

A RACIONALIDADE ECONÔMICA DO HUMANISMO PENAL CLÁSSICO

Cícero Josinaldo da Silva Oliveira¹

Universidade Federal de Goiás (UFG)

 <https://orcid.org/0000-0002-4517-8510>

E-mail: cicerojosinaldo@ufg.br

RESUMO:

Nos mais representativos projetos humanistas para a reforma da justiça penal desenvolvidos no século XVIII, encontramos o programa para uma nova política do crime duplamente marcado pelo referencial econômico: o pressuposto de que os homens se deixam governar pelo manejo político-legislativo de seus interesses e a tentativa de promoção exaustiva da eficiência e da utilidade dos recursos empregados na execução das penas. Meu intuito é destacar que, o limiar das reivindicações por mudanças e garantias humanitárias nos sistemas penais está inserido no quadro moderno de protagonismo crescente da esfera econômica. Argumento que aceitação da razão dirigida por saldos de vantagens, concebida à luz de alegadas disposições originais do agir, faz funcionar uma racionalidade de tipo econômico com pretensões de estabelecer limites humanos ao direito de punir, e implica um importante componente teórico no processo moderno de enquadramento econômico da conduta e na formação da autoconsciência.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Penal; Utilidade; Humanismo; Racionalidade Econômica.

THE ECONOMIC RATIONALITY OF CLASSICAL PENAL HUMANISM

ABSTRACT:

In the most representative humanist projects for the reform of criminal justice developed in the eighteenth century, we find a program for a new crime policy that is doubly marked by an economic framework: the assumption that men allow themselves to be governed through the political-legislative management of their interests, and the attempt to exhaustively promote the efficiency and utility of the resources employed in the execution of punishments. My aim is to highlight that the threshold of demands for humanitarian changes and safeguards in penal systems is embedded within the modern context of the growing prominence of the economic sphere. I argue that the acceptance of reason guided by the balance of advantages, conceived in light of alleged original dispositions of action, enables a type of economic rationality that claims to set human limits on the right to punish, and implies a significant theoretical component in the modern process of economically framing conduct in the formation of self-consciousness.

KEYWORDS: Prison Reform; Utility; Humanism; Economic Rationality.

¹Doutor(a) em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro – RJ, Brasil.
Professor(a) da Universidade Federal de Goiás (UFG), Cidade de Goiás – GO, Brasil.

Introdução

À entrada de *Vigiar e punir* (1975), de Michel Foucault (1926-1984), encontramos um célebre registro do suplício alçado à condição de espetáculo público de terror penal sob a direção suprema do poder soberano. Os relatos da aplicação da pena de morte ritual a Robert-François Damiens, conedano pelo crime de parricídio em 2 de março de 1757, nos dão conta de um espetáculo de horrores ainda mais cruel do que a sentença em princípio pode sugerir. Aspectos contingentes e circunstanciais, associados à aparente imperícia técnica de seus carrascos, também conspiraram contra a sorte do apenado. Em face das limitações constatadas pelos algozes, alguns aditamentos foram necessários ao comprimento da sentença, aprofundando um infortúnio que já parecia indescritível².

Como sabemos, o ponto de partida de *Vigiar e punir* é a análise da profunda mudança na economia do castigo consubstanciada em reformas efetivas dos códigos penais a partir da segunda metade do século XVIII. É neste registro que seu autor ilustra com o regulamento reformado para a Casa do Jovens Detentos de Paris a sucessão institucional gradativa do espetáculo público penal do suplício pelo controle disciplinar do tempo no interior do cárcere, iniciada na França menos de três décadas depois da condenação de Robert-François Damiens.

Na tese estruturante de sua célebre obra, Michel Foucault sustenta que o contraste entre o suplício e a utilização sistemática do tempo dos condenados, para além de indicativo de uma nova economia do poder, nos permite reavaliar a ênfase sobre a humanização da justiça penal. E isso em decorrência da vinculação do princípio da suavidade das penas a arranjos institucionais novos caracterizados pela emergência de tecnologias disciplinares de poder nas quais se conjuga o ideário de eficiência institucional à própria promoção da chamada “humanidade penal” na modernidade clássica.

A reivindicação de um caráter essencialmente corretivo para a pena, a instituição do paradigma do cárcere, a introdução de penas mais privativas e menos físicas, o cálculo e o arranjo de sofrimentos mais sutis e ocultos do público e o controle exaustivo da conduta dos apenados conjugam e ajustam o projeto originário de “humanidade das penas” com dispositivos de poder destinados a promover a eficiência da justiça e das instituições penais reformadas, assim como a utilidade e a docilidade dos corpos sujeitados aos novos arranjos de poder.

A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um ‘fecho’ ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que

² Conforme consta nas peças originais do processo contra ele dirigido, Robert-François Damiens fora condenado “[...] a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. [...] Essa última operação [de esquartejamento do apenado] foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração. De modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis [cavalos]; e como não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retirar-lhe as juntas. [...] As dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis. E muitas vezes repetia: ‘Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me’. [...] Acendeu-se o enxofre, mas o fogo era tão fraco que a pele das costas da mão mal e mal sofreu. Depois, um executor, de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou uma das tenazes de aço preparadas *ad hoc*, medindo cerca de um pé e meio de comprimento, atenazou-lhe primeiro a barriga da perna direita, depois a coxa, daí passando às duas partes da barriga do braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em suas tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer, e o que ele arrancava formava em cada parte uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras”. (Foucault, 2001, p. 9)

todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com o criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração. (Foucault, 2001, p. 11).

É justamente no espírito de denúncia, próprio de quem julga flagrar a justiça penal a replicar as cenas cuja punição certa e equilibrada deveria tornar menos frequente, que soam as palavras de Cesare Bonesana di Beccaria (1738-1794), quando à entrada de *Dos delitos e das penas*, obra de 1764, assume o propósito de empreender, “na parte que respeita ao sistema criminal”, um exame crítico das leis penais que, por tal despropósito, ele identifica como “excrementos dos mais bárbaros séculos” (Beccaria, 2017, p. 57).

No registro do pensamento iluminista, o intento da crítica anunciada consiste em estabelecer “verdades úteis”, isto é, favorecer pelo esclarecimento a legítima autoridade a propósito dos princípios adequados às convenções humanas que se destinam à necessidade e utilidade comum. Daí porque, nas palavras da reformador italiano, “é importantíssimo delimitar o que resulta desta convenção, isto é, dos pactos expressos ou tácitos dos homens, porque é este o limite daquela força que um homem pode exercer legitimamente sobre outro homem sem especial mandado do Ser supremo” (Beccaria, 2017, p. 59).

Os mais importantes regulamentos da vida social, conforme o autor de *Dos delitos e das penas*, tornam-se contraproducentes quando confiados à prudência tateante do dia-a-dia e à influência daqueles cujos interesses são inconciliáveis com leis previdentes e naturalmente tendentes à distribuição social das vantagens. Via de regra, esse descaminho histórico das convenções (exceto nos casos de poucas nações que com boas leis abreviaram a exposição às vicissitudes humanas), só se torna objeto de reforma quando a multidão de erros multiplicados leva as sociedades à exaustão e ao ponto de não mais suportar os excessos legais e seus males.

Para Cesare Beccaria, quando as leis, que são e devem ser pactos firmados entre homens livres, servem de instrumentos das paixões de uma minoria ou respondem apenas às necessidades fortuitas e transitórias, elas escapam à possibilidade de serem ordenadas segundo a ótica de “um frio observador da natureza humana” (Beccaria, 2017, p. 62) atento ao seu verdadeiro fundamento. E este préstimo com que o filósofo, habituado à rigorosa análise das coisas, transfere o princípio legislativo da tradição para a observação, da opinião para as disposições da natureza humana, o torna digno da gratidão dos homens por traduzir em verdades úteis os dados da pesquisa filosófica até aí considerados infrutíferos.

Mas em que consiste esse princípio geral das disposições do agir abstraído da natureza humana a partir de uma alegada observação imparcial e fria?

I. As disposições naturais da conduta e a refundação da justiça penal

No texto de Cesare Beccaria a confiança na capacidade reformadora da razão se expressa particularmente nos termos de uma razão calculante, operadora de seu utilitarismo filosófico. O projeto beccariano de refundação da justiça criminal sobre bases humanistas parte da admissão de um modelo de racionalidade prática que delibera em função de cálculos de vantagens subjacentes aos cursos possíveis do agir. Admitindo “a máxima felicidade repartida pelo maior número” (Beccaria, 2017, p. 62) como fundamento utilitarista da legislação e justa conformação dos indivíduos à vida social, o autor também assume o mecanismo da razão prática que estaria fundamentado, em última análise, nas disposições da “natureza humana”: a conduta orientada pela evitação da dor e pela busca do prazer ou, em síntese, o caráter determinante do bem-estar e do interesse na conduta.

Quando Cesare Beccaria está a expor o caráter paradoxal da tipificação penal do suicídio, por ser um delito que não parece poder admitir uma pena propriamente dita, sustenta que

Os homens amam demasiado a vida, e tudo aquilo que os rodeia lhes reforça este amor. A sedutora imagem do prazer e a esperança, dulcíssimo engano dos mortais, pela qual engolem a grandes tragos o mal, misturado com umas poucas gotas de alegria, atraí-os demasiado para que se deva temer que a necessária impunidade de um tal delito tenha qualquer influência sobre os homens. Quem teme a dor obedece às leis; mas a morte extingue no corpo todas as fontes da dor. Qual será, pois, a razão que reterá a mão desesperada do suicida? (Beccaria, 2017, p. 135, 136. Nossos grifos)

Duas considerações sobre o prazer e a dor como objetos do cálculo de vantagens; recurso preventivo do crime no ideário reformista de Cesare Beccaria.

1) Sobre o amor à vida e sua corroboração no prazer: “os homens amam demasiado a vida, e tudo aquilo que os rodeia lhes reforça este amor”.

Na mais precoce exposição acerca do fundamento para as disposições gerais da conduta humana, destinada a se tornar cara à tradição de pensamento utilitarista, Thomas Hobbes sustentou, no sexto capítulo do *Leviatã*, de 1651, que o prolongamento da sensação oriunda de objetos externos expressa-se como movimento e esforço e assume a forma derradeira de apetite ou de aversão ao objeto. Hobbes afirma que o “movimento a que se chama apetite, notadamente em sua manifestação como deleite e prazer, parece constituir uma corroboração do movimento vital, e uma ajuda prestada a este” (Hobbes, 1974, p. 38). Em consequência, o prazer corresponde à aparência ou sensação particular do bem, ao passo que o desprazer ou o desagrado é a aparência ou sensação que cada um, a partir de experiências subjetivas, tem do mal. Assemelhado à vida, o prazer que buscamos acompanha e estimula o curso vital, enquanto a dor contrasta e perturba seu movimento.

A despeito da parcimônia com que assume o vínculo da vida com seu reforço no prazer, as palavras de Cesare Beccaria espelham a compreensão de Hobbes acerca do móvel fundamental da ação. E se não chegam a reproduzir integralmente sua compreensão determinista da conduta em consideração ao prazer é porque ao menos considera como atitude irremediavelmente desesperada, de toda sorte anômala e quase antinatural, a improvável escolha subjetiva do suicídio.

No curso de seu exame acerca da natureza humana, Hobbes também afirmou que “o objetivo de todos os atos voluntários dos homens é algum bem para si mesmos”. E a franca admissão deste princípio o levou à revisão de certas concepções tradicionais das virtudes e paixões no curso da qual a própria piedade ou compaixão, que ele define como “a tristeza perante a desgraça alheia [...], surge do imaginar que a mesma desgraça poderia acontecer a nós mesmos” (Hobbes, 1974, p. 84, 41). A ousada redução hobbesiana da própria compaixão a movimento reflexo do egoísmo, sob a prescrição do prazer, implica a intenção deliberada de demolir o último reduto para a ação voluntária não comprometida com o interesse próprio.

De sua parte, Cesare Beccaria, ao reservar um campo possível embora limítrofe às ações não-conformes ao princípio utilitarista do prazer ou do bem-estar, não foi o primeiro a propor a exorbitância da esfera racional como a marca distintiva da conduta desindexada do interesse de si. Na *Fábula das abelhas* de 1723, Bernard Mandeville já classificava a ação não referenciada pelo agrado de si como conduta desviante, própria de estados mórbidos e antinaturais.

[...] Selvagem ou político, é impossível que o homem [...] possa agir com alguma coisa em vista senão de agradar a si mesmo enquanto puder fazer uso de seus órgãos, e a maior extravagância, seja por amor, seja por desespero, não pode ter outro centro. De certa forma, não há nenhuma diferença entre a vontade e o prazer; e, a despeito deles [ou contra eles],

qualquer movimento que se faça deve ser antinatural e convulsivo. (Mandeville, 2016, p. 360. Grifos nossos)

Como nas filosofias de Hobbes e Mandeville, a identificação beccariana do prazer ou do interesse enquanto causa motora determinista da ação é decisiva ao enquadramento econômico da razão e à proposição de um projeto reformista em novas bases. Em todo caso, qualquer que seja a filosofia, a aceitação do interesse de si como o elemento inelutável da conduta implica sempre uma teoria do seu manejo adequado para a viabilização ou a reforma da vida social³.

Hobbes propôs uma “ditadura autorizada”⁴ como a única forma segura de governo da conduta cuja tendência inexorável na direção do prazer ou do interesse só poderia ser refreada pelo medo, instilado a partir da figura monstruosa de uma autoridade soberana dotada de poderes plenos; autêntica representante do terror. Uma autoridade para a qual também o suplício e tudo mais que possa inspirar o temor constituem recursos disponíveis⁵. Cesare Beccaria, um reformador moderado, julgou extrair uma proposta de reforma social do próprio mecanismo interno à conduta: o modo de funcionamento do processo deliberativo que estando inclinado ao interesse de si, se contrabalançado por leis penais leves e humanas, porém certas e correspondentes à forma dissuasora reversa ao princípio do prazer, daria à legislação um papel fortemente preventivo em relação ao crime, otimizando a distribuição social das vantagens sem excessos políticos de poder.

O cálculo legislativo de interesses como recurso preventivo ao crime é o aspecto crucial do ideário reformador beccariano que, atento às alegadas disposições da natureza humana, nos leva a uma consideração mínima sobre a relação entre dor e obediência à lei.

2) “Quem teme a dor obedece às leis”.

No marco da teoria política contratualista, o pensador milanês compreende as leis como as condições pactuadas entre homens, inicialmente isolados e independentes, para a instituição da associação civil: “cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade tornada inútil pela incerteza de ser conservada, eles sacrificaram parte dela para gozar o restante com segurança e tranquilidade” (Beccaria, 2017, p. 63). De sorte que a soberania, a autoridade

³ A despeito de uma tendência comum às teorias do egoísmo psicológico de encarar o problema do suicídio no registro de um comportamento “antinatural”, “convulsivo” ou situado fora do campo da conduta racional, ao tangenciar o assunto no Capítulo XI do *De homine* de 1658, Hobbes o recoloca no interior do cálculo racional das vantagens e desvantagens, sinalizando a possibilidade do suicídio como ato racional justificável - em consonância com a teoria do “esforço” em reduzir a dor (nas condições em que o prazer não é possível) como a encontramos tanto nesta mesma obra quanto na primeira parte do *Leviatã* de 1651. A passagem do *De homine* a que me refiro é a seguinte: “Além disso, o maior dos bens para cada um é sua própria preservação. Pois a natureza é organizada de tal modo que todos desejam o bem para si mesmos. Na medida de suas capacidades é necessário desejar vida, saúde e além disso, na medida do possível, segurança no tempo futuro. Por outro lado, embora a morte seja o maior dos males (especialmente quando acompanhada pela tortura), as dores da vida podem ser tão grandes que, a menos que tenham fim rápido e previsto, podem levar os homens a incluir a morte entre os bens” (Hobbes, 1978, p. 48-49. Minha tradução).

⁴ A breve e certa apreciação da proposta política do *Leviatã* como “ditadura autorizada” é de Tom Sorell (2008, p. 30). É o mesmo parecer que lemos no texto introdutório à edição brasileira para *The elements of law, natural and politic*, escrito por John Charles Addison Gaskin: “Ele formulou uma teoria do Estado tão conservadora que poderia ser usada para defender praticamente qualquer tirania - contanto que a tirania seja eficiente para manter a paz interna e resistir contra os inimigos externos; e tão ampla que poderia justificar a submissão a qualquer forma de governo seguramente estabelecido” (Hobbes, 2019, p. XLI-XLII).

⁵ Não obstante, quando no 12º capítulo do *De homine* tece considerações sobre a “vingança” (*vengeance*) no sentido de punição racional, Hobbes antecipa o essencial dos princípios para a reforma penal desenvolvidos no século XVIII, a saber, a inutilidade da pena de morte, a limitação do castigo penal, os caracteres preventivo e reformador da pena e o castigo como exposição controlada ao desagrado: “[...] fazer o mal a um agressor na medida do que lhe for suficiente para fazer o agressor arrepender-se do mal que lhe fez. [...] Fazer o mal a alguém para que ele se arrependa da suposta injúria causada ou para assustar outros e impedi-los de fazer o mal. [...] E assim, matar aquele que cometeu uma injúria não satisfaz a vingança, pois os mortos nunca se arrependem de nada. Portanto o objeto da raiva [quando racionalmente dirigida] é o desagradável para alguém, mas somente até que ele seja dominado pela força” (Hobbes, 1978, p. 56, 57. Minha tradução). Também John Locke já havia formulado em 1690 algo de essencial nos projetos de reforma do século XVIII quando propôs que “a pena a ser aplicada a cada transgressão deverá ser definida e deverá possuir a severidade suficiente para assegurar ao delinquente que o crime não compensa, para lhe fazer surgir o arrependimento, e para aterrorizar os outros que possam se sentir tentados a fazer o mesmo” (Locke, 2007, p. 40-41).

civil suprema de uma nação, resulta precisamente da soma das parcelas daquela liberdade original a que cada um renuncia em vista do próprio bem.

A sociedade civil é constituída de tal modo que, enquanto seu legítimo depositário e guardião, o soberano deve poder dispor apenas das sanções necessárias e suficientes à defesa do depósito público e dos associados contra as tentativas de usurpação dos particulares. A atitude criminosa em geral aparece como a ação usurpadora de quem procura obter do depósito público não apenas a porção que lhe cabe, mas também aquela ou parte daquela porção que é devida a outros. É nesta teoria da sociedade que as leis penais são ressignificadas como “necessários argumentos sensíveis bastantes para dissuadir o espírito despótico” (Beccaria, 2017, p. 63). Daí que também sob este aspecto a análise hobbesiana da natureza humana presente no *De cive*, de 1642, repercute clara e decisivamente em *Dos delitos e das penas*:

É por si só manifesto que as ações dos homens procedem de sua vontade, e essa vontade procede da esperança e do medo, de tal modo que, quando vêem que a violação das leis provavelmente lhes acarretará um mal maior, ou um mal menor, do que traria sua observância, eles facilmente as violam. Portanto, a esperança que cada homem tem quanto à sua segurança e autoconservação consiste em que, pela força ou pela habilidade, ele possa lograr o seu próximo, seja abertamente, seja por algum estratagema. Disso podemos inferir que não basta um homem compreender corretamente as leis naturais para que, só por isso, tenhamos garantia da sua obediência a elas. (Hobbes, 2002, p. 91)

À maneira de Hobbes, a ressignificação beccariana das penas estabelecidas contra infratores da lei como “argumentos sensíveis”, sustenta ter sido provado pela experiência que a maioria dos homens não se conforma a princípios estáveis para conduta. Exceto quando confrontados com “argumentos que ferem os sentidos e que a todo passo vêm à mente para contrabalançar as fortes sensações das paixões individuais que se opõem ao bem universal” (Beccaria, 2017, p. 64). Dada a indiferença tendencial às mais sublimes verdades e eloquentes discursos, que tentam sem sucesso refrear as disposições disruptivas, resta o recurso ao quadro sensível ou os casos concretos dos danos penais, a saber, um tipo de apelo constantemente dirigido mais aos sentidos do que à razão para conter as paixões excitadas pelos objetos.

A exposição constante da mente a desagradados punitivos equilibrados que, à diferença de Hobbes, são para Beccaria os únicos elementos que os homens devem temer na ordem civil, favorece a moderação e a conformidade aos princípios da vida social. De toda forma, para além de castigos moderados, penas são “argumentos sensíveis” que opõem obstáculos à conduta dirigida pelo prazer.

A máxima de que “mais vale prevenir os delitos que puni-los” é eleita à entrada da seção 46 de *Dos delitos e das penas*, sob o sugestivo título de “Como se previnem os delitos”, como o princípio fundamental que deve dirigir toda boa legislação. E como o objetivo desta última é a distribuição social da felicidade ou a redução de seu contrário ao mínimo possível, Cesare Beccaria infere que uma legislação sábia deve proceder essa repartição “segundo cálculos dos bens e dos males da vida” ou dos prazeres e das dores. “Quereis prevenir os delitos?”, pergunta o reformador milanês e propõe dois imperativos cruciais para este fito: 1) primeiro “fazei com que as leis sejam claras e simples”, 2) segundo “fazei com que os homens as temam, e as temam só a elas”, pois “o temor pelas leis é salutar” (Beccaria, 2017, p. 154, 155).

A razão pela qual a clareza das leis e a insinuação do medo são mandatórias à obra legislativa é que elas fornecem os elementos indutores para o cálculo subjetivo das vantagens. É verdade que ao ampliar o escopo da razão calculante no bojo de um projeto reformista, Cesare Beccaria parte da consideração de que “é impossível prevenir todas as desordens no eterno

combate às paixões humanas”, mas também assume que “a exactidão matemática deve ser substituída na aritmética política pelo cálculo das probabilidades”. (Beccaria, 2017, p. 72).

Por considerar a força que nos impele à busca do bem-estar um caso análogo à da atração gravitacional sobre os corpos, o reformador conclui que tal força, ou pelo menos seu excesso disruptivo que é preciso refrear, não se detém senão pela força opositora de obstáculos equivalentes. Daí que a obra do legislador é como a do hábil arquiteto cujo ofício consolida as forças gravitacionais favoráveis à segurança da construção, ao tempo em que opõe outras forças àquelas que lhes são prejudiciais. No ofício legislativo, “as penas” aparecem na obra de Cesare Beccaria antes de tudo como “obstáculos políticos, [que] impedem o seu mau efeito sem anular a causa motora, que é a própria sensibilidade, inseparável do homem” (Beccaria, 2017, p. 73).

II. A reforma humanista sob um referencial econômico

Em atenção às pressões econômicas que levaram às efetivas transformações penais a partir século XVIII, Foucault afirmou que “a conjuntura que viu nascer a reforma não é [...] de uma nova sensibilidade, mas de outra política em relação às ilegalidades” (Foucault, 2001, p. 70). Reavaliando o projeto humanitário, a análise conjuntural concebida em consideração à multiplicação das riquezas e das propriedades pela elevação da produção, estocagem e circulação de bens, sugere uma convergência estratégica entre a nova prevalência dos crimes patrimoniais sobre os crimes de sangue e o discurso crítico dos reformadores em relação aos excessos do poder punitivo. E que tal fenômeno não é tão mediado pelo problema da crueldade quanto pelo problema da irregularidade penal e de sua ameaça à propriedade imobiliária, industrial e comercial.

A luta pela delimitação do poder de punir se articula diretamente com a exigência [burguesa] de submeter a ilegalidade popular a um controle mais estrito e mais constante. [Pois] se é verdade que a reforma, como teoria penal e como estratégia do poder de punir, foi ideada no ponto de coincidência desses dois objetivos, sua estabilidade futura se deveu ao fato de que o segundo ocupou, por muito tempo, um lugar prioritário. Foi porque a pressão sobre as ilegalidades populares se tornou na época da Revolução, depois do Império, finalmente durante todo o século XIX, um imperativo essencial, que a reforma pôde passar da condição de projeto à instituição e conjunto prático. (Foucault, 2001, p. 75)

O que torna o super poder soberano de punir e o infrapoder das ilegalidades populares contra a propriedade campos contensivos da luta pela reforma penal no século XVIII, é o fato de que o excesso de poder punitivo opera ao mesmo tempo nos campos do exemplar, do inumano e do lacunar. De sorte que o próprio exercício moderado do castigo penal, a humanidade da pena, exigirá “fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com severidade atenuada, mas punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir” (Foucault, 2001, p. 70)

De todo modo, a crermos nas análises de Foucault, em que pese a ênfase sobre a humanidade punitiva no discurso dos reformadores, a reforma é mais fortemente articulada pelo imperativo de uma distribuição social homogênea, eficiente e regular do poder de punir em decorrência da passagem da criminalidade de sangue à criminalidade de roubo e fraude econômica que marca uma sociedade em franca expansão da riqueza.

A meu ver, o influxo mais profundo e talvez significativo da esfera econômica sobre a reforma penal passa pelo nível teórico de uma racionalidade que pretende tornar coextensivos o cálculo de interesses e o respeito à humanidade dos condenados como limite do poder soberano.

Em *Dos delitos e das penas*, a interposição de obstáculos políticos ao crime segundo a mecânica interna à conduta abre para legislação um campo novo de atuação preventiva indexada à racionalidade das vantagens. Na mais lacônica formulação de Cesare Beccaria,

Para que uma pena tenha efeito, basta que o mal, nascido da pena, exceda o bem que nasce do delito, e é neste excedente de mal que deve ser calculada a infalibilidade da pena e da perda do bem que o delito produziria. Tudo o que é demais é, portanto, supérfluo, e por isso tirânico. Os homens regulam-se pela acção repetida dos males que conhecem, e não daqueles que ignoram (Beccaria, 2017, p. 116).

Dada a impossibilidade de um estado de coisas em que não se cometam delitos, o autor italiano observa que a legislação não apenas deve ser dirigida pelo propósito de reduzi-los ao mínimo, como também que essa redução deva se dar numa proporção direta à intensidade dos males que causam ao interesse comum. Ou seja, quanto mais grave for o crime, menos frequente ele deve ser. Disso decorrem duas regras que, concebidas do ponto de vista da razão dirigida por saldo de vantagens, possibilitariam às penas, quando devidamente formuladas, o exercício paralelo da função preventiva de interpor “obstáculos políticos” ao crime e resguardar o princípio de proporcionalidade entre delitos e penas. Nas palavras de Beccaria, “[1] devem, pois, ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que eles são contrários ao bem público e [2] na medida em que são estímulo para os delitos.” (Beccaria, 2017, p. 72).

Pela regra um, para que possa operar ao mesmo tempo de maneira preventiva, por efeito do cálculo de interesses, a força punitiva deve ser progressivamente incrementada segundo a escala ascendente em que os delitos afetam o bem público, de forma que quanto mais danoso for à sociedade, maior deve ser a sanção a determinado crime.

Pela regra dois, a sanção penal deve ser forte até o ponto de elidir a possibilidade de que ela mesma seja fator de incentivo ao delito, isto é, branda o bastante para levar, no plano subjetivo de quem delinque, a um desequilíbrio da dor em favor do prazer ou do bem-estar esperado no delito - cujo mecanismo de contrapeso penal tem justamente a função desencorajar. Seu pressuposto é o de que a violação, na perspectiva do infrator potencial, deve ser marcada por um bem menor do aquilo que resultaria da sua observância.

Da inobservância do *princípio da proporção entre delitos e penas* ou da “incorreta distribuição” legislativa entre o prazer e a dor nasceria aquela paradoxal condição social em que as penas punem os delitos a que dão origem. Porque, como diz Cesare Beccaria, “se uma mesma pena se destina a dois delitos que de forma desigual ofendem a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte para cometer o maior delito se a isso se associar uma maior vantagem” (Beccaria, 2017, p. 75).

Mas a indução do comportamento desejável a partir do mecanismo legislativo que opõe à expectativa de bem-estar dos delitos contrapesos penais desprovidos de vantagem, deve ainda ser combinada ao *princípio da infalibilidade da pena* que o reformador milanês considera como um dos maiores freios dos delitos. Para ser realmente determinante no cálculo subjetivo, a previsão do prejuízo fixado na sanção penal tem de se fazer acompanhar da certeza do castigo. Porque, uma vez atendido o *princípio da proporção entre penas e delitos*, o índice político de probabilidade no refreamento do crime torna-se inversamente proporcional às condições que dão esperança de impunidade.

A pena fixa o dano, mas somente o caráter infalível da sanção o torna certo e atemoriza o espírito nos limites aceitáveis da humanidade a respeitar, enquanto garante a inexorabilidade da desvantagem. Mesmo quando moderado, um castigo certo e devidamente ancorado nas disposições humanas não deixa alternativa à atividade normal do espírito. Porque nessa condição

é a própria evitação natural dos males maiores que faz o interesse convergir com a regra da razão prática que prescreve como dever cívico a observância da lei.

No cerne do mecanismo para a promoção da desvantagem penal como recurso dissuasivo ao crime, o projeto beccariano pretende estabelecer o sistema a reboque do qual o respeito à humanidade emerge como ponto de equação do problema político de exorbitância do poder. Os parâmetros da moderação ou da suavidade penal que define o respeito à humanidade como zona fronteira do poder emergem enquanto derivativos dos princípios de suficiência da desvantagem penal, da proporcionalidade entre crime e castigo e da certeza ou infalibilidade do dano que embasam o cálculo legislativo atento à mecânica da conduta.

Ao fim e ao cabo, a garantia de moderação do poder penal decorre de uma racionalidade que torna coextensivos o cálculo de interesses e o respeito à humanidade dos condenados. Neste contexto, *a humanização das práticas punitivas, que nunca encontra definição objetiva na obra em exame, estaria assegurada por conformações do poder aos critérios de utilidade, eficiência, vantagem e dever de redução de danos em relação aos condenados*. O resultado é a indexação do imperativo moral de suavidade das penas ao quadro geral da economia dos interesses que articula *Dos delitos e das penas*.

Nesse cenário teórico, observa-se, por exemplo, que o excedente mínimo de dano pelo qual a pena se presta a legítimo instrumento dissuasor da busca de um bem a partir do crime, define o mal como objeto do cálculo legislativo de cujo excesso emerge a crueldade enquanto expressão do que é ao mesmo tempo inútil, tirânico e desumano no exercício desse poder. Daí que, em princípio, os graus de desumanidade penal poderiam ser determinados pela consideração daqueles castigos que ultrapassam em diferentes níveis a intensidade necessária para afastar dos delitos. Considerando que

O fim [da pena] não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo, devem, assim, escolher-se as penas e o método de infringí-las de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu. (Beccaria, 2017, p. 85)

O suplício, seguido da condenação à morte sumária, aparece no topo da escala de tudo quanto a sanção penal legítima não comporta. Pesa contra toda prática penal de sangue a inutilidade do método, o seu caráter ineficiente, gratuito ou desprovido de proveito social e também de qualquer consideração aos interesses do indivíduo delinquente.

A eficácia ou a utilidade da sanção penal, embora deva ter sua intensidade punitiva duplamente modulada pela escala dos danos criminais e pelos contrapesos dissuasivos da desvantagem do castigo, não autoriza qualquer passagem pelos recursos extremos da tortura, do suplício e da trucidação, e isso mesmo em casos de crimes atrozes. Na compreensão beccariana do pacto social a soberania é constituída pela soma de porções mínimas da liberdade original a que cada um renuncia para a constituição de uma autoridade comum. E esta tampouco autoriza a vontade soberana, formada daquele sacrifício mínimo, a arbitrar sobre a vida que constitui para cada um dos particulares o maior de todos os bens para o qual não há compensação possível. A vida permanece sempre externa ao pacto social.

Ao discutir a hipotética utilidade da pena de sangue pela impressão do terror, Cesare Beccaria avalia que “não é a dureza da pena que tem o maior efeito sobre a alma humana, mas a sua duração” (Beccaria, 2017, p. 119). Pois o terror salutar e realmente útil que a lei pretende inspirar é efeito de impressões mínimas e repetidas sobre nossa sensibilidade, mais duradouramente afetada do que por impressões fortes, cruéis e espaçadas. Na decisiva condição humana de ser sensível, o espetáculo fugaz e brutal do suplício não ressoa da forma reiterada e

regular como na extensa privação da liberdade, que em sua constante presença, a despeito da suavidade, deixa sempre à vista a desvantagem ou a dor da sanção penal⁶.

A pena de morte é ineficiente e inútil porque sua impressão, apesar da força, é sempre circunstancial; não afeta eficientemente os indivíduos com força e frequência de maneira a referenciar, como nas práticas penais moderadas e contínuas, o quadro prolongado de desvantagens nos atos interditos e nos direitos suspensos. Ao passo que uma suave legislação enseja “aquele retorno a nós próprios, eficaz, porque tantas vezes repetido: ‘eu próprio serei reduzido a uma longa e mísera condição se cometer semelhantes crimes’ é bem mais poderoso do que a ideia da morte, que os homens vêem sempre a uma distância obscura” (Beccaria, 2017, p. 120).

Mas o suplício e a pena de morte sumária são apenas o ponto de plena transparência das formas possíveis de desumanidade no exercício do castigo penal. É como registro de uma atenção escrupulosa aos modos mais discretos de desequilíbrio na relação entre o indivíduo infrator e o poder de punir que se lê o *princípio de imediatividade das penas* pelo qual, “quanto mais pronta e mais perto do delito cometido esteja a pena, tanto mais justa e útil ela será” (Beccaria, 2017, p. 102).

A prontidão das penas suaves também é tida como justa e adequada por privar o réu dos inúteis e cruéis tormentos da incerteza que se agrava por efeito da imaginação e na proporção do distanciamento entre o delito e sanção penal. A própria distinção conceitual entre pena de privação da liberdade e “detenção” como “simples custódia de um cidadão até que seja considerado culpado” (Beccaria, 2017, p. 103) é um registro do garantismo penal que, entretanto, na teoria jurídica do reformador milanês, é precedida pela consideração detalhada do mecanismo psíquico do sofrimento e da dor.

O caráter desumano dos dispositivos penais é tido como mais profundo e mesmo anterior ao tratamento objetivo do réu, e é justamente isso que nos leva, em *Dos delitos e das penas*, à distinção entre custodiar um réu e apenar um paciente⁷. Mas o valor do garantismo beccariano não deve obscurecer o empenho em fazer um inventário exaustivo das dores e dos sofrimentos que de maneira sub-reptícia, à margem do cálculo legislativo, tendem a se infiltrar nas penas ou na necessária custódia de um réu eventualmente detido para assegurar que não fuja ou para garantir as condições do instrução do processo.

As garantias contra os abusos dos sistema de justiça também envolvem, para Cesare Beccaria, a esfera da vida mental sempre mais suscetível à adição furtiva e gratuita de sofrimentos. As providências contra a desnecessária extensão da incerteza que aflige inutilmente o réu no hiato entre delito e pena e buscam amenizar o sentimento da própria fraqueza diante da enormidade da força punidora, pretendem combater crueldades e assegurar garantias individuais desde os fenômenos mais recônditos da subjetividade até o tratamento ostensivo dos indivíduos. Daí a denúncia dirigida a atitudes aparentemente menores, mas que no fundo, se bem examinadas, traduzem formas de tortura do espírito: “Que contraste mais cruel do que a indolência de um juiz e a angústia de um réu? A comodidade e os prazeres de um insensível magistrado, por um lado, e do outro as lágrimas, a desolação de um prisioneiro?” (Beccaria, 2017, p. 103)

⁶ “A punição não precisa portanto utilizar o corpo, mas a representação [do dano]. Ou antes, se ela tem que utilizar o corpo, isto o será na medida em que ele não é tanto o sujeito de um sofrimento, quanto o objeto de uma representação: a lembrança de uma dor pode impedir a reincidência. Eliminação do corpo como sujeito da pena, mas não forçosamente como elemento num espetáculo. A recusa aos suplícios que, no limiar da teoria, só encontra uma formulação lírica, encontra aqui a possibilidade de se articular racionalmente. É a representação da pena que deve ser maximizada, e não sua realidade corpórea” (Foucault, 2001, p. 79-80)

⁷ “A detenção é, portanto, a simples custódia de um cidadão até que seja considerado culpado, e sendo esta custódia penosa, deve durar o menos tempo possível e deve ser o menos dura possível. O tempo mínimo deve ser calculado, por um lado, de acordo com a duração necessária do processo e, por outro, de acordo com a antiguidade de quem primeiro tem o direito de ser julgado. O rigor da vigilância não pode ser senão o necessário, ou para impedir a fuga, ou para não apagar as provas dos delitos. O próprio processo deve terminar no mínimo de tempo possível” (Beccaria, 2017, p. 103)

Em todo caso, mais do que a rejeição da inutilidade de todo sofrimento que não entra no cálculo dos contrapesos legislativos delimitadores da punição, o aspecto humano da *prontidão das penas*, como de resto em toda ação penal legítima, tem como fundamento o “princípio infalível”, aceito em toda sociedade legítima, “de que os homens queiram sujeitar-se aos menores males possíveis” (Beccaria, 2017, p. 103). Sua expressão legislativa concreta seria a combinação da sanção penal em sua máxima utilidade ou eficácia, quanto ao potencial preventivo, à menor dureza possível por parte de quem a sofre. *O princípio da redução de danos*, cláusula fundamental do pacto social, define a regra pela qual o sistema de justiça é confrontado com o dever de reconhecer o delinquente como indivíduo para quem restam interesses a assegurar⁸.

Não é trivial a frequência com que o ideário beccariano de reforma transite, na mesma linha argumentativa, das garantias da moderação ou da humanidade penal à promoção da utilidade otimizada da justiça. Além de justa, enquanto conformada ao *princípio da redução de danos* em consideração ao apenado, a *prontidão das penas* aparece como útil por promover, em especial nos espíritos grosseiros e vulgares de certos espectadores, a associação causal inequívoca entre delito e pena. A proximidade entre ação delituosa e sanção penal contribui para promover, aos olhos dos espíritos mais embrutecidos, o contraste entre a vantagem que serve de estímulo ao delito e o desagrado ligeiramente superior, e por isso mesmo útil e humano, da pena. Esse elemento de compensação particularmente voltado aos espíritos obtusos, pela possibilidade de apreensão próxima e imediata dos danos penais e sem enfraquecimento do horror suave ligado a um delito particular, pretende induzir a acomodação de seus interesses aos limites da lei ou ao controle político das probabilidades criminais.

O derradeiro testemunho de eficiência da legislação penal fundada nas inclinações humanas é a contemplação até mesmo do tipo mais vulgar de indivíduo no sentido oferecer as condições de sua integração ao mecanismo utilitarista das compensações (nos casos em que a prevenção pode ser bem-sucedida), ou das *reduções de danos* nos limites de uma moral punitiva articulada pelos mesmos pressupostos (quando o castigo se torna inevitável). Sob a mediação de um dano penal que embora leve e moderado é também certo e imediato, assegurado seu papel na dinâmica natural do processo deliberativo, o interesse se torna o elemento cujos critérios do agir fazem cooperar o mecanismo político de controle das probabilidades criminais e o respeito à humanidade dos custodiados.

Ao tempo em que busca atenuar a sedução possível dos atos interditos (as atitudes que levam, na perspectiva utilitarista, à má distribuição social das vantagens e da felicidade), o legítimo governo político dos homens a partir dos interesses reconhece a *utilidade das penas leves* como elemento interno e inevitável ao exercício eficiente desse controle. De sorte que *a humanidade punitiva é uma peça sem a qual o mecanismo eficaz da justiça penal não pode funcionar*; sua emergência e reiterada afirmação no sistema reformado de justiça se fazem sempre à reboque do préstimo que ela pode oferecer. É verdade que o respeito à humanidade do apenado, como quer que seja aí entendido, interessa ao indivíduo delinquente, mas interessa principalmente ao sistema de justiça como condição de sua eficácia. E o decisivo é que essa ordem de prioridade dos interesses não é indiferente na teoria jurídica beccariana, pois implica a subordinação de um valor ao outro em casos eventuais de conflito.

Mesmo a eficiência do melhor dos sistemas penais tem limites e Cesare Beccaria claramente os reconhece quando concebe uma nova política penal não na perspectiva utópica de extinção do crime, mas para o seu controle político no nível das probabilidades. Na hipótese de um mundo sem criminosos a obra que estamos a discutir simplesmente perderia o seu objeto.

⁸ “Os homens entregues aos seus sentimentos mais primários amam as leis cruéis e todavia, sujeitos a elas, seria do interesse de cada um que fossem moderadas - porque é maior o temor de ser ofendido do que a vontade de ofender” (Beccaria, 2017, p. 142)

Daí que a redução de danos a sentenciados é, em princípio, a regra fundamental a ser observada pelo próprio sistema de justiça legítimo e humanizado sempre que a legislação penal se vê frustrada em seu intento preventivo prioritário. Nos casos em que os desestímulos penais interpostos à ação criminosa não levem a bom termo o cálculo subjetivo de interesses, o chamado *princípio inviolável do menor dano*, correlato ao fato “de que os homens queiram sujeitar-se aos menores males possíveis” (Beccaria, 2017, p. 103), deveria, ao que parece, assegurar a consideração desse interesse fundamental de qualquer indivíduo delinquente sem qualquer discriminação do delito cometido. Mas não é isso que se constata na obra de Cesare Beccaria quando da consideração de duas situações nas quais interesses da justiça penal ou do Estado conflitam com interesses individuais dos custodiados.

1) No primeiro caso, ao discutir a pena morte, Cesare Beccaria argumenta que ela pode ser substituída pela *pena da escravidão perpétua* enquanto pena máxima no contexto de uma justiça criminal reformada. Em defesa de sua *utilidade*, ele afirma que o extenso e penoso exemplo de privação da liberdade de indivíduos cujas fadigas reparam ao longo de toda vida certos danos perpetrados à sociedade constitui o maior freio possível contra os delitos. A razão pela qual a pena de escravidão perpétua, em substituição a pena de morte, encerra tudo quanto é necessário para demover qualquer espírito determinado é que não há reflexão que possa levar à opção pelo mais vantajoso dos delitos quando sua consequência certa é a desvantagem da perda total e definitiva da liberdade.

Quanto à *humanidade* dessa substituição penal,

A quem disser que a escravidão perpétua é tão dolorosa quanto a morte, e por isso igualmente cruel, responderei que, somando todos os momentos infelizes da escravidão, sê-lo-á talvez ainda mais, mas estes momentos estendem-se sobre toda a vida, e aquela exercita toda a sua força em um só momento; e é esta a vantagem da pena de escravidão, que assusta mais quem a vê do que quem a sofre; porque o primeiro considera toda a soma dos momentos infelizes, e o segundo é desviado, pela infelicidade do momento presente, da infelicidade futura. Todos os males crescem na imaginação, e aquele que sofre encontra compensações e consolações desconhecidas e inacreditáveis para os espectadores, que substituem pela própria sensibilidade a da alma endurecida do infeliz. (Beccaria, 2017, p. 121-122. Nossos grifos)

Concebida como recurso máximo da escala penal cuja modulação da intensidade punitiva tem por objetivo prioritário demover dos atos ilícitos segundo à escala de desordens sociais que eles impõem, a proposição da escravidão perpétua como pena máxima pretende solucionar os problemas da “inutilidade” e da “injustiça” da pena capital. A pena de morte não é útil nem justa num governo bem organizado. Mas se nos termos da teoria beccariana a pena de escravidão perpétua pode ser tida como instrumento útil porque forte e contínua o bastante para refrear com eficácia os crimes de maior dano social, ela se mostra incapaz de oferecer uma resposta honesta ao problema crueldade.

E isso não apenas por fazer um novo uso do terror que, de espetáculo fugaz da morte, agora recorre à ostentação estratégica do “longo e penoso exemplo de um homem privado de liberdade que, tornado animal de carga, recompensa com fadigas a sociedade que ofendeu” (Beccaria, 2017, p. 119), mas também por relativizar e tratar como secundário o problema da crueldade sob justificativa da vantagem da nova proposta de pena máxima para o funcionamento otimizado do sistema de justiça.

Avalia-se que o saldo negativo da *escravidão perpétua* realmente parece maior do que o da *pena capital*. E embora se admita como provável que haja mais dor e infelicidade na primeira do que na segunda, a abordagem se desvia da existência objetiva de sofrimentos majorados para as perspectivas dos que estão ou não estão em condições de aprendê-los de maneira integral: de um

lado os espectadores que à distância fazem o cômputo frio de sofrimentos diários e avaliam como cruel a condição do apenado, de outra parte o apenado que encontrando esperanças e compensações imaginárias e inapreensíveis ao olhar externo se mostra mais consolado do que se pode supor da perspectiva de quem apenas observa.

Dissipando a bruma retórica, também sob o prisma da *humanidade penal* a sanção à proposta de reformulação da pena máxima se apóia exclusivamente na vantagem suplementar do novo tipo penal e não numa efetiva solução que ele possa oferecer ao problema da crueldade. Sem ter uma resposta real para este problema, o decisivo na confirmação beccariana da pena de escravidão perpétua como pena máxima é justamente o fato de ter como “vantagem” o fato de que “assusta mais quem a vê do que quem a sofre”. O problema da desumanidade fica precariamente dissimulado por efeito de um argumento insidioso.

2) No segundo caso, ainda no contexto de exame crítico da pena capital, embora reconheça que “com a pena de morte cada exemplo que se dá a nação pressupõe um delito”, Cesare Beccaria sustenta existir ao menos duas situações extraordinárias nas quais, a título de excessão, pode-se considerá-la justa e necessária: “quando, mesmo privado de liberdade, o cidadão tenha ainda tais relações e tal poder que interesse à segurança da nação; quando a sua existência possa originar uma revolução perigosa para a forma de governo estabelecida.” (Beccaria, 2017, p. 121, 118).

Neste ponto o reformador italiano argumenta que o direito público de imposição da morte a um delinquente pode ser melhor compreendido nos termos de “uma guerra da nação com o cidadão, porque julga necessária ou útil a destruição do seu ser” (Beccaria, 2017, p. 118). O risco à segurança e estabilidade política do Estado aparecem como as únicas circunstâncias nas quais se pode exercer legitimamente o direito público de matar um criminoso, já que nas condições de legitimidade do pacto social o direito de morte não pode ser derivado da instituição da soberania e das leis.

Nos dois casos apontados, o que vemos são as consequências da subordinação estruturante na relação entre os interesses da justiça penal e os interesses dos indivíduos jurisdicionados em desfavor destes últimos. O que importa notar é que isso não resulta de uma inconsistência da obra de Cesare Beccaria. Ao contrário, essa situação ainda precária às garantias da humanidade penal na obra do reformista é basilar e mesmo programática enquanto decorre de um estado de coisas em que a humanidade das práticas punitivas está estabelecida como um valor meramente funcional ou necessário ao funcionamento de um sistema de justiça cujo valor dos valores é a eficácia; um direito de prioridade que a razão economicamente referenciada institui no sistema de justiça⁹.

A confiança de que o enquadramento econômico da razão prática pode fundamentar um sistema penal eficiente e fixar, pelos mesmos critérios, regras para o respeito à humanidade, está fadada ao constrangimento de ter de reconhecer como exceções ao “princípio infalível” (Beccaria, 2017, p. 103) de redução de danos a apenados todos os casos nos quais aquele respeito se mostrar inconciliável com a eficiência da justiça penal, isto é, o interesse ou a vantagem prioritária do Estado ou da sociedade inteira em relação ao indivíduo. A aposta aí é a de que em geral, ou ao menos no mais das vezes, a otimização da eficácia punitiva se faz *pari passu* com a promoção da humanidade penal enquanto elas partilham os pressupostos subjacentes ao modelo racional em que são formuladas.

⁹ O valor supremo da eficiência no sistema beccariano decorre do princípio de que a pena deve ter o maior efeito sobre quem não comete faltas; a ideia de que deve em primeiro lugar levar o espectador a ter “um pouco mais de interesse em evitar a pena que em arriscar o crime” (Foucault, 1999, p. 79). No capítulo intitulado “Falsas ideias de utilidade”, em *Dos delitos e das penas*, Cesare Beccaria argumenta que “falsa ideia de utilidade é aquela que antepõe os inconvenientes particulares ao inconveniente geral [...], aquela que sacrifica mil vantagens reais a um inconveniente, imaginário ou de pouca consequência, que tiraria aos homens o fogo porque incendeia, e a água porque afoga, que só repara os males com a destruição” (Beccaria, 2017, p. 152)

Neste quadro teórico é a própria eficiência da justiça penal que requer, no limite de sua vantagem, a adoção de práticas penais moderadas. A desventura aqui é a incapacidade de fornecer princípios para garantia contra os excessos de uma justiça que não se pode limitar quando o assunto é eficiência. O caráter derivativo e secundário do *valor de humanidade* em relação à *eficácia* da justiça penal encerra uma verdadeira aporia ao intento de estabelecer limites definidos e seguros ao direito de punir.

O motivo fundamental pelo qual, neste cenário, a humanidade não constitui um valor independente é que ela é concebida apenas vaga e residualmente como aquilo que resta quando pela suavização penal se exclui todo sofrimento “inútil”. A noção de uma humanidade que se deve respeitar é interna ao quadro teórico de uma justiça penal que, estabelecida sobre novas bases, procede por cálculos de vantagens. E de fato, de uma perspectiva meramente hipotética, o reformador milanês avalia que se dispuséssemos de uma escala exata e universal das penas e dos delitos teríamos o instrumento para aferir tanto os índices de humanidade quanto os índices de perversidade das diversas nações.¹⁰

A expressão teórica da humanidade a respeitar não encontra portanto qualquer definição direta, positiva ou independente¹¹. No plano da idealidade, já que as coisas humanas não se prestam a uma leitura matemática estrita, ela aparece apenas como algo que se atinge pela resolução de uma fórmula que articula por cálculos rigorosos a ordem hierárquica das desordens sociais nascidas dos delitos à gradação proporcional de penas suaves. De todo modo, a humanidade aí imaginada ou simplesmente pressuposta é aquilo a que se chegaria ao fim e ao cabo de certos cálculos, a “humanidade é o nome respeitoso dado a essa economia e seus cálculos minuciosos” (Foucault, 2001, p. 77).

III. O governo político dos interesses

A concepção beccariana de sociedade política é a moldura geral na qual a legislação penal pode ser concebida para o papel de instrumento no controle dos interesses sociais. O sujeito de direito ou a personalidade jurídico-política se funda nos interesses fundamentais do pacto social. No sistema derivativo de camadas pelo qual o tema central da penalidade nos remete ao antecedente teórico da política, e também a política supõe os dados de uma antropologia canônica desde o século XVII no concernente ao mecanismo da conduta, a postulação do princípio das compensações como regulador geral da ação figura como elemento articulador de toda problemática beccariana.

Pelo contrato social, da parte que cedem de suas liberdades naturais, pondo termo à condição original de isolamento e independência em benefício da associação civil, os indivíduos contratam apenas para usufruir com tranquilidade e segurança do que resta daquela liberdade original. De sorte que o próprio pacto social está fundado num interesse fundamental; o interesse em que haja sociedade. De sorte que o próprio pacto social é antes de tudo uma troca vantajosa.

Daí que quando legitimamente exercido, no marco das cláusulas contratuais, o direito de punir é o instrumento de poder para a limitação das liberdades individuais que os associados confiam ao governo civil. Sua atuação restringe-se ao necessário à garantia do interesse comum, isto é, o interesse individual compartilhado em que haja sociedade e as consequentes garantias de uma autoridade comum instituída justamente para suprimir as incertezas a respeito das condições

¹⁰ “Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das acções humanas, deveria haver uma escala correspondente de penas, que descesse da mais forte para a mais fraca; mas bastará ao sábio legislador assinalar os seus pontos principais, sem perturbar a sua ordem, não decretando para os delitos de primeiro grau as penas de último grau. Se houvesse uma escala exacta e universal das penas e dos delitos, teríamos uma medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade ou de malícia das diversas nações.” (Beccaria, 2017, p. 73-74)

¹¹ Rigorosamente a noção de *dignidade humana* só aparece claramente definida a partir do pensamento de Immanuel Kant.

de segurança da vida e dos bens na condição virtual de guerra mútua entre indivíduos situados em estado originário de isolamento¹².

Embora o vínculo associativo, por suposto, seja determinado pela necessidade de limitação da liberdade, a associação civil é dirigida pelo fito de possibilitar, no limite da segurança e das condições adequadas à vida social, a máxima liberdade possível repartida pelo maior número de indivíduos. Desde o pacto social não há da parte de cada indivíduo associado uma concessão gratuita de parte da liberdade original, sua contrapartida é a defesa das condições essenciais à vida dos pactuados e dos interesses que têm em comum pelo bem-estar individual. Se o interesse em comum pelo bem-estar dirige a totalidade da sociedade civil, a legislação penal racionalmente fundada deve prever um uso moderado e cauteloso do direito de punir. Não cabe supor que os indivíduos possam consentir numa condição civil na qual, estando virtualmente sujeitos à punição de delitos, possam ser expostos a sanções penais cujos necessários danos ultrapassem os limites que combinam o necessário à promoção da utilidade pública à imposição do menor dano possível.

No ponto alto do processo de validação da racionalidade das vantagens para o projeto de reforma penal, o interesse (o dado da razão prática ínsito já no cálculo do pacto social) aparece como o ponto de cruzamento entre a conduta dirigida por saldo de vantagens e as exigências humanitárias em favor de penas suaves. Além de permitir a elaboração de um dispositivo legislativo tido por eficiente ao refreamento político da conduta criminal, isto é, um controle de suas probabilidades, a reforma que assume a inclinação incontornável para o bem-estar contribuiria ainda com o espírito humanitário do castigo penal.

De um lado, a compreensão da “intervenção do direito penal no seu natural papel de remédio extremo” (Beccaria, 2017, p. 40) e ao mesmo tempo limitado implica o dever de moderação das sanções segundo o *princípio do dano mínimo* (um tipo de operador econômico para o respeito à humanidade) ínsito no pacto social. Por outro lado, devido a esta mesma condição de “remédio extremo”, *o campo de atuação da lei penal precisa estar estritamente circunscrito àquilo que outros recursos do governo político sobre os homens não podem alcançar*.

A implicação é que a tese beccariana de que os homens são governados a partir de seus interesses, naturalmente extravasa o cenário das interdições e tampouco tem no âmbito da justiça penal o seu maior campo de atuação¹³. É nesse registro que o controle punitivo da conduta, com seus “argumentos sensíveis” a compor um sistema de contrapesos dolorosos às intencões infratoras, é tido como inócuo em certas situações, como no caso do suicídio, chegando à nocividade e contraprodução em outros casos concretos como no controle político da emigração.

O paradoxo de estabelecer um tipo penal para o suicídio é que neste caso, nas palavras do reformador milanês, a sanção “não pode cair senão ou sobre inocentes, ou sobre um corpo frio e insensível” (Beccaria, 2017, p. 136). Como o amor à vida e a disposição para reforçá-lo no prazer são inclinações naturais da conduta, mesmo os “argumentos sensíveis” da justiça penal reformada são incapazes de reter a mão do suicida cuja ação desesperada busca precisamente extinguir a fonte de todas as dores. Além disso, dada a predominância e a normalidade daquelas disposições naturais em favor da vida, não há motivo para temer que a tolerância ao suicídio possa agir como fator de incentivo ao autoextermínio. Curiosamente, ao decidir-se pela fuga definitiva da dor, o suicida enquanto suicida resta, ao menos por algum tempo, como o único tipo ingovernável dentre os vivos; um tipo anômalo de agente que estando fora do mecanismo dos interesses é o indivíduo para o qual não há nem mesmo um “remédio extremo”.

¹² “A segurança da própria vida é um direito da natureza; a segurança dos bens é um direito da sociedade” (Beccaria, 2017, p. 130).

¹³ Daí que Michel Foucault tenha sustentado que a economia, mais do que uma doutrina, se torna desde o seu nascimento um campo relevante para o exercício efetivo do poder governamental. O que ele chama de “governamentalidade dos economistas” (Foucault, 2008, p. 488) é a racionalidade de Estado que, assumindo a forma da economia, se define como um campo especial de aplicação do poder na busca do crescimento das forças do Estado.

É a partir do problema político do controle da emigração que as práticas de governo segundo o princípio das compensações, vigente no projeto de reforma penal, se mostram em sua verdadeira abrangência, e em nenhum outro ponto os mecanismos do governo político e dos arranjos econômicos são tão nitidamente consubstanciais. Mesmo considerando que “a força da sociedade consiste no número de cidadãos” e que “ao subtrair-se a si próprio para se entregar a uma nação vizinha [o emigrante] causa um dano duplo daquele que causa quem se subtrai à sociedade simplesmente com a morte”, ato com que “deixa ficar todo seu patrimônio” (Beccaria, 2017, p. 136), Cesare Beccaria avalia, não obstante, que a lei que aprisiona os súditos no seu próprio país, para além de inútil e injusta, é também contraproducente:

Quem tudo leva não pode, desde que o faz, ser punido. Um tal delito, logo que é cometido, já não pode ser punido, e puni-lo antes é punir a vontade dos homens e não os seus actos; é dominar a intenção, que é a coisa do homem mais livre do império das leis humanas. Punir o ausente nos bens que abandonou, para além da fácil e inevitável colusão que não pode ser suprimida sem tiranizar os contratos, paralisaria todo o comércio de nação para nação. Punir o réu no seu regresso, seria impedir que fosse reparado o mal feito à sociedade tornando definitivas todas as ausências. (Beccaria, 2017, p. 137)

Por todos os ângulos que se considere a punição de quem evade o próprio país ultrapassa a mera inutilidade em direção ao recrudescimento do dano, portanto ao agravamento do prejuízo público que a pena pretende ao mesmo tempo reparar e dissuadir. Mais do que desprovida de proveito, a pena aqui carece de sentido. Pois quando diretamente dirigida ao suposto infrator evadido, a punição jamais alcança o seu ato. Também as formas econômicas possíveis da sanção dirigida ao patrimônio pessoal remanescente dos emigrados tende a perturbar as relações comerciais com os países para os quais eles se dirigem, aprofundando ainda mais o impacto negativo da emigração.

Mesmo quando atinge o alvo, como quando surpreende o infrator num eventual regresso, a punição nunca será tão danosa quanto mais for bem-sucedida. Nesta proporção inversa, ao atingir a exemplaridade a sanção penal tende a consolidar as ausências acumuladas sem com isso assegurar qualquer controle sobre novos fluxos migratórios¹⁴. E como a eficiência de qualquer ação governamental sobre as vontades não passa, neste e em casos semelhantes, pelos recursos da regulamentação, aqui a simples interdição legal da evasão é contraproducente e prepara uma armadilha ao governo incauto: “a própria proibição de sair de um país aumenta aos cidadãos o desejo de sair, e é um aviso aos forasteiros para aí não entrarem” (Beccaria, 2017, p. 137).

Contra as práticas regulamentares da ação governamental que no combate desastroso à emigração tendem a aprofundar o fosso do despovoamento e as mazelas econômicas a ele inerentes, Cesare Beccaria propõe uma variação do mesmo gênero de governo fundado no interesse pelo bem-estar presente em seu projeto de reforma penal. Mas à diferença do “remédio extremo” da lei, no plano não coercitivo no qual o governo também se depara com interesses, deve governar em atenção à promoção do bem-estar e a partir de uma relação mais equilibrada e positiva com o conjunto das ações possíveis não interditas pela lei, já que enquanto governo tem possibilidade de dirigi-las com proveito.

É nesse registro que o reformador italiano reconhece no governo um papel mais honroso e abrangente do que imprimir nos indivíduos o temor pela coerção. Para além da negatividade da dissuasão penal, é parte fundamental das atribuições do governo civil a direção positiva da

¹⁴ “Regra geral: em qualquer delito que por sua natureza deveria ficar a maior parte das vezes impune, a pena torna-se um incentivo.” (Beccaria, 2017, p. 134). Há delitos que não convém punir. Além do suicídio, para Cesare Beccaria, é também o caso da evasão. Leis anti-emigração, no que pretendem “fazer no Estado uma prisão”, não podem ser sustentadas e tendem, por isso, como de resto toda legislação inútil, a fazer nutrir um desprezo geral pelas leis.

conduta a partir dos interesses. O governo hábil e eficiente das ações possíveis implica estímulos à conformação dos indivíduos aos interesses nacionais de que se ocupa o soberano. No caso específico do problema da emigração, Cesare Beccaria avalia que a mais segura forma de fixar os cidadãos na pátria é aumentar o bem-estar relativo de cada um, garantir uma balança comercial favorável em razão desse bem-estar, e assegurar que a soma nacional da felicidade seja maior do que em qualquer outra parte.

A definição beccariana de governo como distribuidor da felicidade pública encerra portanto duas variações do mesmo gênero de governo: a distribuição de penas leves e dissuasivas para a conformação às normas da vida social, e, principalmente, o vasto campo de direção da conduta com base nos interesses. Tais competências são congêneres enquanto assumem que os homens se deixam dirigir a partir do controle sobre o “estímulo da vida activa que é a necessidade de conservar ou de aumentar o bem-estar” (Beccaria, 2017, p. 110). Pelo recurso extremo e limitado da atuação penal o governo estimula a atitude de conformação dos indivíduos às regras da vida social. Nas demais possibilidades do agir, sobre as quais a lei silencia, busca promover a indução ou o direcionamento positivo e programático da conduta em benefício dos interesses nacionais.

O interesse ou o bem-estar define o objeto geral das práticas de governo que fazem do legislativo, do político e do econômico campos coextensivos e consubstanciais. Antes que Adam Smith pudesse finalmente estabelecer com segurança a concepção de base da economia clássica, a “premissa de que os homens agem em relação às suas atividades econômicas como agem em relação a tudo mais” (Arendt, 2016, p. 51), teóricos como Cesare Beccaria lançaram os fundamentos da ideia de que o homem age exclusivamente por interesse próprio e é movido por um único desejo; o desejo de bem-estar. A aceitação de que a conduta em geral se deixa apreender por uma racionalidade marcada pelo interesse de si em relação à qual a economia, mais do que um campo circunscrito da vida, constitui o modelo de inteligibilidade das inclinações, é uma concepção originalmente clássica constitutiva de uma autoimagem humana que o neoliberalismo contemporâneo apenas busca levar às últimas consequências.

Referências

- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.
- BECCARIA, Cesare. *On crime and punishments and other writings*. Cambridge texts in the history of political thought. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BENTHAM, Jeremy. *O panóptico ou a casa de inspeção*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- CONTI, Thomas Victor & JUSTUS, Marcelo. A história do pensamento econômico sobre crime e punição de Adam Smith a Cesare Beccaria. *Textos para discussão*. Instituto de Economia da Unicamp. Campinas-SP, maio de 2016.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. São Paulo: Graal, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis-RJ, Editora Vozes, 1997.
- HOBBS, Thomas. *Behemoth o el parlamento largo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.
- HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. João Paulo e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- HOBBS, Thomas. On man. In: GERT, Bernard; WOOD, Charles T.; SCOTT-CRAIG, T. S. K (ed.). *Man and citizen*. Anchor Books, 1978.
- HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- HOBBS, Thomas. *The elements of law, natural and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1888.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- MANDEVILLE, Bernard. *A fábula das abelhas ou vícios privados, benefícios públicos*. São Paulo: Editora Unesp, 2017.
- SORELL, Tom. Hobbes, Locke and state of nature. HUTTON, Sarah and SCHUURMAN, Paul (Eds.). *International archives of the history of ideas*. Dordrecht, the Netherlands: Springer, 2008. pp. 27-44.

Autor(a) para correspondência / Corresponding author: Cícero Josinaldo da Silva Oliveira. cicerojosinaldo@ufg.br