

## A ‘*ultima ratio*’ do direito de punir. A propósito de um texto de Danilo Zolo

**Eduardo R. Rabenhorst\***

**RESUMO.** A proposta do presente trabalho é analisar o artigo *Filosofia das penas e instituições penitenciárias*, de Danilo Zolo, publicado nesta revista. Nosso interesse pelo texto vem do fato de que ele propõe uma importante reflexão filosófica sobre a legitimidade do direito penal, centrada no exame dos próprios impasses vividos pelas justificativas tradicionais do direito de punir. PALAVRAS-CHAVES: Punição; Direito de punir; Filosofia da pena.

**ABSTRACT.** The purpose of the present work is to analyze the article *Philosophy of Penalties and Penitentiary Institutions*, by Danilo Zolo, published in this magazine. Our interest in the text is motivated by the fact that he proposes an important philosophical reflection about the legitimacy of the Criminal Law, centered on the examination of the impasses experienced by the traditional justifications of the right to punish. KEY-WORDS: Punishment; Right to punish; Philosophy of penalty.

Em um ensaio extremamente instigante, intitulado *Filosofia das penas e instituições penitenciárias*, publicado neste Anuário, o filósofo italiano Danilo Zolo propõe algumas reflexões importantes sobre a legitimidade do direito penal: “A pretensão da comunidade de sancionar os sujeitos desviantes, chegando até a provocar a sua morte, possui um fundamento moral? Por que, prossegue Zolo, se reconhece a alguém o direito de punir e a outros se determina o dever de suportar os sofrimentos que lhe são infligidos”?

Obviamente, as respostas a estes questionamentos não podem ser buscadas na órbita do próprio direito penal. Afinal, ao falarmos de um “direito de punir” estamos pressupondo que alguém detém, de maneira “legítima” – e eis o cerne da questão –, a prerrogativa de exercer algum tipo de violência sobre outros indivíduos sob a forma de coerção, pena ou castigo. O problema consiste, então, em saber se

---

\* Dr. pela Université de Strasbourg III – França. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba.

existiria ou não algum tipo de violência legítima, ou se, ao contrário, como parece sugerir Hobbes, toda forma de violência seria, de certa maneira, um retorno do arcaico e do pré-político<sup>1</sup>.

A discussão sobre o direito de punir parece conduzir, em última análise, como bem percebeu Michel Foucault, a uma reflexão sobre o “poder de punir”. Reflexão tão crucial que ameaça a própria coerência de filosofias políticas profundamente libertárias como é o caso do anarquismo. Com efeito, o uso da coerção contra comportamentos desviantes parece ser pouco compatível com uma teoria que nega todo tipo de relação interpessoal fundada em um princípio de autoridade. Contudo, mesmo admitindo que em uma sociedade libertária as violações ao direito seriam muito raras, os teóricos anarquistas reconhecem a incontornável necessidade de um “direito de punir”.<sup>2</sup> A mesma dificuldade aparece também no âmbito do marxismo. Afinal, a crítica marxista do direito penal propõe uma “prática social transformadora” que resultaria no fim da prisão, mas ela não consegue abolir o exercício da coerção como instrumento de

---

<sup>1</sup> Sobre este ponto é extremamente interessante a leitura do capítulo X do livro de Yves Charles Zarka intitulado *Hobbes et la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1995. Este capítulo foi publicado separadamente em português no volume 5 da revista *Filosofia Política. Nova Série*, Porto Alegre, L&PM, 2000, pp. 156-177. O que a análise feita por Zarka nos mostra é a tensão existente no pensamento de Hobbes entre o direito de punir (que não resulta do ato protofundador do contrato social descrito no *Leviatã*) e o direito de resistência concebido pelo filósofo inglês como uma espécie de direito natural.

<sup>2</sup> Vide James Guillaume, *Idées sur l'organisation sociale* (1876), Paris, Édition du groupe Fresnes-Antony de la Fédération anarchiste, *Volonté Anarchiste*, n° 8, 1979. Sobre este aspecto é extremamente interessante ver como o “direito de punir” aparece em uma experiência concreta de implantação de uma comunidade alternativa, no caso, a comunidade de Christiania na Dinamarca. Por isso sugerimos a leitura do artigo de Jean-

Manuel Traimond, “Naissance du droit à Christiania”, *Refractions*, numéro 6, hiver 2000, p. 99-106.

controle social, ainda que passe a definir tal exercício como uma estratégia de desenvolvimento da “consciência de classe”.<sup>3</sup>

## 1

Os cientistas sociais chamam de “socialização” o processo pelo qual os indivíduos internalizam um sentimento de lealdade com relação à comunidade a qual pertencem, adotando suas normas, crenças, idéias, valores e objetivos. Contudo, apesar de toda a pressão exercida pela estrutura social no sentido de padronizar os comportamentos, os indivíduos sempre tendem a adotar comportamentos desviantes. Neste sentido, duas questões intrigam profundamente os cientistas sociais: (1) Por que, em certas circunstâncias, um indivíduo é levado a transgredir normas, principalmente aquelas para as quais o controle social institucionalizado prevê sanções graves? (2) Como as sociedades legitimam as sanções por elas utilizadas como meio de repressão aos comportamentos desviantes?

Antropólogos e sociólogos mostram que, nas sociedades tradicionais, o desvio social é sempre considerado sob um prisma “mágico”, ou seja, como um rompimento da harmonia sagrada ou cósmica que pode desencadear fenômenos celestes ou epidemias, por exemplo<sup>4</sup>. Em verdade, as sociedades tradicionais são “comunidades”, pois nelas a organização da vida social está fundada em laços orgânicos que fazem com que os indivíduos sejam sempre considerados como parte de um todo<sup>5</sup>. Como nestas comunidades o poder só se legitima na medida em que ele mantém a coesão social e os valores coletivos, a punição tende a ser vista como uma restauração do equilíbrio sagrado rompido. Por este motivo, não é de se estranhar que a sanção penal venha freqüentemente cominada com o recurso à forças sobrenaturais.

---

<sup>3</sup> Vide Juarez Cirino dos Santos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

<sup>4</sup> Vide Norbert Roulard. *Antropologie juridique*. Paris: PUF, 1988.

<sup>5</sup> Vide Ferdinand Tönnies. *Communauté et société*. Retz: CEPL, 1977.

Nestas sociedades tradicionais não encontramos a constituição de um campo jurídico autônomo com relação aos outros mecanismos de regulamentação da vida social. Por isso, nas sanções impostas aos infratores, elementos religiosos, morais, sociais e psicológicos encontram-se intimamente entrelaçados. De certa maneira, como observa Robert Weaver Shirley, nestas sociedades arcaicas não há “crimes” no sentido de um delito contra a comunidade, mas só contra indivíduos<sup>6</sup>. Por esta razão, o papel da sanção penal é muito mais o de permitir a “descarga” da emoção coletiva causada pelos delitos individuais.

Estas representações coletivas de unidade social foram abolidas pelo processo de racionalização progressivo que deu origem às sociedades modernas. Nesta nova forma de organização da vida social, as normas culturais e as proibições religiosas cederam lugar para a representação do indivíduo como sujeito autônomo e responsável. Representação que, na opinião de Pierre Legendre, é a fonte do próprio direito penal secular<sup>7</sup>.

Nas sociedades modernas, o Estado monopoliza a produção e a aplicação do direito. Toda infração, após ter sido estabelecida e caracterizada como tal, é sancionada pelo aparelho repressivo do Estado independentemente de qualquer apreciação pessoal. A função desta sanção não é mais a de restaurar a harmonia sagrada rompida, mas ela visa proteger os valores sociais e intimidar os infratores prevenindo futuros delitos. Mais tarde, a sanção penal receberá também uma função educativa, sendo definida como uma forma de se reconduzir os infratores à ordem social.

Conforme observa Danilo Zolo, a filosofia ocidental, ao longo deste processo histórico, formulou duas grandes construções teóricas de legitimação do direito de punir. Na primeira, que recebe de Zolo o

---

<sup>6</sup> Vide Robert Weaver Shirley. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

<sup>7</sup> Vide Pierre Legendre. *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*. Leçons VIII. Paris: Fayard, 1982.

nome de *paradigma da ordem cósmica*, a justiça punitiva foi justificada a partir da idéia de ordem ou de harmonia universal.

Platão, por exemplo, em seu célebre diálogo *Górgias* (475 e 481 a), apresenta a punição sob uma ótica “terapêutica” ligada à idéia de purgação ou salvação da alma. Para o filósofo grego, cometer uma injustiça é o que existe de pior para a alma humana. Por esta razão, a punição deve ter um caráter “médico”, pois quando uma injustiça é praticada, a própria alma do criminoso é que se encontra em jogo. Punir é, pois, curar. Por isso, ainda que a punição traga um sofrimento para aquele que a recebe, pior seria para este indivíduo permanecer impune, pois, neste caso, ele jamais ficaria curado de seu mal.

Esta representação da justiça punitiva persistiu durante todo o período medieval. A partir dos séculos 17 e 18, no entanto, a filosofia política ocidental, mesmo manifestando uma perspectiva de continuidade com relação à visão retributiva da punição, propôs a necessidade de se conceber o “direito de punir” a partir de uma discussão ordenada sob o esquema do contrato social.

Rousseau, por exemplo, em seu *Contrato social* de 1762, concebe que a conservação do pacto social é o motivo pelo qual se justifica a punição do infrator. O criminoso, diz Rousseau, “atacando o direito social, pelos seus crimes torna-se rebelde e traidor da pátria, deixa de ser um seu membro ao violar suas leis (...) e, quando se faz que um culpado morra, é menos como cidadão do que como inimigo”.<sup>8</sup>

Esta mesma idéia de que o pacto social exige retaliações contra aqueles que cometeram um delito é sustentada por Kant. A sociedade tem o direito de punir aquele que se beneficiou das vantagens oferecidas pelo contrato sem respeitar as obrigações dele resultante. A punição é, enquanto tal, uma retribuição justa e moralmente imperativa, independentemente do fato de que ela seja, do ponto de vista instrumental, proveitosa ou não.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Cf. Jean-Jacques Rousseau. *O contrato social*. São Paulo: Abril, 1978. p. 52. (Col. Os Pensadores)..

A segunda grande construção teórica de legitimação do direito de punir foi proposta pela filosofia utilitarista. Em franca oposição à perspectiva kantiana, Beccaria e Bentham justificam a justiça punitiva a partir das idéias de defesa social, prevenção e ressocialização. Para os utilitaristas, o retributivismo ignora os efeitos que a punição deve almejar. Afinal, a punição é um mal que apenas pode ser justificado na medida em é capaz de produzir resultados úteis (proteção da sociedade e prevenção de futuros delitos) e não como uma simples represália equivalente ao dano produzido. Nesta ótica, a pena deve sempre apontar para o futuro e não para o passado. Sua função não é restaurar um equilíbrio rompido, mas impedir males ainda maiores “corrigindo – como escreve Claus Roxin – o corrigível, isto é, o que hoje chamaríamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação de liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis”.<sup>10</sup>

Por trás da aparência de humanização do direito penal operada pelo paradigma utilitarista, o que subsiste é uma profunda transformação do exercício do controle social no âmbito da sociedade europeia moderna. Em *Vigiar e Punir*, Foucault descreve esta transformação histórica do poder de punir, mostrando como ela deixa de ser um espetáculo teatral de “suplício do corpo” para se converter pouco a pouco em uma “prisão do corpo”, submetida aos mecanismos administrativos de uma nova e moderna burocracia penal que atua por meio de princípios de vigilância detalhada, de inspeção e de individualização (a prisão filadelfiana e o modelo do Panopticon proposto por Bentham)<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Vide Immanuel Kant. *Métaphysique des moeurs II, Doctrine du droit*. Paris: Flammarion, 1994, § 49, p. 152.

<sup>10</sup> Cf. Claus Roxin. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1998. p. 20.

<sup>11</sup> Vide Michel Foucault. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987. Neste sentido, Foucault mostra que a *mutação do punir* é acompanhada por uma *mutação dos delitos*, pois com a passagem de uma economia agrícola para uma economia do tipo

Este novo modelo de punição, conforme escreve Danilo Zolo:

*(...) propõe-se como uma inovação radical com relação à irracionalidade do sistema penal pré-moderno: pretende humanizar as penas, suavizá-las, finalizá-las à recuperação do criminoso, além de eliminar delas a sumariedade e a exemplaridade simbólica que, durante séculos, haviam feito do suplício a pena por antonomásia (...) Assim, a pena carcerária torna-se rapidamente a pena por excelência, por ser considerada pena ‘racional’ também por excelência”.*

## 2

É chegada a hora de examinarmos se estes dois paradigmas filosóficos da punição cumprem seus objetivos de oferecer um efetivo fundamento para o direito de punir. Quando falamos do “fundamento” estamos enfocando dois aspectos: racionalidade e legitimidade. Com efeito, fundamentar o direito de punir é mostrar que o mesmo não é arbitrário, ou seja, que ele não apenas repousa em “razões sólidas”, mas também é “aceitável” do ponto de vista moral.

O modelo retributivo, em sua acepção originária, só é compatível com um tipo de organização social que se recusa a conceber, nos termos de Pierre Clastres, a existência de um “poder separado”.<sup>12</sup> Neste sentido, parece-nos desnecessário mostrar aqui a impossibilidade de funcionamento deste modelo nas sociedades modernas que operaram uma profunda transformação das representações coletivas de unidade social. No mais, o paradigma

---

industrial, os crimes de sangue diminuem em favor do crescimento dos crimes contra a propriedade.

<sup>12</sup> Vide Pierre Clastres. *A sociedade contra o Estado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990. De certa forma, este modelo ainda é possível no mundo islâmico pelo fato de que neste a justiça penal pertence à esfera da ação privada e não pública (uma ação penal depende da parte prejudicada e por ela pode ser obstaculizada).

cósmico originário, plenamente adequado às comunidades tradicionais, é por demais teológico para passar pelo crivo das concepções seculares da racionalidade e da moralidade forjadas pela cultura ocidental.

O paradigma retributivista moderno de Rousseau e Kant, por sua vez, parece repousar sob bases teóricas profundamente questionáveis. Com efeito, como muitos autores observaram, a idéia de contrato social que fundamenta o direito de punir neste modelo teórico é uma ficção teórica *voluntarista* (concebe a poder político como algo dependente da vontade humana), *consensual* (pressupõe um “acordo” de vontades) e profundamente *individualista* (funda o poder político em uma aceitação por parte de indivíduos considerados “racionalis”). No mais, como já ressaltamos, o modelo retributivo está restritivamente voltado para o passado. Ora, na órbita do direito penal a restauração do passado é impossível, pois a pena, diferentemente do dano, não é um ressarcimento ou reparação<sup>13</sup>.

Por fim, nada na argumentação de Kant e Rousseau permite assegurar o caráter racional da punição. Com efeito, por que punir o criminoso seria mais “racional” do que perdoo-lo? Afinal, considerar a punição como um imperativo (e não como uma faculdade ou possibilidade) é imaginar que um homem não pode expiar seus crimes. Em contrapartida, acreditar que um homem pode efetivamente se redimir, implica em avaliar melhor o lugar do perdoo no âmbito dos nossos sistemas penais<sup>14</sup>.

O paradigma utilitarista da punição parece ser mais sedutor. Contudo, ele também encontra grandes dificuldades. Não estamos nos referindo apenas às tradicionais objeções que lhe são formuladas (a não delimitação do conteúdo do poder punitivo do Estado e a não

---

<sup>13</sup> Vide Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoria del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1977.

<sup>14</sup> Sobre este aspecto é extremamente proveitosa a leitura de uma entrevista concedida por Jacques Derrida ao *Le Monde des débats*, nº 9, dezembro de 1999, intitulada *Le siècle et le pardon*.



comprovação de seu efeito preventivo ou dissuasivo). Na verdade, como aponta Danilo Zolo, a irracionalidade do paradigma utilitarista aparece muito mais no plano de sua *concretização* em um sistema penitenciário, ou seja, na incongruência “dos meios com relação aos fins sociais formalmente declarados e institucionalizados”. Com efeito, por mais que as teses de Erving Goffman sejam vistas atualmente com certas reservas, o cárcere continua sendo uma “instituição total” que descumpra todas as funções assinaladas pelo discurso utilitarista<sup>15</sup>. O sistema prisional, ao invés de reduzir, acaba por fabricar ainda mais criminalidade, além de violar frequentemente o princípio basilar da dignidade humana que informa a maior parte dos nossos sistemas constitucionais.

Os mais otimistas acreditam que este seria apenas um problema conjuntural passível de ser solucionado com certas reformas (medidas alternativas, prisão domiciliar, ampliação das garantias penais etc.). Outros acreditam que estamos diante de um problema de ordem conceitual. Para estes últimos, todas as teorias das penas das quais dispomos constituem verdadeiros obstáculos *normativos* e *culturais* para uma verdadeira transformação do direito penal.

Esta parece ser a opinião compartilhada pelo próprio Danilo Zolo. Respondendo às indagações com as quais iniciamos este texto, o filósofo italiano conclui pela impossibilidade de se formular “algum princípio filosófico que justifique em termos universais os direitos e deveres penais: o direito de alguns de produzir sofrimentos e o dever de outros de se submeterem a eles”.

Mas, diante desta conclusão surge um novo e crucial questionamento. Afinal, se não existe uma “ultima ratio” para o direito de punir e se o sistema penitenciário é, visivelmente, tão irracional, por que continuamos punindo os indivíduos subtraindo suas liberdades, quando não suas próprias vidas?

Danilo Zolo sugere que, de alguma maneira, a resposta a este novo questionamento pode ser encontrado nas idéias de René Girard. Com

---

<sup>15</sup> Sobre o conceito de instituição total vide Erving Goffman. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1987.

efeito, em *A violência e o sagrado* (1972), Girard defende a tese de que o sacrifício desempenha um papel fundamental na medida em que toda sociedade estaria sempre ameaçada pela violência. Na origem desta violência encontra-se o desejo mimético, pois segundo Girard, o homem é uma criatura que deseja intensamente, sem saber exatamente qual é o objeto do seu desejo. Dessa forma, algo é desejável na medida em que também é desejado por outros.

Ora, o desejo daquilo que o outro deseja conduz a um círculo vicioso de violência que põe em risco a própria vida em comum. Daí a escolha de um “bode expiatório” como forma de desviar a violência coletiva e de apaziguar as rivalidades. O sacrifício, portanto, é um procedimento por meio do qual a sociedade acredita proteger seus membros substituindo a violência de todos contra todos pela violência de todos contra um. Diante de um crime, então, uma solidariedade é produzida, visto que a punição de uma vítima expiatória realiza uma catarse das pulsões agressivas da coletividade<sup>16</sup>.

Mesmo sem compartilhar por completo das teses de *A violência e o sagrado*, Zolo acredita que a permanência de nossos modelos punitivos está vinculada a “impulsos coletivos irracionais (...) e a mecanismos psicológicos elementares que atribuem à sanção penal uma função vingativa e retributiva que nada tem em comum com as finalidades da defesa social”.

Neste sentido, todas as profundas transformações sofridas pela sociedade moderna não parecem ter sido suficientes para anular a cultura do medo e os mitos sobre os quais as práticas de castigo se ancoram<sup>17</sup>. Em suma, nosso mundo não é tão “desencantado” como parece ser a primeira vista, pois a persistência das instituições penitenciárias, ao mesmo tempo dissimula e revela, o fato de que estamos todos encarcerados na prisão simbólica dos nossos medos ancestrais.

---

<sup>16</sup> Vide René Girard. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990.

<sup>17</sup> Sobre este aspecto vide Alípio de Sousa Filho, *Medos, mitos e castigos*, São Paulo, Cortez Editora, 1995.

Esta conclusão é particularmente interessante no caso da realidade brasileira. Com efeito, mesmo tendo consciência de que vive em um dos países mais injustos do mundo, a sociedade brasileira não se sensibiliza com a profunda ilegitimidade de seu sistema penal nem com os mecanismos extralegais ou informais de controle social. Dominada por um processo de produção de opinião nitidamente ideológico, conduzido com virulência por programas diários de rádio e de tevê, ela é insensível às práticas usuais de linchamentos, tortura e eliminação de detentos. Sem perceber que sua justiça punitiva, legal e extralegal, é extremamente seletiva e estigmatizante, ela acusa os grupos de defesa de direitos humanos de insensibilidade diante da criminalidade e reivindica a tomada de “medidas fortes” contra a escalada da violência, em particular a pena de morte<sup>18</sup>. Envoltas em um imaginário autoritário (e violentada em seu acesso aos bens essenciais) a sociedade brasileira transfere seus medos para os grupos vulneráveis, transformando-os em mediadores simbólicos do desejo coletivo de reencontro com uma onipotência primordial.

---

<sup>18</sup> Vide Angelina Peralva. *Violência e democracia. O paradoxo brasileiro*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.