

## **Um pé libertário na porta da ética liberal: proposta de apropriação crítica da filosofia utilitarista pelo fim do cárcere**

Artigo Classificado em 6º lugar na XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR  
2014

**Gerson Luis de Almeida Lobo<sup>1</sup>**

**Resumo:** Este artigo, partindo de uma perspectiva penal abolicionista (e negativa-agnóstica, na medida em que se baseia nas teorizações de Eugenio Raul Zaffaroni sobre a pena), busca fazer uma breve retomada dos argumentos que historicamente justificaram a existência das prisões, com foco nas escolas clássica e positivista, apresentando as noções de filosofia utilitarista que fundamentam a primeira. Após, pretende demonstrar como as diferentes justificativas se amalgamaram e perderam seu valor original ao longo do tempo. Por fim, procura estabelecer uma apropriação crítica da corrente filosófica utilitarista – a partir do conceito de utilitarismo negativo, de Karl Popper, uma inversão do utilitarismo benthaminiano original - para propor o fim do cárcere com uma base em uma reflexão diferente daquela majoritariamente trabalhada, apoiada sobre a filosofia idealista.

**Palavras-chave:** abolicionismo penal; Karl Popper; utilitarismo negativo; Jeremy Bentham; utilitarismo crítico.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do quarto ano noturno do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Bolsista do Programa de Educação Tutorial – PET Direito.

## 1. Introdução

*Incrível ver como o povo, uma vez submetido, cai de repente num tão profundo esquecimento de sua liberdade anterior que lhe é impossível despertar e recuperá-la; o povo serve tão bem, e tão voluntariamente, que ao vê-lo dir-se-ia que não apenas perdeu sua liberdade, mas conquistou sua servidão.*

Étienne de La Boétie, *Discurso da servidão voluntária*.

O presente artigo fundamenta-se na crença de que nada de positivo, isto é, de bom, advém do cárcere – em verdade, do poder punitivo em sua incidência vertical.<sup>2</sup>

A vida em sociedade – no contexto neoliberal - é condicionada a ser pensada com a imprescindível existência dessa instituição<sup>3</sup>, historicamente fundamentada em noções de justiça (ao modo europeu-continental de se pensar a pena) e utilidade (tradição anglo-saxã de reflexão penológica). Foi o último discurso, entretanto, que “fundou” o penalismo moderno.<sup>4</sup>

A partir disso, a pena desenvolveu três grandes linhas de justificação: “como restabelecimento da ordem da justiça, como salvação ou correção do réu ou como ‘defesa da sociedade’”<sup>5</sup>. Independentemente dos motivos formais que a sustentam – na verdade, hoje eles se misturaram, perdendo valor individualmente<sup>6</sup> - materialmente a sanção penal (em sentido amplo, incluindo medidas de segurança e medidas socioeducativas) é sempre a imposição de um mal, vez que é **intencionalmente aflitiva e reprobatória**.<sup>7</sup>

É necessário notar, ainda, que, na realidade latina, temos a particularidade de, embora possuímos uma herança ligada ao sistema inquisitório – europeu-continental - “compramos” (o senso comum e a maior parte dos políticos, fortemente influenciados pela grande mídia)<sup>8</sup> as

---

<sup>2</sup> Uma vez que ela não cumpre qualquer de suas funções declaradas, enquanto possui funções latentes perversas. Ideia melhor apresentada pelo que Zaffaroni chama de *realismo jurídico-penal marginal* (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En Busca de Las Penas Perdidas: Deslegitimacion y Dogmatica Juridico-Penal*). O modelo de interpretação do grande penalista argentino também é conhecido como teoria negativa (pois nega todas as suas funções) e agnóstica (pois não procura a justificar enquanto construção racional) da pena. (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*, 2014 P. 19).

<sup>3</sup> Conforme bem exposto por Loïc WACQUANT em *Penalisation of Poverty and the Rise of Neo-liberalism*. P. 3

<sup>4</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. P. 50

<sup>5</sup> Idem, p. 50

<sup>6</sup> BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. P. 3-4. Trabalharei mais esse ponto no terceiro capítulo.

<sup>7</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. Cit. P. 51

<sup>8</sup> Esta ideia é mais bem explorada no texto supracitado de Nilo BATISTA, *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*, que compõe a fundamentação deste artigo.

justificativas anglo-saxãs - essencialmente utilitárias - criando uma simbiose terrível para a defesa do aprisionamento. Em outras palavras, o “fazer justiça / pagar pelo que fez” se funde ao “proteger o cidadão de bem”, valendo tudo pra cumprir a lógica da punição (se há crime, tem que haver pena).

Este trabalho pretende, portanto, expor brevemente como surgiram, se consolidaram e se combinaram os argumentos atuais em defesa do cárcere. A seguir, propõe-se uma retomada crítica da filosofia utilitarista em nome do fim do sistema prisional.

A escolha pelo campo filosófico e pela corrente utilitarista, racional em essência, justifica-se por alguns motivos. *Primeiramente*, porque, como nos apresentou BARATTA, “O chamado à consciência filosófica e portanto crítica das estruturas fundamentais do pensamento penal caracteriza todos os momentos historicamente importantes de transformação do direito penal e da ciência do direito penal [...]”<sup>9</sup>. *Em segundo lugar*, porque as regras do jogo liberal tratam a lei penal como uma construção racional da ciência normativa<sup>10</sup>, não sendo, neste sentido, oponível empiricamente. Embora toda a construção criminológica crítica, à qual me considero alinhado, já tenha derrubado esse mito (ZAFFARONI o fez magistralmente em umas poucas páginas)<sup>11</sup>, aceitarei jogar conforme essas regras, pois creio que mesmo nesta seara é possível opor-se de modo convincente ao cárcere. *Em terceiro lugar*, porque talvez a forma utilitarista seja a oposição mais inteligível e defensável para a prática, já que se descola da tradição idealista da filosofia, e assim não propõe reflexões muito profundas, mas trabalha com conceitos bastante simples. *Por fim*, porque o utilitarismo foi a base intelectual do

---

<sup>9</sup> BARATTA, Alessandro. *Filosofia e direito penal: notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento italiano desde Beccaria aos nossos dias*. P. 11

<sup>10</sup> É – infelizmente – o pensamento de boa parte da doutrina tradicional e dos operadores do direito. Neste sentido, cito a recente tese de João Paulo Orsoni MARTINELLI, “Paternalismo Jurídico-Penal”, apresentada à USP em 2010. O autor afirma que, a partir do momento que consideramos a lei penal como racionalista, ela deve ser criticada de tal modo. Em oposição a isso, embora este não se pretenda propriamente um trabalho de sociologia jurídico-penal teórica, trago uma citação de Alessandro BARATTA tratando do tema, que entendo como um norte pertinente: “Que as estruturas e as leis sociais não sejam observáveis empiricamente não significa, de modo algum, que os conceitos e as construções teóricas que a elas se referem não sejam controláveis. Um controle já decorre de sua maior ou menor idoneidade para explicar os fenômenos.” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. P. 22)

<sup>11</sup> Refiro-me a *En Busca de Las Penas Perdidas*. Destaco o seguinte trecho: “*Em la criminología de nuestros días es corriente la descripción de la operatividad real de los sistemas penales en términos que nada tienen que ver con la forma en que los discursos jurídicos-penales presuponen que operan, es decir, que la programación normativa se basa sobre una “realidad” que no existe y el conjunto de agencias que debiera llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente.*” (ZAFFARONI, Eugénio Raul. *Opcit.* P. 16). Dentre os inúmeros marcos teóricos que desmistificaram a aparente racionalidade da pena, podemos listar, por sua pertinência e atualidade (com boa dose de preferência pessoal), além de Zaffaroni, os trabalhos dos abolicionistas europeus (Louk Hulsman e Nils Christie), a escola italiana (Alessandro Baratta, Massimo Pavarini, Dario Melossi) e, no contexto latino, Lola Anyiar de Castro, Juarez Cirino, Nilo Batista, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho – os dois últimos mais recentemente.

liberalismo – muito embora este tenha distorcido muito daquele – e em boa medida é responsável pela prisão como a conhecemos. Então, apropriar-se dele para propor o fim do cárcere configura uma tentativa declarada de subversão libertária da ética liberal: mesmo que não a superemos, os presídios, estes sim, podemos.

## 2. Filosofia utilitarista clássica: um apanhado instrumental

*“[...] esta filosofia um tanto insípida, afinal, produziu mais reformas necessárias em questões sociais do que toda a indignação romântica de poetas e idealistas. [...] Como movimento dedicado à reforma, o utilitarismo conseguiu, por certo, mais do que todas as filosofias idealistas reunidas, e fez isso sem muito alarde.”*

Bertrand Russel, *História do Pensamento ocidental*, P. 378-381

Contextualizando o recorte histórico que pretendo utilizar neste capítulo, WACQUANT afirma que (na Europa Ocidental) até o fim do século XVIII, os lugares de confinamento serviam essencialmente para que os suspeitos ou considerados culpados aguardassem a administração da sentença<sup>12</sup>, que consistia em regra nos famosos suplícios que encontramos, por exemplo, na introdução de *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault.

Nessa época, com o avanço do ideal de indivíduo moderno<sup>13</sup>, “privar pessoas de liberdade se tornou uma punição por si só, e a sentença criminal *par excellence* (ao ponto de que se tornou difícil conceber ou implementar outras sanções penais sem que elas pareçam insuficiente severas)”<sup>14</sup>. A filosofia utilitarista teve um papel fundamental nesse processo.

O surgimento do pensar filosófico vinculado à utilidade – em sua forma “moderna”, isto é, como o conhecemos hoje - é atribuído por RUSSEL ao período da primeira revolução industrial, na Grã-Bretanha: “*No campo filosófico, o advento do industrialismo trouxe consigo certa ênfase na utilidade, fortemente combatida pelos românticos.*”<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> WACQUANT, Loïc. Op. Cit. P. 3

<sup>13</sup> Ou seja, “presumido para gozar de liberdade individual, imbuído com um direito natural de integridade física que não podia ser removido pela família ou pelo estado, exceto pelos mais sérios motivos”. Idem, *ibidem*. P. 3. Tradução livre.

<sup>14</sup> Idem, *ibidem*. P. 3. Tradução livre.

<sup>15</sup> RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. P. 378

É impossível falar do tema sem citar o nome do filósofo inglês Jeremy Bentham (1748-1832), considerado seu criador<sup>16</sup>. Seu pensamento – assim toda a construção utilitarista posterior - é fundado na crença de que a humanidade é governada por dois princípios: *dor* (equivalente ao mal) e *prazer*, ou *felicidade* (equivalente ao bem), que guiariam todas as nossas ações, e pode ser sintetizado pelo seu no *princípio da utilidade*, cujo enunciado, em resumo, afirma que os atos, particulares ou governamentais, devem buscar (e são *mais úteis* na medida em que proporcionam) a maior felicidade possível.<sup>17</sup>

Sob este prisma, a função da lei (penal, leia-se) seria, então, “**garantir que, ao buscar o seu próprio prazer máximo, ninguém prejudique idêntico propósito dos demais.**”<sup>18</sup>, o que coloca uma *igualdade formal de direitos e oportunidades* em prol dessa busca da felicidade. De fato, essa visão era um dogma central da filosofia utilitarista<sup>19</sup>, e é algo aproveitável na crítica posterior que pretendo desenvolver. Para o filósofo, “se o cálculo racional da dor ou sofrimento advindos da aplicação de uma pena resultasse mais significativo que aquele das vantagens a serem obtidas com o crime, o sujeito se absteria de praticar o ato.”<sup>20</sup>. Estas proposições expõem o caráter absolutamente preventivo da lei para os utilitaristas – desembocando na “nossa” prevenção geral negativa do direito penal<sup>21</sup>.

É interessante notar que Bentham, em alguma medida, arquiteta o princípio da proporcionalidade como o conhecemos. No capítulo XIV (Da proporção entre punições e ofensas)<sup>22</sup> do seu livro *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, ele elenca seis regras que a aplicação da punição deveria seguir. Interessam-nos as seguintes:

---

<sup>16</sup> ‘Criador’ é um adjetivo problemático na construção filosófica, já que as ideias sempre apresentam um paralelismo na história. RUSSEL, que dissera que toda filosofia ocidental é grega em sentido formal, afirma que Epicuro pode ser considerado o primeiro utilitarista; e mesmo as ideias de Bentham apareciam em trabalhos de Hutcheson, décadas antes. (RUSSEL, Bertrand. Op. Cit. P. 9; P. 379). De todo modo, Bentham é tido como o grande nome da corrente.

<sup>17</sup> “O princípio [da utilidade é aquele] que aprova ou desaprova cada ação, de acordo com a tendência que parece possuir de aumentar ou a diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão, ou, o que é a mesma coisa em outras palavras, para promover ou se opor a essa felicidade. **Eu me refiro a qualquer ação que seja, portanto não só de cada ação de um particular, mas de todas as medidas de governo.**” Grifomeu. (BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*: P. 14. Tradução livre).

<sup>18</sup> RUSSEL, Bertrand. Op. Cit. P. 381

<sup>19</sup> Idem, ibidem. P. 382

<sup>20</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. Cit. P. 72

<sup>21</sup> “A forma tradicional de intimidação penal [...] representa a dimensão negativa da prevenção geral: o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. P. 467

<sup>22</sup> “Chapter XIV: Of the Proportion between Punishments and Offences”

“Regra I [...] O valor da punição não deve, em qualquer caso, ser menor do que o suficiente para superar o valor do lucro da ofensa [...] Regra V: A punição não deve, em qualquer caso, ser maior do que o necessário para cumprir as regras aqui dadas. [...] Regra VI: A quantidade indicada para cada ofensor individual não corresponde à quantidade prevista para ofensores similares em geral, as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade devem ser sempre levadas em conta.”<sup>23</sup>

Tais conceitos, com uma crença pedagógica pesada característica dos filósofos utilitaristas, representaram um avanço se considerarmos que as penas de morte eram bastante discricionárias na época e aplicadas para condutas fúteis.<sup>24</sup> Todavia, vê-los ainda hoje como a base da nossa persecução criminal levanta questionamentos sobre sua atualidade (ou melhor: sobre a atualidade da *própria persecução penal*).

A seguir, John Stuart Mill (1806-1873), fortemente influenciado pelas ideias de seu Bentham, pouco a acrescentou à discussão penal. Ele procurou transformar o pensamento do compatriota em algo mais palpável politicamente, o que, junto com as regras para a punição elaboradas por seu predecessor, nos demonstram a pretensão social-científica dessa filosofia.<sup>25</sup> Suas ideias, que colocavam a liberdade acima de tudo (embora ele defendesse a necessidade de punição conforme as criações de Bentham), formaram a ética do liberalismo vitoriano e do *laissez-faire*.<sup>26</sup>

O último apontamento deste capítulo, já o conectando ao próximo, consiste em trazer à luz o trabalho do jurista italiano Cesare Beccaria<sup>27</sup> (1738-1794), bastante benthaminiano<sup>28</sup> e

---

<sup>23</sup> BENTHAM, Jeremy. Op Cit. P. 141-142. Tradução livre.

<sup>24</sup> RUSSEL, Bertrand. Op. Cit. P. 381

<sup>25</sup> “[...] o objetivo da reforma em tais bases [do utilitarismo desde Mill] não é tanto a obtenção de instituições ideais mas sim de instituições viáveis, que de fato confirmam certa felicidade aos cidadãos. Trata-se de uma teoria democrática.”. RUSSEL, Bertrand. Op. Cit. P. 385.

<sup>26</sup> Bertrand RUSSEL considera isso uma deturpação do que utilitarismo originalmente pretendia: “Contudo, nisto os liberais foram um pouco otimistas demais. Talvez se percebessem, num estado de ânimo socrático, que se os homens se dessem ao trabalho de se informar e aferir as repercussões de seus atos, em geral compreenderiam que qualquer dano à sociedade, afinal, seria um dano a eles mesmos.” (Op. Cit. P. 381)

<sup>27</sup> BARATTA ainda destaca a importância de dois contemporâneos de Beccaria nesse processo de ‘fundação’ do direito penal moderno: Giandomenico Romagnosi e Francesco Carrara. (*Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. P. 34-35). As contribuições desses autores foram realmente fantásticas (eles anteciparam os substitutivos penais e o delito como construção jurídica, respectivamente), mas atendo-me ao primeiro por uma questão prática e simbólica, já que ele sintetiza bem as ideais influenciadas pelo utilitarismo e é o nome mais famoso dos três.

<sup>28</sup> Esse trecho da introdução nos dá uma amostra: “Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria.” Grifo meu. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. P. 85. P. 8)

hobbesiano<sup>29</sup>. Para ele, a função da pena seria “apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”.<sup>30</sup> A sofisticação das construções do autor italiano, considerando a época e o contexto, é elogiável<sup>31</sup>: ele enumera princípios do direito penal que hoje existem quase sem alterações, como o da legalidade, do devido processo legal e a interpretação restritiva da norma<sup>32</sup>. Não à toa, *Dos delitos e das penas* (1764) teve um papel de grande influência na construção da ciência penal européia<sup>33</sup> (muito embora a aplicação vertical e procedimentalizada do poder punitivo não fosse novidade<sup>34</sup>). E isso permite a pergunta a seguir.

### 3. De Beccaria pra cá: algo mudou?

Em essência, é possível afirmar que não, se levarmos em que conta que a privação de liberdade permanece como o castigo “natural” ao crime desde que assim se consolidou. O debate de sua *justificação*, por outro lado, sofreu mudanças significativas, sobretudo a partir do século XIX, quando a escola positiva pretendeu dar um ar de ciência ao estudo do delito.<sup>35</sup>

É paradoxal notar que, após isso, os argumentos pró e contra a penalização parecem ter estacionado na década de 1930<sup>36</sup>: os primeiros se assemelham muito aos da criminologia positivista original<sup>37</sup> (incorporando novos elementos, é claro), enquanto a crítica à demanda

---

<sup>29</sup> No capítulo II, *Origem das penas e direito de punir*: “Não bastava, porém, ter formado esse depósito [das liberdades individuais para formação do contrato social]; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros.”. Grifo meu. (Idem, ibidem. P. 10)

<sup>30</sup> Apud GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. Cit. P. 72

<sup>31</sup> Mas temos que notar que, conforme afirma Alessandro BARATTA, não se trata de uma inspiração individual de um gênio, mas da “[confluência] de toda a filosofia política do Iluminismo europeu e, principalmente, o francês.”. (Op Cit. P. 33)

<sup>32</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit. P. 11

<sup>33</sup> BARATTA, Alessandro. *Filosofia e direito penal: notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento italiano desde Beccaria aos nossos dias*. P. 13

<sup>34</sup> ZAFFARONI se opõe provocativamente a essa visão sobre *Dos delitos e das penas* indica o *Malleus Maleficarum* (1484) como o “primeiro” texto codificado do direito penal e processual moderno, pois a característica de concentração do poder punitivo ali já se encontrava, com aplicação também procedimentalizada (apud GIAMBERARDINO, André. Op Cit. P. 83)

<sup>35</sup> BARATTA, Op. Cit. P. 18.

<sup>36</sup> Época em que a criminologia crítica começou a se construir.

<sup>37</sup> Na medida em que notamos que as *every Day theories* tratam o criminoso como um elemento danoso à sociedade que precisa ser segregado para não lhe trazer mais malefícios. Cito a pesquisa do IBOPE de 2011, em que cerca da metade da população brasileira aprovava pena de morte e prisão perpétua (“No Brasil, 46% aceitam pena de morte e 51%, prisão perpétua” disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-46-aceitam-pena-de-morte-e-51-prisao-perpetua,787757>); o clamor recente pela redução da maioria penal –

por uma hipertrofia penal frequentemente equivale a uma remissão ao utilitarismo clássico<sup>38</sup>. BARATTA elucidou esse embate, **que na verdade gira me torno de um mesmo eixo: a ideologia da defesa social**. Esta – **originalmente benthaminiana, não nos esqueçamos** - tornou-se uma característica comum à escola positivista e à escola clássica (embora as compreensões de delinquente, delito, sociedade e sobre o papel do ordenamento jurídico sejam bastante diferentes).<sup>39</sup>. Já tendo passado por esta última no capítulo anterior, gostaria de fazer uma breve revisão da primeira escola para procurar compreender melhor como os dois paradigmas se reflete no nosso senso comum a respeito do crime.

De acordo com BARATTA, a criminologia nasceu com o positivismo, no fim do século XIX<sup>40</sup>, quando o poder burguês e o liberalismo já eram realidades bem consolidadas. Suas características então eram uma interpretação ontológica e uma investigação etiológica do crime:

A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positivista a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prende à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, **mas procura entender todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do sujeito**. [...] O delito era reconduzido assim, pela Escola positivista, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão.<sup>41</sup> (Grifo meu)

---

outra pesquisa indica que mais de 90% dos brasileiros a desejavam (“*Mais de 90% dos brasileiros querem redução da maioria penal, diz pesquisa CNT/MDA*”, disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/11/mais-de-90-dos-brasileiros-querem-reducao-da-maioridade-penal-diz-pesquisa-cntmda.htm>); e a proposta de José Serra, então candidato à prefeitura de São Paulo (em 2012), sugerindo uma parceria com a Fundação Casa para identificar os jovens com ‘propensão para entrar no mundo do crime’ nas escolas públicas. (“*Serra propõe tratar alunos como potenciais criminosos na CBN*”, disponível em <http://www.revistaforum.com.br/blogdorovai/2012/10/22/serra-propoe-tratar-alunos-como-potenciais-criminosos-na-cbn/>)

<sup>38</sup> Defender o direito penal mínimo, por exemplo, é voltar ao paradigma de Beccaria: procura-se limitar o poder punitivo estatal, mas ele segue sendo legitimado. Não obstante, a primeira onda da criminologia crítica teve de retornar ao utilitarismo clássico – resignificando-o - para contrapor-se ao positivismo. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. P. 31)

<sup>39</sup> Idem, p. 41. Notemos que a defesa social tem um matiz hobbesiano.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 32

<sup>41</sup> Ibidem, p. 38-39



Cabe recordar, ainda, a outra face da moeda: na mesma medida em que a pena isolaria os sujeitos danosos, ela pretenderia (opcionalmente) ‘recuperá-los’, o que conduziria à sua duração indeterminada.<sup>42</sup>

Desde então, a defesa da pena não parece ter tido a necessidade de se sofisticar muito. Como a Escola Clássica e a Positivista baseiam-se na ideologia da defesa social (que condensa “os maiores progressos realizados pelo direito penal moderno”<sup>43</sup>) e procuram proteger, fundamentalmente, os mesmo valores, os argumentos punitivos de ambas puderam ser fundidos para tutelar determinados bens jurídicos<sup>44</sup>, sendo suas contradições, por outro lado, competentemente escamoteadas.

BATISTA sintetiza essa reflexão. Ele demonstra que, no neoliberalismo, a mídia, com o importante papel que ganhou com a expansão dos meios de comunicação de massa, amalgamou de uma vez por todas os anseios carcerários e produziu um ciclo de autolegitimação. Todas as premissas possíveis são aproveitadas indiscriminadamente por ela:

O compromisso da imprensa [...] com o empreendimento neoliberal é a chave da compreensão dessa especial vinculação midiática penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. **O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, creem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventivista sistêmico podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente.** Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. [...] **A equação penal – se houve delito, tem que haver pena – é a lente ideológica que se interpõe entre o olhar da mídia e a vida, privada ou pública.** (Grifos meus)<sup>45</sup>

Colocados estes apontamentos, destaco, novamente, que as correntes críticas da criminologia já pavimentaram um extenso caminho na desconstrução das funções declaradas da pena e expondo os interesses que estão por trás de sua existência. Não cabe aqui se

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 43

<sup>44</sup> Ibidem, p. 43

<sup>45</sup> BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*, p. 3-4

estender nisso<sup>46</sup>. Infelizmente, parece que esse acúmulo jamais conduziu a um projeto político de desencarceramento em nível macroscópico<sup>47</sup>; ao contrário, a segurança pública repressiva se tornou de tal modo a *tábua de esmeralda* do populismo contemporâneo<sup>48</sup> que mesmo os governos “mais a esquerda” a propalam, por vezes “superando” os governos considerados de direita.<sup>49</sup>

O ultimo capítulo deste artigo partirá desse substrato para uma reflexão propositiva.

#### **4. Uma proposta de utilitarismo crítico pelo fim do cárcere (ou: o desencarceramento como a próxima concessão imprescindível do capitalismo)<sup>50</sup>**

Diante da incompatibilidade entre o pensamento crítico sobre o aprisionamento e a ética liberal, tendo como seu subproduto o populismo penal – em outras palavras, a implosão do sistema carcerário não consegue se converter em uma pauta *de fato* em nossa realidade – este capítulo investiga, enfim, uma proposição anticarcerária baseada em uma filosofia mais palpável politicamente. O utilitarismo produziu um efeito tão grande na sociedade por não possuir pretensões revolucionárias.<sup>51</sup>

Não se trata propriamente de uma tentativa conciliar a ética neoliberal e o fim das prisões, as de subvertê-la com este propósito, uma vez que não parece haver um possível horizonte de revolução social que nos liberte desse mal (creio, ao contrário, que o neoliberalismo

---

<sup>46</sup> Ainda assim, a crítica mais pertinente para nosso trabalho parece ser a ligação entre a prisão e interesses econômicos escusos, elucidada por Dario MELOSSI e Massimo PAVARINI em *Cárcere e Fábrica*.

<sup>47</sup> Motivou, sim, medidas desencarceradoras “paliativas”, como os substitutivos penais. Não obstante, o fim das penitenciárias jamais foi um projeto político, ao menos a nível nacional, até onde se tem notícia.

<sup>48</sup> Isso é o que alguns autores e autoras chamam de **populismo penal**. Ideia bem desenvolvida em *Governing Through Crime*, do professor californiano Jonathan SIMON. *Tiros em Columbine*(2002), documentário do também estadunidense Michael MOORE, suscita boas reflexões sobre os efeitos do governo através do crime.

<sup>49</sup> Um breve exemplo brasileiro: “*Os três primeiros anos do governo de Dilma Rousseff devem acumular um investimento de R\$ 10,5 bilhões com segurança pública. Nos três primeiros anos do primeiro mandato de Luiz Inácio Lula de Silva, foram gastos um total de R\$ 5,3 bilhões, contra R\$ 1,8 nos três primeiros anos do governo Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 1997, também segundo o ministério.*” (Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/3336402/brasil-gasta-r-42-bilhoes-em-seguranca-publica-em-2013>). Essa expansão assombra mesmo que levemos em conta a inflação no período, cerca de +170% de acordo com o IGPM.

<sup>50</sup> Peço licença para adquirir um tom ensaístico neste último ponto, pois a crítica ao cárcere que procuro desenvolver aqui não possui respaldo doutrinado, até onde pesquisei.

<sup>51</sup> RUSSEL, Bertrand. Op. Cit. P. 378

infelizmente perdurará por algum tempo)<sup>52</sup>. Considerando ainda que o capitalismo vive de reinvenções para se legitimar<sup>53</sup>, creio que a tendência para a extinção dos presídios pode se tornar uma concessão *necessária* na medida em que se entre pra agente política antineoliberal. Neste sentido, procuro direcionar a presente crítica para uma base filosófica simplificada e mais instrumentalizável, que não nega os acúmulos anteriores neste direção, mas os complementa.

O ponto de partida é Karl Popper – curiosamente, um filósofo liberal. Ele cunhou um conceito bastante interessante do qual me apropriarei nessa proposição. Trata-se do **utilitarismo negativo**,<sup>54</sup> uma inversão brilhante do conceito original benthaminiano. Expondo quais seriam, para ele, “os princípios [...] mais importantes da ética humanitária e igualitária”<sup>55</sup>, Popper afirma o seguinte:

(1) Tolerância para com todos os que não são intolerantes e não propagam a intolerância [...] (2) **O reconhecimento de que toda premência moral tem sua base na premência do sofrimento ou da dor. Sugiro, por essa razão, substituir a fórmula utilitária “aspiremos à maior quantidade de felicidade para o maior número de pessoas”, ou mais sinteticamente “felicidade ao máximo”, pela fórmula: “a menor quantidade possível de dor para todos”, ou, em resumo, “dor ao mínimo”. Esta fórmula tão simples pode-se converter, creio, num dos princípios fundamentais (por certo não o único) da política pública. (O princípio da “felicidade ao máximo” parece tender, pelo contrário, a produzir ditaduras benevolentes.) É mister compreender, além disso, que do ponto de vista moral não podemos tratar simetricamente a dor e a felicidade, isto é, que a promoção de felicidade é, em todo caso, muito menos urgente que a ajuda àqueles que padecem e a tentativa de prevenir sua dor (Esta última tarefa pouco tem a ver com as “questões de gosto”; a primeiro, tem muito)**

O austríaco aponta, portanto, uma relação *assimétrica* entre dor (ou sofrimento) e felicidade.<sup>56</sup> O princípio da dor ao mínimo permite que nos baseemos em uma ideia muito menos abstrata do que a de felicidade para fazermos proposições práticas, sobretudo se

---

<sup>52</sup> Afirimo isso num sentido cultural-crítico com o que alguns, como Jessé SOUZA e Patrícia MATTOS, chamam de “pessimismo frankfurtiano” (*Teoria Crítica no Século XXI*, P. 240).

<sup>53</sup>Essa ideia é presente no estudo crítico do direito do trabalho. Wilson RAMOS FILHO a apresenta, entre outras publicações, no artigo *As esquerdas e as crises capitalistas: Repensando Weimer*.

<sup>54</sup> GERALDO, Pedro Heitor Barros. *O utilitarismo e suas críticas: uma breve revisão*. P. 5

<sup>55</sup> POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. P. 256

<sup>56</sup> GERALDO, Pedro Heitor Barros. OpCit, p. 5

considerarmos ‘dor’ como uma negação dos pressupostos mínimos de vida digna<sup>57</sup>, sendo uma noção universal neste sentido. Não é, então, “criando felicidade” – coisa que, ao pé da letra no utilitarismo original, pode se dar concentrando renda – que se reduz o sofrimento; ao contrário, “criar felicidade” nesta situação justamente tende a aumentá-lo. Tampouco “desenvolver a economia” ou “modernizá-la” por si só diminui o sofrimento. Sob este prisma, o pensamento popperiano derruba a vinculação falaciosa entre bem e “desenvolvimento”, se este não se traduzir concretamente em melhora das condições de vida daqueles(as) mais sujeitos(as) ao sofrimento, enquanto política pública.<sup>58</sup>

Se nos agarramos ao princípio da minimização da dor já temos metade do caminho andado nessa proposta libertária: se a “felicidade ao máximo” legitima a existência da pena, a “dor ao mínimo” a desaprova. E assim como todos e todas tinham uma igualdade formal na medida em que possuíam direito de “buscar a felicidade”, todos e todas têm uma igualdade formal na medida em que possuem o direito de “evitar a dor”.

Seguindo o caminho de uma reflexão mais propriamente penal, façamos um exercício mental. Do mesmo modo em que Bentham cria que era possível calcular a felicidade, um singelo raciocínio nos permite ‘calcular’ a dor que o fim das prisões nos pouparia: se alguém causa um prejuízo mal a outrem – no caso, a conduta definida como crime – temos aqui uma possível dor, pois não há como saber quanto a(s) vítima(s) sofreu(ram), se é que sofreu(ram).<sup>59</sup> Entretanto, quando aplicamos a punição a(o) criminoso(o), é certo que lhe causamos dor, pois o sofrimento experimentado pela privação de direitos e liberdades não é uma dor pretensa, que depende da consciência da(o) criminoso(o), **mas uma certeza: a pena, como dito alhures, é aflitiva em essência**<sup>60</sup>. Assim, uma **dor pretensa**, inaufeável, provoca uma **dor certa**. Isso deixa de ser aceitável se adotarmos o princípio da dor ao mínimo. E, se é

---

<sup>57</sup> Não quero introduzir conceitos de outras escolas filosóficas que não pretendo desenvolver com profundidade para não tornar este trabalho um ‘balaio-de-gato’. Mas penso nessa negação sob uma perspectiva ética dusseliana, onde devemos “*produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade*”. (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Pobreza, culpabilidade e prisão: diálogos entre a ética da libertação e o direito penal*, P. 4).

<sup>58</sup> GERALDO, Pedro Henrique Barros. Op. Cit, p. 6

<sup>59</sup> Cabe lembrar que a vítima de um crime, uma vez proposta a ação penal, se pública incondicionada, tem uma participação muito pequena nas decisões que serão tomadas dali pra frente. O Estado se apropria do conflito. Assim, mesmo que a vítima de fato não tenha sofrido, ele não tem poder de influenciar a eventual futura imposição de sofrimento a(o) acusada(o). (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. P. 36).

<sup>60</sup> Isso porque, além dos motivos citados anteriormente a prisão é, essencialmente, um lugar pior do que o mundo “de fora” – Foucault trabalha bem essa ideia em *Vigiar e Punir*.

pra tratarmos de dor pretensa, temos que pensar nos danos colaterais da pena – os familiares da(o) criminoso(a) que serão atingidos por ela, v. g.<sup>61</sup>

É possível ir além: por mais que a(s) vítima(s) de fato sintam(m)-se prejudicada(s), **o poder punitivo vertical não encontra legitimidade aqui**, pois uma dor jamais poderia ser fundamento para produção de outra, sendo esta última completamente opcional e injustificável, já que dependente de um ato de vontade do Estado, alheio ao conflito. **Isso não significa, entretanto, que o agressor não possa ser censurado de outra forma** – não-aflitiva, como a reparação ao dano causado.<sup>62</sup> A desmotivação gradual da pena com imposição de sofrimento, dando lugar a práticas que esvaziem este conteúdo, com base no princípio da diminuição do sofrimento, é bastante exequível.

Por fim, convido a uma última reflexão, certamente mais radical: será que simplesmente fechar todas as nossas prisões, mesmo sem tentar preencher seu vácuo com qualquer outra instituição, não teria um efeito positivo em termos de redução de sofrimento?

De acordo com a perspectiva apresentada, parece que sim, pois, afinal, quem sairia perdendo – quero dizer – *quem sofreria* se os cárceres fossem, de uma hora para outra, fechados? As vítimas? Provavelmente não; como afirmado anteriormente, a pena não foi pensada para reduzir a dor delas e não procura fazê-lo em momento algum.<sup>63</sup> A sociedade, sob ameaça de ‘pessoas perigosas’? Bem, conforme dito alhures, uma dor *pretensa* não justifica uma dor *certa*. A vida em nossa realidade precisa evoluir a ponto de que, mesmo em um sistema essencialmente desigual, nossa sensação de segurança não mais se baseie no sofrimento alheio – a reflexão para isso, como tentou-se demonstrar, não precisa ir muito longe.

---

<sup>61</sup>Os familiares da vítima também podem experimentar algum sofrimento pelo ato danoso. Entretanto, a imposição de sofrimento proporcionada pelo cárcere aos familiares do (a) delinquente tende a ser maior e mais certa na medida em que aqueles serão privados(as) do convívio com este(a) e de sua eventual contribuição material para a subsistência deles(as), por um período de tempo prolongado.

<sup>62</sup>Empreguei aqui ‘reparação do dano’ em sentido amplo, não me referindo só aos danos pecuniários. Neste sentido, as práticas restaurativas oferecem um caminho bastante interessante. A recente tese de GIAMBERARDINO, *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*, bastante citada ao longo deste artigo, trata bastante bem do tema, que deve ser pensado exatamente não só para ‘ladrões de galinhas’, mas *preferencialmente* para os casos mais complexos.

<sup>63</sup>Isso não quer dizer que a vítima não pode ter sua dor minimizada caso se sinta ‘vingada’ com o sofrimento do agressor; tampouco que esse sentimento não seja legítimo. Entretanto, alimentar essa lógica gera, mesmo que colateralmente, um ciclo de dor bastante perigoso.

## 5. Bibliografia

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro. 3ª edição. Revan: 2002. 256p.

\_\_\_\_\_. Filosofia e direito penal: notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias. Tradução: André Ribeiro Giamberardino. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, Nº 53, P. 11-31. 2011.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. (Versão digital). Disponível em [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_08/e-books/dos\\_delitos\\_e\\_das\\_penas.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf). Acesso em 15 de setembro de 2014.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. (Versão digital). Disponível em <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2014. Batoche Books: Kitchener, 2000

GERALDO, Pedro Heitor Barros. *O utilitarismo e suas críticas: uma breve revisão*. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Pedro%20Heitor%20Barros%20Geraldo\\_Teoria%20da%20Justica.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Pedro%20Heitor%20Barros%20Geraldo_Teoria%20da%20Justica.pdf). Acesso em 15 de setembro de 2014.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. 2014, 238 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2014.

\_\_\_\_\_. *Pobreza, culpabilidade e prisão: diálogos entre a ética da libertação e o direito penal*. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/237617373/Pobreza-Culpabilidade-e-Prisao-AndreRibeiroGiamberardino-pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2014

MARTINELLI, João Paulo Orsoli. *Paternalismo Jurídico-Penal*. 2010, 297 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010

POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Ed. Itatiaia: São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974. 394 p.

RAMOS FILHO, Wilson. *As esquerdas e as crises capitalistas: repensando Weimer*. Disponível em <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/viewFile/16851/16044>. Acesso em 18 de setembro de 2014.

RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Tradução, Laura Alves e Aurélio Rebello – Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. 463 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. 784p.

SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. *Teoria crítica no século XXI*. s.l. Ed. Annablume. 2007. 324 p.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. *En Busca de Las Penas Perdidas: Deslegitimacion y DogmaticaJuridico-Penal*. Segunda reimpression. Buenos Aires: Ediar, 1998. 296 p.

WACQUANT, Loïc. *The penalisation of poverty and the rise of neo-liberalism*. Disponível em <http://www.loicwacquant.net/assets/Papers/PENALISAPOVNEOLIB-EJPPR.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2014.