

# A HISTÓRIA DAS REVOLUÇÕES PARADIGMÁTICAS DO DIREITO PENAL À LUZ DO PENSAMENTO FILOSÓFICO DE THOMAS S. KUHN

## LA HISTORIA DE LAS REVOLUCIONES PARADIGMÁTICAS DEL DERECHO PENAL EN LA LUZ DEL PENSAMIENTO DE THOMAS S. KUHN

Ângelo Maciel Santos Reis<sup>1</sup>

### RESUMO

No presente artigo, buscar-se-á analisar historicamente as mudanças de paradigmas acerca dos delitos e das penas, no âmbito do Direito Criminal. O ponto de partida para tal reflexão é a fase da vingança privada, perpassando pelas fases posteriores, quando se percebeu a inserção e absorção do Direito Penal pelo poder público, através da figura do Estado. Todavia essa reflexão terá como base a obra de Thomas Samuel Kuhn, “*A estrutura das revoluções científicas*”, e sob esta perspectiva será feita uma releitura acerca das penas e dos delitos, além de concatenar as novas modalidades de interferência penal e não penal na sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Crise Paradigmática Penal.; Expansão do Direito Penal.; Alternativas Penais.; Garantismo.*

### RESUMEN

El presente artículo, hace una análisis histórica de la sucesión del paradigmas en torno de los delitos y de las penas, en el ámbito del Derecho Penal. Parte de la reflexión desde la fase de la vingança privada hasta la fase de la absorción del Derecho Penal a través del poder público, través de la figura del Estado. No obstante esa reflexión tendrá como base la obra de Thomas Samuel Kuhn, “*A estrutura das revoluções científicas*”, y sob esta perspectiva será hecha una lectura en torno de las penas y del crimen, allá de concatenar las nuevas modalidades de intromisión penal y non penal en la sociedade.

**PALABRAS-CLAVE:** *Crisis Paradigmática penal.; Expansión del Derecho Penal.; Alternativas Penales.; Garantismo*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem o intuito de analisar aquilo que pode ser interpretado como uma revolução científica no que tange aos novos rumos das ciências jurídicas penais. Assim, lançando-se um breve olhar sobre história do Direito Penal, é possível perceber algumas marcantes revoluções paradigmáticas naquilo que respeita aos delitos e às respectivas formas de sanção aplicadas, seja de natureza privada, seja de natureza pública.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia. Professor e Advogado.

Os fatores referenciais e metodológicos que direcionam a produção, interpretação e modificação das normas jurídicas penais, serão analisados à luz da filosofia de Thomas Samuel Kuhn, sob a perspectiva analítica de uma revolução paradigmática jurídico-científica.

Neste contexto, a terminologia “norma” será empregada em sentido amplo e também vulgar, malgrado ela possua uma diversidade de significados, seja no âmbito do Direito, seja nas demais disciplinas que empregam o termo para traduzir os limites, diretrizes, leis e princípios de uma sociedade, podendo ser compreendida tanto como postulados normativos, quanto às regras positivadas por um ordenamento jurídico – Leis –, ou mesmo princípios e diretrizes de um sistema jurídico.<sup>2</sup>

Assim, feita esta breve observação acerca da terminologia aqui empregada para definir as normas ou regras implícitas ou explícitas de um ordenamento jurídico, passa-se a analisar história das revoluções paradigmáticas no âmbito do Direito Penal, chegando até o incremento das medidas alternativas penais como modificação paradigmática de um sistema jurídico penal que ora se considera em plena expansão – quando se criam novas figuras penais –; ora se volta para a contração, fundada no minimalismo penal e no princípio da *ultima ratio*.

Destarte pareça, a priori, que tais reflexões estão em áreas totalmente diversas (quando não divergentes), é possível concatená-las dentro de uma perspectiva interdisciplinar, multidisciplinar e, também, transdisciplinar entre o direito e as demais áreas do conhecimento e da produção científica, sob um modelo de pensamento jurídico empírico que vai além das paredes da disciplina do Direito Penal.

## **2 BREVE HISTÓRICO SOBRE AS REVOLUÇÕES PARADIGMÁTICAS DO DIREITO PENAL**

### **2.1 TEMPOS PRIMITIVOS**

A humanidade sempre buscou meios de punir os transgressores de determinada ordem vigente. Mesmo naquelas comunidades primitivas em que não se fazia uso de nenhuma norma pelo simples fato de que a própria ideia de norma, sistema ou lei ainda não existia, ainda

---

<sup>2</sup> O conceito de norma é, sem dúvida, um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos. Isso não significa que a utilização do termo (norma) se restrinja à Ciência do Direito. Tal palavra tanto quanto outras a ela relacionadas, como “regra”, “mandamento” ou “preceito”, são de uso corrente, não só na linguagem coloquial como também em outras ciências, como na Sociologia, na Etnologia, na Filosofia Moral e na Linguística. Neste sentido: ALEXY, Robert. *TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2ª tiragem, 2012. p. 51

assim os povos possuíam mecanismos coercitivos – penas – que serviam para se aplicar aos considerados transgressores.

Da antiguidade aos dias atuais a vingança penal perpassou por várias fases, sendo que a *priori* prevaleceu a busca pela vingança privada, conforme preleciona Shecaira:

A ideia de que a pena, em sua origem mais remota, surgiu com o instinto de conservação individual movimentado pela vingança pessoal é comum e generalizadora. Alguns autores denominam esta época remota como período da vingança privada [...]<sup>3</sup>.

No que se refere à função da pena, naquele momento prevalecia o caráter reparador. Por ser dotada de um caráter eminentemente sacral, dada a influência religiosa nas sociedades antigas, o infrator era obrigado a se retratar frente à divindade.

Após a crise do paradigma da vingança privada, começaram a surgir novas modalidades de punir, a exemplo da composição – a compra da liberdade –, que passou a ser usual, como forma reparadora feita pelo ofensor ao ofendido.

A lei de talião, por exemplo, instaurou um paradigma dominante que até hoje, nas sociedades atuais, não raramente, vê-se agentes formadores de opinião exaltando aquele antigo modelo de justiça criminal.

[...] uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível. Numa larga medida, esses são os únicos problemas que a comunidade admitirá como científicos ou encorajará seus membros a resolver.<sup>4</sup>

Sem dúvidas, para aquela antiga realidade, a lei de talião representava uma evolução para a época, já que através dela buscava-se reagir de forma proporcional à ofensa. No entanto, com o passar do tempo percebeu-se que tal lei estava deformando a população crescente, vez que através das sanções aplicadas, partes do corpo das pessoas eram atingidas a exemplo dos órgãos, membros, sentidos.

Mais tarde o Estado foi assumindo o poder-dever de manter a ordem, trazendo para si o *jus puniendi*, ou seja, poder de punir os ofensores. No início não se separava o poder divino do poder político, mas isso foi se modificando.

[...] com a evolução das organizações sociais e o avanço da vida política, surgiram comunidades maiores e com tendências naturalmente

---

<sup>3</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da Pena**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. P. 24

<sup>4</sup> KUHN, Thomas s. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 5ª edição, 1998. P. 60

centralizadoras de poder. A pena passa a representar, então, a reação desta coletividade organizada politicamente, com finalidade de autopreservação.<sup>5</sup>

Jean Jacques Rousseau, na obra “*Do Contrato Social*”, faz uma análise da passagem do estado de natureza do homem para o estado civil. O homem, segundo Rousseau, é bom por natureza e para que se conservasse um convívio social pacífico, fez-se necessário abrir mão de parte da sua liberdade (direito natural) em prol do coletivo. Assim, o Estado surge como ente representante da vontade geral, tentando dar eficácia ao direito produzido diretamente pelo povo.

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo.<sup>6</sup>

Esse pacto social, conforme Thomas Hobbes, fundamenta o paradigma da inserção do Direito Penal como um mecanismo de coerção, mitigando o livre arbítrio prejudicial à sociedade. Hobbes defendia o fortalecimento do Estado na figura do rei. Para ele, essa instituição garantiria segurança nas relações sociais e controlaria a conduta humana.

Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras [...].<sup>7</sup>

## 2.2 FASES DA EVOLUÇÃO DA VINGANÇA PENAL

De acordo com a teoria de Kuhn, não é fácil identificar o momento exato em que se forma um paradigma. Logo, o conhecimento de um paradigma é, pelo menos em parte, tácito. Tal conhecimento é adquirido pela exposição direta ao medo de fazer ciência determinado pelo paradigma.

A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios,

---

<sup>5</sup> SHECAIRA, op. Cit. p. 26

<sup>6</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Edição Ridendo Castigat Mores. P. 24-25. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>> Acesso: 01.09.2013

<sup>7</sup> HOBBS, Thomas. **LEVIATÃ ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<http://temqueler.files.wordpress.com/2009/12/hobbes-leviata.pdf>> Acesso em 01.09.2013

reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações.<sup>8</sup>

Assim acontece com as fases da vingança penal. Destarte tais fases sejam classificadas conforme se expõe neste trabalho, isso não significa que tais fases sucederam-se umas às outras. Diferente disso, em muitos momentos elas conviveram e mantiveram características híbridas, podendo coexistir numa sociedade a vingança privada e a vingança divina ou mesmo junto à vingança pública e vice-versa.

Uma mudança de paradigma significa a mudança de se ver o mundo, de se pensar sobre o mundo. Kuhn entende a ciência normal como uma atividade de resolução de “quebra-cabeças”<sup>9</sup>. Ela se desenvolve seguindo regras bem definidas.

Em alguns momentos da montagem deste “quebra-cabeça”, podem surgir difíceis soluções, mas não se deve cortar o canto de uma peça deste quebra-cabeças para se alcançar o resultado almejado.

Pode-se chegar a momento de crise, quando se instalarão novas discussões sobre o paradigma dominante. Este momento lembra a fase pré-paradigmática. Porém, mesmo na crise, o paradigma adotado não deve ser abandonado, enquanto não surgir um outro que se revele superior a ele em praticamente todos os aspectos.

A primeira fase, a do paradigma da vingança privada, possuía um caráter desproporcional e não responsabilidade penal, que tinha como marco a pena de banimento com o consentimento dentro da tribo.

Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo<sup>10</sup>

Já na fase da vingança divina, verificou-se a atribuição às desgraças naturais oriundas da natureza como uma vingança divina. Era um tempo de punição com a própria vida. Isso servia de exemplo para toda a tribo.

A legislação penal das civilizações do antigo oriente caracterizou-se pela natureza religiosa de suas normas. A lei origina-se da divindade e, portanto, seu agressor deve ser castigado para aplacar a ira dos deuses e reconquistar sua benevolência<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> KUHN, op. cit. p. 116

<sup>9</sup> Ibid. p. 113

<sup>10</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 15.ed.rev.e atual.São Paulo: Atlas, 1999.p. 35

<sup>11</sup> SHECAIRA, op. cit. P. 27

Nota-se, de antemão, que a mudança de paradigma da vingança privada para a vingança pública trouxe em si vantagens para toda a humanidade. Foi a partir daí que se passou a humanizar os costumes penais. Conforme exposto, a lei do talião foi uma aproximação da proporcionalidade da pena e, mais à frente, a auto-composição buscava o pagamento da vingança de forma pecuniária. De acordo com a ideia de Kuhn, não se pode rechaçar totalmente um paradigma em detrimento de um novo paradigma, haja vista que o conhecimento se produz utilizando-se daquilo que já existe e que determina os novos rumos a se trilhar na busca de novas respostas para a humanidade.

[...] o juízo que leva os cientistas a rejeitarem uma teoria previamente aceita, baseia-se sempre em algo mais do que essa comparação da teoria com o mundo. Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, *bem como* sua comparação mútua<sup>12</sup>.

Ainda que persistisse um terror nas sociedades mais remotas, pois que imperava a insegurança jurídica por causa de um poder político ainda desorganizado e autoritário, não se pode ignorar o fato de que a pena não mais seria aplicada por qualquer membro da comunidade de forma desproporcional e desarrazoada, mas sim pelo próprio Estado que passara a constituir-se numa mínima organização. Enfim, um mínimo de garantia já pode ser visualizado a partir desse período.

Durante a Idade Média, com a ascensão da Igreja Católica, as penas passaram a ter um caráter cada vez mais sacral, de base retribucionista, porém com preocupações de correção do infrator. A punição pública foi consolidada pelo Direito Penal canônico, que ia de encontro com a prática individualista da vingança privada, a exemplo do modelo encontrado no Direito Germânico.<sup>13</sup>

O paradigma que passou a considerar a pena de prisão, reputada como a mais importante substitutiva da pena capital, surgiu na Idade Média. A Igreja do século IV utilizava esse tipo de punição para os clérigos. Daí o termo “penitenciária” que tem sentido de lugar em que se pratica a penitência, que, conforme Shecaira, “cárcere como penitência e meditação, o que originou a palavra ‘penitenciária’, usada até hoje”.<sup>14</sup>

Com o Renascimento e o posterior surgimento dos Estados Nacionais na modernidade, a Igreja perde sua hegemonia concernente à atuação do Direito Penal. Aqui o Rei foi a figura que exerceu o poder e que instituiu a conduta socialmente aceita. Aqueles desviantes seriam

---

<sup>12</sup> KUHN, op. cit. p. 108

<sup>13</sup> SHECAIRA, op. cit. p. 31

<sup>14</sup> Ibid., p. 34

punidos pelos representantes do mesmo, demonstrando que, neste período compreendido entre os séculos XVI e XVII, ainda se poderia observar a arbitrariedade de forma explícita no momento da aplicação das penas.

O período humanitário é o que nasce conjuntamente com as ideias do Século das Luzes. Os ideais da razão e humanidade intrínsecos aos ideais Iluministas fomentam novos horizontes não só no que concerne ao Direito Penal, mas também em toda a forma de se pensar daquela época.

As leis que vigoravam naquele período anterior ao Século das Luzes estavam arraigadas de crueldade. Os ideais de justiça não estavam presentes no Direito que na verdade era fonte de privilégios. As formas de se punir eram relacionadas à condição social. Hodiernamente fala-se da “seletividade/discriminabilidade” do sistema penal que é um fenômeno de atuação previamente direcionado a determinados indivíduos, classificados por Zaffaroni<sup>15</sup> como pobres.

A partir desse novo paradigma dominante trazido pelo Iluminismo, instituições como a Igreja, o Estado Autoritário e Despótico e as leis que reforçavam a sociedade estratificada em classes, passaram a ser combatidas. Os escritos produzidos pelos pensadores iluministas fundamentaram uma nova ideologia. A nova noção de justiça, que ia de encontro com as arbitrariedades do Estado Despótico, deu base a novas formas de pensar o Direito Penal. A razão passa a prevalecer nesse pensamento moderno. Buscava-se extirpar a crueldade e barbarismo disfarçados.

Dentre os precursores do paradigma da ideologia criminal do período humanitário é importante destacar Césare de Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham. O primeiro pregava a reforma das leis. Ele entendia que o direito de punir deveria fundar-se na razão e na humanidade. Surge a base do princípio da legalidade e Beccaria defende que a lei seria obra exclusiva do legislador ordinário, não cabendo aos juízes aplicar sanções não previstas em lei. Ao tratar do pacto social que une as pessoas com um mesmo fim, nas palavras de Beccaria: “nenhum homem entregou gratuitamente parte da liberdade própria visando ao bem comum”<sup>16</sup>. Foi a necessidade da pacificação social que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade.

No que se refere à legalidade das leis, Beccaria faz alusão a três fatores primordiais, denominados por ele como “Consequências”. A primeira delas é a de que só as leis podem

---

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>16</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos Delitos e Das Penas**, Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira – 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos)

decretar penas aos delitos e isso deve partir do legislador; a segunda é a de que se deve observar o pactos úteis à maioria, devendo as leis ser de caráter geral; na terceira consequência ele defende que as penas são contrárias à justiça e à natureza do próprio contrato social.

Os juízes não receberam as leis de nossos antepassados como uma tradição doméstica nem como um testamento que não deixasse à posterioridade a tarefa de obedecer, mas recebem-nos da sociedade viva ou do soberano que a representa como legítimo depositário de resultado atual de vontade de todos<sup>17</sup>.

O segundo deles, John Howard (1726-1790), desenvolveu seu trabalho visitando inúmeras prisões e teve estreito contato com os prisioneiros. Defendia a humanização das prisões. Assinalou, pela primeira vez, a revisão dos magistrados. Também defendia a penitenciária feminina separada da masculina.

Ele possuía ideais avançados para o seu tempo. Nasce, com Howard, o penitenciarismo. Jeremias Bentham, por sua vez, fundamentou a teoria da pena no utilitarismo. Para Bentham, a ação era útil se visasse a felicidade da maioria. A pena deve ser de tal gravidade que o delito cometido não deveria compensar. Em outras linhas, a infelicidade intrínseca da pena deve preponderar sobre a felicidade que se busca com o delito.<sup>18</sup>

Os termos “prevenção geral” e “especial” eram termos utilizados por Bentham e quando se for levar em conta qual delas deveria preponderar, para ele a prevenção geral deve ser preponderante.

Bentham produziu um projeto modelo considerado a sua maior contribuição para a penologia. Era o “Panótico”, ou seja, um modelo de prisão em formato circular em que todos os detentos poderiam ser vistos por um observador central, sem que os detentos o vissem. Muito embora tivesse sido reputada como uma ideia brilhante para aquela época, o seu projeto não se materializou. Algumas poucas prisões no mundo foram construídas com base nas ideias de Bentham, mas o modelo sugerido por ele nunca foi executado. Apesar disso, foi através de suas críticas que houve uma mudança no paradigma dos sistemas prisionais, no que se refere às barbaridades dentro das prisões.

Seguindo-se com a evolução do Direito Penal e das formas de se punir, nasce a Escola Clássica, denominação pejorativa trazida pelos positivistas. Tal Escola possui um período que

---

<sup>17</sup> Ibid. p. 45-46

<sup>18</sup> BENTHAM, Jeremy. **As recompensas em matéria penal**. 1748-1832; tradução Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio – 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007 – Biblioteca Clássica.



pode ser dividido em duas fases: a filosófica, à qual fez parte Césare Beccaria, pioneiro do Direito Penal liberal; e, Francesco Carrara<sup>19</sup>, precursor da dogmática penal.

Basileu Garcia aponta Carrara como a figura máxima da Escola Clássica.

[...] em verdade, ao estudar-se essa escola, cumpre aludir especialmente a FRANCESCO CARRARA, a quem FERRI respeitosamente chamava – o sumo mestre de Pisa. Tratou ele de todos os assuntos do Direito Penal como ciência estritamente jurídica. Sua obra monumental, intitulada *Programma Del corso di Diritto Criminale*, destinava-se a delinear, como o autor dizia, os princípios cardiais do Direito Penal<sup>20</sup>.

Carrara suscitou alguns princípios que fundamentavam a sua escola. Para ele, o crime é *um ente jurídico*, por se tratar de uma infração e não propriamente de uma ação. A essência do crime é a violação de um direito. No que se refere à responsabilização penal, esta só pode existir quando a infração for percebida dentro da esfera do livre-arbítrio. Já a pena deve ter por objetivo primordial a restauração da ordem que foi abalada com o delito. Por fim, a reserva legal é a forma mais coerente de garantir a ordem e evitar o poder arbitrário.

Assim, sintetizando o ideal da Escola Clássica no que respeita às finalidades da pena, podemos visualizar três seguimentos: uma teoria absoluta que entendia a pena como exigência de justiça; uma segunda teoria relativa que legava à pena uma praticidade que poderia ser dada pela prevenção geral e especial da pena; uma teoria mista, que tanto levava em consideração a utilidade da pena, quanto como uma exigência de justiça.

### 2.3 PERÍODO CRIMINOLÓGICO E A ESCOLA POSITIVA

Enquanto a Escola Clássica buscava o poder político, a Escola Positiva, nasce com o intuito de manutenção da burguesia no poder político, no pós Revolução Francesa. É através do Positivismo que ocorre a afirmação desse poder.

Essa Escola vem com um propósito de responder sobre a ineficácia da Escola Clássica. Havia naquele momento histórico um forte desenvolvimento das ciências sociais – Antropologia, Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, Estatística etc. todas essas Ciências pretendiam ser neutras em suas análises, muito embora utilizavam o seu acervo teórico como instrumento legitimador para a dominação da classe destituída de poder.

---

<sup>19</sup> CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal: parte geral. São Paulo, SP: Saraiva, 1956-1957. 2v.

<sup>20</sup> GARCIA, Basileu, 1905-1985. **Instituições de Direito Penal** v. I, tomo I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. – Série Clássicos Jurídicos (Direito, Desenvolvimento, Justiça) Coordenação Máira Rocha Machado. Denise Garcia. Vários Colaboradores. p 141

Eis que surge nova fase pré-paradigmática em que se passou a priorizar os interesses sociais em detrimento dos individuais. O ideal da ressocialização do delinquente, defendido noutros momentos da história, passa a ocupar uma posição menos importante. Isso porque o delinquente passa a ser visto como patologia social, desmistificando a ideia de responsabilização penal fundada em conceitos morais.

Assim, nesta perspectiva da Escola Positiva, pode-se subdividir as fases em três: a antropológica, a sociológica e a jurídica.

A fase pré-paradigmática Antropológica teve como seu expoente Cesare Lombroso (“O homem delinquente” – 1878) que desenvolveu estudos acerca do crime e do criminoso. Segundo Lombroso, o criminoso era um ser atávico, ou seja, que não evoluiu completamente. O crime era considerado por ele como um ente biológico, contrapondo ao que Carrara defendia na Escola Clássica, quando afirmava que o crime era um ente jurídico.

A sua nosologia do crime divide a criminalidade em dois tipos: uma que tem as causas internas ao corpo e outra com causas externas ao corpo. A orgânica, que tem causas internas são três: os epiléticos, os loucos morais e os degenerados de nascença e os criminosos natos por excelência.

Sabemos que os estigmas de Lombroso chegaram a ser importantes critérios de juízo em muitos processos criminais. Mas, também neste caso, não podemos saber quantos homens sofreram condenações injustas porque exibiam muitas tatuagens, não conseguiam enrubescer ou tinham mandíbulas e braços maiores que o normal<sup>21</sup>.

Os criminosos natos propriamente ditos têm os traços físicos mais acentuados que todos, são eles os estupradores, os assassinos e os profanadores. Nos delinquentes por causa externa estão todos aqueles que adquiriram algum tipo de doença degenerativa (sífilis, tuberculose, decrepitude senil) ou mesmo contrabandistas, alcoólatras, glutões, ou “delinquentes políticos”<sup>22</sup>.

Lombroso criou a Antropologia criminal, sendo que esta ciência buscava estudar o comportamento antissocial do criminoso. A figura do criminoso nato de Lombroso era detentor de características físicas e mentais que, segundo ele, faziam parte de uma subespécie do homem. Lombroso é visto como o fundador da Antropologia Criminal ou dos estudos do homem criminoso. Mas a partir de *L'Uomo delinquente*, ele publica diversos textos sobre a

---

<sup>21</sup> GOULD, Stephen Jay. A FALSA MEDIDA DO HOMEM. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 136

<sup>22</sup> DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na “Belle Époque”**: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. P. 57

mulher criminosa, a prostituição, o gênio, o epilético e outras descobertas da antropologia criminal<sup>23</sup>.

A crítica em relação a esse estudo foi feita pelo fato de que essa pesquisa havia sido feita com delinquentes já presos. Como geralmente os presos de uma sociedade são justamente aqueles membros das classes mais inferiorizadas, havia algumas coincidências físicas e mentais entre aqueles que foram estudados por Lombroso. Por conta disso, seu método experimental falhou ao não conseguir comprovar o que ele pretendia com seus estudos.

Alguns aspectos passaram a ser claramente notados nessa escola. O Direito Penal era uma expressão de poder social em favor da defesa social. O determinismo é o fundamento da responsabilidade penal, passando, portanto da responsabilidade moral (livre-arbítrio) para a responsabilidade social. Por outro lado, o delito é visto como um fenômeno natural e social, e não como um ente jurídico, como pretendia Carrara. O método utilizado era o experimental (indutivo) da parte para o todo e os objetivos eram o crime, o delinquente, a pena e o processo.

Diante do exposto, conclui-se que houve uma ampliação substancial do controle do Direito Penal. Com a consolidação do paradigma da Criminologia, fomenta-se o conceito de periculosidade, a preocupação com o delinquente e com a vítima. Novos institutos se desenvolvem, a exemplo da medida de segurança, do tratamento condicionado da pena e do livramento condicional.

## 2.4 O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO E SEU CONTEXTO NO BRASIL

No cenário atual, é fácil perceber que se vive um novo panorama na seara criminal. A razão de ser desta mudança é da própria estrutura do debate científico das ciências sociais.

Na teoria das revoluções científicas de Thomas Kuhn o atraso das ciências sociais é dado pelo carácter pré-paradigmático destas ciências, ao contrário das ciências naturais, essas sim, paradigmáticas. Enquanto, nas ciências naturais, o desenvolvimento do conhecimento tomou possível a formulação de um conjunto de princípios e de teorias sobre a estrutura da matéria que são aceites sem discussão por toda a comunidade científica, conjunto esse que designa por paradigma, nas ciências sociais não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Ibid. p. 36-37

<sup>24</sup> SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE (1987); Um Discurso sobre as Ciências; Edições Afrontamento; Porto; 1988. P. 07

De um lado, levantam-se as bandeiras da expansão do Direito Penal, através da construção de novas figuras delitivas. De outro, parte da doutrina defensora das garantias constitucionais urge pelos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

No âmbito da persecução penal hodierna, alguns elementos em destaque podem ser considerados como causas expansivas da intervenção penal na sociedade global sob a perspectiva de Silva Sánchez. Este elenca algumas causas da seguinte forma: o efetivo aparecimento de novos riscos; a sensação social de insegurança; a configuração de uma sociedade de ‘sujeitos passivos’; a identificação da maioria social com a vítima do delito; o descrédito de outras instâncias de proteção; os gestores ‘atípicos’ da moral; a atitude da esquerda política: a política criminal social democrática na Europa; um fator colateral: o desprezo pelas formas.

Naquilo que respeita ao efetivo aparecimento de novos riscos, registre-se que os grandes avanços tecnológicos sem parâmetros e precedentes, aliados a uma nova sociedade de riscos em relação ao meio ambiente, às comunidades, a determinadas técnicas da biologia, da genética, da energia nuclear etc. conduzem o Direito (e o Direito penal) a novas modalidades de proteção jurídica.

Enquanto novos crimes são criados, sob o fundamento de que a justiça criminal não é estanque, devendo se readaptar tanto ao modelo de política-criminal de determinada sociedade, quanto aos anseios de uma nova realidade transgressional – a exemplo dos delitos informáticos, do terrorismo, crimes ambientais etc. –, de outra banda há quem fomente um discurso contrário à expansão penal. Para parcela da doutrina, o Direito Penal deve atuar apenas em *ultima ratio*, baseado nos ideais do garantismo penal.

[...] nenhum paradigma aceito como base para a pesquisa científica resolve todos os problemas. Os raros paradigmas que pareciam capazes disso, em pouco tempo deixaram de produzir quaisquer problemas relevantes para a pesquisa. Em vez disso, tornaram-se instrumentos para tarefas técnicas.<sup>25</sup>

Lembrando-se que o Garantismo Penal não se subsume apenas ao conceito de Luigi Ferrajoli. Refere-se a uma releitura e interpretação das normas a partir de seus princípios formadores e garantidores. Ele se serve da conscientização dos direitos do homem formulados em leis e pactos internacionais para restabelecer a justiça mesmo contra a ordem positiva estrita.

---

<sup>25</sup> KUHN, op. cit. p. 110

Assim, eis que surge uma proposta de reflexão a partir de uma nova realidade filosófica, lastreada naquilo que já se observa através da crise paradigmática do Direito Penal contemporâneo. A forte influência da transdisciplinaridade vivenciada pela sociedade hodierna parece remontar a tempos remotos, quando não se produzia conhecimento através das disciplinas estanques, mas sim através das artes, da filosofia e da interpretação dos fenômenos da natureza através dos mitos. Conforme aduz Köche:

Se, erroneamente, a ciência é encarada por muitos como um fantástico instrumento miraculoso ou estarrecedor, capaz de resolver todos os problemas da humanidade, na Antiguidade, na Grécia, a partir do século VIII aC e alcançando a culminância no século IV aC, conhecida como filosofia da natureza, tinha como única preocupação a busca do saber, a compreensão da natureza das coisas e do homem. O conhecimento científico era desenvolvido pela filosofia. Não havia a distinção que hoje se estabelece entre ciência e filosofia<sup>26</sup>.

### 3 POSSÍVEIS SINAIS DO SURGIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA

#### 3.1 NOVOS RUMOS DA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

Nunca é demais lembrar que atualmente se observa uma expansão das normas penais no cenário nacional. Mesmo vivendo num tempo em que a produção doutrinária penal tende a criticar o incremento de novos tipos penais, haja vista boa parte dessa doutrina entender que o Direito Penal não pode se afastar da subsidiariedade e da fragmentariedade em si intrínsecos, atuais estudos feitos fora do Direito analisam e traduzem novos anseios sociais, principalmente naquilo que diz respeito ao meio ambiente saudável, à proteção da espécie humana, como preocupações principais.

Em razão desses estudos de natureza transdisciplinar, o legislador não se eximiu ao instituir novos tipos penais que tutelam o meio ambiente saudável e também a biotecnologia, dentre outros, mesmo debaixo de fortes críticas lançadas pelos defensores do Direito Penal Liberal<sup>27</sup>.

É sabido que a tutela penal se tornou legítima a partir do instante em que se passou a considerar como bens tuteláveis penalmente somente aqueles mais preciosos à sociedade, a

---

<sup>26</sup> KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**: teoria da ciência e prática da pesquisa. 19. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. P. 44.

<sup>27</sup> A denominação Direito Penal Liberal é aplicada por Luiz Gracia Martin, ao traçar um paralelo entre o atual Direito Penal, denominado pelo autor como Direito Moderno, e o Direito Penal Clássico ou Liberal ou da Ilustração, que alude aos princípios penais instituídos pelo Direito após a Revolução Liberal. (Gracia Martin, Luis. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência / Luis Gracia Martin; apresentação do Prof. Dr. Bernd Schünemann; tradução de Érica Mendes de Carvalho. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, pág. 42)

exemplo de bens jurídicos como a vida, a integridade física e/ou corporal, à saúde, o patrimônio, dentre outros. Com novo paradigma jurídico penal, observa-se que outros interesses passaram a ter elevada importância no Direito, a exemplo da crescente preocupação da tutela dos interesses de natureza coletiva, em especial os interesses à proteção do meio ambiente, dos estudos relacionados à biotecnologia e proteção ao patrimônio genético.

Baseando-se na filosofia de Kuhn, tomando-se como base as fases da estrutura das revoluções científicas, pode-se deduzir que a nova realidade científica do Direito Penal parece se adequar à fase pré-paradigmática, haja vista as infundáveis discussões acerca dos novos rumos do Direito Penal. É inevitável o rompimento com o paradigma atual de aplicação da lei penal e processual penal, visando assim atender aos anseios da humanidade sob o aspecto dos direitos fundamentais, protegidos pelo neoconstitucionalismo e por um direito de garantias.

[...] conseqüentemente, a recepção de um novo paradigma requer com frequência uma redefinição da ciência correspondente. Alguns problemas antigos podem ser transferidos para outra ciência ou declarados absolutamente “não-científicos”. [...] a tradição científica normal que emerge de uma revolução científica é não somente incompatível, mas muitas vezes verdadeiramente incomensurável com aquela que a precedeu<sup>28</sup>.

Atualmente, para se alcançar a definição de algo, torna-se necessário uma ampla reflexão sobre os diversos significados que as coisas podem possuir. Tornou-se natural a intensa discussão sobre os princípios que fundamentam a criação, modificação, aplicação e interpretação das normas penais. Isso se deu principalmente a partir dos novos estudos sobre esta disciplina do Direito, mais precisamente no âmbito do Direito Penal, que há muito vem sofrendo críticas tanto por parte da doutrina tradicional – que preza pelo Direito Penal da *ultima ratio*, de caráter subsidiário e fragmentário – , quanto pelo novo pensamento moderno, que entende necessárias a relativização ou flexibilização de alguns princípios tradicionais em prol do caráter simbólico do Direito Penal, que apoia a crescente inserção de novos tipos penais no sistema jurídico.

A ciência pós-moderna, ao sensocomunizar-se, não despreza o conhecimento que produz tecnologia, mas entende que, tal como o conhecimento se deve traduzir em autoconhecimento, o desenvolvimento tecnológico deve traduzir-se em sabedoria de vida. É esta que assinala os marcos da prudência à nossa aventura científica. A prudência é a insegurança assumida e controlada. Tal como Descartes, no limiar da ciência moderna,

---

<sup>28</sup> KUHN, op. Cit. P. 138

exerceu a dúvida em vez de a sofrer, nós, no limiar da ciência pós-moderna, devemos exercer a insegurança em vez de a sofrer<sup>29</sup>.

As considerações acerca das novas alternativas penais (composição cível, transação penal, aplicação de pena alternativa em detrimento do encarceramento) se dão tanto por um viés social, quando esse tipo de medida/pena impõe uma prestação em favor de toda a coletividade, quanto por um viés garantidor para aquele que vai cumpri-las, quando tais penas asseguram ao infrator seus direitos e garantias fundamentais. Assim, lhe é dada a oportunidade de corrigir um mal por ele realizado, podendo praticar um bem em prol da comunidade, de acordo com a medida alternativa a ser aplicada no caso concreto. Seguramente isso provoca no apenado uma reflexão profunda sobre a desvantagem de sua infração.

As medidas alternativas penais, por terem guarida constitucional, devem estar atreladas aos direitos fundamentais preconizados em todo corpo da Constituição Federal. Ademais, tais medidas fazem parte do novo paradigma do Direito penal contemporâneo, aproximando-se do Direito penal de dupla velocidade, que introduz alguns procedimentos mais flexíveis no âmbito do processamento dos feitos criminais e contravencionais, para que determinados delitos de menor potencial ofensivo possam ser analisados e processados dentro de uma perspectiva nova, que possua uma forte relação com o princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito penal.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Lançando-se um breve olhar sobre algumas ideias existentes relacionadas com o tema em questão, busca-se expressar a preocupação com o mesmo, fomentando a importância e a necessidade do fortalecimento do novo panorama de sanção penal, trazido pelas penas alternativas à privação de liberdade.

Mesmo que atualmente o Direito Penal brasileiro, que outrora traduzia uma feição clássica (tutelar, fragmentária e de intervenção mínima), venha abrindo espaço para um Direito Penal simbólico, promocional, intervencionista e preventivo, é preciso retomar sempre a discussão sobre a proporcionalidade e a necessidade da pena encarceramento. Quando se fundamentando o uso da privação da liberdade através da infusão do medo na população e na sugestão da suposta garantia da tranquilidade social, de acordo com o entendimento de

---

<sup>29</sup> SOUSA SANTOS, op. cit. p. 21

Damásio, isso “opõe-se a uma corrente humanista e liberal, que o concebe com intervenção mínima e fragmentária”.<sup>30</sup>

É necessário que seja reavaliado o paradigma do encarceramento como base para a repressão. Equivocadamente, com o aumento da criminalidade no cenário nacional, surge no país a “falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, o agravamento das penas, a supressão de garantias do réu e a acentuação da severidade da execução das sanções”.<sup>31</sup>

Ao se perceber uma ausência de rumo no Direito Penal brasileiro, torna-se difícil baixar os índices de criminalidade e isso tem gerado a consciência popular da impunidade, a morosidade da Justiça Criminal e o grave problema penitenciário. Sendo assim, levando-se em consideração principalmente este último aspecto (o do grave problema penitenciário), nada parece tão óbvio quanto a necessidade em se apresentar para a sociedade hodierna novas modalidades de cumprimento de reprimenda penal, através do novo paradigma das medidas e penas alternativas como o meio mais adequado de cumprimento da justiça penal, dentro de uma evolução histórica no que tange às sanções penais em geral.

Diante dos incontáveis estudos dirigidos à história do Direito Penal e às finalidades das suas penas, verifica-se que a cada momento fica mais clara a ideia de que não será com um mero recrudescimento de penas ou com uma criminalização exacerbada de condutas que se reduzirá a tão combatida criminalidade. Logo, não basta punir de maneira exacerbada tendo como fim somente a vontade social da vingança, atrelada ao interesse público e coletivo em detrimento do individual, mas deve-se ter em conta um limite naquilo que diz respeito às consequências que se procura extrair com a punição do infrator e sem que se perca de vista um mínimo de dignidade humana, já que este princípio é, no nosso ordenamento jurídico, fundamentador do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>30</sup> JESUS, op. Cit. p. 4.

<sup>31</sup> Ibid. p. 10.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2ª tiragem, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos Delitos e Das Penas**, Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira – 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1/ 8. ed.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal: parte geral. São Paulo, SP: Saraiva, 1956-1957. 2v.

DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na “Belle Époque”**: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**/Luigi Ferrajoli. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 5ª edição, 1998.

GARCIA, Basileu, 1905-1985. **Instituições de Direito Penal** v. I, tomo I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. – Série Clássicos Jurídicos (Direito, Desenvolvimento, Justiça) Coordenação Maíra Rocha Machado. Denise Garcia. Vários Colaboradores.

GRACIA MARTIN, Luis. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência / Luis Gracia Martin; apresentação do Prof. Dr. Bernd Schünemann; tradução de Érica Mendes de Carvalho. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2005.

HOBBS, Thomas. **LEVIATÃ ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<http://temqueler.files.wordpress.com/2009/12/hobbes-leviata.pdf>> Acesso em 01.09.2013

GOULD, Stephen Jay. **A FALSA MEDIDA DO HOMEM**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática da pesquisa**. 19. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

KUHN, Thomas s. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 5ª edição, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Edição Ridendo Castigat Mores. P. 24-25. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>> Acesso: 01.09.2013

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da Pena**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades pos industriales. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001.

SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE (1987); Um Discurso sobre as Ciências; Edições Afrontamento; Porto; 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.