CAPÍTULO 6

Por que e para qual fim punimos?

Diante dos exemplos atuais, o antigo questionamento sobre o sentido e o fim da pena estatal é reformulado: criminalidade governamental e "atiradores do Muro de Berlim"; "Processo dos estupradores de criança de Worms"; medidas contra corrupção. A defesa aponta para um alargamento dos conceitos com os quais nós entendemos e justificamos a pena estatal e ao mesmo tempo volta-se para um estreitamento do campo da punição estatal: a pena deve garantir a força de resistência de nossas normas fundamentais, mas não apenas as vedações e mandamentos do direito penal material, mas, também, as garantias de liberdade afiançadas pelo processo penal e pelo processo penal constitucional: a pena somente é apropriada e justificada quando da violação de bens jurídicos vitais de direito penal, porém não para apoiar os desejos por solução de problemas vagos ou amplos demais, como eles atualmente dominam a realidade do direito penal.

6.1 Passado e futuro – conceito e finalidade

Quando se volta o olhar em retrospectiva sobre o desenvolvimento histórico, como em todo objeto fundamental do direito penal e da filosofia do direito, é preciso que a memória se projete para o futuro, de modo que não é o pior caminho para esse objetivo buscar conselho com aqueles que já refletiram

anteriormente sobre os mesmos questionamentos. Isso vale também para uma reflexão sobre a punição estatal: seu conceito, seu sentido, seu objetivo e sua legitimação.

O título de minha pequena palestra alude à aula de Schiller, concernente à abertura do ano universitário, em Jena, no histórico ano de 1789, sobre o valor da história universal; eu, simplesmente, transformei a severa expressão "O que significa?" em um atual e amável "Por quê?", sem, com isso, pretender modificar o sentido. Essa alusão não é somente um ornamento. "O que significa e com qual fim" espelha muito mais fielmente o contexto no qual os filósofos e juristas desde sempre pensaram sobre o valor da pena; trata-se primeiramente sobre o conceito da punição estatal e seu sentido, por outro, trata-se de seu fim, e tipicamente ambos não andam em conformidade.

"Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur" (nenhum homem razoável pune em razão dos pecados do passado, mas para que no futuro não mais se peque), essa fórmula nos inspira fortemente não apenas de agora, é tão antiga, que sua origem não pode ser precisada, sua versão latina não deveria nada mais ser que do que uma concessão aos leitores e ouvintes que não dominam idiomas antigos: ele trabalha com passado e futuro (*peccam est – ne peccetur*) e, como também Schiller, com a relação entre conceito ("o que significa") e o fim da instituição ("para qual finalidade"). Ela orienta o sentido da pena para uma direção futura. E ela se declara, rudemente, em favor da finalidade. Por isso, ela tem um tom decisivamente moderno, quando ela ensina ao Estado que pune: mera retribuição de um crime anterior não faz sentido (também quando o conceito de pena possa significar nada mais do que o acréscimo retributivo de um mal); esqueçam a teoria e o passado, conduzam seu olhar para a frente e organizem o sistema penal de forma que infrações penais não mais venham a ocorrer.

Quem não poderia, atualmente, aprovar – e ainda complementar a fórmula com peças de reposição atuais, tais como: um simples acréscimo de maldade seria caracteristicamente da idade média ou – talvez ainda pior – metafísico, o Estado

moderno deve medir e deixar medir sua atuação nos sucessos e insucessos empíricos, os quais ele deve, não em último lugar, também às vítimas e ao contribuinte de impostos.

Essas esperanças relativas aos efeitos favoráveis da punição estatal são formuladas, nos últimos tempos, com uma ênfase e detêm uma unanimidade raramente encontrada no campo da política interna. Direito penal e pena têm conjuntura, eles se inserem na posição de um remédio para todos os males, e não poucos penalistas vêem isso como uma satisfação para a sua existência profissional, que até então teve de suportar a sombra do direito civil, tido como o direito "propriamente dito", como a coroa da jurisprudência.

Na verdade, o direito penal era para o leigo, e por isso também para os alunos dos primeiros semestres, sempre o protótipo do Direito. De fato, quem quer que abra o jornal e sendo de todo ignorante acredita que os juristas teriam de lidar em 90% com o direito penal, além disso, com um pouco com direito de família e em uma pequena parte com direito do trabalho. Tais desfigurações da realidade, lisonjeiras para os penalistas, são atualmente alcançadas e reconhecidas por essa mesma realidade. O direito penal e a pena foram promovidos à posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos e uma "demanda urgente de ação" se associa ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções. Eu os escolho indiscriminadamente: abuso de benefícios sociais, poluição ambiental, terrorismo, estruturas mafiosas no interior e no exterior, drogas, corrupção, distribuição de produtos perigosos, tráfico de produtos, sonegação de impostos. Em todo lugar deve o direito penal julgar os andares superiores dos bancos e as direções das empresas, as mansões e os prédios do governo e, consciente de si, o direito penal deve abandonar seu nicho impregnado da sujeira da violência cotidiana. A defesa penal torna-se uma profissão cada vez mais bem conceituada e permite a ocupação lucrativa para muitos.

Tudo isso se ajusta muito bem: o direito penal se solta de seu pensamento passado orientado pelo ilícito e pela retribui-

ção da culpa e se posiciona na perseguição do objetivo e promete soluções para os problemas: suas doutrinas preventivas prometem a recuperação dos criminosos condenados e intimidação dos criminosos potenciais, ou seja, de nós todos; a sociedade e os políticos vêem também dessa forma, eles confiam na realidade do direito penal, eles o conformam com novas ameaças de penas e agravam sanções e entregam ao direito penal seus problemas mais urgentes. Esses serão, então, solucionados com a ameaça de punição e, eventualmente, são resolvidos com a execução da pena.

Mas isso é adequado? Quando se dedica um olhar mais atento, isso não se ajusta nem à nossa tradição nem às nossas experiências.

Como núcleo de nossa tradição, quando da reflexão sobre conceito, sentido e fim da pena, pertence o exemplo de *Immanuel Kant* da *Metafísica dos Costumes*. Conforme o exemplo citado, *Inselbeispiel,* antes que todos os homens abandonassem a ilha por eles habitada, antes da dissolução dessa sociedade e que fosse espalhada por todos os ventos, deverá ser executado o último assassino que se encontre em uma prisão. Não porque ele poderia se tornar perigoso a alguém ou porque, em interesse de todos, ele deveria ser ressocializado (isto já não é mais possível com a atomização da sociedade), mas para que ele, conforme Kant, experimente o quanto valem suas ações e com isso seja satisfeita a Justiça.

Nesse exemplo, despedaça-se nossa representação da sociedade e do ser humano sobre o objetivo preventivo do direito penal; não a recuperação ou a intimidação, apenas a reparação deve ser aspirada. Tudo se tornou sem sentido após a dissolução da vida em comum, pois não se deve satisfazer à Justiça. Uma justiça peculiarmente rígida, barulhenta e vingativa, é o que se reverte para a vida desses condenados. E uma concepção estranha do sentido da pena, elitista, quase arrogante, de satisfazer à Justiça.

Quem pensa que isso derive da época pré-moderna e poderia por isso ficar empoeirado no tesouro de citações dos dogmas históricos de uma câmara de despejos, não deveria se

voltar precipitadamente ao negócio diário da teoria penal e sua promessa de um futuro melhor.

Desse círculo de experiências, eu gostaria então de apontar uma ou outra, observá-la atentamente e em face da pergunta discutir se os esclarecimentos transmitidos sobre a intimidação e a recuperação são aptos para tornar inteligíveis nossas experiências e nos dar instrução sobre a ação correta.

Não exclusivamente, mas com proeminência notável, o fenômeno do "abuso de crianças" ocupou a justiça e o público nos últimos meses. Por isso, essa experiência deve ser discutida aqui. A punibilidade dos membros do Conselho Nacional de Defesa da Alemanha Oriental, bem como a punibilidade dos denominados "atiradores do Muro" deve ser observada como um exemplo salientado de uma aplicação do direito penal e da pergunta crítica pelo sentido de uma punição – não apenas porque o Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal decidiu, a pouco, por unanimidade sobre a questão, mas, e acima de tudo, porque as doutrinas penais e normas se rompem. E, finalmente, deve-se voltar o olhar para o *work in progress* do direito penal, ou seja, sobre a esfera da corrupção, na qual a relação, por mim afirmada, entre a grande desordem social e a esperança no direito penal, é, por um lado, bem visível e, por outro, do ponto de vista da política criminal ainda não foi totalmente definido.

Por serem sintomáticos para o nosso tempo e totalmente esclarecedores para a nossa vida jurídica, daremos três exemplos.

I. "Criminalidade governamental"

Do ponto de vista penal, eu não equipararia o regime da Alemanha Oriental ao regime do Estado nazista. Existem diferenças fundamentais que proíbem tal comparação e que surgiram nas discussões dos últimos anos e também foram reconhecidas sem exceção. Por esse motivo, não me atenho a elas. Não obstante, dois paralelos se impõem, sob o ângulo específico do direito penal, os quais valem a pena ser analisados mais detalhadamente.

O primeiro aborda a condenação da "criminalidade de governos" anteriores por tribunais penais da República Federal da Alemanha (sendo que eu compreendo "criminalidade de governo", de forma ampla, incluindo-se nessa definição qualquer criminalidade apoiada pelo governo e conseqüentemente as que estão compreendidas nos "atiradores do muro"). Aqui, acima de tudo, a justiça penal dos anos 90, como também a jurisdição constitucional, tomou caminhos que a justiça do pós-guerra teria considerado como impraticáveis e pelo o qual ela teria sido admoestada. Essa justiça não tratou realmente da criminalidade do governo dos nazistas e ela preparou seu desvio com construções transparentes. Eu penso em um entendimento dogmático demasiadamente estreito do fato típico da prevaricação, em uma, em mau sentido, interpretação positivista da proibição do efeito retroativo e em uma doutrina sobre autoria e participação cega para realidade, o que, em resumo, gerou que justamente os preparadores, os maquinadores e os condutores dos atos de violência nazista permanecerem sem punição penal. Atualmente não é mais assim. Os preparadores sentam-se nos banco dos réus e não à sua margem: não como incitadores ou auxiliares, mas como autores.

Por ser de outro modo, porque também os centros dos Poderes Executivo e Judiciário não são mais, em princípio, retirados da atuação penal, então se coloca, com urgência, a pergunta sobre quais objetivos razoáveis poderia ter a punição dos poderosos daquela época. (Essa pergunta foi discutida ao final do domínio nazista, evidentemente como se pode entender, diante de um plano de fundo mais teórico; o plano prático não estava disponível.)

II. Recuperação e intimidação

Qual sentido, então, deveria ter a pena em uma constelação? Para antecipar: os objetivos, cujo alcance é exigido pelo direito penal moderno (ressocialização ou recuperação e prevenção generalizada ou intimidação), não podem ser aqui apresentados seriamente.

A idéia, de que aqui os criminosos seriam passíveis de recuperação, seria ingênua, não apenas em razão da regularidade da idade avançada dos envolvidos, mas ingênua também porque para essas pessoas pode haver falta de muitas coisas, em todo caso, não por adequação normativa, e porque, de qualquer forma, não se deve esperar da execução penal a conversão normativa sobre a qual aqui se deveria tratar. Também a esperança na intimidação de propensos ao delito, por intermédio da ameaça da pena e de sua execução, revela-se deslocada. Mesmo quem acredita firmemente nos efeitos curativos do direito penal não se atreveria certamente à suposição de que, como no caso da criminalidade do Conselho Nacional de Defesa da Alemanha Oriental, esta não mais se repetiria, justamente, em razão de nosso direito penal.

Quem aqui retorquir que a punição, todavia, faz, sim, sentido para as vítimas, eventualmente para os dependentes daqueles que foram mortos no muro ou os muitos outros prejudicados em suas chances na vida, tem razão, mas apenas, porque ele, com essa contestação, já abandonou a esfera do direito penal moderno orientado pelos objetivos. Com essa declaração passamos para novo terreno.

III. Satisfação das vítimas

Ultrapassada a severa orientação voltada para os autores do conceito da recuperação, a vítima surge no plano não somente como uma figura de papel que representa sistematicamente a lesão do bem jurídico pelo autor, mas como a pessoa viva que com seus interesses legítimos quer contar doravante sistematicamente com a doutrina dos objetivos da pena. Também ultrapassada a severa orientação de natureza futura do conceito da recuperação como o conceito da intimidação, uma consideração pelos interesses das vítimas pressupõe, com efeito, obrigatoriamente, uma consideração pelo acontecimento pretérito, quando a lesão da vítima não consistia apenas em uma grandeza abstrata de cálculo, mas que deve ser incorporada como evento concreto na determinação do objetivo da pena.

E, por fim, também foi ultrapassada a crua ideologia da adequação, como ela caracteriza o conceito tanto de ressocialização quanto também o da prevenção geral, pela qual devam ser repisadas, tanto nos condenados quanto também em todos os autores potenciais de práticas delituosas, as normas do direito penal por intermédio da pena, para que com isso eles tanto no presente quanto no futuro se afastem da prática delituosa. Está vinculado à consideração da vítima um direcionamento para um conceito normativo do objetivo da pena: satisfação ou reparação de danos significam não somente indenização empírica, também está subentendido, acima de tudo, algo normativo, ou seja, a reabilitação da pessoa lesionada, o restabelecimento de sua dignidade humana, a reprodução obrigatória dos limites entre ação justa e injusta, a confirmação posterior para a vítima de que ela foi "vítima" (e não autor e tampouco não um mero incidente).

Como sentido da pena, isso é algo totalmente diverso da recuperação e da intimidação. E não vale apenas para o exemplo da "criminalidade de governo", aqui ele apenas se desenvolve da maneira mais rígida, porém vale para toda a esfera da punição estatal. Isso se demonstra imediatamente, ao se insistir na pergunta.

Que as vítimas das práticas delituosas são transformadas em referência da teoria penal, vai ao encontro do tema, do qual se trata, porém não totalmente. Para o direito penal não se trata unicamente dessas pessoas que foram lesionadas, pois a categoria penal das vítimas da criminalidade é abordada com mais exigência e alcançada de maneira mais ampla. "Vítima" de um delito somos todos nós, obviamente não em um entendimento empírico, mas certamente em um entendimento normativo, e, ao final, é disso de que se depende.

6.2 Segurança das normas fundamentais

A ação delituosa refere-se não apenas à relação entre autor e vítima. O que possa valer para a amizade e amor (apesar de eu ter minhas dúvidas quanto a isso), não é válido para o

direito penal. Na relação de direito penal, autor e vítima não estão sozinhos, mas nós todos somos também atingidos, mesmo quando o delito não seja perceptível de maneira generalizada. A lei penal protege os bens jurídicos e, sem esse seu reconhecimento, não poderíamos mais, atualmente, viver em comunidade, em conformidade com nosso entendimento social e de acordo com nossa opinião constituída democraticamente: a segurança fundamental dos pressupostos da dignidade humana, acima de tudo, da vida, da liberdade, da saúde, da honra, da propriedade e das condições necessárias para uma coletivização ao mesmo tempo libertária e exitosa.

O crime ataca os mandamentos comportamentais, cujos bens jurídicos pretendem assegurar, e os revoga em casos isolados. Isso não é somente um problema da vítima, é um problema de todos nós. Os mandamentos comportamentais sobrevivem somente se sua fratura for corrigida pública e enfaticamente, quando for esclarecido que nós não admitiremos o rompimento da norma e que não pretendemos deixá-lo perdurar, mas que nós a condenamos e nela insistimos, e que não pretendemos deixar valer a sua negação. Como isso ocorre, depende de muitos contingentes, de fatores de longo prazo e alteráveis; não deve ser necessariamente uma pena privativa de liberdade, não há necessidade de ser sempre uma pena que responda audivelmente à infração legal; reprimenda e desaprovação poderiam, por exemplo, ser suficientes. É substancial que isso, porém, ocorra quando os limites da liberdade, traçados pelo direito penal, também devam ser obrigatórios.

Desse ponto de vista, a pena se orienta tanto no passado quanto no futuro. Ela é a resposta corretora para o rompimento de uma norma, a qual é irrenunciável para a nossa vida coletivizada; ela não é *l'art pourt l'art* infinita, mas um acontecimento que quer assegurar para o futuro a força de existência de uma norma. E isso esclarece também a posição elevada ocupada pelo direito penal na percepção do público. Especialmente nos tempos como os nossos, que são caracterizados pela erosão das normas e a mudança de valores, devem existir locais nos quais se pode tratar publicamente, vinculativamente e

com conseqüências sobre a validade das normas gerais. Um desses locais é o sistema penal. Ele define o *cânon* dos mandamentos comportamentais fundamentais e irrenunciáveis, e, também os impõe.

Essa observação (ela se denomina, na nova teoria penal, "prevenção geral positiva") possuí muitas conseqüências, Em nossa relação, as a seguir citadas são especialmente relevantes.

– Os objetivos da pena tais como a recuperação do criminoso e a intimidação da coletividade têm seu lugar, sem sombra de dúvidas, nesse contexto (mesmo sendo ele modesto); pois eles também são meios para a segurança de nossas normas fundamentais.

– A justiça penal é conveniente apenas como um evento público. É vital que ela transmita fiel e claramente à população sua atuação, porque, de outro modo, a estabilização de uma norma seria possível apenas teoricamente, mas não poderia ter sucesso na realidade da vida cotidiana.

– A justiça penal é uma justiça de casos individuais. A culpa é calculada individualmente e é indissolúvel da pessoa do autor do ato delituoso, restando vinculada às suas especificidades; a imputação da pena e sua execução devem corresponder de forma justa ao autor do delito.

– A justiça penal deve ser também presente, justamente em seu tratamento regrado dos casos individuais, já que ela é um local público de debates sobre as normas. Disso decorre, por exemplo, que a justiça penal não pode se furtar da tarefa de assumir um posicionamento normativo no caso de uma troca de sistemas. Tribunais e demais outros eventos informais possuem seu valor, mas a justiça penal também tem o seu, ou seja, segurança formalizada da busca da verdade, clareza do caso tratado, obrigatoriedade da decisão.

Quando a mensagem da atual teoria penal diz que a pena deve assegurar as normas fundamentais de nossa sociedade em face da ruptura jurídica, por intermédio de reação constante e adequada, então fica ainda em aberto uma pergunta importante. Quais são as normas mencionadas? São apenas os mandamentos comportamentais do Código Penal contra furto,

fraude de subvenção e assassinato, ou seriam também as normas de processo penal ou de direito constitucional penal, como as garantias de uma defesa penal ou da presunção de inocência, a proibição de efeito retroativo e do devido processo legal?

Entendo que as normas, por último citadas, também foram consideradas (e eu me encontro quase sozinho na paisagem profissional, no que se refere a esse posicionamento). Porque essa opinião é sensata (e que deveria obter muito mais adeptos), gostaria de esclarecer essa opinião por meio de um exemplo, com o qual a Justiça penal, por fim, chegou às manchetes dos jornais. Trata-se do "processo dos estupradores de criança de Worms".

Com todo o respeito devido aos processos penais na instância de mérito, nos quais não se está participando diretamente, podem-se caracterizar esses processos como: as absolvições ocorridas não se embasaram no fato de que não teria ocorrido injustiça às crianças; elas se embasaram no fato de que não se pode demonstrar, com segurança suficiente, a culpa dos acusados. O motivo para isso foi, acima de tudo, uma prematura poluição dos resultados do inquérito por meio de "esclarecedores" particulares em prejuízo dos acusados, os quais tornaram impossíveis à Câmara constatações confiáveis; acima de tudo, as testemunhas infantis foram parcialmente influenciadas. Os danos são consideráveis e não podem mais ser equilibrados, especialmente quanto às crianças e seu círculo familiar.

O que ocorreu aqui? Aqui, foram afastadas as normas que deveriam orientar a busca formalizada da verdade no inquérito penal. Essas normas são de importância elementar para o direito penal, mesmo quando isso não seja abordado como tarefa em muitas teorias sobre a pena e do direito penal. Elas têm um significado empírico e um normativo. Empiricamente elas se embasam na longa experiência criminal (da psicologia passando pela balística até a técnica de assegurar vestígios no local do crime), e normativamente elas são contrabalançadas, de um lado, por intermédio do equilíbrio dos interesses na descoberta da verdade e, por outro, pela privacidade dos envolvidos. A busca da verdade no processo penal é para todos os envolvidos um processo doloroso, sejam eles inocentes ou culpados,

sejam eles acusados ou testemunhas. Esse processo pode violar, em dois modos distintos, os seres humanos em seus direitos. Ele pode ser desproporcionalmente investigativo e pode trazer à tona o erro. Esses perigos são consideráveis e eles podem levar a conseqüências terríveis, caso se realizem. Assim, o direito processual penal adotou contra isso, desde sempre, precauções diferenciadas e bem seguras, as quais, naturalmente, como se pode concluir das situações de Worms, não excluem a possibilidade de abuso.

6.3 Cultura da prática penal

Normas de direito penal centrais e fundamentais não se encontram apenas no Código Penal, como se pode ver nesse exemplo; elas estão também na Lei Fundamental, no direito constitucional dos tribunais ou no Código de Processo Penal. Trata-se, em outras palavras, no direito penal, não de permissões e vedações em face das cidadãs e dos cidadãos. Trata-se também de regulamentos para os procedimentos das autoridades administrativas e judiciais quando da suspeita de um ilícito penal ou quando do prosseguimento do processo principal. Essas normas procedimentais são apenas em uma ínfima parte de ordem técnica; essencialmente elas determinam não menos do que a cultura de nossa prática penal. Elas dispõem sobre as posições dos envolvidos, das testemunhas, dos peritos ou do auxiliares da acusação, ordenando-lhes e destinam-lhes suas precisas obrigações e seus direitos; elas concedem, sob determinados pressupostos, ataques às decisões já transitadas em julgado, proíbem tribunais de exceção e submetem a escolha do juiz competente a um mecanismo abstrato automático e pelo acaso; elas querem impedir uma dupla condenação e coação para auto-incriminação, elas distribuem o direito de silenciar-se e impõe limites à curiosidade popular. Elas não organizam somente o processo penal; elas decidem, muito mais, também, sobre direitos e obrigações, vigiam o seu cumprimento e vinculam a busca da verdade e da justiça a regras e princípios.

Minha afirmação é então que a doutrina do sentido da pena é tímida, quando ela se refere ao sentido apenas como garantia daquelas normas que vedam o estupro ou determinam à obrigação de prestação de assistência nos casos de acidente, ou seja, com relação às normas insertas no Código Penal. Dito de outra maneira: por esses fatos típicos são transmitidos à população somente uma parte daquilo que é o "direito penal", e, por outro lado, essa parte, como ela é parcial, traduz uma imagem falsa. O direito penal é com isso, concentrado no Código Penal, o direito material penal, uma imagem da negação de algo, ele é proibição, ameaça e disciplinamento. A ele falta aquilo que eu justamente denominei "cultura" de nossa prática penal: as normas do direito penal delimitadoras das intervenções, que rompem com o poder, garantidoras da liberdade, que se encontram no processo penal, no direito constitucional dos tribunais e na Lei Fundamental. A pergunta sobre o sentido da pena foi, até o momento, formulada de modo muito estreito, inspirando-se pouquíssimo no conjunto de todas as normas penais. A pena concebe, sim, seu sentido como instrumento de todo o direito penal e também do direito processual penal, e esse direito não formula apenas vedações e disciplinamento, mas também os modelos e estruturas do trato amigável, do ponto de vista dos direitos humanos e do Estado de Direito, para com a suspeita de um crime, o crime, o autor e a testemunha.

Aqui se encontra o problema de Worms. Lá não foi colocado, de forma alguma, em discussão que o abuso sexual contra crianças está sujeito à punição, o Código Penal com seus fatos típicos encontrava-se excluído de qualquer discussão. Em Worms, tratou-se muito mais da técnica e cultura do inquérito no caso de uma suspeita muito grave. Da técnica, porque quando se caminha sem noção sobre os fatos, fontes de cognição podem ser destruídas de forma irrevogável. Da cultura, porque quando não se domina a sensibilidade da dúvida ou quando o direito dos envolvidos é pouco respeitado, pode-se causar danos severos às pessoas que foram submetidas ao inquérito, danos esses que elas não se livrarão pelo resto de suas vidas.

Não tenho qualquer esperança de que sociedades, mesmo quando elas se gabem muito de seu processo racional de solu-

ções de conflitos, serão surpreendidas, alguma vez, em algum momento, por problemas que de um dia para o outro surgem no centro das percepções públicas, e lá, em curtíssimo tempo, revelem-se tão insuperáveis que qualquer medida para combatê-los será tida como correta. São respectivamente, como no caso dos "estupradores de crianças", problemas da criminalidade, assim também é a hora direito penal, não no sentido de fortalecimento dos fatos típicos penais (eles não estão sendo questionados e não são desacreditados por qualquer pessoa – justamente ao contrário), mas do fortalecimento das normas jurídicas processuais, as quais estão apoiadas, por experiência empírica e determinação normativa, na discrição, equilíbrio e cautela dos processos punitivos.

O direito penal oferece à sociedade, para a qual ele possui validade, muito mais do que a determinação de limites da liberdade nas normas comportamentais do Código Penal; ele exibe, em suas normas jurídicas processuais e em sua prática diária, também os critérios e regras que orientam e devem definir os processos que versam sobre suspeita e punição. Essas regras não se permitem ser transplantadas para fora do direito penal, sem complicações, em nossa diária assimilação de conflitos, como, por exemplo, para a imprensa, para a sala de aula, para os grandes escritórios ou para a liga de proteção das crianças. Entretanto, elas são suficientemente claras e ricas em facetas para servir como modelo para essa assimilação de conflitos. Processo penal, condenação e sua execução têm o sentido também de transmitir esses modelos ao público e de estabilizá-los contra lesões. Quanto ao preenchimento dessa tarefa, nós nos encontramos bem no início, como bem demonstra o nosso exemplo.

Gostaria de avançar em mais um passo quanto à pergunta sobre o sentido da pena. Também com ele tento romper uma visão estreita da pena e do direito penal.

Esse passo começa com duas constatações anteriores que, à primeira vista, aparentam não estar relacionadas entre si: o fato de que o direito penal se estabeleceu como portador de esperança para áreas cada vez mais problemáticas e que sua tarefa consiste na segurança das normas fundamentais. Em

uma segunda análise, torna-se claro que ambos não podem persistir simultaneamente: quanto mais se estendam as competências penais, tanto menos fundamentalidade pode ser esperada; um direito penal muito amplo deve ter como objeto mais questões secundárias do que um direito penal concentrado em um núcleo dos interesses vitais dos seres humanos.

Isto é, de fato, um desenvolvimento que nós nos encontramos já há um longo espaço de tempo. Basta apenas um exame das disposições que revelam sua idade, por intermédio das pequenas letras que seguem o número do parágrafo e se reconhece, já nessa visão, o legislador loquaz e sua sanha legiferante. Mais importante do que as normas se tornem cada vez mais estritas, é a tendência de se apostar, cada vez mais, em medidas penais para solução dos problemas. Atualmente são exemplos as drogas e o meio ambiente.

Com isso, um amplo campo se esboça. Nesse campo exsurgem perguntas complexas, como a relativa à crescente juridicização, até mesmo a criminalização da vida cotidiana ou aquela concernente à possibilidade de substituir normas sociais por normas penais. Eu não posso, aqui, medir esse campo com meus limitados meios; por isso eu não o penetrarei e deixarei a pergunta dessa maneira. Apenas uma pequena parte pode nos interessar: teria a extensão do direito penal conseqüências para o sentido da pena?

Estou totalmente convencido disso. Um direito penal nuclear circunscrito aos bens jurídicos referentes aos seres humanos e que coloca sob punição apenas aqueles bens jurídicos da coletividade, que podem ser concebidos precisamente e que por detrás deles possam ser ainda percebidos interesses pessoais (como no caso da periclitação do trânsito urbano, a busca judicial da verdade ou no caso de posse de objetos perigosos à comunidade), possuem um outro tipo de pena do que um direito penal que se apóia na proteção da capacidade funcional dos órgãos de subvenção ou do fluxo de capital ou que até mesmo permita a imputação coletiva da maioria das pessoas, eventualmente das direções, como, provavelmente, vivenciaremos em um futuro próximo.

O direito penal ampliado a todos os bens universais possíveis se aproxima do direito administrativo, e a ele também corresponderá à qualidade de suas sanções. Não se trata mais de um equilíbrio adequado de um ilícito factível (e a confirmação das normas lesionadas por meio desse equilíbrio); trata-se de uma prevenção do risco, da dominação do perigo, da intervenção, antes que os danos ocorram. A diferença entre repressão e prevenção, que distingue o direito penal tradicional do direito administrativo policial e demais outros, tornou-se impeditiva e obsoleta. Nós queremos prevenção em todo lugar e isso sem supressões e com as armas mais penetrantes.

Não me volto contra uma modernização do direito penal no sentido de sua adequação a novas morais ou novos perigos. Volto-me contra uma complementação cega de nossos instrumentos de solução de conflitos por meio de medidas penais, somente porque elas são, comparativamente falando, baratas, e no caso individual, atacam agudamente e prometem efetividade em face do problema global. Eu defendo a ponderação e disponibilidade para a crítica. Então restará exemplarmente demonstrado que as medidas penais não servem tão bem para a prevenção do perigo, como nós realmente precisamos, ou que princípios irrenunciáveis do Estado de Direito, como a presunção de inocência ou a proporcionalidade da sanção, impedem uma solução efetiva do problema. Quem conhece, por exemplo, os mais novos projetos de lei para o combate ao crime organizado, sabe do que eu estou falando.

A pena poderá somente manter vivo o seu sentido, caso o direito penal não se degenere em uma moldura para todas as soluções dos problemas. A segurança das normas fundamentais, por meio do debate público e da sanção, precisa de concentração e saliência, ela precisa de seriedade, obrigatoriedade e uma especial fidelidade manifesta aos princípios na ameaça de pena, no processo penal e na execução da pena.

6.4 Corrupção

Gostaria de demonstrar ainda, ao final, com o meu terceiro exemplo sobre a corrupção e das possibilidades de confrontá-

la, que um direito penal concentrado no essencial não dificultaria a solução de nossos problemas, mas a facilitaria.

Aquele que, como eu, se contrapõe ao fenômeno "do crime organizado", de modo mais questionador do que decisivo, considerará como muito séria a periculosidade dos desenvolvimentos corruptíveis, pois eles não são apenas processos, quase irreversíveis quando se estabelecem. Acima de tudo, eles capturam, ao se alastrarem nos centros de poder estatal, justamente as instâncias necessárias para seu combate e para as quais inexiste uma alternativa. Uma polícia corruptível ou, até mesmo uma justiça e uma legislação corruptíveis envenenam internamente um ordenamento democrático-libertário.

Seria atual, mas equivocado, retirar da periculosidade dos desenvolvimentos corruptíveis então a conclusão de que esses deveriam ser combatidos com os meios mais severos que possuímos, ou seja, com os meios penais: novas tipificações, aumento das penas, eliminação dos pressupostos da punibilidade como eventualmente dos acordos ilegais, redução do requisito do dolo ou de sua comprovação, agravamento dos instrumentos da investigação como o controle telefônico, investigadores secretos, escutas e testemunhas principais. Isso é o esquema do estímulo – reação que seguimos há anos. Revela-se oportuno o problema sobre o qual nós justamente agora falamos.

No entanto, poderia funcionar de outra maneira. Não o direito penal, mas o direito administrativo, o direito do serviço público, o direito tributário e a política financeira, a doutrina administrativa, a psicologia ou a doutrina da administração de empresas seriam as células de referência que deveriam ser questionadas para que o direito penal pudesse representar o papel que lhe foi destinado no Estado de Direito, para que isso restasse como razão última do problema e não se tornasse a primeira ou até mesmo a única razão. As propostas foram apresentadas, experimentar-se-ia então o que significa uma prevenção apta: nova ordem da prática das atribuições, princípio dos quatro ou dos seis olhos, linhas telefônicas diretas com a cúpula das autoridades administrativas, sistema de controle profissional, transferências direcionadas e muito mais para que

os processos corruptíveis sejam impedidos já em seu começo. Evidentemente, o direito penal encontraria aqui seu lugar, mas apenas ao fim da intervenção complexa e variada nos desenvolvimentos danosos, ou seja, apenas quando a prevenção com seus meios extrajurídicos e aptos não lograssem efeito.

A corrupção é somente um exemplo. Ele representa o convencimento de que devemos exonerar o direito penal também das nossas esperanças sobre sua efetividade. Ninguém saberia se a recuperação e a intimidação, como os objetivos tradicionais da pena, "realmente" funcionariam, como seria então *es ceteris paribus* se, por uma vez, não tivéssemos o direito penal. Por outro lado, seria também ingênuo aguardar por tanto tempo a aplicação das medidas penais, até que seus efeitos principais e secundários possam ser "realmente" avaliados. Isso ocorreria, provavelmente, no dia de "São Nunca".

A visão de que com a pena nós aplicamos uma medida cujos efeitos conhecidos perfazem, em uma análise positiva, somente uma parte deles, curiosamente não abalou de forma alguma as doutrinas do sentido da pena. Hoje se fala, de forma modesta, que a pena possui pelo menos a força "simbólica" da evidenciação da norma e da estigmatização da injustiça. Isso pode estar correto. Mas é somente suportável se se trabalhar permanente e seriamente no projeto para substituir o direito penal por algo melhor, pois esse direito retira sua força simbólica dos ossos dos seres humanos: pela limitação da liberdade e a sanção dos comportamentos.

CAPÍTULO 7

Ressocialização e Estado de Direito

Desde há muito, o conceito de ressocialização teve um avanço significativo em nossa cultura jurídica, que remonta essencialmente a três motivos:

I) Já quando da introdução da pena privativa de liberdade, como modo de punição, foi fundamentada inevitavelmente a necessidade da teoria da ressocialização. Penas perpétuas, castigos corporais ou, eventualmente, o degredo do condenado não tinham para o Estado, que punia, nenhuma dimensão temporal, elas estavam, de certa forma, já terminadas para o Direito Penal com a sua execução. A instituição da pena privativa de liberdade, ao contrário, trouxe para a teoria e a prática penal um novo problema qualitativo: o tempo vago do condenado. Isso foi feito, também, para fundamentar outras penas, além da pena privativa de liberdade, com a esperada recuperação do autor do delito. Essa fundamentação se torna obrigatória somente quando o Estado, que pune, deva preencher o tempo do condenado, o qual a pena privativa lhe coloca a disposição. Com a imposição da pena privativa de liberdade está vinculada, necessariamente, uma necessidade de ressocialização e a história da execução penal demonstra que o tempo vago dos condenados sempre foi preenchido com técnicas de adaptação – sejam elas "oração e trabalho" ou terapia social.

II) A necessidade da teoria da ressocialização foi aumentada pelo incremento da orientação empírica da cultura jurídica no século XIX. "Orientação empírica" da cultura e da cultura