



Plural - Revista de Ciências Sociais

ISSN: 2176-8099

Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da  
Universidade de São Paulo

Pires, Álvaro; Gisi, Bruna; Tonche, Juliana; Alvarez, Marcos Cesar; Oliveira, Thiago  
A teoria da "Racionalidade Penal Moderna" e os desafios da justiça juvenil  
Plural - Revista de Ciências Sociais, vol. 24, núm. 1, 2017, Janeiro-Junho, pp. 124-160  
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2176-8099.pcso.2017.137506>

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=649770014007>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org



Sistema de Informação Científica Redalyc  
Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal  
Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa  
acesso aberto

## A teoria da “Racionalidade Penal Moderna” e os desafios da justiça juvenil

Entrevista com Álvaro Pires<sup>a</sup>

Realizada por Bruna Gisi<sup>b</sup>, Juliana Tonche<sup>c</sup>, Marcos Cesar Alvarez<sup>d</sup> e Thiago Oliveira<sup>e</sup>

Esta longa entrevista é o resultado de uma série de trocas de e-mails entre o professor Álvaro Pires e nós, entrevistadores, realizadas no mês de fevereiro de 2017. Dada a impossibilidade de realizarmos a entrevista pessoalmente, o entrevistado gentilmente aceitou nos enviar as respostas às nossas perguntas via e-mail. Este foi somente o início de um rico diálogo que travamos com o professor Álvaro Pires, cujo produto final apresentamos agora.

Elaboramos inicialmente questões que conformaram três blocos de perguntas e acreditamos que o texto final publicado preservou esta estrutura: um primeiro bloco sobre a trajetória profissional do professor Álvaro Pires, um segundo bloco que aborda suas principais contribuições teóricas, em especial a teoria da Racionalidade Penal Moderna, e um último bloco de questões direcionadas às especificidades da justiça juvenil. Este último bloco, em particular, suscitou alguns desdobramentos em relação às questões que havíamos proposto de início, demonstrando o quanto este tema ainda levanta importantes desafios àqueles que se propõem a estudá-lo.

Esperamos que gostem da entrevista tanto quanto nós apreciamos o resultado final, certos de que o texto, além de trazer provocações importantes para o campo dos estudos da punição, especialmente em relação ao público infanto-juvenil, reflete também o perspicaz senso de humor que é marca do professor Álvaro Pires, uma dentre suas muitas qualidades, tanto estimadas por aqueles que têm o prazer de conhecê-lo pessoalmente.

---

a Formado em Direito pela antiga UEG (Universidade do Estado da Guanabara), mestre e doutor em Criminologia pela Universidade de Montreal. Atualmente é professor na Universidade de Ottawa.

b Formada em Ciências Sociais pela UFPR, mestre e doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo. Atualmente é pós-doutoranda do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

c Formada em Ciências Sociais pela UFSCar, mestre (UFSCar) e doutora (USP) em Sociologia. Atualmente é pós-doutoranda do Departamento de Sociologia da USP.

d Formado em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, mestre, doutor e livre-docente pela mesma instituição. Professor do Departamento de Sociologia da USP e pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência, NEV/USP.

e Formado em Ciências Sociais pela USP, com mestrado pela mesma instituição. É atualmente pesquisador do NEV/USP.

**Revista Plural** *Prezado professor Álvaro Pires, é uma grande satisfação poder contar com sua colaboração em nosso dossiê. Para começar, gostaríamos que o professor falasse um pouco de sua trajetória pessoal e de formação. Por quais caminhos o professor chegou, ainda no Brasil, a cursar a faculdade de Direito, entre 1968 e 1972? E como, posteriormente, enveredou pelos estudos nos campos da Criminologia e da Sociologia da Punição?*

**Álvaro Pires** Mesmo para mim, é difícil saber como desenvolvi o projeto de fazer Direito. Selecionei influências inconscientemente. Posso imaginar uma influência vinda da família da minha mãe, onde houve uma tradição de juristas. Isso era tema de muita conversa no meio familiar e meus avós e minha mãe começaram a me “projetar” como jurista. Só consigo ver esse núcleo de influência: querer fazer algo com o Direito e pelo Direito.

É mais fácil ver como fui me orientando para o Direito Criminal, a Criminologia e a Sociologia da Punição. Inspirando-me em uma distinção luhmanniana, hoje prefiro dizer que faço uma “Sociologia do Direito Criminal *com* o Direito Criminal” (por oposição a uma Sociologia do Direito Criminal *sem* o Direito). Quando comecei meus estudos de Direito na antiga UEG (Universidade do Estado da Guanabara), fui ver o que se passava no *Instituto de Criminologia*, fundado e ainda dirigido pelo professor Roberto Lyra (pai). Acabei integrando um pequeno grupo de estudantes em volta dele. Íamos ao seu apartamento, na Av. Beira-Mar no centro do Rio, e ficávamos sentados em círculo no tapete da sua casa, discutindo com ele alguns temas e escutando o que ele nos ensinava. Deixei-me seduzir pela sua visão humanista e social do Direito Criminal e tomei, aos poucos, consciência dos problemas que havia nesse Direito, incluindo o uso excessivo da prisão que parecia – como parece ainda – para muitos juristas como “necessário”. Com o tempo, ele me recomendou entrar em contato com o seu filho, o professor Roberto Lyra Filho, que estava na Universidade de Brasília. Disse-me que ele poderia me ajudar mais agora, no ponto em que eu estava e em razão dos meus interesses filosóficos paralelos. Eu havia feito um trabalho na UEG sobre o livro do seu filho, *Criminologia Dialética*, que quase ninguém ousava tocar achando muito complicado. E era mesmo. Então escrevi para o professor Roberto Lyra Filho, falamos por telefone, e fui encontrá-lo em Brasília. Daí em diante, eu me tornei seu aluno sem vínculos formais e rapidamente seu amigo. Mantivemos esse contato até o dia em que ele nos deixou. No interregno, eu fiz também dois anos de prática profissional, um em Direito Civil e Comercial e outro em Direito Criminal sob a supervisão do meu professor de Direito Penal na UEG, Sergio do Rêgo Macêdo. Ele me convidou para trabalhar com ele e essa experiência me ajudou muito. No

Rio, eu estabeleci também uma relação com o professor Heleno Fragoso, relação que também permaneceu mesmo depois da minha saída do Brasil, até o seu falecimento. Com o Lyra pai e filho, eu tomei consciência da existência do programa de Criminologia da Universidade de Montreal.

Além disso, através de um teólogo jesuíta com quem eu andava e que foi importantíssimo na minha formação intelectual e existencial, o padre João Batista Libânio, naquela época diretor do Departamento de Teologia da PUC-Rio, entrei em contato com um professor húngaro, o padre Bento, também da PUC, que me apresentou a dois professores da Universidade de Montreal, Denis Szabo e José Maria Rico. Denis Szabo também se correspondia com o Roberto Lyra Filho, o que facilitou muito o meu projeto de ir estudar no Canadá. Por volta do terceiro ano de Direito, comecei a fazer cursos de Sociologia na PUC-Rio, onde selecionei os cursos de teoria sociológica, de epistemologia e de metodologia. Nessa ocasião, fui aluno do professor Pedro Demo, que também teve um papel importante na minha formação.

O projeto de estudar no Canadá acabou não sendo tão linear assim e quase não aconteceu. Não tinha bolsa de estudos e com a família fazendo pressão para que eu saísse do Brasil (época de ditadura), acabei indo primeiro para a Alemanha, onde recebi uma bolsa. Libânio, que havia estudado na Alemanha, indicou-me essa bolsa e me deu uma carta de recomendação. O mesmo fez Pedro Demo que havia feito o seu doutorado na Alemanha. Fiquei mais ou menos um ano perto de Munique e fui aceito por Alessandro Baratta para fazer o meu doutorado com ele em Saarbrücken. Por várias razões, não cheguei a conhecê-lo nessa ocasião. Saí de Munique para Lovaina. Em Lovaina, conheci o professor Lode van Outrive, sociólogo da Universidade Católica de Lovaina, que me recomendou restabelecer contato com Montréal. Fui então para o Canadá, mas lá fiz primeiro um mestrado em Criminologia na Faculdade de Ciências sociais da Universidade de Montreal, onde fui assistente também do professor Guy Rocher em Sociologia. Quando comecei meu seminário de doutorado, foi aí que fui ser aluno do Baratta, pois ele havia sido convidado pela Universidade de Montreal para dar esse seminário naquele ano. Veja como a vida pode dar voltas imprevisíveis. Em 1980, eu obtive um posto regular de professor na Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Ottawa, onde fiquei definitivamente. Naquela época, o Departamento de Criminologia havia terminado uma avaliação institucional da qual participou Thorsten Sellin e estava começando a se reconstruir. Eu participei ativamente desse processo de reconstrução...

**Revista Plural** *Um encontro casual com Michel Foucault, na época em que o professor ainda era estudante, parece ter sido importante em vários aspectos na sua trajetória de formação. Poderia contar um pouco a história deste encontro?*

**Álvaro Pires** Sim, esse encontro foi um evento curto, mas muito significativo. Ocorreu depois da publicação de *Surveiller et punir*. Acho que foi em 1978. Eu estava no doutorado. Foucault foi convidado para dar uma conferência na Universidade de Montreal sobre o “fracasso da prisão” no quadro da *Semana dos presos*. Era uma atividade da *Liga dos Direitos dos Presos*. Essa conferência não foi publicada em *Dits et écrits*, mas só posteriormente na revista *Criminologie*. Pois bem, durante o meu mestrado, um dos meus primeiros trabalhos foi inspirado em boa parte pelo curso do Foucault na PUC-Rio, *A verdade e as formas jurídicas*. Eu tinha a primeira versão desse curso, publicada pelos *Cadernos da PUC-Rio* em 1974. Esse texto não existia ainda em francês. Ainda hoje, eu fico surpreso com a minha ingenuidade. Eu estava no auditório e havia levado comigo uma cópia desse trabalho. Imaginem, era o meu primeiro ou segundo trabalho em francês! Naquela época, os textos eram escritos em máquina de escrever. As correções posteriores eram feitas com caneta ou lápis nas margens para não ter que datilografar tudo de novo. Quando Foucault terminou a conferência, eu me dirigi para a mesa, apresentei-me, disse uma palavrinha sobre o tema do meu trabalho e sobre a influência do seu curso no Rio sobre esse texto. Perguntei-lhe então se ele podia comentar o meu trabalho, pois não sabia se faria ou não um doutorado a partir dele. O meu número de telefone estava inscrito na primeira página. Ele pegou o meu trabalho e, muito gentilmente, disse-me, sem prometer nada, que a sua agenda parecia totalmente ocupada, mas que, se fosse possível, me daria notícias. Ele ficaria alguns dias em Montreal. Acho que foi numa quinta-feira, eu estava trabalhando à noite em casa quando o telefone tocou. Eu atendo desprevenido, ele se apresenta: “Aqui quem está falando é Michel Foucault”. Se não tive um ataque cardíaco nessa noite, fica difícil imaginar outra oportunidade igual! Ele me diz: “Li o teu trabalho e percebi que o meu próximo domingo está livre. Se você quiser, podemos nos encontrar no meu hotel e trabalhar juntos pela manhã. Na parte da tarde, tenho que fazer algumas compras. Se quiser, você pode me acompanhar e depois visitamos um pouco Montreal”. Não preciso dizer qual foi a minha resposta...

O conteúdo do encontro foi bem variado. Começamos pelo meu trabalho e levei um susto quando Foucault se ofereceu para me orientar no *Collège de France*, lembrando-me que estava consciente das grandes dificuldades para mim de ordem material e prática naquele momento. Eu teria que voltar para a Europa e naquele

momento isso era inviável. Depois discutimos sobre *Surveiller et punir*, particularmente sobre dois subtemas: a questão das “críticas repetitivas à prisão” e sobre uma interpretação que a Criminologia Crítica daquela época estava fazendo das “penas alternativas”. Esse discurso sobre as penas alternativas estava buscando apoio no seu livro e eu estava em franco desacordo com essa conexão. A Criminologia Crítica estava preocupada (o que era compreensível) com a “questão do alargamento da rede de controle social”. Eu participava desse “debate interno”. Muitos colegas criticavam as sanções alternativas afirmando que elas estavam servindo, sobretudo, para alargar a rede de controle social (“sociedade de vigilância”). Mas a maneira pela qual essa crítica estava sendo feita era ambígua e incompleta, e eu via nisso um grande risco. Muita gente que podia estar contra o uso abusivo da prisão estava começando agora a ficar (também?) “contra as alternativas”. Esse discurso estava sendo mal compreendido. Estava dando a impressão de que, “para sermos críticos”, teríamos que ser contra as alternativas porque elas estariam alargando a rede de controle social. Eu achava isso muito perigoso. Via o risco de nos levar a ficar com a prisão. E também não estava de acordo com o fato de que as observações de Foucault em *Vigiar e Punir* nos conduziam a essa tomada de posição teórica ou política. Para mim, mesmo se as sanções alternativas estivessem de fato aumentando a rede de controle, tínhamos que continuar lutando por elas e buscando *desbloquear* o que estava impedindo o recuo do uso da prisão. Não podíamos nos posicionar *contra elas*, por mais contraditório que isso parecesse. Eu via o grande risco de uma “volta à prisão”. Vários juristas humanistas e progressistas haviam começado a se posicionar contra as alternativas com esse argumento. Limitar-me-ei aqui a resumir a resposta do Foucault quando eu lhe perguntei: “Professor, suponhamos que as sanções alternativas estejam aumentando efetivamente a rede de controle social. Eu não consigo ver no seu livro nenhum argumento podendo servir para sustentar a ideia de que isso justifica uma crítica que nos leve a abandonar essas alternativas. Tenho receio de que isso nos conduza de volta para a prisão a fim de evitar o alargamento do controle. O senhor acha que devemos lutar contra as alternativas por essa razão?”. A sua resposta foi contundente: “Claro que não! Se eu achasse que o alargamento da rede de controle merecesse nos fazer recuar ou nos levar a ficar onde estamos, eu teria sustentado em *Surveiller et punir* a ideia de ficar com os suplícios. Como eu disse, os suplícios recaíam sobre muito menos gente do que a prisão. O que temos que fazer é sustentar as alternativas e examinar o que está impedindo de adotá-las ainda mais, identificar a racionalidade e as razões que estão impedindo um maior uso das alternativas. Temos também que ver quais são os novos problemas que elas levantam ou suscitam, mas sem cair

na armadilha de recuar ou de ficar aonde estamos”. Desse encontro, eu retirei um *projeto de conhecimento* que vai me conduzir à elaboração da teoria sobre a Racionalidade Penal Moderna. Só que, nessa época, nada disso foi consciente e esse processo não foi plenamente planejado.

**Revista Plural** Além de Michel Foucault, um outro autor que é muito importante para a elaboração de suas teorias no campo da Criminologia é Niklas Luhmann. O professor poderia detalhar a importância do diálogo com esse autor em sua trajetória intelectual?

**Álvaro Pires** Essa dupla influência sempre surpreendeu os meus colegas sociólogos e filósofos. Para ser sincero, surpreendeu até a mim mesmo. Ela foi tardia e não prevista; simplesmente “aconteceu”. Nos meus trabalhos, ela só começa a ficar um pouco visível nos anos 2000. Essa “mistura” de Foucault com Luhmann é tão enigmática quanto seria, nos anos 1970, sair dizendo que eu estava construindo uma teoria colocando juntos Karl Marx e Talcott Parsons. É curto-circuito imediato no cérebro do interlocutor, podendo dar motivos para uma acusação de homicídio intencional... Para compreender essa articulação, o meu interlocutor tem, é claro, que começar por se desfazer de alguns pressupostos que eventualmente tenha sobre Luhmann.

Foucault e Luhmann têm várias interfaces teóricas compatíveis. Ambos tratam de “sistemas”. Ambos *desubstancializaram* radicalmente as análises ou contribuições que fazem. Ambos se inscrevem nessa geração de intelectuais que foi chamada de “anti-humanistas”. Essa categoria inclui teóricos bem diferentes: Lévi-Strauss, Althusser, Poulantzas (segunda fase), Foucault, Luhmann, entre outros. É melhor até abandonar essa distinção humanista/anti-humanista, uma vez que ela cria mais mal-entendidos do que boas descrições.

Claro, há também diferenças enormes. Cada um desenvolve um estilo bem diferente de crítica. Mas, no quadro dessa diferença, algo de compartilhado pode ser observado: para os dois, a “realidade” compreende não somente o que foi ou o que está sendo *atualizado*, mas igualmente o que é *possível* (mas não foi selecionado). A realidade compreende então a *possibilidade* de ter podido fazer outra coisa e também a possibilidade de sair do estado atual fazendo outra coisa que poderia ter sido melhor ou que pode vir a ser melhor. É a fonte da crítica construtiva. Boaventura de Souza Santos também fez contribuições importantes indicando o mesmo ponto. O problema aqui é que o observador tem que conhecer bem a teoria do Luhmann e também fixar a sua atenção nesse ponto.



Além da diferença que existe no estilo da crítica, o que dá impressão de incompatibilidade absoluta entre eles é a grande diferença em seus projetos de conhecimento. Foucault identifica e trata de “problemas de conhecimento e de poder” (*enjeux de connaissance et de pouvoir*); Luhmann tem o projeto de construir uma teoria sociológica descritiva da sociedade moderna e de desenvolver (para isso) uma caixa de ferramentas conceituais novas para a Sociologia. A teoria do Luhmann não tem explicação embutida, ela não foi feita para fornecer explicações antecipadas (como podemos encontrar tanto no funcionalismo de Parsons como no marxismo). E as explicações que encontramos em Foucault são *específicas aos objetos* (como toda explicação deve ser) e não foram elaboradas com o objetivo de construir uma teoria. Então, de certa maneira, se alguém tiver o projeto abstrato de articular os dois, tudo indica que não vai dar certo... Mas esse nunca foi o meu projeto nem o que eu fiz. O meu projeto não é o de fazer uma *síntese* desses autores. Para mim também isso ainda é impensável. O que se passou então?

Como pesquisador, eu estava preocupado com um problema específico, problema que foi visualizado em boa parte por Foucault nas “críticas repetitivas sem sucesso à prisão” e em boa parte no meu trabalho com as comissões de reforma do Direito que não conseguiam reformar o Direito para reduzir nem a escala elevada das penas nem o uso da prisão de maneira realmente significativa. Eu não estava buscando colocá-los juntos. Isso aconteceu simplesmente porque os dois me forneciam ideias, conceitos, instrumentos e informações maravilhosos para o meu problema. Sendo pesquisador, e não mediador de conflitos familiares, não havia qualquer razão para me privar da contribuição deles. Aliás, a teoria que estamos construindo, não foi um “objeto” tratado por nenhum deles. Foucault se limitou a elaborar, como me disse, uma “hipótese provocadora” para explicar o fracasso (ou “sucesso”) das críticas repetitivas à prisão. E Luhmann não chegou a observar o sistema de Direito Criminal como um subsistema do sistema de Direito, embora tivesse dito que isso poderia ser feito sob certas condições<sup>1</sup>.

Para a surpresa de muitos sociólogos, eu fui buscar o Luhmann por razões empíricas. Mas, chegando nele, descobri também razões teóricas: a sua teoria oferecia conceitos e estruturas maravilhosas para organizar as minhas próprias observações e investigações. Descobri também razões epistemológicas e metodológicas: a sua teoria adaptava uma teoria geral da observação que me proporcionou (claro, graças ao desenvolvimento que eu também dei a ela) um novo método de

---

1 Foi o meu colega e amigo Raffaele De Giorgi que me ajudou a ver isso, passando-me uma entrevista em italiano que ele havia realizado com o Luhmann. As conversas com Raffaele me ajudaram muito.



análise qualitativa dos meus dados e um novo enquadramento epistemológico para as minhas pesquisas e para a teoria. No plano epistemológico, uma das grandes implicações dessa teoria da observação foi o abandono completo e integral da distinção realismo/construtivismo.

O interesse empírico que me conduziu à teoria do Luhmann foi o seguinte. Eu estava fazendo há vários anos uma longa pesquisa histórica sobre todas as transformações legislativas no Código criminal canadense entre 1892 e 1955. Na verdade, uma parte desse projeto ia até 1991: um século de trabalhos legislativos<sup>2</sup>. Visualizamos aqui *um dado empírico* que não conseguíamos explicar da maneira pela qual a História e a Sociologia explicavam as transformações legislativas.

Com dois historiadores (André Cellard e Gérard Pelletier) e alguns estudantes de mestrado, estávamos fazendo uma pesquisa minuciosa sobre *todos* os pedidos de reforma legislativa que encontramos no fundo de arquivos do Ministério da Justiça que já havia sido entregue aos Arquivos Nacionais do Canadá. Isso compreendia todo o material disponível entre 1892 e 1955. Tínhamos aqui dois grupos de dados: o primeiro deles muito raro (segundo troca de informações com outros historiadores na França, na Itália e na Bélgica). Por razões desconhecidas, o governo canadense conservou uma quantidade substancial da correspondência que lhe havia sido enviada por indivíduos ou por grupos para pedir uma reforma em matéria criminal. Alguns desses pedidos eram tão descabidos, que ríamos muito com eles. Mas, para nós pesquisadores, isso era de uma riqueza inestimável e também um indicador de que estávamos diante de um fundo que não havia sido “limpo oficialmente” para eliminar alguns pedidos claramente absurdos. O segundo grupo de dados é bem conhecido. São os documentos parlamentares (projetos de leis, leis, debates parlamentares, documentos de comissão de reforma ou de inquérito, etc.), incluindo os memorandos e as cartas internas dos funcionários do Ministério da Justiça. Pois bem, sem entrar nos detalhes, constatamos que 93% dos pedidos encontrados e 96% das modificações legislativas efetivas caminhavam na mesma direção: eles queriam seja alargar as definições dos crimes, seja aumentar a severidade das penas, seja criar um crime novo com uma pena adicional. Os parlamentares não tinham experiência adquirida estável e frequente nem de pedidos, nem de iniciativas próprias para reduzir as definições de crime ou para reduzir as

---

2 Os primeiros resultados parciais acerca do ponto tratado aqui foram publicados na Espanha, mas numa publicação bilíngue espanhol/francês, um livro dirigido pelo historiador espanhol Pedro Fraile. Ver PIRES, A. P., CELLARD, A. e GÉRALD, P. (2001), “L’énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien”, dans FRAILE, P. (ed.), *Modelar para Gobernar : el control de la población y el territorio en Europa y Canadá, una perspectiva histórica*. Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona.

penas. E esse dado era de uma estabilidade histórica surpreendente. A conjuntura econômica, política e ideológica não dava conta dessa constante. Tínhamos períodos históricos de prosperidade e de crise econômica, passávamos por governos liberais e conservadores, por período de guerra e de paz, por épocas de moralidade vitoriana e de liberalismo moral, etc. Essas variações explicavam bem as variações *temáticas* nas incriminações, nas raras descriminalizações e nos crimes que eram selecionados para aumentar as penas, mas não essa constante dominante por ela mesma. Por que quase tudo ia para o *mais* e quase nada para o *menos*?

Os anos de 1960 e de 1970, como sabemos, vão introduzir momentaneamente um aumento de pedidos para menor severidade das penas. Isso é comparativamente claro. Entretanto, não ficou empiricamente claro que, mesmo nesses vinte anos, os pedidos para reduzir as penas tenham chegado a predominar. O motivo da dificuldade aqui foi o seguinte: a partir dos anos 1950, houve uma multiplicação exponencial das fontes de dados e das comunicações. Assumimos que “teria predominado” só para favorecer a hipótese contrária. Mas isso, no fundo, não dava resposta ao nosso problema e a partir dos anos 1980 tudo voltou “ao normal” ou até “ao normal-anormal”, posto que a antiga tendência para pedir mais crimes e mais penas, vai ficar ainda mais vigorosa em vários países.

Quando trabalhamos em História e ou em Sociologia legislativa, estamos observando usualmente algo (uma lei, um novo código, uma comissão de reforma, etc.) *dentro* de um período determinado. Partimos então do pressuposto de que a conjuntura na qual trabalhamos é capaz de nos fornecer *todos* os elementos para explicar o que estamos observando. Mas, nesse caso, esse pressuposto foi derrubado, graças a duas operações inconscientes. A primeira operação foi a de isolar metodologicamente os dados de pedidos de alargamento e de subtração nas incriminações e os dados de aumento/redução na severidade das penas para tratá-los “em si mesmo”; a segunda operação foi a de ter observado numa mesma pesquisa global várias conjunturas históricas. Aí foi possível ver que as conjunturas *não explicavam tudo*. O nosso ponto cego usual é que não vemos os *limites das nossas explicações*. Resultado: atribuímos então um “excesso de coisas” às conjunturas. Ora, esse excesso, agora identificado, exigia então uma explicação diferente, de outro tipo. Foi nesse ponto que fomos buscar a teoria dos sistemas sociais de Luhmann para “dar corpo conceitual” à noção de “sistema de ideias” de Foucault e nos permitir construir uma explicação adaptada ao nosso problema de investigação.

**Revista Plural** A obtenção de uma cadeira de pesquisador no Canadá, em 2001, e a consequente constituição de um Laboratório de pesquisa foi outro momento

*importante de sua trajetória como pesquisador, cuja obra passou a ter influência em diferentes países. Também permitiu a formação de um verdadeiro coletivo de pesquisadores jovens, tanto de mestrado quanto de doutorado, que exploram, a partir de diferentes temas e em diversos contextos locais, seu programa de pesquisa. Poderia falar mais como foi essa experiência no Canadá?*

**Álvaro Pires** Escrevi sobre isso num longo posfácio a um livro em minha homenagem, preparado por quase todos os meus estudantes de doutorado, por algumas pesquisadoras de pós-doutorado e por colaboradoras<sup>3</sup>. O termo “cátedra”, adotado nesse contexto, cria confusão. O Governo canadense ofereceu às universidades canadenses, segundo o volume de pesquisa de cada uma delas, um número restrito dessas “cátedras de pesquisa”. Elas eram acompanhadas de um orçamento anual destinado à implantação e à pesquisa. Cada universidade escolhia os seus temas, abria um concurso interno e externo, e apresentava um candidato ao governo. A universidade deveria, em contrapartida, reduzir uma parte da carga de cursos e de atividades administrativas do candidato para que ele pudesse se concentrar na pesquisa e na supervisão de teses. Uma vez selecionado internamente o pesquisador, o seu dossiê (curriculum vitae e programa de pesquisa a longo prazo) é enviado ao Governo que constituiu um comitê acadêmico nacional e internacional para fazer a avaliação. Nessa última fase do processo de seleção, o candidato e o seu programa chegam sozinhos diante do comitê. Tem muito menos contingência porque não há comparação e menos ainda comparação entre coisas incomparáveis (temas, disciplinas etc.). Não é mais uma grande loteria. O comitê só tem que se pronunciar sobre a qualidade desse pesquisador e do seu programa. Se o comitê recusar, a universidade recomeça o processo. Isso aconteceu, mas a maior seleção está, é claro, na primeira fase, na qual muita coisa é possível e é obrigatório selecionar. A cátedra sênior (professor titular) tem uma possibilidade de sete anos de duração, mas pode ser renovada mediante outra submissão. Para a renovação, a universidade não precisa abrir um concurso geral, mas precisa fazer uma avaliação interna do candidato, implicando avaliadores externos e internacionais. Com base nessa avaliação, a universidade decide se quer ou não reapresentar o candidato. Se ele é retido, o seu dossiê é enviado ao Governo que apresenta de novo o candidato ao seu próprio comitê internacional. São processos longos, mas é compreensível. Eu recebi dois mandatos de sete anos e acabei de receber o meu terceiro (e agora último) termo.

---

3 PIRES, A. P., “Naissance et développement d’une théorie et ses problèmes de Recherche”, in Richard Dubé, Margarida Garcia e Maíra Rocha Machado, *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Presses de l’Université d’Ottawa, 2013.

No primeiro mandato, o candidato que é aprovado pode logo em seguida se candidatar também para um financiamento de infraestrutura de pesquisas inovadoras oferecido por duas agências governamentais, uma do governo federal e outra do governo estadual (Ontário). Como eu fiz isso e obtive o financiamento, foi possível criar o meu Laboratório de pesquisa associado à Cátedra.

Tudo isso foi inesperado e surpreendente. Nunca me vi como candidato viável. Foram os meus colegas que submeteram o meu nome, e até hoje não sei quem, embora tenha suspeitas. Em todo caso, isso mudou muita coisa. Pude constituir uma equipe de pesquisadores nos moldes dos laboratórios de ciências naturais: todo mundo em volta do mesmo programa teórico, mas com diversos subtemas e terrenos empíricos complementares. No total, mais de dez teses de doutorado e quase trinta de mestrado, sem contar os pós-doutorados e os doutorados sanduÍCHES. Nessa última categoria, teve muita gente do Brasil (Pedro Albuquerque, Andrea Depieri, Carmen Fullin, Juliana Tonche, Marcelo Campos, Luís Cláudio Santos, José Farah Lima). Além disso, como dez dos estudantes de doutorado viraram professores, continuamos trabalhando juntos. Muita sorte mesmo, o que me faz sentir sempre em dívida com o que consigo fazer...

**Revista Plural** *Antes de adentrarmos em questões mais específicas sobre o sistema de justiça juvenil, que é o tema deste dossiê, e para podermos entender melhor as aproximações e os afastamentos (talvez mais aproximações que afastamentos, infelizmente) em relação ao sistema de justiça para adultos, gostaria que o senhor discorresse sobre a teoria da Racionalidade Penal Moderna, que é uma de suas principais contribuições, indispensável para todos aqueles que se interessam em entender o sistema de pensamento que sustenta nosso direito criminal moderno, além da dificuldade que é pensar/promover mudanças mais profundas nesse sistema. Assim, como o senhor chegou até esta teoria e quais as suas principais proposições?*

**Álvaro Pires** Nesse posfácio do qual falei, eu arrisquei uma resposta, em parte intelectual e em parte biográfica, a essa pergunta. O livro abre com dois artigos dando, respectivamente, uma visão panorâmica dos dois primeiros programas da cátedra (Richard Dubé) e uma visão global da teoria (Margarida Garcia). É um desafio resumir isso. Vou começar com (1) uma anedota que ajuda a desmistificar os relatos sobre as construções de teoria e (2) apresento em seguida alguns aspectos da teoria. Mas, com todas as outras perguntas, não será possível reconstruir claramente como cheguei lá. Vou ficar devendo isso.

1. Para começar, é bom lembrar que nas ciências, as teorias podem emergir sem serem planificadas. Os pesquisadores observam alguns fenômenos, fixam uma “atenção especial” (E. Husserl) sobre alguns deles, se deixam intrigar e vão tentar elucidá-los de alguma maneira. Isso pode ou não funcionar. Isso vai acontecer comigo e com os meus estudantes-colaboradores. Isso é tão claro que eu me identifiquei muito com uma experiência equivalente e muito engraçada do sociólogo norte americano Edwin Sutherland, quando ele começou a construir a sua teoria da comunicação-associação diferencial sobre o fenômeno da criminalidade<sup>4</sup>. Sutherland nos conta que ele havia publicado, em 1934, a segunda edição do seu livro *Princípios de Criminologia*, no qual a sua teoria não se encontra ainda anunciada. No ano seguinte a essa publicação, num desses encontros acadêmicos, o seu colega Henry McKay fez referência ao seu livro dizendo que havia achado muito interessante a sua teoria do comportamento criminoso. Sutherland ficou surpreso e perguntou discretamente ao seu colega *onde* ele havia encontrado a “sua” teoria no livro. McKay respondeu com toda firmeza que ela se encontrava muito nas páginas 51-52. Sutherland conta que a primeira coisa que fez chegando em casa foi abrir o livro para buscar a sua teoria. Foi nesse momento que ele tomou consciência que havia efetivamente escrito o embrião de uma teoria...

No meu caso não foi tão engraçado assim, embora os meus estudantes estejam rindo e debochando de mim até hoje. A “teoria” – isto é, a hipótese diretora-fundadora da teoria – já estava presente no que eu denominei retroativamente a terceira fase de elaboração (ainda inconsciente) da teoria. Já tinha sido até publicada. Entretanto, eu não usava ainda o termo “teoria”. Nas salas de curso e nos *workshops* do meu Laboratório com os meus pesquisadores, eu falava sempre do *conceito* de “racionalidade penal moderna” que estávamos elaborando e testando histórica e empiricamente para descrever um sistema de ideias formado pelas teorias convencionais da pena (teorias retributivistas, da dissuasão e da reabilitação prisional). Eu fugia do termo “teoria” como o diabo da cruz e nem ousava falar de “teoria *explicativa*” (por oposição a uma teoria descritiva). Ora, foram os meus estudantes que começaram a falar no Laboratório da “teoria da RPM” (Racionalidade Penal Moderna). Quando eu escutava ou lia isso, eu lhes passava um sermão: “Atenção, minha gente! Isso não é uma teoria, mas um simples conceito descritivo”. Nada mudava. Tanto foi que eu decidi um dia lhes escrever um longo texto interno

---

4 Eu escrevi, em colaboração com dois outros colegas belgas, uma primeira releitura dessa teoria num livro de história, mas essa parte do livro foi traduzida e publicada em espanhol na Argentina. Ver PIRES Alvaro P, DEBUYST, C. e DIGNEFFE, F. “Elementos para una relectura de la teoría del delito de Edwin Sutherland”, *Delito y Sociedad* (Buenos Aires), 36, 2014.

mostrando a diferença entre *teoria* e *conceito* para que não confundissem mais as bolas. Esperava com isso colocar ponto final nesse discurso de “teoria”. Pois bem, esse texto criou uma confusão ainda maior. Alguns começaram a falar de *conceito* enquanto outros continuaram a falar de *teoria* ou até as duas coisas ao mesmo tempo, sem que nada ficasse mais claro. Um belo dia, eu me dei conta que estava construindo efetivamente uma teoria e que, ainda por cima, em uma das suas dimensões, ela era uma teoria *explicativa*. Então, convoquei às pressas uma reunião no Laboratório porque estavam todos redigindo tese e lhes disse: “Acho que me enganei. Vocês estavam certos, o que estamos construindo é realmente uma teoria...”. Imaginem a cara deles e especialmente a minha! A primeira frase do artigo da Margarida Garcia nesse livro em minha homenagem começa com a pergunta “A racionalidade penal moderna (RPM) é uma teoria ou um conceito?”. Não sei se agora deu para perceber a parte de provocação dirigida a mim embutida nessa introdução...

2. Faço um resumo da teoria. Podemos dizer que a teoria da racionalidade penal moderna é uma teoria sociológica sistêmica que *descreve* a emergência de um sistema de ideias formado pelas teorias modernas da pena e que *apresenta* esse sistema de ideias como um “obstáculo epistemológico” (Bachelard) à reconstrução – ou à uma “evolução de patamar” (Simondon) – do sistema de Direito Criminal, tal como ele se diferenciou e se construiu na Europa e nas Américas a partir dos séculos XII e XIII. A teoria adaptou a noção de “obstáculo epistemológico” forjada por Gaston Bachelard (1938)<sup>5</sup>, físico e filósofo francês. Podemos dizer que estamos, *grosso modo*, diante de um obstáculo epistemológico (ou cognitivo) quando os nossos hábitos profissionais ou as ideias que um sistema social julga (*ainda*) apropriadas, boas ou interessantes, impedem a adoção, a generalização e a estabilização (a longo prazo) de melhores hábitos, ideias, estruturas e práticas *no próprio sistema social*. Notem isso: o observador externo (nesse caso o pesquisador) está observando um sistema que têm a capacidade de se auto-observar e de se autodescrever. Ele pode observar então como esse sistema-observado se posiciona com relação ao seu agir e às suas ideias.

Dou um exemplo de “obstáculo epistemológico” derivado e fundado (entre outras coisas) pela teoria retributivista da pena: o princípio da proporcionalidade entre o mal do crime e o sofrimento da pena, tal como foi e ainda está sendo formulado e aplicado. Ele pode ser visto como um obstáculo epistemológico à construção de um “Direito Criminal do cidadão”, para empregar a expressão

---

5 BACHELARD, G. *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, 1975 (orig. 1938).



de Alessandro Baratta. *Esse* princípio de proporcionalidade é frequentemente observado exclusivamente na sua “face limitativa” por juristas e filósofos, e até mesmo por sociólogos. Ele é visto como um princípio que “limita” certos tipos de abusos, e não como sendo também, sobretudo, um produtor de certos tipos de abusos (ligados à cultura do encarceramento). Se perguntarmos: “Qual é o limite máximo de repressão *intrínseco* no princípio de proporcionalidade?”; a resposta será: “Não existe, posto que o limite máximo depende do crime ou da soma dos crimes” (penas consecutivas). O limite se “desloca” e é também “cumulativo”, então você pode ir subindo: 10, 15, 20 anos... Pena de morte, pena perpétua. O ponto cego são os valores *vida* e *liberdade* quando aplicados ao agir do sistema que comunica a pena. Se o crime for efetivamente muito grave ou visto como sendo muito grave (mesmo se não for), a pena será *radical*. Mas para o sistema, ela vai parecer “justa” e pode aparecer até mesmo como sendo “moderada” em razão do que fez o condenado.

Várias leis de drogas estabeleceram penas máximas de morte, penas perpétuas e penas mínimas elevadíssimas para o tráfico de drogas. E isso é visto e defendido pelos tribunais e pelos juristas (e não somente por políticos) como sendo “proporcional”. Essa é a face do princípio da proporcionalidade que estimula e defende a cultura do encarceramento. Em resumo: na justiça de *adultos*, o princípio de proporcionalidade entre crime e pena (ainda) é um dos médiuns mais fundamentais para sustentar a ideia de uma obrigação de infligir *voluntária* e *diretamente* um *sofrimento* (proporcional) ao contraventor. É claro, esse princípio seduz os juristas e alguns reformadores porque ele tem também uma função de freio (há muita jurisprudência mostrando isso), mas somente nos casos vistos ou *percebidos* como sendo pouco graves.

Abro um parêntese para fazer uma alusão rápida ao tema da justiça juvenil. Muitos reformadores da justiça juvenil, para resolver problemas observados nessa justiça (a internação de jovens de meio social pobre por crimes de bagatela ou pouco graves), vão buscar o “remédio” no princípio de proporcionalidade do *Direito Criminal dos adultos* (teoria retributivista) sem examinar os problemas que esse critério coloca para o próprio Direito dos adultos. Temos aqui um ponto cego com implicações perigosas do ponto de vista de um aumento da severidade das penas. Aplicar na justiça de jovens um princípio que produz penas severíssimas na justiça de adultos é exatamente o equivalente de não aprender com os erros. Esse princípio é um verdadeiro “Cavalo de Tróia”. Essa ilusão vem justamente do fato de que se o crime for efetivamente observado como sem gravidade, o princípio pode vir a limitar intervenções exageradas. Entretanto, basta o observador achar



que o crime é grave por qualquer razão, que a solução internação aparece como sendo a medida “adequada”. Veja o caso do chamado “aviãozinho”. No meu tempo, isso era bagatela. Quando a gente dizia que um crime era “hediondo”, esse adjetivo era exigente. Você precisava quase matar a sua mãe nas vésperas de Natal com a intenção de receber mais cedo a sua herança. Hoje, a conduta do “aviãozinho” virou crime hediondo e podemos dizer isso sem a menor reflexão crítica.

O Direito Criminal produz ainda, com grande facilidade, esses mecanismos de “alquimia moral” do qual falava Robert Merton (cf. 1968, p. 523). Isso significa que o operador se afasta cada vez mais dos fatos diante dele, e da situação-problema concreta, para construir uma gravidade sem relação com os limites da conduta (comportamento e consciência do agente). Se adaptarmos a reflexão do Merton ao caso do “aviãozinho”, as etapas dessa alquimia no sistema seriam mais ou menos as seguintes: (i) ele é um empregado trabalhando para um comerciante e leva droga para o ponto de venda (fatos); (ii) ele é responsável pelo *problema social da droga* (com todas as mortes que a droga causa e até incluindo a corrupção da polícia); (iii) ele cometeu então um “crime hediondo” (ilusão cognitiva). Ou o caminho inverso: um legislador expeditivo escreve, sem poder observar os fatos, que todo “tráfico de drogas é hediondo”; em seguida, um automatismo se instala: alguns profissionais do direito não vão mais prestar atenção ou dar importância aos fatos, mas exclusivamente à categoria jurídica onde essa situação foi incluída arbitrariamente.

A questão da construção social e jurídica da “gravidade” é muito complexa e não conheço pesquisas empíricas (com reflexão teórica adequada) sobre isso. A noção de gravidade não visualiza as suas fronteiras nem a sua base de comparação. O operador do Direito tem que fazer um grande esforço mental para dizer para si mesmo: “as circunstâncias *desse* crime aqui de *roubo qualificado* não são, de fato, ‘graves’ *mesmo se nesse artigo do código fica qualificado de grave*”. Aqui no Brasil, a lei de crimes hediondos é um exemplo monumental dessa extravagância punitiva das teorias modernas da pena assim como do fracasso não menos monumental dos “freios” do princípio da proporcionalidade (pelo menos até agora). Note bem que, *nesse caso particular dos crimes hediondos*, o princípio de proporcionalidade *tem tudo nele que é preciso para invalidar como inconstitucional essa lei*. Só precisa que alguém veja isso e consiga fazer ver a outros. E mesmo assim, ainda não aconteceu. O sistema de Direito gosta do princípio, mas não atribui a ele a função de vigiar as penas legais.

No caso das drogas, a função marginal de freio do princípio de proporcionalidade já se encontra neutralizada na distinção legal tosca entre consumidor/

traficante. Observe o que se passa na Sociologia das Profissões. Aqui utilizamos *várias* distinções e não só uma. Distinguímos entre o empresário, o comerciante, o diretor, o gerente, os diversos empregados e os clientes. O comprador não se confunde com o vendedor, o vendedor da loja não se confunde com o proprietário do comércio, etc. Sobretudo, não corremos o risco de confundir o “boy do escritório” com o patrão da empresa chamando os dois de “comerciante”. Mas o que acontece com a distinção consumidor/traficante? O consumidor pode desaparecer e a categoria “traficante” engole todo o restante: mistura empregadinho com empresário, colocando tudo no mesmo saco. Só pode dar desproporcionalidade. Nem policial, nem promotor, nem juiz, nem mesmo advogado vão enxergar a diferença entre o aviãozinho, o empregado de balcão e o patrão.

Retomo a teoria. A teoria da RPM tem uma dimensão *histórico-descritiva* que mostra a formação desse sistema de ideias a partir dos séculos XI, XII e XIII e também uma dimensão *explicativa*, na medida em que ela tenta mostrar como esse sistema de ideias “obstrui” a reconstrução do Direito Criminal nas sociedades modernas a partir da segunda metade do século XVIII e, sobretudo, depois da invenção e implantação do projeto penitenciário durante os séculos XIX e XX. Eu tive muita dificuldade para ver, compreender e apresentar essa dimensão explicativa da teoria. O meu ponto de partida foi a noção de obstáculo epistemológico (Bachelard) e, talvez por causa disso, eu não vi imediatamente que eu estava explicando. A pergunta escondia a sua natureza explicativa. Ela era: “*Por que o sistema de Direito Criminal encontra tanta dificuldade para inovar no plano das sanções e para sair da cultura do encarceramento?*”. Pensei que só havia identificado um problema, a dificuldade para sair da cultura do encarceramento, quando consegui atribuir esse resultado ao nosso uso das teorias da pena. É como se eu estivesse dizendo: “Você quer reformar em profundidade o direito de punir e sair da cultura do encarceramento? Bem, se você quer realmente isso, então você tem que substituir ou *redefinir* o conceito de punição, abandonar as atuais teorias da pena (retribuição, dissuasão, reprovação social e reabilitação prisional) e construir uma nova teoria da intervenção do direito criminal”.

Como disse, eu tive dificuldade para ver esse enunciado como sendo o começo de uma explicação. Depois, eu entendi a razão dessa dificuldade. Usualmente, as explicações que construímos são do tipo “positivo”: nós buscamos *aquilo que causa positivamente* alguma coisa. Ora, eu não estava procurando *o que causou os vários projetos de reforma* do direito nas décadas de 1960, de 1970 e de 1980, projetos que queriam reduzir o uso da prisão; eu estava procurando saber o que levou esses projetos a *fracassar* do ponto de vista dos próprios objetivos de reforma. Em outras

palavras: eu queria saber *por que não deu certo*. É como se eu estivesse buscando, ao contrário, o que “as reformas *não causaram*”, o que impediu às comissões de reforma de atingir um dos seus objetivos mais almejados. Mas não busquei essa obstrução no plano das decisões políticas ou no entorno das comissões. Eu tentei descobrir as obstruções no plano do próprio *trabalho* das comissões e no plano da cultura jurídica. Mesmo as comissões de reforma mais inovadoras que encontrei não conseguiram legitimar suficientemente as proposições e não avançaram em vários pontos importantes para reduzir a prisão. Elas pareciam com essa imagem da serpente que morde o seu próprio rabo. Isso não significa que não houve boas e até excelentes proposições. Muitas delas foram feitas, mas aí foram bloqueadas mais adiante pelas ideias das teorias da pena.

Eu só consegui esclarecer o que eu estava fazendo com as explicações quando me deparei com os trabalhos de Gregory Bateson nos anos 2000. Ele me fez ver justamente a diferença entre as *explicações positivas* e as *explicações negativas* (como as minhas). Percebi então que a explicação proposta pela teoria da RPM era uma explicação, sim, mas do tipo *negativo* (por oposição ao tipo positivo).

Como se constroem as explicações negativas? A cibernética de segunda geração adota usualmente esse tipo de explicação. Na minha maneira de ver, a grande diferença entre essas explicações é metodológica. Como Bateson esclarece, no caso das explicações negativas, o pesquisador parte da hipótese global de que o curso dos acontecimentos está submetido a “obstáculos” (“*restraints*”), o que significa que as diferentes possibilidades não têm chances iguais de acontecer (entretanto, os acontecimentos improváveis conservam a *possibilidade* de acontecer). Em seguida, o pesquisador supõe que se esses obstáculos fossem descartados ou subtraídos, “as vias (*pathways*) da transformação seriam governadas exclusivamente pelo princípio da igualdade de chances” (Bateson, 1972, p. 405). Evidentemente, temos que adaptar essa hipótese global às Ciências Humanas e aos objetos com o qual estamos trabalhando.

Pelo que vejo, a explicação negativa se aplica também a um número *muito menor* de fenômenos ou de perguntas e, em parte por isso, *não é um substituto* da explicação positiva. Sem essas últimas, ficaríamos sem poder explicar muita coisa que nos interessa. Dependendo dos objetos, essas explicações podem ser articuladas, mas isso aumenta a complexidade na elaboração da teoria. Quando a explicação negativa é aplicável a uma indagação de pesquisa, a sua grande força é de ordem metodológica e empírica: em questões sociais complexas, ela é mais fácil de ser encontrada e validada empiricamente do que as explicações positivas. Outro aspecto. A teoria da RPM trata de um problema de longa duração presente

em várias conjunturas diferentes. Parece-me que isso dificulta muito as explicações positivas com base empírica porque os fatores “positivos” usualmente têm menor duração e variam mais de uma conjuntura a outra. A explicação negativa não foi consciente nem plenamente utilizada na Sociologia da Punição ou do Direito Criminal para observar o sistema criminal no seu conjunto. Se você pergunta “como é que esse fenômeno emergiu?”, a explicação negativa não se aplica. Entretanto, se o pesquisador pergunta, “como é que essa prática institucionalizada ainda não desapareceu ou ainda não se transformou em algo bem diferente?”, a explicação negativa é bastante promissora. Um exemplo com o qual trabalhei: a explicação negativa não pode explicar porque a pena de morte foi substituída pela pena perpétua ou por penas muito longas de prisão (caso do Canadá). Ela não se aplica aqui porque a *racionalidade* que funda a pena de morte é a mesma que funda a pena perpétua. As *mesmas ideias sobre a pena* apoiaram essas duas práticas. Mas se você perguntar: “Porque substituímos uma pena que mata organicamente por outra que ‘mata’ socialmente?”<sup>6</sup>. Aí a explicação negativa vai dar um excelente resultado. Tudo depende do tipo de problema que buscamos elucidar.

No meu caso, a explicação *negativa* é aquela que *revela* as ideias do sistema de Direito Criminal que tornam altamente improvável a produção, a recepção e a estabilização de *novas* estruturas e processos nesse sistema. “Novas” no sentido de *inovadoras* e não de simples *novidade* (Edgar Morin). Por favor, não compreendam o que estou dizendo à luz das velhas distinções entre *reforma/revolução* ou entre *transformações do/dentro do sistema*. Isso exigiria maiores desenvolvimentos. No caso do meu objeto, a teoria da RPM vai sustentar não somente que é necessário sair do sistema de ideias formado pelas teorias modernas da pena como também que é necessário substituir esse sistema de ideias *por uma nova teoria da intervenção do sistema de Direito Criminal* (ou outro sistema de ideias).

No quadro conceitual da teoria dos sistemas, as teorias da pena seriam chamadas de “teorias da reflexão” (Luhmann). Na Sociologia de Durkheim, o conceito mais próximo desse seria o de “*teorias práticas*”<sup>7</sup>. A função de uma nova teoria da intervenção, se ela vier a existir e a ser adotada um dia, seria justamente a de criar novos “*pathways*” e *desobstruir* (criar “*restraints*” de outro tipo) uma volta

---

6 Só para lembrar, Foucault chamou nossa atenção para esse tipo de problema, o que prova que ele estava realmente preocupado com os “sistemas de pensamento” ou com as “racionalidades”. Veja, FOUCAULT, M. “Contre les peines de substitution » (1981), in FOUCAULT M. « *Dits et écrits* », vol. IV, pp. 205-207, Paris, Gallimard, 1994.

7 Para uma excelente apresentação dessas teorias em Durkheim, recomendo a leitura do artigo: CORNU, R. “*Durkheim: la sociologie, la politique et l'action*”. *La pensée*, vol. 154, 1970, pp. 97-109. Eu tratei dessa questão na minha tese de mestrado em 1977 (*Université de Montréal*).

ao sistema de ideias da racionalidade penal moderna. As noções de “*pathways*” e de “obstáculos” (“*restraints*”), no sentido das explicações negativas, podem ser vistas como “positivas” ou como “negativas”, posto que os “*patways*” e os “*restraints*” podem ser avaliados como “bons” ou “prejudiciais” em uma segunda etapa. Já a noção de “*obstáculo epistemológico*” de Bachelard que eu também adotei implica *necessariamente* uma avaliação *já feita* pelo observador indicando que *esse tipo de obstáculo é necessariamente prejudicial* a algo (que deve ser precisamente determinado).

Em resumo: o sistema de direito criminal tem que *aprender* a afirmar o valor de uma norma de comportamento *sem que a comunicação da sua norma de sanção venha a comprometer radicalmente os seus “valores positivos” ou “garantistas”* (Garcia) *e os direitos fundamentais dos indivíduos*. Uma pena que “defende” o valor da *vida* comprometendo a vida social concreta do indivíduo que violou a regra não responde a essa condição. Mas para *aprender* isso, o sistema de direito criminal tem que *aprender a desaprender* as premissas pré-decisionais das teorias modernas da pena. Essa é a mensagem sintética da teoria da RPM.

**Revista Plural** *Algumas ideias presentes na RPM, tais como esse imaginário de que é preciso excluir (prisão) para incluir, ou de que é preciso aplicar um mal para se obter um bem (novamente a prisão), nos soam mais como irracionalidades, não?*

**Álvaro Pires** Esta ideia de “excluir para incluir” pertence, sim, ao sistema de ideias da RPM, mas foi sustentada exclusivamente pela teoria da *reabilitação prisional* a partir do início do século XIX. As outras teorias da pena são *radicalmente indiferentes* ao condenado e a todas as “externalidades negativas” (Teubner) do sistema de Direito Criminal. Superlotação prisional? Situação desumana nas prisões? Laços ou vínculos sociais dos condenados com a família e os seus próximos? As teorias retributivistas, da dissuasão e da reprovação social diriam: “Lamento sinceramente isso tudo, mas não posso fazer nada”. O Direito vai adotar o que o meu amigo e antigo professor Heleno Fragoso (com Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind) chamaram a política do “*hands off*” (retiro as minhas mãos desses problemas). Essas externalidades negativas do sistema passam então a serem observadas tranquilamente como puras questões de política ou de direito administrativo...

Agora, a distinção racional/irracional é frequentemente empregada para se referir àquilo com o qual *não estamos de acordo* e que nos parece ao mesmo

tempo *absurdo* ou “ilógico”. Eu faço um uso mais restrito do termo “irracional”. É difícil dizer que uma prática profissional sustentada por teorias filosóficas da pena que foram promovidas por toda uma elite de intelectuais ocidentais e que se ensina nas faculdades de direito e nos manuais de doutrina sejam irracionais. Temos aqui toda uma elite de excelentes intelectuais: Santo Anselmo (primeira teoria retributivista nas comunicações religiosas), Tomás de Aquino, Bentham, Kant, Hegel e um número infinito de grandes juristas. Então, como chamar isso de “irracional” se racionalidade não falta?

Há mesmo uma prática sentencial na justiça criminal contemporânea que tem toda a aparência de uma monstruosa “irracionalidade”. Mas nem isso eu qualifico de irracional. Dou um exemplo recente e impressionante dos Estados Unidos, mas em seguida vou lembrar que fazemos a mesma coisa. Em 2013, um tribunal americano deu a James Holmes, que ficou conhecido como o assassino do cinema de Aurora, uma sentença de *12 penas perpétuas consecutivas*, com a indicação adicional de que ele não podia pedir a liberação condicional. E o juiz ainda achou necessário acrescentar *3 mil e 318* anos de prisão por outras condenações! Ora, nem por obra e graça do Espírito Santo essa sentença pode ser cumprida. Lembro que estamos no século XXI. Os humoristas não fazem caricaturas porque essa sentença absurda se inscreve no contexto de um drama humano. No Brasil, damos penas funcionalmente equivalentes de 92 anos e cinco meses, de 278 anos, e muito mais ainda. Pergunto: ganhamos alguma coisa chamando essas sentenças de irracionais? Acho que, ao contrário, perdemos muito com isso. Essa prática sentencial é, sem dúvida, *absurda*, pelo menos por ser contrária a todas as leis da biologia. Mas o paradoxo é que ela é simultaneamente *racional*. Para os pesquisadores em Ciências Sociais é importante perceber que a razão não nos protege do absurdo. Ao contrário, pode nos levar diretamente para ele.

Esse acúmulo absurdo de penas e de anos presente nessas sentenças mergulha as suas raízes na nossa cultura religiosa e jurídica. Cada *pecado* tem que ser *nomeado*<sup>8</sup> e tem que receber em seguida o seu *castigo específico*, senão o pecado fica “impune” e isso cria desordem no mundo. Em Direito Criminal, a gente diz até abertamente que queremos punir os “crimes”. Esses crimes são “artigos do código” e para cada crime figura uma pena. Qual é o nosso ponto cego? Perdemos de vista

---

<sup>8</sup> Sobre essa “necessidade” de nomear os pecados um por um, convido os senhores e as senhoras a lerem o segundo capítulo do livro *Pecar e Perdoar* desse historiador da UNICAMP, o professor Leandro Karnal. O título desse capítulo é bem sugestivo: “As formas da infração e os códigos”. É por isso que criamos o crime de “feminicídio”. O crime de “homicídio” não é suficiente, ele pune mais ou menos do mesmo jeito, mas não nomeia com precisão o “pecado”. Temos a ilusão de que estamos criando um “novo crime”, mas o que estamos fazendo é *condensar* uma *redundância*.



que todos esses artigos convergem sobre um mesmo ser humano. A linguagem nos engana. Dizemos que não queremos punir a pessoa, mas só os seus atos. Evidentemente, é impossível punir atos, eles estão no passado e não podem ser enviados para a guilhotina. Só pessoas podem ser punidas. Na época em que eu estava trabalhando para essa comissão de reforma presidida pelo juiz Archambault (anos 1984-1987), li um artigo de um jurista canadense, J. W. Mohr, que funcionou como um sinal de alarme para mim. No meio do seu trabalho sobre as sentenças, ele escreve: “*There is a further dilemma: acts can not be punished, only persons. We do not sentence acts, only persons – consequences fall on the person and are, in the main, not directed to the act*” (“Existe ainda um outro dilema: atos não podem ser punidos, somente pessoas podem. Nós não sentenciamos atos, mas somente pessoas – as consequências recaem sobre a pessoa e não são, principalmente, direcionadas ao ato”). Ele tem inteiramente razão. Então, descobrir isso, sair dessa ilusão para onde a razão nos leva, isso sim ajuda. Agora, se chamamos isso simplesmente de irracional, não descobrimos bem porque chegamos aí e, sobretudo, porque ainda não saímos disso. Não conseguimos “desaprender”.

Insisto nesse ponto: para nós pesquisadores, no campo das Ciências Sociais, não é bom chamarmos esses problemas de práticas irracionais. A razão me parece ser essa: quando fazemos isso, colocamos um ponto final nos nossos esforços para compreender o que se passa. Enquanto sociólogo, eu não posso mudar esse estado de coisas, mas posso ajudar aqueles que podem mudar as coisas nas suas práticas profissionais a ver as coisas e compreende-las melhor. É tudo que podemos tentar fazer. Por isso, acho que o pesquisador ganha em se livrar dessa distinção racional/irracional. Vale mais a pena adotar essa postura do Foucault e se perguntar: qual é a racionalidade que está por trás dessa prática? Quais são as razões que fundam e dão sentido a essa prática? De onde é que elas vêm? O que estamos dizendo e fazendo para não ver o que estamos dizendo e fazendo? Diante desse tipo de problema, não é produtivo só se desinteressar e sair fora. Não basta fazer o que Kant chamou de “negação passiva” (a inércia, a indiferença, etc.). A negação tem que ser ativa, é preciso desfazer o *nó górdio*.

Para concluir, gostaria de relembrar o diagnóstico sobre a nossa cultura que foi colocado em 1944, no período da guerra, por Max Horkheimer e por Theodor Adorno na introdução do livro deles, *Dialectic of Enlightenment*. Referindo-se ao século das luzes, eles escreveram: “Nós estamos inteiramente convencidos – e nisso reside nossa *petitio principia* – que a liberdade social é inseparável do pensamento do século das luzes”. Mas eles acrescentam em seguida: “Apesar disso, nós acreditamos também que acabamos de reconhecer de maneira igualmente clara



[lembre-se do nazismo!] que no coração mesmo dessa maneira [nobre] de pensar, e não menos nas formas históricas atuais – as instituições sociais – com as quais essa maneira de pensar se encontra acoplada, já se encontra os germes desse reverso universal que é visível hoje”. Na minha compreensão, esse diagnóstico pode ser resumido assim: o problema que observamos hoje nas nossas instituições tem que ser buscado nas ideias mesmas que nos parecem boas e (ainda) legítimas e que estão implantadas nas nossas instituições. Talvez seja uma leitura bachalardiana ou foucaultiana, mas isso eu não posso tirar a limpo. Não posso me observar de fora de mim mesmo.

**Revista Plural** *Ainda que os dois sistemas de justiça (juvenil e para adultos) sejam diferentes sob diversos aspectos, além do fato de que não são aplicadas as teorias convencionais da pena na justiça voltada para crianças e adolescentes, a formação e a socialização dos juízes que vão para os diversos ramos da justiça são a mesma. Como enfrentar mais essa dificuldade?*

**Álvaro Pires** Vocês têm toda razão, temos aqui um enorme problema e o que vou dizer confirma o que vocês assinalaram. As teorias convencionais da pena não foram usadas como premissas para criar a *legislação* de 1990. Entretanto, hoje eu estou tomando consciência de que essas teorias ainda estão em operação nos tribunais em matéria juvenil. Um dos estudantes-pesquisadores atualmente no Laboratório, Carlos Frederico Braga da Silva, está terminando uma tese de doutorado empírica sobre as decisões do tribunal de apelo de Minas Gerais em matéria criminal juvenil entre 2010 e 2016. Essa tese está sob a minha direção e a do professor Claudio Beato, do Departamento de Sociologia da UFMG (regime de co-tutela). Carlos também é juiz com mais de 15 anos de experiência. Ele trabalhou na justiça criminal de adultos antes de ir para a justiça juvenil. Ele está buscando identificar os sistemas de ideias, as “racionalidades”, que estão em operação nesse tribunal e queremos ver se é possível determinar a presença predominante de um deles. Por enquanto, há três sistemas de ideias em pauta: o antigo sistema da doutrina da situação irregular, o da racionalidade penal moderna (predominante na justiça de adultos) e o novo sistema da “proteção integral” (a lei de 1990). Para minha surpresa, os dados preliminares estão sugerindo uma preponderância marcada do sistema de ideias da justiça de adultos. O retributivismo e o princípio de proporcionalidade parecem estar contribuindo aqui para aumentar o uso da internação. Claro, vamos ver o que ele vai poder concluir e vamos precisar de outras pesquisas (na primeira instância e em outros estados). Mas esses dados são suficientes para indicar que a hipótese de vocês esteja correta: estamos

diante de um problema de formação e de autossocialização. Claro, está embutido aqui um problema organizacional. Sem juízes especializados capazes de desenvolver uma “cultura interna própria”, fica difícil implantar uma nova filosofia quando ele continua trabalhando simultaneamente e mais ainda com a antiga. Mas também não podemos excluir outras hipóteses conjecturais, como a do simples desacordo: eles podem não estar de acordo com a filosofia da lei por alguma razão. Lembro que os promotores também estão autossocializados no sistema de ideias da racionalidade penal moderna e que eles vão apelar quando não o fariam se estivessem aplicando a nova filosofia da proteção integral.

No meu tempo de faculdade, não havia nenhum curso de justiça juvenil. Era um tema e uma prática profissional completamente desvalorizada. Não parece ter mudado muita coisa. Não sei dizer se as associações profissionais dos promotores e dos juízes oferecem alguma formação.

**Revista Plural** *O debate contemporâneo acerca das transformações recentes no sistema de justiça juvenil tem destacado aproximações desse sistema com a justiça criminal para adultos. Nesse sentido, questões como a responsabilização individual de adolescentes autores de ato infracional e a preocupação com a proteção da sociedade têm ganhado destaque, indicando uma tendência mais punitiva. No Brasil, o debate sobre a redução da maioridade penal ganhou força em 2015 com a aprovação, pela Câmara dos Deputados, da PEC 171/1993, que propõe reduzir a idade de imputabilidade penal para 16 anos, indicando a presença dessa lógica punitiva no cenário nacional. Em seu artigo “Responsabilizar ou punir? A justiça juvenil em perigo”, o senhor apresenta um diagnóstico semelhante, argumentando que a justiça juvenil estaria sendo colonizada pelo sistema de pensamento dominante na justiça criminal. Em sua opinião, quais fatores contribuíram para a formação desse cenário internacional?*

**Álvaro Pires** Como sabemos, graças a vários trabalhos de sociólogos e juristas, ocorreu uma enorme “virada punitiva” (“*punitiveturn*”) a partir dos anos 1980 e 1990. O que não vimos tão bem é que desde os anos 1970 começamos (e estou me incluindo nisso) uma crítica à finalidade de reabilitação na determinação da pena, e isso por diferentes vias ou “portas de entrada”. Chegamos até a identificar integralmente a finalidade de reabilitação com a filosofia determinista e “médica” da escola positiva italiana, o que foi um erro grave de observação, inclusive histórica. Ora, desde os anos 1960, estava emergindo uma nova orientação e uma nova filosofia associada à finalidade de reabilitação que estava bem consciente dos problemas da internação involuntária, dos problemas na prisão e das

implicações da prisão sobre a trajetória de vida dos indivíduos. A Criminologia crítica dos anos 1970 não viu isso ou só muito marginalmente. Estávamos criticando uma “finalidade de reabilitação” tal como concebida no final do século XIX. Essa crítica meio cega e meio atrasada me parece ter tido um gigantesco efeito perverso: ela favoreceu ou reforçou um retorno forte do retributivismo que estava também reagindo por conta própria ao modelo médico da teoria da reabilitação para os adultos.

Veja agora o que aconteceu com a teoria da dissuasão nas décadas de 1960-70 e, em seguida, a partir de 1980-90. Nas décadas 1960-70 houve uma passageira descrença no que toca à teoria da dissuasão. Chegamos quase a ficar convencidos de que a maneira pela qual estávamos utilizando essa teoria para fazer leis e dar sentenças estava errada. Foi, aliás, nesse contexto que começamos a nos atrelar à teoria da “denúnciação” (literatura inglesa) ou da “reprovação social” ou da “prevenção geral positiva”. Essa teoria não existia antes como teoria independente. No laboratório da Cátedra, Sébastien Lachambre (2011) vai realizar uma tese de doutorado sobre o nascimento e a institucionalização dessa teoria. Na verdade, Lachambre mostra que *todos os elementos* dessa teoria já se encontram enunciados nos escritos do jurista e juiz inglês James Fitzjames Stephen entre 1850 e 1875. Mas Stephen apresentou esses elementos sem explicitá-los como formando outra teoria da pena e sem dar nome à teoria. Resultado: as ideias circularam, mas não como teoria. Alguns desses enunciados eram “nômades” e acompanharam no passado tanto a teoria da retribuição como da dissuasão e podemos encontrá-los até para sustentar a prática dos tribunais de inquisição. Veja o que o historiador francês Nathan Wachtel (*La logique des bûchers*, 2009) nos conta sobre a inquisição luso-portuguesa que funcionou no Brasil até a segunda metade do século das luzes (as “luzes” produzem também uma zona de escuridão). O “crime” aqui é a heresia judaizante:

“A repressão da heresia judaizante foi com efeito estimada necessária para manter a pureza da fé tanto nos novos-cristãos quanto nos velhos-cristãos. Como chegar a esse resultado? Para os inquisidores, o meio mais simples, mais eficaz e mais racional era o de fazer reinar o terror” (WACHTEL, 2009, p. 13).

É esse o fundo da teoria da prevenção geral positiva. Por que é que viemos a chamar esse monstinho de “positivo”? Justamente por causa dessa “finalidade” aqui: “A repressão [severa]... é estimada necessária para manter a pureza da fé tanto nos novos-cristãos quanto nos velhos-cristãos”. Note: esse argumento não

está dizendo que a repressão vai *dissuadir*, mas está dizendo que a repressão é necessária “*para manter os valores até mesmo nos cristãos que já estão há muito tempo ancorados nos valores cristãos*”. O argumento busca nos convencer do seguinte: sem repressão enérgica, vocês todos vão perder os seus bons valores. Ela não é “positiva” porque não reprime com severidade; ela se julga “positiva” porque ela acha que mesmo que a sua repressão severa não sirva para dissuadir, ela vai servir para salvar os nossos valores. Aí a gente fica ou feliz ou pelo menos resignado com a repressão. Essa teoria funciona muito bem para convencer sistemas psíquicos, até mesmo os sistemas psíquicos que não desenvolveram predisposição para a repressão, e ela tem a grande vantagem de não ser falsificável empiricamente pelas pesquisas. Como é que você vai mostrar que o argumento é falso? Certo, há argumentos fortíssimos contra, mas você tem que desenterrar e aplicar muito conhecimento que a maior parte das pessoas, incluindo os filósofos e os juristas, não conhece ou não utiliza nesse caso.

Esse argumento de vocação explicitamente repressiva só tinha o estatuto teórico de um “argumento suplementar” apresentado seja pelos promotores das teorias retributivistas seja pelos promotores da teoria da dissuasão. Para dar um exemplo significativo, quando Johannes Andenaes escreveu sobre a *dissuasão* nos anos 1970, ele falava ainda de um *dos efeitos* da punição (“*the general-preventive effects of punishment*”). Em resumo: a teoria da prevenção geral positiva se encontrava embutida (e escondida enquanto teoria independente) na retribuição e na dissuasão. Particularmente na década de 1970, esse argumento se junta aos outros enunciados de Stephen e de outros intelectuais (utilizaram até o coitado do Durkheim para isso) e toma a forma de uma “nova” teoria independente da pena. Essa teoria vai se auto-apresentar a partir dos anos 1970 como uma *substituta* da teoria da dissuasão. Nesse momento, a sua narrativa vai ser a seguinte: “Olha gente, talvez a pena severa não sirva muito mesmo para dissuadir os criminosos potenciais. Mas, por favor, não fiquem desesperados. Essa pena é ao menos útil para outra coisa. Sem ela, vocês vão esquecer os valores que adquiriram com tanto esforço. Então, a pena severa tem uma utilidade *positiva*: ele serve para confortar a consciência de vocês (todo mundo fica feliz ou aliviado vendo o pecador desaparecer) e serve para assegurar os vossos valores, mesmo se vocês achem que nunca vão perdê-los”. Na Inglaterra, ela vai ser usada para conservar a pena de morte na comissão inglesa dos anos 1950 porque os comissários estavam já convencidos que a pena de morte não dissuadia mais do que a pena perpétua. Salvar os valores era diferente.

Mas a partir dos anos 1980 e 1990, a teoria da dissuasão se curou da sua gripe e voltou ao primeiro plano. Para complicar ainda mais esse quadro, os movimentos de defesa dos direitos humanos começaram a promover a teoria da retribuição e da dissuasão nos anos 1980 e 1990, querendo lutar contra a “impunidade” no terreno dos “direitos humanos”. Camilo Umaña está examinando essa questão específica na sua tese de doutorado no Laboratório em codireção com o meu colega, o professor Joxerramon Bengoetxea, da Universidade do país Basco, na Espanha (regime de cotutela). As cartas ficam mais embaralhadas, como na época da Inquisição. E tudo isso vai contribuir para “soterrar” ainda mais a teoria da reabilitação. E no mesmo momento que começa a surgir uma *nova teoria da reabilitação* muito mais sofisticada e interessante e também o movimento de justiça restaurativa. Podemos agora ver que as teorias “se ajudam” e até “se socorrem” entre elas em conjunturas de dificuldade para não nos deixar sair da nossa cultura do encarceramento e da severidade das penas, além de servir para condensar essa cultura.

Temos que reconhecer que essa teoria da prevenção geral positiva é maravilhosa, os seus efeitos são mágicos. No meu caso, eu fiquei um tempo meio deprimido quando eu aprendi com essa teoria que precisava massacrar os outros para conservar os meus valores. Eu pensava antes que mesmo em situações adversas, se eu tivesse adquirido certos valores, eu poderia conservá-los e as gerações seguintes também. Agora veja a única surpresa desagradável. Se vocês lerem cuidadosamente os trabalhos de Garofalo, da escola positiva italiana, o que é que vocês vão encontrar? A teoria da prevenção-geral positiva atrelada à teoria da dissuasão que ele defendia também. Garofalo tinha uma teoria “mista”, assim como Ferri. Este aceitava a teoria da dissuasão, mas sem nenhum entusiasmo. Garofalo apresentou então esse argumento da manutenção dos valores para motivar o seu colega e reforçar a teoria da dissuasão que estava enfraquecida pelo determinismo biológico em matéria criminal. Essa “ajuda” à teoria da dissuasão vai se reproduzir nos anos 1970... Isso é o *sistema de ideias* ou de pensamento de racionalidade penal moderna (segundo a teoria da racionalidade penal moderna).

Agora veja os paralelos infelizes da contingência. Nos anos 1960 e 1970, no campo da justiça juvenil, estava emergindo justamente um movimento social afirmando os “direitos dos jovens” e uma crítica bem justificada da primeira geração de programas – também podemos dizer – do primeiro *paradigma* – da justiça juvenil. Esses programas unificaram a forma de intervenção jurídica em matéria juvenil. Jovens maltratados, jovens abandonados e jovens contraventores eram objeto de um mesmo programa jurídico e social. Utilizou-se – e utilizamos ainda – um rótulo global para caracterizar a orientação filosófico-jurídica-pedagógica

desses programas da primeira geração: “justiça juvenil patriarcal”. A pesquisa de mestrado do Marcos César Alvarez (1989)<sup>9</sup>, na USP, trata da emergência desse primeiro paradigma no Brasil e menciona vários estudos chamando a atenção sobre as implicações seríssimas de discriminação de classe. A leitura desse trabalho me foi muito útil. Pois bem, nos anos 1960 na América do Norte, haviam começado reformas e pressões políticas para introduzir garantias jurídicas processuais na justiça juvenil, para diferenciar os casos de contravenção às leis criminais dos casos de infância necessitada e de infância maltratada. No momento em que começamos a reconstruir a justiça juvenil que está centrada na “reabilitação”, estamos criticando a reabilitação nos adultos e o retributivismo está voltando e se difundindo. Ainda por cima, na justiça dos adultos, os juristas associam fortemente “garantias jurídicas” com “severidade das penas” da maneira seguinte: “a quantidade de garantias dadas deve guardar uma relação (proporcional) com a quantidade das consequências jurídicas”. Se você dá pena de morte, tem que dar muitas garantias, inclusive a de ver um padre antes de morrer. Mas se você só tem que pagar uma multa de trânsito, precisa de menos garantias.

Isso virou uma bola de neve descendo a montanha e carregando o que encontra pelo caminho. Quando chegou embaixo, deu essa fórmula: para resolver os problemas da justiça juvenil, precisamos (1) de garantias jurídicas processuais para reduzir a seleção abusiva, (2) de retributivismo para mostrar aos contraventores que é de punição que estamos falando e não de outra coisa, (3) de proporcionalidade entre o crime e a pena para colocar ordem no arbítrio dos educadores nas escolas de reforma que ficam chantageando os jovens, (4) exterminar o poder de arbítrio dos juizes no processo para colocar fim no patriarcado e promover a vontade do povo e (5) aumentar a severidade das penas porque precisamos responsabilizá-los pelos atos e eles agora têm boas garantias para não serem punidos se por acaso for o caso. Para o retributivismo, “responsabilizar” significa “infligir sofrimento”, nada mais e nada menos. E isso tudo, é só o contexto imediato das reformas na justiça juvenil após 1960. Não foi em todo lugar que deu “zebra”. No caso da *lei* de 1990, o Brasil fez uma obra prima (que talvez precise só de alguns retoques). Mas vocês conhecem os outros problemas. Fica a pergunta: temos que mudar uma lei que está boa porque encontramos problemas em outros lugares? Se a resposta for afirmativa, aparece outra pergunta: a solução estaria em introduzir na justiça

---

9 ALVAREZ, Marcos César. *A emergência do código de menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores*. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Departamento de Sociologia. Dissertação (mestrado). São Paulo, 1989.



juvenil o que *não deu certo (e que continua não dando certo)* em matéria de penas na justiça de adultos? Permitam-me exprimir um profundo ceticismo quanto a isso. Não conheço casos onde essa fórmula tenha dado certo.

**Revista Plural** *No artigo citado, o senhor argumenta que a mudança na forma de pensar o infrator, promovida pela justiça juvenil na sua origem, teria permitido desconstruir aspectos do sistema de pensamento do direito criminal e criar uma identidade própria. Um fator decisivo dessa mudança seria a afirmação do jovem infrator como membro do grupo, o que excluiria a lógica das teorias clássicas da pena, que colocam o criminoso como inimigo de todos. Essa visão, presente na Justiça Juvenil, de que a proteção do jovem é convergente (e não contraditória) com a proteção da sociedade, representaria um avanço com relação à Justiça Criminal para adultos. O modelo de justiça juvenil, tal qual originalmente concebido, com identidade própria e descolado do sistema de pensamento do direito criminal, é por vezes criticado por seu caráter autoritário e paternalista que permitiria medidas repressivas e arbitrárias contra crianças e adolescentes. A lógica da proteção e a visão da medida como meio de ressocialização, características do modelo da justiça juvenil, estariam vinculadas a uma concepção da intervenção estatal como benéfica aos jovens, o que tornaria as garantias processuais desnecessárias. Nesse sentido, as demandas por mais garantias processuais buscam justamente proteger os jovens de medidas arbitrárias, compreendendo a intervenção como negativa. Como o senhor acredita ser possível manter uma identidade própria da justiça juvenil aliada a garantias jurídicas que protejam o adolescente contra intervenções estatais arbitrárias?*

**Álvaro Pires** Essa pergunta é muito importante e não é fácil de responder, mas já tocamos indiretamente em alguns pontos da resposta. A primeira coisa é que não devemos nem confundir, nem associar, como fazemos na justiça de adultos, *garantias jurídicas processuais com teoria da retribuição ou princípio da proporcionalidade* (entre crime e pena). É essa operação cognitiva difícil de diferenciação que me parece precisar ser feita e mantida com vigilância. Precisamos também não confundir “pena” ou sanção criminal (seja ela uma medida socioeducativa) com a *inflicção voluntária e direta de sofrimento pela autoridade estatal*. Foi essa maneira substancialista de definir a pena ou a punição que levou o movimento de reforma da justiça juvenil a buscar outro termo. A ideia era escapar da *definição* de punição, não da punição (definida, buscada e aplicada de outra maneira). Isso criou um enorme problema de comunicação entre educadores, juristas e pesquisadores em Ciências Sociais. Não ajuda ninguém que está que-



rendo reconstruir a justiça juvenil.

No Direito Criminal dos adultos, o “processo justo” e “cheio de garantias” serviu para estabilizar e tornar aceitável a pena de morte, a pena perpétua e todas essas penas cumulativas que acabam com a vida social do condenado. Então as garantias foram associadas a penas, *definidas como comunicação ou inflição de sofrimento*, e com “proporção” entre “crime e pena”. Nessa lógica, se o crime é visto como grave, a pena tem que ser severa e severidade implica hoje sobretudo internação ou prisão. As garantias processuais são excelentes e necessárias, o problema é o que vem atrelado com elas. Se viessem sem elementos não convidados seriam bem-vindas. Então o dilema me parece ser esse: como introduzir as garantias processuais *sem introduzir as teorias da pena que são intrinsecamente indiferentes ao destino do contraventor?* Temos que *aprender a pensar a pena, a proteção e a inclusão social* sem pensar a proporcionalidade entre o crime e a pena. Isso vale também para os adultos. Creio, então, que precisamos para isso de uma nova teoria geral da intervenção penal. É nessa direção que a teoria da RPM aponta...

**Revista Plural** *O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), legislação que regula atualmente o sistema de justiça juvenil brasileiro, manteve dos antigos Códigos de Menores as sentenças indeterminadas, dispositivo típico do modelo de justiça juvenil. Esse dispositivo, vinculado à teoria da reabilitação, prevê que a duração das medidas aplicadas varie de acordo com a evolução no processo socioeducativo de cada adolescente. No caso da medida de internação, um dos efeitos das sentenças indeterminadas é que todas as atividades propostas nas unidades se tornam oportunidades para avaliar o comportamento do adolescente e determinar se ele será ou não liberado. A possibilidade de ser liberado depende, assim, da submissão do adolescente à instituição e do convencimento do juiz de que ele está preparado para sair. As sentenças indeterminadas, dispositivo alternativo à lógica da proporcionalidade do Direito Penal Clássico, abrem margem para uma ampla discricionariedade por parte dos técnicos das unidades e, em especial, do juiz. O senhor acredita ser preferível uma justiça juvenil que aplique sentenças indeterminadas, mantendo uma identidade própria dissociada da lógica vigente na justiça criminal? Qual a sua opinião sobre as sentenças indeterminadas?*

**Álvaro Pires** Essa pergunta é muito complexa e crucial para esclarecer vários pontos-chaves que ficaram, hoje em dia, obscuros. Para começar, eu não diria que a lei do ECA de 1990 manteve exatamente dos antigos Códigos de Menores as “sentenças indeterminadas”. Eu não usaria uma só e mesma expressão para me refe-

rir, por exemplo, ao sistema de penas que foi implantado pelo decreto-lei de 1943 e ao sistema de penas que foi implantado pela lei de 1990. Atualmente, no Laboratório, Celso Fernandes Sant’Anna Júnior está terminado uma dissertação de mestrado em que analisa a filosofia de intervenção e os dispositivos de sanção em todos os programas de justiça juvenil no Brasil. O que vou dizer está em parte ligado com o seu trabalho. Como vocês verão em seguida, no que me toca, eu não estou buscando a “definição verdadeira” de “pena indeterminada”, aquela que corresponde à “natureza das coisas”, mas simplesmente uma definição que nos permita ver a *diferença* entre práticas legislativas e judiciárias que se distinguem entre elas. Quando usamos o mesmo termo para coisas diferentes, *não observamos mais as diferenças*. Tudo fica “igual”. E com isso vem o erro.

1. A primeira razão é para evitar simultaneamente uma *confusão semântica* e *imprecisões sociológicas* do ponto de vista da observação e da descrição. A expressão “pena indeterminada” era relativamente fácil de ser bem compreendida no século XIX e durante a primeira metade do século XX. Mas ela vai se tornar uma fonte de mal-entendidos a partir da segunda metade do século XX e, sobretudo, pelo que me parece, a partir dos anos 1970 sob a influência da literatura jurídica e sociológica dos Estados Unidos.

A primeira coisa que precisamos saber é que, contrariamente a uma convicção historicamente errada, a noção de “pena indeterminada”, no século XIX, precede a formação da escola positiva italiana. Até os anos 1875-80, essa noção *não está ligada* nem à noção de periculosidade, nem a um “modelo médico”, nem a uma concepção determinista do ser humano. A noção de pena indeterminada não depende (nem está *intrinsecamente* ligada) a esses debates. Nos três primeiros quartos do século XIX, ela está estritamente ligada ao *projeto penitenciário de reabilitação* para os adultos e pouco a pouco será adotada pelos fundadores da justiça juvenil. É essa versão não-determinista, não-médica e não centrada na periculosidade que vai ser adotada no final do século XIX no primeiro modelo legislativo de justiça juvenil nos EUA (Lei de Illinois de 1899). Entretanto, se vocês observarem atentamente o decreto-lei de 1943, vocês ficarão surpresos. *Nessa lei*, a noção de “pena indeterminada” *já está contaminada* pela ideologia da escola positiva italiana e está centrada na noção médica e psiquiátrica de *periculosidade*. Em resumo: no Brasil, na lei de 1943, a pena indeterminada da justiça juvenil fica explicitamente atrelada à ideologia da escola positiva italiana, mas isso não acontece em todos os programas legislativos da justiça juvenil na América do Norte.

Outra particularidade. Na lei de 1943, a noção mesmo de periculosidade já se encontra *ampliada* comparativamente às leis existentes até o final da primeira

década do século XX. Nessa lei brasileira, a noção de periculosidade já abrange *todos os indivíduos que transgrediram uma lei criminal* e talvez até mesmo aqueles que são vistos como podendo fazê-lo. Até a primeira década do século XX, inclusive nos trabalhos de Prins, no qual a noção de “*estado perigoso*” já se encontra parcialmente ampliada para cobrir os contraventores não reincidentes<sup>10</sup>, a noção de periculosidade para os adultos estava reservada só para “*certos delinquentes*” vistos como se encontrando numa “*situação especial*” (PRINS, 1910, *op. cit.*, p. 132). Para esses casos especiais, dois dispositivos legislativos eram bastante conhecidos. O primeiro consistia em não fixar um termo para a pena. Se quisermos ser mais precisos, a pena era menos indeterminada do que *ilimitada*: ela não tinha fim previsto na lei nem na sentença. Essa pena podia ser dada logo de início no processo ou podia ser dada *após o final* de uma pena ordinária (fixa) como um “suplemento de detenção” por motivos de segurança. Funcionava como uma “medida de segurança” depois do cumprimento da pena ordinária e sem limite para terminar dado na lei ou na sentença. O segundo modelo era menos típico e o termo “penas indeterminadas” se aplica mal, mas foi às vezes usado. Esse modelo consistia em acrescentar um “suplemento de detenção” após o final da pena ordinária, mas esse suplemento tinha um valor máximo fixado na lei. O indivíduo podia ser liberado antes, mas não podia ficar preso mais tempo do que o limite legal. Em todos esses casos, a pressuposição é que a detenção deveria ser *bastante longa* (PRINS, 1910, p. 135).

De um ponto de vista sociológico, quais são então as principais características da noção *típica* de pena indeterminada até, grosso modo, meados do século XX? Vou caracterizar, sobretudo, o modelo mais típico, ou seja, aquele que não tem limite superior.

- (1) Ela se refere a uma sanção de encarceramento e não às outras sanções.
- (2) Ela é ilimitada no plano legislativo (o sistema político não fixa um “teto”).
- (3) Ela continua ilimitada na sentença do juiz do processo (o tribunal não fixa um término).
- (4) A determinação específica da duração da pena é delegada a um *comité de profissionais* cuja decisão final inclui a participação de profissionais das ciências humanas.

---

10 Sobre isso, ver a excelente introdução de Françoise Tulkens, jurista e criminóloga, ao livro de Prins. TULKENS, F. “*Un chapitre de l’histoire des réformateurs. Adolphe Prins et la défense sociale*”, em PRINS, A. *La défense sociale et les transformations du droit penal*, Genève, Médecine et Hygiène, Classiques Déviance et Société, 1986 (original: 1910).

(5) O juiz do processo não intervém mais no caso e não é tampouco um juiz de execução penal que decide sobre liberação do detento em última instância.

Notem desde já que *essa noção* de “pena indeterminada” não tem nada a ver com a fórmula adotada pela lei de 1990. Nessa nova legislação, a situação é a seguinte:

- A duração da pena não se encontra *absolutamente ilimitada* (nem na lei nem na sentença). Ao contrário, a duração está limitada por um termo não podendo exceder *três anos*.
- É um juiz que decide sobre o momento da liberação. Essa decisão não é delegada a um comitê composto por profissionais das ciências humanas que podem ficar mais preocupados com a eficácia do tratamento do que com os direitos dos detentos.
- Está prevista, num prazo curto (no máximo seis meses), uma revisão periódica sistemática da situação de encarceramento pelo poder judiciário.

O interesse e os objetivos dessas disposições, no *contexto dessa lei*, não poderiam estar mais claros: *não se trata de querer estimular o encarceramento, mas de buscar reduzi-lo ao máximo*, deixando abertas todas as portas para que outras sanções sejam escolhidas e para que a pena de internação seja a mais curta possível. Isso é exatamente o *oposto* da filosofia da pena indeterminada no século XIX e na primeira metade do século XX.

A confusão em volta dessa expressão vai se instalar rapidamente a partir dos anos 1970 na literatura americana sobre o *sentencing*. Quando eu comecei a colaborar com a *Comissão Canadense de Determinação da Pena*, presidida pelo juiz Omer Archambault, na primeira metade dos anos 1980, já podíamos ver isso com toda clareza. O que foi que aconteceu?

Em alguns estados americanos, provavelmente nos anos 1950 ou 1960, no quadro da justiça para adultos, o poder judiciário tomou uma iniciativa que modificou a prática sentencial para alguns crimes. Para esses crimes, ele aceitou a ideia de que a duração da pena deveria estar submetida à realização do objetivo de “reabilitação”. Isso significava que se o detento fosse observado como estando “reabilitado”, ele deveria ser liberado. Não se deveria guardar em prisão pessoas com o único objetivo de dissuadir transgressores potenciais nem simplesmente para retribuir o mal feito por quantidade determinada de sofrimento exprimido na duração da pena. A crença na dissuasão geral havia perdido boa parte da sua credibilidade e a teoria retributivista havia perdido um pouco de espaço em favor da teoria da reabilitação pelo menos para os crimes sem violência física grave. Como foi feito isso?

Para muitos crimes, tanto nos Estados Unidos como no Canadá, havia somente pena máxima na lei. Alguns tinham pena mínima, mas isso não vai alterar substancialmente a prática desses tribunais. Suponha um crime com a pena máxima de oito anos. Essas penas máximas podiam ser elevadíssimas se o observador levar em conta a relativa pouca gravidade interna possível da categoria. Se não havia pena mínima, o juiz podia fixar a pena assim: “O senhor/senhora está condenado a uma pena de prisão de um dia a oito anos”. Se houvesse uma pena mínima de um ano, ele diria “de um a oito anos”. Ele utilizava as duas extremidades dos limites legais e deixava as comissões correcionais decidirem definitivamente o momento da liberação em função da reabilitação. O quadro abaixo compara o sentido original da expressão com o novo sentido que mencionei antes desse “sentido extremo” que transformou qualquer campo de poder discricionário em pena indeterminada.

| Dois grandes sentidos da noção de pena indeterminada  |   |
|---|---|
| Sentido original (1800 – 1950)  | Novo sentido (EUA, 1950...)   |
| 1. Referência exclusiva à pena de prisão  | 1. Referência exclusiva à pena de prisão  |
| 2. Pena <i>ilimitada</i> na legislação  | 2. Pena limitada na legislação  |
| 3. Pena <i>ilimitada</i> na sentença  | 3. Pena limitada pelo valor máximo na sentença  |
| 4. O juiz do processo delega aos profissionais correcionais ou das ciências humanas a decisão de liberar o detento [Não há juiz de execução de penas] | 4. O juiz do processo delega aos profissionais correcionais ou das ciências humanas a decisão de liberar o detento [Não há juiz de execução de penas] |
| 5. O tribunal que deu a sentença não reavalia periodicamente a sentença para ver se pode liberar  | 5. O tribunal que deu a sentença não reavalia periodicamente a sentença para ver se pode liberar  |
| 6. A pena ilimitada só se aplica a casos especiais definidos como “perigosos” ou como “criminosos habituais”  | 6. A pena limitada no valor legal máximo pode ser aplicada a qualquer contraventor condenado à prisão   |
| 7. A pena ilimitada valoriza a “pena longa”   | 7. A pena limitada no valor legal máximo valoriza a “pena longa”  |

Apesar de quatro pontos comuns (1, 4, 5 e 7), o novo sentido da expressão “pena indeterminada” modifica consideravelmente o sentido clássico.

Com a volta ao retributivismo nos anos 1970 (e até antes disso, mas menos forte) e com a guerra desencadeada contra o ideal de reabilitação que acompanhou a virada punitiva, a confusão semântica aumentou mais ainda. Criou-se um *terceiro sentido* que vou chamar de “*sentido extremo*” por ser muito mais amplo do que os dois precedentes.

O poder político estadual americano tentou acabar ou reduzir ao máximo (em várias jurisdições) o poder discricionário dos tribunais na determinação da pena.

O objetivo aqui era transformar os juízes em máquina de calcular ou em “preenchedores” desqualificados de quadros de determinação da pena. No Brasil, desde o Código da república, nós começamos a implantar essa ideologia da “dosimetria” que é uma equivalente funcional dessa preferência pela “politização das penas”. A expressão “pena indeterminada” ficou ainda mais ampla: ela começou a significar *tudo que não era absolutamente fixado* pela legislação ou por esses quadros de determinação das penas. Então, se o juiz pode fazer um julgamento *qualitativo*, é “pena indeterminada”; se não pode, é “pena determinada”. A “internet” está cheia de “cursinhos” que ensinam esse sentido extremo da expressão para os desavisados. A distinção extrema é a seguinte: *pena determinada (pelo legislador ou pelas comissões de elaboração dos quadros)/pena indeterminada*. Claro, esse também não era o sentido clássico predominante de “pena indeterminada” entre 1800 e 1950.

Pois bem, se vocês aplicarem a expressão “pena indeterminada” à lei de 1990, vocês adotam o sentido extremo que acabei de mencionar. Isso é fácil de demonstrar, basta vocês fazerem uma coluna para a lei de 1990 ao lado das duas colunas do quadro acima. Vocês verão que aumentaram ainda mais o sentido da expressão. Faço rapidamente um resumo da diferença com a lei de 1990.

(1) Na lei de 1990, a referência não é exclusiva à pena de internação (toda sanção pode se modificar ou ser declarada terminada a qualquer momento: princípio da *atualidade* da medida).

(2) A pena de detenção (quando é dada) está limitada na legislação.

(3) A pena de detenção também está limitada na sentença (três anos).

(4) O juiz do processo não delega a decisão (de liberar ou de manter na prisão) aos profissionais correccionais.

(5) O tribunal do processo que determinou a internação faz uma revisão periódica que não pode ser superior a seis meses de duração.

(6) A pena de detenção *até três anos* só deve ser dada (se a filosofia da lei for respeitada) em casos excepcionais implicando a segurança da comunidade;

(7) A pena limitada a três anos *não valoriza* a internação (e particularmente se as condições do lugar de internação forem péssimas).

Imagine agora a pergunta seguinte. Por que o tribunal, quando seleciona a internação, dá uma pena *até três anos* e não uma pena com uma fração de tempo fixada (2 meses, 8 meses, um ano e seis meses etc.)? A resposta seria: porque isso seria completamente contrário à filosofia da proteção integral, além de não ser necessário e fazer obstrução ao trabalho dos educadores trabalhando com o jovem. Não é necessário, porque o tribunal *revê* de qualquer maneira a decisão a cada seis meses. Existem tribunais que fazem essa revisão a cada três meses. Os



educadores podem solicitar, eles mesmos, e a qualquer momento, a liberação. Se estiverem bem formados e conscientes do problema da internação, eles vão fazer isso quando julgarem apropriado. Se não estiverem bem formados, a solução ao problema não se encontra nos tribunais, mas sim nessa categoria de profissionais. Uma pena de três meses fixa se inscreve numa lógica retributivista e corre o risco de mudar tudo: o jovem não poderá sair antes e vai sair mesmo se precisar ficar mais por motivos de segurança. Existem riscos de abusos? Claro, mas o abuso existe também com as penas fixas, embora ela seja mais “invisível”.

2. A segunda razão para não empregar a expressão “pena indeterminada” com referência à legislação do ECA é de outra ordem. Eu vou exprimir agora um parecer que evidentemente não posso demonstrar empiricamente. Trata-se de uma predição e não posso nem demonstrar nem descrever o futuro. Mas posso apresentar razões suficientes para sustentar a minha inquietude e dar elementos para a reflexão. Se vocês continuarem a chamar essa fórmula da lei de 1990 de “pena indeterminada”, acredito que as implicações sociais possam ser catastróficas (no sentido de um aumento inútil e nocivo da severidade das penas para a justiça juvenil). Isso será o meu último ponto.

Essa expressão se encontra *estigmatizada* no meio jurídico, e isso particularmente no Brasil onde a cultura jurídica prefere que os juízes e promotores sejam reduzidos a “entes inanimados” (Montesquieu) em matéria de pena. Estamos paralisados nos meados do século XVIII. Se as Ciências Sociais se engajarem por essa via, elas vão promover o retorno de uma filosofia retributivista para a justiça juvenil e, com isso, estimular a destruição de dois campos de poder discricionário: o dos profissionais do Direito (juízes e promotores) e o dos educadores nesse setor. O retributivismo na justiça de adultos deu resultados catastróficos no Brasil e nos EUA. Observem as taxas de encarceramento do Brasil e o estado alucinante das prisões brasileiras. Vocês acham que os políticos estão ajudando a reduzir o uso da prisão com as leis criminais? Viram a lei de crimes hediondos? Perguntem aos juízes o que é que eles podem fazer facilmente, com a legislação atual, para enviar menos pessoas para a prisão e por menos tempo. Não adianta querer controlar o “arbitrário” dos funcionários correccionais eliminando o arbítrio deles. Vocês vão deslocar esse “arbitrário” deles para outras categorias sociais. Por exemplo, para os juízes. E aí vocês vão querer eliminar o “arbitrário” dos juízes da justiça juvenil eliminando o campo de arbítrio de que eles dispõem. Resultado, o “arbitrário” dos educadores, dos promotores e dos juízes vai ficar concentrado no legislador. Vocês acreditam realmente que o “arbitrário” dos políticos não contém “arbitrário”? Que os parlamentos deram provas de um bom grau de lucidez em matéria de penas? Não



encontrei argumentos para sustentar essa expectativa cognitiva nem na Sociologia legislativa, nem na história legislativa. No meu entender, a Sociologia não deve se engajar na destruição do campo de autonomia dos atores sociais. O exercício de uma autonomia pode ser mal praticado, mas a solução não se encontra na supressão da autonomia, mas num trabalho interno com a racionalidade dos profissionais.

\* \* \*

Vocês concluíram essa última pergunta me perguntando o seguinte: “Qual a sua opinião sobre as sentenças indeterminadas?”. Se eu quisesse responder a ela de maneira que vocês nunca soubessem ao certo qual era a minha opinião, sabem como eu responderia? Eu responderia assim: “Eu sou contra as penas indeterminadas, mas gostaria muito que um juiz ou uma juíza que desse uma pena para mim tivesse o poder discricionário para individualizar a minha pena”.

Com essa resposta, ninguém saberia a minha opinião, embora alguns pudessem jurar que soubessem. Vocês, autores dessa pergunta, não saberiam. E por que não saberiam? Não saberiam, porque a “pena indeterminada” dá um poder discricionário para individualizar a pena. Então contra *o quê* eu sou contra? Como vocês não distinguiram entre *pena indeterminada* e *poder discricionário*, vão dizer que eu sou incoerente...

Mas é altamente provável também que outro leitor dessa entrevista, por exemplo, um jurista ou um juiz brasileiro, lendo essa resposta *entenda o que eu disse*, mas *entenda pelo menos em parte errado*. Por que ele entenderia errado? Aqui há diferentes maneiras de “entender errado”. Se ele está pensando na pena indeterminada da escola positiva, ele vai entender corretamente (mas acidentalmente) que eu estou contra essa pena, mas vai pensar, em seguida, *erroneamente*, que eu estou de acordo com o método de dar penas da justiça de adultos no Brasil. Por que vai pensar isso? Porque ele acredita ter uma boa margem de poder discricionário para dar uma pena justa e pensa que está *realmente* individualizando a pena. E eu acho o contrário: eu acho que quem está me dando uma pena no meu caso é um político e não um operador do Direito e que ele não adquiriu ainda um poder discricionário *qualitativo* para dar uma pena justa e apropriada ao caso concreto diante dele. O que vocês fizeram *mentalmente* com a noção de “pena indeterminada” se faz também com a noção de “individualização da pena” e de “poder discricionário”: podemos ver esses “fenômenos” lá onde eles não estão presentes, não aconteceram, não se atualizaram. Eles existem, eles são possíveis, eles fazem parte da realidade, mas simplesmente *não estão* onde nós o estamos vendo. É a noção de ilusão cognitiva...

Só não quero que me perguntem agora qual é a minha opinião sobre a *individualização da pena*... Eu teria que responder como esses anúncios de seriados na televisão: vocês têm agora que esperar pela *Season II*...

Luhmann tem uma frase sobre a dificuldade e alta improbabilidade da *boa compreensão* (sobretudo, mas não somente, nessas questões mais complexas) que acho deliciosa. Vou usar a tradução inglesa porque as outras eliminam justamente o que eu acho mais divertido. Ele está tratando disso: “*No great expectations can be placed on the understanding of communication. [...] Normally, ambivalences and misunderstandings are borne along as well [...]*”. A frase que eu acho divertida e esclarecedora é essa: “*indeed, understanding is practically always a misunderstanding without an understanding of the mis*” (*The reality of the Mass Media*, p.97).

Um dia, alguém deveria inventar um novo ramo para a Sociologia. A “*Sociologia dos mal-entendidos*”. Essa Sociologia poderia começar de uma forma autocrítica, como uma Sociologia da Sociologia. Daria muita tese e muita pesquisa e os resultados seriam esclarecedores e úteis para a qualidade dos conhecimentos. Esse novo ramo da Sociologia seria uma companheira ou um novo desenvolvimento da tradicional Sociologia do conhecimento...

\* \* \*

Como acontece às vezes nesses DVD de filmes, é possível também dar um *final alternativo* para quem não gosta do final que foi oficialmente selecionado. Nesse caso, o final alternativo é mais sério, mas menos instrutivo. Ele seria o seguinte.

Vocês concluíram essa última pergunta me perguntando: “Qual a sua opinião sobre as sentenças indeterminadas?”. A resposta é essa:

1. Vocês já compreenderam que é muito difícil de responder a essa pergunta.
2. Além de muito embaralhada, ela é uma tarefa de Penélope: ela nos leva infinitamente a outras perguntas e a outros problemas.
3. Não sou favorável às “penas ilimitadas” como elas foram concebidas e construídas entre 1800 e 1950.
4. Não sou favorável à ideia de utilizar a expressão “pena indeterminada” para se referir ao modelo de determinação de penas construído na lei do ECA de 1990. Acho esse modelo inovador e inspirador, até mesmo para a justiça de adultos com as devidas correções e adaptações. Desse jeito não daria certo.
5. Quando o problema é complexo, sou favorável a um campo de autonomia decisória para todos os profissionais (policiais, promotores, juízes do processo, juízes de gestão da pena, administração penitenciária e trabalhadores sociais). A existência e a luta pela conservação de um campo de autonomia não impedem formas de revisão e de controle interno/externo do exercício dessa autonomia.