASIS FOR A REGIONAL LEGAL THEORY OF CRIMINAL LAW.....	261
Nicolás Santiago Cordini	
CRIMES NA INTERNET E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS.....	277
Guilherme Berti de Campos Guidi e Francisco Rezek	
O PAPEL DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ILÍCITOS RELACIONADOS.....	290
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani	
POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA DILACERADA: O EXEMPLO DA LEI 13491/2017 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....	320
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	
ATENDIMENTO INTEGRAL À VÍTIMA: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	337
Waléria Demoner Rossoni e Henrique Geaquinto Herkenhoff	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO.....	361
Pedro Adamy	
O NEAH E A ATENÇÃO AO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM BELÉM.....	378
Luanna Tomaz Souza, Anna Beatriz Alves Lopes e Andrey Ferreira Silva	
BOTÃO DO PÂNICO E LEI MARIA DA PENHA.....	397
Ludmila Aparecida Tavares e Carmen Hein de Campos	
O QUE PENSAM AS JUÍZAS E OS JUÍZES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM PRINCÍPIO DE DIÁLOGO COM A MAGISTRATURA DE SETE CAPITAIS BRASILEIRAS.....	422
Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros	
UMA SALA COR-DE-ROSA: A POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO PREVISTA NA LEI 11.340/2006 NA CIDADE DE PIRAQUARA – PARANÁ.....	450
Priscilla Placha Sá e Jonathan Serpa Sá	

A PRÁTICA DA MISTANÁSIA NAS PRISÕES FEMININAS BRASILEIRAS ANTE À OMISSÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	473
Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: PROTEÇÃO NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O APENADO LGBT	495
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Daniel Camurça Correia	
CALONS: REDEFININDO AS FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL	515
Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Marcos José de Oliveira Lima Filho	
AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA JANELA PARA A MELHORA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL.....	531
Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan	
A ATUAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO COMO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE.....	551
Thaís Pereira Martins e Camila Caldeira Nunes Dias	
QUANDO A LUTA ANTIMANICOMIAL MIRA NO MANICÔMIO JUDICIÁRIO E PRODUZ DESENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS PROVOCADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO CAMPO DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA E DE SAÚDE MENTAL ...	574
Patricia Carlos Magno e Luciana Boiteux	
PENAS ALTERNATIVAS PARA PEQUENOS TRAFICANTES: OS ARGUMENTOS DO TJSP NA ENGRENAGEM DO SUPERENCARCERAMENTO	605
Maíra Rocha Machado, Matheus de Barros, Olívia Landi Corrales Guaranha e Julia Adib Passos	
II. OUTROS TEMAS	630
AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE) E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVOS HORIZONTES DESVELADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	632
Luciano Picoli Gagno e Camilo José d'Ávila Couto	
AS PRÁTICAS DE JURIDICIDADE ALTERNATIVA NA AMÉRICA LATINA: ENTRE O REFORMISMO E O IMPULSO DESESTRUTURADOR A PARTIR DE STANLEY COHEN	649
Jackson da Silva Leal	
DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	668
Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro	

DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE	690
Rafael Antonio Baldo	
A TRANSPARÊNCIA DA POLÍTICA MONETÁRIA E A SUA LIMITAÇÃO AOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS.....	707
Marcelo Quevedo Do Amaral	
GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS NO CONTEXTO DAS ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS	726
Tarin Frota Mont`Alverne e Maira Melo Cavalcante	
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ANTE OS RISCOS ADVINDOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS BÉLICAS	746
Alice Rocha da Silva e Mario Abrahão Antônio	
A ESCOLHA DO ESTADO BRASILEIRO PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DEVER DE FINANCIAR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	767
Andre Studart Leitão, Thiago Patrício de Sousa e Alexandre Antonio Bruno da Silva	
POR QUE A ÁREA DO DIREITO NÃO TEM CULTURA DE PESQUISA DE CAMPO NO BRASIL?	782
Fayga Silveira Bedê e Robson Sabino de Sousa	

A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas*

The relationship between criminogenesis and penal practices and the debate on the theory of action between subjectivists and objectivists

André Leonardo Copetti Santos**

Doglas Cesar Lucas***

Quando se apaga a consciência da presença latente da violência numa instituição de direito, esta entra em decadência (Walter Benjamin)¹

* Recebido em 24/02/2018
Aprovado em 05/04/2018

** Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e pós-doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Possui mestrado (1999) e doutorado (2004) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1988). Atualmente é professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, IJUÍ, RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Coordenador Executivo do PPGD/URISAN. Editor da Revista Científica Direitos Culturais. Membro Externo do Conselho Editorial do Centro de Estudios en Antropología y Derecho, Posadas, Argentina. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Advogado criminalista. Email: andre.co.petti@hotmail.com

*** Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001), Doutorado em Direito pela UNISINOS (2008) e Pós-Doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre (2012). É professor dos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui e professor no Curso de direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior Santo Ângelo -IESA. Professor colaborador no mestrado e doutorado em Direito da URI - Santo Ângelo. Editor da Revista Direito em Debate, publicação do Departamento de Ciências jurídicas e Sociais da Unijui. É coordenador da Coleção Direitos Humanos e Democracia, publicada pela editora Unijui. Avaliador do MEC/INEP. Email: doglasl@unijui.edu.br

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar, criticamente, uma hegemonia subjetivista no direito penal brasileiro e nas práticas penais por ele institucionalizadas. O artigo tenta demonstrar que há um esquecimento pelos penalistas do debate entre subjetivistas e objetivistas, que tem acontecido no campo das ciências sociais e da filosofia política, acerca das condições de acontecimento social do agir e do fazer humanos, o qual afeta, profundamente, a concepção normatizada de crime e de suas consequências legais. O trabalho apresenta duas conclusões: A primeira refere-se ao fato de que, se o crime é uma consequência de uma ação livre e deliberada do agente, sem qualquer espécie de coação externa, justificam-se as práticas penais dirigidas aos indivíduos atomizadamente, como tem sido com as penas privativas de liberdade; se, em sentido diverso, compreende-se o crime como sendo o corolário da influência de coerções e estruturas sobre a vontade e a autodeterminação individual, ou em conjunto com estas, então, precisamos repensar nossas práticas penais, atribuindo responsabilidade penal não somente ao indivíduo, mas ao próprio Estado como gerador de condições criminogênicas. A segunda conclusão do trabalho é que, para modificarem-se as práticas penais, o ponto de vista deve mover-se do plano metodológico e epistemológico para o plano ontológico. A principal implicação prática do artigo reside na proposição de novas condições ontológicas para se pensar o fenômeno criminal e as práticas penais. O método de aproximação utilizado foi o fenomenológico, com métodos procedimentais bibliográfico e estatístico.

Palavras-chave: Criminogênese. Teoria da ação. Subjetivismo. Objetivismo. Práticas penais. Concepção ontológica.

1 BENJAMIN, W. Para uma crítica da violência. In: GAGNEBIN, Jeanne Marie (Org.). *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011. p. 121-156.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the hegemony of a subjectivist perspective in Brazilian criminal law and in the criminal practices that it institutionalized. The article tries to demonstrate that there is a forgetfulness by the penalists of discussion between subjectivists and objectivists, what has happened in the field of social sciences and political philosophy, about the conditions of social event of human action and doing, which deeply affects the normalized conception of crime and its legal consequences. The work presents two conclusions: first, that if crime is a consequence of a free and deliberate action of the agent, without any kind of external coercion, the criminal practices directed at individuals atomized, as it has been with custodial sentences, are justified; if, in a different sense, crime is understood as the corollary of the influence of coercion and structures on individual will and self-determination, or together with these, then we need to rethink our criminal practices, assigning criminal responsibility not only to the individual, but to the state itself as the generator of criminogenic conditions. The second conclusion of the work is that in order to change criminal practices, the point of view must move from the methodological and epistemological plane to the ontological plane. The main practical implication of the article lies in the proposition of new ontological conditions for thinking about criminal phenomena and criminal practices. The approximation method used was phenomenological, with bibliographic and statistical procedural methods.

Keywords: Criminogenesis. Action Theory. Subjectivism. Objectivism. Criminal practices. Ontological conception.

1. INTRODUÇÃO

As práticas penais que são adotadas pelo Estado, sob a forma de políticas públicas de enfrentamento do crime e dos criminosos, também chamadas de políticas criminais, guardam uma estreita conexão com o modo como são interpretados a violência e o fenômeno criminal, pela multiplicidade de partes envolvidas tanto no processo investigativo quanto decisório referentes a esse campo de problemas.

Para essas atividades — científica/investigativa e política/decisória —, as ciências sociais, em suas distintas regionalidades, têm a tarefa de fornecer concepções das diferentes facetas da atividade social humana e do agente humano que possam ser colocadas à disposição do trabalho empírico de elucidação desses processos concretos que fustigam nossa vida social. Em relação ao desenvolvimento dessas ciências, especialmente na modernidade, inobstante o emaranhado de razões criado por vozes teóricas rivais, há alguns elementos basilares comuns que estruturam distintas tradições de pensamento² acerca do ser e do fazer humanos, e que constituem os critérios de validade a que os cientistas sociais recorrem para justificar suas teorias e descobertas e para avaliar as de outros, incluindo-se aí, por exemplo, as abordagens sobre a violência, a criminalidade e as práticas penais. Um deles liga-se ao fato de que a maioria das escolas de pensamento em questão — com notáveis exceções, como o estruturalismo e pós-estruturalismo — enfatizam o caráter ativo, reflexivo, da conduta humana. Em contraposição, há outro conjunto de escolas que entendem ser o comportamento humano como resultado de forças que os atores não controlam nem compreendem.

Essa polarização deu margem ao surgimento no campo das ciências sociais de um dualismo que estabelece, de um lado, fortes conexões entre uma ênfase estrutural/coletiva e o objetivismo, e, por outro, estreitas

2 No presente trabalho, uma das acepções conceito de tradição utilizada é a que está presente na obra de MacIntyre, para quem “uma tradição é uma argumentação, desenvolvida ao longo do tempo, na qual certos acordos fundamentais são definidos e redefinidos em termos de dois tipos de conflito: os conflitos com críticos e inimigos externos à tradição que rejeitam todos ou pelo menos partes essenciais dos acordos fundamentais, e os debates internos, interpretativos, através dos quais o significado e a razão dos acordos fundamentais são expressos e através de cujo progresso uma tradição é constituída”. Ver a respeito MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 1991. p. 23.

ligações entre uma perspectiva individualista/psicologista e o subjetivismo ligado à filosofia da consciência. Na construção do vasto território teórico compreendido pelas ciências sociais, algumas questões fundamentais, do interesse de todos seus ramos científicos, têm sido abordadas, a partir desse dualismo, com importantes reflexos em suas proposições essenciais: questões relacionadas com a natureza da ação humana e do *self* atuante; com o modo como a interação deve ser conceituada e sua relação com as instituições; e com a apreensão das conotações práticas da análise social. No Direito e nas matérias que lhe são próximas e complementares — como a sociologia, a antropologia, a criminologia, a economia, a filosofia etc. — essas questões ocupam posições importantíssimas, e nelas tem se projetado o embate entre essas tradições das ciências sociais, com consequências práticas totalmente distintas em termos de políticas públicas.

Esse tensionamento teórico entre tradições de pensamento tem se projetado no campo prático normativo do Direito, resultando em concepções e funcionalidades de direitos positivados nas legislações do mundo todo, notadamente em sistemas jurídicos materialmente constitucionais, e em políticas públicas e práticas estatais mais ou menos intervencionistas. Na regionalidade sub-sistêmica do direito penal e das políticas criminais e práticas penais estatais, não tem sido diferente. Esse embate entre objetivistas e subjetivistas tem se infiltrado, muitas vezes inconscientemente, nas concepções de crime e violência que alimentam as visões que os membros de colegiados políticos ou ocupantes de posicionamentos institucionais possuem desses fenômenos, os que decidem as políticas públicas e, portanto, determinam a trajetória e o sentido das práticas penais num determinado contexto de espaço e tempo.

Entretanto, há que se acentuar o caráter excludente desse embate entre objetivistas e subjetivistas, e as consequências disso em termos de racionalização das ações consistentes nas práticas penais. A principal seqüela dessa exclusão mútua é que as abordagens parciais do objeto de investigação não permitem, numa perspectiva fenomenológica, “que eles se mostrem em si mesmos”, mas, distorcidamente, na maioria das vezes, como nos é familiarmente trazido pela própria tradição de pensamento, apenas com o aparato crítico interno da própria tradição. Em termos ontológicos, isto leva à construção de um corpo de conhecimento sectarizado e insuficiente para desvelar a forma diferente que uma determinada entidade é, e, portanto, inapto para fundamentar ações sociais capazes de intervir eficazmente no plano ôntico, ou seja, no plano das formas reais que determinada entidade se apresenta no mundo.

Essa exclusão entre objetivistas e subjetivistas não tem passado inerte por nossas ciências criminais, tampouco por nossas políticas e práticas penais. A hegemonia subjetivista tanto no plano teórico quanto no prático tem levado a uma deficiente racionalização do nosso sistema e de nossas práticas penais que se desvela, contemporaneamente, de forma bastante clara, quando comparamos as curvas de crescimento de nossa população carcerária, revelando a faceta mais escancarada de nossas práticas penais, com os números da violência em nosso país, que se superam ano após ano, censo após censo. Os 61.283 homicídios cometidos no Brasil no ano de 2016, concomitantemente ao atingimento da cifra de 726.712 presos no mesmo ano, são uma boa evidência dos profundos traços de irracionalidade de nossas políticas públicas de enfrentamento do fenômeno da criminalidade. Dessa comparação, podemos construir uma reflexão no sentido de evidenciar, estatisticamente, a falência de nossas práticas penais e a debilidade dos discursos preventivos de justificação do sistema penal, uma vez que há uma relação diretamente proporcional entre o aumento da criminalidade e o aumento de encarcerados, quando, na verdade, deveria ser inversamente proporcional se as práticas de encarceramento fossem eficazes. Em sentido contrário a essa interpretação, há estudos, especialmente com perspectivas econométricas, que apontam uma relação direta entre a adoção de políticas públicas repressivistas (encarceramento e policiamento) e a diminuição de taxas de homicídios em alguns Estados da Federação que adotaram eficazmente essas políticas, ao mesmo tempo em que apontam, ambigüamente, que, em outros Estados, o aumento da taxa de encarceramento e policiamento não foi uma variável importante para a redução da violência, pois o número de homicídios não teve qualquer redução³, inobstante o incremento dessas práticas.

3 SACHSIDA, Adolfo; MENDONÇA, Mário Jorge Cardoso de; MOREIRA, Tito Belchior Silva. O impacto de diferentes tipos de repressão legal sobre as taxas de homicídio entre os estados brasileiros. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 99-122, 2015.

Juntando os elementos teóricos que embasam mais remotamente a pesquisa no campo das ciências sociais, que constituem essas duas tradições de pensamento, quiçá as mais importantes e contundentes na modernidade ocidental, com os elementos fáticos que revelam, no plano ôntico, as características do nosso fenômeno criminal, carcerário e político criminal, buscaremos desenvolver a tese de que esse desconchavo entre as práticas penais do Estado brasileiro e a sua total ineficácia no tratamento da criminalidade resulta, em significativa medida, de um errôneo ponto de partida na observação do fenômeno criminal, qual seja, a adoção hiperacentuada de uma perspectiva individualista/subjetivista, que considera o crime como resultado de uma manifestação da vontade individual dos agentes, em detrimento de aspectos objetivos que atuam sobre a criminogênese, especialmente em sociedades com alto grau de desigualdade social e não satisfação de direitos fundamentais a grandes parcelas da população. A consequência principal dessa interpretação equivocada em relação à criminogênese é a adoção, facilmente contestável, de práticas penais consonantes com essa perspectiva, ou seja, práticas penais exclusivamente individualistas — cuja expressão maior é a pena privativa de liberdade — dirigidas atomizadamente aos indivíduos que são apanhados pelo sistema penal, numa espécie de biopolítica penal destinada a seus corpos.

O que salta aos olhos, reiteramos, num primeiro momento, é, para a análise que aqui se propõe, a grave desconsideração, por parte de penalistas e agentes políticos com posicionamentos hábeis a tomar decisões em matéria criminal, de aspectos mais objetivistas/estruturalistas dos fenômenos da violência e do crime. Nas escolas de Direito no Brasil, que hoje ultrapassam a casa das 1.200, e formam, anualmente, verdadeiros exércitos de bacharéis, os currículos, invariavelmente, priorizam o ensino de uma concepção individualista do crime, herança do positivismo e do liberalismo, consolidando, com isso, cada vez mais, um imaginário de que o crime resulta, unicamente, de uma decisão individual e livre dos agentes. O resultado mais visível dessa situação totalmente errática é que tanto a maioria de especialistas jurídicos quanto de não especialistas, ocupem eles ou não posicionamentos com capacidade decisória, partilham dessa visão atomizada/subjetivista da criminalidade, restando a uma irrisória minoria de indivíduos, com consciência prática e discursiva⁴ acerca desse universo de problemas, a crítica e a busca de alternativas a um sistema falido de aprisionamento, absolutamente desumano, violento e injustificável sob qualquer critério de racionalidade.

Partindo-se dessas informações iniciais, pretende-se desenvolver e demonstrar no presente trabalho: a) a influência do embate entre objetivistas e subjetivistas nas construções teórico-científicas e prático-institucionais; b) a hegemonia da concepção subjetivista/individualista/psicologista nas teorias do crime e da pena desenvolvidas no Brasil e sua repercussão em termos de práticas institucionais penais; c) e, por fim, a necessidade de superação dessa postura teórica individualista/subjetivista/psicologista, predominante no pensamento e nas práticas no Brasil, por uma perspectiva que priorize concomitantemente a dualidade estrutura-indivíduo na compreensão dos fenômenos da violência, do crime e das políticas públicas de enfrentamento desse conjunto de problemas tão caro à sociedade brasileira, como forma de possibilitar a criação de novas alternativas de reinvenção democrática de nossas práticas penais, se é que democracia e direito penal são entidades passíveis de deitarem-se lado a lado na mesma cama.

A demanda metodológica foi suprida com a adoção do método fenomenológico, a fim de deixar e fazer ver a influência, por si mesma, tal como se mostra a partir de si mesma, do embate entre objetivistas e sub-

4 Esses dois conceitos são utilizados Giddens em sua Teoria da Estruturação. Segundo ele, “consciência prática” é o que os atores sabem, creem acerca das condições sociais, incluindo especialmente as de sua própria ação, mas não podem expressar discursivamente; nenhuma barreira repressiva, entretanto, protege a consciência prática, como acontece com o inconsciente. Já a consciência discursiva se refere ao que os atores são capazes de dizer, ou expressar verbalmente, acerca das condições sociais, incluindo especialmente as condições de sua própria ação; consciência que tem uma forma discursiva. GUIDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins fontes, 2013. p. 440.

jetivistas na constituição das ciências sociais na modernidade e, por consequência, nas ciências criminais, e a repercussão desse embate ontológico, na modelagem dos sistemas penais e das práticas criminais que lhe correspondem. Essa aproximação requer uma metodologia que permita tal aproximação ao fenômeno, de modo que permita a ele demonstrar-se diretamente, e não a partir de postulados de outros fenômenos ou de doutrinas tradicionais. A presente proposta de trabalho busca desvelar aspectos do ser da influência subjetivista nas ciências criminais, no sistema normativo e nas práticas penais, aspectos que, embora se mostrem de forma implícita e “não tematizada”, podem chegar a mostrar-se tematicamente. Para tal desiderato, o método fenomenológico faz-se não somente adequado, mas fundamentalmente necessário, especialmente porque o elemento principal de análise a ser abordado — a influência subjetivista e o desprezo de elementos objetivos na criminogênese, e a ascendência disto em termos de práticas penais — está velado tanto pela sua proximidade e familiaridade em nosso cotidiano, o que faz com que nem notemos e nem nos pré-ocupemos com tal aspecto, quanto pelo fato de estar enterrado sob conceitos e doutrinas hauridas com base na própria tradição subjetivista em matéria criminal, o que impede uma reflexão meditativa a respeito das práticas penais do Estado. Assim, a partir da fenomenologia hermenêutica, buscar-se-á construir novas possibilidades investigativas de alternativas às práticas penais existentes e consolidadas, desde uma compreensão mais ampla do fenômeno punitivo, cuja compreensão está obscurecida pelos pré-conceitos de interpretações passadas assentadas sobre doutrinas dogmáticas tradicionais.

2. O EMBATE OBJETIVISMO X SUBJETIVISMO E O PROBLEMA DA AÇÃO HUMANA INDIVIDUAL E SOCIAL

Destacar o caráter ativo, reflexivo, da conduta humana e da ação social, ou, em sentido diverso, entender ser o comportamento humano um resultado de forças que os atores não controlam nem compreendem são os dois pontos fulcrais de compreensão sobre os quais se armam as tradições subjetivistas e objetivistas no âmbito das ciências sociais. Esse embate e as possibilidades hermenêuticas dele emergentes são incontornáveis para um bom entendimento acerca dos principais fenômenos dos quais se ocupa a ciência penal num sentido *lato*. A ocorrência desse embate varia de intensidade nas diferentes ciências sociais, havendo algumas em que uma tradição é predominante, como na psicologia, com uma hegemonia da tradição subjetivista, ou, em sentido contrário, na antropologia, na qual prevalece o objetivismo. Mas também há regionalidades científicas onde a oposição dessas tradições guarda um maior equilíbrio, sem um esmagador predomínio de uma em detrimento da outra, como é o caso da sociologia.

A opção teórica aqui esboçada tem como ponto de partida o fato de que, como bem já observara Bobbio, toda a história do pensamento político, ao que por ora se agrega também o pensamento jurídico, está dominada por uma grande dicotomia: organicismo (holismo) e individualismo (atomismo)⁵. Mesmo que esse movimento dicotômico não seja retilíneo e permanente, havendo até mesmo momentos históricos em que ele encontra lapsos de arrefecimento, é possível dizer que em encruzilhadas marcantes da vida social e institucional do ocidente ela se fez notar de forma marcante.

Essa dicotomia holismo/atomismo compõe um conflito de tradições de pesquisa intelectual com reflexos nas mais variadas construções culturais ocidentais. Cada uma delas foi e continua sendo parte da elaboração de um modo de vida social e moral do qual a própria pesquisa intelectual foi e continua sendo parte integrante. Em cada uma delas, as formas dessa vida permanecem incorporadas às instituições sociais, econômicas, políticas e jurídicas. Essas tradições, utilizando o pensamento de MacIntyre, diferem entre si muito mais do que suas concepções conflitantes de racionalidade prática e justiça: elas diferem nos catálogos de virtudes, nas concepções do eu e nas cosmologias metafísicas; diferem, também, no modo como, em cada

5 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 45.

uma delas, se chegou às concepções de racionalidade prática e justiça⁶.

A partir de debates, conflitos e pesquisas, realizados desde tradições de pesquisa que privilegiam ou a subjetividade ou a objetividade socialmente materializadas e historicamente contingentes, as disputas referentes à racionalidade prática e à justiça são propostas, modificadas, abandonadas ou substituídas. Essas tradições de pesquisa, nesse sentido, surgem como base de justificação racional e de crítica de concepções de racionalidade prática e justiça.

Tais tradições diferem, radicalmente, em relação a uma gama numerosa de assuntos, que se constituem como categorias fundamentais de cada uma delas. Divergem, por exemplo, atomistas e holistas, visceralmente quanto às questões que dizem respeito ao grau de permissividade para a intervenção estatal na sociedade civil, quanto à propriedade, quanto às matérias tributárias, quanto ao direito econômico etc. Por outro lado, convergem harmoniosamente para a solução de outros problemas, pois não resta qualquer dúvida de que individualistas e coletivistas concordam que o homicídio, o estupro são condutas que merecem ser reprimidas mediante a imposição de sanções penais, ou, por outro lado, que alguns parâmetros mínimos de direitos sociais devem ser concretizados. É importante destacar, dentro do foco da presente reflexão, que, em termos de criminogênese ou causalidade criminal, a divergência entre subjetivistas e objetivistas é bastante forte, pois, enquanto os primeiros entendem ser o principal elemento genético do crime a vontade individual dos agentes, os segundos compreendem o crime como resultante de fatores que transcendem o indivíduo.

Nessas áreas, em que há questões ou assuntos comuns a mais de uma tradição, uma delas pode estruturar suas teses por meio de conceitos tais que impliquem, necessariamente, a falsidade das teses sustentadas por uma ou mais tradições, embora, ao mesmo tempo, não exista nenhum padrão comum, ou somente existam padrões insuficientes, para que se possa julgar os pontos de vista adversários. Muitas vezes, considerações exigidas no interior da tradição atomista somente podem ser ignoradas pelos que conduzem a pesquisa ou o debate na tradição holista, à custa de, segundo seus próprios padrões, excluir boas razões para crer ou descrever em algo, ou para agir de uma forma e não de outra. Inobstante, não raro acontece que, em outras áreas, o que é afirmado por objetivistas pode, aprioristicamente, não encontrar nenhuma equivalência entre subjetivistas, ou vice-versa. Essa última situação surge de forma bastante clara, por exemplo, em relação à concretização dos direitos fundamentais de natureza não individual dentro de uma estrutura normativa e institucional predominantemente especializada para a efetivação de direitos individuais. A forma de construção do direito liberal-individualista e, particularmente, de algumas de suas ramificações, faz com que surja uma série de obstáculos quase intransponíveis quando se pensa na efetivação de novas funções do Direito num projeto constitucional com vertente social-democrática, fundada, de forma inovadora, em direitos fundamentais com diferentes funcionalidades, pois estes têm uma gama de idiosincrasias que exige um outro modelo normativo, uma outra forma jurídica que se distancia, em vários pontos, da liberal-individualista.

A demonstração da permanência e atualidade das discussões e pesquisas realizadas contemporaneamente no universo das ciências sociais, tendo como pano de fundo o embate entre subjetivistas e objetivistas, e, especificamente, no âmbito do direito penal, justifica-se na medida em que, se, de fato, o crime é a resultante de uma decisão e de um comportamento meramente individual, sem maiores influências de fatores exógenos ao agente, as soluções penais individualizadas parecem não ser uma má opção política, devendo sua ineficácia ser pensada em termos de gestão pública orçamentária, com um foco na relação custo-benefício para a administração, nos moldes do atuarialismo norte-americano, ou em termos de otimização de aspectos da aplicação e execução penal, tanto em termos normativos quanto corporativos. Noutro sentido, é possível trabalhar sobre a hipótese de que o crime é o corolário, também, de forças sistêmicas ou estruturais, que atuam objetivamente, separadamente ou em conjunto, com a vontade ou motivação individual, sendo, nessa perspectiva, o crime um fenômeno total ou parcialmente transcendente aos indivíduos e, portanto, as soluções devem ser pensadas também dessa maneira, especialmente pela superação dos atuais modelos baseados

6 MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 1991. p. 375-376.

em penas privativas de liberdade, e as políticas públicas estruturadas a partir de modelos mais sociais do que penais. Uma terceira via, que constitui uma das orientações principais do presente trabalho, pode ser cunhada a partir da Teoria da Estruturação de Anthony Giddens, na qual tanto a subjetividade e a reflexividade do agente quanto a objetividade estrutural de fatores externos jogam um importante papel causal na criminogênese, e, portanto, devem ser consideradas como ponto de partida para a projeção de novas práticas penais.

2.1. Subjetivismo versus objetivismo na Sociologia

No perímetro teórico da sociologia, o embate entre subjetivistas e objetivistas é bastante tensionado, fornecendo importantes elementos de análise ao Direito, especialmente no tocante à Teoria da Ação Social. Ideias objetivistas-estruturalistas aparecem, por exemplo, na concepção de Durkheim de que as sociedades são mais do que a soma de seus indivíduos constituintes e as propriedades estruturais são qualidades de sistemas sociais que devem ser definidos exclusivamente em função de sua influência coerciva sobre os atores sociais. As abordagens estruturalistas-objetivistas, também, tendem a sublinhar a duração no tempo e no espaço. As estruturas são supraindividuais no sentido de que sobrevivem ao agente individual e se expandem muito além do âmbito da atividade de agentes individuais. Há, também, que ser destacado algo de um elemento epistemológico frequentemente envolvido nessa tradição de pensamento: muitas vezes é sustentado, ou suposto, que examinar características estruturais da atividade social é demonstrar influências causais sobre a conduta humana análogas às que operam na natureza⁷.

Nesse campo de pensamento, um nome de alto prestígio foi o de Talcott Parsons. Em “The Structure of Social Action”, ao final da década de 1930, Parsons estabeleceu um enfoque da teoria social de um tipo muito definido, combinando uma versão refinada do funcionalismo e uma concepção naturalista da sociologia, e enfatizando que, embora ação humana tenha atributos muito especiais e distintivos, a ciência social compartilha, de um modo geral, a mesma estrutura lógica da ciência natural. Considerando a sociologia uma ciência da ação, Parsons procura explicar, em primeiro lugar, a ação como uma construção intencional. Ele pesa a ação como produto de um ator dotado de recursos, que efetua escolhas finalizadas e usa para realizá-la meios materiais e simbólicos⁸. A análise de Parsons nada tem de individualista nem de utilitarista. Ela supõe certamente que a ação social é o produto de opções individuais que têm sentido para o ator. Mas essas opções se acham ligadas a um conjunto global de valores comuns (expressão simbólica das preferências coletivas) e se inscrevem em uma rede de normas constitutiva da estrutura da sociedade, elementos coercitivos da ação individual. Compreende-se, assim, o alcance da definição elaborada por Parsons, que compreende a sociologia como a ciência que tenta construir uma teoria analítica dos sistemas de ação social na medida em que é possível compreender esses sistemas a partir da natureza da integração com base em valores comuns. Estudar a estrutura da ação social significa, portanto, por em evidência relações e modalidades de troca estáveis entre os atores. O conjunto, enfim, pode fazer sentido aos olhos do sociólogo sob uma única condição: esse último deve ser capaz de apreender as conexões entre a estrutura estudada e a totalidade social para cujo bom funcionamento concorre essa estrutura.

Wallace, no desdobramento dessa tradição, identifica a “diferença crucial” entre o que ele designa por “teoria estruturalista social” e “teoria acionista social”, asseverando que a teoria estruturalista social trata da intencionalidade e outros fatores orientacionais subjetivos como, no mínimo, secundários e, no máximo, irrelevantes para a explicação de fenômenos sociais⁹.

Também de acordo com essa orientação estruturalista-objetivista, Mayhew identifica os interesses da sociologia como “estruturais”. As estruturas referem-se a redes de relações, e tais redes podem e devem ser

7 DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

8 PARSONS, Talcott. *The Structure of Social Action*. 2. ed. New York: The Free Press, 1949. p. 44-46.

9 WALLACE, Walter L. Structure and action in the theories of Coleman and Parsons. In: BLAU, Peter Michael (Ed.). *Approaches to the Study of Social Structure*. Londres: Collier-Macmillan, 1975. p. 121.

analisadas sem qualquer alusão às características dos indivíduos. Ele afirma que: “na sociologia estrutural, a unidade de análise é sempre a rede social, nunca o indivíduo”¹⁰.

Ainda, no campo da sociologia, Blau desenvolveu uma versão mais sofisticada de ideias estruturalistas-objetivistas, propondo uma noção de estrutura despojada de suas mais amplas conotações culturais e funcionais até ficar reduzida às suas propriedades essenciais. Para esse autor, a ciência social estrutural interessa-se pelos parâmetros de distribuição populacionais, não pelos atores como tais. Um “parâmetro estrutural” é qualquer critério de categorização de agregados de indivíduos pertinente a posições sociais que os indivíduos poderiam ocupar. Para ele, é possível distinguir dois tipos de parâmetros estruturais. Os “parâmetros nominais”, que são laterais, separando uma dada população em categorias, como gênero, religião ou raça, e os “parâmetros graduados”, que são hierárquicos, diferenciando os indivíduos ao longo de uma escala, incluindo, por exemplo, riqueza, renda e educação. Um dos principais objetivos dos estudos estruturais consiste em examinar a relação entre esses parâmetros, na medida em que estão associados a grupos de interação. Assim, os parâmetros podem ser analisados de modo a explicar as formas e os graus de diferenciação e integração social. Considerando-se um determinista estrutural, Blau acredita que as estruturas das posições sociais objetivas entre as quais as pessoas estão distribuídas exercem influências mais fundamentais sobre a vida social do que os valores e normas culturais¹¹.

Nessa perspectiva estruturalista/objetivista, a teoria é sociológica no sentido específico de que explica padrões de relações sociais em termos de propriedades da estrutura social, não em termos de suposições formuladas, sejam estas deriváveis ou não de princípios psicológicos. O que dá distintividade à sociologia é sua preocupação específica não só com a estrutura social, mas também com as formas pelas quais propriedades coercivas da estrutura se fazem sentir no tocante à estrutura dos indivíduos¹².

Contemporaneamente, Baumann provavelmente seja um dos mais representativos defensores de uma visão objetiva da teoria da ação. Para ele, a sociologia se distingue por observar as ações humanas como elementos de figurações mais amplas; ou seja, de uma montagem não aleatória de atores reunidos em rede de dependência mútua (dependência considerada o estado no qual a probabilidade de que a ação seja empreendida e as chances de seu sucesso se alterem em função do que sejam os atores, do que façam ou possam fazer)¹³.

Para Baumann, os sociólogos perguntam que consequências isso tem para os atores humanos, as relações nas quais ingressamos e as sociedades das quais somos parte. Em resposta, formatam o objeto da investigação sociológica. Assim, figurações, redes de dependência mútua, condicionamentos recíprocos da ação e expansão ou confinamentos da liberdade dos atores estão entre as mais preeminentes preocupações da sociologia. Nessa perspectiva, atores individuais tornam-se objeto de observações de estudos sociológicos à medida que são considerados participantes de uma rede de interdependência. Por isso, e porque, não importando o que façamos, somos dependentes dos outros, Baumann propõe que a questão central da sociologia é: como os tipos de relações sociais e de sociedades em que vivemos têm a ver com imagens que formamos uns dos outros, de nós mesmos e de nosso conhecimento, nossas ações e consequências?¹⁴

O contraponto às teses sociológicas objetivistas/estruturalistas/coletivistas é dado pelas reflexões baseadas no individualismo metodológico. As teses individualistas da ação encontram suas origens na modernidade nas teorias contratualistas de Hobbes e Locke, ganhando uma força adicional com o desenvolvimento de um positivismo individualista no âmbito da teoria da ação. Mas é Freud, o fundador da psicanálise, que instaura uma verdadeira ruptura epistemológica em termos de subjetivismo ou psicologismo. Sua teoria se baseia na ideia segundo a qual uma tríade — o Ego (eu), o Id (pulsões) e o Superego (juízo moral) — cons-

10 MAYHEW, Bruce H. Structuralism versus individualism. *Social Force*, Oxford, UK, v. 59, n. 2, p. 335-375, dez. 1980.

11 BLAU, Peter M. *Inequality and Heterogeneity*. Nova York: Free Press, 1977. p. 9.

12 BLAU, Peter M. *Inequality and Heterogeneity*. Nova York: Free Press, 1977. p. 246.

13 BAUMANN, Zigmunt. *Aprendendo a Pensar com a Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 16-17.

14 BAUMANN, Zigmunt. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 17.

titui o fundo de cada personalidade e a estrutura psíquica da qual emergem nossas ações¹⁵.

Segundo Giddens, as doutrinas que advogam o individualismo metodológico envolvem uma ou mais das seguintes teses¹⁶:

- a) “Atomismo social truístico”. É o ponto de vista que defende que o fato de os fenômenos sociais só poderem ser explicados em termos de análise da conduta de indivíduos é evidente em si mesmo. Assim, diz Hayek: “não existe outro caminho para uma compreensão dos fenômenos sociais a não ser mediante nosso entendimento das ações individuais dirigidas para outras pessoas e guiadas pelo comportamento que se espera delas”¹⁷ (uma formulação próxima da definição de Weber de ação social¹⁸);
- b) A ideia de que todas as afirmações sobre fenômenos sociais podem ser reduzidas, sem perda de significado, a descrições das qualidades dos indivíduos, negando qualquer sentido à ideia de estrutura;
- c) A asserção de que somente os indivíduos são reais, sendo todos os conceitos referentes a propriedades de coletividades ou sistemas sociais modelos abstratos, construções dos teóricos, de algum modo que a noção de indivíduo não é;
- d) A alegação de que não pode haver leis nas ciências sociais, exceto na medida em que existam leis sobre as disposições psicológicas dos indivíduos.

Todos esses quatro elementos parecem encontrar-se no enunciado de Watkins, sobre o que ele chama de “princípio do individualismo metodológico”, segundo o qual os constituintes básicos do mundo social são pessoas individuais que agem de modo mais ou menos apropriado à luz de suas disposições e compreensão de sua situação. Segundo essa perspectiva, toda situação social, instituição ou evento complexo resulta de uma configuração particular de indivíduos, suas disposições, situações, crenças e recursos e ambientes físicos, podendo haver explicações inacabadas ou parciais de fenômenos sociais de larga escala (por exemplo, a inflação ou crime nos moldes que está acontecendo no Brasil) em termos de outros fenômenos de larga escala (emprego ou desigualdade social respectivamente), mas somente teremos chegado a explicações fundamentais desses fenômenos de larga escala quando tivermos deduzido uma explicação deles a partir de enunciados, disposições, crenças, recursos e inter-relações entre indivíduos¹⁹.

2.2. Subjetivismo versus objetivismo na filosofia política

Um outro âmbito do debate entre subjetivistas e objetivistas acerca dos elementos causais da conduta humana tem sido construído dentro dos contornos da filosofia política. Da mesma forma como ocorrera nos debates que antecederam o choque de tradições contemporâneas, o conflito entre individualismo e coletivismo tem, utilizando as palavras de Arantes Vieira, como cerne, questões sobre a natureza humana, sobretudo no que se refere ao fato de se os seres humanos seriam independentes uns dos outros e possuidores de características únicas e separadas ou se seriam seres sociais, com identidade e comportamento moldados pelo grupo ao qual pertencem²⁰.

15 LALLEMENT, Michel. *História das Ideias Sociológicas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 145.

16 GUIDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins fontes, 2013. p. 251-52.

17 HAYEK, Frederic A. *Individualism and Economic Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1949. p. 6.

18 WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 5. Para Weber “Por ‘acción’ debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo. La ‘acción social’, por tanto, es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referida a la conducta de otros, orientándose por ésta su desarrollo”.

19 WATKINS, John Willian Nevill. Historical Explanation in the social sciences. *The British Journal for the Philosophy of Science*, Oxford, UK, v. 8, n. 30, Aug. 1957.

20 VIEIRA, Daniela Arantes. *Alasdair MacIntyre e a crítica da modernidade: uma contribuição para o debate liberais versus comuni-*

Enquanto os liberais, claramente subjetivistas, se sentem herdeiros dos sofistas, dos epicuristas, dos estoicos, de Locke, Hobbes, Stuart Mill e Kant, os comunitaristas, com uma forte orientação objetivista, têm suas raízes no aristotelismo, em Hegel e na tradição republicana da Renascença. Os primeiros partilham a ideia da liberdade de consciência, respeito pelos direitos do indivíduo e desconfiança frente à ameaça de um Estado paternalista; já os comunitaristas comungam da desconfiança pela moral abstrata, têm simpatia pela ética das virtudes e uma concepção política com muito espaço para a história das tradições. Inobstante haver entre as teorias atomistas-subjetivistas contemporâneas uma defesa uníssona do princípio dos direitos individuais, esta se desenvolve numa diversidade de abordagens que, frequentemente, dá origem a teses e conclusões contraditórias.

Do lado liberal, encontramos autores como John Rawls, Thomas Nagel, Bruce Ackerman e Charles Larmore, sem falar de liberalistas (liberais-individualistas ortodoxos) como Frederic Hayek e Roberto Nozick. Já no rol de autores que constituem o movimento comunitarista, ou a versão contemporânea da tradição objetivista, encontram-se teóricos que são críticos do liberalismo, mas que, por vezes definitivamente, se encontram teoricamente próximos dessa tradição — como Charles Taylor —; outros que oscilam entre a defesa de posições socialistas e republicanas, como Michael Sandel; e ainda outros que assumem posturas mais decididamente conservadoras, como Alasdair MacIntyre.

Entre as filosofias políticas neoliberais, há um cerne comum consistente numa representação e numa valorização do indivíduo que se deu por meio da elaboração de uma nova imagem sua: o eu autônomo. Elas são inseparáveis do indivíduo moderno, ao valorizá-lo em relação ao grupo social e por se oporem às visões coletivistas da política que tendem a priorizar o grupo social, e não o indivíduo. Nesse aspecto, para Rawls — o precursor liberal da fase contemporânea do debate entre atomistas e holistas.

Uma pessoa moral é um sujeito com fins que ela própria escolheu e sua preferência fundamental é por condições que lhe permitam estruturar um modo de vida que expresse sua natureza como ser livre e racional, igual, dentro do que lhe permite as circunstâncias. A unidade da pessoa é revelada pela coerência de seu plano, esta unidade se fundando no desejo superior de seguir os princípios da escolha racional, de modo coerente com seu sentimento de direito e de justiça. Naturalmente, uma pessoa não forma seus objetivos de uma só vez, trata-se de um processo gradual: mas, dentro do que permite a justiça, ela pode formular e seguir um plano de vida, e com isso moldar sua própria unidade²¹.

Essa concepção de Rawls é, na visão de Gargarella, uma das que compõem uma ampla visão liberal do eu, que, genericamente, considera que os indivíduos são livres de questionar sua participação nas práticas sociais existentes e de fazer eleições independentemente destas no de caso de tais práticas não merecerem ser seguidas. Como resultado, os indivíduos já não se definem enquanto participantes de nenhuma relação econômica, religiosa, sexual ou recreativa em particular, já que são livres de questionar e rechaçar qualquer relação²².

Destarte, na perspectiva liberal, os indivíduos não são definidos pelas suas interdependências, mas, ao contrário, são livres de colocar em questão e de rejeitar qualquer forma de participação em grupos, instituições ou atividades particulares. São livres para questionar as suas convicções, mesmo as mais profundas. Todo fim é suscetível de uma possível revisão por parte do eu. Isso é o que habitualmente se denomina de uma concepção “kantiana” do eu, pois Kant foi um dos mais firmes defensores da ideia segundo a qual o eu é anterior aos papéis e relações socialmente dados e é livre somente se for capaz de ver em perspectiva esses componentes de sua situação social e de julgá-los atendendo aos ditados da razão²³.

Muitos liberais pensam que o valor da autodeterminação é tão óbvio que não requer nenhuma defesa. Argumentam que permitir que as pessoas se autodeterminem constitui o único modo de respeitá-las como

tários. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 39.

21 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: UnB, 1981. p. 407.

22 GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999. p. 127.

23 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 40, 42, 45. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 4. ed. Lisboa: FUNDAÇÃO Calouste Gulbenkian, 1997. p. 26.

seres morais plenos. Negar a autodeterminação a alguém é tratá-lo como uma criança ou um animal, e não como um membro pleno de uma comunidade.

Partindo da constatação de que algumas pessoas são incapazes e cometem erros acerca de suas vidas e elegeem realizar coisas banais, degradantes e inclusive prejudiciais, grande parte dos liberais entende que o respeito à autodeterminação dessas pessoas pode implicar, na prática, abandoná-las a um destino pouco feliz. Assim, admitem os liberais em suas teorias que se deem atos de paternalismo, por exemplo, nas relações entre as pessoas capazes e seus filhos, ou com dementes, ou com qualquer um que tenha temporariamente a sua capacidade de compreensão da realidade diminuída. Insistem que cada adulto capaz deve estar provido de uma esfera de autodeterminação que respeite o mesmo âmbito dos demais. Um bom representante dessa tradição é Mill, para quem, quando as pessoas alcançaram a maturidade dos anos, adquirem o direito e a prerrogativa de interpretar por si mesmas o significado e o valor de suas experiências. Para aqueles que superam o umbral de uma certa idade e uma certa capacidade mental, o direito a autodeterminar-se nas principais decisões de sua vida é inviolável²⁴.

Se os próprios liberais admitem a possibilidade de que algumas pessoas possam vir a cometer erros e realizar coisas banais, degradantes e inclusive prejudiciais, não há qualquer dificuldade em imaginar que as teorias perfeccionistas se fundamentaram, em boa medida, no questionamento do alcance da autodeterminação. Ser um “adulto capaz”, no sentido de não ser alguém com capacidade mental reduzida, não garante que seja capaz de fazer algo valioso com sua própria vida, quanto menos em relação à comunidade. Se isso é assim como se põe, não deveriam os governos decidir qual é a melhor forma de vida para seus cidadãos? O perfeccionismo marxista, como bem lembra kimlicka, constitui um exemplo de tal política, uma vez que proíbe que as pessoas realizem aquilo que se considera má eleição, isto é, escolher desempenhar um trabalho alienante²⁵.

Os liberais, em sentido bastante diverso, consideram tais políticas uma limitação ilegítima da autodeterminação, não obstante o mais plausível que possa ser a Teoria do Bem a elas subjacentes. Tendo em conta que o argumento a favor do perfeccionismo depende do pressuposto de que as pessoas possam cometer erros quanto ao valor de suas atividades, uma possível linha de defesa é negar que as pessoas possam equivocar-se em seus juízos acerca do que é valioso na vida. Os defensores da autodeterminação poderiam sustentar que os juízos de valor, diferentemente dos juízos sobre fatos, constituem simplesmente expressões de respeito do que subjetivamente agrada ou desagrade aos indivíduos. Nessa ótica, tais eleições, no fundo, são arbitrárias, não-suscetíveis de uma justificação ou crítica racional. Todas essas eleições são igualmente racionais e, portanto, o Estado carece de razões para nelas interferir. Muitos perfeccionistas aceitam que esse tipo de ceticismo acerca dos juízos de valor é o que tem de configurar a posição liberal, porque, se há a concessão da possibilidade de que as pessoas cometam erros, então, o governo, sem dúvida, deve alentar sobre as formas de vida corretas e desalentar ou proibir as equivocadas. Os liberais rechaçam esse ceticismo, pois nele não se apoia a autodeterminação, eis que se as pessoas não podem cometer erros sobre suas eleições, então, o governo tampouco pode cometê-los.

Os liberais defendem a importância da autodeterminação a partir da consideração de que essa implica decidir o que os indivíduos podem fazer com suas vidas e refletir acerca de todas as possibilidades ainda quando sabem o que vai ocorrer. É em defesa dessa concepção que se manifesta Rawls para dizer que assim como uma pessoa escolhe seu plano de vida à luz de toda informação, uma pluralidade de pessoas determina seus termos de cooperação de modo a que todas tenham representação igual enquanto seres morais. Seu interesse fundamental pela liberdade e pelos meios de usá-la de maneira justa decorre do fato de elas se verem, acima de tudo, como pessoas morais com idêntico direito a escolher seu modo de vida²⁶.

24 MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 59.

25 KIMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 221.

26 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: UnB, 1981. p. 408.

Elaborando uma teoria ainda mais radical da autodeterminação, Nozick, ao relacionar utopia e Estado mínimo, diz que “o Estado mínimo nos trata como indivíduos invioláveis, que não podem ser usados de certas maneiras por outros como meios, ferramentas, instrumentos ou recursos. Trata-nos como pessoas que têm direitos individuais, com a dignidade que isso pressupõe. Tratando-nos com respeito ao acatar nossos direitos, ele nos permite, individualmente ou em conjunto com aqueles que escolhermos, determinar nosso tipo de vida, atingir nossos fins e nossas concepções, na medida em que sejamos capazes disso, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos possuidores da mesma dignidade. Como ousaria qualquer Estado ou grupo de indivíduos fazer mais ou menos?”²⁷.

Para o comunitarismo objetivista, em sentido oposto, a identidade dos indivíduos como pessoas, ao menos em parte, encontra-se profundamente marcada pelo pertencimento a determinados grupos: os indivíduos nascem inseridos em certas comunidades e práticas sem as quais deixariam de ser quem são²⁸. Ditos vínculos aparecem assim como vínculos valiosos, enquanto essenciais na definição das identidades. Daí que, para os comunitaristas, a pergunta vital de cada pessoa não é a de “o que quero ser”, ou a de “o que quero fazer de minha vida” — perguntas que parecem próprias da tradição liberal —, defensora da plena autonomia dos indivíduos, mas a de “quem sou” ou “de onde provenho”. A identidade de cada um, segundo Charles Taylor, define-se em boa medida a partir do conhecimento de onde se acha alguém situado, quais são suas relações e seus compromissos: com quem e com que projetos se sente o indivíduo identificado²⁹. Frente aos que apresentam uma ideia vazia de liberdade, os comunitaristas defendem uma ideia de liberdade “situada”, capaz de levar em conta o formar parte o indivíduo de certas práticas compartilhadas.

Nesse sentido, uma das críticas comunitaristas mais destacadas à concepção liberal de pessoa é a realizada por Michael Sandel a Rawls. Sandel contesta o pressuposto rawlsiano, conforme o qual as pessoas escolhem seus fins, seus objetivos vitais. À ideia central de Rawls, de que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais e para que tal seja verdade as pessoas têm de ser independentes de interesses particulares, ou seja, devem ser sujeitos morais desvinculados das características advindas da experiência, capazes de construir uma moral sem autoconhecimento, Sandel acredita que, nas sociedades reais, não há como os indivíduos se libertarem de seus interesses, pois eles definem não somente as obrigações, mas também a própria identidade. O pressuposto da teoria liberal de Rawls conduz a uma visão descritivamente pobre do ser humano. A adoção desse pressuposto implica deixar de lado uma visão mais adequada da pessoa, aquela que reconhece a importância que tem, para cada um, o conhecimento dos valores próprios de sua comunidade — valores que as pessoas não elegem, mas descobrem, reconhecem olhando para trás até as práticas próprias dos grupos aos quais pertencem³⁰.

O liberalismo defende uma posição peculiar, profundamente identificada com o atomismo. O atomismo é um termo com o qual os comunitaristas tendem a descrever aquelas doutrinas contratualistas, surgidas no século XVIII, que adotam uma visão da sociedade como um agregado de indivíduos orientados por objetivos individuais³¹. O atomismo parte de um exame sobre os indivíduos e seus direitos, aos quais confere uma óbvia prioridade frente às questões sociais. Defender uma postura atomista, segundo os comunitaristas, implica ignorar que os indivíduos somente possam crescer e auto-realizar-se dentro de certos contextos particulares. Para os comunitaristas, resulta claro que os indivíduos não são autossuficientes, em razão do que requerem a ajuda e o contato dos demais. Ou que não são entes capazes de viver no vazio, já que necessitam de um certo tipo de ambiente social e cultural. A história da vida dos indivíduos inscreve-se dentro de uma narração maior que é a história das comunidades, pelo que não é possível levar adiante a existência das pessoas desconhecendo que elas fazem parte dessa narração³².

27 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 357-358.

28 WALZER, Michael. *Las Esferas de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 75.

29 TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1994. p. 655-656.

30 SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

31 TAYLOR, Charles. Atomism. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 2. p. 210.

32 TAYLOR, Charles. Atomism. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 2. p. 210.

Para Charles Taylor, o ponto de partida dos atomistas denota falta de visão, um engano de autossuficiência, que os impede de ver que o indivíduo livre, detentor de direitos, somente pode assumir esta identidade graças à sua relação com uma civilização liberal desenvolvida; que é um absurdo situar esse indivíduo no estado de natureza no qual nunca poderia alcançar a identidade e, portanto, nunca poderia criar por contrato uma sociedade que o respeite. O indivíduo livre, que se afirma como tal, já tem uma obrigação de completar, de restaurar ou de manter a sociedade dentro da qual é possível alcançar essa identidade³³. Assim, não há que se preocupar, exclusivamente, com as eleições individuais das pessoas, mas sim com o marco dentro do qual essas eleições são levadas a cabo.

Nesse sentido, Taylor contrapõe-se à tese atomista com uma perspectiva social. Frente ao atomismo que parece assumir que as pessoas são capazes de desenvolver suas potencialidades humanas isoladamente, a tese social de Taylor, como tese antiatomista, vem a afirmar o contrário: o ser humano somente pode desenvolver-se socialmente, dentro de uma perspectiva aristotélica. O homem não é autossuficiente individualmente, fora da comunidade, já que, sem a existência de determinado contexto social, ele não pode afirmar sua autonomia moral, não pode firmar as convicções morais nas quais põe sua atenção o liberalismo.

MacIntyre, por sua vez, ridiculariza o “agente moral autônomo” defendido pela tradição de pensamento individualista. O ponto de partida de MacIntyre aparece focado no caráter arbitrário do debate moral contemporâneo. Esse debate surge diferenciado pelo seu caráter “emotivista”, e, assim, pela sua invocação de razões pessoais (“isso deve ser feito porque eu assim considero”) e não impessoais (“faça isso porque é teu dever”) nas discussões sobre moral. O objetivo, nessas discussões, parece ser o de reverter por qualquer meio as emoções e preferências dos demais, de tal modo que elas cheguem a coincidir com as próprias. Essa situação (que o comunitarismo reconhece como) de declive cultural teria sua causa de origem e sua fonte de permanência na cultura mesma do Iluminismo: Essa cultura seria responsável pela presente arbitrariedade do debate moral, a partir do fracasso de suas principais figuras intelectuais na provisão de uma justificativa racional da moral³⁴.

Segundo MacIntyre, os filósofos do Iluminismo tenderam a coincidir no conteúdo da moral (a importância de manter as promessas; a centralidade do valor justiça), mas fracassaram finalmente em seus intentos fundacionais, por desconhecer ou simplesmente deixar de lado a ideia de finalidade própria da vida humana. A restauração de um papel importante para a moral requereria a readoção dessa ideia de finalidade, a qual implicaria, por sua vez, deixar de lado aquele ser emotivista e a filosofia abstrata na qual se fundamenta, para começar a pensar as pessoas como situadas em seu próprio contexto social e histórico³⁵.

Dar atenção à finalidade das pessoas e, por isso, à situação contextual na qual aparecem inseridas exigiria voltar a reconhecer o papel jogado pelas virtudes no desenvolvimento pleno da vida de cada uma delas. De acordo com MacIntyre, “o que constitui o bem para o homem é uma vida humana completa, vivida do melhor modo, e o exercício das virtudes é uma parte necessária e central da vida”³⁶. Tais virtudes, por outro lado, só poderiam desenvolver-se por meio da participação dos sujeitos em certas práticas próprias de sua comunidade.

Distanciadas do subjetivismo hegemônico na modernidade, há contemporaneamente, uma série de novas investigações e estudos, fundados teoricamente na tradição objetivista, mais especificamente no comunitarismo, os quais têm aportado grandes contribuições para discussões acadêmicas e consequentes projeções práticas em termos de planejamento e execução de novas alternativas de políticas públicas. Nesse aspecto, especificamente no campo das políticas públicas, é importante referir o trabalho de Schmidt acerca de condicionantes e diretrizes de políticas públicas a partir de uma perspectiva comunitarista³⁷.

33 TAYLOR, Charles. Atomism. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 2. p. 209-210.

34 MACINTYRE, Alasdair. *Além da virtude*. Bauru, SP: EDUSC, 2001. p. 51.

35 MACINTYRE, Alasdair. *Além da virtude*. Bauru, SP: EDUSC, 2001. p. 115.

36 MACINTYRE, Alasdair. *Além da virtude*. Bauru, SP: EDUSC, 2001. p. 53.

37 SCHMIDT, João Pedro. *Condicionantes e Diretrizes de Políticas Públicas: um enfoque comunitarista da transformação social*.

Ainda que com métodos e objetivos distintos da sociologia, a filosofia política também alberga uma discussão da mais alta relevância em termos de fundamentação da ação humana ou da ação social, ao tratar por distintas tradições de pesquisa acerca do ser humano atomizado, livre, autodeterminado e, portanto, senhor de suas ações e com total responsabilidade sobre elas, e, em sentido distinto, do ser humano pertencente a comunidades, a grupamentos sociais que lhe influenciam permanentemente, determinando o sentido de suas ações e, conseqüentemente, suavizando a sua responsabilidade.

Muito distante de qualquer pretensão de esgotamento do debate histórico entre subjetivistas e objetivistas, os exemplos tomados da sociologia e da filosofia política são importantes na medida em que demonstram a relevância das contradições estabelecidas por essas tradições nas discussões acerca dos fundamentos do agir e do fazer humano. Essas reflexões construídas no âmbito das ciências sociais e da filosofia política transferem-se para o plano regional do direito penal, uma vez que tanto no plano da filosofia do direito penal, quanto no da sociologia criminal as investigações que compõem a Teoria da Ação são pilares fundamentais para compreensão e para a estruturação dos sistemas normativos, no plano normativo-abstrato, e das práticas penais, no plano prático.

2.3. Subjetivismo versus objetivismo no direito penal: a hegemonia subjetivista na Teoria do Crime e da Pena

Essas razões subjetivistas e objetivistas não ficam restritas à seara especulativa das ciências sociais e da filosofia política, mas estão constantemente interpelando políticos e juristas em suas práticas diárias, e, a partir desses assaltos, engendram-se racionalidades práticas que direcionam as ações político-jurídicas num ou noutro sentido.

Inobstante essa recepção, tanto normativa quanto teórica, do debate entre subjetivistas/individualistas e objetivistas/coletivistas na regionalidade do Direito Constitucional, com algumas repercussões institucionais em termos de práticas jurídicas e judiciais, no campo do direito penal, desde os primórdios do penalismo moderno, tomando como marco a obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesare de Beccaria, o subjetivismo guarda uma posição hegemônica, tanto nos planos teórico e normativo, quanto no das práticas penais.

Ainda que célebres tratadistas — aqui é tomada a classificação proposta por Jimenez de Asua³⁸ — atribuam o subjetivismo penal à Teoria de Felipe Gramatica, esse caráter perpassa muito antes — já no século XVIII — a maior parte das reflexões sobre o fenômeno criminal construídas na modernidade. As principais escolas penais, apesar de encerrarem conteúdos bastante heterogêneos, por se desenvolverem em distintos países, com representantes que não se conheciam uns aos outros e, em consequência, com anárquica autonomia e típicos matizes nacionais em suas construções, fazem observações muito próximas quando se trata de investigar as causas da criminogênese e formularem proposições em termos de práticas penais. Provavelmente, as maiores distinções teóricas entre elas estejam no plano da justificação do direito de punir.

Começemos pela Escola Clássica. De índole amplamente filosófica, com um sentido liberal e humanitário e utilizando o método racionalista, os seus principais expoentes, como Carrara, na Itália, ou Birkmeyer, na Alemanha, construíram uma concepção de imputabilidade baseada fundamentalmente sobre o livre arbítrio e sobre a culpabilidade moral. Dizia Carrara em seu Programa do Curso de Direito Criminal: “*Yo no me ocupo en cuestiones filosóficas, presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquélla*”³⁹. E mais adiante reitera que “*La ley dirige al hombre en tanto que es un ser moralmente libre: en consecuencia nadie es responsable de un acontecimiento del cual ha sido causa puramente física, sin ser en manera alguna su causa moral*”⁴⁰. Esses pré-conceitos deságuam em sua definição

Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 6, n. 3, p. 52-72, 2016.

38 ASUA, Luis Jimenez. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. v. 2.

39 CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. San José, CR: Editorial Jurídica Continental, 2000. p. 25.

40 CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. San José, CR: Editorial Jurídica Continental, 2000. p. 31.

de delito, onde emerge com força total o subjetivismo como elemento basilar de sua construção teórica: *El delito como acto, tiene su origen en las pasiones que impulsan el hombre a violar los derechos de sus semejantes a pesar de la prohibición de la ley*⁴¹. A mesma ideia exibe um intransigente clássico alemão, Birkmeyer: *No es posible dar una justificación al Derecho Penal cuando se suprime la libertad del querer*⁴².

Ainda dentro do classicismo, as teorias de retribuição moral, que têm em Kant seu principal expoente, guardam um forte subjetivismo ao considerarem que o direito penal é o direito que tem o representante do poder sobre o indivíduo sujeito a ele a fim de punir-lhe por um delito, mediante a infligência de uma dor. A pena é, nesse sentido, um imperativo categórico da razão prática. Kant foi quem levou mais longe as consequências da ideia contratualista em relação aos castigos. Suas ideias sobre castigo, expostas em sua *Crítica da Razão Prática*, refletem com maior clareza do que nenhuma outra uma determinada compreensão ética sobre o indivíduo e sobre suas ações, além de concluir a fenomenal tarefa de separar moral e direito, teorizado como condição e instrumento da coexistência, sob liberdade externa, entre indivíduos.

Para Kant, o castigo se justifica devido ao fato de que um indivíduo “merece” ser castigado, e merece sê-lo se é culpado de ter causado um delito. Nessa simples expressão, fica patente a intenção de abandonar a justificativa empírica ou que vá mais além do “imperativo categórico” da própria responsabilidade individual guiada pelo livre arbítrio⁴³. O que Kant pretendeu com isso foi fixar, mediante a razão, as condições universais para a vida coletiva baseada na liberdade individual.

Ao chegar à ideia de pena, Kant estabeleceu os critérios de moralidade da conduta humana, que deverá ser autodeterminada, respondendo todo ato humano à consciência individual e ao imperativo da mesma — o dever. Tudo isto vem em perfeita consonância com a natureza de homem que Kant defendia, a natureza retributiva da pena, do mesmo modo que sua resistência a utilizar um homem de modo que não seja um fim em si mesmo. Em resumo, há em Kant, no que toca às suas reflexões sobre crime e castigo, uma convicção subjetivista na ideia de livre arbítrio, própria de todo o pensamento iluminista.

Em geral, tanto teorias retribucionistas quanto preventivistas guardam um forte elemento subjetivo no que tange à compreensão da criminogênese, pois, com raríssimas ou nenhuma exceção, consideram o delito como resultado de um ato de vontade individual. Suas diferenças residem, como já mencionado anteriormente, nos fundamentos do direito de punir.

Mas o subjetivismo penal não para por aí. Há muitas outras vertentes. Assim, por exemplo, o subjetivismo dos positivistas, que, a partir de Lombroso, refere-se ao estudo do delinquente desde o ponto de vista antropológico, psicológico e sociológico, ainda que não tenha chegado a uma concepção subjetiva da responsabilidade. Cesare Lombroso, a partir de seu livro *O Homem Delinquente*, de 1876, utilizando o método científico, pretendeu encarar o problema da delinquência desviando o objeto de estudo do delito para o delinquente. As análises seriam as de seu saber específico, isto é, a anatomia, a fisiologia e a psiquiatria⁴⁴.

O subjetivismo positivista de Lombroso, ainda que se afaste das teses morais ou metafísicas, centrais para a Escola Clássica, para as quais o livre-arbítrio e a responsabilidade moral eram artigos de fé, mantém um monocausalismo criminogênico ao centrar-se no estudo clínico do homem delinquente, que numa perspectiva naturalista-determinista já nasce assim, e cujos comportamentos devem ser evitados.

Uma importante reação ao positivismo veio com a Teoria de Felipe Gramatica, com a qual ele pretendeu demonstrar os seus defeitos, propugnando uma construção teórica e sistemática, na qual a culpabilidade e a medida da pena se governam pela intenção do agente e pela antijuridicidade do indivíduo. Segundo Gramatica, a tendência jurídica de nosso tempo se dirige a uma concepção objetiva da personalidade penal, conforme a qual

41 CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. San José, CR: Editorial Jurídica Continental, 2000. p. 40-41.

42 VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A Modern History of Germany Criminal Law*. Berlin: Springer-Verlag, 2014. p. 109.

43 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 45.

44 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 305.

se atende mais às consequências materiais do ato, a lesão jurídica e a ofensa real ocasionada à sociedade, que à consciência e à intenção do sujeito ativo⁴⁵. O subjetivismo penal de Gramatica não toma em conta a consequência do ato nem a materialidade da lesão, senão que tão somente aprecia a consciência e a intenção do agente.

Desse princípio extrai seu autor deduções que já na época não eram novas, pois em parte já haviam sido expostas por alguns expoentes da Escola Clássica. O delito é, tradicionalmente, um ato do homem, previsto como tal pelas leis punitivas. Gramatica pretende subjetivá-lo, fazendo-o consistir na ação e prescindindo do resultado, consequência do delito, o que equivale a subordinar o delito à noção da culpabilidade do mesmo sujeito que o comete. A culpabilidade no sistema de Gramatica consiste na intencionalidade voluntária e consciente do que incide no ilícito; incidir, subjetivamente, no ilícito quer dizer que o indivíduo, ao executar o ato previsto pela lei como delito, tinha conformada sua intenção, tinha consciência de quais eram os fatores que a lei previa como ilícito, e, por conseguinte, como delituoso o ato respectivo. De sua construção teórica ficavam excluídas a responsabilidade objetiva e sem culpa e a responsabilidade das pessoas jurídicas⁴⁶.

O paroxismo subjetivista nas teorias e escolas penais veio com o finalismo de Welzel, que influenciou, diretamente, a maioria esmagadora das legislações penais ocidentais, dentre elas a brasileira. Nessa perspectiva, uma análise da estrutura da conduta impõe reconhecer que a vontade implica uma finalidade, porque não se concebe que haja vontade de nada; a vontade sempre é vontade de algo, isto é, a vontade sempre tem um conteúdo, que é uma finalidade. Embora não seja possível afirmar que a posição finalista se identifica com uma determinada corrente filosófica, a sua origem é aristotélica. Aristóteles não concebia qualquer conduta voluntária que não fosse final. Para ele eram voluntários finais os atos que nós chamamos de não culpáveis, com o que distinguia nitidamente a vontade da culpabilidade, sem separar a finalidade da vontade⁴⁷. De Aristóteles o finalismo chegou a São Tomás de Aquino, para quem a ideia central de seu sistema não era a causalidade, mas a finalidade. Posteriormente, Duns Escoto também retoma a ideia e desenvolve sua teoria da imputação, onde uma relação do “domínio do fato” pressupõe a finalidade⁴⁸. Na modernidade, em momento imediatamente anterior à construção teórica welzeniana, o finalismo, de um modo geral, aparece na sociologia de Max Weber, quando, ao classificar uma de suas categorias centrais — a ação social — menciona a ação ajustada a fins, que é a ação determinada por expectativas no comportamento tanto de objetos do mundo exterior como de outros homens, e utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para a obtenção de fins próprios racionalmente sopesados e perseguidos⁴⁹.

Nessa linha de tradição finalista, Welzel elabora sua Teoria Finalista da Ação, em superação à Teoria Causalista. Na perspectiva finalista welzeniana, a ação humana é exercício de uma atividade final, não de uma mera atividade causal. A finalidade é presente, portanto, em toda conduta humana. Ela pode ser inferida do fato de poder o homem, por força de seu saber causal, prever dentro de certos limites as consequências possíveis de sua conduta. Assim, pode orientar seus distintos atos à consecução do fim desejado.

A finalidade, assim, funda-se na capacidade de a vontade prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo conforme a consecução desse dito fim. “A espinha dorsal da ação final é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal”⁵⁰, sem ela a ação seria rebaixada a um acontecimento causal cego⁵¹. Em resumo: pode-se diferenciar a ação causal da final porque a final é um agir orientado conscientemente a um fim, enquanto o causal não é um agir orientado a um fim, sendo resultante da constelação de causas existentes em cada momento. Dito de forma gráfica, a finalidade é vidente e a causalidade é cega⁵².

45 GRAMATICA, Filippo. *Dal soggettivismo penale alla difesa sociale*. Milão: Giuffrè, 1996. p. 38.

46 GRAMATICA, Filippo. *Dal soggettivismo penale alla difesa sociale*. Milão: Giuffrè, 1996. p. 42, 65, 78, 96.

47 ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. 3. ed. Brasília: UnB, 2001. p. 49.

48 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 1990. v. 1. p. 608-610.

49 WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 20.

50 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 25-26.

51 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997, p. 40.

52 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 25.

Para Welzel, a direção final da ação assenta-se em duas fases. A primeira fase ocorre na esfera do pensamento e abarca três elementos: o primeiro é o fim que o agente almeja; o segundo são os meios que o mesmo deve adotar para a consecução dos fins e o terceiro são as consequências secundárias coligidas ao emprego dos próprios meios⁵³.

A segunda fase ocorre no mundo real, é a realização concreta da ação que se opera. É um processo causal dominado pela determinação do fim, dos meios e dos efeitos concomitantes na esfera do pensamento. “Se não se alcança esse domínio final no mundo real — por exemplo, o resultado não se produz por qualquer causa — a ação final correspondente fica somente tentada”⁵⁴.

As reações ao subjetivismo penal sempre foram túbias. As entradas do objetivismo na teoria penal e nos processos de positividade normativa, com consequências em termos de práticas penais, não passaram de espasmos restritos às consequências materiais do ato, à lesão jurídica e à ofensa real causada à sociedade, bem como em relação a questões ligadas à tipicidade, fixando a ideia de tipo objetivo, originariamente ligado às construções naturalistas causalistas (tipo objetivo = ação + nexos causal + resultado) que, posteriormente, foram emendadas pelo finalismo com o acréscimo da finalidade (finalismo: tipo = tipo objetivo + tipo subjetivo, onde tipo objetivo = ação + causalidade + resultado e tipo subjetivo = dolo + elementos subjetivos especiais) Contemporaneamente, a partir de aportes do funcionalismo, Roxin introduziu uma nova noção, que diverge significativamente do finalismo, pela modificação do tipo objetivo, ao dizer que não basta estarem presentes os elementos ação, causalidade e resultado para que se possa considerar determinado fato objetivamente típico. É necessário, ademais, um conjunto de requisitos. Esse conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causalização uma causalização típica, violadora da norma, se chama imputação objetiva⁵⁵.

Que requisitos são esses para Roxin? Fundamentalmente dois. O primeiro é a criação de um risco juridicamente desaprovado. Ações que não criam riscos, isto é, ações não perigosas, jamais são típicas, ainda que venham eventualmente a causar lesões (ex. mandar o tio à floresta desejando que ele seja atingido por um raio não é uma ação perigosa, mesmo que ele venha a ser atingido e venha a morrer em razão desse evento). Além disso, em segundo lugar, ações que, apesar de perigosas, respeitam as exigências de cuidado, são permitidas, mesmo que no caso concreto ocasionem o resultado descrito no tipo (ex. intervenções cirúrgicas que venham a ser realizadas adequadamente aos procedimentos médicos)⁵⁶.

Longe de querer aprofundar detalhadamente a projeção do debate histórico entre subjetivistas e objetivistas nos diversos ramos do direito e das manifestações das potestades estatais que lhes são respectivas, o que é preciso aqui destacar, para os fins propostos no trabalho, é a esmagadora hegemonia do subjetivismo no âmbito das positificações normativas e das práticas institucionalizadas no campo jurídico penal. Seja na teoria desenvolvida pelos distintos setores da doutrina, seja nos elementos normativos positivados relativos ao crime e às penas, há a preponderância de uma concepção de que o crime é resultado de uma manifestação da vontade individual de seres humanos livres e com autodeterminação, conforme a concepção subjetivista-liberal, e de que as medidas cabíveis para sua prevenção devem, prioritariamente, senão totalmente, serem voltadas aos indivíduos atomizadamente, tal como ocorre há mais de dois séculos, com a imposição de penas privativas de liberdade, e contemporaneamente com as outras espécies de penas, todas elas com foco no indivíduo — em sua maioria verdadeiras formas do controle biopolítico dos corpos individualizados dos condenados, tal como há muito já alertava Foucault⁵⁷.

53 BRANDÃO, Cláudio. As Teorias da Conduta o Direito Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000.

54 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 26.

55 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

56 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 8.

57 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 125.

3. A HEGEMONIA SUBJETIVISTA NO SISTEMA NORMATIVO PENAL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DAS PRÁTICAS PENAIAS

Em termos normativos, o grande corolário da hegemonia subjetivista no campo penal foi a adoção, em praticamente todos os sistemas jurídico-penais do ocidente, de um modelo de direito penal que gira em torno da vontade e da finalidade do agente. As fórmulas normativas que estruturam a positivação desse modelo de direito penal representam a institucionalização de uma concepção subjetivista da criminogênese. Em outras palavras, a partir de uma concepção monocausalista do crime como uma resultante da vontade individual do agente, estruturou-se um conjunto de “soluções” normativas voltadas ao universo particular do autor do ato delituoso, o que, em termos de práticas penais significa a aplicação de penas privativas de liberdade como principal instituto penal da modernidade. No sistema normativo brasileiro, as evidências da adoção exclusiva de um direito penal da vontade aparecem já na Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84, cujo item 12 diz o seguinte:

Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e consequentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar do ato ou abster-se de fazê-lo.

Mais adiante, o item 16 reforça essa concepção, ao mencionar que

Retoma o Projeto, no art. 19, o princípio da culpabilidade, nos denominados crimes qualificados pelo resultado, que o Código vigente submeteu a injustificada responsabilidade objetiva. A regra se estende a todas as causas de aumento situadas no desdobramento causal da ação.

Por fim, no item 18, há uma referência definitiva acerca da predominância subjetivista em nosso Código Penal:

O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável. Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas. Admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência de ilicitude. Eliminaram-se os resíduos da responsabilidade objetiva, principalmente os denominados crimes qualificados pelo resultado.

Essa tendência espiritualista-subjetivista fundada no livre arbítrio, consagrada na Parte Geral do Código Penal brasileiro em vigência desde 1984, já era denunciada por Nina Rodrigues, em 1894, ainda que com fins críticos pouco louváveis, uma vez que a orientação teórica desse médico maranhense o aproximava das teorias eugênicas de Galton e do darwinismo social de Spencer⁵⁸. Nas palavras do próprio autor,

A legislação penal brasileira, seja no código da república, seja no antigo código do império, tomou por base o pressuposto espiritualista do livre arbítrio para critério da responsabilidade penal. Nisso, não fez mais do que trilhar a doutrina penal corrente em todos os povos civilizados à europeia, reproduzida ainda recentemente no tão debatido código penal italiano.

Naturalmente esta doutrina é adotada em toda sua plenitude e aceita com todas as suas consequências pelos partidários da metafísica espiritualista⁵⁹.

Essa macro concepção subjetivista permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico-penal atual, pois todo ele está construído sobre a responsabilidade fundamental do agente (art. 13 e 29 do Código Penal); para a punibilidade deste é sempre exigida a culpa (art. 26 a 28); e a medida da culpabilidade é erigida, sempre

58 RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011.

59 RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011. p. 13.

também, em critério primário da medida da pena (art. 29 e 59). O que é preciso destacar é que o centro ético de imputação continua aqui a ser a vontade livre do agente, ainda que hajam exigências que pelo dever social são postas a um direito penal da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade correspondente à melhor tradição cultural e jurídica espiritualista-subjetivista fundada na filosofia da consciência, tem como fundamento genético uma concepção primariamente retributiva ou expiatória da pena em relação ao agente atomizado, exatamente em função de conceber-se a criminogênese desde uma perspectiva metodológica individualista, baseada na vontade individual.

Essa hegemonia subjetivista-individualista em nosso ordenamento jurídico penal e nas práticas coercitivas que lhe são correspondentes carrega consigo um paradoxo relativo à nossa própria concepção de violência. Como bem alerta Žižek, os sinais mais evidentes de violência que nos vêm à mente são atos de crime e terror, confrontos civis, conflitos internacionais. Mas, segundo ele, devemos aprender a dar um passo para trás, a desembaraçar-nos do engodo fascinante dessa violência “subjetiva” diretamente visível, exercida por um agente claramente identificável. Precisamos ser capazes de perceber os contornos dos cenários que engendram essas explosões. O passo para trás nos permite identificar uma violência que subjaz aos nossos próprios esforços que visam a combater a violência e promover a tolerância⁶⁰.

A violência subjetiva na visão de Žižek é somente a parte mais visível de um triunvirato que inclui também dois tipos objetivos de violência. Em primeiro lugar, há uma violência “simbólica” encarnada na linguagem e em suas formas, naquilo que Heidegger chamaria a “nossa casa do ser”. Essa violência não está em ação apenas nos casos evidentes — e largamente estudados — de provocação e de relações de dominação social que nossas formas de discurso habituais reproduzem: há uma forma ainda mais fundamental de violência que pertence à linguagem enquanto tal, à imposição de um certo universo de sentido, como ocorre, por exemplo, no campo da dogmática penal, quando o subjetivismo-individualista ocupa os posicionamentos centrais tanto em questões teóricas quanto práticas. Em segundo lugar, há aquilo a que se pode chamar violência “sistêmica”, que consiste nas consequências muitas vezes catastróficas do funcionamento regular de nossos sistemas econômico e político⁶¹.

A questão fulcral que se coloca é que a possibilidade de percebermos esses distintos tipos de violência e o modo como as percebemos têm sérias implicações nas institucionalizações e práticas políticas que elaboramos para enfrentá-las. A violências subjetiva e objetiva não podem ser percebidas do mesmo ponto de vista: a violência subjetiva é experimentada enquanto tal contra o pano de fundo de um grau zero de não violência. É percebida como uma perturbação do estado de coisas “normal” e pacífico. Contudo, a violência objetiva é precisamente aquela inerente a esse estado “normal” de coisas. A violência objetiva é uma violência invisível, uma vez que é precisamente ela que sustenta a normalidade do nível zero contra a qual percebemos algo como subjetivamente violento. Assim, a violência sistêmica é de certo modo algo como a célebre “matéria escura” da física, a contrapartida de uma violência subjetiva (demasiado) visível. Pode ser invisível, mas é preciso levá-la em consideração se quisermos elucidar o que parecerá de outra forma explosões “irracionais” de violência subjetiva. Em matéria de compreensão do fenômeno criminal, o que temos percebido e considerado como relevante no plano teórico e no plano pragmático de nossas institucionalizações penais é pura e simplesmente a violência subjetiva, materializada pelos indivíduos atomizados, ao mesmo tempo que desconsideramos, completamente, todas as manifestações de violência objetiva, sistêmica, que determina silenciosamente a ação dos indivíduos sem que estes tenham, em muitos casos, qualquer monitoração reflexiva sobre elas. Ao percebermos somente a violência subjetiva, dos indivíduos, somente a ela atribuímos a potencialidade de rupturas de nossos padrões éticos, enquanto à violência objetiva imputamos um caráter de normalidade ética. Isto vai ao encontro do que diz Benjamin, quando analisa a distinção entre a violência dos indivíduos e a violência do Estado:

60 ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 17.

61 ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 17.

“o direito considera a violência nas mãos dos indivíduos um perigo capaz de solapar a ordenação de direito. [...] a violência, quando não se encontra nas mãos do direito estabelecido, qualquer que seja este, o ameaça perigosamente, não em razão dos fins que ela quer alcançar, mas por sua mera existência fora do direito. [...]”⁶².

A hiperacentuação equivocada numa compreensão subjetivista-individualista da violência tem levado a uma cadeia de equívocos no processo de monitoração reflexiva e racionalização de nossas práticas penais, cujos resultados em termos de políticas públicas criminais têm sido desastrosos. Tendo em conta toda a complexidade do acontecimento da violência e do crime e das reações institucionais a esses fenômenos, no caso brasileiro, que hoje guarda uma posição única no cenário mundial, comparável, pelo menos em termos numéricos a muito poucos países no mundo, um dos poucos aspectos que emerge de forma bastante clara num emaranhado de explicações e ações, é o fato de que a monitoração reflexiva dessa totalidade fenomênica, pelo conjunto de pessoas e grupos envolvidos na construção de soluções institucionais, tem sido consideravelmente deficiente, pois as consequências das práticas penais hoje adotadas no Brasil têm sido decepcionantes, para não dizer trágicas ou desesperadoras.

Um forte indício dessa fragilidade na monitoração reflexiva e na racionalização do fenômeno criminal e das práticas penais no Brasil é o fato de que, em um estágio já bem avançado, estamos replicando, em pontos importantes do funcionamento do nosso sistema penal, e mais especificamente em relação aos seus fins, o modelo punitivo norte-americano de alta intensidade, no qual a tônica discursiva é a substituição da sua materialidade ético-política por uma substancialidade essencialmente administrativa, ou seja, o centro da discussão e do interesse acerca da questão penal ou penitenciária está bem menos radicado no campo ético do que no plano administrativo da gestão pública, para o atingimento de suas finalidades de segregação/exclusão de parcelas bem definidas da população, sendo o encarceramento massivo o principal instrumento para esse fim.

Ainda que os modelos norte-americano e brasileiro não utilizem as mesmas alternativas institucionais repressoras, eles compartilham esse objetivo comum segregatório bem direcionado, e algumas opções político-criminais materializam essas proximidades, como a enorme energia dispendida pelo Estado brasileiro na luta contra as drogas, situação bastante semelhante à opção colombiana, fortemente apoiada e patrocinada por sucessivos governos norte-americanos.

No caso americano, temos o exemplo de um Estado de Direito quase irrepreensível, em que os processos penais oferecem uma multiplicidade de recursos, em que os poderes estão claramente separados e em que a independência dos juízes, pelo menos aparentemente, não levanta dúvidas, mas, apesar disso, em nenhuma parte do mundo democrático a máquina repressiva conheceu tal sobreaquecimento. O Brasil não está distante dessa realidade penal e penitenciária americana. O número de encarcerados e controlados pelo sistema prisional brasileiro traduzem material e concretamente nossa ideologia penal e nossas práticas penais. A esse crescimento exponencial de encarcerados em condições imundas e insalubres das penitenciárias nas quais estão sendo cumpridas as penas, é preciso agregar a quantidade de mortes que ocorrem cotidianamente em nossas prisões e o tratamento que temos dispensado aos nossos menores apreendidos. Com isso veremos que estamos mais próximos do que imaginamos da política repressivista ortodoxa dos norte-americanos, e em alguns critérios até os superamos em termos de irracionalidade do sistema penal, especialmente se considerarmos a precariedade e a crueldade de nosso sistema prisional. Aliás, as questões da precariedade e da crueldade do sistema têm servido, reiteradamente, como base temática não somente para discursos críticos de descriminalização, mas também para os de desencarceramento⁶³.

Dois exemplos contemporâneos ilustram bem a magnitude desse desconchavo. Nos Estados Unidos, considerado o mais amplo sistema democrático do mundo e o lugar por excelência das liberdades, no final

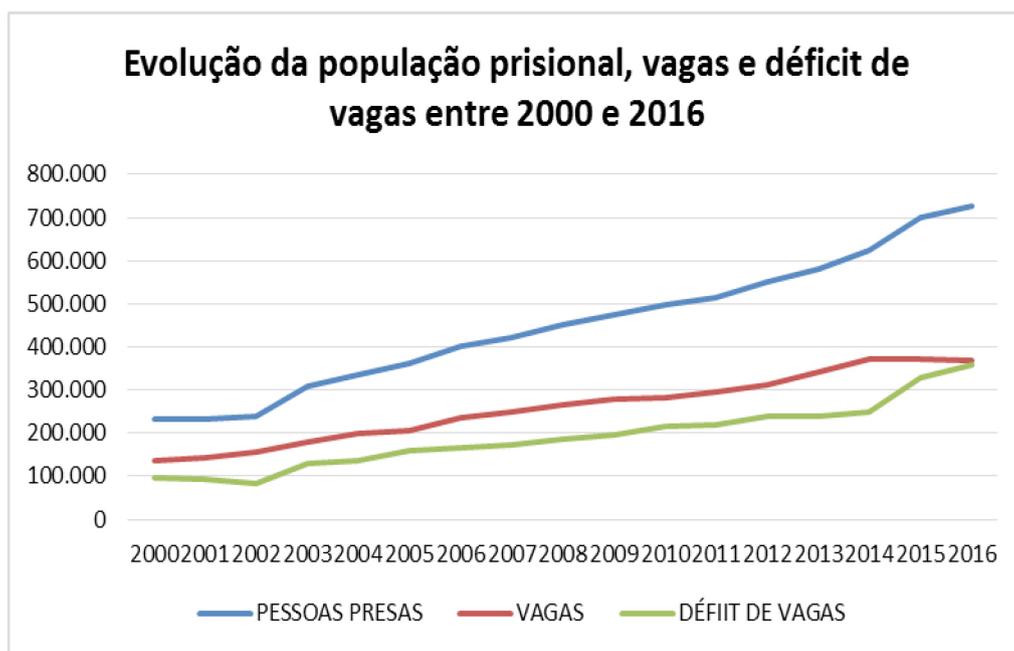
62 BENJAMIN, W. Para uma crítica da violência. In: GAGNEBIN, Jeanne Marie (Org.). *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011. p. 126-127.

63 Ver a respeito ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para a proibição ou legalização das drogas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 714-730, 2017.

do ano de 2014 havia um número em torno de 2.145.100 encarcerados em seu sistema penal, algo aproximado a 25% da população carcerária mundial, perfazendo uma média de 693 presos por 100.000 habitantes⁶⁴; no Brasil, uma incipiente democracia num país em desenvolvimento, a população carcerária, crescendo em patamares alarmantes nos últimos 20 anos, chegou à casa de 726.712 presos em 2016, perfazendo uma média de 352,6 encarcerados por 100.00 habitantes. Ao número absoluto de prisioneiros é importante adicionarmos o percentual de crescimento da população carcerária brasileira, a qual chega a um aumento de 7,3% ao ano no período compreendido entre 1990 e 2016. Um dado alarmante é que 40% dessa massa de indivíduos encarcerados não possui condenação definitiva⁶⁵.

Em que pese, na atualidade, o número absoluto bem mais alto de encarcerados nos Estados Unidos comparado à população carcerária no Brasil, perfazendo uma proporção de quase 3,7 para 1, a relação entre a tendência de encarceramento nesses dois países é bem diferente nos dias atuais. Nossa inclinação continua seguindo uma curva em franco crescimento, enquanto nos Estados Unidos e outros países como Rússia e China, célebres por seus largos sistemas penais, verifica-se uma propensão à estabilização com, até mesmo, uma significativa redução no crescimento do número de encarcerados, tendência que começou a se delinear a partir do ano de 2005, havendo, logo após, desde o ano de 2008, um decréscimo do número absoluto de presos, com uma inversão no sentido da curva estatística da relação entre o número de prisioneiros por 100.000 habitantes, conforme pode ser observado nas figuras 2 e 3 abaixo.

Figura 1 - Evolução da população prisional, vagas e déficit de vagas entre 2000 e 2016 no Brasil⁶⁶



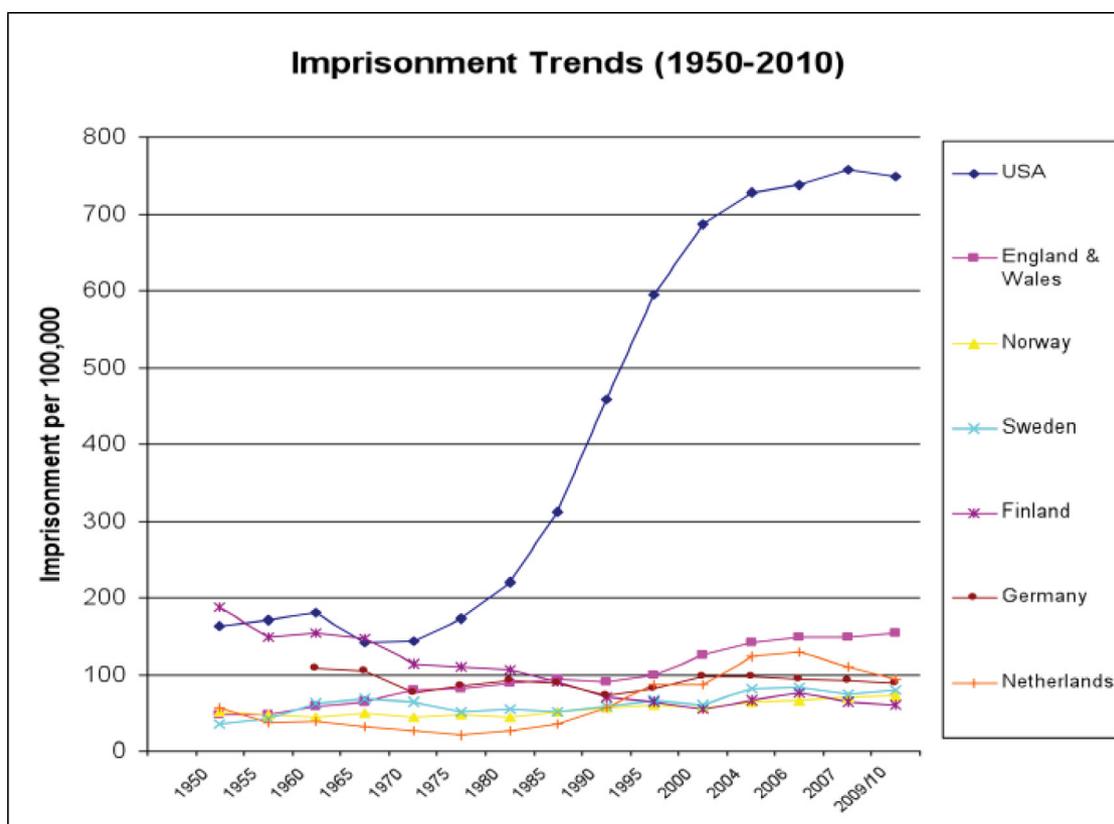
Fonte: Ministério da Justiça, 2016.

64 INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH. *World Prison Brief*. London: University of London, 2014. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

65 BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

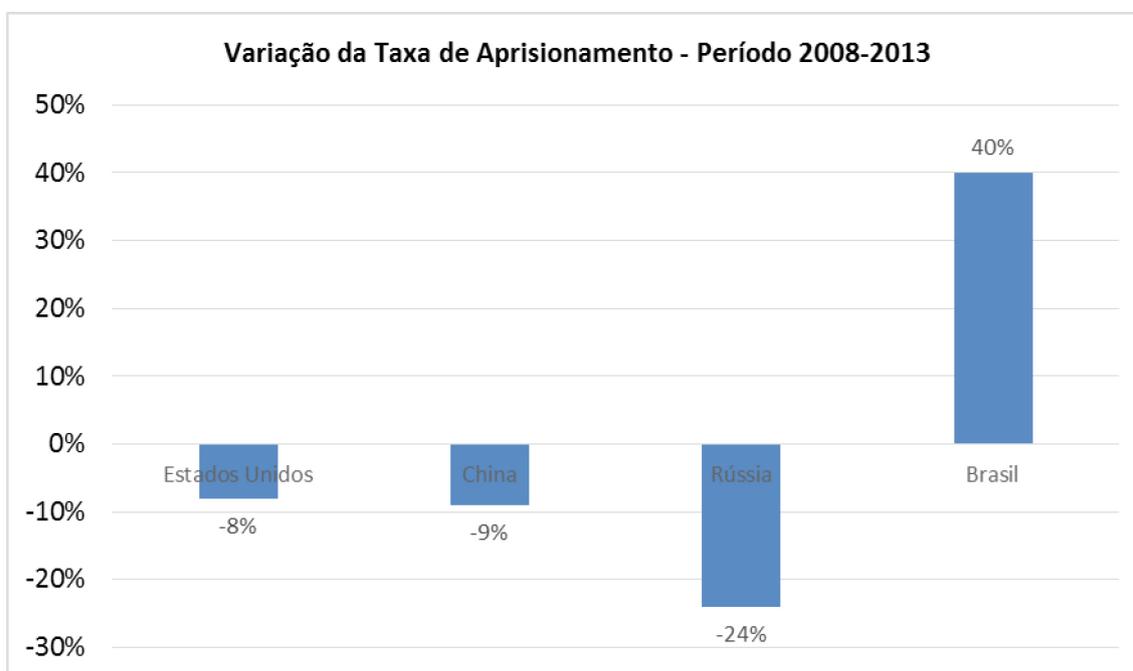
66 BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

Figura 2 - Tendências de aprisionamento na Europa e Estados Unidos no período 1950–2010⁶⁷



Fonte: Institute For Criminal Police Research

Figura 3 - Quadro comparativo da variação da taxa de aprisionamento⁶⁸

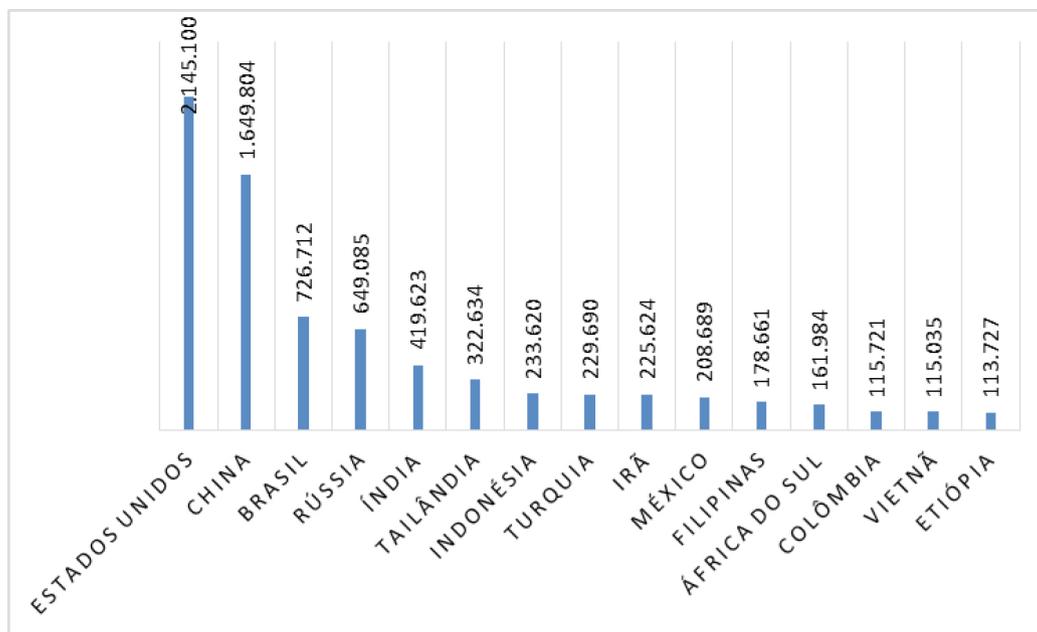


Fonte: Ministério da Justiça, 2016

67 INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH. *World Prison Brief*. London: University of London, 2014. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

68 BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

Figura 4 - As 15 maiores populações carcerárias do mundo⁶⁹



Fonte: Institute For Criminal Police Research

Os dados estatísticos acima evidenciam, dentro de uma perspectiva dualista entre objetivismo e subjetivismo, uma supremacia espiritualista-subjetivista no campo do direito penal e de suas respectivas práticas de enfrentamento da criminalidade. Essa hiperacentuação, numa subjetividade empírica na compreensão do fenômeno criminogênico, levou o direito penal, não raras vezes, à fronteira das medidas terapêuticas individualizadas. As penas privativas de liberdade, instituição caracterizadora de nossos sistemas penais modernos, ainda que não consideradas como terapêuticas, são, efetivamente, medidas penais individualizadas, que pouco efeito têm não somente em relação ao próprio indivíduo que as sofre — veja-se os números de reincidentes em nosso país —, mas também em termos gerais, pois, no plano da nossa totalidade social, o fenômeno criminal, como apontam as figuras retro, tem crescido paralelamente às taxas de encarceramento.

O conforto dos pontos de vista estabelecidos, tanto nos lugares teóricos quanto nas esferas de decisão e aplicação das práticas penais, cumpre facilmente a função de um véu para a desídia intelectual diante da inutilidade de um sistema de práticas que tem se revelado absolutamente ineficaz em qualquer aspecto que seja monitorado reflexivamente. Vivemos um processo de rotinização penal estendido temporal e espacialmente há mais de dois séculos no ocidente, por meio do qual um senso de confiança ou segurança ontológica é sustentado simbolicamente, ainda que de modo cada vez mais precário nos últimos tempos, nas atividades cotidianas da vida social. A natureza repetitiva das práticas penais empreendidas de maneira idêntica dia após dia é a base material de uma recriação constante das propriedades estruturadas dessa atividade social a partir dos próprios recursos.

Diante de tudo isso, a pergunta que se coloca é como alterar, significativamente, as propriedades estruturais de nosso sistema penal e, portanto, suas práticas repressivas absolutamente ineficazes baseadas na pena privativa de liberdade, na medida em que as formas de conduta social que o constituem estão cronicamente reproduzidas através do tempo e do espaço, mascarando sob um suposto estado normal de coisas um alto grau de violência institucionalizada?

69 INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH. *World Prison Brief*. London: University of London, 2014. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

4. NOVAS PRÁTICAS DE ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE: UMA QUESTÃO ONTOLÓGICA E NÃO EPÍSTEMO-METODOLÓGICA

A maioria das controvérsias estimuladas pelas incessantes tentativas teóricas de superação da dogmática positivista no campo das ciências penais têm sido de caráter fortemente epistemológico e metodológico. Em outras palavras, interessam-se de forma predominante por questões de relativismo, problemas de verificação e falsificação, de validade das proposições científicas etc. Por mais significativas que elas possam ser, a concentração nas questões epistemológicas e metodológicas desvia a atenção dos interesses mais “ontológicos” das ciências criminais num sentido amplo, e é fundamentalmente nestes que teorias que pretendam mudar um paradigma de práticas penais totalmente ineficaz, como o da modernidade que ainda está em vigência, devem se concentrar. Em vez de se preocuparem com disputas epistemológicas e com a questão de saber se qualquer coisa como “epistemologia”, ou mais especificamente “epistemologia penal”, em sua acepção consagrada pelo tempo, pode ou não ser formulada ou defendida, é preciso que aqueles que trabalham no campo das ciências criminais se empenhem, em primeiro lugar e acima de tudo, na reelaboração de concepções de ser humano e de fazer humano, reprodução social e transformação social.

Em primeiro lugar, em termos de uma ontologia fundamental, é de importância máxima partirmos de uma analítica que aborde o modo de ser dos seres humanos, suas possibilidades de ser diante do fenômeno criminal, para, somente então, podermos descobrir como compreendemos esse “objeto” no mundo, ou seja, como elaboramos a ciência ou ciências criminais. Compreender-nos para podermos compreender como compreendemos o fenômeno criminal é uma situação incontornável, na medida em que, sendo seres-possíveis, temos escolhas a fazer.

As ciências criminais, em suas investigações relativas às práticas penais, devem ser abordadas não como sistemas de proposições e as bases para justificá-las, mas sim como algo em que os seres humanos em sua facticidade⁷⁰, em seu existir ocasional, em seu estar-aí por um período numa época particular, se enfrentam e se explicam criticamente. É preciso que nos mostremos a nós mesmos, em nossos próprios termos, ao nos depararmos no mundo com o fenômeno criminal, com as práticas penais que temos perpetuado em todas as suas formas, para só assim pensarmos em diferentes possibilidades.

Um segundo aspecto no âmbito de uma ontologia fundamental, voltada à construção de novas possibilidades de práticas penais, diz respeito a uma fenomenologia do mundo dado criminal e de práticas penais ao redor dos seres humanos numa situação pragmática. Não apenas temos as coisas úteis reveladas no local de trabalho, mas também há outras pessoas aí, nossos colegas, nossos assistentes, nossos fornecedores, os que prendem, os que são presos. Eles estão aí tão originalmente quanto eu estou. O nosso mundo é um mundo-com; estar no mundo é estar-com outros, e o ser dos outros é estar-comigo, com os outros⁷¹. Esse é o nosso modo de ser, e nesse modo de ser, quando restringimos a regionalidade de nossas relações, eu posso ser carcereiro ou prisioneiro. É preciso que pensemos que quando estamos falando de práticas penais estamos falando de ações dirigidas a outros seres humanos que possuem afetos, emoções, projetos, que sentem dor e prazer, tristeza e felicidade. Quando estamos tratando de práticas penais não estamos nos referindo a sistemas abstratos que reclamam avaliações de custo-benefício, como têm sido pautadas as políticas criminais atuarialistas, ou de sistemas abstratos utilitaristas que tratam de uma felicidade geral que não existe em termos concretos; estamos refletindo sobre e praticando ações sociais que atingem pessoas de carne e osso, cujas principais características ontológicas são a reflexividade e a emotividade. E sendo as pessoas os únicos destinatários dos sistemas penais e suas respectivas práticas, o ponto de partida de qualquer sistema de práticas penais deve ser o da menor violência possível, pois o direito penal e suas práticas, por serem institucionalizados e legitimados a partir dessa institucionalização, não deixam de caracterizarem-se

70 HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: Hermenêutica de la Faticidad*. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 49.

71 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1999. 118.

ontologicamente como violentos, e em não raros casos até muito mais do que manifestações não institucionalizadas de violência.

Um terceiro aspecto ontológico a ser considerado relaciona-se ao modo de ser das instituições totais como as penitenciárias, locais onde se regionalizam as práticas penais na modernidade. Giddens, analisando diferentes aspectos da regionalização de locais e suas influências na configuração de várias maneiras da natureza da disponibilidade de presença dos indivíduos uns com os outros, ou, em outras palavras, a relação entre regionalização de locais e o problema da copresença, refere que prisões e manicômios são frequentemente associados à continuidade forçada de copresença entre indivíduos que não estão normalmente acostumados a tais rotinas da vida cotidiana. Para ele, os reclusos que compartilham a mesma cela raras vezes estarão livres da presença um do outro dia e noite. Para Giddens, o “poder disciplinar” das prisões, manicômios e outros tipos de “instituição total” baseia-se no rompimento da engrenagem de disponibilidade de presença nas rotinas das trajetórias diárias “de fora”. Assim, aos mesmos reclusos que são forçados à copresença contínua nega-se o acesso a encontros fáceis com outros grupos na prisão, muito embora esses outros possam estar fisicamente apenas do outro lado das paredes da cela. O “isolamento” forçado de presos em relação ao “mundo exterior”, limitando as possibilidades de copresença para os que se encontram dentro de um único local, é, evidentemente, uma característica definidora de uma instituição total⁷².

Por outro lado, ao estar-no-mundo com outras pessoas mantenho relações diferentes com os outros, e também em nosso cotidiano diário, nos relacionamos com o “eles”. O “eles” não é um indivíduo definido, mas aquilo que consideramos que valha para a maioria das outras pessoas em enunciados como “Os bandidos são todos vagabundos”, “Direitos humanos só valem para os criminosos”, “O direito penal de garantias só protege os vagabundos”. Na maior parte do tempo, em nossa vida cotidiana diária, nós nos compreendemos a partir da perspectiva do eles, ou da opinião pública. Por isso, o “eles” cria o caráter ordinário: todos fazem isso desse jeito. O “eles” tende a nivelar as possibilidades do ser; nós nos conformamos. A forma do ser do “eles” constitui o caráter público e retira dos seres humanos suas responsabilidades consigo mesmos, pois o “eles” ordena a forma apropriada⁷³. Essa construção heideggeriana ajusta-se perfeitamente ao que ocorre hoje em termos de discussão pública acerca das questões que circundam o tema da criminalidade e das práticas penais utilizadas pelo Estado para o seu enfrentamento. Esses temas, ao estarem disponibilizados na esfera pública, na opinião pública, assim estão dentro de uma pré-compreensão determinada, de uma interpretação já feita que está à nossa disposição. O falatório de que fala Heidegger, que se apresenta de modo não expresso, ao qual chegamos por nós mesmos, desde o qual vivemos. O falatório fala de tudo com uma peculiar falta de sensibilidade para com as diferenças. Alguém fala, alguém ouve, alguém conta, alguém espera, alguém está a favor, alguém está contra ... O falatório não é de ninguém, ninguém se responsabiliza de haver dito⁷⁴. Algo como o que passa hoje em nossas redes sociais, pelas quais os indivíduos se diluem no público com suas opiniões, mas, ao serem confrontados direta e pessoalmente, raramente as assumem. Quando falamos de pena de morte ou de prisão perpétua, a esmagadora maioria é a favor, mas dificilmente alguém destes que apoiam medidas tão extremas assinariam uma sentença de morte ou de prisão perpétua.

Também é preciso considerar que o falatório penal, desenvolvido em grande medida dentro das escolas de Direito, mas também assunto comum na vida cotidiana de não especialistas, da mídia e de praticamente todos os setores e classes sociais, ao ocupar o lugar de pesquisas científicas bem fundamentadas, dá margem a um direito penal das paixões, da raiva, da visão da vítima ou de seus parentes em entrevistas logo após o acontecimento do crime, ou seja, uma doxa onde o sentimento de vingança é o único móvel das ações determinantes das práticas penais. Sobre isso, é importante destacar o papel que tem desempenhado a grande mídia na propagação de um discurso de insegurança e medo e, conseqüentemente, no estímulo da adoção de práticas punitivistas, consolidando, cada vez mais, um movimento de populismo penal que, de uma forma

72 GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 145.

73 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1999. 126.

74 HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: Hermenêutica de la Faticidad*. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 52.

ou outra, tem influenciado a formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade. Sobre esse tema, indispensável se faz a leitura do trabalho de Dias e Custódio⁷⁵.

O mais assustador em tudo isso é o caráter sombrio de nosso estado de normalidade em relação ao fato de que é pelo direito penal e pela violência que lhe é ínsita, seja para instaurá-lo seja para mantê-lo, mais do que qualquer outra alternativa de cumprimento do direito, no exercício do poder sobre a vida e a morte, que o direito pretensamente tenta se fortalecer. Entretanto, o que temos visto é um espetáculo histórico de falência de um modelo de agir e fazer humano, cujos métodos e justificações epistemológicas revelam-se, absolutamente insuficientes, para a construção de instituições com padrões mínimos de humanidade.

Propor uma racionalização da questão criminal e das práticas penais nos níveis ôntico e ontológico possibilita-nos, antes de mais nada, construir um corpo de conhecimento organizado sobre as formas diferenciadas nas quais os sistemas penais e suas práticas são — nível ontológico —, para, somente a partir disso, aplicar tal conhecimento às formas reais de materialização do nosso sistema penal e de suas práticas — nível ôntico. Pensar nosso sistema penal e as práticas que lhe correspondem numa perspectiva ontológica, permite-nos compreender que as instituições totais como os presídios e a prática da privação da liberdade destacam-se como diferentes dos percursos da vida cotidiana dos que estão do lado de fora, e que aquilo a que Goffman chama de “territórios do *self* são ali violados de um modo que não se aplica aos que vivem fora de seus muros. Nessa perspectiva, quatro características ontológicas das “instituições totais”⁷⁶ precisam ser consideradas como condições a serem superadas.

1. Em primeiro lugar, precisamos achar alternativas aos métodos de interrogatório que transgridem frequentemente o que a maioria da população encara como uma prerrogativa de “reserva de informação” acerca do eu e acerca do corpo. O que se observa cotidianamente nos sistemas e nas práticas penais é que os dados sobre as características e a conduta pretérita dos reclusos — os quais seriam frequentemente considerados desabonadores por eles e pelos outros, e protegidos pela supressão e pelo tato — são cada vez mais compilados em dossiês à disposição do quadro administrativo, obedecendo a uma lógica de controle cada vez mais aguda.
2. Em segundo, há uma dissolução de fronteiras entre fechamento e abertura que ordinariamente servem para proteger um sentimento de segurança ontológica que precisa ser refeita. Precisamos resgatar a cidadania em nossas práticas penais de modo que a excreção, a manutenção da higiene e da aparência não sejam mais realizadas publicamente, ou fiquem sujeitas ao controle dos outros, mas, de modo totalmente distinto, sejam práticas que respeitem à individualidade dos que estão sujeitos ao sistema penitenciário.
3. As instituições totais como os presídios são marcadas pela ocorrência permanente de relações forçadas e contínuas com outros, relações estas caracterizadas pela subordinação, pela dominação, pela violência e pela morte. Tal como Bettelheim, Goffman assinala que, em “instituições totais”, os seres humanos são reduzidos a estados de dependência infantil⁷⁷, ao que acrescentaríamos, a um estado de hipossuficiência infantil. Um sistema penal em que ontologicamente haja uma mínima consideração pelos seres humanos deve prover espaços individualizados e proteger a individualidade, permitindo, se é que é possível pensar nisto em instituições totais de confinamento, ao encarcerado um mínimo de condições de autoestima e

75 DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivista dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 91-104, 2013.

76 GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 184.

77 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974. p. 22.

autocuidado de seu eu.

4. Outro ponto a ser repensado é a questão temporal, na perspectiva existencial, dos encarcerados. A seriação temporal de atividades, em curto e em longo prazo, é especificada e controlada. Os reclusos, os internados, não possuem “tempo livre” ou “um tempo só deles”, como os trabalhadores. Esta é uma situação que, uma vez enfrentada, pode modificar consideravelmente a qualidade de vida dos apenados.

Escuta-se um falatório, metodologicamente construído e epistemologicamente justificado de que o sistema penal e suas práticas fundam-se sobre a ideia de trabalho e objetivam a ressocialização, entretanto, no plano ontológico, somente é possível compreender que em nossas organizações carcerárias o significado da dialética do controle é, ainda mais nos dias de hoje, altamente considerável. É preciso concordar com Giddens, que afirma existirem contextos em que essa autonomia especificamente característica do agente humano — a capacidade de “ter atuado de outra maneira” — está seriamente reduzida. As formas de controle que os reclusos procuram exercer sobre suas vidas no dia a dia tendem a concentrar-se sobretudo na proteção contra a degradação do *self*⁷⁸. Ora, como pensar na manutenção de um sistema cujas práticas tem como principal característica a degradação do *self*?

5. A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO TEÓRICA DO DUALISMO EXCLUDENTE OBJETIVISMO VERSUS SUBJETIVISMO COMO CONDIÇÃO ONTOLÓGICA DE REMOÇÃO DE PRÁTICAS PENAIS DEGRADANTES E INEFICAZES

Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob a influência daquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. (Karl Marx)⁷⁹

Para a superação das práticas penais fundadas num modelo científico mais preocupado com questões de procedimentalização metodológica e de justificação epistemológica do que com interesses ontológicos, é de primordial importância transpor um dualismo que está profundamente estabelecido na teoria social, uma divisão excludente entre objetivismo e subjetivismo quando se trata de teoria da ação. No campo das ciências criminais mais especificamente, é de fundamental importância ultrapassar esse dualismo em relação à compreensão da criminogênese e, conseqüentemente, também relativamente às práticas penais.

Essas divisões e dualismos excludentes dentro das ciências sociais têm levado, uma vez projetados para o campo pragmático de políticas públicas, a práticas muitas vezes absolutamente ineficientes, com altos custos sociais, como é o caso das práticas estatais penais de privação de liberdade. A distinção que essas diferentes tradições têm do agir e do fazer humano, das mudanças e das reproduções sociais projetam-se nas práticas estatais institucionalizadas. Em tradições hermenêuticas de pensamento as ciências sociais e naturais são consideradas radicalmente discrepantes. A hermenêutica foi a base daquele “humanismo” contra o qual os estruturalistas se opuseram de modo tão vigoroso e persistente. No pensamento hermenêutico, tal como apresentado por Dilthey, o abismo entre sujeito e objeto social alcança sua amplitude máxima. A subjetividade é o centro previamente constituído da experiência e cultura histórica, e como tal, fornece o fundamento básico das ciências sociais ou humanas. Fora do domínio da experiência subjetiva, e alheio a ela, está o mundo material, governado por relações interpessoais de causa e efeito. Enquanto, para aquelas escolas de pensamento que tendem para o naturalismo, a subjetividade foi encarada como uma espécie de mistério,

78 GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 184-185.

79 MARX, Karl. *O 18 do Brumário de Napoleão Bonaparte*. 2000. p. 6. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/brumario.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

ou quase como um fenômeno residual, para a hermenêutica o mundo da natureza, as estruturas, as funções é que são opacos — os quais somente podem ser apreendidos desde fora. Nas sociologias interpretativas, é concedida primazia à ação e ao significado na explicação da conduta humana; os conceitos estruturais não são notavelmente conspícuos e não se fala muito em coerção. Para o funcionalismo e o estruturalismo, entretanto, a estrutura (nos sentidos divergentes atribuídos ao conceito) tem primazia sobre a ação e suas qualidades restritivas são fortemente acentuadas.

As diferenças entre esses pontos de vista sobre a ciências têm sido frequentemente consideradas metodológicas e epistemológicas, quando, de fato, são muito mais ontológicas. A questão é como os conceitos de ação, significado e subjetividade devem ser especificados e como poderiam ser relacionados com noções de estrutura e coerção. Essa é a questão ontológica central em termos de criminogênese e com as práticas penais que estão associadas a uma determinada concepção de crime. Se o crime, repetimos, é uma consequência de uma ação livre e deliberada do agente, uma manifestação de sua vontade sem qualquer espécie de coação externa justifica as práticas penais dirigidas aos indivíduos atomizadamente, como tem sido ao longo da modernidade com as penas privativas de liberdade; se, em sentido diverso, compreende-se o crime como sendo o corolário da influência de coerções e estruturas sobre a vontade e a autodeterminação individual, ou em conjunto com esta, então, precisamos repensar nossas práticas penais, a fim de minimizar o peso da vontade do agente, da sua autodeterminação na geração do delito e na concepção de culpabilidade, o que, por consequência, deve projetar-se por meio de novas concepções de práticas penais.

Uma proposta ontologicamente fundante de uma nova perspectiva de compreensão do fenômeno criminal e de superação das práticas penais que vêm sendo materializadas há mais de dois séculos no ocidente deve se assentar, em primeiro lugar, numa tentativa de sobrepujar os imperialismos do sujeito, como proposto pelos subjetivistas, e do objeto social, como defendido por estruturalistas e funcionalistas. Esta é uma proposta de Giddens para as ciências sociais de uma maneira geral, e que entendemos seja perfeitamente adequada ao campo das ciências criminais. Para o pesquisador inglês,

O domínio básico de estudo das ciências sociais, de acordo com a teoria da estruturação, não é a experiência do ator individual nem a existência de qualquer totalidade social, mas as práticas sociais ordenadas no espaço e no tempo. As atividades sociais humanas, à semelhança de alguns itens auto-reprodutores na natureza, são recursivas. Quer dizer, elas não são criadas por atores sociais mas continuamente recriadas por eles através dos próprios meios pelos quais eles se expressam como atores⁸⁰.

O dualismo excludente entre objetivismo e subjetivismo deve dar lugar ao conceito de dualidade da estrutura, onde a estrutura, considerada em termos de regras e recursos, é considerada como o meio e o resultado da conduta que ela recursivamente organiza. Por essa perspectiva, as propriedades estruturais⁸¹ de sistemas sociais não existem fora da ação, mas estão cronicamente envolvidas em sua produção e reprodução. Há, assim, um descentramento do sujeito sem que isto implique a evaporação da subjetividade num universo vazio de sinais. As práticas sociais, ao penetrarem no espaço e no tempo, estão na raiz da constituição do sujeito e do objeto social.

Com isso, não se está negando a existência de uma monitoração reflexiva da ação, ou seja, o caráter deliberado, ou intencional, do comportamento humano, considerado no interior do fluxo de atividade do agente, tampouco a racionalização da ação, em termos de capacidade que os atores têm de se manterem em contato com as bases do que fazem, da forma como fazem, de tal modo que, se interrogados por outros, podem fornecer as razões para suas atividades. Mas, ao mesmo tempo em que há a integração dos atores por meio de reciprocidade de práticas em circunstâncias de copresença, também se reconhece a importância da estrutura, dos conjuntos de regras e recursos implicados na articulação institucional de sistemas sociais, da

80 GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 2-3.

81 Segundo Giddens, as propriedades estruturais são características estruturadas de sistemas sociais, sobretudo as institucionalizadas, que se estendem ao longo do tempo e do espaço. GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. xxi, xxiii, xxxv, 20, 443.

sua influência na integração social e sistêmica e, portanto, também na criminogênese.

A análise fenomenológica da criminalidade, como condição prévia e necessária para uma reflexão acerca das práticas punitivas, deixa, nesse viés, de ser refém do subjetivismo e passa a reconhecer, também, juntamente à vontade dos indivíduos, como propulsores da criminalidade, outros elementos que transcendem a manifestação volitiva do agente. Esse parece ser um movimento realista de investigação da criminogênese. Como desconsiderar, por exemplo, a existência e a relação de elementos objetivos, sistêmicos e estruturais oriundos da desigualdade social gerada pelo sistema econômico capitalista, com o fato de que em torno de 67% dos encarcerados no Brasil estão nessa condição pela prática de crimes cujos principais significados são a distribuição forçada ou a geração ilícita de renda (tráfico de drogas, roubo e furto)⁸²? Como desconsiderar a influência de um sistema político fortemente estruturado, há séculos, sobre bases patrimonialistas na ocorrência da corrupção endêmica que afeta o setor público no Brasil, com forte participação do setor privado?

O grande desafio que se coloca é como fazer chegar essa relevância de fatores objetivos na criminogênese até a dogmática penal, ao sistema normativo e às práticas estatais penais que a ele estão associadas. O principal espaço normativo institucionalizado de estabelecimento e delimitação das possibilidades de práticas penais a serem aplicadas, o artigo 59 do Código Penal, contempla, fundamentalmente, circunstâncias ligadas ao caráter deliberado, ou intencional, do comportamento humano, considerado no interior do fluxo de atividade do agente. Outras circunstâncias e elementos que podem afetar e até mesmo determinar a ação humana, como princípios de organização de totalidades sociais, fatores de alinhamento institucional global de uma sociedade ou tipo de sociedade, características estruturadas de sistemas sociais, distribuição de recursos materiais envolvidos na geração de poder e recursos não materiais também envolvidos nesse fenômeno, derivando da capacidade de tirar proveito das atividades dos seres humanos, que resultam do domínio de alguns atores sobre outros, são absolutamente desconhecidos e desconsiderados na análise da criminogênese e, por consequência, na projeção política de práticas penais a serem adotadas num determinado espaço e tempo. No escravagismo era bastante simples, com base no sistema legal da época, e considerando-se como móvel do crime a vontade “livre” e deliberada do agente, condenar um escravo à morte pela insurreição ou pelo assassinato de um homem livre branco. Os fatores objetivos que afetavam indiscutivelmente a vontade individual de escravos não podiam ser considerados, uma vez que, mesmo constituindo-se em violência, estavam normalizados no funcionamento da estrutura social da época. O mesmo ocorre hoje com a questão da desigualdade social e sua relação com os crimes que têm uma estreita ligação com a distribuição ou geração forçada e ilegal de renda. A violência econômica, originada pelo sistema econômico e financeiro capitalista e sustentada pela superestrutura política e jurídica estatal, é absolutamente desconsiderada no momento de o Estado efetivar suas práticas punitivas contra os indivíduos que cometem roubos, furtos e tráfico de entorpecentes. É lógico, e isso não pode ser negado, que há uma quantidade considerável desses crimes cujo cometimento não se justifica por fatores objetivos, mas uma quantidade considerável, provavelmente a grande maioria, sim.

A consideração dessa dualidade entre estrutura e vontade e reflexividade humanas, e a importância da sua interação como fator determinante da criminogênese, deve, necessariamente, refletir-se no âmbito da culpabilidade com uma renovada atenção a um tensionamento entre o sentido “supraindividual” e o sentido “individual” que devem penetrar qualquer concepção de culpabilidade. Há uma exigência de serem considerados, conjuntamente, padrões objetivos de culpabilidade, não somente oriundos da ordenação normativa, mas também decorrentes da influência de fatores transcendentais na geração da ação humana, com padrões subjetivos. Contemporaneamente, na quase que totalidade dos sistemas jurídicos constitucionais ocidentais,

82 BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. p. 42-43. Sobre a relação entre desemprego, atividade econômica e crime, ver o excelente artigo de ZUÑIGA-JARA, Sergio; CAMPO, Sofia Ruiz; Soria-Barreto, Karla. Crimen, desempleo y actividad económica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 80-98, 2015. Sobre a relação vulnerabilidade social e reincidência ver o trabalho de CONCHA-AMIN, M.; IGLESIAS, J. R.; COMIM, F. V. The influence of social vulnerability and illicit drug use on recidivism of Young offenders. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-11, 2013.

praticamente não há uma tensão dialética entre elementos supraindividuais-objetivos e individuais-subjetivos na elaboração do juízo de reprovabilidade do injusto, pois o peso todo tem recaído sobre o plano individual, projetado através da questão da potencial consciência da ilicitude e da possibilidade de autodeterminação. O que estamos aqui a advogar é uma redistribuição dessa tensão com a sua consideração, também, dos elementos objetivos criminogênicos, tanto no momento do juízo de reprovabilidade como circunstância de alta relevância na fixação da pena quanto na projeção de novas práticas penais que não estejam dirigidas ao agente em sua individualidade.

Sopesar a importância de elementos objetivos no processo causal da criminogênese, especialmente em sociedades com alto grau de desigualdade e exclusão social, em que o Estado tem falhado diuturnamente em suas obrigações sociais, apresenta-se como uma alternativa incontornável se pretendemos efetivamente mudar o sentido de nossas práticas penais. Nesse aspecto ganha força numa nova proposta de direito penal a concepção de coculpabilidade, originada, segundo alguns autores, no direito penal socialista, ou, segundo outros, desde o pensamento iluminista de Marat⁸³. A estrutura da culpabilidade centra-se sobre a ideia de que todo o sujeito age numa circunstância dada e com o âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade, há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade — por melhor organizada que seja — nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas possibilidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir essas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer, assim, que há, aqui, uma “coculpabilidade” com a qual a própria sociedade deve arcar. Zaffaroni e Pierangeli entendem que essa ideia está recepcionada em nosso Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66⁸⁴, o qual dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Ainda que tal disposição possa deixar margem para a consideração de circunstâncias atenuantes *extra legem*, entendemos que sua exiguidade enunciativa tem levado a uma completa omissão por parte dos aplicadores da lei em relação à consideração de fatores objetivos determinantes no processo de causação delituosa e, conseqüentemente, na fixação da pena.

Essa desconsideração total de fatores objetivos na causação do delito, analisada num nível ontológico fundamental, significa a negação completa de aspectos essenciais do modo de ser humano, quais sejam, a sua condição de ser-no-mundo, de ser-com os outros, de sermos à medida que temos a possibilidade de encontrarmo-nos com os outros seres intramundanos de toda espécie, de podermos ser afetados pelo inservível, pelo resistente, pelo ameaçador e temível dos entes. Negar isto é negar o encontro como condição de que se deem os entes intramundanos como podendo afetar-nos, afetar nossas motivações, nossas ações, muitas vezes de modo inconsciente, sem a devida monitoração reflexiva por parte do agente em relação a sua própria ação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema das práticas penais, muito antes de se constituir em assunto de debates políticos ou conteúdo de normatização no plano jurídico, apresenta-se como uma questão que merece um cuidado filosófico e científico, e que reclama processos de racionalização, a fim de serem evitadas práticas penais que resultem de um doxa originada nos falatórios que constituem o senso comum.

Apesar de uma larga experiência histórica já constituída na modernidade em relação aos nossos sistemas

83 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 613.

84 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 613.

normativos e às práticas penais baseadas nas penas privativas de liberdade, temos empilhado fracassos no enfrentamento da criminalidade por meio de políticas públicas que parecem não dar ouvidos aos desvelamentos da realidade proporcionados no universo das ciências que se ocupam do fenômeno criminal e das práticas penais eminentemente materializadas pelo Estado. Enquanto os campos do conhecimento filosófico e de ciências sociais têm elaborado profundas reflexões sobre o problema dos comportamentos desviantes e da legitimação das organizações políticas no exercício da punição como reação a esses comportamentos, os Estados, considerados no nível ôntico, parecem estar mais baseando suas ações em reações emocionais, em opiniões sem qualquer fundamento científico, em interesses eleitorais, em provocações da mídia, do que propriamente nos conhecimentos produzidos no âmbito científico.

Um dos debates quase que totalmente ignorado pelos indivíduos ou grupos que ocupam posicionamentos políticos de decisão em termos de políticas criminais é o constituído, há largo tempo, por subjetivistas e objetivistas, no campo das ciências sociais e da filosofia política, acerca das condições e possibilidades do agir e do fazer humano, objeto do mais alto interesse para o campo do direito e das práticas penais.

Pelo esquecimento desse importante debate, em termos pragmáticos de formulação de políticas públicas de combate à criminalidade por parte dos agentes públicos, a modernidade tem sido pródiga no privilégio e hegemonia do subjetivismo individualista como metodologia alimentadora das concepções criminogênicas que dão suporte aos nossos sistemas normativos penais e às práticas penais por eles institucionalizadas. De uma concepção subjetivista-individualista de crime — onde a vontade individual e a autodeterminação do praticante do delito jogam um papel fundamental, para não dizer total na criminogênese — têm resultado práticas penais dirigidas unicamente aos indivíduos agentes dos crimes, em uma perspectiva atomizada, baseadas fundamentalmente nas privações de liberdade. O efeito disso todos conhecemos: um imenso fracasso das políticas criminais, especialmente em países que optam por políticas de encarceramento massivo, como é o caso do Brasil.

No presente trabalho, buscamos realçar a importância da retomada desse debate acerca do agir e do fazer humanos, tal como construído pelos dissensos entre subjetivistas e objetivistas, exemplificativamente declinados no corpo do texto por meio da sociologia e da filosofia política, uma vez que as evidências científicas apontam uma convergência de elementos causais, tanto individuais quanto estruturais, nos processos sociais de causação do delito. Tal situação de agregação de causas de distintas origens é ainda mais pulsante em países com alto grau de desigualdade e exclusão sociais, onde a potência dos sistemas econômico e financeiro, da concentração de riqueza, da apropriação do Estado por determinados setores sociais e inúmeros outros fatores amplificam a influência de elementos objetivos na determinação da ação humana, especialmente da ação delituosa.

O descuido em relação às causas objetivas atuantes na criminogênese deve-se, em boa medida, a uma postura metodológica e epistemológica excludente que permeou esse debate entre subjetivistas e objetivistas. Ou seja, a hegemonia subjetivista no campo do direito penal vale-se em grande parte de uma focalização em interesses metodológicos e epistemológicos voltados à não validação científica dos pressupostos que sustentam as construções objetivistas, impedindo-as de se projetarem no campo normativo penal. Essa hiperacentuação em preocupações metodológicas e epistemológicas tem obnubilado os principais interesses a serem considerados nessa região fenomênica: os interesses ontológicos, pois é nesse nível que poderemos construir um corpo de conhecimento organizado sobre a forma de ser do nosso sistema penal e das práticas punitivas estatais, com um olhar voltado às reais condições de violências que atingem os indivíduos mais fragilizados à cooptação pelo sistema ou pelos fluxos de criminalidade.

Para tanto, o desvelamento dos reais fatores que influenciam a ação e o fazer humanos é de fundamental importância para a constituição de um campo de ciências criminais ontologicamente embasados. A ontologia da criminalidade nos tem revelado, cada vez mais, a fluência de fatores objetivos na determinação das condutas criminais, especialmente de natureza econômica. É inevitável, assim, que, numa sociedade que se pretenda justa e democrática, tais fatores venham a ser considerados como determinantes da criminogênese

e, assim sendo, valorados no estabelecimento dos juízos de reprovação, de forma a imputar responsabilidades não só ao indivíduo, mas também ao próprio Estado e aos sistemas (econômico, financeiro etc.) que são por ele garantidos e que tem alto grau de determinação nas causas criminológicas.

É imperativo algo como uma revolução copernicana em nossas práticas penais, totalmente ineficazes e com um alto custo social, mas para isso, precisamos reconhecer que a criminalidade não é um resultado exclusivo de atos individuais, decorrentes de uma manifestação exclusiva de vontade do agente, mas para ela concorrem fatores objetivos que, não raras vezes, têm sua violência mascarada com um véu de normalidade.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. 3. ed. Brasília: UnB, 2001.
- ASUA, Luis Jimenez. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. v. 2.
- BAUMANN, Zigmunt. *Aprendendo a Pensar com a Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BENJAMIN, W. *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011.
- BLAU, Peter M. *Inequality and Heterogeneity*. Nova York: Free Press, 1977.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- BRANDÃO, Cláudio. As Teorias da Conduta o Direito Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000.
- BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.
- CONCHA-AMIN, M.; IGLESIAS, J. R.; COMIM, F. V. The influence of social vulnerability and illicit drug use on recidivism of Young offenders. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-11, 2013.
- CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. San José, CR: Editorial Jurídica Continental, 2000.
- DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivista dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 91-104, 2013.
- DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1983.
- GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.
- GRAMATICA, Filippo. *Dal soggettivismo penale alla difesa sociale*. Milão: Giuffré, 1996.
- GUIDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins fontes, 2013.
- HAYEK, Frederic A. *Individualism and Economic Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1949.
- HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: Hermenêutica de la Faticidad*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH. *World Prison Breaif*. London: University of London, 2014. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1994.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 4. ed. Lisboa: FUNDAÇÃO Calouste Gulbenkian, 1997.
- KIMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LALLEMENT, Michel. *História das Ideias Sociológicas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- MACINTYRE, Alasdair. *Além da virtude*. Bauru, SP: EDUSC, 2001.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 1991.
- MARX, Karl. *O 18 do Brumário de Napoleão Bonaparte*. 2000. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/brumario.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- MAYHEW, Bruce H. Structuralism versus individualism. *Social Force*, Oxford, UK, v. 59, n. 2, p. 335-375, dez. 1980.
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- NAGEL, Thomas. *Igualdad y Parcialidad: bases éticas de la teoría política*. Barcelona: Paidós, 1996.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- PARSONS, Talcott. *The Structure of Social Action*. 2. ed. New York: The Free Press, 1949.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: UnB, 1981.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 1990. v. 1.
- ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para a proibição ou legalização das drogas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 714-730, 2017.
- RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SACHSIDA, Adolfo; MENDONÇA, Mário Jorge Cardoso de; MOREIRA, Tito Belchior Silva. O impacto de diferentes tipos de repressão legal sobre as taxas de homicídio entre os estados brasileiros. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 99-122, 2015.
- SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SCHMITD, João Pedro. Condicionantes e Diretrizes de Políticas Públicas: um enfoque comunitarista da transformação social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 52-72, 2016.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1994.
- TAYLOR, Charles. Atomism. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 2.
- VIEIRA, Daniela Arantes. *Alasdair MacIntyre e a crítica da modernidade: uma contribuição para o debate liberais versus comunitários*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A Modern History of Germany Criminal Law*. Berlim: Springer-Verlag, 2014.
- WALLACE, Walter L. Structure and action in the theories of Coleman and Parsons. In: BLAU, Peter Michael (Ed.). *Approaches to the Study of Social Structure*. Londres: Collier-Macmillan, 1975.
- WALZER, Michael. *Las Esferas de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

- WATKINS, John Willian Nevill. Historical Explanation in the social sciences. *The British Journal for the Philosophy of Science*, Oxford, UK, v. 8, n. 30, Aug. 1957.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- ZUÑIGA-JARA, Sergio; CAMPO, Sofía Ruiz; Soria-Barreto, Karla. Crimen, desempleo y actividad económica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 80-98, 2015.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.