

LUÍS GRECO
ANTONIO MARTINS
Organizadores

DIREITO PENAL COMO CRÍTICA DA PENA

Estudos em homenagem a Juarez Tavares
por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012

ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ • ANTONIO CAVALIERE • ANTONIO MARTINS
ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA • AURY LOPES JR. • BERND SCHÜNEMANN
CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ • CLAUS ROXIN
DIRK FABRICIUS • EDGARDO ALBERTO DONNA • ENRIQUE BACIGALUPO
ÉRIKA MENDES DE CARVALHO • EUGENIO RAÚL ZAFFARONI • FERNANDO VELÁSQUEZ V.
FRANCESCO PALAZZO • FRANCISCO MUÑOZ CONDE • FRANK SALIGER
HELENA REGINA LOBO DA COSTA • JAVIER AUGUSTO DE LUCA • JOAQUIN PEDRO DA ROCHA
JORGE DE FIGUEIREDO DIAS • JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS • JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
JUAN M. TERRADILLOS BASOCO • JUAREZ CIRINO DOS SANTOS • JULIO B. J. MAIER
KLAUS VOLK • LORENZ SCHULZ • LUIGI FERRAJOLI • LUÍS GRECO • LUIZ REGIS PRADO
LUTZ EIDAM • MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA • MIGUEL BAJO
MIGUEL REALE JUNIOR • MILTON CAIROLI MARTÍNEZ • MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
MORITZ VORMBAUM • PAULO DE SOUSA MENDES • RAÚL CERVINI
RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA • SASCHA ZIEMANN • SERGIO MOCCIA
SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA • THOMAS VORMBAUM • ULFRID NEUMANN
WINFRIED HASSEMER • WOLFGANG NAUCKE

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

PUNIR NO ESTADO DE DIREITO¹

WINFRIED HASSEMER

Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult. Universidade Goethe, Frankfurt a.M., Alemanha.

SUMÁRIO: 1. Dedicatória – 2. Criminalidade de manual – 3. Direito penal da bonança – 4. Absoluto e relativo – 5. Conceitualidade e realidade – 6. Justificação exitosa – 7. Prevenção geral positiva.

DEDICATÓRIA

Não tenho certeza, mas suponho que não sou o único Professor de Direito Penal que sempre volta a trabalhar em seus textos antigos, que cuidam dos fundamentos de nossa disciplina: da liberdade e da culpabilidade, do devido processo, dos bens jurídicos – que devem ser protegidos por um direito penal inteligente e do Estado de Direito – do significado da Constituição para a forma e o conteúdo do direito penal e da justiça penal ou mesmo da pena justa. De qualquer forma, comigo ocorre que meus textos antigos sempre me vêm à lembrança, e eu os completo, encurto ou corrijo, de acordo com o saber científico, que, nesse ínterim, eu tiver adquirido ou em função das críticas à minha concepção que me tenham convencido.

¹ Título original: «Strafen im Rechtsstaat». Tradução: Fernanda Tórtima.

Esse texto sobre penas no Estado de Direito pertence a essa categoria. Ele trata de um tema, que nenhum penalista racional jamais poderá admitir que algum dia esteja esclarecido e que possa dar por resolvido. O sentido da pena estatal jamais será «esclarecido» de forma simplista e, como problema, jamais será «resolvido». Ele ocupará a ciência do direito penal e também a reflexão séria dos práticos sobre o sentido e a correção de sua atuação à medida que a pena estatal exista.

Isso reside não (apenas) nos limites do entendimento, que impediriam uma clara e exaustiva concepção do direito de punir e clamariam por uma constante melhora da teoria, senão (também) no fato de que esse direito se altera e se desenvolve permanentemente em sua fundamentação e suas manifestações. Com esse direito, da mesma forma que ocorre com as nossas concepções acerca da liberdade e justiça, transformamo-nos nós mesmos. Nessas concepções se expressa o variável espírito do tempo, relacionamo-nos com o mundo que nos cerca de forma manifesta; e isto não se pode dar por resolvido. Pois não apenas os resultados se alteram, alteram-se também os critérios.

Juarez TAVARES, há décadas colega e amigo, pertence àqueles que sempre me ensinaram e estimularam a refletir sobre os fundamentos de nossa disciplina. Ele é um dogmata do direito penal erudito e inovador, como demonstram suas publicações; ele também é, como eu sei, um cientista e um operador, que pensa a partir dos fundamentos e, neste passo, nunca deixa de atentar para a política criminal e suas possibilidades. Essa é a forma correta para uma reflexão acerca do direito estatal de punir; e por isso trato desse tema.

2. CRIMINALIDADE DE MANUAL

Às vezes faz sentido refletir sobre uma teoria complicada a partir de seus limites: não a partir dos casos normais de sua aplicação (quando ela funciona melhor do que pior), mas sim a partir de casos extremos (quando ela encontra sérias dificuldades ou quando fracassa a sua faculdade de esclarecimento). Sob a amena luz cotidiana não se pode às vezes ver o que sob um claro golpe de luz imediatamente salta aos olhos.

Penalistas que – ao que parece, ainda mais do que outros juristas – debruçam-se sobre seus casos e tradicionalmente podem ter e apresentar uma boa parte de seus sistemas dogmáticos entre aqueles de ponta, gostam dessa didática e a cultivam com sucesso. Eles se embrenham em uma «criminalidade de manual», como certa vez zombou meu antigo colega de Frankfurt, Herbert JÄGER (claro que sem êxito perceptível para a praxis didática). Ao contrário: a criminalidade de manual se espraia e se torna cada vez mais

er: Toleranz als Rechtsprinzip, Kom-
Arthur Kaufmanns Theorie
mer: Das Recht zum Widerstand in
manns Rechtsphilosophie
o: Die Rolle der Richterpersönlich-
rechtsfindung

liche Konsequenzen

te Einführung

er: Schuldprinzip und Strafrech-
Arthur Kaufmanns Personal- Rechts-

nehmung: Rechtsfreier Raum und
wortliche Entscheidung

Kim: Unzeitgemäße Betrachtungen
grundsatz im Strafrecht?

rower: Zu Arthur Kaufmanns Kritik
alle

nicker: Das Recht der Person als Gren-
recht: Zu Arthur Kaufmanns Kritik
cher Strafbestimmungen

www.steiner-verlag.de

Franz Steiner Verlag

ISBN 3-519-08580-7

popular, na medida em que os exames jurídicos se voltam mais para casos
do que para os fundamentos. Esse é o desenvolvimento na República Federal
alemã.

Nos últimos tempos vimos nos entretendo (ou nos torturando) não
apenas com a variante do caso de A, que passeia em uma floresta de coqueiros
quando um coco lhe cai mortalmente sobre a cabeça, no mesmo momento
em que B também lhe desfere um tiro mortal, mas também nos inquietando,
por exemplo, com o cenário de um prisioneiro terrorista que informa seria-
mente que seus companheiros irão fazer voar pelos ares o reservatório de
água de Curitiba se ele não for imediatamente libertado. A pergunta que
didaticamente se sugere é: diante desse perigo, deve-se permitir qualquer
forma de contribuição para que as autoridades descubram a tempo o para-
metro daqueles companheiros, ou seja, deve-se permitir a tortura?

Nada se pode objetar à criminalidade de manual e aos casos dramáticos,
quando três condições estão satisfeitas:

- Ouvintes e leitores devem ter em mente que eles se exercitam a partir
de aparelhos dogmática e didaticamente construídos e não a partir da «reali-
dade» do crime (caso contrário, o ensino atinge o objetivo oposto àquele para
o qual foi concebido);
- Sob a impressão de hipóteses extremas, deve-se de todo abster-se
de soluções meramente jurídico-políticas (caso contrário, pode-se temer que
parâmetros mundanos de conduta se dirijam a um mundo não existente);
- Após o exercício com os aparelhos, devem ser as reflexões novamente
relacionadas ao conjunto de casos cotidianos (pois ao final tais reflexões
devem ser adequadas a esses casos).

3. DIREITO PENAL DA BONANÇA

O caso Demjanjuk e seu processo em Munique nos evidenciam nova-
mente o motivo pelo qual continuamos a ficar atônitos diante da indagação
acerca do sentido da pena. Nesse processo expôs a denúncia – e essa infor-
mação me chega aqui pela primeira vez, para desenvolver minhas reflexões
– que o acusado, hoje com cerca de 90 anos, tomou parte culpavelmente na
morte de algumas dezenas de milhares de pessoas em um campo de concen-
tração nazista. Essas acusações foram, no essencial, acolhidas quando do
juízo.

Muitos lembrarão que já sustentamos discursos semelhantes na Repú-
blica Federal alemã, quando se tratou da punição de criminosos violentos do
Nazional-socialismo. Os questionamentos eram os seguintes:

- A quem serviria uma ação penal e a imposição de uma pena após tantos anos («prescrição», «busca da verdade»)?
- Devem – e podem – esses homens idosos ainda ser ressocializados («prevenção individual»)?
- Quer-se e pode-se evitar um retorno do Nacional-socialismo precisamente com a punição de seus criminosos («prevenção geral»)?
- Tem o direito penal uma resposta disponível e adequada para a morte de milhares de pessoas («retribuição justa»)?
- O que acontece juridicamente com muitos outros, que por força de lei, já não podem ser julgados, em face de seu número exorbitante («justiça persecutória», «princípio da legalidade»)?
- É o direito penal, afinal, apenas um direito penal para dias de sol, que, para além da criminalidade cotidiana, deve baixar suas armas tão logo se a própria geografia do Estado e da sociedade é modificada («direito penal e realidade»)?

A perplexidade diante do sentido do direito penal é certamente tão antiga quanto o próprio ato de punir. Ela se torna apenas mais afiladamente sensível diante de circunstâncias extremas. Ela se estende sobre a justiça penal, mas também sobre o ato de punir cotidiano, sobre a imposição de uma pena e sobre a sua execução: quando explicações e justificativas já não bastam para fundamentar a pena, então também não bastam para a sua prática até as suas últimas ramificações.

Não que tivéssemos muito poucas explicações – nós temos muitas e elas se contrapõem reciprocamente. Nós não as recebemos em um sistema coeso, não se tira delas nenhuma resposta clara e inequívoca, que se ajuste tanto aos dias de hoje quanto aos casos.

4. ABSOLUTO E RELATIVO

Há séculos contrapõem-se dois posicionamentos adversos, que reciprocamente se afirmam, e dispõem não apenas de instrumentos para uma explicação, mas também de uma justificativa para a pena estatal: teoria clássica, repressiva e absoluta, de um lado; teoria moderna, preventiva e relativa, do outro. As teorias clássicas defendem-se com a «retribuição» (do injusto e culpabilidade) e a «expição» (do criminoso), os modernos propagam a «correção» (do condenado; ressocialização ou prevenção individual) e «intimidação» (de todos os outros; prevenção geral). Visto de fora: uma clara ordem de batalha com inequívocas afirmações, características e coordenações. E também com certa plausibilidade, penso eu.

Ita: Toleranz als Rechtsprinzip. Kommentar: Arthur Kaufmanns Theorie
 Itinerar: Das Recht zum Widerstand in
 Kaufmanns Rechtsphilosophie
 Itinerar: Die Rolle der Richterpersönlich-
 keit in der Rechtsfindung

Itinerar: Rechtliche Konsequenzen

Itinerar: Einführung
 Itinerar: Schulprinzip und Strafrecht
 Itinerar: Arthur Kaufmanns Personaler Rechts-

Itinerar: Recht freier Raum und
 Verantwortung in der Entscheidung

Itinerar: Unzeitgemäße Betrachtungen
 zum Grundgesetz im Strafrecht?

Itinerar: Zu Arthur Kaufmanns Kritik
 an der Strafrechtswissenschaft

Itinerar: Das Recht der Person als Gren-
 zbereich. Zu Arthur Kaufmanns Kritik
 an der Strafrechtswissenschaft

www.steiner-verlag.de

Franz Steiner Verlag

ISBN 3-515-08580-7

ar: Toleranz als Rechtsprinzip. Kom-
Arthur Kaufmanns Theorie
lmann: Das Recht zum Widerstand in
manns Rechtsphilosophie
ro: Die Rolle der Richterpersönlich-
Rechtsfindung

ntliche Konsequenzen

chte: Einführung

g: Schuldprinzip und Strafrech-
Arthur Kaufmanns Personal Rechts-

nenmann: Rechtsfreier Raum und
wortliche Entscheidung

i Klirr: Unzeitgemäße Betrachtungen
grundsatz im Strafrecht?

ezawo: Zu Arthur Kaufmanns Kritik
ale

nicks: Das Recht der Person als Gren-
rechts. Zu Arthur Kaufmanns Kritik
eher Strafbestimmungen

www.steiner-verlag.de

Franz Steiner Verlag

Se se arrisca um olhar no âmago dessa disputa, obtém-se acesso ao profundo entendimento de ambos os posicionamentos. Compreende-se, então, que as teorias acerca do fim da pena originam-se de mundos bastante distintos. Isso se torna evidente, quando se observam os instrumentos das quais dispõem, respectivamente, as teorias, bem como quais desses instrumentos cada uma delas entende como eficazes.

De acordo com o instrumento mais perigoso das teorias modernas, seus adversários vivem em um mundo da fantasia, a criminalidade e os criminosos são indiferentes para eles, a retribuição é um conceito de papel e a expiação pode ser, quando muito, uma esperança, mas nunca a pedra de toque de uma teoria. As teorias clássicas respondem com o veredito preciso de Hegel, segundo o qual querer corrigir e intimidar o homem por meio da pena importa em tratá-lo como um cão, contra o qual se levanta o bastão, em fazer dele um objeto, em funcionalizá-lo. Essas idas e vindas de discursos e contra-discursos só podem ser admitidas com o recurso à boa vontade, quando nos orientamos nomeadamente pela respectiva visão das pessoas como *tertium comparationis*. A uma primeira vista, de qualquer forma, predomina a impressão de que aqui se fala sem se saber o que se está falando: de um lado, sobre combate à criminalidade e prevenção e de outro sobre dignidade humana e retribuição.

Quando se questiona, porém, sobre a direção desses instrumentos e se elucida um pouco acerca de seu pano de fundo histórico-ideológico, vê-se mais precisamente a diferença fundamental entre as concepções absoluta e relativa do sentido da pena e pode-se, passo a passo, começar a ordená-las.

5. CONCEITUALIDADE E REALIDADE

Pode-se dizer, com cautela: o mundo das teorias clássicas e absolutas é o sistema, é a conceituação, e seu objetivo é a garantia da justiça, da adequação da pena, da dignidade humana. Ao revés, o mundo das teorias modernas e relativas – assim pode-se dizer – é o da criminalidade do dia a dia, da perseguição ao delito, e seu objetivo é o domínio eficiente sobre a criminalidade por meio da prevenção geral e individual.

E um passo adiante: diversamente das teorias absolutas, as teorias relativas vinculam-se à experiência e ao mundo; prometem consequências reais da pena e de sua execução: intimidação exitosa, correção ressocializante, submetendo-se a falsificação por meio de resultados visíveis.

Em outras palavras: o pacote que carregam as teorias relativas, em sua compreensão acerca da pena, pesa significativamente mais do que o das absolutas. Essas últimas renunciam a atribuir à pena objetivos terrenos e contornam, com isso, a objeção que pode pesar gravemente sobre as teorias

relativas e que sempre lhes tem pesado: a objeção de que a pena estatal não está, de forma alguma, em condições de realmente corrigir e intimidar; essas teorias prometem alguma coisa que não podem cumprir, são hipócritas e, por isso, sobre elas nada se pode construir.

Esse pano de fundo pode ser estudado mais concreta e precisamente a partir de problemas que surgiram nos processos contra criminosos de guerra e que já foram acima esboçados. Nessa ordem de problemas, especificamente quanto à questão acerca do sentido da pena, encontramos mais facilmente uma resposta nas teorias absolutas, clássicas, da pena, que vinculam a pena estatal exclusivamente à retribuição e à expiação (elas se chamam «clássicas» porque as suas adversárias relativas conseguiram se afirmar como as teorias «modernas» no mercado da história dogmática; a caracterização «clássica» não diz muito – também porque, tanto as teorias «clássicas», quanto as «modernas» da pena, perderam-se na escuridão da história; aqui não há gerações, nem velho nem jovem, nem primeiro e nem depois.)

«Absoluta» diz algo a mais. Assim chamam-se as teorias da retribuição, da expiação e da adequação (*Angemessenheit*), especialmente porque não se ocupam das consequências da pena, porque não buscam sua justificação numa correção do mundo real, se «afastam» de tais objetivos terrenos; «a majestade da pena sem finalidade» fora enaltecida.

Teorias «absolutas» funcionam visivelmente melhor, quanto ao sentido da pena em situações extremas, do que as relativas; e o fundamento é evidente: elas se livraram do ônus de ter que realizar e fundamentar a correção e a intimidação, também em situações nas quais a referência a esses fins seja irrelevante.

O criminoso de guerra está há muito anos socialmente integrado e não necessita de nenhuma renovada influência da pena estatal (prevenção individual); o impedimento do retorno à ditadura precisamente por meio do direito penal (prevenção geral) constitui uma absurda esperança; nessa armadilha não caem as teorias absolutas. Da mesma forma não funcionam essas teorias com uma parte da realidade da pena: crimes gravíssimos não podem ser compensados de forma justa e adequada (adequação), e a persecução criminal seletiva continua escandalosa (justiça da persecução); neste ponto, as teorias clássicas também não parecem racionais. Nesse sentido, sua roupagem conceitual é muito limitada.

6. JUSTIFICAÇÃO EXITOSA

Antes de mais nada: as teorias «clássicas» são do passado. Mas elas falham em relação ao caso de Demjanjuk e outros não apenas por isso, mas sim porque se calam solenemente frente à pergunta: por que a pena é racional

ita: Toleranz als Rechtsprinzip. Kom-
Arthur Kaufmanns Theorie
lerner: Das Recht zum Widerstand in
manns Rechtsphilosophie
ro: Die Rolle der Richterpersönlich-
Rechtsfindung

htliche Konsequenzen
ort: Einführung
gg: Schuldprinzip und Strafrecht-
Arthur Kaufmanns Personal-
themann: Rechtsfreier Raum und
wortliche Entscheidung
n Kim: Unzeitgemäße Betrachtungen
grundsatz im Strafrecht?
zawa: Zu Arthur Kaufmanns Kritik
röße
anaka: Das Recht der Person als Gren-
frechts. Zu Arthur Kaufmanns Kritik
scher Strafbestimmungen

www.steiner-verlag.de

Franz Steiner Verlag

ter: Toleranz als Rechtsprinzip; Kom-
Arthur Kaufmanns Theorie
Kerner: Das Recht zum Widerstand in
manns Rechtsphilosophie
rol: Die Rolle der Richterpersönlich-
Rechtsfindung

liche Konsequenzen

ide: Einführung

ge: Schuldprinzip und Strafrecht-
Arthur Kaufmanns Personaler Rechts-

hemann: Rechtsfreier Raum und
wortliche Entscheidung

n Kine: Unzeitgemäße Betrachtungen
grundsatz im Strafrecht?

sonne: Zu Arthur Kaufmanns Kritik
rate

inika: Das Recht der Person als Gren-
recht; Zu Arthur Kaufmanns Kritik
reber Strafbestimmungen

www.steiner-verlag.de

Franz Steiner Verlag

ou mesmo necessária e que fins devemos perseguir por meio da ameaça, da imposição e da execução da pena?

Suas repostas à essa questão não são desse mundo. Retribuição e expiação, que elas querem atingir com a pena, são muito estreitas, muito abstratas, muito vazias, como se elas pudessem hoje nos convencer de que nós pudéssemos – ou mesmo devêssemos – meter simplesmente o criminoso na prisão, para que ele recebesse o que fosse equivalente a seus crimes, de forma a que a justiça se visse satisfeita.

Somos, então, realmente capazes de justificar uma intromissão grave nos direitos fundamentais, operada não somente com a execução da pena, mas, desde logo, com a condução do processo criminal, mediante a simples indicação de que a retribuição abriria ao criminoso a chance de expiar seus crimes? Não penso assim. Penso, antes, que essa intervenção profunda e extensa e, antes de tudo, «terrena», deve ser justificada e que a justificação da pena estatal, afinal, somente pode ser exitosa, se for demonstrado que o nosso mundo estaria mais pobre e deteriorado sem a pena e sua execução.

O Tribunal Federal Constitucional fundamentou normativamente nosso interesse na ressocialização dos detentos – interesse esse também dos próprios detentos – de forma tão profunda, que só seria possível fazê-lo sob a Lei Fundamental alemã: relacionou-se o interesse na prevenção individual ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, ao mesmo tempo, simbolizou esse interesse com um fundamento bastante terreno, a saber, por meio da remuneração do detento pelo trabalho por ele realizado durante a execução.

Isso mostra: a ressocialização é, de acordo com o nosso entendimento atual, não apenas mudança interna, arrependimento ou simples lamento; a ressocialização é também o aprendizado de uma profissão ou a preparação profissional e organizada para a sua libertação no mundo, que, para o detento, havia se tornado estranho; a ressocialização tem contornos extremamente pragmáticos. A finalidade terrena da ressocialização é hoje um ponto de gravidade normativo.

A respeito da finalidade terrena da intimidação não se pode dizer outra coisa. Prevenção, especialmente prevenção geral, é um conceito quase sem concorrência no pensamento dominante do mundo ocidental. Ela está bastante próxima do paradigma da segurança, que determina soberanamente não apenas a política criminal, mas também todos os setores de nossa vida – desde a política de saúde, passando pela social, até a energética. A prevenção geral é um instrumento preferencial no discurso público da hoje fortalecida proteção às vítimas; ela serve à necessidade moderna do domínio dos riscos e da precaução contra perigos. Um direito penal que pode prometer intimi-

dação exitosa resolve seus problemas de justificação e está de acordo com nossos corações e mentes.

Eu não tenho fantasia suficiente, a ponto de poder imaginar, objetivamente, como pessoas (assim como sociedades) podem organizar seus mundos normativos sobre os fundamentos de uma teoria absoluta da pena: já que eles dependem apenas do conceito de retribuição e expiação para a justificação da pena estatal, já que eles não podem referir-se ao fato de que as penas estatais também devem (e podem) melhorar o mundo e já que eles não podem se apoiar em qualquer promessa de prevenção. Como poderia, por exemplo, um juiz criminal que pensasse e sentisse assim defrontar-se com o condenado e o público? Talvez jamais tenham existido teorias absolutas tão radicais fora do âmbito acadêmico-filosófico; elas não poderiam, de qualquer forma, satisfazer às nossas necessidades atuais de justificação.

E assim se pode estudar a incisiva «disputa de escolas» acerca das teorias alemãs da pena na virada do século XIX para o século XX, e que as teorias absolutas acerca do sentido da pena jamais ousaram aparecer em sua forma pura. Ao contrário, elas constituíam quase sempre prevenção geral disfarçada, quando se valiam do argumento de que a população não aceitaria cominações injustas de penas e dosimetria penal inadequada, e não se deixaria por elas influenciar.

Isso é, de fato – felizmente – correto; na teoria constitui, porém, deserção. Nesse pensamento, a adequação da pena não é o objetivo, mas simples meio; objetivo é, assim como para as teorias de prevenção geral, o efeito salutar da pena sobre a motivação das pessoas.

Justificação exitosa da pena é hoje, então, justificação preventiva; a intervenção punitiva nos direitos fundamentais deve poder invocar o fato de que ela melhora o mundo; coerência sistêmica e cogência normativa não são suficientes.

7. PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Com isso, certamente, o nosso objeto ainda não está inteiramente representado e valorado. Falta ainda uma avaliação crítica da prevenção como o paradigma dominante, e essa avaliação é irrenunciável para uma construção ponderada: a prevenção atribui à pena não apenas o seu sentido, mas também a transforma em um instrumento ameaçador. Isso tem a ver com dois aspectos: a medida e a dignidade.

O primeiro aspecto, a medida:

Contrapondo-se a um entendimento absoluto da pena, a prevenção, tanto na sua variante individual, como na geral, não está em condições de deter-

ita: Toleranz als Rechtsprinzip. Kom-
Arthur Kaufmanns Theorie
Jenner: Das Recht zum Widerstand in
Inmanns Rechtsphilosophie
ro: Die Rolle der Richterpersönlich-
Rechtsfindung

huliche Konsequenzen

de: Einführung

ig: Schuldprinzip und Strafrech-

Arthur Kaufmanns Personaler Rechts-

Inmann: Rechtsfreier Raum und

wortliche Entscheidung

n Kim: Unzeitgemäße Betrachtungen

grundsatz im Strafrecht?

zawa: Zu Arthur Kaufmanns Kritik

rote

anaka: Das Recht der Person als Gren-

frechts. Zu Arthur Kaufmanns Kritik

scher Strafbestimmungen

www.steiner-verlag.de

Franz Steiner Verlag

ISBN 3-515-08580-7

toleranz als Rechtsprinzip. Kom-
Arthur Kaufmanns Theorie
fenners: Das Recht zum Widerstand in
manns Rechtsphilosophie
ro): Die Rolle der Richterpersönlich-
Rechtsfindung
nliche Konsequenzen
die: Einführung
ge: Schuldprinzip und Strafgerech-
Arthur Kaufmanns Personal- Rechts-
mann: Rechtsfreier Raum und
wortliche Entscheidung
n Kim: Unzeitgemäße Betrachtungen
grundsatz im Strafrecht?
zenew: Zu Arthur Kaufmanns Kritik
fals
nka: Das Recht der Person als Gren-
recht: Zu Arthur Kaufmanns Kritik
cher Strafbestimmungen

www.steiner-verlag.de

Franz Steiner Verlag

minar a medida da pena. Ao contrário, ela favorece a ausência de medida: de acordo com a lógica preventiva, as penas devem ser permitidas tão extensa e intensamente, até que seja alcançado o objetivo terreno da prevenção: a correção do condenado e a intimidação dos demais; quem não queira segui-lo, programa o fracasso dos esforços preventivos e, com isso, compromete as teorias preventivas, desmascarando-as como teias de mentiras.

Qualquer um que seja minimamente versado em criminologia sabe que o postulado preventivo do alcance dos objetivos só se dará no dia de «São Nunca» (St. Nimmerleinstag). Assim, há pequenos criminosos de tendência, estelionatários e ladrões, que transformarão suas formas de vida no máximo após uma intervenção penal mais intensa; e nem mesmo os criminólogos sabem como se pode aferir, com certeza, que da punição de um caso concreto decorrerá uma intimidação exitosa: êxito da prevenção e medida da pena podem estar bastante distanciados entre si.

Sob uma análise constitucional, não pode haver dúvida de que a pena deve estar relacionada ao injusto e à culpabilidade da ação condenada e de que não se pode esperar por uma prevenção exitosa quando o *quantum* adequado da pena é exaurido. As teorias absolutas não têm nenhum problema com isso. Elas não estão obrigadas a cumprir qualquer objetivo terreno, e – o que é ainda mais importante – elas são compreendidas já no núcleo de sua lógica como sanções proporcionais: como resposta adequada ao injusto e à culpabilidade. O injusto e a culpabilidade do fato determinam o *quantum* da reação retributiva – o que mais? A proporcionalidade do fato punível e da pena está contida nessa teoria. Uma retribuição desmedida não é especificamente uma retribuição, mas sim, vingança.

A compreensão da pena como preventiva, ao contrário, deve servir-se de uma concepção externa, para não se tornar desmedida; ela não contém um freio embutido para punições excessivas, como as concepções clássicas. Ela se vale do princípio da proporcionalidade – na verdade um fantástico limite concebido empiricamente com seus critérios de adequação, necessidade e exigibilidade geral. Mas, com efeito, um princípio externo, que é estranho aos desejos correccionais, às vezes, inclusive, a eles oposto, e, com isso, solene e indeterminado no caso concreto.

Mas antes de mais nada: em tempos como os nossos – que situam a segurança acima de tudo e que não estão adequados a uma política criminal serena, que fomentam o medo dos riscos, a necessidade de controle, principalmente, com a agravação do direito penal – o princípio da proporcionalidade é um opositor silencioso e frágil; sua mensagem de assegurar a medida (da pena), pode, no atual panorama de defensores da eficiência, ser raramente garantida.

O segundo aspecto, a dignidade:

Eu não acredito que a sentença de Hegel, segundo a qual a pena não pode tratar as pessoas como um cão, esteja, para nós, superada. Pelo contrário, ela tem até hoje, poder de convencimento. Afinal, o que anima a teoria da intimidação, a teoria da «prevenção geral negativa», se não uma pedagogia sombria: amedrontar-nos a todos com base no exemplo salutar da punição de um indivíduo, de nos intimidar e de nos educar? De fato, como um cão, contra o qual se levanta o bastão.

Por que seriam normas penais, que devem se voltar a todos nós por meio do exemplo de punições alheias, apenas as disposições da «parte especial» do Código Penal, vale dizer, os comandos e proibições reforçados pela pena; e por que não pertencem às normais penais também as proclamações do direito penal constitucional, ou seja, o direito à defesa, ao recurso, à presunção de inocência ou o direito ao silêncio? Essas também são «leis penais», são também de importância central, assim e exatamente na consciência da população.

Por isso, meu modo de ver não é apenas o de uma «prevenção geral positiva», que liga e conserva o lado positivo da teoria clássica e da moderna: uma ideia do sentido da pena que compreende e trata o homem não como fonte de conflitos, não como objeto de uma condicionante violenta, não como criminoso potencial, mas sim como cidadão: como alguém, que tenha afinal participado do processo democrático de elaboração das leis penais e que, por isso, deve ser responsabilizado; essas são «suas» leis.

De acordo com esse enfoque, permanece a pena naturalmente o mal que ela é; ela não passa a ser uma forma de cura ou mesmo um presente. Ela se faz mais compreensível e também justificável também como a mensagem de que nós todos não aceitamos a ruptura de uma norma pelo delito, que nós reafirmamos a norma violada, na medida em que respondemos à violação do direito de forma pública – e negativa. Visto dessa forma, a pena estatal poderia hoje recuperar um antigo sentido: ser a negação da negação do direito, mas não apenas no papel ou no âmbito acadêmico, mas sim no discurso público sobre as normas, que nos são indeclináveis, e sobre as reais possibilidades de que elas sejam mantidas.

ita: Toleranz als Rechtsprinzip. Kom-
Arthur Kaufmanns Theorie
Jenner: Das Recht zum Widerstand in
manns Rechtsphilosophie
ro: Die Rolle der Richterpersönlich-
Rechtsfindung

Julische Konsequenzen

sch: Einführung

g: Schuldprinzip und Strafrech-
Arthur Kaufmanns Personaler Rechts-

inermann: Rechtsfreier Raum und

wortliche Entscheidung

n Kim: Unzeitgemäße Betrachtungen
grundsatz im Strafrecht?

izawa: Zu Arthur Kaufmanns Kritik
rale

anaka: Das Recht der Person als Gren-
frechts. Zu Arthur Kaufmanns Kritik
scher Strafbestimmungen

www.steiner-verlag.de

Franz Steiner Verlag