

A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a Partir da Filosofia Política

*State Punishment against Democracy:
Thoughts on Political Philosophy*

André Ribeiro Giamberardino*
Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Nikolai Olchanowski **
Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

1. Introdução

Para Amartya Sen, desenvolvimento é a expansão de liberdades reais, mais que mera aferição de dados estatísticos relacionados à renda, à industrialização ou ao desenvolvimento tecnológico¹. Não se trataria de um processo "duro" e marcado pelo tensionamento ou pela conquista via força, mas seguindo um processo amigável de trocas mútuas. Pois bem: nessa esteira, desenvolvimento humano diz respeito à promoção da liberdade em sentido substantivo e à remoção de fontes de *privação da liberdade*, tais como "pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos"².

Mas o que dizer das formas pelas quais o próprio Estado, por seus mecanismos de justicamento e punição, acaba por atuar contra o desenvolvi-

* Professor Adjunto na Universidade Federal do Paraná ligado à área de criminologia e direito penal. E-mail: andre.rg@terra.com.br.

** Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: nikolai.olchanowski@gmail.com.

1 SEN, 2000.

2 SEN, 2000, p. 18.

mento nesse preciso sentido? Se há um liame evidente entre o conceito de desenvolvimento em Amartya Sen e a idealização de um estado de "qualidade de vida" (ou seja, uma concepção substantiva de liberdade), também há relações complexas – mas certas – entre a funcionalização do Estado como gestor da "policialização" da vida e "exterminador de futuros" por meio do uso e abuso de seu aparato penal, o qual, em concreto, decreta a impossibilidade de alcance de liberdades substantivas – logo, de desenvolvimento - por uma grande parte da população.

Ressaltamos de forma breve e singela, no presente texto, o caráter político da pena. Ao mesmo tempo em que esse esforço parece dispensável, já que a relação entre pena e poder político é evidente, ele se torna central diante da pobreza com que a pena, com suas teorias justificadoras, vem sendo pensada no âmbito jurídico (especialmente no Brasil). Procuramos, assim, estabelecer aproximações entre a filosofia da pena e alguns caminhos que podem ser tomados em filosofia política, especialmente inspiradas no contexto do debate acerca da relação entre constitucionalismo e democracia.

Na sequência, discutimos o problema da participação popular na formulação de políticas criminais e indicamos com mais precisão os termos como o debate entre *insulacionistas* e *integracionistas* se apresenta. Procuramos apontar para as semelhanças dos principais argumentos postos neste debate para com os termos com que a relação constitucionalismo e democracia é pensada.

Desmitificar, enfim, a concepção abstrata de justiça presente no âmago do instituto político da pena é uma tarefa fundamental para que se compreenda de forma adequada o lugar do Estado em face da promoção do desenvolvimento como liberdade substantiva.

Como hipótese central, a sugestão crítica de que o incremento do "Estado penal" e o recrudescimento das respostas institucionais aos desvios, especialmente aqueles de baixa danosidade social, porém associados a perfis definidos como "perigosos", consistem em verdadeira política pública de *empobrecimento*, impedimento e obstaculização do desenvolvimento, no sentido definido por Sen, para uma parcela enorme da população, especialmente em relação às liberdades políticas e relativas a oportunidades sociais³. A construção argumentativa é prevalentemente de natureza político-filosófica, na forma de ensaio.

3 SEN, 2000, p. 25.

2. A Pena como Instituição Política

Adotamos aqui o conceito de pena como *imposição intencional e autorizada de sofrimento ou dor a um indivíduo, em razão de um ato (suposto ou real) que tenha ofendido uma regra prevista por um sistema legal*⁴. Trata-se, evidentemente, de concepção muito diversa daquela usualmente tomada no âmbito jurídico, ora reduzindo a noção de pena a mera *consequência de um delito*, ora assumindo como base filosófica o pensamento utilitarista de modo a esvaziar qualquer possível conteúdo político-moral do debate.

É que o conceito proposto se aproxima ao que se conhece como uma concepção retributiva de pena. Afinal, é central o elemento da afluência, ou seja, o reconhecimento de que se trata de dor e sofrimento. Trata-se de critério diferenciador, pois a dor ou prejuízo produzidos pela pena seriam justamente os elementos que tornam possível dizer que uma pessoa foi punida⁵.

Como se extrai da definição fornecida, contudo, a dor é adjetivada de *intencional e autorizada*. Qualificá-la de intencional significa que a dor é um elemento essencial e deliberado da pena⁶. Não poderia ser chamada de pena, portanto, alguma medida que tenha por consequência acidental ou colateral a aflição de determinado indivíduo. Na síntese de Carlos Nino:

... o sofrimento que a pena implica é um efeito intencional do recurso a ela (...). Isso não ocorre nos casos de outras medidas coercitivas impostas pelo Estado: ainda que elas produzam habitualmente sofrimento e efeitos desagradáveis para seus destinatários (e por vezes isso é um aspecto inevitável de tais medidas), isso é mero subproduto e não constitui parte essencial da razão para recorrer a tais medidas (...). Isto se põe em evidência com o fato de que se tais medidas, por hipótese (e supondo que isso fosse possível), fossem despojadas de seus aspectos desagradáveis, ou se fossem complementadas com uma compensação adequada pelo sofrimento que implicam, não por isso perderiam sua razão de ser; em contraste, na pena, tais modificações afetariam radicalmente a razão mesma de se recorrer a ela, de modo que deixaríamos de considerar pena a privação em questão⁷.

4 BOONIN, 2008, pp. 3-28; HART, 2008, pp. 4-5.

5 BOONIN, 2008, pp. 12-17.

6 BURGH, 1982; NINO, 1983.

7 NINO, 1980, pp. 203-204. Tradução nossa. No original: "... el sufrimiento que la pena implica es un

A necessidade de a pena ser *autorizada* decorre da necessidade de se tratar de uma medida *legal*, prevista e administrada por um dado sistema de justiça:

... numa abordagem padrão, a pena deve (ao menos supostamente) ser imposta em virtude de alguma autoridade especial, conferida através ou por instituições, pelas leis ou regras contra as quais a ofensa foi cometida. (...) A ação direta por parte de um indivíduo não autorizado que toma para si a atividade de punir pode ser chamada de pena (...). Mas, assim sendo, tratar-se-ia de um caso não padrão de pena, que poderia igualmente ser chamado de simulacro (isto é, por uma alegação falsa) de pena⁸.

A distinção entre pena e pena legal se destina a excluir do âmbito da definição práticas que, externamente, se assemelhariam à pena, mas seriam melhor denominadas *vingança*⁹.

Por último, a concepção de pena sugerida inclui uma referência necessária a um ato ofensivo, já praticado. É importante que se tenha em mente que tal exigência não significa fazer pender a definição a uma justificativa retributiva da pena (em essência *backward-looking*). A referência a uma ofensa cometida (ou supostamente cometida), ao contrário, é um elemento lógico da pena¹⁰. Há a simples constatação de que não faz sentido falar em

efecto intencional de recurrir a ella (ya que se persigue como fin o como medio para otro fin). Esto no ocurre en el caso de las otras medidas coactivas impuestas por el Estado: aunque ellas también producen habitualmente sufrimiento y efectos desagradables para sus destinatarios (y a veces esto es un aspecto inevitable de tales medidas), ello es un mero subproducto y no constituye parte esencial de la razón para recurrir a tales medidas. (...) Esto se pone de manifiesto con el hecho de que si a tales medidas, por hipótesis (y suponiendo que ello fuera posible), se las despojara de sus aspectos desagradables, o se las complementara con una compensación adecuada por el sufrimiento que implican, no por ello perderían su razón de ser; en cambio, en la pena, tales modificaciones afectarían radicalmente a la razón misma de recurrir a ella, de modo que dejaríamos de considerar pena a la privación en cuestión”.

8 FLEW, 1969, p. 87. Tradução nossa. No original: “... in a standard case punishment has to (be at least supposed to) be imposed by virtue of some special authority, conferred though or by the institutions against the laws or rules of which the offence has been committed. (...) Direct action by an unauthorized busybody who takes it upon himself to punish might be called punishment (...). But. If so, it would be a non-standard case of punishment. Or it might equally well be called pretending (i.e. claiming falsely) to punish.”

9 Para referências imprescindíveis sobre a proximidade entre pena, vingança e justiça, recorrer a: RICOEUR, 2008; DERRIDA, 1994. Para referência rápida sobre as diferenças entre pena e pena legal, comparar as entradas ‘Legal Punishment’ e ‘Punishment’ na Enciclopédia Plato: DUFF, 2013; BEDAU; KELLY, 2010.

10 A diferença está no fato de que a referência ao fato passado não inclui um julgamento valorativo sobre a relevância moral de critério de culpa, nem mesmo sobre problemas de justificação da pena. Sobre: GARDNER, 2008; MABBOTT, 1969; HART, 2008, pp. 158-185; BOONIN, 2008, pp. 18-21.

imposição intencional de sofrimento a alguém, senão *em razão* ou *porque* um ato proibido foi realizado.

A grande implicação desta forma de compreender a pena é torná-la uma questão de ordem política, carecedora de uma justificação moralmente correta. A pena, como imposição de dor por parte do Estado a um de seus cidadãos, ganha uma necessidade de justificação dificilmente verificável em outros institutos¹¹, já que há uma “*objeção moral prima facie*” contra fazer sofrer intencionalmente um indivíduo¹².

Punir, necessariamente, envolve tratar de forma muito diferente aqueles que cometem uma ofensa daqueles que se mantêm obedientes à lei (*law abiding citizens*). Envolve tratar o primeiro grupo de forma que se consideraria moralmente errado tratar o segundo. O problema da pena consiste, portanto, em tornar justas e razoáveis as razões que se dá para fomentar tal distinção¹³.

Como prática e instituição política, a pena nunca se justifica por si mesma. Com efeito, se todas as instituições políticas devem submissão a propósitos legítimos, eleitos como essenciais pela comunidade política que as instituiu, sempre com a possibilidade de serem alteradas ou, no limite, abolidas¹⁴, uma instituição que tem sobre si uma objeção moral tão relevante como a pena apenas aprofunda a necessidade de justificação.

Para que se mantenha a pena, em suma, é preciso responder, com base em princípios condizentes com os moralmente aceitos pela comunidade política, por que é justo que a alguns dos membros dessa comunidade seja imposto um sofrimento deliberado e evitável. Justificar a pena exige a emissão de um juízo de valor, uma defesa de posição. Exige que se aporte argumentos de moral para o debate público.

E um juízo de valor nunca é *apenas verdadeiro*. Sua correção, seu critério de verdade, só podem ser avaliados pela defesa (*case*) que se ofereça: “Sempre é apropriado perguntar por que a moralidade requer o que dizemos que ela requer, e nunca é apropriado apenas dizer: ela simplesmente assim exige”, já que, no campo do valor “fazemos uma defesa das proposições”¹⁵.

11 BURGH, 1982, p. 193.

12 ARMSTRONG, 1969.

13 BOONIN, 2008, p. 1; BEDAU, 1978.

14 DUSSEL, 2007, 71; RAWLS, 1999, p. 3.

15 DWORKIN, 2011, pp. 114-116. Tradução nossa. No original: “When a value judgement is true, there must be a reason why it is true. It can’t be just true. It is always appropriate to ask why morality requires

Ainda com Dworkin¹⁶, se aceitarmos como princípio básico de qualquer organização política legítima a noção de igualdade, ou seja, a ideia de que qualquer governo só é legítimo quando age com igual respeito e consideração para com os cidadãos sobre os quais exerce autoridade, torna-se imperioso dar bons motivos para pensar que o tratamento aflitivo dado a uma pessoa, na condição de cidadã de um Estado, é compatível com um governo legítimo.

Ressalta-se que não se trata, aqui, de discutir as teorias de justificação da pena. A explicitação do caráter eminentemente político da pena por si só deve evidenciar a imprescindibilidade de uma carga de justificação moral, levada ao âmbito de uma decisão política (logo, coletiva), e é nesse sentido que se colocam as preocupações deste texto, as quais partem da premissa de que a igualdade política é um valor essencial para democracias, especialmente se compreendidas essas como autogoverno coletivo. Nesse caso, dado o caráter político da pena (englobando tanto sua justificação como tratamento específico de questões político-criminais, a exemplo de previsão de ofensas, quantidade e qualidade das penas etc.), é inegável que cabe ao povo tomar as decisões normativas também neste âmbito.

A partir de um debate contemporâneo, entre teóricos chamados de *insulacionistas* e aqueles denominados *integracionistas*¹⁷, defendemos a necessidade de se pensar o papel (normativo) da participação popular na formulação de políticas criminais. A questão gira em torno, de um lado, à completa perda de legitimidade da atuação do Estado nessa área, caso obstada a influência dos seus cidadãos e, de outro, à contenção do que se cunhou chamar de *populismo penal*¹⁸.

3. Contradições e Dilemas do Liberalismo Penal

Pressupondo a adesão do direito penal moderno à matriz contratualista hobbesiana, fica compreensível a adoção quase incontestada – inclusive pelos

what we say it does, and never appropriate to say: it just does. (...) In the formal and informal sciences we seek evidence for propositions, and in the domain of value we make a case for propositions”.

16 DWORIN, 2000, pp. 11-183.

17 ROWAN, 2011; DZUR, 2012.

18 Embora existam acepções diversas do que se pode entender por populismo penal, a ideia é trabalhada abaixo especialmente a partir da crítica, mais genérica, de GARGARELLA (2014c) em relação à pressuposição de que a participação popular seria sempre equivalente ao incremento das demandas por punição.

setores autodefinidos como "críticos"¹⁹ – de uma fundamentação politicamente liberal do direito penal como limite possível ao arbítrio estatal e voltado à garantia da liberdade individual do cidadão.

Com efeito, o discurso hegemônico no âmbito do penalismo moderno é eminentemente utilitarista e reduz a preocupação com questões de justiça estritamente à forma do princípio da proporcionalidade, especialmente no momento de aplicação judicial da pena. Vai nesse sentido a “mais convincente” dentre as teorias ecléticas, de Herbert Lionel Hart, rejeitando, desde logo, a possibilidade de uma teoria monista da pena, afirmando que qualquer perspectiva deverá assumir que se aproxima de princípios distintos e parcialmente conflitantes. Seu ponto de partida é a diferenciação, já indicada por John Rawls em 1954, entre “justificar uma prática”, em termos gerais, e “justificar uma situação em particular que se enquadra na primeira justificação geral”²⁰. No léxico utilizado por Hart, trata-se da “Justificativa Geral da Punição” (*General Justifying Aim*), de um lado, e do “Princípio de Distribuição ou Proporcionalidade” (*Principle of Distribution*) no momento da aplicação da pena ao caso concreto, de outro. Diferencia-se, assim, a justificação da pena em abstrato da justificação da pena em concreto.

Em termos simplificados, Rawls e Hart defendem como solução de consenso o reconhecimento de que a “Justificativa Geral da Punição” reside em suas consequências benéficas, e em especial a prevenção geral decorrente da ameaça legal da pena, porém limitada por um “Princípio de Distribuição ou Proporcionalidade” na qual se inserem as considerações retributivas sobre o “justo merecimento”²¹, essas sempre tendo por referência o caso concreto. Seria dentro deste segundo momento, portanto, relativo à aplicação da pena, que emergiriam as questões de quem punir e quanto punir: respectivamente, aquele que teve acertada sua responsabilidade penal, e nos limites do justo merecimento em face da gravidade do delito cometido.

Trata-se, porém, de uma promessa histórica e perenemente vã. Com Eligio Resta, constata-se que a aposta fundamental da modernidade é fundada em uma ambivalência decisiva: a violência ritualizada e monopolizada seria a única possibilidade de interromper a violência difusa, mimética,

19 Ver, exemplarmente, e para citar dois autores que trabalham com matrizes teóricas bastante distintas entre si, de um lado, a fundamentação “negativa” da pena de FERRAJOLI, 1995, pp. 321-352 e, de outro, as teorias do “apelo à necessidade”, trabalhadas por BOONIN, 2008, pp. 213-128.

20 RAWLS, 1969, p. 105.

21 HART, 2008, p. 9; RAWLS, 1969, p. 107.

mas sendo também violência, funcionaria como um veneno que se converte em antídoto. Porém, como se depreende do conceito de *pharmakon*, só haveria efetivamente antídoto se em doses moderadas, sem excesso, sob pena de tornar a ser veneno, concentrando-se nesta tentativa de contenção todo o esforço do iluminismo penal²². Seria realmente possível diferenciar direito e violência, estabelecendo-se distinção estanque entre uma violência legítima, “weberianamente” regulada e racionalizada, e outra ilegítima, a ser simplesmente contida? Até que ponto é possível conter algo utilizando instrumento com o mesmo conteúdo do que se pretende conter?

Para Resta, supor que o direito pode regular a guerra, prevalecendo sobre a dimensão da decisão política, é uma ilusão²³. A grande aposta seria, esta sim, a construção de um “direito fraterno”, justamente porque não fundado sobre a inflição de violência e na dicotomia “amigo/inimigo”, mas na abertura consciente de espaços à diferença: para tanto, deixando para trás as premissas hobbesianas, o conflito deve ser visto e aceito em sua riqueza e complexidade, e não reduzido às formas de sua regulação tendo por escopo sua supressão²⁴.

E para a construção de modelos alternativos de resolução de conflitos, não parece possível nos restringirmos de modo definitivo à “velha oposição” entre retributivismo e utilitarismo e ao individualismo que é próprio do pensamento liberal, havendo que se caminhar na direção da assunção de uma postura normativa de inclusão, integração e democracia.

Há um liame evidente, embora não direto nem equivalente, entre a fundamentação liberal da pena e suas justificações modernas, tanto retributivas e neoretributivas como aquelas de matriz utilitarista. Mesmo não havendo um sentido unívoco de “liberalismo”, Lacey indica como caracteres comuns os conceitos de individualismo e racionalidade²⁵, sejam conjugados, na linha retributivista, com a rejeição de qualquer forma de “paternalismo” estatal, sejam relidos a partir do princípio da utilidade.

Não obstante incontroversa a importância do liberalismo no que tange à preocupação com o abuso de poder pelo Estado, reconhece-se como sua

22 RESTA, 1992, p. 72

23 RESTA, 1992, p. 92

24 RESTA, 2002, pp. 74-75

25 LACEY, 1988, p. 143 e ss.

fraqueza a “desconfiança do social, a primazia do indivíduo”²⁶ o que, no âmbito da questão penal, repercute paradoxalmente no sentido de legitimar a funcionalização da pena como meio de “defesa social”, exatamente porque se não é capaz de compreender o “fato punido” e a violência senão como fenômeno individual.

Questão maior que se coloca, nesse sentido, é se haveria espaço para um repensar da fundamentação da pena, como instituição política, a partir do republicanismo. Mesmo sem qualquer pretensão de aprofundamento nesse denso debate, é pertinente levar em conta a reflexão de Roberto Gargarella quando busca aproximar o republicanismo e o liberalismo igualitário²⁷, afastando-se apenas do liberalismo conservador, levando sua reflexão também ao âmbito da questão da pena.

Gargarella parte, em primeiro lugar, da teoria da justiça de John Rawls²⁸, quem defendera para a pena uma justificação eclética e prevalentemente consequentialista, afastando-se da ideia de “merecimento”. Sua teoria da justiça, porém, fora apresentada com características diversas da aplicação que o próprio autor faz em relação à pena, na medida em que esta última tem traços claramente utilitaristas. Em forte síntese, sua base teórica parte de uma ideia de “contrato hipotético” formulado em condições ideais – diferentemente de Hobbes – nas quais todos os participantes se encontrariam em uma “posição originária” caracterizada pelo que chama de “véu de ignorância”, ou seja, desconsiderando-se as diferenças sociais, políticas, econômicas. Tendo tal posição originária como ponto de partida, as escolhas relativas à distribuição dos “bens sociais primários” na sociedade convertem-se em uma questão eminentemente deliberativa, definindo-se justiça como equidade, atenta ao respeito à diferença de modo impessoal, já que sob o “véu da ignorância” ninguém sabe ao certo se ocupará o lugar do diferente ou não. Trata-se do que Rawls denomina “loteria natural e social”, fazendo com que seja resguardada a condição de quem ocupar o “pior lugar”.

A filosofia política pode e deve, assim, debruçar-se sobre a pena como instituição política e tratar do assunto na dimensão da inclusão/exclusão e da participação popular na formulação e avaliação da punição como política pública.

26 LACEY, 1988, p. 163: “there remains a residue of distrust of the social, of the primacy of the individual, ...”.

27 GARGARELLA, 1999, p. 181 e ss.

28 RAWLS, 2010.

Um exemplo da importância dessa aproximação: tomemos uma das mais importantes e discutidas teorias neoretribucionistas que é a teoria da "vantagem injusta", de Herbert Morris. A ideia do justo merecimento está em sua base, fundada na reciprocidade. Todo ser humano teria, em sua perspectiva, a garantia de uma esfera de não-interferência como vedação da violência e da interferência de terceiros²⁹: o respeito mútuo de tal esfera garantiria benefícios mútuos a todos, decorrendo daí o dever de cada sujeito exercer sobre si o autocontrole para que se abstenha de qualquer tipo de conduta nesse sentido. São as por ele denominadas regras primárias para a convivência. Portanto, o não-exercício desta abstenção e o desrespeito à esfera de não-interferência de outrem significa obter uma "vantagem" em relação aos demais, que assumiram e respeitaram o compromisso. Em suas palavras:

Se uma pessoa falha no exercício de seu autocontrole mesmo podendo ceder diante de tais inclinações, ela renuncia a um dever que outros voluntariamente assumiram e, portanto, obtém uma vantagem que os demais, os quais controlaram a si mesmos, não possuem. Este sistema, portanto, é aquele em que as regras estabelecem uma reciprocidade entre benefícios e deveres e no qual os benefícios da não-interferência são condicionados à assunção de deveres³⁰.

Para Morris, quem comete um crime tem "direito a ser punido" porque apenas assim estaria sendo tratado como pessoa. Radicalmente contrário à concepção da pena como terapia, afirma que tal perspectiva animaliza o

29 MORRIS, 1988, p. 68.

30 MORRIS, 1988, p. 69: "If a person fails to exercise self-restraint even though he might have and gives in to such inclinations, he renounces a burden which others have voluntarily assumed and thus gains an advantage which others, who have restrained themselves, do not possess. This system, then, is one in which the rules establish a mutuality of benefit and burden and in which the benefits of noninterference are conditional upon the assumption of burdens". Prossegue o autor: "Quem viola as regras tem algo que os outros têm – os benefícios do sistema – mas ao renunciar ao que os demais assumiram, o ônus do autocontrole, adquire uma vantagem injusta. (...). Outro modo de dizer é que ele deve algo aos demais, porque tem algo que não o pertence. A justiça – que é punir tais indivíduos – restaura o equilíbrio entre os benefícios e os ônus retirando do sujeito o que ele deve, ou seja, quitando a dívida". Tradução nossa. No original: "A person who violates the rules has something others have – the benefits of the system – but by renouncing what others have assumed, the burdens of self-restraint, he has acquired an unfair advantage. (...) Another way of putting it is that he owes something to others, for he has something that does not rightfully belong to him. Justice – that is punishing such individuals – restores the equilibrium of benefits and burdens by taking from the individual what he owes, that is, exacting the debt". Observa, ainda, que a razão da não punição de crianças e pessoas sem sanidade mental restaria justamente no caráter involuntário da violação e portanto na inexistência de uma efetiva renúncia ao ônus assumido por todos de não violar a esfera de não-interferência dos demais.

ser humano porque “não respeita suas escolhas”³¹. Já o punir pelo que fez significa respeitar sua autonomia, pois se pressupõe sua concordância com a pena tacitamente manifestada na violação do dever de respeito ao outro. A punição fica vinculada à violação das regras primárias de abstenção e justificada, assim, como reequilíbrio da balança entre benefícios e deveres, anulando a “vantagem injusta” obtida, na medida em que, a partir do momento da violação, o ofensor “deve algo” aos demais.

Concepções de desenvolvimento e liberdade como as de Amartya Sen permitem a crítica ao reconhecerem que “ao analisar a justiça social, há bons motivos para julgar a vantagem individual em função das capacidades que uma pessoa possui, ou seja, das liberdades substantivas para levar o tipo de vida que ela tem razão para valorizar”³²

Com efeito, sem prejuízo de consistentes críticas filosóficas, a maior fonte de crítica ao retributivismo liberal vem da realidade concreta e material. Gargarella e Sen demonstram, a partir das releituras e críticas realizadas à teoria de Rawls, como pode ser temerário depositar todas as fichas na filosofia política liberal para resguardo do direito à liberdade diante do Estado. Vide, por exemplo, o pensamento de Robert Nozick, que defende um Estado “ultramínimo” e unicamente voltado à proteção do indivíduo contra o abuso no uso da força³³. Haveria, nesse sentido, somente direitos de não-interferência, utilizando a mesma expressão da teoria da “vantagem injusta” de Herbert Morris.

Para Nozick, a teoria de Rawls seria “insuficientemente liberal”³⁴. Quando trata da pena, Nozick defende o retributivismo como justificação, fundado no merecimento³⁵: o autor inicia pela análise das características hipotéticas de um “sistema de punição aberta”, no estado de natureza, pertencendo a todos o “direito de punir”, até que uma “associação de proteção

31 MORRIS, 1988, p. 75.

32 SEN, 2000, p. 109.

33 NOZICK, 2011, p. 112 e ss.

34 GARGARELLA, 1999, p. 45.

35 NOZICK, 2011, p. 176: “pode-se tentar deduzir o direito de punir de outras considerações de ordem moral, como o direito de proteger, associação à percepção de que os limites morais dos criminosos mudam. Pode-se aceitar uma teoria de proibição moral de tipo contratual e defender que aqueles que violam os limites do outro perdem o direito de que determinados limites seus sejam respeitados. (...) Determinado delito dá aos outros a *liberdade* de ultrapassar certos limites (a falta do dever de não fazê-lo); os detalhes podem ser os de alguma teoria retributiva”. Destaca-se a observação de Nozick que “diferentemente da indenização, a punição não é devida à vítima”, cf. *Ibidem*. Para mais, ver NOZICK, 1981.

permanente”, como o Estado, torne-se “dominante” e passe a ser a única a exercer, de fato, o direito de proibir³⁶.

O republicanismo, a seu turno, é filosofia política caracterizada, não obstante também não seja um conceito unívoco, pela rejeição de toda forma de “dominação”: “a reivindicação da liberdade – a ausência de domínio; a vida em um ‘estado livre’ – unificaria, de forma resumida, as distintas versões republicanas”³⁷. Para que a lei não signifique uma violação do domínio, ela também deve ser elaborada em um contexto sem dominação, em torno do que se definiu como princípio do “autogoverno coletivo”, ou seja, através de mecanismos concretos de suporte à cidadania ativa e ao controle dos cidadãos sobre seus representantes³⁸.

A ideia de liberdade republicana não é de uma mera esfera de não-interferência, mas sim “ausência de dominação”³⁹; não se trata somente da fixação de limites, mas concerne à ampliação dos direitos políticos de participação e se preocupa com as omissões do Estado no que tange às condições de exercício dos direitos fundamentais, assim como, neste ponto, o liberalismo igualitário⁴⁰.

O principal ponto de tensão reside na relação entre as esferas pública e privada, na medida em que o pensamento republicano exalta “virtudes” necessárias ao “bem comum”, o que no âmbito penal pode vir a distorcer o ideal de “autogoverno coletivo”⁴¹ e convertê-lo na velha defesa social que sacrifica indivíduos pelo coletivo, mormente na realidade latino-americana marcada pela violência estatal e a desigualdade nas relações políticas e econômicas. Embora o sistema penitenciário esteja muito distante da carac-

36 NOZICK, 2011, pp. 176-181. Mesmo assim, segundo o autor, “pode haver discordância acerca da intensidade da punição que determinado ato mereceria e acerca de quais atos devem ser punidos”.

37 GARGARELLA, 1999, p. 163

38 GARGARELLA, 1999, p. 182.

39 Sobre o tema, ver PETTIT, 1999.

40 GARGARELLA, 1999, p. 185. Na conjugação entre republicanismo e liberalismo igualitário sugerida pelo autor, há diferenças na priorização do autogoverno coletivo, no primeiro, e da autonomia individual, do segundo, mas ambos admitiram o ideal de autogoverno em suas concepções de democracia.

41 A essa objeção, busca responder GARGARELLA, 1999, p. 190: “Um entendimento habitual, sensato, da ideia de autogoverno deve dar conta da importância que atribuímos tanto ao controle coletivo sobre os destinos da comunidade, como à importância que damos à possibilidade de que cada pessoa escolha por si mesma a direção que quer imprimir a sua vida”. Tradução nossa. No original: “Un entendimiento habitual, sensato, de la idea de autogobierno, debe dar cuenta de la importancia que le asignamos tanto al control sobre los destinos dela comunidad, como a la importancia que le otorgamos a la posibilidad de que cada persona escoja por sí misma la dirección que quiere imprimirle a su vida”.

terização como “republicano”, pois viola escandalosamente o princípio da não-dominação, o discurso de promoção de determinados valores e ideais de excelência humana, contra o ócio, em prol do trabalho subordinado, convertendo “vagabundos” em “máquinas republicanas”, e assim por diante, sempre esteve presente e deve ser lembrado em seus desdobramentos e consequências.

Toda cautela é necessária, portanto, ao se falar em prevalência de parâmetros elaborados coletivamente por sobre os direitos individuais, com base no pensamento republicano. Quando se fala na pena como fato de poder e no manejo do conhecimento jurídico como política de “redução de danos”, restringindo-se o Estado a servir de instância de garantia, a fundamentação do direito penal como limite do arbítrio não fugirá de sua base liberal. A questão é que este não é um enfoque normativo, mas fundado na realidade empírica de violência e abuso do sistema penal, não se admitindo a atribuição de qualquer função positiva à pena. A perspectiva republicana, por outro lado, viria à baila na ampliação do horizonte normativo de compreensão sobre a ideia de “censura”, para além da pena estatal, havendo pontos de aproximação importantes na fundamentação política de outras práticas possíveis, fundadas na não-aflitividade e na participação ativa dos envolvidos. Gargarella critica com contundência, nesse sentido, a própria eticidade de uma postura *normativa* em torno do “direito penal mínimo” (admitir-se-ia a “tortura mínima”?, pergunta) porque socialmente descomprometida:

O objetivo do republicanismo não é a minimização da violência ou a retirada do Estado, mas sim a contribuição à integração social e ao fortalecimento dos vínculos interpessoais. (...) Não basta, desde este ponto de vista, deixar de novo na rua aquele que na rua pode ser – e, previsivelmente, voltará a ser – perseguido e marginalizado, mas se trata de impedir a possibilidade que siga sendo, de que continue sendo perseguido e marginalizado⁴².

Não é tão simples, como se vê, construir uma perspectiva republicana sobre a pena. Por exemplo, é problemática a proposta conjunta de Philip

42 GARGARELLA, 2008, p. 39. Tradução nossa. No original: “el objetivo del republicanismo no es la minimización de la violencia o el retiro del Estado, sino contribuir a la integración social y al fortalecimiento de los vínculos interpersonales. (...) No basta, desde este punto de vista, con echar de nuevo a la calle a aquel que en la calle suele ser – y, previsiblemente, volverá a ser – perseguido y marginado, sino que se trata de bloquear la posibilidad de que lo siga siendo, de que siga siendo perseguido y marginado”.

Pettit e John Braithwaite que defende, em síntese, uma concepção de liberdade não atomística, não como mero espaço de não-interferência, tal como os neoretributivistas liberais, mas como noção que leva em conta a dimensão do social, da cidadania, do pertencimento a uma comunidade política, enfim, tudo o que sintetizam no conceito de “domínio”, entendido como “o status social que você apresenta quando não tem um menor prospecto de liberdade do que ninguém em sua sociedade, e quando isso é de comum conhecimento entre você e os outros”⁴³.

O objetivo do sistema penal, segundo Braithwaite e Pettit, seria “maximizar o domínio”, coibindo a restrição indevida dessa esfera de liberdade ocasionada pela produção de dano a outrem. O desenvolvimento de sua teoria, porém, tem desdobramentos que pouco se diferenciam do sistema penal ocidental de fundamentação liberal: afirmam a necessidade de parcimônia, mas não são capazes de se libertar do tradicional escopo de prevenção geral negativa ou do uso da pena privativa de liberdade⁴⁴.

Já a crítica de Gargarella vai mais longe, problematizando a forma de elaboração das leis penais como causa de “alienação legal” a viciar o potencial expressivo/comunicativo da pena e sugerindo a sua impossibilidade e ilegitimidade em contextos de desigualdade extrema⁴⁵. A resposta republicana ao delito, na ótica do autor, deve ser “contra o castigo e a exclusão”, uma “resposta inclusiva e orientada à comunidade, que considere toda pessoa como um agente moral, não apenas racional, e uma resposta através da qual a comunidade possa expressar seu juízo de reprovação por sobre as ações do ofensor”⁴⁶, enquanto, no sistema penal tradicional, há o propósito expresso de *impedir* que a comunidade se expresse nesse sentido.

É possível “reprovar” também por “meios não punitivos de expressão da desaprovação do coletivo”⁴⁷.

43 BRAITHWAITE; PETTIT, 1990, p. 85. Tradução nossa. No original: “the social status you perfectly enjoy when you have no less a prospect of liberty than anyone else in your society and when it is common knowledge among you and others that this is so”.

44 BRAITHWAITE; PETTIT, 1990, pp. 79, 89, 104.

45 GARGARELLA, 2008, pp. 18, 27.

46 GARGARELLA, 2008, pp. 35, 60.

47 BRAITHWAITE; PETTIT, 1990, p. 209: “não vemos nenhuma conexão presumível entre reprovação e punição como tradicionalmente concebida; pensamos que ela pode muitas vezes ser melhor promovida, por exemplo, através de meios não-punitivos de expressão da desaprovação da comunidade”. Tradução nossa. No original: “we do not see any presumptive connection between reprobation and punishment as traditionally conceived; we think that often it may best be promoted, for example, by non-punitive means of expressing community disapproval”.

A rejeição do individualismo é apontada como a razão de diferenciação entre esta perspectiva e as justificações retributivistas e utilitaristas, que teriam nesse sentido uma fundamentação liberal e um liame necessário para com a natureza socialmente excludente da pena. Para Gargarella, todas as respostas tradicionais ao crime são excludentes e constituem “a pior reação possível”⁴⁸. É necessário reconhecê-lo e rejeitar a pena privativa de liberdade, justamente por isso, buscando formas de censura em comunidade que sejam includentes e distintas do “castigo”.

A opção de Gargarella por uma concepção comunicativa de censura que não necessita do “castigo”, ou seja, da afliatividade, para expressar censura, defende a “devolução à comunidade” de parte dos poderes exercidos pelo Estado, para expressão de censura; trata-se de responsabilizar pela via da alteridade, rejeitando-se todo enfoque paternalista ou moralista presente nos objetivos de reforma do indivíduo⁴⁹; de construir um processo comunicativo direcionado ao estabelecimento de um “diálogo moral” com o ofensor, dentro de uma concepção deliberativa de democracia⁵⁰, definindo o autoreconhecimento do dano causado como mais importante que qualquer “castigo”.

4. "Vocês não têm nada a dizer sobre isso"

De acordo com Amartya Sen, as pessoas devem ser ativamente envolvidas em seu próprio destino, especialmente no tocante à expansão das liberdades reais como meio para o desenvolvimento⁵¹. A observação alcança a formulação e articulação dos mecanismos de censura e responsabilização perante o dano causado a outrem, como acima sugerido? Como nota Roberto Gargarella⁵², resenhando *Punishment, participatory democracy & the jury*, de Albert Dzur, o grande adversário dos teóricos preocupados com o fomento da participação popular na formulação e efetivação de políticas criminais pode ser identificado no populismo penal. No pensamento de Gargarella, embora o termo não seja expressamente definido, parece reme-

48 GARGARELLA, 2008, p. 37.

49 GARGARELLA, 2008, pp. 45-48.

50 GARGARELLA, 2008, p. 70.

51 SEN, 2000, p. 71

52 GARGARELLA, 2014c.

ter a um uso oportunista e manipulador da opinião popular em questões político-criminais, bem como à suposição de que, se tiverem a oportunidade, maiorias darão respostas normativamente piores, movidas, segundo alguns, por ódio/indiferença e, segundo outros, pela ausência de um debate público informado e crítico⁵³.

De modo geral, a oposição entre insulacionistas e integracionistas gira em torno da forma como evitar esse tipo de populismo penal⁵⁴. Enquanto os insulacionistas procurariam isolar problemas de justiça criminal do debate público, os integracionistas apostam em resultados normativamente melhores⁵⁵ nos casos em que as políticas criminais são desenhadas com maior participação popular. Essa participação, no entanto, distingue-se da mera consulta, ou do simples impacto político horizontal⁵⁶. Trata-se do incentivo ao enfrentamento de dilemas morais, do contato humano direto e, principalmente, da assunção de responsabilidade pelas decisões tomadas, assim como pelos resultados obtidos.

A questão passa, num primeiro momento, por problemas de desenho institucional: respostas razoáveis poderiam ser dadas, em relação a questões criminais, por instituições mais democraticamente - igualamos, para fins desse argumento, como no exercício mental de Carlos Nino⁵⁷, democracia a decisão majoritária⁵⁸ – responsivas?

A maneira e o significado como concebemos a participação popular na formulação de políticas criminais, contudo, remete a um debate mais profundo. Diz respeito direto à forma como concebemos a própria ideia de democracia, ao que entendemos por governo legítimo e, conseqüentemente, ao papel das instituições políticas.

A questão fica mais clara ao se atentar para os argumentos apresentados pelos insulacionistas. Para seguir a reflexão de uma importante teórica

53 O mesmo sentido é trabalhado em DZUR, 2012 e, em certa medida, em DUFF, 2001.

54 Baseamo-nos, nas próximas páginas, essencialmente em DZUR, 2012 e ROWAN, 2011. Para mais referências sobre o assunto, ver: DZUR; MIRCHANDANI, 2007; JOHNSTONE, 2000; DZUR, 2011.

55 O que inclui tanto a *tese correccional* como a *tese de domínio coletivo*, conforme as expressões de BENNET, 2014. A primeira iguala “resultados melhores” à correção do funcionamento dos sistemas de justiça criminal, ao seu aprimoramento. A segunda se liga ao ideal de autogoverno coletivo, identificando respostas melhores no próprio domínio popular sobre a decisão.

56 Ver a distinção entre impacto político e influência política em DWORKIN, 2000, pp. 191-194.

57 NINO, 2013.

58 Referimo-nos a problemas de impacto de preferências individuais na formação de decisões coletivas, como em ELSTER, 1989, pp. 124-134.

em filosofia da pena (que, muito paradoxalmente, anos antes fornecera uma teoria da pena baseada em princípios comunitaristas de justiça⁵⁹), Nicola Lacey, após constatar empiricamente que diferentes sistemas políticos geram diferentes políticas criminais e preocupada com a crescente onda *law and order* no Reino Unido, sugere a seguinte rota de fuga do populismo penal:

Mas isso só será possível se os dois principais partidos políticos chegarem a um acordo acerca da remoção de políticas criminais – ou ao menos aspectos essenciais dessas políticas, como o tamanho do sistema prisional – do debate político partidário. (...) Mas isso não seria por si só suficiente para garantir qualquer sucesso. Outra importante condição seria a reconstituição de algum respeito pela *expertise* na área. (...) Em outros termos, a remoção de políticas criminais da competição política partidária abriria a possibilidade para o tipo de solução de política fiscal implementada através do *Monetary Policy Committee* (MPC) (...). Ao destinar a tarefa de fixar taxas de juros a um órgão independente de especialistas localizado no *Bank of England*, tornar as deliberações desse órgão transparente, bem como estabelecer mecanismos fortes de controle pelo parlamento, Gordon Brown criou uma estratégia que rendeu notável amparo político e popular⁶⁰.

Bem, a estratégia de Lacey, antes de tudo, parece passar por “despolitizar”⁶¹ as políticas criminais. Comparando essas políticas a questões fiscais, as quais tendemos a conceber como eminentemente técnicas (embora já consideremos isso um erro), Lacey assume que, para ficar em apenas alguns exemplos, definir quais condutas podem ser punidas, como sujeitos

59 Ver LACEY, 1988, especialmente pp. 121-202. Lacey, após apresentar as ligações das justificativas dominantes da pena com princípios liberais, insiste na necessidade de se voltar para a comunidade e para a noção de responsabilidade, a fim de fornecer uma teoria mais justa.

60 LACEY, 2008, pp. 191-192. Tradução nossa. No original: “But this will be possible only if the two main political parties can reach a framework agreement about the removal of criminal justice policy – or at least of key aspects of policy, such as the size of the prison system – from party political debate. (...) But this would not be enough in itself to guarantee any success. A further important condition would be the re-constitution of some respect for expertise in the field. (...) In other words, the removal of criminal justice policy from party political competition would open up the possibility of the kind of solution to fiscal policy implemented through the Monetary Policy Committee (MPC) (...). By conferring the task of setting interests rates to an independent body of experts located in the Bank of England, making this body’s deliberations transparent, and setting up robust mechanism of accountability to parliament, Gordon Brown crafted a strategy which has commanded remarkable public and political support”.

61 BELLAMY, 2007, pp. 147-154.

condenados devem ser tratados e, no fundo, o que justifica o tratamento aflitivo a eles destinados são problemas com os quais pessoas comuns (*lay people*) não devem contribuir.

Se questões de política criminal são “despolitizadas”, deixa de fazer sentido pensá-las como produto de decisões coletivas, como resultado de deliberações valorativas. Logo, nada mais óbvio do que apostar num grupo de especialistas, num corpo isolado (não político) e independente.

Como nota Dzur⁶², a posição insulacionista é uma tentativa de resposta a problemas práticos. Desenvolve-se com maior força, sintomaticamente, no Reino Unido, cujo sistema político por muito tempo manteve certa aversão à influência dos *checks and balances*, à noção de previsões constitucionais altamente estáveis e à revisão constitucional⁶³. Nesse caso, não é surpresa que, frente à percepção de um crescente “endurecimento” no tratamento de questões criminais, teóricos compromissados com a contenção do poder punitivo cheguem a afirmar que o populismo penal seria resultado de “democracia demais”⁶⁴.

Não é difícil responder a este tipo de raciocínio. Em primeiro lugar, parte-se de uma premissa empírica, ou antes, uma construção antropológica, como mostra Esposito⁶⁵, não demonstrada: oportunizadas a falar e a escolher, a população inevitavelmente optaria algum tipo de vingança coletiva, pelo desrespeito de direitos e pelo tratamento desumanizante dos condenados. Claro, ao se deixar de problematizar as complexas interações sociais que envolvem os sujeitos envolvidos em escolhas morais difíceis como a pena, torna-se muito fácil ler as reiteradas referências das vítimas e seus familiares (de crimes dolosos contra a vida!) a “fazer justiça” e “pagar pelo que fez” como manifestações inequívocas de intenções violentas e vingativas⁶⁶. Isto é, é muito fácil avaliar as diversas conotações de *justiça* que manifestam diferentes sujeitos⁶⁷ com base num denominador comum único e invariável.

62 DZUR, 2012, pp. 116-118.

63 O que faz com que BELLAMY, 2007, pp. 10-12 enxergue mais proximidade, ainda que de forma matizada, entre seu proposto constitucionalismo político e o sistema político britânico do que, digamos, o sistema americano, mais identificado com seu principal alvo de crítica, o constitucionalismo legal.

64 ROWAN, 2011, p. 47.

65 ESPOSITO, 2011, pp. 80-112.

66 GIAMBERARDINO, 2015, pp. 21-65.

67 Para evitar equívocos, não nos referimos aqui a qualquer tipo de relativismo moral, ou mesmo à (im) possibilidade de apreensão de verdades valorativas, mas apenas aos *significados* apreendidos e manifestados pelos sujeitos.

Mais, se não é errado afirmar que boa parte das decisões em políticas criminais provêm de decisões legislativas que (com todas as restrições que isso implica) representariam, grosso modo, vontades majoritárias, é preciso ter em mente que toda a construção dos sistemas penais modernos aponta para um progressivo isolamento das “apaixonadas vontades populares”, em direção a uma estrutura racional, gestada e gerida exclusivamente pelo tipo de especialistas em que, mais uma vez, se aposta⁶⁸.

Chamamos a atenção, porém, para uma outra ordem de argumentos, mais diretamente pertinente à relação paradoxal entre constitucionalismo e democracia, assim resumida:

Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição – *Law of lawmaking* – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas. Eis o paradoxo que marca a democracia constitucional (...) ⁶⁹.

Tomando emprestado esse paradoxo para o objeto aqui em discussão, o da participação popular em relação a políticas criminais, é preciso reconhecer que, também quanto à formulação dessas políticas, a própria estrutura constitucional estabelece limites à decisão majoritária – tanto ao seu conteúdo como ao seu alcance. Contudo, entre afirmar que a decisão majoritária pode (ou *deve*) ser balizada⁷⁰ por normas jurídicas definidoras do político e apostar numa *guardianship* platônica⁷¹ comandada por especialistas há uma grande diferença.

Se a relação entre democracia e constitucionalismo remete à relação entre poder constituinte e soberania popular⁷² e se tais relações apresentam tensões sempre imanentes e insuprimíveis, é urgente pensar nas positivities dessas tensões. A forma como lidamos com a justiça criminal é resultado

68 SBRICCOLI, 2010; CHRISTIE, 1977.

69 CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 160.

70 JARAMILLO, 2014, p. 10.

71 DAHL, 1998, pp. 69-80.

72 CHUEIRI; GODOY, 2010.

de um processo de tomada de decisão coletiva, que exige um debate normativo. Relegar questões criminais para *experts* não só representa o roubo do conflito⁷³, entendido primordialmente como o significado da ofensa para os sujeitos diretamente por ela afetados (ofensor, vítima, comunidade), como representa a renúncia explícita, concomitante e paradoxal ao ideal de autogoverno coletivo e à exigência de autonomia individual⁷⁴.

Agora, levar a sério o ideal de autogoverno, em política criminal, não é ignorar a opinião de estudiosos em favor de qualquer opinião popularmente majoritária. Antes, significa fomentar o debate público de ideias. Cidadãos podem muito bem chegar à conclusão, por exemplo, de que alguma das garantias penais e processuais penais deve ter seu conteúdo alterado ou, no limite, ser suprimida. Trata-se, afinal, de uma escolha política normativamente orientada. Contudo, pensar positivamente a relação constitucionalismo e democracia, como reafirmação da própria “carga revolucionária da Constituição”⁷⁵, exige que essa opção seja uma opção informada, crítica e, de fato, moralmente significativa, sempre orientada pela afirmação da igualdade política plena. Isso significa, antes de qualquer coisa, não pensar ingenuamente.

Significa, por exemplo, não ignorar conquistas históricas de direitos, não ignorar que a opinião majoritária pode simplesmente representar a reprodução de respostas padronizadas e pouco criativas e, por mais evidente que isso possa soar, não ignorar que a condição material dos indivíduos tem impacto significativo na forma como decisões são tomadas. Como sugerido, é muito fácil esquecer a complexidade do entrelaçamento entre discursos e poder, inevitavelmente (e isso não pode, desde logo, ser avaliado negativamente) presente em qualquer deliberação.

73 CHRISTIE, 1977.

74 GARGARELLA, 2014a, p. 348.

75 CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 167. Talvez desnecessário (dado o teor do que disse até aqui) afirmar que Constituição não se iguala a texto, muito menos a qualquer tipo de pacto consensual. Trata-se de um processo, sempre tenso, de construção da vida em comunidade política: “O vínculo entre Constituição e poder constituinte é tanto contingente (eventual, porém, necessário e inevitável) quanto imanente à própria ideia de Constituição. Isso implica não reduzirmos a constituinte (promessa) e a Constituição (real efetivação) aos termos de uma lógica dual (outro mundo/este mundo). Eis a minha premissa, a qual, desde o início, desconstrói a crença ingênua (facilmente encontrada nos manuais de direito constitucional) de que a Constituição é um texto ou outra, mais ingênua ainda, de que suas normas apaziguam as tensões do campo da política e, por fim, de que basta constitucionalizar as diversas relações que se estabelecem na sociedade (políticas, econômicas, ambientais, laborais, familiares, etc.) e elas se realizarão da maneira prescrita pela norma constitucional, de forma que a promessa se cumpriu e, assim, viveremos uma realidade livre das tensões, como se fosse o paraíso”. CHUEIRI, 2013, pp. 26-27.

O risco que se corre, em suma, é o de meramente reproduzir um discurso dominante. Constatar a existência desse risco, no entanto, não pode obstar pensar para além de um discurso defensivo, presente talvez caricaturalmente nos insulacionistas, mas muito vivo no pensamento de juristas envolvidos com a *questão criminal*⁷⁶. Preocupados (legitimamente) com a constante violação de direitos e com violência que observam no funcionamento do sistema de justiça criminal, lamentam-se, mas continuam crendo na fórmula moderna de contenção da violência através um uso internalizado e controlado, mas sempre destrutivo, da mesma forma de violência⁷⁷.

5. Práticas Restaurativas como a Nova Aposta

Se a pena pode ser pensada como um tipo de “racionalização da vingança”, ao passo que o processo penal seria lido como a “muito longa história de um cansativo porvir, cada vez frustrado na prática, de um sistema de proteções e garantias dispostos em torno do acusado e os seus direitos”⁷⁸, ao sistema penal se encaixa perfeitamente o diagnóstico de Gargarella⁷⁹ acerca do constitucionalismo latino-americano, qual seja, um constante vai e vem, traindo por vezes o ideal de autogoverno coletivo, por outras o ideal de autonomia e, não raro, ambos.

A forma assumida pelos sistemas penais modernos vai de encontro, de forma paradoxal, tanto ao ideal de autogoverno coletivo quanto ao ideal de autonomia individual. Agride o ideal de autogoverno pois tende a sacrificar o debate público em nome de uma gestão “despolitizada” de conflitos sociais. Agride o ideal de autonomia individual pois, faticamente, não cumpre o que promete (racionalização e proteção) e pois, normativamente, relega aos indivíduos mais interessados uma participação de pequena importância, quando não nula⁸⁰. Milita contra o desenvolvimento humano,

76 ZAFFARONI; REP, 2015.

77 ESPOSITO, 2011; GIAMBERARDINO 2015, pp. 13-14.

78 SBRICCOLI, 2010, p. 164. Tradução nossa. No original: “La storia del processo penale può essere letta come la troppo lunga storia del faticoso avvento, ogni volta ostacolato nei fatti, di un apparato di protezioni e garanzie disposte intorno all'accusato e ai suoi diritti”.

79 GARGARELLA, 2014a, pp. 347-356.

80 Veja-se, por exemplo, o apagado papel da vítima no processo penal. Nesse sentido: “So, in a modern criminal trial, two important things have happened. First, the parties are being represented. Secondly, the one party that is represented by the state, namely the victim, is so thoroughly represented that she or he for most of the proceedings is pushed completely out of the arena, reduced to the triggerer-off of the whole

no sentido definido por Amartya Sen, porque inviabiliza, sem justificção, a liberdade em sentido substantivo de enorme parte da população.

Acreditamos que, subjacente às diversas manifestações teóricas e práticas assumidas pelo que denominamos *justiça restaurativa*, há uma tentativa de responder a essas inconsistências dos sistemas penais modernos. Ainda que não se trate do objeto específico de análise deste trabalho e com a ressalva de que muitas práticas meramente complementares à pena têm recebido esta denominação sem qualquer filtro mais acurado, o que as práticas restaurativas procuram fazer é resgatar as dimensões democráticas de auto-governo coletivo e autonomia individual, perdidas no funcionamento dos sistemas penais. Sob esse aspecto, não proporcionam apenas “uma nova maneira de pensar o crime e a justiça” e propugnam “um caminho para desafiar os sistemas convencionais de justiça a enfrentar seus problemas”⁸¹, mas exigem uma tomada de posição sobre o que se espera da forma como uma sociedade democrática lida com conflitos sociais.

É imprescindível perguntar pela fundamentação filosófica dessa direção. Proponentes da justiça restaurativa tendem a tomar a participação dos sujeitos diretamente envolvidos nos conflitos que nos acostumamos a denominar por “crime”⁸² como um valor intrinsecamente positivo. Formulam também uma noção expandida de *responsabilidade*⁸³, atrelada à apreensão das consequências e dos sentidos dos atos praticados em resposta à ofensa, bem como ao domínio, pelos sujeitos, das formas desses atos. Como elemento unificador dessas duas dimensões, contudo, aparece como central uma (re)valorização da comunidade⁸⁴, que tem como pano de fundo pensar atos e relações individuais sempre em relação à ideia de pertencimento à comunidade. Isso dito, fácil acessar os motivos que levam muitos estudiosos a enxergar um afastamento dos fundamentos das práticas restaurativas em relação aos princípios do liberalismo político.

thing. She or he is a sort of double loser; first, vis-a-vis the offender, but secondly and often in a more crippling manner by being denied rights to full participation in what might have been one of the more important ritual encounters in life. The victim has lost the case to the state”. CHRISTIE, 1977, p. 3.

81 MORRIS, 2005, p. 457.

82 Conceito que, urgentemente, deve ser desnaturalizado. Para uma mostra de como a noção de “crime” está longe de ser neutra e, ao contrário, é alvo de intenso debate normativo, mesmo entre especialistas, ver: SCHWENDINGER; SCHWENDINGER, 1980.

83 ZEHR, 2008.

84 ROSENBLATT, 2014, pp. 45-49.

Ora, como bem resumem Gargarella e Bellamy⁸⁵, expansão das ideias de responsabilidades cívicas, positividade da participação política, certo tipo de “construtivismo” de direitos (isto é, direitos e deveres como produtos da interação política) e centralidade da noção de comunidade são, todas, características mais próximas da tradição, dita, do republicanismo do que do liberalismo político.

Legítimo (embora longe de ser óbvio e inquestionável), portanto, pensar as práticas restaurativas dentro do quadro teórico fornecido pela tradição política republicana⁸⁶. De fato, tal associação não é nova, havendo prévias sugestões nesse sentido⁸⁷.

Partindo de um autor que assume expressamente a defesa de uma teoria republicana da pena⁸⁸, é possível enxergar a pena como uma forma de comunicação entre ofensor, vítima e comunidade. Pena seria a forma da vítima e da comunidade mostrarem ao ofensor o erro moral que foi cometido, buscando seu arrependimento e a sua tomada de responsabilidade sobre os danos causados⁸⁹. Claro, já que fala sempre em “pena”, Duff só pode entender esse processo como algum tipo de castigo, de imposição de dor.

Duff tem plena noção de que os sistemas criminais atuais não dão conta de exprimir esse juízo de reprovação⁹⁰ e busca justamente nos princípios republicanos uma reafirmação de sentido da prática de apenar⁹¹. Como apontado em outra ocasião⁹², no entanto, ao associar a pena a uma resposta comunitária, sem que seja – com a contundência necessária – ressaltada a dimensão do encontro humano, tão caro às práticas restaurativas, perde-se a oportunidade de desvincular a censura reprovadora (a condenação moral do ato e a assunção de responsabilidade) da pena (imposição intencional de dor).

85 GARGARELLA, 1999, pp. 173-177; BELLAMY, 2007, pp. 154-175.

86 Tradição que, embora pouco homogênea e que, tal qual o liberalismo, já foi aproximada de muitas manifestações mesmo contraditórias entre si, parece ter como ponto de concentração a ideia de domínio político coletivo, conquistado através do fomento de certas virtudes cívicas, o que aponta para certa diluição da muito liberal distinção entre espaços públicos e privados. Nesse sentido: GARGARELLA, 1999, pp. 161-173.

87 GIAMBERARDINO, 2015, pp. 107-116; DZUR; MIRCHANDANI, 2007, pp. 152-153.

88 DUFF, 2010.

89 DUFF, 2001; DUFF, 1986.

90 GARGARELLA, 2012, pp. 23-26.

91 DUFF, 2010, pp. 304-305.

92 GIAMBERARDINO, 2015, pp. 118-119.

De sua parte, o ponto fundamental das práticas restaurativas, ao articularem as noções de responsabilidade e participação política, é pensar uma justiça construída pelos sujeitos envolvidos no conflito. É uma aposta em reestabelecer a credibilidade e o valor dos encontros entre seres humanos críticos⁹³, tomados como agentes morais capazes de disputar o significado do ato cometido.

Mesmo que não se liguem (em um primeiro momento) aos resultados fáticos que alcançarem⁹⁴, as práticas restaurativas representam um avanço inequívoco em termos normativos. É dizer, ao fomentarem a participação popular (vítima, ofensor e comunidade diretamente envolvida) na construção de respostas aos conflitos sociais e, principalmente, ao pensarem a positividade desses conflitos, as práticas restaurativas tendem a resgatar o sentido de pertencimento a uma organização política.

Não cabe qualquer tipo de ingenuidade nessa aposta. Defensores da justiça restaurativa têm plena consciência das dificuldades e da sensibilidade que suas propostas apresentam. Nesse sentido, os alertas práticos fornecidos por aqueles que querem pensar uma política mais inclusiva, fundada no diálogo entre aqueles sujeitos que mais serão afetados pelas decisões a serem tomadas são imprescindíveis.

De toda sorte, ao complexificarem as relações que normalmente denominaríamos “crime”, as práticas restaurativas assumem um compromisso democrático imprescindível: significam a necessidade de agir, de radicalizar a política (“criminal”), de tomá-la como apreensão de significado em processo. Talvez representem uma forma de compreender o próprio sentido de democracia.

6. Conclusão

A hipótese central apresentada é a de que a pena criminal, consciente ou inconscientemente calcada na matriz teórica liberal, vai de encontro à noção de desenvolvimento como expressão de liberdades reais⁹⁵.

93 CHRISTIE, 1977, p. 14.

94 Embora grande parte das experiências já realizadas sejam muito animadoras, tanto se avaliada a satisfação dos sujeitos, como se utilizados indicadores alheios e até contrários aos princípios da justiça restaurativa (a exemplo de número de ofensores reincidentes). Ver, para boas referências de pesquisas empíricas: SHAPLAND, ROBINSON, SORSBY, 2011; MORRIS, 2005.

95 SEN, 2000.

Para tanto, mostrou-se imprescindível ressaltar em que medida a pena deve ser pensada como instituição política, com todas as implicações dessa caracterização. Pensar e praticar a pena requer tomadas normativas de posição, ainda que no plano empírico se rejeite qualquer função positiva a ela atribuível. Requer, mais precisamente, um argumento sobre como uma sociedade pode considerar justo causar dor intencional a um de seus integrantes.

Partimos, então, para a exploração dos limites das justificativas da pena, geralmente emolduradas entre os polos utilitarista e retributivo. Com Resta⁹⁶, porém, fica claro que a tentativa de imunização (para usar a expressão cara a Esposito⁹⁷) da violência da pena pelo direito é perenemente frustrada. A aposta, nesse sentido, passa a ser na assunção normativa mais ampla do significado de dano, a partir de um modelo teórico que escape às contradições do liberalismo penal.

O debate sobre a relação entre constitucionalismo e democracia é trazido à baila justamente para se pensar a hipótese de as formas assumidas pelo sistema criminal figurarem como empecilho para o desenvolvimento. Nesse sentido, argumentamos que a pena criminal, mesmo quando aposta em um isolamento das “paixões populares”, paradoxalmente afronta simultaneamente o ideal de autonomia individual e autogoverno coletivo.

Como possível caminho, os princípios da teoria política republicana enfatizam a assunção de responsabilidades cívicas, a valorização da participação política direta e a centralidade da comunidade. Tais princípios do republicanismo foram aproximados como possíveis fundamentos político-filosóficos das práticas restaurativas de censura, as quais centram-se na necessidade de apreensão do significado da ofensa pelos sujeitos diretamente afetados e, sobretudo, compreendendo o conflito e o dano social para muito além da singularidade do “fato ilícito” ocorrido.

Inclusive, embora não se trate do específico objeto de análise neste texto, parece possível indicar que a fundamentação liberal de práticas de justiça restaurativa seja insuficiente e perigosa, pois alimenta o risco concreto de tais práticas serem somente agregadas à pena tradicional como uma espécie de “complemento” e, pior, distorcidas em seu sentido de transformação social e de reconhecimento do dano e do conflito.

96 RESTA, 1992.

97 ESPOSITO, 2011.

O que buscamos afirmar, de toda sorte, é que a forma como uma sociedade lida com seus conflitos e danos não pode ser relegada a um espaço pretensamente apolítico, sob pena de retirar dos integrantes dessa sociedade a decisão sobre, para usar a expressão de Sen⁹⁸, uma parte sensível da promoção (ou violação) de liberdades.

Referências

- ARMSTRONG, K. G. The retributivist hits back. In: ACTON, H. B. *The philosophy of punishment*. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969, pp. 138-158.
- BEDAU, Hugo Adam; KELLY, Erin. *Punishment*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed). Disponível em: <plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/punishment/>. Acesso em: 25 jun. 2015.
- BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism: a Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BENNETT, Christopher. What Is the Core Normative Argument for Greater Democracy in Criminal Justice? *The Good Society*, v. 23, n. 1, 2014, pp. 41-54.
- BOONIN, David. *The problem of punishment*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- BURGH, Richard. W. Do guilty deserve to be punished? *The Journal of Philosophy*, v. 79, n. 4, apr. 1982, pp. 193-210.
- CHUEIRI, Vera Karam. Constituição Radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 58, 2013, pp. 25-36.
- _____; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia- soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, n. 1, 2010, pp. 159-174.
- DAHL, Robert. *On democracy*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- DEL VECHIO, Giorgio. The struggle against crime. In: ACTON, H. B. *The philosophy of punishment*. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969, pp. 197-203

98 SEN, 2000, p. 18.

- DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*. Paris: Galilée, 1994.
- DUFF, R. Anthony. A criminal law for citizens. *Theoretical Criminology*, v. 14, n. 3, 2010, pp. 294-309.
- _____. *Legal Punishment*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed). Disponível em: <plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>. Acesso em: 25 jun. 2015.
- _____. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- _____. *Trials and Punishments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- DUSSEL, Enrique. *20 teses de política*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- _____. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- DZUR, Albert W. Participatory Democracy and Criminal Justice. *Criminal Law and Philosophy*, v. 6, 2012, pp. 115–129.
- _____. Restorative justice and democracy: fostering public accountability for criminal justice. *Contemporary Justice Review*, v. 14, n. 4, 2011, pp. 367–381.
- DZUR, Albert W; MIRCHANDANI, Rekha. Punishment and Democracy: the role of public deliberation. *Punishment & Society*, v. 9, n. 2, 2007, pp. 151-175.
- ELLIS, Anthony. Recent work on punishment. *The Philosophical Quarterly*, v. 45, n. 179, 1995, pp. 225-233.
- ELSTER, Jon. *Nuts and Bolts for the Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. The Protection and Negation of Life*. Cambridge: Polity Press, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- FLEW, Antony. The Justification of Punishment. In: ACTON, H. B. *The philosophy of punishment*. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969.
- GARDNER, John. Introduction. In: HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. xiii-liii.

- GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Maquinas de la Constitución*. Dos Siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810 - 2010). Buenos Aires: Capital Intelectual, 2014a.
- _____. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014b.
- _____. Punishment: The Quest for a Democratic Alternative. Review of: DZUR, Albert W. Punishment, participatory democracy & the jury. *Crime, Law and Social Change*, v. 61, 2014c, pp. 109-111.
- _____. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008.
- _____. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Un breve manual de filosofía política. Barcelona: Paidós, 1999.
- _____. Penal Coercion in Contexts of Social Injustice. *Criminal Law and Philosophy*, v. 1, n. 1, 2011, pp. 21-38.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.
- HANNA, Nathan. Retributivism revisited. *Philosophical Studies*, v. 167, n. 2, 2014, pp. 473-484.
- HART, H. L. A. Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: *Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 1-28.
- _____. Punishment and the Elimination of Responsibility. In: *Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 158-188.
- HONDERICH, Ted. *Punishment: the supposed justifications*. Hamondsworth, Middlesex, England: Penguin Books, 1984.
- JARAMILLO, Leonardo García (Org.). *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*. Lima: Grijley, 2014.
- JOHNSTONE, Gerry. Penal policy making: Elitist, populist or participatory. *Punishment & Society*, v. 2, n. 2, 2000, pp. 161-180.
- LACEY, Nicola. *The Prisoner's Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- _____. *State punishment: political principles and community values*. London; New York: Routledge, 1988.

- MABBOTT, J. D. Punishment. In: ACTON, H. B. *The philosophy of punishment*. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969, pp. 39-54.
- MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos: uma breve Resposta aos Críticos da Justiça Restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ PNUD, 2005. Disponível em: <www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- MORRIS, Herbert. Persons and Punishment. In: BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (org.). *Philosophy of Punishment*. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988, pp. 67-82.
- NINO, Carlos Santiago. A Consensual Theory of Punishment. *Philosophy & Public Affairs*, v. 12, n. 4, 1983, pp. 289-306.
- _____. Derecho penal y democracia. In: NINO, Carlos Santiago. *Una teoría de la justicia para la democracia: Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- _____. *Los límites de la responsabilidad penal: na teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- PETTIT, Philipp. *Republicanism: a theory of freedom and government*. New York: Oxford, 1999.
- QUINTON, Anthony M. On punishment. In: ACTON, H. B. *The philosophy of punishment*. Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969, pp. 55-64.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Bari: Laterza, 2002.
- _____. *La certezza e la speranza: Saggio su diritto e violenza*. Bari: Laterza, 1992.
- RICOUER, Paul. Justiça e vingança. In: *O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 251-260.
- ROSENBALT, Fernanda Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema Penal e Violência*, v. 6, n. 1, 2014, pp. 43-61.
- ROWAN, Mike. Democracy and punishment: A radical view. *Theoretical Criminology*, v. 16, n. 1, 2011, pp. 43-62.

- SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: FIORAVANTI, Maurizio (coord.). *Lo Stato modern in Europa: Istituzioni e diritto*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2010, pp. 163- 205
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHAPLAND, J; ROBINSON, G; SORSBY, A. *Restorative justice in practice*. London: Routledge, 2011.
- SCHWENDINGER, Julia; SCHWENDINGER, Herman. Defensores da ordem ou guardiões dos direitos humanos? In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980, pp. 135-176.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; REP, Miguel. *La cuestión criminal*. 6ª ed. Buenos Aires: Planeta, 2015.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.
- ZEHR, Howard *at alli*. *The Big Book on Restorative Justice*. Four Classic Justice & Peacebuilding Books in One Volume. New York: Good Books, 2015.

Recebido em 28 de junho de 2016
Aprovado em 19 de fevereiro de 2017