

CRÍTICA DA PENA I (2004) *

Klaus Günther

A CRITIQUE OF PUNISHMENT I

TRADUÇÃO Flavia Portella Püschel

RESUMO

TRATA-SE DA PRIMEIRA PARTE DE UM TRABALHO A RESPEITO DAS TEORIAS JUSTIFICADORAS DA PENA. NESTE ARTIGO, PARTINDO DA CONSTATAÇÃO DE QUE EXISTE ATUALMENTE NA SOCIEDADE UMA DEMANDA POR UM AUMENTO DA PUNIÇÃO – TANTO EM RELAÇÃO À SUA FREQUÊNCIA QUANTO À SUA SEVERIDADE – O AUTOR CUIDA DE APRESENTAR E CRITICAR AS PRINCIPAIS JUSTIFICATIVAS TRADICIONAIS DA PENA ENTENDIDA COMO A INFLIÇÃO DE UM MAL. O AUTOR DEFENDE QUE NENHUMA DESSAS JUSTIFICATIVAS RESISTE A UMA CRÍTICA RACIONAL.

PALAVRAS-CHAVE

PENA / TEORIAS DA PENA / RETRIBUIÇÃO / PREVENÇÃO

ABSTRACT

THIS IS THE FIRST PART OF A WORK ABOUT THE THEORIES USED TO JUSTIFY PUNISHMENT IN CRIMINAL LAW. THIS ARTICLE ASSUMES THERE IS A GROWING DEMAND FOR MORE FREQUENT AND HARDER PUNISHMENT IN WESTERN SOCIETIES NOWADAYS AND THEN PRESENTS AND CRITICIZES THE MAIN TRADITIONAL THEORIES USED TO JUSTIFY PUNISHMENT. ACCORDING TO THE AUTHOR, NONE OF THESE THEORIES RESISTS RATIONAL CRITIQUE.

KEYWORDS

PUNISHMENT / THEORIES ABOUT PUNISHMENT / RETRIBUTION / PREVENTION

Que as penas deveriam ser mais freqüentes e duras, que a criminalidade aumentaria drasticamente, que o Estado e a sociedade pouco fazem para combatê-la, que o sistema de justiça criminal se preocupa demasiadamente com o autor do ilícito e o trata de um modo excessivamente frouxo, enquanto as vítimas são abandonadas à sua sorte lastimável: hoje em dia existem poucas pretensões e convicções aceitas de modo tão amplo e abrangente pela população da Europa ocidental e da América do Norte como essas. No mundo ocidental há uma demanda geral e onipresente pela pena. Como uma assombração, ela se aninha em todas as faixas etárias, em todas as camadas e classes sociais, em todas as profissões e em todos os níveis de escolaridade, assim como em quase todos os grupos políticos. Notável é uma emotividade latente e silenciosa que costuma se manifestar regularmente em controvérsias sobre

esse tema, com diferenças apenas de tom e grau de elaboração da expressão lingüística, mas não de conteúdo semântico. Supor que essa emotividade seja exclusiva da imprensa marrom e de seus leitores regulares seria superestimar a si próprio de modo elitista. Naturalmente que na imprensa marrom se encontram desde sempre demandas por penas mais duras, especialmente após crimes espetaculares. Atualmente, no entanto, tais demandas são feitas também pelos jornais mais exigentes. A apresentação escandalosa de casos criminais espetaculares na televisão tem um efeito presumivelmente ainda mais massivo, também sobre os consumidores mais críticos e refletidos. Até estudantes de direito zombam de um direito penal supostamente favorável aos autores de ilícitos e criticam nas aulas as dúvidas estatisticamente fundamentadas acerca do efeito preventivo da pena de morte nos EUA.¹ Atualmente, mesmo professores de direito que normalmente atuam de modo epistemologicamente crítico e metodologicamente consciente escrevem cartas indignadas aos jornais, nas quais contrapõem, com base em exemplos de casos criminais ocorridos na vizinhança ou com seus conhecidos, a certeza absoluta da experiência própria e direta contra o anonimato e a abstração das estatísticas. Ninguém menos do que Hans Magnus Enzensberger (1993) já expressou esse tipo de emotividade populista há alguns anos.

A política já reconheceu há muito tempo o potencial desse tipo de emotividade para a obtenção e manutenção do poder. Em disputas eleitorais conta também, e sobretudo, a disputa político-criminal: saber quem defende métodos de combate à criminalidade mais convincentes e eficazes, bem como a execução penal mais rigorosa. Para os agentes do sistema político é fácil assumir uma posição pseudodemocrática e basear-se no desejo manifestado pela maioria para atuar de maneira mais dura contra a criminalidade. A produção legislativa acompanha essa tendência, na medida em que amplia cada vez mais o direito penal, torna as penas mais duras e permite um número cada vez maior de métodos investigativos que interferem nos direitos fundamentais dos cidadãos, e isso também em nível europeu (Albrecht, 2003). Alguns Estados da federação alemã limitam certos afrouxamentos da execução penal destinados à ressocialização ou os eliminam de fato. Nada é atualmente mais temido pela política do que um preso libertado prematuramente ou autorizado a sair da prisão que comete novos delitos. Isso vale especialmente para os casos de autores de ilícitos penais espetaculares, como delitos sexuais, e que não foram submetidos a nenhuma medida de segurança ou a medidas de segurança por um prazo muito curto. Por fim, a ameaça do terrorismo internacional resultou em uma imensa aceleração dessas tendências. Nesse ponto, a demanda por punição, tornada obsessiva, se conecta naturalmente e de modo obscuro com a demanda por segurança. Para satisfação dessas demandas, as fronteiras tradicionais do Estado de Direito entre autoridades responsáveis pela persecução penal, polícia, serviços secretos e exército são destruídas para permitir, juridicamente, intervenções que são, simultaneamente, persecução penal, prevenção policial e guerra.

O novo “desejo pela pena” (*neue Lust auf Strafe*) (Hassemer, 2000: 16) espanta, sobretudo, porque não se correlaciona com um aumento dramático da criminalidade, ao menos não daqueles crimes graves, que estão no centro da atenção pública (Pfeiffer, 2004). Existem, de fato, oscilações nas estatísticas de certos tipos de delitos, especialmente de delitos leves, mas tais oscilações não são dramáticas a ponto de justificar um aumento na intensidade da demanda geral por punição. As pessoas estatisticamente menos ameaçadas pela criminalidade são as que têm o maior medo da criminalidade. Diante dessa constatação, é natural que se procurem as causas do fenômeno em uma influência recíproca entre a mídia e a política. A apresentação escandalosa de determinados crimes espetaculares (sobretudo de delitos sexuais seguidos de morte) dão a impressão de um aumento brusco da taxa de criminalidade (Pfeiffer, 2004) e provoca o clamor por intervenção política. Por sua vez, a constante dramatização política do combate à criminalidade dá a impressão de que ainda não se faz o suficiente e de que é possível fazer ainda mais. Esse “circuito de amplificação político-publicístico” (*politisch-publicistischer Verstärkerkreislauf*) (Scheerer, 1978; Pfeiffer, 2004) faz com que população se confronte ininterruptamente com a criminalidade. Por mais plausível que seja essa explicação, ela pressupõe a existência de uma grande demanda por punição na população, a qual seria repetidamente ativada e aumentada pela apresentação seletiva de casos espetaculares determinados e pela constante tematização política. Isso não explica, porém, por que a exigência de punição é tão intensa e a confiança na pena e seus supostos efeitos tão grande. Entre a demanda subjetiva por punição e a verdadeira eficácia da pena existe um fosso semelhante ao que há entre a real ameaça representada pela criminalidade e o medo subjetivo que ela provoca. Apesar de todas as evidências de que a pena é eficaz em muitos sentidos, porém muito pouco eficaz na busca da diminuição ou eliminação da criminalidade, a confiança na pena permanece virulenta e persistente. Tem-se quase a impressão de que à demanda por punição não importa a contradição entre os supostos e os verdadeiros efeitos da pena, ou mesmo efeitos de qualquer tipo, insistindo apenas na sua mera satisfação, por meio da execução da pena.

Diante da inabalável autoconfiança com a qual uma demanda por punição torna-se obsessiva se apresenta publicamente hoje, deve-se pelo menos lembrar mais uma vez das objeções mais comuns à pena, entendida no sentido de infligência de um mal, determinada e executada pelo Estado. Nenhuma das justificativas defendidas publicamente para a pena resiste a uma análise mais detida. Isso vale tanto para a retribuição, quanto para as diferentes teorias de prevenção. Aliás, no que se refere a essa disputa, a legislação penal não se comprometeu com um fundamento e um objetivo para a pena. A jurisprudência tenta, por meio de uma “teoria conciliatória” (*Vereinigungstheorie*), reunir, em uma relação de equilíbrio, diferentes objetivos da pena. Nessa tentativa de conciliação, a retribuição pura quase não tem mais nenhum peso, sendo amplamente substituída pela interpretação da pena como compensação

da culpa (Tröndle/Fischer, 2003: § 46 nt. 2). No entanto, se a pena não resiste a uma crítica racional, resta perguntar se não existem talvez justificativas não oficiais nas quais se apóia, de maneira não expressa, a exigência de punição. Tratarei dessas justificativas apócrifas em um segundo momento. Tendo em vista que essas justificativas tampouco nos levam muito longe, indagarei ao final acerca das causas da demanda por punição que estão além da compreensão racional e aguardam ainda a chegada do Iluminismo.

I. CRÍTICA DAS JUSTIFICATIVAS TRADICIONAIS PARA A PENA

Desde que se passou a punir e a refletir sobre isso, existem principalmente duas justificativas para a pena: ela deve compensar uma injustiça (*Unrecht*) passada, expiar, retribuir, ou ela deve evitar a ocorrência de ilícitos penais futuros (prevenção). É de Sêneca a famosa sentença, atribuída por ele a Platão: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur* (cf. a esse respeito Roxin, 1997: 45). Atribuem-se à pena objetivos preventivos em pelo menos três aspectos: ela deve desencorajar possíveis futuros autores de ilícitos penais a colocar seus planos em prática (prevenção geral negativa); ela deve impressionar o delinqüente de maneira tão negativa, que na situação de iminente reincidência ele, por medo, deixe de praticar o ilícito penal planejado (prevenção especial negativa); ela deve estimular e incentivar o autor do ilícito penal ao arrependimento, à compreensão e à conversão, regenerá-lo e desse modo levá-lo a uma vida de respeito à lei (prevenção especial positiva); e ela deve fortalecer e estabilizar os costumes e a moral de uma sociedade, para que cidadãos respeitadores da lei não se sintam fraudados em seus bons motivos, quando obrigados a presenciar a situação em que alguém se deixa levar por seus maus motivos (prevenção geral positiva). Enquanto a retribuição se esgota com a reparação da injustiça passada e não persegue nenhum outro objetivo além desse (teoria penal absoluta), as teorias preventivas reivindicam a vinculação da pena a objetivos racionalmente controláveis (teorias penais relativas). Com a exigência feita, sobretudo, a partir do Iluminismo e contra a retribuição, de que a pena se meça por objetivos racionais, já estava naturalmente aberto o caminho para a crítica da pena, porque, a partir daí, torna-se necessário comprovar que a pena realiza realmente seus objetivos. Comprovação que, no entanto, não se conseguiu realizar até hoje. A razão e a finalidade da retribuição permanecem igualmente questões em aberto, do mesmo modo que é possível duvidar de que jamais uma injustiça tenha sido realmente compensada pela pena.

A) RETRIBUIÇÃO

Sua origem está na restituição, na reparação do dano pelo seu causador. Nos casos em que uma indenização não é possível, deve-se tomar do autor do dano o mesmo que ele tomou da vítima – olho por olho, dente por dente –, o que deve ser feito

pela própria vítima ou por seus familiares. Em sua origem a retribuição está, portanto, ainda completamente ligada à relação entre autor do ilícito e vítima, assim como às comunidades familiares de cada um deles. Na subordinação a esse contexto residem, também, os perigos da escalafão. A experiência histórica da retribuição mostra que não existe equivalência real entre o bem roubado ou destruído e o bem tomado a título de retribuição. Como nenhuma retribuição corresponde exatamente àquilo que deve compensar, ela cria uma nova injustiça e com isso a demanda por uma nova retribuição. No entanto, não é apenas por causa do resto inextinguível de injustiça em cada retribuição que essa necessidade é potencialmente sem limites. Como a retribuição é praticada originalmente somente no âmbito da relação intersubjetiva entre o autor, a vítima e os familiares desta última, para ela convergem forçosamente todas as emoções consciente ou inconscientemente despertadas pelas circunstâncias relacionadas ao ato e à retribuição. A simples reparação com base no valor do bem atingido não é jamais capaz de compensar a vergonha, o aviltamento e a humilhação na medida, subjetiva e variável de caso para caso, em que a vítima as sofreu. E, por outro lado, uma retribuição levada a cabo de maneira especialmente ultrajante pode provocar na pessoa assim punida a convicção de ter, por sua vez, sofrido uma injustiça, a exigir reparação. Daí resulta um círculo de conflitos sangrentos, sem trégua e sem saída, capaz de ocupar sociedades inteiras a ponto de paralisar todos os seus sistemas funcionais. A história do princípio da retribuição é, por isso, a história das suas limitações. O princípio do Talião já era pensado como uma limitação à demanda por vingança sem limites do ponto de vista subjetivo: pela perda de um olho *não mais e não menos* do que um olho. Na medida em que a demanda por reparação ultrapassa as fronteiras da equivalência e se intensifica na forma de transferências de emoções do prejudicado para o delinqüente, até se iniciar o círculo de vingança, surge um terceiro poderoso no cenário, que toma para si o papel de único responsável pela vingança e monopoliza todos os meios de violência. O direito de punir é tirado das mãos do prejudicado; o Estado detentor do monopólio da violência e responsável pela punição só pode conservar seu poder se toma nas próprias mãos a persecução e punição do crime (Lüderssen, 1995: 22 e ss.). Ele pune o crime em nome próprio (pretensão punitiva estatal ou pública) – para tanto os súditos precisam renunciar ao seu direito de autodefesa. Com isso a retribuição se liberta da relação concreta entre o causador do dano e o prejudicado. O que deve ser compensado é a violação do direito, do direito geral e público, por meio do Estado e seus órgãos de execução, sem que a vítima possa extrair sua reparação da experiência punitiva direta. A vítima é afastada da persecução e execução penais, ela é marginalizada (Hassemer/Reemtsma, 2002: 16 e ss.). Com isso, a pena retributiva perde naturalmente sua última referência à ofensa concretamente causada pelo autor. Em que deve consistir então a igualdade compensatória ou proporcionalidade entre ato e pena?

Com a generalização e estatização da pretensão punitiva, a retribuição sofreu uma dupla abstração: em vez da ofensa concreta e individual a uma pessoa, a pena passa a compensar a violação de uma norma jurídica geral e, no lugar da igualdade externa de tipo ou de valor da pena em relação à ofensa, ela se apresenta com um simples símbolo da reparação da injustiça. Kant e Hegel explicaram essa abstração dizendo que o autor ofende com seu crime não apenas uma outra pessoa individualmente, mas cria com seu ato também uma espécie de contranorma, que autorizaria esse comportamento de modo geral e demonstraria para a sociedade que tal contranorma poderia ser também praticada: seria o crime “que valeria, caso contrário” (Hegel, 1970: § 99, p. 187). A pena deve negar e afastar essa contranorma que, caso contrário, valeria, e com isso confirmar e reforçar a obrigatoriedade da norma jurídica original. Desse modo, a pena realiza naturalmente apenas aquilo que já está contido na contranorma afirmada pelo criminoso. A contranorma contradiz a si mesma *como norma*. Quem rouba uma coisa quer conservá-la para si. Encarada como norma válida em geral, no entanto, essa conduta significa que o roubo é permitido em geral. Se isso fosse assim, porém, ninguém, nem mesmo o ladrão, poderia conservar uma coisa para si. Do mesmo modo, perde a própria liberdade ou a própria vida quem toma a liberdade ou a vida de outra pessoa, porque em ambos os casos, por meio do seu delito, estabelece a lei segundo a qual ninguém (nem mesmo o próprio autor do ilícito) tem direito à liberdade ou à vida (cf. no mesmo sentido Kant, 1975: 435 ss.). A pena nega a contranorma que se nega a si mesma: ela é a negação da negação. Isso se realiza na medida em que se toma algo do autor do ilícito, isto é, na medida em que se resolve no próprio autor do ilícito a contradição criada por ele com a sua conduta. Mas a igualdade externa da retribuição, por meio da qual o autor do ilícito é subsumido à sua própria lei, apenas torna evidente que “aquela relação de necessidade, que o crime, entendido como a vontade nula em si mesma, com isso traz em si sua própria destruição, a qual aparece como pena. É a identidade *interna* que, em sua manifestação externa, reflete-se para o intelecto como *igualdade*” (Hegel, 1970: § 101, 193). Com isso Hegel acredita ter reduzido o problema da impossibilidade de se alcançar a equivalência perfeita entre conduta e pena a um mero aspecto exterior da pena, cuja função é somente transmitir a mensagem da dupla negação como eliminação da injustiça e restabelecimento do direito.

No mais tardar neste nível de abstração, mostra-se naturalmente que na pena retributiva é inserido todo tipo de mensagens, que devem ser expressas por meio da infligência de um mal. O mal da pena torna-se um meio de comunicação, que deve deixar claro para o apenado e para a coletividade que a contranorma afirmada pelo autor do ilícito não tem validade nem pode ser praticada (Jakobs, 1991: 9 s.; idem, 1992: 27 e s.; Duff, 1995). No entanto, na medida em que a pena é reduzida a um mero ato performativo que deve transmitir um conteúdo proposicional, pode-se perguntar se tal mensagem precisa necessariamente desse meio de comunicação ou se

não existem outros, talvez mais adequados. Uma injustiça deve ser negada publicamente, a norma violada deve ter sua validade confirmada e reforçada – mas por que poderiam tais objetivos ser atingidos apenas por meio do mal da pena? Não existem meios mais brandos e talvez até mais eficientes de comunicação? Se o objetivo deve ser *apenas* estabelecer publicamente que ocorreu uma injustiça e que essa injustiça deve ser imputada a uma pessoa para que se responsabilize, então uma declaração pública da culpa dessa pessoa, a condenação na sentença penal, seria suficiente. Porque essa mensagem deve ser atrelada à suplementar inflição de um mal pelo Estado permanece uma questão em aberto (v. a esse respeito, mais detalhadamente, Günther, 2002: 219; sobre a condenação, v. Schork, 2004). Na melhor das hipóteses, pode-se dizer que a pena com sua simbologia atual constitui uma convenção historicamente transmitida e estabilizada pelos costumes, da qual as sociedades costumam se servir regularmente quando querem comunicar esse tipo de mensagem (Feinberg, 1994: 86 e s.). No entanto, um exame racional da pena precisa questionar se as sociedades modernas não poderiam pensar em nada melhor do que se render a meros costumes arraigados e confortáveis.

B) PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

A ameaça e a execução da pena devem atuar sobre a coletividade de modo que autores de ilícitos penais em potencial abandonem seus planos – de preferência em razão do medo e do horror provocados pela ameaça da pena e pela experiência da sua execução. Contra essa teoria sempre existiram razões normativas: a punição do delinqüente é apenas um meio para provocar algo em terceiros, o que significa, no entanto, que se instrumentaliza o apenado para alcançar fins que nada têm a ver com ele ou com sua conduta. A conduta penal oferece apenas o ensejo para estabelecer um exemplo para os demais. A decisão sobre se e como punir depende então somente dos efeitos que se quer causar a terceiros. A quantidade e a severidade da pena determinam-se pela intensidade da demanda por prevenção. É por essa razão que hoje se pune a fuga após acidentes de trânsito de modo menos tolerante do que o furto em lojas, mesmo que nos casos concretos o valor do prejuízo seja o mesmo. Nesta linha, todos os delitos para os quais há uma grande demanda por prevenção (como os delitos de trânsito, que ocorrem de forma massiva) deveriam ser punidos de maneira mais rigorosa do que os delitos graves, que são muito mais raros. Além disso, importariam menos o tipo e grau da culpa do autor do ilícito. Importaria mais a conduta violadora da norma como acontecimento externo, assim como o dano por ela causado. Se ilícitos culposos ocorrem com maior freqüência e provocam danos maiores do que os ilícitos dolosos, então estes deveriam ser punidos de forma mais branda do que aqueles. No entanto, na medida em que penas preventivas se afastam da conduta e da culpa do autor do ilícito, para criar apenas efeitos intimidatórios, elas se tornam injustas em relação a ele.

Uma reflexão mais minuciosa mostra, no entanto, que a prevenção geral negativa apenas funciona – se é que funciona – quando leva em conta a idéia de justiça da comunidade. Se uma relação proporcional entre conduta, tipo e dimensão da culpa do autor por um lado e quantidade de pena, por outro é considerada justa, então a aplicação de uma pena grave a um delito de menor importância ou cometido com culpa leve é injusta. Uma pena considerada injusta não tem efeito intimidatório (Lüderssen, 1995: 99 e ss.). A consciência de justiça prevalecente entre os destinatários da norma estabelece as fronteiras da prevenção geral. Naturalmente, essa fronteira permanece sempre contingente; ela não pode ser derivada das razões justificadoras da própria pena geral-preventiva, mas depende das noções de justiça por acaso predominantes entre os destinatários da norma em um determinado momento histórico. Os efeitos limitadores da consciência de justiça deixam de atuar quando a aplicação de penas severas é simplesmente considerada justa. É essa a situação em que nos encontramos hoje.

Além disso, frequentemente levantam-se dúvidas sobre a possibilidade de se provar empiricamente a alegada relação de meio e fim entre comportamento lícito e pena intimidatória. Até o momento não existe certeza de que a pena tenha realmente um efeito intimidatório (Eisenberg, 2000: 569 e s.). Os que estão convencidos disso normalmente transferem experiências sociais próximas, do cotidiano familiar e da socialização de crianças para o âmbito da pena estatal. Famosos são, no entanto, como exemplos contrários, os batedores de carteiras, que podiam sempre registrar seus maiores sucessos roubando espectadores que acompanhavam com olhar fixo os martírios em execuções públicas. A comparação entre os Estados norte-americanos com e sem pena de morte não permite reconhecer que penas mais severas tenham um maior efeito intimidatório. Abstraindo-se disso, a pedagogia e a pesquisa na área da psicologia do desenvolvimento moral mostram que medo e horror são maus professores. Eles resultam, quando muito, em uma adaptação aparente, em um comportamento oportunista e ocasional de contornar ou esquivar-se da norma. Para que a pena tenha um efeito realmente intimidatório, cada caso de comportamento desviante precisaria ser identificado e sancionado e os efeitos negativos da sanção precisariam ser experimentados mais intensamente do que os efeitos positivos da possível conduta desviante (Montada, 1998: 867). Assim que aumenta a probabilidade de que uma conduta não seja descoberta, diminui proporcionalmente o efeito intimidatório da ameaça da pena. Desse modo, os poucos resultados empíricos relativos à prevenção geral negativa comprovam mais um efeito intimidatório do controle policial do que da própria ameaça da pena ou da execução exemplar de penas individuais (Eisenberg, 2000: 573 e ss.). As pessoas evitam dirigir alcoolizadas menos em razão da proibição desta conduta pela lei penal ou da ameaça de punição do que em razão do fato de, naquela noite, no caminho para casa, a polícia estar realizando uma “batida”.

Penas intimidatórias são, afinal, também questionáveis porque, além do efeito negativo, não produzem nada que aumente a probabilidade de comportamento conforme às normas entre os afetados. Elas não oferecem nenhuma solução construtiva para os problemas e conflitos que se julgam não poder resolver de outro modo que pela prática de um ilícito penal; elas não oferecem nenhuma alternativa ao comportamento delinqüente avaliado como passível de sucesso. Por fim, em razão de sua fixação exclusiva sobre efeitos negativos, elas não transmitem nenhum conhecimento sobre a legitimidade da norma ou, pelo menos, sobre a legitimidade do processo de criação da norma, a cuja violação elas reagem (Montada, 1998: 867). Se o respeito à norma deve consistir em algo mais do que um reflexo mecânico de defesa, que ocorre sempre quando se apresenta uma oportunidade de violação da norma, devendo fundar-se sobre as convicções críticas dos cidadãos, que podem também evitar as conseqüências negativas das sanções no caso concreto, mas que vinculam sua disposição de obediência à norma, sobretudo na convicção de que as normas jurídicas em geral são legítimas, então a prevenção por meio da intimidação é uma falsa alternativa.

C) PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA

Isso vale especialmente quando a pena não se volta em primeira linha às atitudes de terceiros, mas deve ter um efeito intimidatório sobre o próprio delinqüente, isto é, deve impedi-lo de voltar a praticar ilícitos penais no futuro. Ela deve, como no esquema de estímulo e reação do behaviorismo, constituir um contra-estímulo suficientemente intensivo para impedir, como que de modo reflexo, que o delinqüente futuramente leve a cabo a prática do ilícito penal planejado. Ou ela deve, pelo menos, pôr em marcha um cálculo estratégico, no sentido de um cálculo da relação custo-benefício, segundo o qual o crime não compensa, porque os custos (pena) são mais altos do que o ganho esperado com a prática do ilícito penal. De acordo com a obstinação com a qual o delinqüente se apegua a padrões de comportamento desviantes e com a estabilidade da formação de sua identidade inclinada à delinqüência, a pena precisaria ser maior ou menor, de modo a constituir um contra-estímulo forte o suficiente. Com isso ela novamente se desprenderia de uma relação proporcional à conduta e ao tipo e grau de culpa para ter em vista apenas as atitudes do autor do ilícito, a serem futuramente dominadas. Por conseqüência, cada autor deveria ser punido de modo diverso pela prática do mesmo ilícito penal. A variante baseada sobre um cálculo racional da relação custo-benefício tem o problema de que na realidade quase nenhum autor de ilícitos penais se comporta, ou poderia comportar-se, de modo tão racional. As condições sociais e ontogenéticas nas quais a capacidade de escolha racional poderia se formar não são levadas em consideração (Kunz, 2001: 199). Além disso, a probabilidade de comportamento irracional aumenta proporcionalmente à gravidade do crime. A maioria dos homicídios ocorre no contexto de

conflitos dramáticos de relacionamento, tendo os envolvidos se enredado em uma situação sem saída. As informações relevantes sobre outras possibilidades de conduta, alternativas para a solução de conflitos, menos custosas e com isso mais úteis, necessárias para uma escolha racional, faltam ao autor do ilícito justamente nas situações pesadas, tensas e sem saída. Por fim, o cálculo racional tenta justamente a inclusão do risco da persecução penal no estabelecimento da relação custo-benefício. Quando a probabilidade de ser pego for pequena, de acordo com a avaliação do autor do ilícito (ou quando ele acredita ter tomado as precauções adequadas), o ilícito penal planejado pode aparecer-lhe de repente como muito mais vantajoso (Kunz, 2001: 201 e s.).

Ademais, medo e horror não encorajam nenhum processo de aprendizado moral por meio da análise construtiva do ato praticado. Pelo contrário, provocam reações defensivas, com as quais o prisioneiro nega a injustiça que causou e o sofrimento da vítima ou os neutraliza perante si mesmo, por meio de supostas justificativas ou desculpas (Sykes/Matza, 1974: 360 e ss.). O mero cumprimento de uma pena privativa de liberdade, com uma atitude defensiva desse tipo, deixa o prisioneiro sozinho com seus problemas cotidianos não resolvidos, que ele julgava solucionar apenas com seu comportamento desviante. Assim que colocado em liberdade, retornam os problemas e com eles também o padrão de solução por meio do comportamento desviante, aprendido e incorporado de modo estável em razão da falta de alternativas de comportamento que tenham sido experimentadas e praticadas por ele próprio. Por outro lado, penas privativas de liberdade curtas, os famigerados “puxões de orelha”, não deixam, com o passar do tempo e o apagar das lembranças, praticamente nenhum rastro duradouro. Na melhor das hipóteses, elas promovem apenas a socialização no meio criminoso.

D) PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

A pena deve causar arrependimento, compreensão e regeneração, ou seja, uma mudança de atitude que garanta pelo menos uma adaptação externa à ordem legal. A empiria do cotidiano prisional indica naturalmente que tais efeitos são improváveis – ainda que ocorram de tempos em tempos casos individuais nos quais os resultados desejados realmente se verificam. A experiência aponta, ao contrário, que na prisão prisioneiros potencialmente de boa vontade são justamente socializados no meio criminoso de modo duradouro, internalizando seus valores e atitudes, para só aí formar realmente sua identidade delinqüente. Em vez de defrontar-se internamente com seu ato, o prisioneiro acaba em uma situação de embrutecimento e indiferença, especialmente em casos de prolongada privação de liberdade.

Por isso, logo se deixou de esperar da pena em si mesma qualquer efeito positivo, passando-se a esperá-lo apenas de medidas que acompanham a privação de liberdade e lhe dão forma, de modo que o prisioneiro possa inserir-se novamente

na comunidade e levar uma vida livre de penas, isto é, que ele seja ressocializado. De todas as justificativas da pena, a ressocialização foi a que teve naturalmente o destino mais triste nas últimas décadas. Nela eram depositadas as grandes esperanças que culminaram com a Lei de Execuções Penais (*Strafvollzugsgesetz*), de 1977, a qual, em seu § 2, orientava a execução da pena privativa de liberdade pelo objetivo da ressocialização: “Na execução da pena privativa de liberdade o prisioneiro deve tornar-se capaz de levar futuramente, de modo socialmente responsável, uma vida livre de ilícitos penais”. A proteção da coletividade aparecia em seguida apenas de modo secundário como um objetivo da execução penal. Isso correspondia à política criminal do Estado de Bem-Estar Social, que buscava – e tentava corrigir – as causas da criminalidade não na decisão de livre-arbítrio do autor do ilícito, mas em déficits de socialização e da estrutura social. Essa política criminal tinha ainda pelo menos uma noção de que a sociedade não é isenta de culpa no que se refere à criminalidade. De lá para cá, passou a lançar-se sobre a ressocialização um escárnio populista. “Conversas terapêuticas” valem como exemplo de manifestação de uma atitude frouxa em relação a autores de ilícitos penais, sem efeitos e que deixa o criminoso sair da prisão como um vencedor sorridente para que possa continuar com seus abusos como estelionatário, ladrão de bolsas, traficante de drogas ou pedófilo. Nos casos em que a criminalidade atinge o nível da organização, como máfia ou grupo terrorista, a ressocialização não poderia, de todo modo, produzir nenhum efeito. Levantamentos feitos entre alunos de Direito nos primeiros semestres do curso comprovam essa mudança de atitude em relação à ressocialização (Streng, 2000: 425 e s.). Mais uma vez, a política adota de boa vontade essa tendência e a transforma em moeda de troca para o jogo pelo poder. A requerimento do Estado de Hessen, o *Bundesrat* apresentou ao *Bundestag*² no ano passado um projeto de alteração da Lei de Execuções Penais (*Strafvollzugsgesetz*) que visava diretamente a eliminação daquela relação hierárquica entre ressocialização e proteção da coletividade: como o mandamento de ressocialização “na forma atual não corresponde mais à realidade da execução” e “não leva suficientemente em conta a crescente demanda por segurança da população”, a proteção da coletividade deve receber “uma valorização relativa adequada” por meio “do seu reconhecimento como mais um objetivo da execução” (BTDrucks, 15/778). Conseqüentemente, isso acabaria naturalmente em uma inversão fática da relação de primazia. Na dúvida, a proteção da coletividade teria sempre precedência sobre a ressocialização. Mesmo sem a concretização desse projeto de reforma, cada vez mais Estados da federação passam a aplicar as medidas de ressocialização na execução de maneira restritiva ou a suprimi-las completamente.

A justificativa política dirigida à emotividade característica do medo da criminalidade, segundo a qual, entre outras coisas, “A estruturação da execução com vistas

primordialmente às necessidades do preso [...] deveria recuar diante da crescente demanda por segurança da população (idem)”, naturalmente não se dá conta de que uma ressocialização bem-sucedida é o melhor meio de proteger a coletividade e tem efeitos a longo prazo. Aceitar as necessidades do preso não é, portanto, um fim em si mesmo ou uma pretensa boa ação feita por uma mal compreendida compaixão por malfeitores, mas condição para uma mudança duradoura de atitude e comportamento do delinqüente. De todas as opções que uma sociedade tem para reagir à criminalidade, a ressocialização bem-sucedida é na verdade a única que se pode justificar racionalmente.

A ressocialização em si mesma naturalmente já não é mais uma pena e talvez também por isso ela tenha permanecido até hoje uma utopia. Os protestos e a oposição que ela encontra para a sua concretização são muito grandes. Uma das condições para a aplicação e para o sucesso da ressocialização é o seu caráter voluntário e justamente isso falta enquanto o delinqüente se encontra atrás dos muros da prisão. Se falta a voluntariedade, então as medidas de ressocialização não atingem o seu objetivo e encontram a resistência interna do delinqüente ou, na melhor das hipóteses, o cálculo estratégico de participar aparentemente de tais medidas, com o fim de conseguir benefícios na execução penal, especialmente uma antecipação da liberdade. Pode acontecer que nesse caso um presidiário agindo de modo estratégico seja de algum modo surpreendido pelos efeitos positivos das medidas de ressocialização, mas tais efeitos são casuais e não podem ser calculados. Mas, sobretudo, a ressocialização só pode ser bem-sucedida quando a causa do comportamento desviante estiver realmente ligada ao delinqüente e a problemas na sua socialização e quando as terapias e ofertas de ajuda forem adequadas para eliminar essa causa ou diminuir seus efeitos delinqüentes. No entanto, quando as causas se relacionarem a uma estrutura social injusta, discriminatória e criadora de desvantagens ou a um sistema jurídico ilegítimo (por exemplo, Leis de Nuremberg, Apartheid) ou cujas normas impõem condutas não razoáveis, então a ressocialização se torna adestramento e disciplinamento externo. Há razões para supor que, no quadro de estruturas sociais razoavelmente justas e sistemas jurídicos no geral legítimos, a causa para algumas categorias de crimes graves ou também para altos índices de reincidência em casos de criminalidade mediana contra a propriedade e o patrimônio se relacionam a consideráveis déficits de socialização, especialmente de pessoas com estruturas de personalidade narcisistas (Lüderssen, 1984: 103 e ss.). No entanto, é pequena a disposição da sociedade para investir o dinheiro necessário em socioterapias custosas, com as quais tais déficits poderiam ser superados ou pelo menos ter seus efeitos negativos minimizados. A ressocialização não consta da agenda sociopolítica de investimentos futuros. Por que – perguntam muitos – o Estado deveria gastar tanto dinheiro de tributos com criminosos?

E) PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

As justificativas tradicionais da pena – sua capacidade de intimidar terceiros ou regenerar delinquentes – haviam sido colocadas em dúvida por Emile Durkheim, já em seu livro sobre a divisão do trabalho, de 1930. A pena “não serve, ou serve apenas de modo secundário, à correção do culpado ou à intimidação de possíveis imitadores. Desses dois pontos de vista sua eficácia é com razão duvidosa e em todo caso módica” (Durkheim, 1977: 149). Ele investigou uma suspeita, que se instala sobretudo quando alguém começa a se admirar com espantosa desproporção entre a real falta de efeitos da pena e a persistência da demanda pela pena. Por que tantas pessoas se aferram à pena, mesmo quando ela não atinge os objetivos pretendidos? Isso pode ser explicado apenas pelo fato de que a pena produz algum efeito sobretudo sobre as pessoas que não estão em risco de cometer nenhum ilícito penal e que acreditam na pena. Segundo Durkheim, a pena tem um importante efeito sobre a sociedade, isto é, sobre os terceiros em realidade não envolvidos no ato, que tampouco necessitam de intimidação em razão de potenciais inclinações à delinquência, mas que são, ao contrário, respeitadores da lei. “Sua verdadeira tarefa é manter a coesão social, na medida em que conserva a plena vitalidade da consciência coletiva” (idem). Por meio da pena, os bons cidadãos – que, aliás, já partilham valores sociais – comemoram suas convicções axiológicas comuns, na medida em que, com base em um caso exemplar, confirmam e reforçam uns para os outros que estão todos juntos do lado certo, que ainda vale a pena aferrar-se aos valores comuns e que aqueles que se comportam de modo desviante estão do lado errado. É por isso que o crime é decididamente necessário para a integração da sociedade, já que é apenas por meio do teatro penal que ela consegue reativar e reestabilizar constantemente sua própria consciência coletiva. Caso contrário, as normas e valores comuns cairiam no esquecimento, tornar-se-iam frágeis, individualizados e privatizados e sua influência na determinação de comportamentos tornar-se-ia cada vez mais fraca. Ao final, haveria o risco de desintegração da sociedade. Isso vale especialmente para sociedades modernas, organizadas pela divisão do trabalho. Nessas sociedades, a solidariedade orgânica dominante apóia-se principalmente em cooperações convencionadas contratualmente. Violações da solidariedade orgânica são compensadas principalmente pelo direito civil, por meio da indenização dos prejuízos. Uma sociedade assim limita o âmbito do direito penal em favor do direito civil, mas corre o risco de se desintegrar, se um núcleo de convicções axiológicas partilhadas, no qual se centra a consciência coletiva, não for mantido vivo. E a sanção repressiva do direito penal, que na realidade foi constitutiva para o estágio pré-moderno da solidariedade mecânica, reativa constantemente, em casos dramáticos individuais, esse centro de valores interno de uma sociedade.

Essa justificativa da pena, que visa efeitos positivos sobre a coletividade, aparece em diferentes variações. Para a teoria da prevenção geral positiva a pena é semelhante àquela das versões modernas da teoria retributiva: “resposta à negação da norma,

às custas do autor do ilícito” (Jakobs, 1991: 10). Em oposição à manifestação do autor do ilícito, no sentido de que a violação da norma é possível e a contranorma afirmada implicitamente com seu ato é também praticável, é preciso que a norma original seja restabelecida, que sua validade seja confirmada. No entanto, diferentemente do que ocorre nas teorias retributivas, isso não é um objetivo em si mesmo, mas visa efeitos positivos sobre a coletividade. A experiência da frustração das expectativas normativas da sociedade partilhadas em geral pode abalar a crença de terceiros na validade e inviolabilidade da norma. Por isso, é preciso que aconteça algo que elimine esse abalo. Os efeitos produzidos pela pena distinguem-se por três aspectos:

os destinatários da norma são principalmente todas as pessoas, e não algumas pessoas como potenciais autoras de ilícitos, já que ninguém consegue sobreviver sem interação social. Nesta medida, a pena se aplica para o treino da confiança na norma. Além disso, a pena onera o comportamento ilícito com custos, aumentando com isso a chance de que tal comportamento seja aprendido como uma alternativa comportamental inaceitável. Nesta medida, a pena se aplica para o treino da obediência ao direito. No mínimo, aprende-se com a pena a conexão entre o comportamento e o dever de arcar com as conseqüências, ainda que a norma seja violada apesar do que se aprendeu. Nesta medida, trata-se de treino da aceitação das conseqüências. Os três efeitos mencionados podem ser sintetizados como treino do reconhecimento da norma (Jakobs, 1991: 14 e s. – grifos no original).

Com isso, a pena demonstra ser funcionalmente necessária para a estabilidade do sistema normativo, do qual depende a capacidade de funcionamento das sociedades modernas como um todo.

A teoria da prevenção integrativa orienta-se sobretudo pela idéia de Durkheim, de que o comportamento obediente ao direito assenta-se em convicções axiológicas geralmente partilhadas. A pena é aqui não apenas treino do reconhecimento da norma, mas, além disso, confirmação e reforço dos vários valores, normas e instituições de uma sociedade, os quais, em conjunto, estabilizam atitudes de obediência ao direito, mas que por sua vez são estabilizados por outras formas de controle social. A pena atua tão-só como mais uma instância de controle social, ao lado de outras.

O conceito baseia-se na teoria do direito penal: o sistema jurídico penal, como parte do controle social, atua ao seu modo para a aculturação e socialização das pessoas, ao lado da escola e da casa paterna; tem em mira a confiança da população na estabilidade das normas; o cultivo do direito penal

na prática, na relação de reciprocidade com outros campos do controle social, tem conseqüências para a validade de normas sociais e sua estabilidade (Hassemer, 1990: 325).

O mérito desse conceito consiste em que, ao contrário das demais teorias preventivas, ele consegue integrar as características do direito penal do Estado de Direito: a limitação, a restrição e a formalização da demanda geral por punição. O controle social ocorre diariamente e por toda parte de formas diversas. O direito penal estabiliza a confiança na validade da norma na medida em que transmite os valores do Estado de Direito de um direito penal vinculado aos princípios da dignidade humana, da formalização e da *ultima ratio*. A pena, portanto, transmite consigo a mensagem da sua própria limitação.

Como nas variantes mais modernas da teoria da retribuição, nas teorias da prevenção geral positiva a pena, entendida como a inflição de uma mal ordenada e executada pelo Estado, é também reduzida a um meio de comunicação. Por que tais mensagens precisam ser comunicadas justamente por meio da pena permanece uma questão em aberto. Seu conteúdo proposicional poderia ser comunicado também por intermédio de outros atos performativos, como uma condenação em um processo público e formalizado de determinação dos fatos e de imputação. O nexo entre a mensagem mediada pela comunicação e o meio de comunicação pena continua contingente; não está comprovada a existência de uma relação *necessária*. Apenas se e na medida em que os destinatários da norma *já tenham aprendido* a linguagem da pena é que podem compreender as mensagens transmitidas dessa forma e tornar-se incapazes de imaginar qualquer outra linguagem para a transmissão da mensagem. A teoria da prevenção geral positiva incorpora simplesmente a realidade da pena, mas não é capaz de justificá-la. Isso vale especialmente quando se considera a pena somente um meio entre outros para o treino do reconhecimento da norma. Por que então não buscar alternativas melhores e mais eficazes? Para Hassemer, a pena e o direito penal devem, por meio de sua formalização no Estado de Direito, “ser transmitidos socialmente como um padrão de trato humanitário com a adequação à norma” e, nesta medida, “basear-se na autonomia dos homens” (Hessemer, 1990: 327). Se é essa a mensagem a ser transmitida, surge, o mais tardar neste momento, a questão de saber se ela depende ainda da pena como meio de transmissão. Homens autônomos, capazes de fazer uso público de sua razão, não precisam que se dirijam a eles por meio da pena para que possam perceber que em uma sociedade democrática e com Estado de Direito deve-se tratar comportamentos desviantes de maneira a respeitar a dignidade humana. Para isso bastam boas razões.

As razões e justificativas apresentadas no discurso oficial e público sobre a pena não resistem, portanto, a um exame mais detalhado. As alegadas relações de meio e fim entre a pena e seus efeitos não são acertadas ou são impossíveis de se

comprovar, ou a pena é reduzida a um meio de comunicação, sem que se possa demonstrar que as mensagens a serem comunicadas dependam necessariamente da pena como meio de transmissão. Naturalmente, existe também um discurso extra-oficial sobre a punição, no qual são apresentadas razões que servem de justificação indireta para a prática penal.

A segunda parte deste artigo foi publicada em *WestEnd* 1 (2005).

NOTAS

1 Essa constatação baseia-se em observações próprias. Levantamentos estatísticos feitos entre estudantes de Direito em diferentes universidades comprovam essa tendência (cf. sobre isso Streng, 2000: 422 ss.).

2 N.T. O *Bundestag* é, conforme o art. 77 da Lei Fundamental Alemã, o órgão central do poder legislativo federal daquele país. O *Bundesrat* é a assembléia de delegados dos estados federados e atua ao lado do *Bundestag* no processo legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis (2003). *Die vergessene Freiheit – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- DUFF, Antony (1995). Penal communications: recent work in the philosophy of punishment. *Crime and Justice: an annual Review of Research*, p. 20 e ss.
- DURKHEIM, Emile (1977) [1930]. *Über die Teilung der sozialen Arbeit*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- EISENBERG, Ulrich (2000). *Kriminologie*. 4. ed. München: C. H. Beck.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus (1993). *Aussichten auf den Bürgerkrieg*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- FEINBERG, Joel (1994) [1970]. The expressive function of punishment. In: DUFF, R. Antony; GARLAND, David (Org.). *A reader on punishment*. Oxford: Oxford UP, p. 73-89.
- GÜNTHER, Klaus (2002). Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (Org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, p. 205-219.
- HAFKE, Bernhard (1976). *Tiefenpsychologie und Generalprävention*. Aarau e Frankfurt a. M.: Sauerländer.
- HASSEMER, Winfried (1990). *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München: C. H. Beck.
- (2000). Die neue Lust auf Strafe. *Frankfurter Rundschau*, 20 dez., p. 16.
- ; REEMTSMA, Jan Philipp (2002). *Verbrechensopfer – Gesetz und Gerechtigkeit*. München: C. H. Beck.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1970) [1821]. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Organizado por Eva Moldenhauer e Karl Markus Michel. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, Obras, v. 7.
- JAKOBS, Günther (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin: De Gruyter.
- (1992). *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. München: C. H. Beck.
- (2000). Kommentar. In: ESER, Albin et. al. (Org.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: C. H. Beck, p. 47-56.
- KANT, Immanuel (1975) [1797]. *Metaphysik der Sitten*. Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Organizado por Wilhelm Weischedel. , Darmstadt. Obras, v. 4.
- KUNZ, Karl-Ludwig (2001). *Kriminologie*. 3. ed. Bern/Stuttgart/Wien: Paul Haupt.

- LÜDERSSEN, Klaus (1984). *Kriminologie* – Einführung in die Probleme. Baden-Baden: Nomos.
- (1995). *Abschaffen des Strafens?*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- MONTADA, Leo (1998). Moralische Entwicklung und moralische Sozialisation. In: OERTER, Rolf; MONTADA, Leo (Org.). *Entwicklungspsychologie*. 4. ed. Weinheim: Beltz, p. 862-894.
- NEIMAN, Susan (2004) (2002). *Das Böse denken*. Tradução de Christiana Goldmann. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- PFEIFFER, Christian (2004). *Die Dämonisierung des Bösen.*: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 05 mar.
- ROXIN, Claus (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: C. H. Beck.
- SCHEERER, Sebastian (1978). Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf. Zur Beeinflussung der Massenmedien im Prozeß strafrechtlicher Normbildung. *Kriminologisches Journal*, ano 10, p. 223-227.
- SCHORK, Stefanie (2004). *Ausgesprochen schuldig*. Diss. Jur. Frankfurt am Main.
- STRENG, Franz (2000). Die heranwachsende Juristengeneration und die Aufgabe des Strafrechts. *Bewährungshilfe*, 4, p. 422-435.
- (2003). Das Legitimationsdilemma sichernden Freiheitsentzugs – Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung. In: DÖLLING, Dieter (Org.). *Jus humanum* – Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe z. 70. Berlin: Duncker & Humblot, p. 611-642.
- SYKES, Gresham M.; MATZA, David (1974) [1957]. Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz. In: SACK, Fritz KÖNIG, René (Org.). *Kriminalsoziologie*. Frankfurt a. M.: Akademische Verlagsgesellschaft, p. 360-371.
- TRÖNDLE, Herbert; FISCHER Thomas (2003). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 51. ed. München: C. H. Beck.

Klaus Günther

PROFESSOR DE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL
DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS E FILOSOFIA DO DIREITO
DA UNIVERSIDADE JOHANN-WOLFGANG GOETHE

