

## II — PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A META DAS PENAS

Vistos estes aspectos introdutórios, passemos ao quadro das principais teorias sobre as penas: a) as teorias clássicas ou absolutas; b) as teorias modernas ou relativas.

As primeiras (clássicas ou absolutas), também consideradas retributivas (a pena é um castigo), foram preconizadas por Kant e Hegel. São absolutas, porque desvinculadas de qualquer objetivo, estando orientadas pelos conceitos e não por conseqüências pretendidas.

Quanto às segundas (modernas ou relativas), são finalistas. Anote-se, antes de mais nada, que na verdade o nome de "modernas" já é incorreto, pois que conhecidas desde a teoria grega sobre a filosofia das penas. Há duas versões diferentes para estas correntes: a) a pena como arma de dissuasão; b) a pena como arma de ressocialização. São estas versões que determinam a "praxis" da teoria penal.

Ambas as teorias modernas são preventivas e procuram o mesmo objetivo: como se pode evitar o crime no futuro? Não são teorias absolutas, mas teorias para atingir determinados objetivos empíricos: estabilização da confiança na norma e da vigência da norma na sociedade, a repressão dos infratores potenciais e a correção dos delinqüentes. Preocupam-se aqui com a evolução ou desenvolvimento do crime numa sociedade.

A teoria da dissuasão ou da prevenção geral, preconizada por Feuerbach, também é conhecida como teoria da coação psicológica. O melhor para uma sociedade, poder-se-ia argumentar nessa linha de raciocínio, seria se todo cidadão que tende para o crime pudesse ser preso com uma corrente de ferro; porém, como a sociedade não pode agir assim, precisa encontrar uma corrente psicológica. Feuerbach exige que a pena seja sempre maior que a vantagem do crime; exige que o crime seja sempre seguido de castigo; espera que todo criminoso calcule que o crime não compensa.

Na teoria da ressocialização ou da prevenção especial, seus defensores afirmam que todo crime é expressão de uma vontade; esta tem uma duração maior ou menor e está profundamente localizada na psique do homem; o Estado tem o dever de influenciar esta vontade criminosa e tem o direito de coagir o criminoso. Esta teoria também é conhecida como teoria da reforma da personalidade do criminoso diante de uma coação.

Ambas estas teorias são as prevalecentes na Europa ocidental e nos Estados Unidos da América.

Diferenças e semelhanças e crítica.

## A QUE METAS PODE A PENA ESTATAL VISAR? (\*)

WINFRIED HASSEMER  
Prof. Dr. da Universidade de Frankfurt

SUMÁRIO: I — Teorias penais sobre as metas das penas. II — Principais teorias sobre a meta das penas. III — Novas tendências sobre as metas das penas.

A presente palestra será desenvolvida em três partes: a) meta das penas; b) principais teorias européias sobre as metas das penas; c) novas tendências sobre as metas das penas.

### I — TEORIAS PENAIS SOBRE AS METAS DAS PENAS

Aponta-se inicialmente a diferença entre teorias penais e teorias do Direito Penal: estas tratam das metas do Direito Penal; aquelas das metas das penas. Conquanto haja correlacionamento estreito, distinguem-se, pois.

Podemos dar uma série de exemplos, a título de introdução sobre as teorias das penas, que envolvem aspectos extremamente práticos: a) o ladrão "pé-de-chinelo" que comete reiteradamente pequenos furtos, necessitaria de uma pena extremamente longa para ser ressocializado. Seria justa esta correlação entre a longa pena e um pequeno crime?! Há um conflito entre a teoria absoluta sobre crime e castigo e a teoria relativa sobre crime e castigo em particular; b) os criminosos "em estado de conflito" são as pessoas que espontânea e subitamente, de forma excepcional, cometem um crime. Devem ser castigados? Sob o ponto de vista da ressocialização, não, pois já são socializados; c) o problema dos delinqüentes de guerra nazista, que cometeram crimes gravíssimos: todos já estavam plenamente ressocializados, quando se apuraram e puniram seus atos. Sob o ponto de vista da teoria das penas, não teria, pois, sentido puni-los; d) o atual problema do alto consumo de drogas: estipulam-se penas severas aos traficantes para evitar sua proliferação. Será justo?

(\*) Notas colhidas pelo Dr. HUGO NIGRO MAZZILLI, Promotor de Justiça-SP, na palestra proferida pelo Prof. Dr. WINFRIED HASSEMER, Professor Titular de Teoria do Direito, Sociologia do Direito e Direito Penal da Universidade de Frankfurt, na Faculdade de Direito da USP, em 19 de setembro de 1984.

As teorias modernas diferenciam-se pelo grupo de pessoas atingidas:

a) a teoria da prevenção geral fala de todos nós, que somos delinquentes em potencial: todos estamos sob ameaça de castigo da lei; para a maioria de nós, é a existência da lei que nos impede de cometer o crime;

b) a teoria da prevenção especial trata de um grupo mais reduzido de pessoas: só o dos verdadeiros delinquentes.

Diferenciam-se também pela estrutura temporal:

a) a teoria da prevenção geral trabalha cronologicamente antes do ato criminoso e tem uma projeção para o futuro: não espera que o ato criminoso ocorra;

b) a teoria da prevenção especial pressupõe que o ato criminoso já tenha sido cometido.

Estas são as únicas diferenças. O mais é comum:

a) ambas se baseiam na coação. A teoria da prevenção geral ameaça os cidadãos com as penas, coagindo; a teoria da prevenção especial aplica a coação para ressocializar o criminoso individualmente. (Observe-se que hoje também entram em consideração conceitos que abrem mão da coação: a cura ou terapia social voluntária, enquanto as teorias clássicas sempre falavam de ressocialização por coação);

b) ambas trabalham com metas, orientam-se pelas consequências, ou pelo "out put", e por isso diferenciam-se pela sua essência das teorias absolutas (de Kant e Hegel);

c) ambas trabalham com afirmações empíricas. Se crio uma lei penal, em decorrência a criminalidade diminuirá ou pelo menos não crescerá: dissuando os criminosos em potencial. A teoria da ressocialização diz empiricamente: se eu aplicar um programa de ressocialização, farei do criminoso um homem melhor. (Observe-se que estas teorias, porém, podem ser falsas; embora a prova de sua falsidade dependa de dificuldades técnicas, isso não impede sejam falsas);

d) adaptam-se muito bem ao mundo moderno, que se auto-define como baseado num racionalismo natural. Esta orientação empírica é assumida pelas teorias modernas. Encaixam na teoria da factibilidade: tudo pode ser feito; o mundo é modificável; a criminalidade pode ser extirpada ou combatida;

e) dão uma resposta a uma questão de legitimação ou justificação da pena na sociedade moderna, como se dissessem: nós melhoramos o mundo, circunscrevemos o crime; a coação que exercemos é salutar e portanto legítima;

f) as teorias preventivas predominam na moderna política penal. Na República Federal da Alemanha, temos recente lei de combate às drogas (1982), trazendo grande rigor para os traficantes (prevenção geral) e grandes alternativas para os viciados, caso se submetam a medidas terapêuticas (prevenção especial). Tal diferença não se justificaria pela teoria clássica do castigo. É resultado da teoria preventiva moderna.

Crítica à teoria da ressocialização.

A teoria da ressocialização está na base da lei de execuções penais vigente na Alemanha, visando à reintegração do condenado à sociedade (nos países escandinavos, há caras tentativas nesse sentido).

A teoria da ressocialização tem gerado dois tipos de problemas: a) um normativo; b) um empírico. Problema normativo: é uma intervenção bem profunda na vida do preso, maior do que a pena convencional; ataca a psique e não apenas o corpo; é muito difícil se saber quais serão as consequências de tal programa de ressocialização para cada indivíduo. E o mais grave: trata-se de terapia de coação, quando faz parte da essência de qualquer terapia que seja voluntária. É conhecida como "teoria da ressocialização emancipatória": é uma utopia ou não? Problema empírico: Nem nos EUA nem na Europa ocidental se sabe com certeza quais consequências que a ressocialização traz de verdade. Seriam necessárias pesquisas muito completas que ainda não há. E o que se entende por cura ou ressocialização? Basta não reincidir? Basta não reincidir naquele tipo de crime? Ou deve-se estar curado, sem fraquezas ou problemas?

A posição pessoal do conferencista exige uma distinção. Quando falamos em ressocialização, devemos diferenciar os grupos de delinquentes: a) pesquisar que tipos são aptos para ressocialização; b) desenvolver um programa de ressocialização personalizado; c) afastar um programa indiscriminado e genérico, que é perigoso.

Crítica à teoria da dissuasão.

Aqui também surgem os dois problemas. Problema normativo: segundo Hegel, o Direito Penal não pode ser como um indivíduo que ergue uma vara contra seu cão (embora não textuais as palavras, o sentido é correto): tem de respeitar a dignidade humana do delincente. Em Kant vemos que o ser humano não deve ser transformado em objeto (meta). A teoria da dissuasão o faz: funcionaliza o ser humano como meio de dissuadir os outros homens do crime. Problemas empíricos também surgem e são mais complexos. Toda teoria de prevenção especial tem dois pressupostos que não são reais, em nossas sociedades (quer no Brasil, quer na Alemanha): (a) a informação (b) a possibilidade de motivação. Se os indivíduos não estão corretamente informa-

dos do Direito Penal, não podem ser influenciados; se estão informados, mas não estão motivados, tal teoria não funciona. Ora, não é plausível que todos estejam bem informados. Há pesquisas no sentido de que as pessoas vivem sob padrões diferentes daqueles do Direito Penal, com graves erros sobre o que é crime e sobre a medida das penas (erro de informação). Quanto à capacidade de motivação, há problemas semelhantes. É bem provável que o delinqüente não conte com a aplicação da lei para que seja punido: calcula a possibilidade de ser descoberto o ato ou sua autoria (em outras palavras, sua maior preocupação não é quanto vai pegar de pena, mas se o vão pegar). Este também é um argumento contrário ao poder dissuasório da pena de morte (nos EUA há Estados vizinhos, nuns punindo-se alguns crimes com a pena capital, noutros não. Nem por isso os autores dos crimes atravessam de um Estado para outro, para cometer seus crimes). Ora, somente uma parte reduzida do povo se motiva pela lei penal. Todos os que delinqüem em "situação de conflito", vandalismo ou por motivação política, — também não se deixam influenciar pela lei. Além disso, é provável que a teoria da prevenção geral parte de pressuposto errado: o do *homo oeconomicus* (que calcula). Mas o conferencista crê que os homens são tão calculistas como o afirma tal teoria.

### III — NOVAS TENDENCIAS SOBRE AS METAS DAS PENAS

Tem surgido uma nova evolução teórica na Alemanha, traduzindo-se numa teoria desenvolvida pela ciência penal, de que o conferencista participou: é a Teoria da prevenção geral positiva. Esta teoria distingue-se da teoria da prevenção geral negativa, já que não é tarefa da lei penal dissuadir os homens, como se viu. Sua tarefa é desenvolver a confiança do povo nas normas corretas: é uma teoria de prevenção geral (trata da população como um todo) e é positiva, porque não é dissuasória (negativa) e sim meta positiva, ou seja, a construção de uma consciência de normas.

O embasamento desta teoria se encontra num Direito Penal influenciado pelas ciências sociais. O Direito Penal não é um produto isolado, mas é uma parte do controle social do desvio, cuja nota particular é a possibilidade de formalização. Daí resultam novas tarefas para o Direito Penal, pois não está sozinho na sociedade, e sim se encontra rodeado por instâncias concorrentes e complementares de controle social (educação das crianças pelos pais, família, escola, trabalho, vizinhança, etc.). Em todas estas instâncias de socialização, há normas, há desvios, há sanções, estando a pena estatal incluída entre as sanções sociais. O Direito Penal é o cume de todas estas instâncias de socialização. Dentro deste controle social a função específica do Direito Penal consiste na formalização do controle de determinados conflitos de desvios

especialmente graves, ou seja, no Direito Penal, há uma formalização, pois, em caso de conflito de desvios, está obrigado a preservar o direito de todos os envolvidos, inclusive de forma pública, valendo destacar algumas das garantias de formalização do Direito Penal (a pena como modo formalizado de sancionar): a) *nullum crimen nulla poena sine lege*; b) direito de defesa; c) limites para a sanção; d) direito de recurso.

Ao falar-se, pois, em prevenção geral positiva, demonstra-se que o Direito Penal não tem função de dissuadir, nem de brutalizar. Tem de vivenciar previamente, tornar realidade aquelas normas que esperamos estejam vivas e válidas na sociedade.

### CONCLUSAO

Hoje falamos sobre as metas do Direito Penal; não discutimos se este cumpre tais metas. Falamos da direção que deve seguir o Direito Penal para que seja sensato, o que o conferencista chama de uma "utopia concreta". Por isto se pode ver se uma reforma penal está bem encaminhada. Além disso, não se pode olvidar que toda sociedade só pode ter normas penais conformes com sua situação interna.

Enfim, a prevenção geral positiva é o futuro do Direito Penal.