

O Conceito de Eficácia como Fundamento do Sistema Penal

*The Concept of Effectiveness
as Background of Criminal System*

Ana Gabriela Souza Ferreira*

Resumo: O presente artigo visa a esboçar um panorama sobre o desenvolvimento do conceito de eficácia no direito penal ao longo das mais diversas teorias penais e criminológicas. Objetiva-se o questionamento das noções sancionatórias sob a ótica da eficácia como preceito norteador da resposta jurisdicional estatal. Por meio da análise da dogmática jurídica atual, questiona-se a aplicabilidade real e a (des)preocupação com a eficácia na criação e aplicação da sistemática penal. Parte-se da análise das mais diversas escolas e acepções críticas do sistema e buscando encontrar ao menos um referencial seguro nas ideias embrionárias de um novo modelo de visão criminal, a partir de perspectiva construtivista.

Palavras-chave: Eficácia. Direito Penal. Sanção. Paradigma. Nova Dogmática Jurídica.

Abstract: The present article aims to outline an overview of the development of the concept of effectiveness in criminal law on several punishment and criminological theories. Its intent is to question the sanctionative notions from the perspective of effectiveness as a guiding precept of the state jurisdictional response. Through analysis of current legal doctrine, it is questioned the real applicability and the (mis)concern with the effectiveness in the creation and application of criminal law. It starts of the analysis of the most diverse schools and critical understandings of the system, trying to find at least one

* Universidade Federal da Bahia.

safe referential in embryonic ideas for a new model of criminal view, from a constructivist perspective.

Keywords: Efficiency. Criminal Law. Sanction. Paradigm. New Legal Doctrine.

Introdução

A quebra de paradigmas penais é uma das muitas dimensões de ruptura aceleradas pelo ritmo pós-global de convívio intersubjetivo.¹ Dentre as muitas perspectivas revistas, pode-se perceber uma crescente sensação de inabilitação dos paradigmas punitivos atuais face às premissas de contraestímulo, exemplo e ressocialização do indivíduo ofensor.

296

A análise de incapacidade e insuficiência dos sistemas penais quanto à facilitação da estabilidade social – prevenção e minoração do conflito, além da atenuação de seus efeitos – tem fomentado a rediscussão, em maior ou mais intensa e divulgada escala, de qual a real funcionalidade da pena. É sobre a análise da eficácia² da pena como seu fundamento e finalidade precípuos que se intenta tratar neste trabalho.

Para tanto, inicia-se uma revisão conceitual quanto a finalidades e fundamentos da sanção, desde a sistemática perspectiva da Escola Clássica até os debates calorosos no âmbito de estudos penalísticos relacionados ao poder punitivo e à sanção dos dias atuais. Das perspectivas retribucionistas originárias ao abolicionismo, inúmeros fatores agregam-se à visão doutrinária sobre a pena.

¹ Sobre o tema, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revans, 1991.

² Eficácia, neste trabalho, é um conceito multidimensional, que será devidamente explicitado e justificado em capítulo próprio.

Num primeiro momento, os escritores clássicos apegavam-se aos conceitos contratualistas, vendo na pena uma reafirmação do poder estatal e desestímulo à conduta criminosa, considerando o crime um ato de livre vontade que violava o pacto social – numa maior busca por um fim à pena que por uma razão do crime. Tal acepção de “ato de livre vontade”, notoriamente vinculada à ascensão de uma burguesia³, equiparava formalmente (e de modo surreal) as condições concedidas a todos, não as considerando na análise dos fatores de propensão à lesão dos bens jurídicos.

No entanto, o sistema originalmente pensado demonstrou-se incapaz de evitar a prática de crimes. A contramotivação pautada no temor, pura e simplesmente, não foi capaz de desestimular suficientemente o comportamento lesivo. Passamos, então, à análise de teorias subsequentes. Sob influência do cientificismo, vieram os positivistas, mudando o enfoque, observando pela primeira vez as características do criminoso em si considerado como relevantes no cometimento do crime.

Se, por um lado, pecaram ao criar um sofisma – partindo da premissa de relação atávica entre características biopsíquicas ou sociológicas que *determinavam* a conduta ofensiva – por outro foram os responsáveis pela primeira grande modificação na visão da funcionalidade da pena em correlação com o indivíduo que praticou o crime. Ainda assim, contudo, a visão era limitada.

Das doutrinas psicanalíticas e sociológicas seguintes ao positivismo, surgiram novos horizontes na busca de explicações para a criminalidade. No entanto, o paradigma punitivo continuou pautado em retribuição e prevenção, somente aprimorando os elementos caracterizadores do indivíduo, sem que fosse capaz de lhe dar um retorno efetivo de restauração.

³ Sobre a situação de marginalização desigual já no início do processo de expansão burguesa, cf. HOBBSAWM, Eric. *A Era do Capital – 1848-1875*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

A crise de legitimidade dos paradigmas⁴ penais atuais culminou em reações diversas. Da ratificação do pensamento *Law and Order* como premissa de funcionamento do sistema penal em determinados países, a exemplo dos Estados Unidos da América⁵, à pretensão abolicionista de alguns autores, tem-se buscado as mais diversas formas de alternativas ao sistema atual, que se não são capazes de solucionar os problemas existentes, servem de comprovação da incapacidade da visão atual de política criminal e sistemática penal para promover modificações realmente eficazes.

Neste íterim, propõe-se uma perspectiva distinta, ampliada, de pensamento voltado para a busca de soluções que demonstrem real capacidade na minoração e reparação de conflitos no seio social. Daí origina-se a propositura de um conceito mais desenvolvido e extenso de *resultado eficaz* para a sanção penal, com base em fundamentos de uma nova perspectiva da sanção.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revans, 1991.

⁵ Neste país, tornou-se comum a prática do “*plea bargaining*”, uma negociação de antessalas, em que o Ministério Público oferta um benefício ao réu, desde que este se declare culpado. O objetivo é limitar a necessidade de comprovação, muitas vezes difícil, dos fatos aduzidos pela acusação e dar um retorno social de pretensa efetividade do Estado na persecução criminal. Nesse sentido, posiciona-se Selma Pereira de Santana: “O ‘guilty plea’ (confissão) constitui a forma de resolução da maioria dos casos, exatamente porque muitos dos infratores negociam as suas culpabilidades, implicando essa negociação na admissão de todos os elementos de prova do fato de que se é acusado, e na circunstância de que o Estado não se encontra diante da necessidade de provar que os infratores sejam culpados.” SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa*. A Reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 174.

1 Uma Visão sobre as Perspectivas Críticas do Sistema de Aplicação Penal: Funcionalismo e *Labeling Approach* na Análise da Eficácia Penal

Na persecução do real sentido da aplicação penal, é preciso observar que há pontos de partida já bem estruturados em termos dogmáticos, que se apresentam como verdadeiras potências na construção da noção de eficácia. Dentre as mais diversas teorias, algumas possuem carácter notoriamente questionador dos parâmetros utilizados para a definição e aplicabilidade das penas – utilizam-se da política criminal, análise factual, portanto, como ângulo por meio do qual se busca definir um escopo à sistemática penal.

No viés criminológico, o *Labeling Approach*⁶ questionou a fundamentação e aplicação do sistema por meio de um viés prático. Partindo do plano real, a *Teoria do Etiquetamento*, como é conhecida, observa que o criminoso seria criado por meio do estigma – não pelo ato que pratica em si, mas pela pré-definição do comportamento do grupo a que pertence como um perigo social. Assim, defende-se que não há sequer busca de eficácia no sistema penal. O que ocorreria é a predefinição de *quais cidadãos* segregar e, a partir de então, a mácula a determinadas formas de expressão cultural padrões de tais grupos. A ação somente será vista como perigosa se e quando praticada por esses “pré-selecionados”. Nos dizeres de Augusto Thompson⁷:

Idênticas características, apresentadas como negativas ao se ligarem a um criminoso, ganharão sentido positivo se estiverem vinculadas a uma pessoa prestigiada pela ordem vigente.

⁶ Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

⁷ THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* – O crime e o criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

Eficiente como crítica ao sistema atual, o *Labeling* ainda parece insuficiente quanto à definição de soluções que conferiram possibilidades de um maior êxito na aplicação das penas. Isso porque busca uma análise da fundamentação do sistema penal, não demonstrando uma real preocupação com seu fim. Concentrando-se na possível causa de muitas falhas na aplicação das penas, pouco se demora em analisar os momentos nos quais efetivamente a conduta é gravosa ao meio e se faz necessária a reprimenda. Desse modo, muito embora seja útil como ponto de partida, não é a resposta final à busca a que se destina a presente pesquisa.

Também questionando a sistemática penal, sua fundamentação e aplicabilidade, deparamo-nos com o funcionalismo. A partir de uma associação entre direito penal e política criminal, exurgindo da escola alemã numa associação entre a perspectiva do direito relacionada e o viés sociológico, o funcionalismo busca uma espécie de adequação entre a sistemática penal e a realidade, com ênfase na finalidade jurídico-penal.

Numa síntese: o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalismo admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do direito penal.⁸

Trata-se de perspectiva também crítica, que confronta a visão meramente ontológica do finalismo vigente até então, buscando uma solução viável às falhas do sistema de penas e o real fundamento da punição, com um embasamento axiológico e pautado no plano de adequação à realidade. Não há sistema penal apenas teórico para o funcionalismo, de modo que a

⁸ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, jul. 2002. p. 39.

justificação do sistema também não poderia se dar apenas no plano lógico-jurídico. Consoante explica Vives Antón⁹:

De ese modo, el aseguramiento de expectativas por medio de normas, si bien puede ser descrito como definición de valores, no es más que un procedimiento de estabilización que puede fracasar. El sistema social y también el propio sistema jurídico han de poder dar una respuesta a ese fracaso. Cómo puede la dogmática jurídica (orientada en principio, al pasado) afrontar esa exigencia es un problema al que Luhmann ha dedicado importantes reflexiones. Pero, lo que importa destacar aquí es que la relación del sistema jurídico con su entorno comporta un reto para la dogmática conceptual, que atiente, para determinar el sentido de la norma al significado de las palabras. El sentido último de la norma vendrá, más bien, dado en última instancia por esa relación sistema-entorno, por naturaleza variable, y no podrá resolverse sino apelando a una racionalidad estratégica, consustancial a la idea de autopoiesis.

No plano crítico, também o funcionalismo serve de esteio à busca pela eficácia. Em verdade, a própria perspectiva de autores como Claus Roxin corrobora com o entendimento de que a visão (ao menos teleológica) de tal corrente objetiva de certo modo a estruturação de um direito penal mais voltado ao plano de efetivação das normas na realidade.¹⁰ Contudo, se neste estudo opta-se pela não adequação total aos parâmetros funcionalistas, explica-se a razão de ser – muito embora haja preocupação teórica em efetivar a norma penal, o funcionalismo volta-se a uma perspectiva mais atada à *justificação* do sistema que à sua *aplicação*. Ora, neste ponto, aproxima-se de tantas outras teses que não propõem uma solução, mas um fundamento.

301

⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos Del sistema penal*. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 442.

¹⁰ Nesse sentido, Roxin e Jackobs encontram-se em suas distintas perspectivas do funcionalismo. Mesmo que por vieses distintos, ambos os autores funcionalistas preocupam-se com a efetivação da norma no plano prático, realçando a certo modo a busca do funcionalismo por um direito eficaz.

Cumpre, pois, buscar neste projeto não a resposta pronta, mas um esboço razoavelmente sólido do conceito de eficácia com base nos mais diversos fundamentos dogmáticos a que se teve acesso.

2 Fundamentos x Finalidades: Variações Históricas nas Perspectivas do Punir

A percepção de que os sistemas jurídicos possuem um comportamento anacrônico quanto à produção e aplicação de sanções não é recente. Apesar de o fenômeno global ter macrodimensionado a repercussão das falhas oriundas de reprimendas do poder Estatal diante das ofensas perpetradas por indivíduos em suas sociedades, já se poderia notar uma inclinação à crítica e sobreposição dos preceitos utilizados na forma de punir¹¹ desde as variações iniciais dentro da Escola Clássica de pensamento penal, que foi precursora na análise crítica aos paradigmas punitivos.

Não é de se estranhar o caminhar continuado de confrontamentos. Ora, a “marcha moral” que vivencia o indivíduo, esta contínua, influencia na acepção individual e global de fatos-problema e na acepção da melhor maneira de desenredá-los em benefício comum. E se é verdade que moral e direito não se confundem, não se pode dizer que não se influenciem reciprocamente¹².

¹¹ Sobre considerações críticas iniciais acerca do poder punitivo, cf. BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹² Selma Santana, sobre a seleção e proteção de bens jurídicos na seara penal, afirma: “Desse princípio (subsidiariedade) decorre a conclusão sobre o papel do Direito Penal, no sentido de que ele pode, e deve, intervir para a proteção de bens jurídicos, e não para a tutela de normas morais ou de uma qualquer moral. *Nessa acepção, tem-se do bem jurídico uma visão funcional que o identifica como unidade de aspectos*

As concepções dos indivíduos dentro de uma sociedade, embora permeadas por peculiaridades relacionadas aos grupos que a compõem, formam sentidos comuns capazes de provocar modificações legislativas sensíveis.

Logicamente, havendo modificações culturais aceleradas, como as vivenciadas em plano hodierno, podemos notar um maior florescimento de consciências críticas distintas quanto ao sistema punitivo à medida que se tem maior comunicação de informações distintas sobre um mesmo tema.

Se, num plano inicial, na Escola Clássica, buscou-se a caracterização criminológica por meio de análise dos efeitos do crime, de forma ostensiva, portanto, no momento atual de choques culturais e distintos sistemas de funcionamento sociais, há uma ampliação do campo de análise quando se intenta verificar por que, para que e como punir, sob a perspectiva de análise intensiva, mediata e multidimensional¹³.

É perceptível a variação entre os vislumbres primordiais de questionamento penal e as noções a que se caminha atualmente. No entanto, advirta-se, o caminhar das percepções é cíclico, revolve acepções comuns de tempos em tempos, e baseia-se, via de regra, em caminhos alternativos saídos da mesma origem, maculados dos mesmos preceitos.¹⁴

ônticos e axiológicos, através da qual se exprime o interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso 'valioso'". SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A Reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 184, grifos insertos.

¹³ GONÇALVES, Vanessa Chiari. Dilemas e Utopias quanto aos Fundamentos da Pena: Uma Reflexão a partir do Debate entre Carlos Santiago Nino e Eugenio Raul Zafaronni. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 20, 21 e 22 de novembro de 2008. p. 3094.

¹⁴ Sobre o tema, percepção interessante marcou os estudos para o embasamento teórico deste trabalho. Percebeu-se que a nova criminologia retoma e renova preceitos do viés liberal clássico dos estudos sobre o crime. Isso porque, a escola clássica deteve-se particularmente sobre o delito entendido como violação ao

2.1 *Contratualistas Clássicos e Positivistas*

Dos primórdios contratualistas aos atuais paradigmas de justiça ainda afigura-se presente o imperativo sancionatório pautado em valores essencialmente relacionados à retribuição e ao exemplo, bem como à ratificação do poder estatal de reprimenda.

O castigo foi e ainda é uma espécie de “purificação” no ver comum, indispensável como meio de assegurar o retorno do sofrimento imputado pela ofensa e a criação do “bode expiatório” que reprimirá os desejos de potenciais ofensores pela ratificação do poder de supressão dos desvios de comportamento causadores de ofensas. Nos dizeres de Baratta¹⁵:

De fato, a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico na base do Estado e do direito. Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo

direito – ou ao pacto social que lhe servia de base – entendendo que o direito penal e a pena tinham a função de instrumento de defesa da sociedade quanto ao crime, não de correccionalismo individual. O delito era encarado com um ente jurídico, não fático, porque se tratava de violação ao direito. Do mesmo modo, os ideais modernos de prevenção concebem a pena como instrumento de prevenção – seja geral ou especial – tendo uma visão mais elaborada dos mesmos preceitos-base já visualizados desde o Iluminismo pós-abolicionista, o direito penal como proteção à norma e ao sistema jurídico.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 31.

a Escola clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o delinquente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime.

Essa ratificação é perceptível quando se analisa pontualmente alguns dos conceitos basilares correlacionados à finalidade da pena. Das primeiras abordagens analíticas aos fundamentos da sanção, partidas da Escola Clássica, temos a percepção de autores como Beccaria¹⁶ e Romagnosi¹⁷, para os quais *o fim da pena seria a defesa social*.

Tratava-se de um contraestímulo ao impulso criminoso, cuja existência asseguraria a coadunação de interesses distintos, uma ratificação do contrato social, desencorajando a conduta criminosa. Francesco Carrara¹⁸, por sua vez, corrobora com este entendimento, entendendo o delito como violação ao direito, ente jurídico, não fático.

Até este momento, não se verifica uma fundamentação claramente delineada do sistema punitivo. Muito embora se possa definir com clareza a finalidade da pena neste momento – a defesa social – a explicação sobre o porquê do crime, que tem vínculo lógico imprescindível à análise de porquê e como punir, é vaga e superficial¹⁹. O contratualismo clássico, por si só, não foi capaz de minorar os fatores de eclosão criminológica.

¹⁶ BECCARIA, Cesare, Op. Cit.

¹⁷ ROMAGNOSI, apud BARATTA, op. cit., p. 33-36.

¹⁸ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral*. v. I. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit, p. 38-39.

Com um sistema punitivo que não controlava o *boom* crimínógeno, mostrava-se inábil a simples observação do resultado final penal para a aplicação de penas *eficazes*. A eclosão do cientificismo do século XIX repercutiu no campo jurídico. E a Escola Positivista exsurge, propiciando o enfoque às causas da ofensa.

O método sancionatório utilizado para realizar o controle social na fase pré-moderna tinha total influência eclesiástica. A principal pena utilizada era a de banimento e as execuções sumárias em praça pública. Com o advento da revolução burguesa e da centralização dos Estados na Europa o banimento tornou-se uma espécie de pena contraproducente, pois banidos começam paulatinamente a galgar de Estado Centralizado para estado e essa regulamentação vai ser um dos primeiros objetos de tratados após a paz de Westfália (1648). A pena privativa de liberdade tornou-se o modelo prioritário de controle social neste contexto. As execuções sumárias traziam muita revolta da população e o banimento acabava por gerar o incomodo de aparecer banidos de outros estados em território de terceiros. A sociedade necessitava de uma mudança nos seus padrões sociais. Métodos dedutivos Universais precisavam ser impostos ao controle social. A sociedade precisava se precaver da delinquência. Nesse momento médicos, psiquiatras, engenheiros, estatísticos começam a se ocupar de formular teorias para o controle social. Surge o braço do positivismo de influencia Comtiana, Spenciana, Darwiniana, no que tange o controle social: A escola criminológica positivista cujos principais representantes na segunda metade do século XIX foram, Ferri, Lombroso, e Garofalo.²⁰

Não se estava, com isso, negando a *função finalística de controle* que os ideais clássicos atribuíam à pena, já que esta era pré-constituída ao crime e, portanto, fugiria, sob a perspectiva

²⁰ MAIA, Fábio Fernandes. A Dimensão Epistemológica do Discurso da Doutrina da Segurança Nacional no Contexto das Ditaduras da América Latina. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010. p. 5637-5638.

positivista, do âmbito de estudos criminológicos²¹. Não obstante, a lente dos positivistas estava voltada com afinco às origens do problema.

Em sua busca, a Escola Positivista debruçou-se sobre a punição por meio da ótica científica etiológica, seja na análise de caracteres biofísicos, psíquicos ou sociológicos do ofensor. Se, por um lado, os vislumbres lombrosianos resultaram num temor posterior ao determinismo criminológico, por outro, a escola positivista foi essencial para a percepção do ofensor na análise da causa do crime e contribuiu, assim, para um novo viés na análise funcional da pena.²²

A pena, de acordo com os positivistas, tinha como objetivo inicial a prevenção da sociedade contra o indivíduo “anormal” responsável pela violação dos valores sociais. Assim, o caráter preventista, ainda presente no direito penal hodierno, era uma característica básica do positivismo. Não bastava que o direito penal servisse como um instrumento retribuição do mal que o indivíduo fez à sociedade, mas que contribuísse para a não ocorrência de um delito futuro. A prevenção dos atos criminosos consistia justamente na análise dos fatores realmente determinantes para que o criminoso delinquisse. O sistema penal deveria atuar com eficiência justamente na repressão destes fatores e conter previamente os impulsos dos indivíduos potencialmente criminosos para que a ordem orgânica não fosse abalada.

Apesar de abrir espaço para a discussão sobre a origem do fato ofensivo, conformando em conjunto com o ideal clássico uma teoria pautada na ideia de defesa social, cujos frutos se

²¹ Sobre o tema: RIBEIRO, Homero Bezerra. A necessidade de Superação do Paradigma Criminológico Tradicional: A Criminologia Crítica como Alternativa à Ideologia da “Lei e Ordem”. *Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010. p. 956.

²² Idem, p. 955-956.

percebem até nas modernas teorias de estudo da sanção, as teorias deterministas pecavam pelo atavismo e também se demonstraram insuficientes para a resolução do conflito social criminoso.

Ao qualificar os indivíduos criminosos como “defeituosos” e concentrar as possíveis soluções numa tentativa de “conserto” bio-psicológico, como meio de tratamento da pretensa patologia criminógena, olvidou-se fatores de relevância notória à percepção do fato criminoso no plano real. O erro original da escola clássica repetiu-se neste plano, pois a premissa anterior, de pretensa igualdade de condições, manteve-se fiel, destoando apenas a busca pelos caracteres específicos do indivíduo ofensor, analisado isoladamente.

E tais falhas culminaram em novas buscas, agregando aos olhares anteriores elementos trazidos pela modificação de panorama vivenciada época a época.

308

2.2 Teorias Psicanalíticas e Teorias Sociológicas

Na senda de evolução dos estudos acerca do conflito, seguindo o curso das teorias que buscavam a funcionalidade da sanção, e sob influência da profusão de ciências pautadas no estudo das relações humanas – seja sob o viés intra ou intersubjetivo – aprofunda-se o movimento interdisciplinar que agrega outras áreas do conhecimento como fontes dogmáticas acerca da origem do sistema punitivo e da melhor forma de punir.

No decorrer das descobertas relacionadas ao mundo interior do indivíduo, capitaneadas pelos estudos de Freud²³,

²³ Cf. FREUD, Sigmund. *Totem And Taboo*. Translated by James Strachey. London: Routledge and Kegan Paul, 1950.

as teorias psicanalíticas do crime tiveram a atenção de diversos autores, dentre os quais Reik, Alexander e Staub. Tratam essencialmente do crime como um impulso incontido para o qual *a pena exerce um efeito racionalizante*²⁴ – uma satisfação inconsciente da necessidade de punição que evita a prática do impulso criminoso – seja pela presença masoquista do *id* de cada indivíduo, que necessita da punição como instrumento de satisfação, seja pelo desejo coletivo de punição que satisfaz, também de forma neurótica, a repressão à identificação com o delinquente.

Juarez Cirino dos Santos²⁵ descreve as teorias psicanalíticas da seguinte maneira:

As explicações psicanalíticas da agressividade humana apontam distúrbios no desenvolvimento da libido, com projeções destrutivas do instinto de morte, nas seguintes situações:

- a) por falhas a identificação com o pai na experiência do Édipo, que continua como rival (e não modelo) objeto de agressão e protótipo de agressividade social;
- b) por repressão excessiva da experiência edipiana, produzindo inconsciente sentimento de culpa e necessidade de punição para reduzir ou excluir o sentimento de culpa, com liberação de agressividade pela prática de crimes (o chamado criminoso por sentimento de culpa).

Não obstante a tentativa de compreensão do conflito interno individual que culminaria no crime, as teorias psicanalíticas continuaram devendo quanto à possibilidade concreta de uma noção global do crime. Tal visão requereria uma análise mais extensa, não voltada somente às *labaredas interiores* do ser

²⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 51.

²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade*. p. 13. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

humano, mas por meio de visualização da realidade de conjunto na qual o indivíduo se encontra inserido. Nesse sentido, mais uma vez se pronuncia Juarez Cirino dos Santos²⁶:

As explicações psicanalíticas podem ser importantes em casos individuais, mas são incapazes de explicar a criminalidade como fenômeno de massa, ou a criminalização como programa político nas sociedades de classes sociais antagônicas do capitalismo contemporâneo.

Na busca por uma visão geral do comportamento do indivíduo criminoso, sob a influência dos movimentos sociais classistas e de um adensamento dos estudos sociais, eclodem as teorias sociológicas da criminalidade, com bases originárias estabelecidas pelas obras de Durkheim²⁷ e Merton²⁸. Para estas teses, que seguiram caminhos voltados a diferentes aspectos mesmo se atrelando à base sociológica como cerne, a criminalidade tem vínculo direto com as disparidades entre camadas sociais.

As desestruturas que culminam no crime, num viés sociológico, ensejam as mais distintas interpretações, que se sobrepõem compondo um esteio lógico para a quebra de paradigmas jurídico-penais diante da ineficácia da ideologia de defesa social.

A priori, Durkheim²⁹ entende que o desvio é fato comum a toda estrutura, mas seu crescimento exponencial denotaria a disfunção no convívio dos indivíduos naquela sociedade. A

²⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. Cit. p. 13.

²⁷ Cf. DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁸ Cf. MERTON, Robert K. *Social theory and social structure*. New York: The Free Press, 1968.

²⁹ DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 472-473, grifos adotados.

disfunção decorre não da superexpansão do conflito, mas de sua capacidade de demonstrar que o sistema de contenção em voga já não é capaz de resolvê-lo e ainda não vigora outro sistema capaz de resolver a expansão de lesões – uma anacronia clássica. É este o modelo que apresenta:

Ora, não há sociedade conhecida em que, sob formas diferentes, não se observe uma criminalidade mais ou menos desenvolvida. Não há povo cuja moral não seja cotidianamente violada. *Devemos dizer, portanto, que o crime é necessário, que ele não pode deixar de existir, que as condições fundamentais da organização social, tais como são conhecidas, o implicam logicamente. Por conseguinte, ele é normal. É inútil invocar aqui as imperfeições inevitáveis da natureza humana e sustentar que o mal, embora não possa ser impedido, não deixa de ser o mal; isso é linguagem de pregador, não de cientista. Uma imperfeição necessária não é doença; caso contrário, deveríamos colocar doença em toda parte, porque a imperfeição existe em toda parte. [...] O que é condição indispensável da vida não pode deixar de ser útil, a menos que a vida não seja útil. Não há como escapar disso. [...] Contudo ele só é útil se reprovado e reprimido. Acreditou-se erroneamente que o simples fato de o catalogar entre os fenômenos de sociologia normal implicaria sua absolvição. Se é normal que haja crimes, é normal que sejam punidos. A penalidade e o crime são os dois termos de um par inseparável. Um não pode faltar mais do que o outro. Qualquer afrouxamento anormal do sistema repressivo tem por efeito estimular a criminalidade e lhe conferir um grau de intensidade anormal.*

311

Robert Merton aprofunda os estudos de Durkheim e chega a compreensões que serviram de base a uma grande revolução do pensamento criminológico. Da análise cultural associada aos fatores econômicos, observa que a discrepância entre os valores propostos e os meios de alcance destas finalidades enseja o surgimento de vias alternativas de acesso. Nos dizeres do autor:

[...] it appears from our analysis that the greatest pressures toward deviation are exerted upon the lower strata. Cases in point permit us to detect the sociological mechanisms

involved in producing these pressures. Several researches have shown that specialized areas of vice and crime constitute a "normal" response to a situation where the cultural emphasis upon pecuniary success has been absorbed, but where there is little access to conventional and legitimate means for becoming successful. The occupational opportunities of people in these areas are largely confined to manual labor and the lesser white-collar jobs. Given the American stigmatization of manual labor which has been found to hold rather uniformly in all social classes, and the absence of realistic opportunities for advancement beyond this level, the result is a marked tendency toward deviant behavior.³⁰

312

Não obstante o grande avanço em termos de percepção global da criminalidade, num esboço capaz de captar as disfunções entre cultura e meios de acesso como fundamentos de determinados crimes, a teoria funcionalista, capitaneada por Durkheim e desenvolvida por Merton, manteve em aberto os questionamentos relativos à criminalidade de colarinho branco e demonstrou-se incapaz de observar as cifras negras do sistema.

Partindo de um posicionamento crítico destas lacunas, aprofunda-se um estudo funcionalista mais compatível com os problemas da moderna sistemática penal, culminando numa

³⁰ "[...] parece, pela nossa análise, que as maiores pressões no sentido do desvio são exercidas sobre as camadas inferiores. Casos em questão nos permitem detectar os mecanismos sociológicos envolvidos na produção destas pressões. Várias pesquisas têm mostrado que áreas especializadas de conduta imoral e crime constituem uma resposta "normal" para uma situação onde a ênfase cultural no sucesso pecuniário foi absorvida, mas onde há pouco acesso aos meios convencionais e legítimos para tornar-se bem sucedido. As oportunidades ocupacionais das pessoas nestas áreas estão em grande parte confinadas ao trabalho manual e aos empregos inferiores de colarinho branco. Dadas a estigmatização americana do trabalho manual, *que tem sido vista como permanecendo disseminada antes uniformemente em todas as classes sociais*, e a ausência de oportunidades realistas para o progresso além deste nível, o resultado é uma tendência manifesta no sentido do comportamento desviante." MERTON, Robert K. *Social theory and social structure*. New York: The Free Press, 1968. p. 198-199. Tradução livre.

verdadeira ruptura do conceito de eficácia da pena diante do surgimento de um novo paradigma punitivo.

Isso porque, com o aprofundamento de estudos sociológicos, ascende-se à noção de subculturas – os espaços de legitimação inseridos em microestruturas sociais, nos quais as finalidades são similares, mas os meios de alcance ao fim estabelecido culturalmente são baseados em legitimações internas, certas vezes em conflito com a macrolegitimação.

A teoria das subculturas abre espaço para a discussão sobre o pluralismo diante de teses de penalização que presumem haver consenso de valores. Nem mesmo numa comunidade específica poder-se-ia falar, observando as subculturas, num imperativo moral, tampouco num estudo global de referenciais penais. Desse modo, há uma deslegitimação do discurso de que a codificação penal refletiria valores sociais consensuais.

A demonstração factual dessa deslegitimação teve por ápice o surgimento de uma nova perspectiva denominada *labeling approach*. O modelo denominado *Teoria do Etiquetamento* inverte os conceitos de fundamento e finalidade da sanção. A partir da perspectiva do etiquetamento, não é o desvio em si que faz ser necessária uma norma caracterizadora da conduta ilícita e, a seguir, incide na necessidade da sanção como forma de reprimenda. Antes pelo contrário – pautada numa necessidade de manutenção do *status quo* estratificado, a norma é que torna o comportamento ilícito, e a sanção é meio de corroborar com o rechaço social à conduta – a marginalização, portanto, acontece de fora para dentro dos microssistemas.

Desse modo, é o poder que determina o objeto e a finalidade da sanção, não o intento de prevenção da criminalidade ou proteção do bem jurídico. Trata-se de um sistema formalmente forjado para manutenção do *status quo* estrutural. O impacto desta percepção é absurdo. Se já havia questionamentos quanto

à ineficiência dos sistemas paradigmáticos, a noção de um *ciclo de cancelas*³¹ torna ainda mais gravosos os questionamentos quanto à urgência de se aprimorar a sanção de forma efetivamente capaz de cumprir suas finalidades teóricas.

A crise paradigmática amplia-se com tal percepção, pois além de visivelmente falho quanto aos crimes de poder, ostensivos na modernidade, o sistema demonstra-se vinculado à ineficácia como meio de sobrevivência das estruturas sociais de acordo com os parâmetros atuais. O questionamento da eficiência da pena eclode como pedra fundamental da construção de sanções modernas. Não se trata, aqui, de buscar a eliminação do fato criminoso nas sociedades, mas da busca de uma solução tão eficaz quanto seja possível. Nos dizeres de Durkheim³²:

314

[...] se o crime é uma doença, a pena é seu remédio e não pode ser concebida de outro modo; assim, todas as discussões que ela suscita tem por objeto saber o que ela deve ser para cumprir seu papel de remédio. Mas, se o crime nada tem de mórbido, a pena não poderia ter por objeto curá-lo e sua verdadeira função deve ser buscada em outra parte.

Havendo um delineamento da crise de legitimidade³³, surge espaço para o questionamento frontal quanto ao próprio

³¹ Perceba-se que a sistemática penal, nos moldes atuais, atua como cancela a determinadas classes, impedindo a coadunação de culturas distintas que ameacem as relações de poderio. O *labeling approach* explica também a relutância quase inconsciente da criminologia em aprofundar os estudos face aos crimes de colarinho branco e de empresas – o sistema não foi pensado para lidar com a criminalidade de poder.

³² DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução de Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 73.

³³ Sobre o tema, explica Zaffaroni que apesar de formalmente vigentes, pautadas num dever jurídico, as sanções penais não possuem o condão realístico que as legitimaria. A existência do dever-ser não seria um escopo suficientemente forte para legitimar um sistema que se demonstra aplicado seletiva e esporadicamente e os próprios fundamentos – de repressão e disciplina vertical. Desse modo, há uma verdadeira crise de legitimidade do sistema penal. ZAFFARONI, Eugenio Raul.

conceito de eficiência das sanções. Indispensável à caracterização da base teórica de punições e à própria execução das penas, a busca pelo resultado eficaz da sanção, mais do que necessária, é imprescindível ao paradigma que pretende se firmar em detrimento do anterior, notoriamente falido.

3 A Preocupação com a Eficiência da Sanção à Luz do Pensamento Jurídico Moderno

A insuficiência³⁴ dos parâmetros atuais para sanar de forma eficaz os conflitos advindos da expansão delitiva pós-globalização é cristalina. Essencialmente baseado em ideais revanchistas³⁵ e fundado no ideal clássico de crime, o sistema punitivo convive agora com novos protagonistas no delito e novos objetos de lesão, necessitando da revisão³⁶ de seus conceitos como via de revitalização.

O enunciado da fundamentação³⁷ da sanção, carente de solidez, é frontalmente açoitado pela moderna concepção de seu serviço à manutenção estrutural³⁸, que denota a absoluta

315

Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revans, 1991. p. 107.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit., p. 15. “Neste estudo, o sentido de ‘crise’ refere-se a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal.”

³⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 66.

³⁶ Sobre a revisão de paradigmas por meio do rompimento com conceitos anteriores e releituras de elementares, um dos cerne deste projeto, cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

³⁷ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revans, 1991.

³⁸ Nesse sentido, COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 91-105.

disfunção quanto ao pretenso intento de reinserção do ofensor e, bem assim, de ratificação da disciplina individual face à sociedade (representada pelo poder estatal).

Ao mesmo tempo, também aquele paradigma revanchista da finalidade da sanção, seja de defesa ou prevenção, como fim e embasamento da resolução conflitual demonstrou-se incapaz de lidar de forma eficaz com a criminalidade em expansão.³⁹ A mudança de perspectiva quanto à criminalidade, com o surgimento de novas figuras delitivas, requereu uma sistemática moderna mais resolutiva que teórica, sob pena de absoluta insatisfação das pretensões penais. Nos dizeres de Jesús María Silva Sánchez⁴⁰:

Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (o homicídio ou a delinquência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sobre bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico (da delinquência passional ou dos *crimes of the powerless*).

Os fundamentos jurídico-penais correntes, essencialmente baseados na sanção imediata como finalidade precípua⁴¹,

³⁹ SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa*. A Reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99.

⁴¹ Nesse sentido, Guadalupe Sanzberro afirma que “a concentração do discurso penal no aspecto punitivo tem atingido como consequência que – expressado simbolicamente – a atenção às ‘árvores’ (as penas) não permite ver ‘o bosque’ (o sistema penal em sua complexidade) [...]”. SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal*. ¿Apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999. p. 338.

não acometem as outras possibilidades de alcance do sistema penal, que poderia atuar não somente na sanção, mas também na formação do preceito⁴² jurídico aplicável a médio e longo prazo.

Esta atuação, mais que uma pretensão idílica, é uma necessidade para a quebra do ciclo vicioso “ofensa-punição-reincidência-punição...” que não somente não cumpre seu micro-potencial – reforma da conduta do ofensor e resposta social – mas também olvida em absoluto da necessidade de retorno à vítima.

Em conjunto com as disfunções de fundamentação e finalidade, a aplicabilidade das sanções é altamente questionada, quando percebe-se que têm efeito nulo ou, pior, negativo sobre o indivíduo e o seio social em que este se encontra. Não se está a discutir somente a necessidade de modificação cultural, mas a ineficácia do próprio sistema processual penal atual. É necessária, mais do que a simples modificação instrumental, a modificação do conceito de eficácia da sanção. Sobre a percepção desta falha, Selma Pereira de Santana⁴³ aduz:

Sabe-se que ultimamente diversos ordenamentos jurídicos têm introduzido formas de simplificação e de diversificação nas reformas das suas legislações processuais penais, em razão da verificação da perda de eficiência desse setor. Paradoxalmente, contudo, permanece pouco tratada a relevante questão de apurar se essas formas de diversão seriam compatíveis com a necessidade de garantia.

A busca primordial do sistema jurídico-penal não pode se confundir com a pena ou mesmo com a prevenção – muito além disso, é mister que se analise o intento de efetivação da finalidade estatal, constitucionalmente designada, em âmbito

⁴² EUSEBI apud SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 128.

⁴³ SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa*. A Reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 138.

ainda mais aprofundado, da integração dos entes cerne do conflito (“paz jurídica”⁴⁴), da reparação do dano e da efetivação das garantias constitucionais.

3.1 *Das Teorias à Prática: Funcionalidade e o Resultado Eficaz*

Percebidas as disfunções quanto à aplicação da sistemática penal, que culminam na deslegitimação de seus meios e na insuficiência de suas proposições, cumpre tentar um esboço do que poderia ser, em tempos hodiernos, o resultado eficaz da sistemática em estudo. Para tanto, é indispensável a observação de conceitos alavancados por estudiosos do tema. Nos dizeres de Paulo Queiroz⁴⁵:

A missão do direito penal é a missão de todo o direito: possibilitar a vivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência, resolver, enfim, conflitos de interesses de modo pacífico, segundo normas e processo previamente conhecidos. Não obstante seja esta a sua missão, de cujos demais ramos somente se distingue pelo maior rigor das sanções que adota para fazer em face dos comportamentos declarados criminosos, o direito penal, porque preso ainda, fortemente, à idéia de retribuição, responde aos conflitos de forma sensivelmente menos racional que os demais ramos. Não sem razão, tem se afirmado que a justiça criminal “decide” conflitos, mas não os “resolve”.

O estudo isolado de uma única vertente de observação da estruturação penal demonstra-se, via de regra, incapaz de habilitar uma ou outra ciência em separado à percepção adensada de soluções eficazes face ao crime. A própria observação do caminhar de estudos sobre o tema demonstra a soma

⁴⁴ BAUMANN apud SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Para além da filosofia do castigo*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/para-alem-da-filosofia-do-castigo/>>. Acesso em: 3 abr. 2013.

de percepções científicas distintas como trajeto evolutivo do pensamento sistemático penal.

Numa busca de correlações dogmáticas, traz-se à tona a conceituação de Robert Alexy⁴⁶ e Andre Copetti⁴⁷, para os quais a sistemática penal é uma esfera de efetivação de garantias fundamentais. Tal acepção é uma das muitas elementares de compreensão do que seria e eficácia de resultado da sanção.

Entende-se, neste estudo, que é imprescindível que se tornem efetivas as possibilidades normativas e políticas que possui o Direito Penal, em seu âmbito de atuação, para a instrumentalização de garantias fundamentais. Aqui, abre-se espaço especialmente para a efetivação de dois preceitos máximos que norteiam o processo enquanto instrumento de resposta social – a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça. É dizer, propõe-se que o direito seja, de fato, um instrumento útil para a qualificação da vida humana em sociedade.

Trata-se de uma modificação conceitual que encontra vozes reverberantes na doutrina moderna. Claus Roxin⁴⁸ afirma que “[...] o estabelecimento da paz jurídica é o único que legitima a pena”. Pautado nos preceitos de legalidade e dignidade da pessoa humana⁴⁹, estende-se também tal acepção à efetivação da potencialidade da sanção de garantir ao indivíduo a utilidade de um processo penal, muito além da simples formalização procedimental que culmina numa restrição.

⁴⁶ Para Robert Alexy, a tutela penal configura-se um direito prestacional. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 450-470.

⁴⁷ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 90.

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1993. p. 32.

⁴⁹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 162.

Ora, uma restrição disfuncional, ainda que aplicada e cumprida por inteiro, não repara, minora os danos, restaura ou ressocializa. É absolutamente disfuncional, portanto. E aqui verifica-se uma complementaridade indispensável – somente é correto conceber o pleno acesso à justiça se, muito além do processo formalizado, há um resultado que modifique a estrutura lesada.

Tal modificação não pode significar – e isso se percebe de mera cognição empírica – apenas o resultado sancionatório, quando este é incapaz de trazer à vítima uma restauração ou minoração plena da lesão, ao ofensor a revisão conceitual sobre seu ato lesivo e potencialidade de reinserção aprimorada no seio social e ao Estado a maior garantia possível do refrear de lesões repetitivas.

320 3.2 A Eficácia do Resultado Penal como Soma de Valores

Numa análise breve da correlação entre a história do pensamento penal e as distintas visões da funcionalidade da punição, pode-se observar que da escola clássica às modernas concepções do *labeling approach*, a soma de diferentes acepções científicas⁵⁰ tem-se demonstrado o caminho idôneo à resolução mais vasta e efetiva do conflito.

A sociologia jurídico-criminal, a criminologia, a dogmática penal, a política criminal e o direito processual penal caminham, ao que parece, em paralelo, mas de mãos dadas⁵¹. E a linha que une as diferentes perspectivas de estudos é a

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 219.

⁵¹ FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2007.

busca por uma sistemática mais eficaz de penalização. É nesta soma de instrumentos em busca de uma melhor aplicação da pena que se verifica a atual noção de acesso à justiça na prática penal. O resultado eficaz, instrumentalizado pela soma dos meios mais assertivos de alcance de um objetivo reparatório na sanção.

Muito embora não se possa afirmar que já há um panorama bem estruturado capaz de noticiar com precisão qual a noção prática de pena eficaz, se é que se poderá algum dia falar em precisa da subjetiva ciência da punição, neste estudo se entende possível compreender e delinear em caráter de esboço uma noção de eficácia para a sanção, como lume na busca de práticas e procedimentos que alcancem um resultado satisfatório na aplicação da sanção.

Diz-se eficácia, neste estudo, da capacidade multifacetada que tem a política criminal adotada por um sistema penal de reparar danos, minorar efeitos e evitar a renovação da prática ofensiva no seio social. Trata-se da potencialidade de harmonização do núcleo atingido pela ofensa, se não em busca de um status quo ante dificilmente alcançável, ao menos a um estado de conformação entre a medida adotada e reparação das dimensões afetadas, não somente no viés formalista da proporcionalidade gravosa.

Esta reparação de dimensões lesadas pelo ato ofensivo perpassa distintos aspectos – a atenuação dos efeitos lesivos à vítima; a renovação de confiança social na segurança que o Estado busca proporcionar quanto à diminuição de conflitos; a tentativa de conscientização e “reforma” de potencialidades do ofensor. Não se está a afirmar a possibilidade de reforma da personalidade, eivada de peculiaridades explicáveis somente em âmbito supramaterial. Contudo, acredita-se na possibilidade de, em muitos casos, revigorar na vítima e no agressor, ambos relacionados à lesão criminal, seu potencial construtivo.

O resultado eficaz seria, portanto, uma soma de potencialidades da sanção, num aspecto muito mais positivo e abrangente que a simples repressão da conduta danosa e da perpetuação da reprimenda social. Ora, se é possível observar no ofensor a capacidade de reconhecer seu erro, a razão de ser da sanção pode ir muito além de simples afastamento da sociedade e supressão temporária do potencial agressivo do indivíduo.

É certo que haverá uma inicial resistência à observação da pena com um viés positivo. De suas origens de clausura e expiação, a sanção herdou a imagem de penitência devida por qualquer um que extrapolar sua liberdade e originar uma lesão ao bem jurídico alheio. Contudo, o resultado eficaz não se limita à exploração do potencial positivo de modificação do indivíduo ofensor. A acepção de resultado eficaz aqui buscada envolve uma soma de fatores.

322

A reparação do dano, ou minoração de seus efeitos, que se estende para além da noção material de reparação, mas pode englobar a responsabilidade pelo *quantum* lesivo; a análise da ótica da vítima no processo sancionatório, que envolve muito além do que a simples condenação do ofensor; a busca pela maior proximidade possível com o *status quo ante* – o ofensor e a vítima aproximando-se da qualidade de indivíduos *normais*; a possibilidade de qualificação do ofensor para melhorar a comunidade na qual gerou o dano, sempre que possível reinseri-lo.

Por oportuno, deve-se ressaltar que nem toda espécie de crime ou de criminoso alcançará a eficácia plena dos moldes penais positivos a que se intenta neste trabalho. Para casos específicos, é necessária uma moldagem específica. A saber, o psicopata clinicamente identificado não pode ser enquadrado

em mesma sanção do indivíduo consciencioso⁵². O sexualmente disfuncional não pode ser submetido ao mesmo tratamento daquele capaz de refrear seus impulsos. A eficácia da sanção tem por pressuposto a especificidade do tratamento dado à qualidade do ofensor e à necessidade da vítima.

Defende-se, portanto, uma nova moldagem de sanções que agregue em si as diversas percepções galgadas no decorrer dos estudos do crime, nas mais diversas ciências, de um modo sistemático, que permita uma normatização capaz de dar à sociedade um retorno não somente formal de penalização, mas efetivamente capaz de promover a resolução conflitual que originou a problemática vigente.

Não haveria, *a priori*, um molde de sanção eficaz a todo e qualquer crime. Ora, se a proposição de um resultado eficaz envolve a busca pela reparação efetiva e ampla, multidimensional, dos efeitos da ofensa, não se poderia estabelecer, ao menos de início, uma fórmula penal indistinta que abarcasse a profusão de crimes da modernidade. Mas as bases para o traçado preciso da sanção agrupada pelo potencial de dano causado, pela natureza da ofensa e do ofensor, estes sim podem e devem ser observados na construção de um novo modelo penal.

⁵² Sobre o tema, cf. CAVALHEIRO, Bárbara Lazzari. *A (in)eficácia da sanção penal aplicada ao delinquente psicopata no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia apresentada à UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2012.

Considerações Finais

Diante da pesquisa elaborada e dos argumentos trazidos à tela, pode-se concluir que:

- a) No decorrer histórico, tanto fundamentação quanto funcionalidades da pena demonstraram-se conceitos fluidos, questionados e complementados pelas mais diversas ciências circundantes, num ciclo de expansão ou retração influenciado pelo momento sociopolítico do Estado;
- b) não obstante a constante modificação de visões acerca do direito de punir, os ideais retribucionistas continuaram a permear a visão sistemática penal até as mais modernas teorias;
- c) num panorama de modificações sociais densas e surgimento de novos conflitos aos quais não houve resposta eficaz, inicia-se um movimento de questionamento da própria legitimidade do sistema penal, em função da incapacidade da sanção de cumprir os objetivos a que se propôs;
- d) com a inversão da percepção das origens do crime e da fundamentação das penas, iniciada pelos movimentos finalísticos e aprofundada pela acepção do *labeling approach*, a legitimidade já questionada demonstra-se mais formal que material, exigindo-se um novo paradigma de justiça;
- e) diante da eclosão de novos paradigmas punitivos, faz-se necessário questionar qual a real fundamentação e finalidade da pena;

- f) o resultado eficaz pelo qual se clama é não somente um elemento, mas uma soma multidimensional de fatores, que compreendem desde a reparação e minoração dos efeitos da lesão à vítima, à reinstrumentalização de potencialidades positivas do ofensor, quando possível, e sua resposta à sociedade na qual se originou o conflito;
- g) sendo o resultado eficaz esta soma, não se pode conformar uma fórmula una de sanção aplicável a todo e qualquer crime, é necessário que se utilize o delineamento da eficácia para encontrar uma sistemática por meio do agrupamento das ofensas de acordo com suas características próprias, e as características do agressor.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral*. v. I. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAVALHEIRO, Bárbara Lazzari. *A (in)eficácia da sanção penal aplicada ao delinquente psicopata no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia apresentada à UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução de Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2007.

FREUD, Sigmund. *Totem And Taboo*. Translated by James Strachey. London: Routledge and Kegan Paul, 1950.

GOMES, Roberto. Violência e crime – O vértice da Psicanálise. Trabalho apresentado no Congresso Internacional de Criminologia da PUC-RS, em 13/04/2000. *CIVITAS – Revista de Ciências Sociais*, ano 1, n. 2, p. 67-78, dez. 2001; *Revista de Psicanálise da Sociedade Psicanalítica de Porto Alegre*, v. 8, n. 3, p. 549-560, dez. 2001.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. Dilemas e Utopias quanto aos Fundamentos da Pena: Uma Reflexão a partir do Debate entre Carlos Santiago Nino e Eugenio Raul Zafaronni. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 20, 21 e 22 de novembro de 2008. p. 3093-3108.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, p. 35-63, jul. 2002.

HOBBSAWM, Eric. *A Era do Capital – 1848-1875*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

MAIA, Fábio Fernandes. A Dimensão Epistemológica do Discurso da Doutrina da Segurança Nacional no Contexto das Ditaduras da América Latina. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010. p. 5635-5646.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MERTON, Robert K. *Social theory and social structure*. New York: The Free Press, 1968.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Para além da filosofia do castigo*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/para-alem-da-filosofia-do-castigo/>>. Acesso em: 3 abr. 2013.

RIBEIRO, Homero Bezerra. A necessidade de Superação do Paradigma Criminológico Tradicional: A Criminologia Crítica como Alternativa à Ideologia da “Lei e Ordem”. *Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010. p. 951-979.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1993.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa*. A Reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal*. ¿Apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Acesso à justiça e hipossuficiência organizacional: fundamentos e amplitude da legitimação da Defensoria Pública na tutela dos direitos metaindividuais*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* – O crime e o criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revans, 1991.

ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos: (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

Submissão: 15/10/2013

Aceito para Publicação: 26/12/2013