

## 8

### RESSOCIALIZAÇÃO E ESTADO DE DIREITO\*\*

1. Estímulos à ressocialização; 1.1. O tempo na pena privativa de liberdade; 1.2. A crença na intervenção ressocializadora; 1.3. Saída de emergência para uma crise de legitimação; 2. Garantia de consciência limpa, mas não de ressocialização; 3. Objeções da tradição penal liberal à ressocialização; 3.1. Coação e não ajuda; 3.2. Terapia compulsória?; 3.3. "Nós, os especialistas; eles, os defeituosos"; 3.4. Relegitimação imerecida da pena privativa de liberdade; 4. Saídas; 4.1. Pesquisar os efeitos e definir os custos; 4.2. Tutela jurisdicional contra a ressocialização desproporcional; 4.3. Desvincular a ressocialização da privação da liberdade; 4.4. Limites jurídicos da intervenção ressocializadora

#### 1. ESTÍMULOS À RESSOCIALIZAÇÃO

A concepção da ressocialização tem, na nossa cultura jurídica, desde muito tempo, um poderoso impulso, que deve ser atribuído essencialmente a três fundamentos:

- 
- \* © Winfried Hassemer, tradução de Felipe Rhenius Nitzke, revista por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, do original *Resozialisierung und Rechtsstaat*, publicado no *Kriminologisches Journal* 1982, S. 161-166.
  - \* Versão ligeiramente modificada de intervenção oferecida em um simpósio do Instituto Sigmund Freud de Frankfurt, no final de 1981, sobre o tema "Psicanálise e justiça penal".

### 1.1. O tempo na pena privativa de liberdade

Já a própria introdução da pena privativa de liberdade como meio de sanção penal tem a necessidade irrecusável de se amparar numa teoria da ressocialização. Pena de morte, penas corporais ou também o banimento do condenado não possuíam dimensão temporal para o estado punitivo, pois elas como que se esgotavam para o Direito penal em sua própria execução. Mas a instituição de penas privativas de liberdade trouxe um problema qualitativamente novo para a teoria da pena e a prática penal: o tempo ocioso do condenado. Evidentemente é possível – e isso foi feito – fundamentar também outras penas além da privativa de liberdade na expectativa de melhora do criminoso; mas essa fundamentação só se torna indispensável quando o estado punitivo precisa preencher o tempo que o condenado põe a sua disposição através da pena privativa de liberdade. Portanto, a imposição de penas privativas de liberdade atrai a necessidade indeclinável de uma teoria da ressocialização. A história da execução penal revela que o tempo livre do condenado sempre foi preenchido com técnicas de adaptação – seja “oração e trabalho” ou terapia social.

### 1.2. A crença na intervenção ressocializadora

Com o progressivo direcionamento empírico da cultura jurídica do século XIX, aumentou a demanda por uma teoria da ressocialização. “Direcionamento empírico” da cultura em geral e da cultura jurídica em particular significa, em nosso contexto, principalmente o seguinte: no rastro do desenvolvimento e da consolidação das ciências empíricas – principalmente as ciências humanas – sedimentou-se não apenas nas ciências mas também na vida cotidiana e na opinião pública a crença na racionalidade da observação, com o que teve início o domínio da crença na mutabilidade do mundo através de intervenções especializadas. Essa crença favorece extraordinariamente os fins preventivos da pena, pois transmite a convicção de que é possível influenciar os fenômenos do comportamento desviante, do crime e da criminalidade – também a longo prazo – através de uma intervenção empírica adequada. Além disso, nós vivemos sob o *ethos* segundo o qual uma sociedade que acredita ter a sua disposição os meios de intervenção adequados irá empregá-los para o bem do indivíduo criminoso e da sociedade punitiva.

### 1.3. Saída de emergência para uma crise de legitimação

O terceiro fator que, a meu ver, explica esse impulso da “concepção ressocializadora” relaciona-se ao *ethos* acima mencionado. Trata-se do problema da legitimação do estado moderno, que também abarca o poder punitivo estatal. Investidas contra o patrimônio e a liberdade dos cidadãos – mesmo cidadãos criminosos – necessitam de uma justificação que é cada vez mais difícil de se obter. Numa cultura empiricamente direcionada, essa justificação não mais pode ter caráter normativo, por exemplo, derivado do Direito natural. Ela precisa orientar-se mais para as conseqüências e também precisa demonstrar que as investidas incômodas sobre os direitos individuais produzirão conseqüências desejáveis no final, as quais também atendem ao interesse bem compreendido da pessoa atingida. Para uma justificação dessa natureza, a concepção da ressocialização é excepcionalmente apropriada. Ela livra o estado punitivo da imagem de ódio do guarda do calabouço e divide com ele a dignidade do médico. A solução “curar ao invés de punir” não é somente um pleito derivado do sentimento de humanidade; ela é também a saída de emergência de uma crise de legitimação estatal, a qual conduz à certeza de que a execução penal será aquilo que um criminoso razoável deveria esperar para si.

## 2. GARANTIA DE CONSCIÊNCIA LIMPA, MAS NÃO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Todos esses fatores, que tornam a concepção de ressocialização atual, decerto conduzem apenas a uma teoria da pena mas não a uma prática com a pena. Isso quer dizer que ela oferece garantias apenas da esperança de recuperação, mas não garante a própria recuperação. Se as esperanças que a concepção de ressocialização desperta em relação à melhora e reintegração social do condenado também encontram correspondência na realidade, ninguém poderá afirmar com certeza.

Estimativas científicas até aqui realizadas sugerem algum ceticismo. Pondera-se, porém, e com razão, que juízos fundamentados sobre as reais conseqüências de uma execução penal ressocializadora só podem ser formulados com grande cautela e com base em pesqui-

sas de longo prazo. Mas eu ainda dou mais um passo na direção do ceticismo: já o próprio âmbito do que se denomina “esperanças” da concepção ressocializadora deveria permanecer sempre em debate. Pois o que vem a ser, realmente, um “criminoso ressocializado”? Ele é “saúdavel” (e o quê isso significa?), ele é “fiel à moral”, ou ele é somente “fiel ao Direito” (e, nesse caso, ele o é apenas exteriormente ou também sinceramente?)? Será que pode ser considerado um êxito da concepção ressocializadora quando a pessoa tratada reprime seus problemas em seu corpo ou em sua alma mediante normas jurídicas ou sociais? Resumindo: a situação atual, em que todos pedem uma execução ressocializadora mas ninguém sabe nada ao certo sobre seus efeitos, não deverá mudar substancialmente em futuro próximo.

Mas seria anacrônico extrair dessa análise a imprestabilidade da concepção ressocializadora. O direcionamento empírico da nossa cultura jurídica está tão arraigado, que a salvação não estará no retorno à compreensão das teorias absolutas de retribuição e expiação, e sim na sensibilização dos especialistas e das pessoas responsáveis em face dos problemas que uma execução penal ressocializadora suscita e dos sofrimentos que ela acrescenta. Essa sensibilidade parece-me estar faltando atualmente. Os argumentos calcados no estado de Direito que a tradição jurídica elaborou afiguram-se apropriados para deter o excessivo e inconsistente otimismo supostamente baseado nas potencialidades do estado social nessa questão. A seguir, gostaria de desenvolver esses argumentos esquematicamente em quatro passos. Eles derivam do receio de que a concepção da ressocialização tende a proporcionar ao estado punitivo a consciência limpa que ele não merece.

### 3. OBJEÇÕES DA TRADIÇÃO PENAL LIBERAL À RESSOCIALIZAÇÃO

#### 3.1. Coação e não ajuda

Ressocialização na execução penal não é apenas ajuda, mas sim, primeiramente, coação; ela é intervenção. Para o indivíduo atingido, o caráter coercitivo da ressocialização na execução penal até passaria ao

primeiro plano. O tempo que ele necessita para sua melhora lhe será retirado contra sua vontade por força da execução penal conduzida pelo estado. Na maioria dos casos, o condenado poderia querer empregar seu tempo de outra maneira que não no tratamento para sua cura pelo sistema penitenciário. As condições de concretização de uma verdadeira terapia social emancipadora ou emancipativa eu não consigo ver hoje. Aos olhos de todos os condenados a pena é um mal, e ela continua sendo um mal, ainda quando aplicada e executada no interesse do delinqüente. A ressocialização na execução penal é e será, ainda por um tempo considerável, uma assistência social imposta, uma assistência social efetivada pela força, e uma ressocialização imposta pela força, perante o estado de Direito, perante a sociedade e aos olhos do próprio atingido, é algo bem diferente de uma assistência voluntariamente oferecida e voluntariamente aceita. Também do ponto de vista das terapias ela deveria ser algo completamente diferente.

#### 3.2. Terapia compulsória?

Uma execução penal dirigida para a ressocialização atua sobre o condenado de maneira essencialmente mais invasiva do que uma execução penal que não se faça acompanhar de tratamento. O interesse de ressocialização se apodera não somente do corpo e do tempo livre do condenado, mas também de sua história de vida, suas motivações, suas racionalizações, das mentiras de vida que lhe dão suporte, numa palavra, de sua alma. As experiências com incisivas investigações “terapêuticas”, cujos resultados devem ser mantidos longe dos investigados se não se quer prejudicá-los gravemente, são uma amostra de quão longe essa ressocialização poderá levar. Aqui se atinge um ponto crítico em que as tradições do estado de Direito e de proporcionalidade, que delimitam a intervenção estatal e asseguram as condições mínimas de existência do indivíduo, devem afirmar enfaticamente os direitos do cidadão acusado ou condenado frente ao conhecimento técnico bem intencionado. Esses direitos não colidem apenas com o tempo excessivamente longo que os interesses do tratamento arrancam do condenado, mas também com a penetração desproporcionalmente profunda em sua pessoa, ditada pelo interesse terapêutico.

### 3.3. “Nós, os especialistas; eles, os defeituosos”

A execução penal ressocializadora, no fundo, nega a autonomia do condenado. Ela traça uma fronteira muito nítida entre os defeituosos e carentes de assistência, de um lado, e os especialistas e gerenciadores de normas, de outro. Com a execução penal ressocializadora, perde-se tendencialmente uma dimensão que vem de um tempo empiricamente menos esclarecido: a idéia de que todos nós somos pecadores, todos necessitamos de ajuda contra as ameaças do mal. Quanto mais as ciências empíricas conseguem isolar fatores crimínógenos nas pessoas e desenvolver métodos para a sua eliminação, mais o delinqüente sob tratamento se converterá em objeto de tratamento. Quanto mais os terapeutas estiverem seguros de seu conhecimento e instrumental terapêutico, mais eles incorrem no perigo de aprofundarem as diferenças entre defeituosos e sábios.

### 3.4. Relegitimação imerecida da pena privativa de liberdade

A concepção de ressocialização na execução penal tende a molestar desproporcionalmente o condenado. Esta tendência alcança não somente a condenação de um delinqüente em particular; ela influencia o desenvolvimento do sistema sancionatório como um todo.

Sob o ponto de vista do estado de Direito, mesmo o interesse científico mais bem-intencionado e fundamentado no tratamento do delinqüente deverá falhar na observância dos limites das condições mínimas de existência do indivíduo e dos limites da proporcionalidade da intervenção. Não somente o pequeno criminoso habitual, cujo tratamento eficaz poderia exigir uma prolongada intervenção terapêutica, mas também qualquer criminoso deve eficazmente poder reivindicar que a assistência social que lhe for impingida pelo Direito penal ressocializador só se realize até o ponto que esteja em conformidade com a intensidade da ofensa ao bem jurídico que seu crime produziu. Esse ponto é de difícil identificação. Um Direito penal do estado de Direito deve envidar todos os esforços no sentido de evitar que um interesse no tratamento, ainda que plausivelmente fundamentado, reduza os limites das condições mínimas da existência humana no caso concreto, ou até os elimine completamente.

Não é fácil determinar o significado da concepção de ressocialização para o desenvolvimento do poder punitivo do estado como um todo. Mesmo assim, uma tendência me parece visível. Existe – pelo menos no Direito penal que busca sua legitimação na orientação para as conseqüências – algo como uma função curativa do não-saber. Tal Direito penal não tende a abandonar as intervenções na liberdade e no patrimônio de seus cidadãos que o caracterizam, mas a reduzi-las prudentemente, mesmo sem nada saber exatamente sobre suas conseqüências. As lesões provocadas por uma pena privativa da liberdade na pessoa afetada são amplamente conhecidas. Enquanto não se souber nada de concreto sobre seus efeitos curativos, a pena privativa da liberdade será sempre um aborrecimento para um Direito penal carente de legitimação. No meu entender, é exatamente essa função curativa do não-saber em relação à pena privativa de liberdade que decisivamente impulsionou a carreira da pena de multa. Ela é uma pena “vazia”, que somente se relaciona com esperanças preventivas de forma rudimentar. Nesse entendimento, ela tem a função de reduzir a aplicação da pena privativa de liberdade – que continua carente de legitimação mas incapaz de atrair legitimação a seu favor –, e, assim, permitir que ela continue sendo aplicada e que o estado não se veja obrigado a abdicar de sua pretensão punitiva. O estado punitivo, sob a pressão de legitimação da execução da pena privativa de liberdade, de certa maneira, refugiou-se na prática penal da pena de multa sem renunciar à privação da liberdade.

A concepção de ressocialização está em condições de abrandar ainda mais a demanda de legitimação, ao prometer conseqüências razoáveis para a pena privativa de liberdade – sobre as quais ainda nada se sabe de útil. Desse modo, ela tem a capacidade de frear o motor que tem impulsionado o Direito penal carente de legitimação a buscar alternativas à aplicação de penas privativas de liberdade. Na mesma medida em que se consolida e se difunde a opinião de que uma execução penal ressocializadora é possível, a pena privativa de liberdade continuará seu curso.

## **4. SAÍDAS**

Dessas reflexões é possível visualizar quatro conseqüências para o trabalho científico com a concepção de ressocialização na execução penal.

### **4.1. Pesquisar os efeitos e definir os custos**

É necessário um esforço adicional para esclarecer os reais efeitos da execução penal ressocializadora. Esse esclarecimento deve se concentrar em dois aspectos. Em primeiro lugar, sabe-se muito pouco sobre as conseqüências salutareas que a execução penal ressocializadora efetivamente produz ou pode produzir. Evidentemente, essa pergunta só se deixa formular com plausibilidade sob a condição de se distinguir, por um lado, entre concepções de lealdade à norma, lealdade ao Direito ou sanidade, e, por outro lado, entre os diferentes tipos de delitos e condutas que serão trabalhados pelo tratamento na execução penal. Em segundo lugar, sabe-se muito pouco sobre que riscos, lesões e distorções a execução de um tratamento impõe à pessoa atingida; caberia, pois, definir os "custos" que uma execução penal ressocializadora no interesse da uma "recuperação" do condenado está disposta a pagar.

### **4.2. Tutela jurisdicional contra a ressocialização desproporcional**

Da perspectiva do estado de Direito, caberia à teoria da execução penal promover um debate sobre a conformação de um direito que, até aqui, só é perceptível em seus contornos. Refiro-me ao direito de fundamentadamente insurgir-se contra o tratamento na execução penal, isto é, um direito do condenado a ser deixado em paz.

### **4.3. Desvincular a ressocialização da privação da liberdade**

Precisamente o crescente interesse em uma execução penal ressocializadora deve estimular o prosseguimento da busca por alternativas à pena privativa de liberdade. Cumpre desvincular o pensamento ressocializador de sua estreita ligação com a pena privativa de liberdade.

### **4.4. Limites jurídicos da intervenção ressocializadora**

A principal tarefa dos penalistas é continuar trabalhando na fixação dos limites jurídicos das condições mínimas da existência humana. Quanto mais plausíveis e diferenciadas as estratégias de ressocialização forem trabalhadas, mais importante será que o jurista aponte com sensatez os limites a partir dos quais uma intervenção se torna desproporcional, pois maiores serão os riscos de que o estado punitivo os ultrapasse inescrupulosamente no interesse tecnocrático do tratamento.