



Malum passionis.

Mitigar a dor do Direito Penal

Jesús-Maria Silva Sánchez

Prefácio e tradução:
Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado

Apresentação:
Renato de Mello Jorge Silveira





Conselho Editorial

Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco – Brasil

Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves
Professora da Universidade de Lisboa – Portugal

Doutor Georges Martyn
Professor da Universidade de Ghent – Flanders/Bélgica

Doutora Agata Cecília Amato Mangiameli
Professora da Universidade de Roma II – Itália

Doutora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Professora Titular da USP – Brasil

Doutor Stelio Mangiameli
Professor da Universidade de Teramo – Itália

Editor Chefe

Plácido Arraes

Editor

Tales Leon de Marco

Produtora Editorial

Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico

Bárbara Rodrigues

Diagramação

Bárbara Rodrigues

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Copyright © 2022, D'Plácido Editora

Copyright © 2022, Jesús-María Silva Sánchez

Copyright © 2022, Regina Helena Fonseca Fontes-Furtado

São Paulo

Av. Paulista, 2073, loja 120, Conjunto Nacional, Bela Vista – São Paulo,
SP – CEP 01311-300

Belo Horizonte

Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG – CEP 30140-007
Tel.: 31 3261 2801

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR INSTAGRAM/EDITORADPLACIDO

Catálogo na Publicação (CIP)

Silva Sánchez, Jesús-María, 1959-
5586 Malum passionis. Mitigar a dor do direito penal / Jesús-María Silva Sánchez; prefácio
e tradução: Regina Helena Fonseca Fontes-Furtado; apresentação: Renato de Mello
Jorge Silveira. – 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2022.
252 p.

Tradução de: Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal
ISBN 978-65-5589-584-1

1. Direito 2. Direito penal I. Fontes-Furtado, Regina Helena Fonseca II. Silveira,
Renato de Mello Jorge III. Título.

CDD: 341.5

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472



GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



"Propter malum actionis"

Equivalentes funcionais da pena (privativa de liberdade)

1. Introdução

1.1. Dimensões da pena

De acordo com a segunda acepção do termo "pena" que consta do dicionário da real Academia Real da Língua Espanhola, esta é um "castigo imposto conforme à lei pelos juízes ou tribunais aos responsáveis de um delito". O conceito de pena se entende aí — e também neste texto — reduzido à pena estatal ou em todo caso, à imposta com o beneplácito das leis do Estado.²⁸⁶ A pena (estatal) se associa substancialmente à inflicção pelo Estado de um mal simbólico-comunicativo ao agente responsável por um delito, a quem se reprova juridicamente por sua comissão. Constitui, pois, uma reação estatal ao delito.²⁸⁷ A esta, apenas lhe é consubstancial o sofrimento inerente à própria comunicação, que ocorre em virtude de sua

²⁸⁶ Cfr. mais adiante o problema das penas impostas por jurisdições não estatais, mas reconhecidas na Constituição do Estado. Em todo caso, sobre esta questão desde um ponto de vista teórico-general, NAGLER, *Die Strafe*, pp. 90 e ss. ("pena é uma reação jurídica no seio de uma comunidade juridicamente organizada").

²⁸⁷ Sobre a natureza reativa da pena, NAGLER, *Die Strafe*, p. 40; em concreto, sobre a pena jurídica como "reação frente à lesão de obrigações jurídicas mediante a lesão de direitos ou bens jurídicos", p. 62. Por sua parte VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, pp. 319-320, afirma que o decisivo da pena é constituir expressão de desaprovação (*Mißbilligung*), sem que seja necessário o sofrimento do réu. A diferença entre a posição de Nagler e a de von Bar é que o primeiro entende a pena como expressão de desaprovação *jurídica*, enquanto o segundo a vê como expressão de desaprovação *moral*. Sobre esta diferença cfr. NAGLER, *Die Strafe*, pp. 454 e 565 e ss., em concreto, criticando

imposição como pena ou inclusive sem esta, mediante a declaração do injusto culpável responsabilmente cometido.²⁸⁸ Somente acidentalmente, por razões derivadas das específicas necessidades de comunicação próprias do espírito do tempo em um país determinado,²⁸⁹ pode ser preciso acrescentar à aquele mal puramente comunicativo, um mal adicional. Por isso, em princípio, no caso de muitos delitos, a desaprovação estatal não pode reduzir-se à realização de uma série de manifestações —escritas na sentença—. Em tal caso, o que se pretende transmitir poderia resultar ininteligível. Em realidade, em casos especialmente graves somente a facticidade da pena estatal pode expressar que a concreta ação merece desaprovação e que resulta absolutamente reprovável em termos jurídicos. O mal accidental da pena consiste na privação ou restrição efetiva dos direitos do delinquente —basicamente, mediante a execução da sentença imposta—. ²⁹⁰ Contudo, a incidência efetiva sobre os direitos individuais pode ser obviamente de mui diversa índole.²⁹¹ A mais grave das que se admitem nos países de nosso âmbito de cultura é a privação efetiva da liberdade ambulatoria. Ademais, é verdade que essa efetiva privação ou restrição de direitos geralmente produz sofrimento subjetivo fático (dor) ao apenado. Mas existe a possibilidade teórica de que não produza. Por exemplo, porque

a confusão entre retribuição jurídica e retribuição moral e afirmando com claridade que ao Estado não lhe incumbe esta última (pp. 707 e ss.).

²⁸⁸ A inerência deste sofrimento se estabelece no plano teórico, o que não exclui a possibilidade de que em um determinado caso, pelas especiais circunstâncias do delinquente, não se produza. Isso não modifica o fato de que ainda seguimos encontrando-nos diante de uma pena.

²⁸⁹ É a esta circunstancialidade à que se refere VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, pp. 325-326, quando afirma que “a legislação penal não pode distanciar-se muito da opinião geral do povo”. A seu juízo, com o qual concordo, a discordância daquela com esta pode provocar a justiça de Lynch e outros atos de violência (assim também, NAGLER, *Die Strafe*, pp. 69 e ss.).

²⁹⁰ BERMEJO, *Afflicción directa e indirecta*, pp. 183 e ss.

²⁹¹ MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, pp. 145-146: “A configuração da sanção, sua severidade, bem como a própria necessidade de reagir com uma pena em lugar de recorrer a outros mecanismos de tratamento do fato, devem determinar-se a partir da configuração concreta da sociedade, ou seja, são produto do “acordo normativo” existente em uma sociedade concreta e, portanto, dependem dos critérios normativos da identidade desta sociedade”.

—em um país hipotético— o sujeito que ingressa na prisão pode ser uma pessoa que carecia de teto que a abrigasse, de alimentação e vestuário, tudo o que, em troca, pudesse encontrar no estabelecimento penitenciário. Ademais, é certo que alguns reclusos sofrem mais que outros, pelas mais diversas razões.²⁹² Contudo, a eventualidade de uma ausência de sofrimento subjetivo não modificaria em absoluto as considerações realizadas: ainda sem tal sofrimento subjetivo, seguiria tratando-se de uma pena.

A distinção anterior pretende ressaltar a diferença existente entre o plano simbólico-comunicativo e o plano fático-afflitivo da pena.²⁹³ Assim, a visão da pena de Hegel como restabelecimento da relação de reconhecimento recíproco entre os cidadãos —quebrada pelo delito—, se difundiu notavelmente a ambos lados do Atlântico. Contudo, uma aproximação realista à pena deixa patente, do mesmo modo, que em sua execução se dá uma inegável facticidade adicional: um sofrimento que padece o apenado, ao menos quanto à privação ou restrição efetiva de direitos (singularmente, da liberdade ambulatoria).²⁹⁴ Sob a perspectiva hegeliana não está nada claro que a pena requeira exatamente essa última.²⁹⁵ Por isso, alguns autores empreenderam a tarefa de justificar que a permanência do preso na prisão também é sobretudo “comunicação”.²⁹⁶ O que pode considerar-se, desse modo, correto. É sabido que a dimensão fática da pena (a produção de dor sensível) —como em geral a violência— tem um efeito comunicativo, e vice-versa, o comunicativo (a expressão de desaprovação) também tem normalmente um efeito fático-afflitivo. Porém, acredito que isso não impede a distinção, na pena, de um plano (o substancial) de natureza comunicativa e outro (acidental)

²⁹² Sobre isto cfr. SILVA SÁNCHEZ, *En busca*, pp. 261 e ss., considerando os trabalhos de Kolber, entre outros autores.

²⁹³ Sem negar que a comunicação produz sofrimento e que o afflitivo comunica. Em seguida, isso se comenta no corpo do livro.

²⁹⁴ Embora muito excepcionalmente a um concreto apenado, por suas circunstâncias internas ou externas, que lhe compense subjetivamente essa privação, dadas as compensações que experimentara na prisão.

²⁹⁵ Cfr. SEELMANN, *ARSP* 1993, p. 236; *idem*, *Anerkennungsverlust*, pp. 128 e 137.

²⁹⁶ Cfr. sobretudo, GÓMEZ-JARA, *InDret Penal* 2/2008. pp. 1 e ss. Desde uma perspectiva linguística MAÑALICH, *Retribucionismo expresivo*, pp. 56 e ss.

de natureza fática. Uma dualidade, em conclusão, que *mutatis mutandis* não deixa de ser o sinalagma da dualidade inerente ao delito como negação simbólica do Direito e causa de dano pessoal e social.

Assim, é razoável aceitar a matizada consideração de Stratenerth: "Sem dúvida, a pena tem a função de neutralizar simbolicamente a infração do Direito e por isso pode representar-se para a reflexão filosófica como a 'negação da negação do Direito', que viu nela Hegel. Entretanto, isso não impede que, por outro lado, mais concretamente se aluda a ela como a causação de um mal para o condenado".²⁹⁷ Em termos bastante similares se manifestou von Hirsch ao aludir a uma dupla dimensão da pena: expressão de reprovação, por um lado, e causação de dor, por outro. Essa dualidade redundaria, em seu modo de ver, na necessidade de uma dupla justificação: a reprovação, na visão retrospectiva do merecido; e a dor, na visão prospectiva do necessário para a prevenção.²⁹⁸

Tanto as considerações realizadas até agora, como as que se seguem, valem para todas as classes de penas, mas singularmente referem-se à pena paradigmática de nosso tempo: a pena privativa de liberdade. A ela deverão referir-se, salvo que se indique o contrário.

1.2. *Equivalentes funcionais da pena: precisões*

Um medicamento *B* é equivalente funcional de um medicamento *A* quando produz um efeito *E* idêntico ou análogo a algum dos produzidos por *A*. Igualmente, uma instituição social ou jurídica *B* é equivalente funcional de outra instituição social ou jurídica *A* quando ambas coincidem em cumprir uma determinada finalidade *F*.²⁹⁹ Esta constatação pode ser muito relevante, na medida em que, por exemplo, permite a substituição de *A* por *B* evitando, por exemplo, certos efeitos negativos associados a *A* que não se encontrariam em *B*. Inclusive, constatada a equivalência funcional

²⁹⁷ STRATENWERTH, Was leistet die Lehre, pp. 19-20.

²⁹⁸ Cfr. VON HIRSCH, The Justification, pp. 13 e ss.; *idem* Die Existenz, pp. 57 e ss.

²⁹⁹ A expressão, que procede da teoria de sistemas, foi desenvolvida na obra de Luhmann, contudo não se entrará nesse tema aqui.

no marco de um determinado sistema —medicina, direito— poderia ser obrigatória a substituição de A por B.

E vice-versa. Quando em um sistema dado se considera que a aparição de uma instituição determina a necessidade ou conveniência da exclusão de outra deve analisar-se se se trata ao menos de equivalentes funcionais, senão, a referida substituição é errônea. Por colocar um exemplo de Direito Penal: existe uma ideia geral no sentido de que a desistência voluntária deve excluir a pena da tentativa, então, deveria analisar-se se, e por que, o fato de desistir constitui um equivalente funcional da pena da tentativa ou, do contrário, seria errado considerar que a desistência deva excluir a pena da tentativa.

Destarte, o equivalente funcional de uma determinada pena, em um determinado contexto, pode ser a princípio outra pena (por isso se fala de penas substitutivas ou alternativas, por exemplo).³⁰⁰ Por outro lado, o equivalente funcional de uma pena nacional pode ser uma pena estrangeira. Como já se observou anteriormente, pode ser que uma instituição seja considerada equivalente funcional de outra apenas com relação a alguns de seus efeitos, mas não de outros. Continuando com o exemplo da sentença estrangeira, no Código penal espanhol considera-se que as sentenças condenatórias ditadas em outros países da União Europeia são equivalentes funcionais da sentença condenatória nacional a efeitos de reincidência.³⁰¹ Entretanto, tais sentenças condenatórias não se consideram equivalentes funcionais da sentença condenatória espanhola com a mesma amplitude relativamente à incidência do princípio de *non bis in idem*. Enfim, pode ser que uma instituição não punitiva constitua um equivalente funcional da pena: desde esta perspectiva se fala de “substitutivos penais”, como poderia ser a suspensão condicional da execução da sentença condenatória.³⁰² Porém, esta não é realmente um equivalente funcional da pena em seu conjunto, mas somente de sua dimensão fática ou afliativa. Nos casos de suspensão, a dimensão comunicativa da pena já ocorreu,

³⁰⁰ Cfr. CID MOLINÉ, La elección del castigo, pp. 19 e ss.

³⁰¹ Art. 22, 8ª, III CP espanhol.

³⁰² Cfr., por exemplo, art. 130.1, 3º combinado com os arts. 80 e ss., 87.1 e 2 CP espanhol; JAKOBS, AT, 2. Aufl., 1/13 c, b).

pois o fato foi julgado e a sentença ditada: o castigo foi imposto. Em lugar de executar a sentença e dadas determinadas condições, essa se suspende. Assim, podem cumprir-se finalidades equivalentes às da execução da sentença (quanto à intimidação, o reforço da confiança social no sistema jurídico-penal, etc.), eludindo seu principal efeito secundário: a dessocialização do delinquente primário.

As considerações que seguem versam sobre outros equivalentes funcionais da pena, mas praticamente sempre se está pensando na pena privativa de liberdade. Existem, é certo, fenômenos posteriores à comissão do fato antijurídico e culpável, diretamente relacionados com este, que parecem cumprir finalidades similares às de alguma das duas dimensões — comunicativa e fática — da função da pena. Essa similitude, em alguns casos, alcança também em maior ou menor medida os elementos estruturais da pena: seu caráter de reação, sua procedência estatal, etc. Em outros casos, não alcança nenhum. O comum a esses casos é, pois, que sendo em todo ou em parte distintos da pena, dão lugar a efeitos idênticos ou análogos aos que ela produz. Esses fenômenos se denominam aqui “equivalentes funcionais da pena (estatal)”, na medida em que sua aparição, sem constituir obviamente uma pena estatal, pode cumprir, no todo ou em parte, as funções desta. A expressão não é nova.³⁰³ Contudo, o alcance que se atribui a ela nestas páginas é muito mais amplo e compreensivo do que pude encontrar na bibliografia precedente, fora alguma ou outra pequena coincidência.³⁰⁴

Tampouco levar em consideração de tais fatos ou circunstâncias posteriores ao fato antijurídico é uma novidade. Muitos dos temas que aqui se analisarão já foram levados em consideração, de um modo ou de outro, pela doutrina e pela jurisprudência, atribuindo-lhes efeitos atenuantes da pena estatal ou inclusive excludentes desta. A pretensão deste capítulo é, portanto, em primeiro lugar, levar a cabo um certo trabalho ordenador dos fatos e circunstâncias, levando em conta quatro critérios. Por um lado, (i) que referida

³⁰³ Se encontra em JAKOBS, AT, 2. Aufl., 1/13 “A pena pode ser substituída por equivalentes funcionais”.

³⁰⁴ Cfr. JAKOBS, AT, 2. Aufl., 1/13 c, b), g), e).

assimilação pode ser apenas funcional, sem nenhum parentesco estrutural com a natureza estatal, autoritativa e reativa da pena, ou bem funcional e, também, *mutatis mutandis*,³⁰⁵ estrutural. Por outro lado, (ii) que a referida equivalência pode dar-se com relação a ambas as dimensões da função da pena estatal — a comunicativa e a fática — ou somente com relação a uma delas. Em terceiro lugar, (iii) que tal similitude com relação a uma das dimensões mencionadas pode ser, por sua vez, completa ou incompleta. Com efeito, muito frequentemente se admite que o fenômeno respectivo se move na mesma direção que a pena estatal, mas se rejeita que deva conduzir a prescindir plenamente da pena ou sequer de sua dimensão fática. Enfim, (iv) que a assimilação pode ter sido já institucionalizada, em maior ou menor medida, ou não. A expressão “institucionalizada” significa aqui que o legislador lhe deu carta de natureza à relação de equivalência funcional ou bem que esta foi se consolidando no contexto da aplicação judicial do Direito Penal. Como se verá, enquanto a equivalência funcional incompleta tem carta de natureza, seja legislativa ou judicial, em diversos âmbitos, a completa segue contando com fortes resistências.

Em segundo lugar, neste capítulo se pretende extrair consequências da consideração de que tais fatos ou circunstâncias — separados ou de forma acumulativa — podem alcançar uma autêntica equivalência funcional com a pena estatal. A consequência mais importante é, sem dúvida, a possibilidade de prescindir da pena estatal em todas suas dimensões (incluída, eventualmente, sua própria imposição³⁰⁶). Mas, em termos práticos, resulta agora decisiva a conclusão de que um determinado fato ou circunstância dá lugar a uma equivalência funcional com relação à dimensão fática da pena. Pois, em tal caso a pena certamente deve ser imposta: é preciso que o Estado reafirme o Direito vulnerado. Mas, corresponde prescindir da execução daquela: ou seja, de infligir ao réu um sofrimento fático adicional à mera comunicação simbólica inerente à sua imposição. Inclusive, a conclusão de que não se alcança em nenhum plano uma

³⁰⁵ Em concreto, deixando de lado sua imposição autoritativa pelo poder judicial de um Estado ao finalizar um processo penal.

³⁰⁶ Isto é o que ocorre com equivalentes funcionais institucionalizados como a *probation* angloamericana ou o *sursis* francês.

completa equivalência funcional, mas que apenas se verificam correspondências incompletas, permite —conforme o método seguido— fundamentar de forma mais acabada a diminuição da intensidade da reação punitiva do Estado. Em suma, a teoria dos equivalentes funcionais da pena pode prestar um importante serviço quanto à restrição da imposição e —sobretudo— da execução da pena (com especial ênfase na pena privativa de liberdade) aos casos nos quais isso seja razoável.

Em terceiro lugar, procede realizar uma consideração a respeito da localização dos equivalentes funcionais da pena na teoria do delito. Como se indicou, essa posição sistemática é necessariamente posterior ao injusto culpável que, conseqüentemente, permanece intacto. Isso é relevante na medida em que alguns casos de equivalentes funcionais da pena são considerados sob a perspectiva de sua hipotética função de “compensação da culpabilidade” do agente.³⁰⁷ Em minha opinião, esta afirmação pode reputar-se correta se se entende que a aparição de um equivalente funcional da pena produz um efeito de desautorização, no todo ou em parte, da comissão do injusto culpável, de negação desse. Nessa medida, elimina ou atenua a necessidade de pena. Isso necessariamente leva a integrar na teoria do delito uma categoria posterior —a punibilidade— na qual se levem em consideração exatamente os fatores que, deixando subsistente o injusto culpável, podem afetar à necessidade de pena no sentido de excluí-la ou atenuá-la por razões que concorrem de modo simultâneo ao fato ou que surgem posteriormente. As atenuantes pós-delitivas, pelo fato de sê-lo, deveriam mostrar uma equivalência funcional incompleta com a pena, com independência de sua maior ou menor proximidade estrutural com essa. Pois bem, de todos os modos, como se indicou, há a possibilidade de que o fato seja punível —que requeira a imposição de uma pena na sentença condenatória— mas que, pela concorrência de equivalentes funcionais com a dimensão fática da pena, tal sentença não deva ser executada. Para captar exatamente esta situação é necessário, segundo creio, valorar a incorporação ao sistema da teoria do delito de uma categoria nova que reúna umas denominadas “causas de exclusão da execução da sentença”. Isto é o que será proposto no final deste capítulo.

³⁰⁷ Não raramente na jurisprudência penal espanhola, mas também na doutrina.

Parece razoável concluir, indicando que para falar de equivalência funcional com a pena estatal é preciso partir de quais são as funções da pena. A meu juízo, a substancial é a do reestabelecimento do Direito lesionado pelo delito. Isso tem lugar reafirmando-o a custo do agente responsável, o qual se faz objeto de uma expressão de reprovação jurídica. Esta se move, portanto, do mesmo modo, no plano simbólico-comunicativo, mas também existem funções accidentais no plano da psicologia individual e social (da vítima, de terceiros, da sociedade, e inclusive do próprio responsável) que podem requerer, de novo, o mal consistente na privação ou restrição de direitos, em particular —no que aqui nos interessa— a privação efetiva da liberdade ambulatoria que, por sua vez, pode supor efetivamente um sofrimento fático do condenado. De fato, o normal é que o preso sofra. Contudo, a circunstancial ausência de sofrimento de um preso concreto não desvirtua o cumprimento das funções da pena privativa de liberdade. É interessante que a segunda acepção do vocábulo “pena” no dicionário da Real Academia espanhola o associe a um “castigo imposto” (somente imposto) pelos tribunais. Enquanto a terceira acepção alude a uma “dor, tormento ou sentimento corporal”, sem especificar qual há de ser a causa próxima nem remota do padecimento desta última.

2. Equivalência funcional de condutas pós-delitivas do agente

2.1. Confissão e reparação

Algumas condutas pós-delitivas com virtualidade para ser consideradas em alguma medida equivalentes funcionais da pena, podem ser diretamente imputáveis ao próprio agente. Assim, por exemplo, a confissão de seu delito, que certamente não mostra equivalência estrutural nenhuma com a pena. Apesar disso, resulta bastante claro que a confissão do fato delitivo cometido contém um importante elemento simbólico de negação do delito³⁰⁸ e, nesta medida, mostra

³⁰⁸ Ademais de um importante elemento de utilidade, na medida em que facilita a investigação policial e judicial até o ponto de torná-la desnecessária. Isso, de modo qualificado, se à confissão se acrescenta alguma forma adicional de colaboração com as autoridades; por exemplo, a

uma dimensão comunicativa (de reafirmação do Direito). Esta se move no mesmo plano que a função simbólica própria da pena. Contudo, também está bastante claro que a capacidade de manifestação do Direito sobre a confissão do reo é inferior à própria da pena estatal. Por outro lado, tal confissão deixa incólume a dimensão fático-aflictiva que se associa à função psicossocial da pena. Na confissão, com efeito, somente pode-se encontrar a aflição inerente ao próprio ato comunicativo realizado pelo agente, que em geral deve reputar-se de alcance limitado.³⁰⁹ Daí que se tenha institucionalizado a atribuição à confissão de efeitos apenas atenuantes da pena. Nos termos que aqui se vem utilizando, corresponderia indicar que, na confissão, se constata uma situação de equivalência funcional –e não estrutural– incompleta com a dimensão simbólica da pena. Nada mais.

Algo similar ocorre com a reparação do dano causado à vítima.³¹⁰ Também é inerente à reparação –tanto material, quanto simbólica– uma dimensão de negação do delito e de manifestação do Direito.³¹¹ A reparação pode expressar certamente, em determinados casos, o reconhecimento da norma vulnerada e dar lugar à sua estabilização na medida suficiente para produzir um efeito de confiança social no funcionamento do ordenamento

delação de condutas de terceiros. Dado que o sujeito não tem nenhuma obrigação de fazê-lo (*nemo tenetur se ipsum detegere*), parece que também tem sentido o incentivo desta dimensão da confissão mediante alguma classe de prêmio (em forma de atenuação). Isso significa que a atenuação da confissão pode fundamentar-se tanto desde perspectivas simbólicas-expressivas, como de utilidade: MEIER, GA 2015, pp. 450-452. Cfr. GARRO CARRERA/ ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, 2008.

³⁰⁹ Sobre o remorso, o arrependimento e o pedido de perdão (*apology*), cfr. MURPHY, *Punishment and the moral emotions*, *passim*.

³¹⁰ SCHÄFER, *Die Privilegierung des "freiwillig-positiven" Verhaltens*, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, RPJ (45), 1997, pp. 183 e ss.; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima*, *passim*; MEIER, GA 2015, pp. 449-450. Detalhadamente, GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena*, 2005.

³¹¹ A expressão de *actus contrarius* à culpabilidade pelo fato, que utiliza um setor da jurisprudência espanhola, obviamente não pode significar que a culpabilidade do autor se veja afetada em termos compensatórios. Como já se indicou mais acima, essa fica inalterada. O afetado é a necessidade de pena do fato.

jurídico.³¹² Isso faz com que pertença à mesma classe de atos que a pena quanto à dimensão funcional simbólica, ainda que sem poder estabelecer-se um parentesco estrutural. Por outro lado, a reparação importa um certo dano (pedido de desculpas, pagar uma certa quantidade de dinheiro) para o sujeito que a leva a cabo. Contudo, de novo nos encontramos ante uma insuficiência quantitativa (um déficit de intensidade expressiva e também um déficit de facticidade), que impede verificar uma equivalência funcional completa com a pena estatal.³¹³ Isso torna razoável a concessão de um efeito atenuante à reparação, mas não a consideração, em tal caso, de uma renúncia à pena.

Contudo, as coisas podem mudar quando concorrem a confissão espontânea e a plena reparação. Isso, pelo menos, no caso de determinados delitos nos quais o lesionado é um bem fungível (paradigmaticamente, o patrimônio privado e inclusive o público) ou cuja persecução se dá mediante representação da vítima. Nesses, pode considerar-se plausível a estimativa de que a conjunção da confissão e a reparação constitui um autêntico equivalente funcional da pena. Mais ainda, tal combinação pode excluir inclusive a própria instauração do procedimento penal.³¹⁴ Isso — e não algo diferente — é o que ocorre em vários ordenamentos jurídicos com relação à denominada regularização tributária. Se o contribuinte que cometeu uma fraude tributária a declara e paga o imposto antes de

³¹² FREHSEE, Täter-Opfer-Ausgleich, pp. 52-53.

³¹³ Por outro lado, na reparação pode encontrar-se —além da dimensão comunicativa— uma dimensão utilitária, na medida em que produz uma satisfação total ou, pelo menos, parcial, de certas pretensões de ressarcimento da vítima. Por isso, se entende que resulta oportuno incentivá-la mediante a concessão a quem repara de uma atenuação, em ocasiões qualificada, da pena. Na Espanha, a jurisprudência insiste nas duas dimensões da reparação, acentuando uma hora uma, outra hora, outra. Cfr., por exemplo, a STS 203/2011 de 22 de março ou a STS 5240/2013, de 22 de outubro.

³¹⁴ Assim, por exemplo, no Direito espanhol a conciliação civil exclui a responsabilidade penal por injúrias e calúnias. Isso, até o ponto de que a constância da tentativa (fracassada) de conciliação do ofendido com o autor constitui uma condição da persecução do delito. É relativamente análogo a este sistema o do *Sühneversuch* (§ 380 StPO) alemão, embora este último alcança um maior número de delitos: invasão de domicílio, revelação de segredos, certas lesões, ameaças, danos...

que se inicie o procedimento de inspeção da Fazenda pública ou o procedimento penal, fica isento de pena, sem que sequer chegue a instaurar-se o procedimento.³¹⁵ Porém, o mesmo pode ocorrer, de modo geral, para os delitos patrimoniais não violentos. Assim ocorre, por exemplo, no § 167 do Código penal austríaco, em que se atribui essa consequência à instituição da denominada *tätige Reue* (literalmente, arrependimento ativo). O sujeito que repara espontaneamente o dano próprio do delito, antes do início do procedimento, fica isento de pena.³¹⁶ Naturalmente, isso não significa que desapareça o injusto culpável cometido. Se trata, simplesmente, de que se gerou um equivalente funcional extraprocessual da pena, de modo que essa reputa-se desnecessária. Por outro lado, tal equivalente funcional foi institucionalizado. Assim, produz efeito *ope legis*, sem que o juiz possa discutir sua aplicação, no essencial. Naturalmente, isso não exclui a crítica político-criminal à instituição,³¹⁷ nem

³¹⁵ Assim, o art. 305.4 CP espanhol.

³¹⁶ "(1) Die Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung, Datenbeschädigung, Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems, Diebstahls, Entziehung von Energie, Veruntreuung, Unterschlagung, dauernder Sachentziehung, Eingriffs in fremdes Jagd- oder Fischereirecht, Entwendung, Betrugs, betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs, Erschleichung einer Leistung, Notbetrugs, Untreue, Geschenkannahme durch Machthaber, Förderungsmissbrauchs, betrügerischen Anmeldens zur Sozialversicherung oder Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, Wuchers, betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers, grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, Vollstreckungsvereitelung und Hehlerei wird durch tätige Reue aufgehoben.

(2) Dem Täter kommt tätige Reue zustatten, wenn er, bevor die Behörde (§ 151 Abs.

3) von seinem Verschulden erfahren hat, wenngleich auf Andringen des Verletzten, so doch ohne hiezu gezwungen zu sein,

1. den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden gutmacht oder

2. sich vertraglich verpflichtet, dem Verletzten binnen einer bestimmten Zeit solche Schadensgutmachung zu leisten. In letzterem Fall lebt die Strafbarkeit wieder auf, wenn der Täter seine Verpflichtung nicht einhält.

(3) Der Täter ist auch nicht zu bestrafen, wenn er den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden im Zug einer Selbstanzeige, die der Behörde (§ 151 Abs. 3) sein Verschulden offenbart, durch Erlag bei dieser Behörde gutmacht.

(4) Der Täter, der sich um die Schadensgutmachung ernstlich bemüht hat, ist auch dann nicht zu bestrafen, wenn ein Dritter in seinem Namen oder wenn ein anderer an der Tat Mitwirkender den ganzen aus der Tat entstandenen Schaden unter den im Abs. 2 genannten Voraussetzungen gutmacht."

³¹⁷ Parece claro que, em ambos os casos se trata da entrada em jogo de concepções "gerenciais" do Direito Penal e da pena, que respondem a considerações de

sequer uma interpretação restritiva *de lege lata*.³¹⁸ Indico isso pela seguinte razão: me parece que é inerente a todos os equivalentes funcionais da pena, o fato de que se trata de fenômenos —no caso, de instituições jurídicas— muito discutidos e, certamente, discutíveis. Inclusive partindo de uma concreta função da pena como critério de equivalência, certamente se discrepará sobre a medida em que um determinado fenômeno pode produzir um efeito equivalente ao de referida função da pena.

O que se apontou, de modo geral, vale também a respeito das atenuantes da responsabilidade das pessoas jurídicas com relação à imposição dessas (quase-) “penas”, pelo menos à luz da legislação penal espanhola vigente. É comum entender que a finalidade principal de referidas sanções é preventivo-especial e se dirige a incentivar a adoção, por parte das personas jurídicas, de modelos idôneos de prevenção de delitos (*criminal compliance programs*). Assim, poder-se-ia entender que a implantação pós-delitiva de um modelo idêneo de prevenção, antes inexistente, deveria ter um efeito de “equivalência funcional com a pena”. Se trataria, em realidade, de uma razão similar àquela pela que se pode entender que a ressocialização espontânea de um delinquente perigoso (pelo tratamento de sua dependência às drogas, pela castração química voluntária que elimina a libido, etc.) constitui um equivalente funcional da correspondente medida (coativa) de segurança e correção. Contudo, parece que as sanções para as pessoas jurídicas —ou pelo menos a mais comum delas, a multa— são algo mais que medidas de correção puramente preventivo-especiais.³¹⁹ Daí que não seja fácil chegar a tal conclusão. Contudo, a discussão sobre o tema está aberta. Existe, a respeito, uma corrente doutrinária que aponta com bons argumentos que se desde a pessoa jurídica se confessa o delito produzido em seu seio, se reparam seus efeitos, se colabora com a Administração de

eficiência e das que cabe, legitimamente, discrepar.

³¹⁸ Sobre os casos, institucionalizados em diversas legislações penais, nos que a confissão e o subsequente acordo reparatório dão lugar à suspensão condicionada do procedimento, de modo que nem sequer se chega à imposição da pena, cfr. *infra* item III.4.

³¹⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos*, 2ª ed., pp. 352 e ss.; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes*, p. 137, as entende como “corretivos”.

Justiça na determinação das pessoas físicas responsáveis e se adota um *compliance* pós-delitivo (art. 31 quáter CP espanhol), deveria excluir-se a imposição ou execução da (quase-)pena. Pois, em tal caso, dar-se-ia uma “autorregulação regulada reativa”.³²⁰ Sobre essa base poder-se-ia sustentar que a realização conjunta das condutas previstas nas atenuantes específicas da responsabilidade das pessoas jurídicas constitui um equivalente funcional da (quase-)pena im-ponível a ela.³²¹

2.2. Comportamento autopunitivo

A uma classe absolutamente distinta de condutas pós-delitivas do agente pertence o denominado *comportamento autopunitivo*.³²² Por mencionar um exemplo, esse poderia ser o caso do marido que após matar sua esposa por ciúmes se apunha-la várias vezes com intenção se suicidar-se, se bem não chega a falecer por ter recebido assistência médica imediata. Na dimensão simbólica, um ato assim parece mostrar um claro reconhecimento de ter infringido a norma e, por sua vez, neste pode expressar-se a auto reprovação por tal infração. Ainda que com isso não se alcance a intensidade simbólica da manifestação do Direito através da imposição da pena, é importante observá-lo. Na dimensão fático-aflitiva, por sua parte,

³²⁰ GOENA VIVES, Responsabilidad penal y atenuantes, pp. 214 e ss.

³²¹ GOENA VIVES, Responsabilidad penal y atenuantes, pp. 227 e ss.: trata-se de “equivalentes funcionais dos corretivos”.

³²² Na Espanha, a STS 404/2010, de 27 de abril, analisa um caso de comportamento autopunitivo sob a perspectiva –incorreta– da denominada “*poena naturalis*”, acabando por negar uma especial relevância atenuante a tal conduta: “no presente caso, as lesões padecidas pelo recorrente responderam a sua própria e exclusiva vontade, a mesma vontade que o levou a executar o gravíssimo e efetivo atentado contra a vida de sua esposa, pelo que não cabe, ante isso, atribuir-lhe efeitos de atenuação, com apoio na repetida teoria da “pena natural”, que encontraria seu fundamento exatamente na “naturalidade” do dano sofrido, ou seja, em causas alheias à intervenção intencionada do próprio sujeito que as sofre, o que deixaria a sua plena eleição a possibilidade de “compensar” o castigo que legalmente merece sua conduta com outras consequências derivadas de seus próprios atos. De modo que, a aceitação da referida atitude autolítica do autor do delito e as consequências lesivas derivadas dela devem, em todo caso, operar tão somente como um critério de individualização da pena”.

a causação de um grave dano a si mesmo tem uma óbvia relevância: não somente mostra equivalência funcional com a pena estatal, mas inclusive, um parentesco estrutural com sua natureza reativa.³²³ É claro que o comportamento autopunitivo, por um lado, pode ter efeitos de intensidades muito diferentes:³²⁴ não é comparável o caso de lesões leves³²⁵ com uma paraplegia derivada do fato de saltar ao vazio de cima de um edifício. Por outro lado, diante da constatação de autolesões cometidas pelo próprio agente após o delito, nem sempre é fácil discernir quais delas tem um sentido autopunitivo e quais poderiam ter significados diferentes.³²⁶ Contudo, ainda aceitando tudo isso, parece claro que não cabe excluir a possibilidade de que em determinados contextos um comportamento autopunitivo gravemente lesivo possa constituir um autêntico equivalente funcional da dimensão fático-afitiva da pena, de tal modo que, uma vez ditada a sentença, esta não deveria executar-se. Em casos de menor entidade não deveria rejeitar-se a diminuição da pena executável.

Em algumas ocasiões se aludiu ao remorso no contexto do comportamento autopunitivo. Que se pode dizer realmente a respeito dele?³²⁷ De início, pode surgir a dúvida de se constitui um comportamento autopunitivo ou uma “pena natural”.³²⁸ No remorso — ou dor de consciência — se dão, por assim dizer, dois aspectos: o

³²³ O comportamento autopunitivo pertence à classe das “sanções por meio do próprio infrator”, tal como indica POPITZ, *Die normative Konstruktion*, pp. 55-56, mostrando exemplos das sociedades primitivas e indicando seu significado como “sentença aceita pela totalidade dos membros da sociedade ou por um grupo deles”.

³²⁴ O comportamento autopunitivo vai mais além do auto castigo pela comissão de delitos, para estender-se a outros ilícitos: morais, em particular. Por outro lado, é um fenômeno extraordinariamente complexo, na medida em que nem sempre seja consciente. Em tudo isto, naturalmente, não é possível aprofundar aqui.

³²⁵ Casos de comportamento autopunitivo podem ser a autoflagelação, a autoexclusão do grupo social, mas também a prestação voluntária de serviços sociais ou a doação do próprio patrimônio, entre outros. A correta interpretação do significado do ato requer, obviamente, um exame do seu contexto.

³²⁶ Tentativas de fugir da própria responsabilidade, por exemplo.

³²⁷ Sobre esse tema, TUDOR, *Compassion and Remorse. Acknowledging the Suffering Other*, 2001.

³²⁸ Sobre a *poena naturalis* vid. *infra* apartado III.5.

cognitivo, que vem representado pela sensação de ter atuado mal, e o emocional, do sofrimento derivado do peso dessa atuação sobre a consciência (sentimento de culpa). De algum modo, implica a adoção de um câmbio de perspectiva por parte do sujeito: se este mantém seu próprio ponto de vista, tenderá a construir uma autojustificação (uma estratégia de neutralização) que lhe tranquilize moralmente. Em vez disso, o remorso é indicativo da adoção pelo autor da perspectiva da vítima lesionada, da ordem moral vulnerada, ou de ambos.³²⁹ Pois bem, se se parte do ponto que o remorso é uma das possíveis “emoções reativas”³³⁰ —aqui, autorreativas— de um agente diante da realização de um fato que considera moralmente reprovável, então parece que deveria ser considerado mais bem no âmbito da *poena naturalis* como argumento de atenuação³³¹ pois seria “natural” e não voluntário. Isso não impediria, desse modo, que o remorso desesperado pudesse dar lugar, depois, a um comportamento autopunitivo. Porém, o remorso nem sempre conduz a comportamentos autopunitivos (negativos) mas também, por exemplo, ao arrependimento, e com isso à confissão e à reparação, a pedir perdão (comportamentos positivos). Todavia, as condutas de auto castigo que aqui interessam devem ser voluntárias, pelo menos em alguma medida. Certamente, isso deve conduzir a que determinadas formas de autopunição inconscientes e por isso também involuntárias,³³² sejam consideradas mais como formas de *poena naturalis*. Porém, o remorso é algo distinto.

A dor de consciência não é um fenômeno natural sem mais, mas sim está relacionado com a natureza do ser humano como agente moral. É verdade que nem todos os seres humanos sofrem o remorso, ainda que em geral aos que não o experimentam se lhes atribui algum tipo de patologia moral. Também é certo que os que

³²⁹ Diferentemente da vergonha, que mais parece indicar a adoção da perspectiva de um observador social do fato.

³³⁰ Sobre esse conceito, cfr. STRAWSON, *Libertad y resentimiento*, pp. 37 e ss.

³³¹ Não se considera aqui o remorso provocado artificialmente mediante drogas, que, na medida em que foi aceito pelo agente, sim constituiria uma autopunição. Sobre isso, PUGH/MASLEN, 11 *Crim. Law and Philosophy* (2017), pp. 499 e ss. Em todo caso, o único remorso provocado que poderia ser relevante seria o que não tivesse finalidades instrumentais.

³³² Que muito frequentemente aparecerão sob a aparência de doenças psíquicas.

sofrem pouco, o padecem exatamente pelas mesmas coisas, não com a mesma intensidade, mas isso está relacionado com a constituição moral de cada um. Existe uma amplíssima coincidência –dir-se-ia, com matizes, que é universal– quanto a um núcleo de condutas cuja realização dá lugar a algum remorso. Este pode-se entender como uma “pena moral”, uma reação interna que se impõe o ser humano, a si mesmo, através de sua consciência.

Sendo assim, existem razões para considerar que o remorso pode constituir um equivalente funcional –certamente muito incompleto– da dimensão fática da pena.³³³ Isso poderia dar lugar a uma atenuação com base na dor moral sofrida. De fato, algo similar pode ocorrer também com a vergonha, quando se produz a emoção dolorosa de haver decaído na consideração dos demais ou a possibilidade de decair se se chega a conhecer a má conduta realizada (delitiva, no que aqui interessa). Se existem penas estatais humilhantes sobre as quais a doutrina se pronuncia de forma matizada distinguindo entre positivas –reintegradoras– e negativas, parece razoável que a vergonha sofrida à margem da pena estatal possa ser levada em consideração na hora de determinar a medida da facticidade desta última.

Assim, tanto no caso da vergonha, como no do remorso, as principais objeções vêm dadas pela dificuldade de determinar sua real ocorrência de forma intersubjetiva e, mais ainda, sua intensidade.³³⁴ Se trata de situações nas quais o sofrimento e sua medida tem muito a ver com a constituição subjetiva do agente. Porém, isso somente afeta em parte à consideração efetuada, porque existem casos reais nos quais a prova do remorso e de sua intensidade é viável. Por exemplo, aquele em que uma pessoa vá ao escritório de um advogado para

³³³ Cfr., sobre esse tema, meu editorial de InDret Penal, publicado em SILVA SÁNCHEZ, En busca, pp. 267 e ss. Contudo, existe uma sólida opinião contrária a qualquer atenuação pela presença de remorso: BAGARIC/AMARASEKARA, 40 Howard J. of Criminal Justice (2001), pp. 364 e ss.; ROBINSON, 1 Utah Law Review (2003), p. 383 nota 20: “the punishment discount for remorse will always be a pleasant surprise to the genuine remorseful offender”; MORSE, 42 J. Am. Acad. Psychiatry Law (2014), pp. 49 e ss. Por outro lado, aceita que possa dar lugar a uma atenuação MURPHY, 38 Arizona State Law Journal (2006), pp. 371 e ss.; também, com matizes, MASLEN, Remorse, Penal Theory and Sentencing, 2015.

³³⁴ Aborda essa dificuldade, de modo geral, para os casos de *poena naturalis* em sentido amplo, ZIFFER, Lineamientos, p. 143.

que este gerencie a confissão ante um Tribunal de um delito de homicídio por dolo eventual que cometeu na noite de Ano novo do ano anterior. Indica que não pode suportar o remorso que lhe afeta de forma crescente desde esse dia. Sabe, pelos jornais, que a polícia encerrou a investigação. Se comprova, pelo advogado, que o inquérito policial se arquivou por falta de autoria conhecida. O cliente insiste em confessar seu delito diante das autoridades e em reparar aos pais do falecido, diante da impossibilidade de suportar o peso de sua consciência.³³⁵ No caso, concorrerão, obviamente, as atenuantes da confissão e da reparação. A questão é, se se deve omitir na determinação da pena, qualquer consideração sobre esse ano de remorso. A favor de tal omissão, poder-se-ia sustentar que a dor do pertence à sua esfera de organização, mas na realidade, o sujeito não a controla. Nem sequer se pode afirmar que possa livrar-se dela indo imediatamente confessar e reparar. O remorso somente cessa com o perdão, e nem sempre. Desse modo, trata-se de um peculiar auto castigo não disponível, que em alguma medida, sim, deveria considerar-se na aplicação judicial da pena.

3. Circunstâncias pós-delitivas

3.1. *Legítima defesa e vingança*

A investigação sobre a existência de equivalentes funcionais da pena deve prosseguir, agora no âmbito das condutas levadas a cabo por terceiros. Neste ponto, não cabe dúvidas de que uma das instituições mais relevantes é a legítima defesa e inclusive a vingança privada. A questão é se se pode sustentar que o agressor sobre quem recaiu a legítima defesa do agredido com suas consequências (nesse caso, gravemente) lesivas já sofreu um equivalente funcional da pena, de modo que não procede a condenação estatal. A resposta à pergunta guarda relação direta com a natureza jurídica que se atribua à legítima defesa. Uma primeira possibilidade é que se assigne a esta a natureza de (quase) pena — algo que parece implícito na ideia, própria das fundamentações supraindividuais ou mistas, de que a legítima defesa não somente protege os bens do agredido, mas

³³⁵ O caso provém de minha experiência como advogado.

que também reafirma o Direito—. Desde tal perspectiva, segundo a qual a legítima defesa movimenta-se também no plano vertical do delito, parece claro que não poderia impor-se uma pena estatal ao agressor lesionado sem vulnerar o princípio *ne bis in idem*. Entre a legítima defesa e a pena não haveria apenas uma equivalência funcional, mas, inclusive, uma parcialmente estrutural.³³⁶ Em todo caso, deveria ponderar-se a gravidade dos efeitos da atuação defensiva sobre o agressor, para determinar se procede impor só uma parte da pena (por equivalência incompleta) ou se não procede em absoluto impor pena (por equivalência completa).³³⁷

Se, ao contrário, a qualificação da legítima defesa fosse distinta —acolhendo-se a mais moderna fundamentação interpessoal—, então parece que o fato de sofrer os efeitos lesivos da atuação defensiva poderia ser considerado como um equivalente funcional da dimensão fática-afitiva da pena. Porém, em todo caso, deixaria inalterada a necessidade de pena em sua dimensão simbólico-expressiva,³³⁸ pois a legítima defesa não reafirma o Direito, coisa que sim faz a pena e que deve fazer, ainda nos casos em que o agressor sofre a defesa legítima do agredido. É este o ponto de vista que me parece mais convincente.³³⁹

Um argumento contrário a admitir que o padecimento da legítima defesa possa atenuar e, inclusive, excluir a dimensão fática da pena, seria que o agressor é responsável pela própria lesão que experimenta a mãos do agredido ou do terceiro defensor, portanto, não pode beneficiar-se de seus efeitos. Contudo, se se entende que a reação defensiva se insere no espaço de autoresponsabilidade do

³³⁶ Vice-versa, ocorreria o mesmo se se afirmasse que a pena constitui uma reação social em legítima defesa, como sustentaram, na sua época, a direção sociológica e depois a escola da *défense sociale*. De novo ocorreria que a legítima defesa e a “pena final” se moveriam no mesmo plano (horizontal, neste caso). Sobre esta questão, cfr. NAGLER, *Die Strafe*, pp. 51 e ss.

³³⁷ Cfr. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, pp. 62-63, abordando a legítima defesa como um “pagamento por conta” do que se “deve” ao agressor. Crítico, com matizes, a respeito dessa perspectiva FLETCHER, *8 Law and Philosophy* (1989), pp. 201 e ss.

³³⁸ LÜDERSSEN, *Notwehrelemente in der Strafe*, pp. 161 e ss., 166.

³³⁹ Contrariamente, era partidário de impor toda a pena ainda no caso de que o agressor sofra a legítima defesa do agredido VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, p. 321.

agressor, então nos encontramos ante um comportamento autopunitivo em autoria mediata ou coautoria, ante uma *poena non forensis* ou inclusive ante uma *poena naturalis* em sentido estrito.³⁴⁰ Enfim, ante um dano sofrido *propter malum actionis*, cuja relevância não pode ser obviada: nem em termos de prevenção geral negativa, nem positiva, nem desde a perspectiva de nenhum dos outros fins da pena.

Algo similar à legítima defesa, desde a segunda perspectiva apontada, pode levar-se em consideração nos casos de retaliação³⁴¹ ou, mais em geral, de vingança da vítima ou de qualquer terceiro em nome desta. A linguagem ordinária se expressa com clareza ao afirmar que quem se vingou “fez Justiça com suas próprias mãos”. Isso faz da vingança, a meu juízo, um equivalente funcional da pena estatal. Naturalmente, isso não significa que possa atribuir-se à atuação vingadora a mesma virtualidade de reafirmação simbólico-comunicativa do Direito que a existente na sentença judicial,³⁴² muito pelo contrário: a pena constitui a superação da vingança —que, por sua vez, é mera manifestação de uma vontade particular, como o próprio delito— mediante a expressão da vontade geral.³⁴³ A vingança, ao revés, prolonga em espiral e *ad infinitum* o dano do delito.³⁴⁴ Por isso constitui uma conduta punível, da qual o Estado se distancia radicalmente. Em realidade, a dignidade do Estado e do Direito Penal público radica —e assim deve seguir sendo— em seu distanciamento do papel do vingador, em sua radical negativa a converter-se em algo assim como o *longa manus* da vítima.³⁴⁵ Agora

³⁴⁰ Sobre o alcance destes termos, cfr. *infra*, item III.5.

³⁴¹ Retaliação (*retorsión*) é, como indica o dicionário da Real Academia espanhola, a “ação de devolver ou inferir a alguém o mesmo dano ou ofensa que dele recebeu”.

³⁴² De fato, com independência da relevância que caiba assignar aos efeitos sobre a pena que deva impor-se ao autor, a vingança é um fato obviamente delitivo. De modo que deve processar-se separadamente e dar lugar a uma responsabilidade penal e civil do vingador a favor do autor afetado.

³⁴³ Utilizo aqui, por seu valor expressivo, a terminologia hegeliana. Sobre a diferença entre uma justiça vindicativa e uma justiça punitiva (“*nicht rächenden, sondern strafenden Gerechtigkeit*”) cfr. HEGEL, *Grundlinien*, § 103.

³⁴⁴ HEGEL, *Grundlinien*, § 102.

³⁴⁵ Uma pretensão que sempre está em perigo, como ressalta o mero fato da existência das correntes de retribuição satisfativa e, em geral, a orientação à

bem, no dano causado pelo ato vingativo é possível observar um equivalente funcional da dimensão fático-aflictiva da pena. Esta pode ver-se absorvida –frequentemente, e com folga– pelo dano sofrido pelo autor pelas mãos do vingador.³⁴⁶ De toda forma, trata-se de considerar a concreta aflição ocasionada ao autor: se esta afeta gravemente sua integridade corporal ou sua saúde ou, pelo contrário, redonda unicamente em uma lesão leve ou vias de fato. Na primeira variante, tanto no caso da legítima defesa, como no da vingança, o razoável é que o autor que sofre a reação do agredido ou do vingador seja submetido à dimensão simbólica da pena (a formulação de uma sentença), mas não à sua dimensão fática: em definitiva, a pena não deve executar-se. Na segunda variante, isto é, se o padecimento derivado da legítima defesa ou da vingança é menos grave, então a pena executável simplesmente deve experimentar uma atenuação.

Esta equivalência funcional se encontra institucionalizada em alguns casos: de forma muito significativa, na retorsão nos delitos contra a honra. Todavia hoje em dia, no § 199 do StGB alemão³⁴⁷ se prevê a possibilidade da isenção de pena para o autor de uma injúria³⁴⁸ que sofreu uma retorsão imediata.³⁴⁹ Resulta interessante o comentário de Binding sobre esta instituição: seu fundamento radicaria em que o autor já recebeu uma pena suficiente, o que

vítima de certas teorias da legitimidade do Direito Penal, particularmente, no âmbito dos delitos contra a humanidade.

³⁴⁶ Recorde-se a forma de vingança institucionalizada no uxoricídio *honoris causa* vigente no Direito espanhol até 1963: “O marido que, surpreendendo em adultério a sua mulher, matar, no ato, aos adúlteros ou a algum deles, ou lhes causar lesões graves, será castigado com a pena de desterro. Se lhes produzisse lesões de outra classe, ficará isento de pena”. A pena do marido era atenuada ou eliminada por *razões de inexigibilidade*. Porém, aqui interessa o caso da mulher que sofria a “punição privada”. Parece claro que nesses casos as lesões suportadas superavam e muito a aflictividade da pena do adultério, de modo que não se castigaria à adúltera...

³⁴⁷ E, por colocar outros exemplos: art. 137 CP Peru e art. 40 CP Uruguai, a respeito das injúrias recíprocas, que apenas descrevem uma situação algo distinta da retorsão pura.

³⁴⁸ Também o autor da retorsão pode ficar isento, no caso, em virtude da situação emocional.

³⁴⁹ Cfr. NAGLER, Die Strafe, pp. 596 e ss.

constitui uma reminiscência da época na qual o vingador castigava. Em outras palavras: “Não é que se levante a pena, mas sim que males não penais se consideram, excepcionalmente, como males penais”.³⁵⁰

Convém indicar, a esse respeito, que a transição dos sistemas de vingança privada –vingança de sangue– ao Direito Penal público, em certas ocasiões, se explica de uma forma um tanto simplista, por ser esquemática. Na realidade, ao menos no caso espanhol, tudo parece indicar que a tensão entre as fontes escritas –o *Liber Iudiciorum* que quando se traduziu deu lugar ao *Fuero Juzgo*– contrárias à vingança de sangue e o costume germânico favorável a esta, prolongou-se largamente na idade média.³⁵¹ Aqui interessa aludir a como essa tensão conduziu durante algum tempo a um sistema misto. De acordo com esse sistema, os juízes assumiam a competência de declarar a comissão do delito e a conseqüente “perda da paz” (*Friedlosigkeit*) de seu autor.³⁵² Em função do delito cometido a perda da paz traduzia-se na declaração de inimizade (*inimicitia*) entre o delinquente e a parte ofendida ou bem na plena exclusão daquele da comunidade jurídica. No primeiro caso, ademais de obrigar-lhe a pagar uma multa, lhe desterravam, abrindo-se, então, a possibilidade da vingança da parte ofendida que podia matá-lo impunemente. No segundo, se permitia que se vingasse dele qualquer pessoa. Mas, deve ressaltar-se a importância decisiva da declaração judicial de inimizade. Quem matasse o delinquente antes de que esta tivesse lugar, se convertia, por sua vez, em traidor, e era “privado da paz”. Isso permite constatar, sem esforço, que em referido período de tensão de tradições, o poder público se reservou a dimensão basicamente comunicativa da pena, deixando aos particulares o poder de disposição sobre sua dimensão fática. Os ofendidos podiam certamente vingar-se –e de fato o faziam– mas, também, podiam perdoar –coisa que também

³⁵⁰ BINDING, Normen, 1, 4ª ed., 1922, p. 32: “Die Strafe wird nicht aufgehoben, sondern Nichtstrafübel sollen ausnahmsweise als Strafübel betrachtet werden”.

³⁵¹ Cfr. HINOJOSA, El elemento germánico, pp. 31 e ss.: a vingança de sangue perdurou até o final da Idade Média, em que pese os esforços do poder público, sobretudo desde o século XII, por fazê-la desaparecer (pp. 66-67).

³⁵² HINOJOSA, El elemento germánico, pp. 33 e ss., 37 e ss., com abundante prova de foros de diversos municípios. Sobre a *Friedlosigkeit* germânica, extensamente, NAGLER, Die Strafe, pp. 84 e ss.

ocorria—. ³⁵³ A vingança efetiva e a reconciliação já apareciam, então, como equivalentes funcionais: ambas punham fim à situação de inimizade gerada pelo delito e à declaração de “perda da paz” do delinquente. Obviamente, não se trata aqui de defender esse sistema. Simplesmente, trata-se de ressaltar como a separação da dimensão simbólica, da dimensão afitiva da pena, é perfeitamente factível não apenas em termos conceituais. A partir daí, inclusive na nossa realidade jurídica atual, parece razoável sustentar que se o delinquente já sofreu a dor da vingança —e ainda que essa seja um ato delitivo— o Estado pode e deve reduzir sua intervenção à emissão da sentença como expressão simbólica da reafirmação do Direito. Questão distinta é a relativa ao perdão. Sobre esse e a reconciliação será preciso voltar mais adiante. ³⁵⁴

De momento, basta com a consideração de que o comportamento autopunitivo, a vingança, a retaliação e outras figuras que veremos mais adiante, podem qualificar-se de *poenae non forenses*. Curiosamente, na atual discussão australiana sobre esse particular —uma das mais interessantes do mundo, porque ademais alcança os tribunais— está utilizando-se a gráfica expressão de *extra-curial (non judicial) punishment*. Com ela se designa a “perda ou detrimento imposto a um delinquente por pessoas distintas ao tribunal, com o propósito de castigá-lo pelo seu delito ou, pelo menos, porque tenha cometido um delito” (isto é: *propter malum actionis*). Assim, parece que o estado atual do debate naquele país conduz a atribuir-lhes menos relevância —ou seja, estritamente atenuante— que a que se lhes outorga nestas páginas. ³⁵⁵

3.2. A doutrina da incomensurabilidade

A consideração dos comportamentos autopunitivos e, a partir de agora, dos comportamentos faticamente punitivos de terceiros

³⁵³ Sobre a reconciliação, HINOJOSA, pp. 54-55, 65 e ss.

³⁵⁴ Cfr. *infra* item IV.3., além dos capítulos IV e V.

³⁵⁵ Cfr. CHONG/FELLOWS/RICHARDS, 35 Sydney Law Review (2013), pp. 382 e *passim*, citando abundante jurisprudência australiana. Em todo caso, estes autores abordam tão somente a hipótese da atenuação e isso com reservas, em particular para o caso da legítima defesa. Todavia mais restritivos, BAGARIC/XYNAS/LAMBROPOULOS, 39 UNSW Law Journal (2016), pp. 47 e ss.

como equivalentes funcionais da pena, entra em colisão com a doutrina da “incomensurabilidade”, que parte da ideia de que a pena estatal não é susceptível de ser submetida a uma relativa compensação com outros fenômenos de origem não estatal,³⁵⁶ nem sequer com aqueles não estatais de estrutura reativa e efeito lesivo. Assim, a dor penal (como dimensão fática da pena estatal) não seria substituível por outras formas objetiváveis de sofrimento que experimente o sujeito após o delito.³⁵⁷ Aparentemente, nem por outras formas de sofrimento que o agente padeça após o delito, como consequência desse (*malum passionis propter malum actionis*). Essa distinção é importante porque, assim, nem todo sofrimento que o agente experimente após o delito (*malum passionis post malum actionis*) teria por que considerar-se como equivalente funcional da dimensão aflitiva da pena. Deixando de lado os casos mais claros de fenômenos lesivos pós-delitivos desvinculados do fato punível em si, seria, todavia, discutível o caso de quem se autolesiona com a única finalidade de reduzir a duração de sua pena de prisão. Inclusive nesse caso, deve descartar-se a equivalência funcional. Não se trata, com razão, de que o delinquente possa escolher a forma de dor que prefere.³⁵⁸

O relevante das condutas e circunstâncias que se consideraram até esse momento é que nelas pode observar-se um elemento espe-

³⁵⁶ Já NAGLER, *Die Strafe*, pp. 62 e ss., pretendeu separar radicalmente a pena estatal de outras classes de penas não jurídicas. Contudo, essa separação não lhe impediu aceitar que o legislador e o juiz possam considerar essas outras penas, bem como os pontos de contato que mantêm com a pena estatal (p. 569). Por exemplo, a efeitos de uma compensação recíproca (*gegenseitiger Ausgleich*: p. 68).

³⁵⁷ Cfr. especialmente MARKEL /FLANDERS, 98 *Cal. L. Rev.* (2010), pp. 959 e ss., 968. Para esses autores, a execução da prisão em si mesma tem um significado comunicativo do que carece qualquer outra reação ou sofrimento que não proceda do aparato do Estado. Literalmente: “communication ends when the state stops speaking to the offender via state-sanctioned punishment”, incluído o “custodial period”. Cfr. asimismo, FLANDERS, 19 *U. Pa. J. Const. L.* 431 (2016), p. 468. Por isso, qualquer consideração judicial de um sofrimento de origem não punitivo-estatal responderia exclusivamente a razões de humanidade.

³⁵⁸ Isto se observa, mais claramente, nos casos em que a dor sofrida guarda relação, inclusive diretamente, com o núcleo da conduta delitiva. Por exemplo, no antigo delito de autolesão ou automutilação para eximir-se do serviço militar. Daí deriva que uma possível atenuação da pena por extrema gravidade de tal lesão ou mutilação somente pudesse dever-se a considerações de humanidade.

cificamente punitivo (reativo, retributivo), de modo que a postulada equivalência funcional com a pena se apoia em um fator de certa similitude estrutural.³⁵⁹ Isso parece reforçar a consideração como equivalentes da dimensão fática da pena. Na realidade, a pretensão contrária — a da tese da incomensurabilidade — pode ver-se refutada desde o momento em que certos males que sofre o agente após o delito e como consequência desse, têm um efeito atenuante da responsabilidade segundo as previsões expressas em muitos ordenamentos legais (equivalência incompleta institucionalizada). Um exemplo é o mal derivado da demora injustificada do processo penal (excesso de prazo).³⁶⁰

O certo é que, inclusive aceitando tal fato, alguém ainda poderia defender a tese da incomensurabilidade, pelo menos num sentido limitado. Uma possível construção alternativa (e limitada) desta doutrina seria a que postulasse que somente se considerem equivalentes funcionais da pena estatal aqueles fatos simultâneos ou pós-delitivos de algum modo imputáveis ao Estado.³⁶¹ Se se aceita essa tese, se aceitariam como equivalentes funcionais da dimensão fática da pena: (i) a legítima defesa (pois o Estado a permite como causa de justificação); (ii) a vingança ou o linchamento (pois o Estado deveria tê-los evitado e não conseguiu); (iii) outras sanções jurídico-estatais não penais; e (iv) sobretudo as violações processuais que vitimizam o agente (porque lhes são diretamente atribuíveis aos órgãos estatais). Por outro lado, outros casos retromencionados — como o comportamento autopunitivo — ou que serão analisados mais adiante — como a *poena naturalis* — não mereceriam outra consideração senão a dos efeitos dos acidentes lesivos que, de modo completamente alheio ao fato, sofresse o agente após a comissão do delito e antes da sentença. O critério determinante de que, um ou outro, fossem levados em consideração na hora da execução da sentença, não seria outro que o princípio de humanidade das penas. Este poderia conduzir, por exemplo, a descartar que

³⁵⁹ Diferentemente do que se verá mais adiante com respeito aos equivalentes funcionais nos quais não existe nenhuma semelhança estrutural com a dimensão fática da pena estatal.

³⁶⁰ Art. 21, 6ª CP espanhol.

³⁶¹ Agradeço a Eduardo Riggi ter chamado a atenção sobre esta possibilidade.

um tetraplégico, um idoso ou um moribundo —pelo motivo que fosse— ingressassem na prisão.

Como se pode observar, o que promoveria essa variante da tese da incomensurabilidade é exigir uma maior similaridade estrutural entre os equivalentes funcionais da pena e a dimensão fática da pena estatal. Aqueles —bem como esta última—, teriam que ser imputáveis ao Estado, não sendo suficiente a analogia estrutural representada pela configuração reativa dos casos de comportamento autopunitivo ou sofrimento de uma *poena naturalis*. Contudo, tamanha similaridade estrutural não é necessária para a equivalência funcional. Em realidade, tanto o comportamento autenticamente autopunitivo, como a *poena naturalis*, mostram uma dimensão comunicativa, da qual o mero acidente sofrido pelo agente após o fato e antes do juízo, carece. Cumprem esta função comunicativa porque, diferentemente do acidente, não são imprevisíveis *ex ante* e mostram *ex post* uma clara conexão de sentido (*propter*) com o fato cometido pelo agente. Inclusive, poderiam ser levados em conta em um hipotético cálculo de custos que realizasse um improvável agente racional antes de atuar. Na representação social —e nas funções que se associam a essa— também os equivalentes não atribuíveis nem direta, nem indiretamente, ao Estado têm uma clara conotação *propter hoc*, e não meramente *post hoc*.

Como acaba-se de indicar, esses casos devem distinguir-se daqueles nos quais o delinquente sofre um mal com posterioridade ao delito e que não tem nada a ver com este último.³⁶² Assim, por exemplo, quando o autor após a comissão do delito e antes de ser julgado, sofre um acidente ou é vítima de uma conduta dolosa, experimentando, em ambos os casos, uma lesão permanente que lhe produz uma grave incapacidade e dor. O fato de que, nesse caso, o Estado decidisse não executar a pena de prisão seria exclusivamente por considerações de humanidade e em absoluto pela concorrência de um equivalente funcional de uma das dimensões da pena. Nesta mesma linha, um caso limite seria em um país no qual existisse a pena de morte a execução dessa pena a um moribundo. Deixando de lado, de momento, o caso da

³⁶² Contudo, deve recordar-se que na antiguidade pré-cristã boa parte dos acidentes e das desgraças em geral se consideravam uma “pena divina” por fatos próprios ou dos pais do acidentado. Cfr. Lc., 13.1 e ss.; Jn. 9.2 e ss. Sobre a “pena divina” em geral, cfr. NAGLER, *Die Strafe*, pp. 55 e ss.

pena de morte, revogada na Espanha, a questão é por que o princípio de humanidade das penas se oporia a aplicar penas justas e proporcionadas a determinados sujeitos com base unicamente no fato de que esses se encontram em uma situação de prostração.³⁶³

3.3. Sistemas não jurídico-penais de sanção: Estado, comunidade, etnia

Um ponto que merece menção especial neste contexto é o relativo às sanções jurídicas extrapenais que um determinado legislador pode associar à condenação penal. Comumente, aqui se levam em consideração as sanções disciplinares, tanto administrativas, como trabalhistas, polemizando-se sobre a razoabilidade ou não de que a imposição dessas atenua a responsabilidade penal,³⁶⁴ o que é bastante discutível. Entretanto, convém estender a análise a outras sanções jurídicas –muitas vezes, de denegação de prestações públicas– que determinados legisladores nacionais impõem após a constatação de que se prolatou uma sentença penal.³⁶⁵ Isso é o que, se denomina nos Estados Unidos *collateral consequences of conviction*. Ainda que seja certo que se quer associar a maioria delas a uma pretensão de exclusiva prevenção especial negativa –como se fossem uma espécie de medidas de segurança extrapenais–, algumas mostram um inegável conteúdo punitivo. Não em vão, se definem como “*legal disabilities imposed by legislatures on the basis of past conviction, but not as part of a criminal sentence*”, compreendendo inúmeras variações: desde a denegação de moradias públicas ou empréstimos públicos, até as mais diversas restrições do *status civitatis*.³⁶⁶ Desse modo,³⁶⁷ se-

³⁶³ Sobre isso vid. *infra* IV.2..

³⁶⁴ Sobre o desconto da sanção administrativa na sanção penal como meio de evitar um *bis in idem*, cfr. CUERDA RIEZU, LH-Landrove, pp. 239 e ss.; de modo geral, MESTEK-SCHMÜLLING, *Mittelbare Straftatfolgen und ihre Berücksichtigung bei der Strazumessung*, 2004.

³⁶⁵ Por exemplo, a proibição de ostentar o cargo de administrador social: art. 213 da Lei de Sociedades de Capital espanhola.

³⁶⁶ Sobre o debate acerca da sua natureza, que obviamente incide na repercussão que se possa assignar como fatores atenuantes da pena, cfr. MAYSON, 91 *Notre Dame Law Review* (2015), pp. 301 e ss., 302, 308.

³⁶⁷ Não porque o determinante seja uma “experiência subjetiva de castigo”. No sentido da necessidade de levar em consideração as consequências sanciona-

guem sendo expressão de um *malum actionis propter malum passionis* e cumprindo as mesmas funções comunicativas. Constituem, portanto, equivalentes funcionais com parentesco estrutural. Na medida em que produzem um duplo castigo, deveriam ser revogadas³⁶⁸ e, em caso negativo, dar lugar a diminuições da pena.

As conclusões alcançadas quanto à legítima defesa ou vingança devem estender-se com relação às sanções informais –sociais– sofridas pelo delinquente como consequência de sua conduta. Como já ressaltara Nagler, a “pena social” é a reação espontânea da sociedade frente a um fato desvalorizador ou danoso. Dito de outro modo, a consequência de uma espécie de “autoajuda social” (*soziale Selbsthilfe*) na qual, entre outras práticas, também pode situar-se a aplicação da lei de Lynch –ou seja, o linchamento–.³⁶⁹ A esse âmbito pertencem, por exemplo, de forma bem explícita, aqueles “castigos” impostos por grupos sociais de autoproteção como os que nos Estados Unidos se denominam *neighborhood vigilante groups*,³⁷⁰ mas isso também vale para outras sanções, talvez menos visíveis, tais como a exclusão do agente de seu círculo social.³⁷¹ Um âmbito especialmente relevante é o das sanções “culturais” quando o autor pertence a uma etnia

tórias não penais posteriores à prisão, cfr. MASUR/ BRONSTEEN/BUCCAFUSCO, 98 Ca. L. Rev. (2010), pp. 1463 e ss.

³⁶⁸ É o que se propõe em KLEINFELD ET AL., White paper, p. 1704.

³⁶⁹ NAGLER, Die Strafe, pp. 48-49: o boicote, a perda de confiança, a ruptura do vínculo social, incluída a reprovação moral (*Tadel*) são formas menos graves de reações sociais. Sobre a *Lynchjustiz* como reação social quando as penas estatais não satisfazem a necessidade social de pena, p. 69.

³⁷⁰ Naturalmente, esses “castigos” devem dar lugar a responsabilidade penal para quem os propine.

³⁷¹ Um caso limite seria o do traficante de drogas que é sequestrado pela banda rival durante um ano, sendo ao final liberado pela polícia, que o coloca à disposição judicial. Cfr. o exemplo em KOLBER, 89 B.U. L. Rev. (2009), p. 1587. No texto não fica claro se o sequestro é um castigo informal por atos de tráfico realizados contra a quadrilha competidora pelos que exatamente haverá de ser julgado ou se se deve à vontade de sancionar alguma outra deslealdade entre bandas. Creio que isso é relevante e, portanto, em todos os casos nos quais exista obscuridade sobre o carácter *propter hoc* (e não meramente *post hoc*) da reação se coloca a questão de se nesta matéria reina o princípio *in dubio pro reo*. Ao meu entender, essa pergunta deve responder-se afirmativamente.

divergente da majoritária.³⁷² A tal efeito, devem distinguir-se dois subgrupos de sanções: (i) as impostas e executadas por comunidades indígenas, cuja jurisdição é reconhecida pelo Estado – e que, portanto, são formalmente sanções,³⁷³ e (ii) aquelas outras impostas e executadas por comunidades indígenas – onde esse seja o caso – ou outras comunidades socioculturais autóctones ou resultantes da imigração (ciganos, africanos) às quais o Estado não reconhece potestade punitiva. No primeiro caso, tanto a imposição de pena, quanto sua execução por parte do Estado, após o padecimento da condenação indígena incorreriam em um *bis in idem*, por ignorar o efeito de coisa julgada da atuação daquela jurisdição. Pois bem, ocorre uma plena equivalência estrutural e funcional entre essa e a pena estatal.³⁷⁴ Por outro lado, nos casos nos quais a sanção é informal – ou nos casos nos quais se declare a nulidade do procedimento levado a cabo, assim como da sanção já imposta e executada pela jurisdição indígena –, o que não se pode negar, de toda maneira, é que o autor já sofreu uma consequência aflictiva em relação direta com o fato que cometeu. Essa consequência aflictiva equivale funcionalmente à dimensão fática da pena. Portanto, a atuação jurisdicional do Estado em exercício do *ius puniendi* público deveria limitar-se à imposição simbólica da pena, renunciando à sua execução se a referida equivalência se considera completa, ou deveria dar lugar a uma atenuação da pena, se a equivalência se considera incompleta.

Em alguns casos, a sanção informal mais grave que pode experimentar o sujeito que comete um fato delitivo são os denominados “juízos paralelos” realizados pelos meios de comunicação (incluin-

³⁷² Sobre as sanções impostas em jurisdições aborígenes australianas, cfr. CHONG/FELLOWS/RICHARDS, *Sydney Law Review* 35 (2013), pp. 402 e ss.

³⁷³ Por exemplo, no art. 149º da Constituição Política do Peru: “As autoridades das comunidades Campestres e Nativas, com o apoio das Rondas Campestres, podem exercer as funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial de conformidade com o direito consuetudinário, sempre que não violem os direitos fundamentais da pessoa. A lei estabelece as formas de coordenação de referida jurisdição especial com os Juizados de Paz e com as demais instâncias do Poder Judicial.” O mesmo sucede em Colômbia, Equador e em outros países ibero-americanos.

³⁷⁴ Um tema a parte é o de que, à vezes, as penas impostas na correspondente jurisdição indígena são contrárias aos direitos humanos (golpes, imersão em água gelada, etc.).

do as redes sociais).³⁷⁵ Tais juízos não são relevantes apenas em si mesmos, mas também na medida em que atuam como catalizadores de muitas outras reações informais: desprestígio, exclusão, estigmatização, etc. Como é público e notório, nos meios de comunicação ocorre a emissão de juízos prematuros sobre a pessoa investigada, quando não diretamente falsos,³⁷⁶ que depois nenhuma sentença absolutória pode compensar. Novamente, parece que existe aqui uma clara incidência aflitiva, mais intensa, quanto mais demore a investigação e mais notória seja a figura do investigado. Contudo, resulta discutível que nesse caso se alcance sempre uma plena equivalência funcional com a dimensão aflitiva da pena. Isso dependerá de qual deveria ser esta pena e quão intenso possa ser o juízo paralelo. Em todo caso, a dimensão comunicativa do castigo estatal não se vê afetada, mas sim, deveria considerar-se na dimensão fática da pena o impacto que tiveram sobre o processo e sobre o imputado tais juízos paralelos. No que alcanço ver, a doutrina se encontra dividida sobre o tratamento que se deva dar a esses casos. Ao lado de propostas distintas de atenuação da pena,³⁷⁷ existem posições favoráveis a considerar aqui um impedimento processual,³⁷⁸ que são rejeitadas por outros.³⁷⁹ Em geral, é possível afirmar que as consequências negativas fáticas que teve o fato delitivo para o autor produzem um efeito aflitivo que teria que dar lugar, no mínimo, a uma atenuação da pena.³⁸⁰

³⁷⁵ Uma visão geral de Direito comparado comentando as regulações de diversos países, anteriormente em ESER/MEYER (Hrsg.), *Öffentliche Vorverurteilung und faire Strafverfahren*, 1986; na Espanha, por exemplo, CUERDA RIEZU, LH-Barbero, pp. 202 e ss.

³⁷⁶ HASSEMER, *Crítica al Derecho penal*, p. 83. Isso, por não falar da incidência sobre a imparcialidade dos juízes.

³⁷⁷ KNAUER, GA 2009, pp. 541 e ss.

³⁷⁸ Cfr. HASSEMER, NJW 1985, pp. 1921 e ss.; JUNG, GA 2014, pp. 257 e ss., 265 com relação a casos de dano irreparável ao princípio de *fairness*, caberia propor a suspensão do processo.

³⁷⁹ Cfr. ROXIN, *Strafprozeß und Medien*, pp. 97 e ss.; anteriormente, *idem*, NStZ 1991, pp. 153 e ss.

³⁸⁰ NICOLAUS, *Die Berücksichtigung*, pp. 37 e ss., 74, 99 e ss.

3.4. Intervenção pós-delitiva do sistema policial, judicial e penitenciário

3.4.1. Atuação policial

Pense-se no caso do delinquente *in flagranti delicto* perseguido por um policial que, ao tentar prendê-lo, faz uso de sua arma e o fere gravemente.³⁸¹ Deixando de lado o eventual excesso no cumprimento do dever legal em que tenha incorrido o policial –que deveria conduzir à correspondente reação penal contra ele– e inclusive, a responsabilidade patrimonial do Estado, parece que os efeitos da infração do policial poderiam considerar-se equivalentes funcionais completos ou incompletos da dimensão fática da pena. Contudo, os casos de danos produzidos pelo uso de armas na persecução de delitos não constituem mais que um exemplo. Outro, seria o dos maus tratos sofridos durante a detenção –ou consistentes na própria detenção, quando esta seja irregular,³⁸² humilhante, pública e inclusive televisada em direto– bem como, nas dependências policiais (no caso mais grave, a tortura). Não deve esquecer-se, a esse respeito, que uma modalidade de tortura é exatamente a “punitiva”, isto é, àquela realizada com a finalidade de castigar a uma pessoa por um fato que tenha cometido. Parece óbvio então, além do fato de que a tortura constitua um delito,³⁸³ que seus efeitos devem considerar-se um equivalente funcional da dimensão fática da pena, quer seja completo ou incompleto. Certamente, na maioria dos casos mencionados a equivalência funcional será incompleta. Isso deve conduzir à aplicação de uma atenuação da pena por diminuição da punibilidade do fato.

3.4.2. Processo e violações processuais

O mesmo ocorre quando o processo já há sido instaurado. Constitui praticamente um lugar comum a afirmação de que o

³⁸¹ Sobre casos similares em Austrália, CHONG/FELLOWS/RICHARDS, Sydney Law Review 35 (2013), pp. 389 e ss.

³⁸² Cfr. na Espanha, o voto particular do Magistrado Sr. Martínez Arrieta na STS 508/2015, de 27 de julho, no sentido da razoabilidade de aplicar a atenuante analógica do art. 21, 7ª CP espanhol em um caso de detenção irregular.

³⁸³ Cfr. art. 174.1 CP espanhol.

processo penal pode entender-se em si mesmo como uma pena, tanto no sentido simbólico-comunicativo, como no aflitivo.³⁸⁴ Na opinião de von Bar corresponde-se à própria natureza da pena como expressão de desaprovação que, em uma cultura desenvolvida, o processo e o juízo já constituam uma parte daquela, inclusive, em não poucas ocasiões, a parte mais importante.³⁸⁵ O processo desempenha desde sua instauração –junto a suas funções instrumentais de esclarecimento e de asseguramento– uma importante função estabilizadora, que se move na mesma dimensão expressivo-comunicativa que a própria pena.³⁸⁶ Contudo, se existe algum momento no qual a dimensão simbólica da pena encontra um equivalente funcional total é no processo, propriamente, no juízo de culpabilidade que se realiza na sentença. O papel central que lhe corresponde em um Direito Penal comunicativo tem sido ressaltado por diversos autores: a mero título de exemplo, por Lagodny,³⁸⁷ Appel³⁸⁸ ou Günther.³⁸⁹ Isso significa, pelo menos, duas coisas. A primeira, que não deve descartar-se a suficiência do juízo de culpabilidade e de aflitividade que é inerente a tal comunicação simbólica para alcançar uma plena equivalência funcional com a pena em certos contextos delitivos leves ou menos graves. Disso se dá conta, muito contidamente, a instituição alemã da renúncia à pena (*Absehen von Strafe*) regulada

³⁸⁴ FEELEY, *The Process is the Punishment*, 1977. Sobre o processo como pena, tanto se nele não se dá nenhuma patologia como, de modo qualificado, se se dão, pela influência perversa dos meios de comunicação, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 730 e ss.

³⁸⁵ VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, p. 320.

³⁸⁶ A mero título de exemplo, ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 17; SCHLÜCHTER, *Wert der Form im Strafprozeß*, p. 215; BOTTKE, *Assoziationsprävention*, pp. 193 y ss., 222, 327-328; SCHÜNEMANN, *Die Stellung des Opfers*, pp. 6 y ss.; SCHULZ, *ARSP Beiheft 75*, 2000, pp. 200-201.

³⁸⁷ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, pp. 96, 98, 100: para quem o juízo de reprovação de culpabilidade é uma sanção em si, um “*eigenständiges Sanktionsmittel*”.

³⁸⁸ APPEL, *Verfassung und Strafe*, pp. 494-495, 502, quem também considera o “*Schuldspruch*” como um meio próprio de sanção.

³⁸⁹ GÜNTHER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft*, onde se sustentava a tese de que o processo penal é um processo de determinação da culpabilidade (*Schuldfeststellung*); O MESMO, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005.

no § 60 StGB.³⁹⁰ A segunda, que se soma ao juízo de culpabilidade, a imposição da condenação e, ademais, a execução de alguma das consequências afitivas diferentes da pena (por exemplo, a reparação do dano), do mesmo modo, pode alcançar-se a equivalência funcional com a efetiva execução da pena em contextos de gravidade média.

Na realidade, isso não pode ocorrer, em primeiro lugar, em casos nos quais nem sequer teve lugar todavia o juízo de culpabilidade. Assim, naqueles casos em que se adota uma decisão de suspensão do procedimento com um período de prova (ou “suspensão condicional do processo”) impondo-se ao processado a assunção de certas tarefas ou o padecimento de certas “penas processuais”.³⁹¹ Um dos casos mais repetidos no Direito comparado é o dos acordos —entre o processado e o Ministério Público, com ou sem a aprovação judicial— reparatorios do dano causado em delitos patrimoniais, culposos ou de lesões leves. Neles pode-se afirmar que concorre uma equivalência funcional com a pena,³⁹² apesar de que nem sequer chega-se a formular um juízo de culpabilidade.

Em segundo lugar, deve considerar-se os casos nos quais à dimensão simbólica do processo se acrescenta uma dimensão afitiva. Não se pode negar que o processo penal em geral tem uma dimensão afitiva que a doutrina se refere com o termo “carga”. Contudo, a afixação pode incrementar-se, de modo decisivo, em virtude dos comportamentos antijurídicos (violações processuais) nos quais tenham incorrido os órgãos da jurisdição penal. Isso se dá quando o processo experimenta um excesso de prazo,³⁹³ quando se viola o

³⁹⁰ “1. O tribunal prescinde da pena quando as consequências do fato que alcançaram o autor são de tal gravidade que a imposição de uma pena seria manifestamente equivocada. 2. Isso não é aplicável quando o autor incorreu em uma pena privativa de liberdade superior a um ano.”

³⁹¹ FREUND, Sobre la función legitimadora, pp. 116 e ss.; *idem*, GA 2005, p. 337.

³⁹² Lembre-se que anteriormente indicamos que *a fortiori* existe um caso de equivalência funcional com a dimensão fática (ou afitiva) da pena quando se suspende condicionalmente a execução da sentença.

³⁹³ A questão se resolveu na Espanha, em termos atuais, nos anos noventa do século passado. A Jurisprudência espanhola dominante vinha entendendo (e isso se confirmou no “Acordo do Plenário da Sala Penal”, de 2 de outubro de 1992) que o excesso de prazo no processo pode ser levado em conta através de um pedido de indulto e se o caso da concessão de uma indenização ao

segredo de justiça ou quando ocorrem outras vulnerações do direito de defesa. Alguns autores ressaltam, neste contexto, a existência de um “princípio de compensação” segundo o qual existiria a obrigação de compensar defeitos incorrigíveis do procedimento penal que se impõem ao indivíduo, diminuindo a medida da pena que lhe impõe ou inclusive bloqueando o processo na fase de instrução. Referido princípio de compensação derivar-se-ia da regra geral de *fairness* (equidade) no procedimento, mas também guarda correlação com a própria dimensão estabilizadora do Direito Penal e da pena. Esta dimensão, com efeito, requer exatamente que o processado seja visto como um autor e não como uma vítima. Isso deveria determinar que, no caso de haver sido vitimizado pelo sistema judicial, se lhe compense para “devolver-lhe” a condição de autor.³⁹⁴ Certamente, o comum nesses casos será que não se alcance a completa equivalência funcional com a pena, mas ao menos algumas boas razões para uma importante diminuição dessa.

Em terceiro lugar, um conjunto de casos nos quais também pode constatar-se uma dimensão aflitiva, que se soma à dimensão simbólica inerente ao processo penal, é o da adoção de decisões especialmente restritivas de direitos (de liberdade) para o processa-

afetado. Contudo, outra corrente jurisprudencial considerava que isso supunha negar a existência do direito fundamental a um processo sem dilações (pois o exercício do direito de graça é uma faculdade do Poder Executivo). Neste sentido, se apontava que deve ser “o Poder Judiciário quem repare as lesões dos direitos fundamentais com a correspondente atenuação da pena”. Se bem a redução proporcional da pena por eventual excesso de prazo no processo já havia sido acolhida pelas sentenças STS de 14 de dezembro de 1991, e de 2 de abril de 1993, não foi até a STS de 8 de junho de 1999, quando se acolheu a nova orientação da Sala adotada no Acordo do Plenário, de 21 de maio de 1999 (que revisava, por sua vez, o critério sentado no Plenário de 2 de outubro de 1992), na qual optou-se por entender o excesso de prazo na determinação judicial da pena mediante o recurso à denominada “atenuante analógica” do Código penal espanhol (atual art. 21, 7º). A fundamentação de seu acolhimento foi a seguinte: o mal sofrido pelo imputado com a excessiva duração do processo é “um cancelamento, antecipado de, pelo menos, uma parte da dívida contraída com a sociedade pelo delito cometido, que deve compensar-se para manter a proporcionalidade entre o delito e o mal sofrido como consequência deste”. Isso, ademais, seria totalmente procedente à luz do valor “Justiça” consagrado no art. 1 da Constituição espanhola.

³⁹⁴ SCHROTH, Das Kompensationsprinzip, pp. 337-338. Em casos especialmente graves se postula diretamente a anulação da pretensão punitiva do Estado.

do. Assim, particularmente se se aplica a medida cautelar de prisão preventiva³⁹⁵ ou a obrigação de comparecer periodicamente ante o órgão judicial em situações de liberdade condicional.³⁹⁶ Também nesses casos, especialmente no primeiro, deve entrar em jogo o princípio de compensação. Obviamente, não se trata de penas em sentido estrito, mas o sujeito que as experimenta sofre um dano — uma privação de liberdade ou perda de tempo — que demonstra uma autêntica equivalência funcional com a dimensão aflitiva da pena. Se a equivalência aflitiva é completa, a execução da sentença condenatória prolatada não deve ocorrer. Normalmente, a equivalência será incompleta, portanto, deverá ocorrer uma redução da pena executável. Na Espanha se usa comumente a plástica expressão de “desconto” da prisão preventiva, para designar esse fenômeno. O desconto da prisão preventiva, ademais, pode ocorrer em um processo distinto daquele no qual se aplicou a medida cautelar em tela, se esse termina em absolvição, com um interessante requisito: nesse segundo caso é necessário que o delito pelo qual responde o autor seja prévio à prisão preventiva sofrida. Ou seja, o mal há de ser posterior a ambos os fatos delitivos e ter sido sofrido por um deles.³⁹⁷

³⁹⁵ FREUND, Sobre la función legitimadora, pp. 122 e ss.; KOLBER, 66 Van. L. Rev. (2013), pp. 1143 e ss., resalta que a prisão preventiva, que obviamente não é uma pena, sim constitui a causação de uma dor que pode considerar-se, na terminologia utilizada aqui, um equivalente funcional da pena.

³⁹⁶ Cfr. em Espanha, a STS 1045/2013, de 7 de janeiro de 2014; STS 52/2015, de 26 de janeiro; STS 151/2015, de 17 de março; STS 332/2015, de 3 de junho. Todas essas sentenças, entre outras, entendem que a perda de tempo sofrida deve ser descontada da pena.

³⁹⁷ Artigo 58, do CP espanhol:

“1. O tempo de privação de liberdade sofrido provisoriamente será descontado, em sua totalidade, pelo Juiz ou Tribunal sentenciadores, para o cumprimento da pena ou penas impostas no processo em que referida privação foi determinada, salvo quando tenha coincidido com qualquer privação de liberdade imposta ao réu em outra causa, que tenha sido descontada ou seja descontável nela. Em nenhum caso um mesmo período de privação de liberdade poderá ser descontado em mais de uma causa.

2. O desconto da prisão provisória em processo distinto do qual se decretou será determinado de ofício ou a pedido do réu e com prévia comprovação de que não tenha sido abonada em outro procedimento pelo Juízo da Execução da jurisdição da qual dependa o centro penitenciário em que se encontre o réu, prévia manifestação do Ministério Público.

3.4.3. Em especial, as condições da prisão

Quando o juiz cogita a imposição de uma pena de prisão ao autor de um injusto culpável sabe –ou deve saber–, perfeitamente, que não imporá apenas uma pena de privação da liberdade ambulatória. É evidente –e ineludível–, a obrigação de considerar os efeitos colaterais da execução de mencionada pena. Alguns desses efeitos secundários se encontram consubstancialmente (e licitamente) vinculados à noção de prisão como “instituição total”,³⁹⁸ porém, outros não se encontram vinculados consubstancialmente (nem tão pouco, licitamente) à privação de liberdade, mas são fruto das deficiências do Estado. Em particular, deve mencionar-se a superpopulação carcerária. O Tribunal Supremo norte-americano em sua sentença *Brown, Governor of California et al. vs. Plata*, 131 S.Ct. 1910, 1923 (2011) entendeu que a massificação das prisões na Califórnia (156.000 internos em 80.000 vagas) era tal, que violava a cláusula de “*cruel and unusual punishment*” da 8ª Emenda à Constituição, de modo que urgiu às autoridades da Califórnia que reduzissem sua população carcerária a um nível de 137.5 %, no prazo de dois anos.³⁹⁹ Isso ocasionou a promulgação da *Public Safety Realignment Act* (2011) que, entretanto, não se pode dizer que tenha cumprido com os objetivos previstos. Outro exemplo, na Colômbia, com níveis de superlotação nas prisões de cerca de 53%, a Corte Constitucional há anos vem proferindo sentenças na linha de apontar graficamente que no sistema penitenciário colombiano existe um “estado de coisas inconstitucional”.⁴⁰⁰ De fato, as consequências da

3. Somente procederá o desconto da prisão provisória sofrida em outro procedimento quando referida medida cautelar seja posterior aos fatos delitivos que motivaram a pena que se pretende descontar.

4. As regras anteriores se aplicarão também com respeito às privações de direitos decididas cautelarmente”.

³⁹⁸ KOLBER, 18 Legal Theory (2012), p. 13: por exemplo, em matéria de intimidade, autonomia sexual, propriedade pessoal, liberdade de associação e expressão.

³⁹⁹ Entre os múltiplos comentários à sentença pode citar-se a NAUMAN, 65 Fla. L. Rev. (2013), pp. 855 e ss.

⁴⁰⁰ A Corte colombiana já passou a exigir soluções concretas de política penitenciária ou alternativamente que se produza o fechamento das prisões superlotadas. Cfr. a esse respeito as referências contidas em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.

superlotação carcerária – e do conseqüente descontrole das autoridades sobre as prisões – não são apenas absolutamente negativas sob a perspectiva da ressocialização, mas sobretudo, geram também todo tipo de riscos físicos para os reclusos (contágios, ameaças, agressões sexuais, etc.). Não é de estranhar-se que a doutrina norte-americana se perguntasse, há décadas, que em casos de superlotação carcerária, o descumprimento da sentença condenatória podia estar justificado pelo estado de necessidade – com as óbvias limitações que o princípio de subsidiariedade impõe a esta causa de justificação⁴⁰¹ ou, pelo menos, amparado por uma causa de exclusão da culpabilidade (uma *excuse*). O *leading case* foi *People v. Lovercamp* 43 Cal. App. 3 d 823, 118 Cal Rptr. 110 (1974), com relação a uma tentativa de agressão homossexual e a doutrina produzida com relação a essa resolução foi numerosíssima nos anos que se seguiram.⁴⁰²

Pois bem, em circunstâncias como essas a execução da pena imposta produz um efeito aflitivo adicional e contrário ao Direito, cuja valoração pode discutir-se.⁴⁰³ Assim, esse dano não se movimenta na dimensão simbólico-expressiva da pena, mas sim, na sua dimensão fático-aflitiva. A partir dessa constatação, se abrem duas opções:⁴⁰⁴ (i) prescindir da execução da pena de prisão, que vulnera ilicitamente direitos fundamentais, limitando-se o juiz à declaração simbólica do injusto culpável merecedor de pena; ou, pelo menos (ii) reduzir a duração prevista para a pena imponible, partindo da base de que um dia de prisão, em tais condições, é “muito mais que um dia de prisão”.⁴⁰⁵ Segundo a lógica dessa segunda opção, deve

⁴⁰¹ Às que se acrescentaria a exigência de que tão logo o recluso se encontrasse seguro se colocasse em contato com as autoridades.

⁴⁰² Entre outros muitos, SCHERMER, 26 Buff. L. Rev. (1976-1977), pp. 413 e ss.; FLETCHER, 26 UCLA L. Rev. (1976-1977), pp. 1355 e ss.; WEBB, 21 S. Texas L. J. (1980-1981), pp. 211 e ss.; KAYE, 63 U. Chicago L. Rev. (1996), pp. 693 e ss.

⁴⁰³ REINERT, 53 Wm. & Mary L. Rev. (2011-2012), pp. 1575 e ss.; SCHLANGER, *Anti-Incarcerative Remedies*, 2016.

⁴⁰⁴ A terceira seria a responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos sofridos na prisão, mantendo-se a duração da pena, mas essa não me parece merecedora de ser considerada em contextos como os que comentamos nos quais se trata de um estado de coisas indigno atribuível ao Estado.

⁴⁰⁵ Neste sentido KOLBER, 18 Legal Theory 18 (2012), p. 27, indicando que na determinação da pena deveria ajustar-se a duração atendendo a esse extremo.

aplicar-se critérios de “dois por um” ou de “três por um”, ou o que se entenda razoável, de modo que a execução da metade ou de um terço da pena imposta se considere aflição suficiente. Pessoalmente, entretanto, tendo a simpatizar com a primeira opção: a aflição ilegítima que supõe uma situação indigna não pode ser jamais a que é própria da pena estatal. Portanto, um Estado que não é capaz de garantir um cumprimento digno da pena deve limitar-se à declaração simbólico-expressiva do injusto culpável merecedor dessa: a condenar, sem executar a sentença condenatória.

3.5. A (má) denominada *poena naturalis*

Na filosofia jurídica moderna a pena natural é identificada, em primeiro lugar, para deixar claro que não constitui uma pena jurídico-estatal. Assim, na *Metafísica dos costumes*, por oposição à pena judicial (*poena forensis*), Kant alude a uma *poena naturalis* como aquela “mediante a qual o vício se castiga a si mesmo e a qual o legislador não considera, em absoluto” (“*dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt*”).⁴⁰⁶ Anteriormente, Hobbes havia identificado perfeitamente essa figura, rejeitando igualmente sua qualidade de pena (estatal) ao não haver sido imposta pela autoridade humana, mas em virtude de um castigo divino.⁴⁰⁷ No final do século XIX, entre os penalistas, indicava von Bar que “a pena da desaprovação não pode ser substituída por um mal que afete, por azar, ao delinquente, ainda que se tratasse de uma consequência do delito na qual se mostrasse, como se costuma dizer, ‘a mão de Deus’”.⁴⁰⁸ Contudo, e ainda que se misturem ideias de pena moral e pena divina, a ideia de pena natural se encontra

⁴⁰⁶ *Metaphysik der Sitten*, 1797, *Rechtslehre*, 2. Teil, 1. Absch., E, Vom Straf- und Begnadigungsrecht, I.

⁴⁰⁷ *Leviathan*, 1651, 2d. Part, XXVIII “Sixthly, whereas to certain actions there be annexed by nature diverse hurtful consequences; as when a man in assaulting another is himself slain or wounded; or when he falleth into sickness by the doing of some unlawful act; such hurt, though in respect of God, who is the author of nature, it may be said to be inflicted, and therefore a punishment divine; yet it is not contained in the name of punishment in respect of men, because it is not inflicted by the authority of man”.

⁴⁰⁸ VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, p. 321.

profundamente ancorada na linguagem ordinária.⁴⁰⁹ Nessa, é comum referir-se a terceiros dizendo que “no pecado levam a penitência” e muitos recordaremos que, na infância, quando fazíamos traquinagens que em seguida se voltavam contra nós mesmos nossos amigos nos diziam: “Castigo de Deus”. Deixando esse tema à margem, costuma-se citar como caso paradigmático de *poena naturalis* aquele em que o condutor de um veículo conduz imprudentemente e choca-se com outro automóvel, mas não apenas falece o condutor desse último, como também o próprio filho do primeiro condutor.⁴¹⁰ Agora bem, a respeito desse caso, o primeiro que se observa é que o resultado não foi “natural”, mas que ocorreu devido à imprudência.⁴¹¹ De fato, o normal será que ao condutor imprudente não apenas se lhe impute judicialmente a morte do terceiro, mas também a de seu filho. O natural da *poena naturalis* parece radicar inicialmente em seu caráter de dor não infligido em virtude de uma decisão judicial, nem por decisão de um terceiro,⁴¹² nem sequer por uma decisão direta do próprio agente.⁴¹³ Isso permite traçar algumas distinções claras, mas não identifica a *poena naturalis* com o que deveria ser seu conceito estrito: uma dor produzida pelo azar, caso fortuito ou força maior, relacionada diretamente em termos de causalidade natural com a prévia comissão de um delito por parte de quem a padece. A esse conceito estrito pertence, por exemplo, o caso do delinquente que por ocasião da comissão de um delito de furto

⁴⁰⁹ Cfr. as referências de NAGLER, Die Strafe, pp. 43 e ss., sobre a pena natural; 46 e ss., sobre a pena moral; e 55 e ss., sobre a pena divina.

⁴¹⁰ Pode encontrar-se casuística australiana em CHONG/FELLOWS/RICHARDS, 35 Sydney Law Review (2013), pp. 395 e ss.

⁴¹¹ De fato, JAKOBS, AT, 2. Aufl., 8/5 (*idem*, Estudios, pp. 371-372), e em muitas outras publicações, na hora de justificar a pena inferior do delito culposo frente ao doloso, maneja, junto a outros argumentos, o do risco de uma *poena naturalis* que dar-se-ia nos fatos culposos, enquanto nos dolosos se poderia neutralizar. Na realidade, há delitos culposos sem risco de *poena naturalis* e, ao contrário, delitos dolosos cuja realização comporta um risco de *poena naturalis*. Basta pensar nos casos dos terroristas, a quem pode explodir a bomba nas mãos, ou de quem leva bolsas de droga no intestino. O caráter doloso do delito não impede, pois, a produção de uma *poena naturalis* imprópria.

⁴¹² Como os danos derivados da legítima defesa, a vingança ou outros castigos informais de terceiros.

⁴¹³ Como no caso do comportamento autopunitivo.

com rompimento de obstáculo, cai acidentalmente do alto de um edifício, sofrendo politraumatismo. Também pode considerar-se os casos em que se experimenta um padecimento devido a mesma causa que deu lugar à produção do delito. Esse foi, entre outros, um argumento utilizado no Direito histórico para fundamentar a isenção de pena dos doentes mentais sobre a base da máxima *furiosus satis ipso furore punitur* (“o louco já está suficientemente castigado com sua própria loucura”) e a consequente consideração da doença mental em si, como pena.⁴¹⁴

Frente a esses casos de pena natural em sentido estrito, a maior parte dos resultados lesivos para o autor que se consideram *poena naturalis* são imputáveis objetivamente e alguns, inclusive, subjetivamente, ao próprio fato culposamente cometido pelo sujeito que os sofre. Não pertencem ao mundo natural, mas ao da imputação (e da imputação ao próprio agente). Na realidade, seria mais correto denominá-los “casos de autopunição culposa”.⁴¹⁵ Pois bem, uns e outros integram o conceito de *poena naturalis lato sensu* que costuma manejar a doutrina.

Como se observa, no exemplo do automobilista que sofre a perda de seu filho, a dimensão aflitiva da *poena naturalis* pode chegar

⁴¹⁴ A máxima costuma-se atribuir ao imperador Marco Aurélio. Quanto a suas fontes, pode consultar-se o Digesto 49.9.9.2: “**Sane si per furorem aliquis parentem occiderit, impunitus erit, ut divi fratres rescripserunt super eo, qui per furorem matrem necaverat: nam sufficere furore ipso eum puniri** (es suficiente que sea castigado con la locura misma, JMSS), **diligentiusque custodiendum esse aut etiam vinculis coercendum**”. Na mesma linha, o Decreto de Graciano, C. 15 q. 1 c. 2: ‘Furor autem, cum non sit peccatum, est tamen poena peccati’ e múltiplas obras até o século XVIII.

⁴¹⁵ Em outro lugar (SILVA SÁNCHEZ, En busca del Derecho penal, pp. 269), tentando sentar as bases para uma análise mais diferenciada, propus distinguir, de início, entre *poena naturalis stricto sensu* e *poena stricto sensu non naturalis*. Dentro da *poena naturalis stricto sensu* havia que distinguir, de novo, certamente, entre: *poena naturalis physica* e *poena naturalis psychica aut moralis*. Por outra parte, dentro da *poena stricto sensu non naturalis* deveria traçar-se uma distinção entre: *poena non naturalis stricto sensu neque forensis* e *poena forensis*. Dentro dos casos de *poena non naturalis stricto sensu neque forensis* se encontrariam a dor infligida por terceiros, a dor autoinfligida intencionalmente e a dor que o próprio agente se autoinflige por culpa sua: esse último deveria ser denominado *poena naturalis lato sensu*. Os casos que se discutem como de *poena naturalis* compreendem, pois, a *stricto sensu naturalis* e a *lato sensu naturalis*.

a ser muito superior à de qualquer *poena forensis*. Isso, ademais, é independente do caráter doloso ou culposo do delito cometido. Um exemplo dessa última afirmação, seria o caso do terrorista a quem explode a bomba em plena tentativa de homicídio, causando-lhe cegueira e perda de ambas as mãos.⁴¹⁶ A partir daí, se discute se o padecimento de uma pena natural pode ter algum efeito sobre a pena estatal, particularmente, se se pode considerar um equivalente funcional dessa. Contudo, a *poena naturalis*, que contém a dimensão aflictiva — e o conteúdo expressivo próprio da aflição: a dor comunicada — da pena, não alcança em absoluto a dimensão simbólico-expressiva da pena estatal. Daí que seja difícil sustentar, salvo em delitos menos graves e por uma decisão especial do legislador, que deva excluir a própria imposição da pena jurídico-estatal. O caso mais conhecido é o já citado do § 60 StGB alemão, que dispõe sobre a renúncia à pena de prisão de duração inferior a um ano quando “as consequências do delito que afetaram ao réu são tão graves que a imposição da pena seria absolutamente equivocada”.⁴¹⁷ Em casos de pena natural especialmente grave é possível considerar-se que essa constitui um equivalente funcional⁴¹⁸ completo da dimensão fática da pena, por isso, a formulação do juízo de culpabilidade (inclusive na sentença) sem execução da pena estatal mostraria, junto com a *poena naturalis*, a requerida equivalência funcional com a *poena forensis*. Por outro lado, naqueles casos nos quais a pena natural não seja tão grave, o correto será aplicar uma atenuação de responsabilidade⁴¹⁹ por concorrer um equivalente funcional incompleto com a dimensão fática da pena.

⁴¹⁶ Um caso real de terrorismo no qual a pena foi reduzida, embora sem que o fundamento tivesse como base a *poena naturalis*, é o da STS de 31 de janeiro de 1994: nele a bomba explodiu entre as pernas do terrorista, mutilando ambas e causando-lhe gravíssimas sequelas adicionais.

⁴¹⁷ Sobre esse tema, SPOTTE, Die poena naturalis, p. 114, em um tom geralmente de crítica à instituição. Na doutrina espanhola, ALASTUEY DOBÓN, La reparación a la víctima, pp. 315 e ss.

⁴¹⁸ JAKOBS, AT, 2. Aufl, 1/13 c, e).

⁴¹⁹ Assim, por exemplo, embora desde uma teoria da pena distinta, PÉREZ DEL VALLE, Revista Canaria de Ciencias penales, n° 3, julho 1999, pp. 179 e 182: “...uma interpretação que se volta à ideia de expiação como fundamento da atenuação da pena sobre a base dos sofrimentos impostos ao autor com anterioridade (*sic*, deveria ser: *posterioridade*) ao fato punível não é incoerente, nem contraditória,

Contudo, os tribunais europeus –pode observar-se mais sensibilidade em alguns tribunais ibero-americanos⁴²⁰– não mostram uma especial disposição à consideração da *poena naturalis* como razão para a não execução da pena. Nem mesmo em casos muito graves. Um exemplo especialmente chamativo pelas condições adicionais de pobreza dos sujeitos afetados⁴²¹ é o das lesões sofridas pelos que levam bolsas de cocaína no intestino (as denominadas “mulas”), transportando-as desde América a Espanha. Os casos, de fato, são bastante frequentes, mostrando características relativamente similares. Por citar somente um deles,⁴²² uma das bolsas de cocaína que havia ingerido rompeu-se no intestino do traficante, produzindo hemorragias e convulsões. Então, foi conduzido ao hospital, onde se extraíram cirurgicamente as bolsas. Num determinado momento, esteve a ponto de morrer, sofrendo uma parada cardiorrespiratória, da qual saiu somente após uma manobra de reanimação cardiopulmonar avançada. Pois bem, em que pese a enorme gravidade do sofrimento padecido neste e em outros casos, o Tribunal Supremo espanhol se mostrou pouco disposto a ir além de uma simples atenuação da pena, o que inclusive foi objeto de discrepância.⁴²³

com o sistema”; sob o ponto de vista dos possíveis impedimentos processuais, D.R. PASTOR, Homenaje al Profesor Claus Roxin, pp. 819-820.

⁴²⁰ Sobre a legislação penal de diversos países de Ibero-américa, na qual se vincula o padecimento de uma pena natural pelo autor, com a possibilidade de adoção de decisões judiciais no marco do princípio processual de oportunidade, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, LH-Gimbernat, I, pp. 1121 e ss., 1124 e ss.; com mais detalhe BOBADILLA, Política criminal, 11, N° 22 (Dezembro 2016), Art. 7, pp. 548 e ss., 585 e ss., acrescentando uma consideração detalhada das possibilidades do Direito substantivo vigente no Chile.

⁴²¹ As que fiz referência *supra*, no capítulo II.

⁴²² Aqui se cita o da STS 678/ 2010, de 18 de junho.

⁴²³ Assim, por exemplo, a STS 575/2008, de 7 de outubro, rejeitou a atenuação da pena pela *poena naturalis* derivada do risco para a vida e o padecimento físico do sujeito que portava cocaína em seu organismo, com o argumento de que “os sofrimentos físicos do acusado são consequência direta e imediata de sua própria ação delitativa e em modo algum diminuem a culpabilidade na execução da conduta típica, de maneira que esse ‘castigo extrapenal’ não guarda semelhança com nenhuma das atenuantes legalmente tipificadas no preceito penal aplicado”. A mesma sentença acrescentava que tal construção, “se bem busca uma maior proporcionalidade da pena, se atribui uma discricionariedade que não lhe concedeu o legislador. Exatamente, a lei penal

Como se comentou algumas páginas atrás com relação a outros equivalentes funcionais, a consideração, da prévia pena natural sofrida, no momento da imposição e execução da pena estatal, não

expressa o contrário no art. 4.3 do Código penal, quando diz que o Tribunal acudirá ao Governo, expondo o conveniente sobre a derrogação ou modificação do preceito penal aplicado ou a concessão de indulto, “quando da rigorosa aplicação da Lei resulte sancionada uma ação ou omissão que, a juízo do Juiz ou Tribunal, não devesse sê-lo ou quando a pena seja notavelmente excessiva, atendidos o mal causado pela infração e as circunstâncias pessoais do réu”. A STS 678/2010, de 18 de junho, não ficou atrás: “A teoria da pena natural, segundo a qual os danos concorrentes ao delito padecidos pelo autor não de servir para diminuir sua responsabilidade criminal, sob o raciocínio de que já sofreu uma espécie de castigo natural por sua ação conforme o paradigma de que «no pecado se leva a penitência», há de ser tomada com muita cautela, máxime quando não tenha sido incluída pelo legislador como um modo de minorar as consequências do delito, como ocorre em outros sistemas jurídicos. É por isso que, situações como aquelas em que ao disparar um arma de fogo se arrebenta o mecanismo da percussão e resulta lesionado o autor, ou se produz um rebote do projétil, ou se autolesiona quem utiliza criminalmente uma arma branca, ou como consequência de desdobrar um alto risco em uma condução temerária, resulta lesionado o próprio autor ou uma pessoa de seu círculo familiar, não podem ser vistos como um modo de minorar a resposta punitiva, mas sim como casos de uma imperfeita execução criminal, da que não pode resultar favorecido o autor da infração, pois não existe nenhum fundamento para isso.” Cfr. também STS 132/2014, de 20 de fevereiro, rejeitando a aplicação do art. 368, II CP espanhol.

Uma linha jurisprudencial divergente, embora aparentemente em retrocesso, sim vem aplicando-a: assim, por exemplo, a STS 806/2002, de 30 de abril. A STS 1657/2002, de 9 de outubro, referida a um caso no qual a autora teve que sofrer uma intervenção cirúrgica de urgência pela oclusão intestinal sofrida como consequência do porte de droga no interior de seu aparato digestivo, apontava que “...se a culpabilidade deve ser a medida da pena, na medida que esta deve compensar àquela, quando se derivaram prejuízos concretos ou se assumiram riscos sérios para a saúde como ocorre nos casos dos correios da droga que utilizam seu corpo, procede atemperar a pena à realidade dessa situação”. Contudo, não aplicou a atenuante analógica, mas simplesmente considerou as circunstâncias a partir dos critérios gerais de individualização da pena. Por sua parte, a STS 307/ 2008, de 5 de junho, chegou a afirmar que “a filosofia da pena estatal que inspira nosso Direito Penal considera que dentro do mal da pena estabelecida nas leis e aplicadas pela autoridade judicial (entendido, basicamente, como privação de direitos fundamentais) deve ser considerado também o mal representado pela *poena naturalis*, ou seja, aquele mal sofrido pelo delinquentes pela própria execução do delito ou por outras circunstâncias concomitantes”.

é uma questão de humanidade, nem de compaixão.⁴²⁴ A pena natural entende-se como um dano relacionado com o delito (*propter malum actionis*), apesar de que a vinculação com esse último deva ser fortuita no caso do conceito mais estrito de *poena naturalis*. Por isso, trata-se de uma questão de proporcionalidade em sentido amplo da reação, ou seja, de que o Estado não incorra em um excesso contra o sujeito do delito.

O problema da limitada avaliação feita pelos tribunais parece dever-se a razões vinculadas à escassa labilidade de muitos ordenamentos jurídicos quanto a acolhida dos problemas que estamos considerando. Isso não é específico da *poena naturalis*⁴²⁵, mas também a afeta, salvo naqueles poucos casos em que um determinado Código aluda, de forma expressa ou implícita, a ela. A discussão jurisprudencial espanhola sobre a aplicação da circunstância atenuante “de significado análogo às anteriores” (atenuante genérica) do art. 21.7ª CP, é eloquente. Não deve esquecer-se que a aplicação de tal atenuante como muito qualificada permitiria a diminuição da pena em dois graus,⁴²⁶ o que na maioria dos casos levaria à possibilidade de uma suspensão condicional da execução da sentença.⁴²⁷ Contudo, diante da perfeitamente possível construção da atenuante em termos de *analogia iuris* ou *analogia institutionis*, a tendência judicial — em absoluto obrigatória — que a compreende como um caso de *analogia legis* limita suas possibilidades.⁴²⁸ Tal limitação não afeta somente os casos de *poena naturalis* com equivalência funcional incompleta, mas também a qualquer outro equivalente funcional incompleto cuja relevância poderia ser considerada em seu âmbito. Seja como

⁴²⁴ Contudo, essa é a perspectiva de SPROTTE, *Die poena naturalis*, p. 45.

⁴²⁵ NICOLAUS, *Die Berücksichtigung*, pp. 37 e ss.

⁴²⁶ Atenuante muito qualificada é a que tem uma intensidade fora do normal (um excesso de prazo intolerável, por exemplo). Quanto à redução da pena em um ou dois graus, vid. nota nº 214, supra.

⁴²⁷ Cfr. na doutrina, com referências, CHOCLÁN MONTALVO, *La pena natural*, pp. 1 e ss. Outras possibilidades, no âmbito da determinação da pena e da execução da sentença oferece MAPELLI CAFFARENA, *LH-Mir Puig*, pp. 1003 e ss., 1011 e ss.; anteriormente, Sprotte, *Die poena naturalis*, pp. 115 e ss., com relação à legislação alemã.

⁴²⁸ Sobre essas instituições, Montiel Fernández, *Analogía favorable*, pp. 239 e ss., 562 e ss.

for, inclusive a opção preferida pelos tribunais de interpretar que o art. 21, 7^a CP constitui expressão de uma *analogia legis* oferece mais possibilidades que as exploradas até agora pela jurisprudência. Com efeito, desde o momento da inclusão do excesso de prazo (um mal processual) como atenuante expressa no art. 21, 6^o CP espanhol, a consideração do padecimento de quaisquer outros males no âmbito da atenuante analógica (atenuante genérica), é perfeitamente viável, inclusive em termos de *analogia legis*. Agora bem, deixando isso de lado, compreende-se a dificuldade existente *de lege lata* em ordenamentos legais, tais como o espanhol, para a satisfatória consideração dos equivalentes funcionais completos da pena privativa de liberdade. Somente um audaz trabalho de aplicação, valendo-se dos métodos dogmáticos de reconstrução da lei e não, em último lugar, de sua interpretação conforme à Constituição,⁴²⁹ permitirá alcançar soluções acordes com as exigências do princípio de proporcionalidade em sentido amplo —isto é, da proibição de excesso—.

4. Equivalentes funcionais sem parentesco estrutural

4.1. Introdução

Examinou-se, até este momento, os equivalentes funcionais da pena caracterizados por um maior ou menor parentesco estrutural com essa, ou seja, por serem fatos ou circunstâncias que, por um lado, lhes é inerente uma estrutura reativa e, por outro, derivada dessa, a inflição de dor ao delinquente. Contudo, o Código penal espanhol considera causas de extinção da responsabilidade penal —equiparando-as, exatamente, ao efetivo cumprimento da sentença— a morte do réu, o indulto, o perdão do ofendido e a prescrição.⁴³⁰ Isso ocorre, da mesma forma, em legislações penais de outros países. Parece possível estabelecer inicialmente uma relação de equivalência funcional —no que se refere à extinção da responsabilidade criminal, pelo menos— entre umas e outras. Não parece ser, porém, que o transcurso do tempo ou o perdão do ofendido

⁴²⁹ Obrigatória na Espanha, de conformidade com o art. 5.1 da Lei Orgânica do Poder Judicial.

⁴³⁰ Art. 130 CP.

possam ser equivalentes funcionais da pena no mesmo sentido em que são aqueles fatos ou fenômenos reativos que produzem um efeito de aflição sobre o agente. Aqui se trata de saber se o transcurso do tempo ou o perdão dão lugar — como a pena — a uma diminuição e inclusive uma neutralização das emoções reativas contra o delito existentes na sociedade. Ou seja, está claro que não produzem seu efeito jurídico ou social a partir de sua equivalência funcional com o efeito lesivo imediato que a pena produz sobre o delinquente (dor). O que ocorre é que geram um determinado efeito social e, a partir daí, se considera que são equivalentes funcionais com o efeito último da pena — produzir confiança social mediante a reafirmação do Direito—. Isso permite observar que a questão da equivalência funcional se aborda em um duplo nível: (i) com relação aos fenômenos reativos distintos da pena que, produzindo dor também, dão lugar a uma recuperação da confiança social, cuja medida pode levar-se em consideração para não executar a pena ou para reduzir sua intensidade; e (ii) com relação aos fenômenos distintos da pena — reativos sob uma perspectiva distinta ou não reativos sequer — que, sem produzir dor, dão lugar a uma recuperação da confiança social, cuja medida pode levar-se em consideração para não executar a pena ou para reduzir sua intensidade. Esses fenômenos mencionados em segundo lugar são equivalentes funcionais com pouca ou nenhuma similitude estrutural com a natureza reativa da pena. É mais: inclusive pode-se afirmar que o transcurso do tempo, legalmente estipulado ou não, o indulto e o perdão do ofendido reconhecido pelo Estado, são equivalentes funcionais da pena estruturalmente dissimiles entre si.

A morte, a prescrição e o perdão do ofendido — nos casos em que se lhe atribui eficácia pública — parecem cumprir, pelo menos no Direito Penal espanhol, uma dupla função. Por um lado, operam como causas de extinção da responsabilidade criminal (art. 130 CP). Entretanto, somente podem cumprir de verdade esta função se a responsabilidade penal se declarou previamente, pois se não se declarou seu surgimento, também não se poderá, obviamente, declarar-se sua extinção. O que ocorre é que, parecem operar também como causas de extinção da ação encaminhada à declaração de tal

responsabilidade.⁴³¹ Ou seja, não somente impedem a execução da sentença firme ditada contra o sujeito. Se sua apreciação se produz antes de que essa se dite, impedem que se chegue à fase de instrução —ou, em seu caso, à sentença firme— dando lugar à suspensão e imediato arquivamento do procedimento. Assim, a morte somente atua como causa de extinção da responsabilidade se sobrevém à sentença firme condenatória, pois, se acontece antes, se trata em realidade de uma causa de extinção da ação.⁴³² Por outro lado, o perdão do ofendido somente opera como uma causa de extinção da responsabilidade criminal se se outorga depois da fase de instrução e antes de que se dite a sentença,⁴³³ mas se se outorga antes da fase de instrução, se parece mais a uma causa de extinção da ação (por renúncia à essa). Quanto à prescrição —a qual analisarei com mais detalhe mais adiante— atua como uma autêntica causa de extinção da responsabilidade criminal se se considera na sentença, uma vez declarado o injusto culpável do sujeito. Por outro lado, se se verifica a concorrência da prescrição durante o procedimento —antes do juízo e da sentença—, ou em uma sentença não meritória, novamente, tratar-se-ia de uma causa de extinção da ação, pois não se declarou uma responsabilidade criminal que conseqüentemente possa declarar-se extinta. Diferentemente das anteriores, o cumprimento da pena e o indulto somente podem ser causas de extinção da responsabilidade penal e, no caso do indulto, causa de extinção total ou parcial.

Todas essas instituições, em sua incidência como causas de extinção da ação, entranham um problema: impedem a hipotética declaração —por simbólica que seja— do injusto culpável do sujeito, portanto, acredito que em tal dimensão não podem considerar-se equivalentes funcionais da pena. Ou seja, os únicos casos de

⁴³¹ A anistia poderia operar, do mesmo modo, como causa de extinção da ação ou como causa de extinção da responsabilidade, em função de sua aplicação aos que todavia não tenham sido processados ou, no caso, aos que já tenham sido condenados.

⁴³² O que naturalmente levanta o problema real de que a representação do réu falecido não possa recorrer em apelação ou em cassação de uma sentença condenatória ditada contra esse enquanto vivia.

⁴³³ Isso deriva de peculiaridades de sua regulação legal: cfr. art. 130, 5º CP espanhol.

suspensão nos quais pode-se verificar a equivalência funcional com a pena são aqueles nos quais há um acordo entre a acusação e a defesa para impor uma quase-pena (acordos reparatórios ou aqueles nos quais se impõem cargas ou tarefas). Nas suspensões por prescrição ou por perdão (melhor, renúncia à ação)⁴³⁴ não se pode apreciar tal equivalência.

4.2. O transcurso do tempo

Na linguagem cotidiana é comum afirmar que “o tempo cura”. Neste sentido, há mais de um século, Adolf Merkel⁴³⁵ apontou que o delito, com seus efeitos, “ao cabo do tempo, vai cair no campo da história, desaparecendo da esfera ativa do presente. Dessa maneira, a atividade da justiça que se encaminha à compensação do mal produzido perde seu objeto. Os efeitos psíquicos do delito, a inquietude e o alarme, o temor, o ódio, a necessidade de dar satisfação ao ofendido, a ânsia de retribuição e paga, etc., já desapareceram ou não podem ser alcançados pela pena.” A constatação de Merkel incide na linha em que, desaparecidas ou retardadas pelo transcurso do tempo as emoções reativas que gera o delito, a imposição e execução da pena tornam-se desnecessárias. Por esse motivo, carecem de sentido. Mais recentemente, insistiram nesse ponto Coleman/Sarch,⁴³⁶ afirmando que a culpabilidade (histórica) não é sensível ao passo do tempo, mas as emoções reativas sim o são. A culpabilidade é uma questão de moralidade ideal, por outro lado, nossas práticas reativas tidas como corretas são motivadas também por considerações de *fairness* (e assim se explica a prescrição). No caso do inevitável passo do tempo, sua relevância derivaria da “*basic time-sensitivity of central parts of our moral lives*”. Tudo isso parece razoável, mas em minha opinião afeta mais à execução da pena, que sua imposição. Ou, melhor, afeta em maior medida à imposição e execução da pena — à dimensão reativa da sentença — que à declaração do injusto culpável do sujeito — à manifestação simbólica do Direito—. A importância da declaração do injusto culpável se

⁴³⁴ Pois, não se pode perdoar um injusto culpável não declarado.

⁴³⁵ Derecho penal, PG, p. 255, num. 2.

⁴³⁶ COLEMAN/SARCH, Blameworthiness and Time, pp. 1 e ss.

mantém, a meu juízo, inalterada. Ao afirmá-lo, sou consciente de que, em algumas ocasiões, o processamento de um fato acontecido tempos atrás pode contrariar a máxima *quieta non movere*. Ou seja, se o fato transcende publicamente, pode despertar emoções reativas já apaziguadas, contudo, não me parece que a opção alternativa seja preferível. À continuação indico porque, com os necessários matizes.

Na realidade, os regimes legais da prescrição —ainda que respondam também a outras razões mais prosaicas basicamente de natureza probatória— podem explicar-se como uma normatização da desapareição das emoções reativas.⁴³⁷ Ou seja, em termos distintos segundo cada país, o legislador parte da ideia de que independentemente de se tais emoções cessaram empiricamente ou não, transcorrido um determinado tempo desde a consumação do delito, devem dar-se por desaparecidas. Em consequência, deve renunciar-se à persecução do delito. Assim, não surpreende que nas últimas décadas o incremento do punitivismo dos gestores atípicos da moral coletiva⁴³⁸ conduziu a uma tendência ao aumento dos prazos de prescrição, como também a propostas de imprescritibilidade para um número crescente de delitos. Inclusive em casos nos quais o delito não prescreveu por ser imprescritível juridicamente ou por não ter finalizado, todavia, o prazo de prescrição, tem sentido abordar-se a questão relativa ao significado do transcurso do tempo. De fato, o Tribunal Supremo espanhol vem fazendo-o, pelo menos desde os anos noventa do século passado, mediante a construção jurisprudencial de uma debatida atenuante de “quase-prescrição”.⁴³⁹ A doutrina, por sua parte, também sustenta para esses casos a procedência de uma atenuação.⁴⁴⁰ Isso deveria generalizar-se para o caso de delitos graves nos quais, entre a comissão do fato e seu processamento, há transcorrido várias e inclusive muitas décadas —um largo período de tempo, portanto—. Observando o apontado algumas linhas atrás, deve indicar-se

⁴³⁷ De forma parecida, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, pp. 41 e ss.

⁴³⁸ Cfr. o uso dessa denominação em SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 3ª ed., pp. 64 e ss.

⁴³⁹ Que se canaliza pela via da atenuante analógica (atenuante genérica) do art. 21, 7º CP.

⁴⁴⁰ Por exemplo, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, p. 65. Cfr. um estudo detalhado do próprio RAGUÉS I VALLÈS, *La atenuante analógica de cuasiprescripción*, *InDret Penal* 3/2017, pp. 1 e ss., diferenciando casos.

que os regimes legais de imprescritibilidade são resultado de uma normatização da duração indefinida das emoções reativas geradas pela comissão de determinados delitos especialmente graves. Isso certamente tem sentido se do que se trata é de não colocar limites temporais à reafirmação simbólica do Direito por parte do Estado. É certo que a existência de um regime de prescrição para delitos muito graves poderia gerar situações extremas de desafio ao Direito do Estado. Pense-se em supostos delinquentes que, tendo transcorrido o prazo de prescrição do suposto delito, poderiam confessar o fato e sua autoria, bem como, inclusive reafirmar-se simbolicamente no delito cometido. Por outro lado, a situação é distinta se se parte de que o transcurso do tempo é um equivalente funcional — completo ou, em regra, incompleto — da dimensão fática da pena. Isso determina que, em todo caso, se o delito não prescreveu, deve declarar-se o injusto culpável e impor-se a condenação, mas permite avaliar — também neste caso — qual é a situação das emoções reativas na sociedade, a fim de optar por uma atenuação maior ou menor da duração da pena suscetível de execução ou de inclinar-se por regimes de execução mais suaves, em concreto, a prisão domiciliar ou fórmulas de semiliberdade.

Esta valoração das emoções reativas existentes na sociedade a efeitos de uma redução da duração da pena executável deveria partir da distinção de dois grupos de casos: aqueles (i) nos quais a memória do delito cometido segue viva na sociedade por razões intrínsecas; e, pelo contrário (ii), aqueles outros nos quais sua duração deve-se à construção mais ou menos artificial de uma “memória histórica” coletiva e unilateral.⁴⁴¹ Lamentavelmente, esse último não é algo que possa descartar-se no caso de delitos muitos graves com transcendência sociopolítica. De fato, a ideologia da impunidade zero — atualmente muito difundida — tem bastante a ver com isso.⁴⁴² De todos os modos, é muito difícil realizar aqui considerações gerais mais profundas.⁴⁴³

⁴⁴¹ Essa, muitas vezes, vem acompanhada de um esquecimento histórico, coletivo e unilateral, com relação a outros fenômenos do passado.

⁴⁴² SILVA SÁNCHEZ, ¿Nullum crimen sine poena?, *passim*; D.R. PASTOR, *El poder penal internacional*, 2006.

⁴⁴³ Sou, obviamente, consciente da dificuldade de distinguir entre uma “memória social natural” e uma “memória alimentada de forma artificial” desde o Estado, ou desde instituições sociais especialmente dinâmicas (que não por isso deixam de ser parte da própria sociedade).

Procede analisar as circunstâncias de cada caso. Em geral, somente pode apontar-se:

- i. que a persistência de emoções reativas não é algo que possa derivar-se simplesmente de seu reflexo nos meios de comunicação ou no que se conhece como “opinião pública”. Pelo contrário, deveria tratar-se de algo mais profundo, que no caso de uma decisão de prescindir da execução da pena ou de diminuir sua duração, desse lugar a uma grave frustração social com risco de reações informais; e
- ii. que o critério reitor da existência permanente de emoções reativas não pode ser, em nenhum caso, a constatação de sua presença nos círculos de vítimas em sentido estrito ou amplo. A satisfação emocional da vítima, mais além do restabelecimento de sua posição jurídica e o que isso comporta, não é um fim legítimo do Direito Penal do Estado.⁴⁴⁴

Essas considerações poderiam gerar um efeito colateral: a necessidade de refletir sobre o sentido da prescrição. Na Espanha ocorre uma certa divergência entre sua regulação no Código penal e na Lei de Processamento Criminal. Enquanto o Código a considera entre as causas de extinção da responsabilidade criminal,⁴⁴⁵ o que não predetermina em qual momento deva apreciar-se, a Lei de Processamento a inclui entre as questões preliminares⁴⁴⁶ sobre as quais o Juiz ou Tribunal deve decidir antes da fase de instrução do processo.⁴⁴⁷ Em geral, a doutrina e a jurisprudência partem da afirmação que a prescrição é matéria de ordem pública, de modo

⁴⁴⁴ Sobre isso, cfr. *infra* capítulo V.

⁴⁴⁵ Art. 130, 6º CP espanhol, para a prescrição do delito; art. 130, 7º para a, menos interessante nesse contexto, prescrição da pena. Em todo caso, arts. 131 e ss. do CP espanhol.

⁴⁴⁶ Art. 666 LECrim. A “Ley de Enjuiciamiento Criminal” espanhola equivale ao Código de Processo Penal (Nota da Tradutora).

⁴⁴⁷ No procedimento sumaríssimo, no trâmite das questões preliminares. Isso, com independência de que o órgão julgador possa postergar sua decisão até a prolação da sentença. Agora, ver-se-á por que essa prática não me parece absurda, mas o contrário.

que pode declarar-se –logicamente, também de ofício– pelo órgão judicial, em qualquer momento do procedimento, tão logo se tenha constância da certeza da ocorrência de seus pressupostos.

Não estou seguro de que isso seja razoável. Tem sentido que transcorrido um longo período de tempo se prescindia da reação punitiva: da dor penal. Contudo, não está tão claro que tenha sentido prescindir-se de declarar a verdade processual –uma verdade material limitada, obviamente, pelas possibilidades probatórias e também pelas garantias do processo penal–, de declarar o injusto culpável e, com isso, de reafirmar o Direito. Em certas ocasiões, é o próprio sujeito absolvido em primeira instância pela prescrição –ou cujo procedimento havia sido suspenso antes do julgamento da mesma causa– que defende seu direito a um pronunciamento sobre sua conduta (ou reclama seu direito a ser julgado), desaparecendo definitivamente as sombras que pesam sobre sua inocência. Isso fez com que o Tribunal Supremo espanhol admitisse recursos de cassação pela pessoa beneficiada com a prescrição que reclama um pronunciamento de mérito. Ainda que o acusado de um delito prescrito não tenha o mais mínimo interesse em seu processamento, creio que a pretensão do Estado de manifestar o Direito –com tudo que isso supõe⁴⁴⁸– segue mantendo vigência nesses casos. Essa consideração com certeza tem relação com a questão de se se deve prosseguir com o procedimento penal quando pode excluir-se, por completo, a possibilidade de uma sentença efetiva. Sob a perspectiva da eficiência talvez deva responder-se negativamente a essa pergunta. Desde outra perspectiva, mais principialista, pode afirmar-se uma mudança de sentido que, na medida em que seja possível um pronunciamento definitivo –absolutório ou condenatório– sobre o injusto culpável, o processo deve prosseguir. Essa ideia obrigaria a que nos casos de prescrição, ou nos quais concorra escusas absolutórias⁴⁴⁹ ou outras causas de exclusão da punibilidade, o processo deveria chegar até a declaração do referido injusto culpável. Isso, ademais, possi-

⁴⁴⁸ Me refiro a que a manifestação do Direito traz consigo a definição jurídica do fato que ocorreu e, com isso, o reestabelecimento da posição jurídica da vítima.

⁴⁴⁹ Penso, particularmente, na escusa absolutória de parentesco que, nos casos de delitos patrimoniais não violentos, está prevista no art. 268 CP espanhol.

bilitaria que se adotassem outros pronunciamentos derivados dessa declaração, que atualmente se deferem na jurisdição civil. Me refiro, em concreto, à responsabilidade civil derivada do delito⁴⁵⁰ —melhor, do injusto culpável e, excepcionalmente, inclusive de fatos não culpáveis, bem como, não antijurídicos—. ⁴⁵¹ O Tribunal penal que, ainda que prescrito o delito, se pronuncia sobre todos os aspectos apontados responde melhor, segundo creio, a sua função jurídica.

Certamente, como já indiquei, a instauração e o prosseguimento de qualquer processo penal —mais ainda, sua fase de instrução—, sobretudo se esse alcança transcendência pública, têm uma dimensão negativa. Essa se deve a seu efeito desestabilizador, de relembrar o fato delitivo produzido. Tal vertente negativa pode resultar, assim, dissuasória da pretensão de reconstruir processualmente o acontecido para logo...absolver por ocorrência da prescrição. Contudo, o processo também tem —como se viu— uma vertente positiva de reafirmação do Direito, à qual é inerente a dimensão já mencionada de manifestar simbolicamente a condição vitimaria da vítima. Por outro lado, permite a adoção imediata —e não mediante uma forçada “peregrinação de jurisdições”⁴⁵²— de um pronunciamento reparatório civil que ajude à assimilação social da absolvição por prescrição. Enfim, sob essa perspectiva, se mostra harmônico o fato de que nos delicadíssimos cenários da chamada “justiça transicional”, as comissões da verdade e a reparação se mostrem como equivalentes funcionais dos tribunais penais, na busca de uma manifestação do Direito frente ao injusto.

Em todo caso, uma vez declarado o injusto culpável e, com isso, reafirmado o Direito, o transcurso do tempo —também nos casos de delitos imprescritíveis— deve dar lugar, como se indicou *supra*, a um exame sereno sobre se é necessário executar a pena, quanta e como. Quando transcorreram muitas décadas desde a

⁴⁵⁰ Vid. nota 598, *infra*, sobre o sistema espanhol de acumulação de ações.

⁴⁵¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, InDret Penal 3/2001, pp. 6 e ss.

⁴⁵² Com essa expressão me refiro ao efeito colateral da apreciação da prescrição (mas, também, das escusas absolutórias) como a suspensão processual. Concretamente: a responsabilidade civil derivada de tais injustos penais cometidos culposamente remete-se à apreciação da jurisdição civil, contradizendo o princípio fundamental da acumulação de ações.

comissão do fato, e inclusive com independência de se as emoções reativas desencadeadas persistem, em maior ou menor medida, deve perguntar-se também sobre a incidência do princípio de humanidade do Direito Penal. Se quem cometeu o delito, há muitas décadas, agora é um idoso doente, faz sentido renunciar à execução da pena imposta a quem se julgou e cujo injusto culpável se declarou. Em um caso como esse, a pretensão de infligir dor a todo custo —*malum passionis propter malum actionis!*— nos situa em uma crueldade fria própria da vingança tardia, que por muito institucionalizada que esteja, não tem nada a ver com a pena estatal. A “compaixão normativizada” é uma característica do Estado social de Direito para o qual nenhum delinquente é um “outro absoluto”.⁴⁵³

4.3. Morte e parcial inidentidade

Se a pena fecha juridicamente o círculo aberto pela comissão do delito, poderia parecer que a morte do autor o fecha, fisicamente. Contudo, isso não responde a uma lei natural de impossibilidade de castigar ao falecido ou a seus familiares e sucessores. Como indica a história, isso se deve mais a determinadas assunções normativas sobre o papel que devem desempenhar a pena e o processo penal, bem como, sobre seu sem-sentido, no caso de falecimento do sujeito ativo do delito —sujeito passivo do processo—. ⁴⁵⁴ O desaparecimento ou, em todo caso, a diminuição das emoções reativas, bem como, a estranha unilateralidade de um castigo sem castigado, constituem fatores adicionais a favor da extinção da responsabilidade penal pela morte. ⁴⁵⁵ Contudo, talvez exista algum caso limite: por exemplo, o relativo à inadmissibilidade da execução da pena de multa quando o sujeito falece após ditada a sentença firme, de modo que, tanto

⁴⁵³ Cfr. sobre esse tema *infra* capítulo V.

⁴⁵⁴ Questão distinta é a do desaparecimento do responsável (quase-)penal “pessoa jurídica” por razões diferentes das de sua dissolução real. O Código penal espanhol prevê para tais casos uma sucessão quanto à responsabilidade: art. 130.2 CP.

⁴⁵⁵ Distintamente, sustentando —com base no princípio de igualdade política— a conveniência de julgar aos falecidos para restabelecer o *statu quo ante*, MELIS-SARIS, *Posthumous Punishment*, pp. 19 e ss.

o processo em todas suas fases, como a própria imposição da pena, aconteceram de maneira contraditória.⁴⁵⁶

Ou seja, é certo que a morte física produz uma drástica inidentidade entre o sujeito do delito, por um lado, e seu patrimônio e seu cadáver, por outro. Sobre isso não se insistirá aqui. Por outro lado, pode tomar-se isso como ponto de partida para considerar outras situações claramente menos radicais –parciais– de inidentidade entre o sujeito do fato delitivo histórico e o sujeito do processo, o julgamento e a execução da pena.⁴⁵⁷ Tais situações podem dar-se certamente nos casos –não apenas da literatura ou da cinematografia– de personalidade múltipla.⁴⁵⁸ Mas aqui, me interessa mais ressaltar os casos (i) de amnésia; (ii) de mudanças drásticas do sujeito; (iii) de mudanças lentas, mas inexoráveis desse; e, por fim, (iv) da combinação entre (ii) e (iii). Essa última deve, enfim, conduzir a repensar o significado da entrada em prisão e a posterior execução da pena privativa de liberdade de larga duração. Em última instância, se trata de refletir sobre o sentido do continuado padecimento após anos e anos de prisão.

- i. A prática punitiva parte, como premissa indiscutível, de que a imposição e a execução da pena requerem que o condenado entenda seu sentido. Em outras palavras, de que “sinta a pena como pena” cumprindo-lhe, então, o

⁴⁵⁶ Diferentemente do que ocorria em outros momentos históricos, o caráter pessoal da pena de multa conduz a que, de modo amplamente maioritário, se sustente que, uma vez falecido o condenado, não pode ser executada. Um dos últimos restos da visão tradicional era o § 30 StGB, que em sua redação anterior à reforma do Código penal alemão que entrou em vigor em 1975, permitia a execução da pena de multa sobre a massa da herança, sempre que a sentença tivesse adquirido firmeza antes do falecimento do condenado. O CP espanhol de 1870 previa o mesmo: “A responsabilidade penal se extingue: 1º Por morte do réu, sempre quanto às penas pessoais e, com relação às pecuniárias, somente quando até seu falecimento não houvesse recaído sentença firme”. Observe-se que as penas pecuniárias se consideram não pessoais...

⁴⁵⁷ Deste tema me ocupei anteriormente em SILVA SÁNCHEZ, *Identidad en el tiempo*, no LH-Gimbernat. Nos últimos anos, EHRHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2013.

⁴⁵⁸ Sobre os estados dissociativos, contudo, existe uma grande discussão na psiquiatria.

dever de suportá-la.⁴⁵⁹ Contudo, isso é impossível quando o condenado não recorda o fato delitivo ou não se identifica como seu autor. Se não se identifica como autor do delito, não é possível que sinta a pena como pena (o que tão pouco requer, obviamente, que a aceite). Ademais, se isso ocorre antes da sentença, será impossível seguir com o processo, por razões que são óbvias sob a perspectiva do Direito processual penal.

ii. Mais problemáticos são aqueles casos nos quais o sujeito experimentou profundas mudanças vitais entre o momento do fato e o momento do juízo.⁴⁶⁰ Isso pode dever-se a razões distintas: por exemplo, a uma intervenção médico-terapêutica⁴⁶¹; a uma desprogramação⁴⁶²; a uma

⁴⁵⁹ BINDING, Handbuch des Strafrechts, p. 811: "*Der Verbrecher soll durch Duldung Genugtuung leisten, er soll die Strafe als solche empfinden*". É importante apontar que Binding parte da existência de um dever de suportar a pena, que seria uma espécie de equivalente funcional da obediência à lei. Nesse sentido chega inclusive a utilizar a expressão "*Straferduldungspflichtiger*" (obrigado a suportar a pena) para referir-se ao condenado (Handbuch, p. 874). Desse modo, antecipa uma discussão muito viva agora, mas que não posso deter-me. O dever jurídico-penal de suportar as penas, as medidas de segurança, as medidas cautelares e outras situações de restrição de direitos é claro na Espanha, ao existir um delito de descumprimento da sentença. O art. 468.1 CP afirma o seguinte: "Os que descumprirem ("quebrantaren") a sentença condenatória, medida de segurança, prisão, medida cautelar, condução ou detenção serão castigados com a pena de prisão de seis meses a um ano se tivessem que estar privados de liberdade, e com a pena de multa de doze a vinte e quatro meses, nos demais casos".

⁴⁶⁰ Embora centrado nas decisões que haveriam de tomar-se no âmbito penitenciário, é interessante a caracterização desse fenômeno em DELGADO, 50 S. Cal. L. Rev. 50 (1977-1978), pp. 215 e ss.

⁴⁶¹ DELGADO, 50 S. Cal. L. Rev. 50 (1977-1978), p. 216, narra o caso de uma intervenção de cirurgia do crânio que permitiu eliminar a pressão de um fragmento ósseo sobre certa zona do cérebro, eliminando a propensão violenta de um determinado sujeito, mas também alude a modificações em virtude de meios químicos ou eletrônicos (pp. 217-218).

⁴⁶² Se trata de casos nos quais o sujeito cometeu o delito em condições de plena imputabilidade, mas em uma situação de "lavagem cerebral" por parte de uma seita ou grupo terrorista: DELGADO, 63 Minn. L. Rev. 63 (1978-1979), pp. 9 e ss., 11 e ss. A posterior "desprogramação" faz com que o sujeito se distancie do modo de pensar e atuar próprios de quando cometeu o fato, voltando a épocas anteriores (de normalidade).

conversão religiosa ou ideológica; a uma mudança radical de circunstâncias; ou ao transcurso de longos períodos de tempo, fator que já se mencionou anteriormente. Em todos esses casos —especialmente, naqueles nos quais se somam dois ou mais fatores— pode produzir-se uma combinação da diminuição das emoções reativas⁴⁶³ e o distanciamento pessoal com o “eu do fato”. Em função do juízo normativo que se realize sobre os elementos de “inidentidade” constatados, será possível que se exclua a execução da pena ou que se imponha uma responsabilidade atenuada ao sujeito processual.

iii. Com relação ao sujeito que está cumprindo pena, é interessante recordar o texto do art. 60.1 CP espanhol,⁴⁶⁴ similar, no essencial, a outros de Direito comparado: “Quando, depois de pronunciada sentença firme, se verifique no condenado uma situação duradoura de transtorno mental grave que lhe impeça conhecer o sentido da pena, o Juiz de Execução Penal suspenderá a execução da pena privativa de liberdade que se houvesse imposto, garantindo que receba a assistência médica necessária, para o que deverá decretar a imposição de uma medida de segurança privativa de liberdade segundo as previstas neste Código, que não poderá ser, em nenhum caso, mais gravosa que a pena substituída. Se se tratasse de uma pena de distinta natureza, o Juiz de Execução Penal apreciará se a situação do condenado lhe impede conhecer o sentido da pena e, se o caso, suspenderá a execução impondo as medidas de segurança que estime necessárias.”

iv. A execução da pena privativa de liberdade consiste em uma privação da liberdade ambulatoria. Porém, está bastante claro que o mero fato do encarceramento gera efeitos sobre

Uma mera atenuação da pena, comentando o famoso caso de Patricia Hearst, propõem para esses casos LUNDE/ WILSON, *Criminal Law Bulletin* Vol. 13, No. 5, Sept.-Oct. 1977, pp. 341 e ss.

⁴⁶³ Que pode ajudar na ressocialização sobrevinda: DELGADO, 50 *S. Cal. L. Rev.* 50 (1977-1978) p. 257 e ss., 259.

⁴⁶⁴ Para além das deficiências técnicas que podem observar-se nele.

a personalidade do réu e que a privação prolongada da liberdade produz graves efeitos psíquicos que, sem dúvida, parecem levar-se em conta — como vitimização adicional do delinquente preso—. ⁴⁶⁵ Como indicou Seelmann, ⁴⁶⁶ “as penas privativas de liberdade de larga duração, por sua parte, ainda que não se acrescentem circunstâncias agravantes de humilhação, se contemplam como um problema de dignidade humana devido ao risco de lesão da identidade, de fratura da personalidade individual, que se associa a elas”. O condenado que está preso por longos anos experimenta intensas dimensões de inidentidade com relação ao sujeito que, em tal dia, cometeu o delito, ainda que não o queira, inclusive ainda que lute contra isso, dele pode afirmar-se que, em grande medida, “é outro”. Isso deve levar a reconsiderar qual o autêntico sentido da prolongação da pena privativa de liberdade durante décadas. ⁴⁶⁷

4.4. Perdão do Estado e perdão da vítima

A equivalência do perdão com a pena se dá por causa de sua capacidade de colocar fim ao ciclo iniciado pelo delito. Como indicava von Bar: “Possivelmente, o injusto poder-se-ia eliminar do mundo de uma forma absolutamente distinta do que chamamos pena, por exemplo, perdoando-o e fazendo o bem a quem obrou mal”. ⁴⁶⁸ Por isso, não é estranho que, como se indicou no Código Penal espanhol, o perdão do ofendido nos casos nos quais o Estado lhe reconhece eficácia e o indulto se considerem — exatamente como o cumprimento da sentença — causas de extinção da responsabilidade

⁴⁶⁵ Cfr. MESSUTI, El tiempo como pena, pp. 33 e ss.

⁴⁶⁶ SEELMANN, FS f. E.J. Lampe, p. 309.

⁴⁶⁷ Me refiro à pena enquanto pena. Não enquanto medida de segurança disfarçada. A lógica das medidas de segurança é outra e, nesse ponto, não encontro razões para excluir categoricamente a possibilidade excepcional do internamento indeterminado —obviamente revisável— de sujeitos muito gravemente perigosos para a vida dos demais (o caso polêmico, como se sabe, dos assassinos e estupradores em série).

⁴⁶⁸ VON BAR, Geschichte des deutschen Strafrechts, p. 312.

criminal. A perspectiva do perdão e do castigo como alternativas de reação frente ao fato ilícito é, obviamente, muito comum. Hannah Arendt afirma que “a alternativa ao perdão, mas em absoluto o oposto a ele, é o castigo, ambos têm em comum tentar colocar fim a algo que, sem tal interferência, prosseguiria indefinidamente”.⁴⁶⁹

Isso ganhou um destaque ainda maior sob a perspectiva da psicologia evolutiva⁴⁷⁰: “A ideia chave que queremos destacar é que a vingança e o perdão não são simplesmente intrínsecos estados mentais subjetivos, mas sim, que se pode vê-los em termos funcionais. Ambos respondem ao mesmo *input*: a exploração. Ambos podem ser interpretados como meios para o mesmo fim: a redução do risco de uma futura exploração diminuindo a motivação para explorar. A vingança o faz ressaltando que os benefícios esperados da exploração devem ser ajustados com os custos da represália. O perdão o faz, preservando a possibilidade de uma relação continuada, mutuamente benéfica, assim como, restabelecendo ou inclusive aumentando o valor recebido de tal relação, para o explorador”. Enfim, a ideia que se sugere é que o perdão, além da possibilidade como reação instintiva, mostra-se como uma estratégia alternativa à ruptura própria da intimidação, com custos inferiores à essa e benefícios superiores.⁴⁷¹

A questão deve abordar-se separadamente entre o perdão estatal e o individual. Este último pode resolver o conflito interpessoal surgido com o delito, mas não superar a negação simbólica da norma que ocasionou. Com razão, o pedido de perdão (*apology*) supõe o reconhecimento da própria culpabilidade,⁴⁷² ao mesmo tempo que mostra, de modo geral, uma atitude afligida (de expiação). O pronto perdão é capaz de fechar a ferida

⁴⁶⁹ ARENDT, *The human condition*, p. 241. O oposto ao perdão é, na realidade, a vingança que como expressão mesma de uma vontade particular constitui uma nova infração, dando lugar a um *progressus ad infinitum* da ilicitude.

⁴⁷⁰ LACEY/ PICKARD, *OJLS* 2015, pp. 16 e ss., 19.

⁴⁷¹ LACEY/ PICKARD, *OJLS* 2015, pp. 20 e ss., 26, até o ponto de propor uma nova configuração do sistema da justiça penal baseado no perdão institucional.

⁴⁷² VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, p. 56. Também, por exemplo, C.S. LEWIS, *The Humanitarian Theory of Punishment*, pp. 5 e ss.: “*The essential act of mercy was to pardon; and pardon in its very essence involves the recognition of guilt and ill-desert in the recipient*”.

moral na relação horizontal, mas não de neutralizar a dimensão sociopolítica –vertical– do fato. Assim, certamente surge a questão mais difícil relacionada com a figura do perdão do ofendido como instituição do Estado, em virtude da qual extingue-se a responsabilidade penal do autor, pois tal figura não deixa de ser uma instituição estatal em virtude da qual uma vontade particular é acolhida como expressão da vontade geral. *Mutatis mutandis* é esse, também, o problema decisivo da denominada justiça restaurativa.⁴⁷³ Talvez isso permita observar o paradoxo que se deriva do fato de que o perdão do ofendido como causa de extinção da responsabilidade criminal vai perdendo adeptos durante o século XX, ao mesmo tempo em que a justiça restaurativa vai ganhando, sem que se tenha observado solução de continuidade entre um e outro.⁴⁷⁴ De toda maneira, o perdão individual somente pode dar lugar à extinção da responsabilidade criminal mediante seu acolhimento pelo Estado quando a reconciliação que reflete –ou trata de propiciar– não impede reafirmar a excepcionalidade e o fracasso do delito sob a perspectiva pública.⁴⁷⁵

Diferentemente do perdão individual, a instituição –apenas com o nome igual– do perdão estatal, tem a virtualidade de fechar o ciclo do delito. Um perdão concedido pelo Estado expressa o fato injusto e a responsabilidade do agente pela sua comissão, procedendo *eo ipso* à sua neutralização mediante a manifestação do Direito. Aqui se trata, portanto, do plano vertical. O perdão do Estado, do mesmo modo que a pena estatal, ressalta a excepcionalidade do delito –seu fracasso– e sinaliza o caminho da volta à normalidade institucional: expressa a superioridade jurídica do Estado mediante a imposição, de um modo ou de outro, de sua razão última (*ultima ratio*). Isso ocorre nos casos de anistia, nos quais o autor pode não chegar sequer a ser julgado, mas também, nos de exercício do direito de graça por

⁴⁷³ Sobre essa, cfr. *infra* capítulo V.

⁴⁷⁴ Curiosamente, nem antes, nem depois, se analisou a virtualidade atenuante do perdão. Contudo, se o perdão do ofendido ao delincente pode excluir a própria imposição da pena em alguns casos, a pergunta adicional é a de porque não poderia atenuar a pena nos demais delitos “não privados”.

⁴⁷⁵ Por isso, no momento atual, a relevância do perdão do ofendido se circunscreve a uns poucos delitos.

parte do Executivo.⁴⁷⁶ E isso também pode-se afirmar com relação a outros casos de perdão legislativo e judicial.⁴⁷⁷ Contudo, um problema comum a todos eles, é a subsistência do conflito horizontal-interpessoal—derivado do delito, que o Estado não pode resolver.⁴⁷⁸ Por isso, entre outros motivos, carece de sentido que o Estado se empenhe em assignar à facticidade da pena uma função satisfativa da vítima: não conseguirá tal satisfação (*satis-factio*, em alemão *Genug-tuung*), porque a “reparação suficiente” pretendida por aquela se movimenta, em realidade, em outro plano: no horizontal. A única satisfação da vítima que pode pretender alcançar a pena já é a que se deriva da declaração simbólica do injusto culpável do autor e da imposição a este da sentença. A dor do condenado nunca satisfará à vítima, ainda que esta —estas— erroneamente entendam e exijam que assim seja. Quem queira dar-lhe uma satisfação punitiva, além de não conseguir, deixará pelo caminho, em trapos, a essência e função específicas da pena estatal.

5. As causas de exclusão da execução da pena (privativa de liberdade)

Como vimos ao longo desse capítulo, em alguns casos (i) a produção de um equivalente funcional pode pôr fim ao processo antes do julgamento. Em outros casos, (ii) conduz a que se julgue ao sujeito e se declare seu injusto culpável, mas não se imponha uma pena. Em um terceiro grupo (iii), se impõe uma pena atenuada. E em outro, por fim, uma vez imposta a pena —atenuada ou não— (iv) o que se exclui é a sua execução. Esse último grupo de casos goza parcialmente de acolhida institucional. Porém, como vimos ao longo dessas páginas, a regra é carecer dela. Por isso, creio que parece oportuno analisar a progressiva conformação de algumas causas de exclusão completa ou incompleta da execução da pena. São causas de exclusão da execução da pena aquelas situações que

⁴⁷⁶ HEGEL, Grundlinien, § 282, apontando que o poder do Estado pode fazer que o acontecido se tenha por não sucedido e fulminar o delito em esquecimento e perdão (“*das Geschehene ungeschehen zu machen und im Vergeben und Vergessen das Verbrechen zu vernichten*”).

⁴⁷⁷ Sobre isso, cfr. *infra* capítulo IV.

⁴⁷⁸ Contudo, sim pode fazer algo: cfr. *infra* capítulo V.

ressaltam a desnecessidade da dimensão especificamente aflitiva da pena. Esta desnecessidade determina, particularmente com relação à pena privativa de liberdade, que essa não deva ser executada, deva sê-lo de modo parcial ou, por fim, o seja de modo não aflitivo.⁴⁷⁹

As causas de exclusão da execução da pena privativa de liberdade

As causas de exclusão da execução da pena privativa de liberdade são aquelas que impedem a execução da pena, seja total ou parcialmente, seja de modo não aflitivo. Essas causas são de natureza jurídica e não de fato, ou seja, não dependem da ocorrência de um fato concreto para serem aplicadas. Elas são de natureza jurídica e não de fato, ou seja, não dependem da ocorrência de um fato concreto para serem aplicadas. Elas são de natureza jurídica e não de fato, ou seja, não dependem da ocorrência de um fato concreto para serem aplicadas.

⁴⁷⁹ Ou do modo menos aflitivo possível: a princípio, em liberdade condicional.