

CRÍTICA DA PENA II*

Klaus Günther

CRITIQUE OF PUNISHMENT II

TRADUÇÃO Flavia Portella Püschel**

RESUMO

TRATA-SE DA SEGUNDA PARTE DE UM TRABALHO SOBRE AS TEORIAS JUSTIFICADORAS DA PENA. NESTE ARTIGO, O AUTOR ANALISA UMA SÉRIE DE JUSTIFICATIVAS APÓCRIFAS DA PENA, SECUNDÁRIAS AO DISCURSO OFICIAL. APÓS CONCLUIR QUE NENHUMA JUSTIFICATIVA DA PENA É CONVINCENTE E QUE A NECESSIDADE DE PUNIÇÃO TAMPOUCO PODE SER EXPLICADA RACIONALMENTE, O AUTOR REALIZA AO FINAL DO TEXTO UMA CRÍTICA DA PRÓPRIA NECESSIDADE DE PUNIÇÃO.

PALAVRAS-CHAVE

PUNIÇÃO, TEORIAS DE PUNIÇÃO / RETRIBUIÇÃO / PREVENÇÃO

ABSTRACT

THIS IS THE SECOND PART OF A WORK ABOUT THE THEORIES USED TO JUSTIFY PUNISHMENT IN CRIMINAL LAW. IN THIS ARTICLE, THE AUTHOR ANALYZES A SERIES OF APOCRYPHAL JUSTIFICATIONS FOR PUNISHMENT, THAT ARE SECONDARY IN THE OFFICIAL DISCOURSE. AFTER CONCLUDING THAT NONE OF THEM IS CONVINCING AND THAT THE DEMAND FOR PUNISHMENT CANNOT BE EXPLAINED RATIONALLY, THE AUTHOR CRITICIZES THE DEMAND FOR PUNISHMENT ITSELF.

KEYWORDS

PUNISHMENT, THEORIES ABOUT PUNISHMENT / RETRIBUTION / PREVENTION

2.

As legitimações apócrifas da pena, secundárias em relação ao discurso de legitimação oficial, operam com fundamentos heterogêneos. Por isso, não se tentará aqui ordená-las de modo sistemático. Alega-se a necessidade da pena como (a) o mal menor em comparação com uma necessidade de punição (*Strafbedürfnis*) que se manifesta de modo desenfreado e descontrolado, (b) Meio de proteção para a comunidade, (c) medida pedagógica em um processo de aprendizagem moral e (d) correção de uma distribuição injusta na sociedade. Essas formas de legitimação têm em comum apenas o fato operarem com razões, de modo que podem ser criticadas com contra-razões.

(A) PENA COMO O MAL MENOR

Se parece ainda haver uma razão para o apego à pena entendida como a inflicção de um mal, determinada e executada pelo Estado, apesar das objeções apresentadas na primeira parte deste artigo¹, essa razão é certamente o fato de ser ela um mal menor quando comparada com a alternativa de volta à auto-tutela. Se os crimes não fossem sancionados por uma pena estatal, o “vigilantismo”² poderia surgir e se espalhar – auto-tutela, linchamento, a arbitrariedade das ruas. Tradições “vigilantistas” mantiveram-se em todos os lugares onde as pessoas desconfiam do sistema de justiça criminal estatal e, na dúvida, preferem confiar na própria força para a imposição do direito; assim, entre outros, nos estados do sul dos EUA (cf. a esse respeito Brown 1979: 153 ss.). A partir desse prognóstico, a pena seria necessária para a manutenção da paz jurídica. Mesmo que não seja possível legitimar a pena diretamente, e que ela não atinja o objetivo desejado nem com relação ao delinqüente, nem com relação a terceiros, ela cria um fosso de proteção entre o impulso de auto-tutela das vítimas e dos terceiros revoltados, de um lado, e o autor do ilícito penal e seus parentes, do outro lado. A pena protegeria a sociedade justamente da volta à situação desgastante e sem saída de contínuos conflitos sanguinários e de aumento gradativo de ações de vingança, terminada por meio da troca do direito de auto-tutela pela pretensão punitiva estatal. A pena protege o criminoso de uma necessidade de punição não apenas da vítima, mas também da sociedade, que de outro modo cresceria descontroladamente. Por mais acertado que seja esse argumento, ele reconhece o fato de uma virulenta necessidade geral de punição, ainda que talvez *contre coeur*. No caso de renúncia à pena, a paz jurídica estaria ameaçada apenas porque a necessidade social de punição, persistente e virulenta, ficaria insatisfeita e precisaria procurar um outro meio para sua satisfação. No entanto, um exame racional da pena precisaria ir mais longe em seu questionamento e perguntar se essa necessidade de punição é realmente tão persistente e tão virulenta como se afirma. Trata-se aí talvez de um fenômeno superficial criado apenas pelo “circuito de amplificação político-publicístico” (pesquisas de opinião espontâneas entre a população logo após um crime bárbaro e espetacular mostram um aumento abrupto dos defensores da pena de morte por um curto período de tempo)? Resistiria ele a um refletido contraponto de ponderações de intuições morais?

O medo, empiricamente fundamentado, da destruição da paz jurídica pela volta à prática da auto-tutela pode, naturalmente, ser também expresso por meio de um argumento normativo. A razão de ser do Estado monopolizador da violência é exclusivamente a garantia da paz jurídica. Os homens só puderam abandonar o estado selvagem, perigoso para a vida e paralizador de todas as iniciativas e capacidades por meio da renúncia recíproca ao seu direito de auto-tutela, isto é, trocando esse direito pela prestação de segurança pelo Estado. O Estado fornece a segurança do direito, caso contrário, todos recebem de volta o direito de defender pessoalmente

a si mesmos e os seus direitos. Esse caminho, descrito por todos os teóricos modernos dos direitos natural e racional na forma de uma argumentação narrativa, que leva do estado de natureza a uma sociedade na qual o direito de cada membro é protegido pelo Estado contra violações praticadas por terceiros, não leva, de modo algum, necessariamente à *pena* estatal. A tarefa de proteger o direito contra violações pode ser desempenhada por vários meios. O mais eficaz é, como sempre, a prevenção, que elimina as causas e oportunidades de violações do direito.

(B) SEGURANÇA DA COMUNIDADE

A pena não é o meio mais seguro para obtenção de segurança quando se espera que o efeito de segurança resulte de influências sobre o autor do ilícito ou sobre a comunidade. Evidentemente, a infligência de um mal ordenada e executada pelo Estado tem um efeito protetivo quando o mal consiste na privação de liberdade. Enquanto está preso, o autor do ilícito não pode cometer novos ilícitos penais. Para muitos defensores de penas mais rigorosas, o afastamento por meio da prisão é o verdadeiro sentido e fim da pena. É principalmente desse ponto de vista que aumentos drásticos de pena parecem também fazer sentido, pois quanto maior o tempo que o autor de um ilícito penal permanecer preso, maior será também o tempo em que a sociedade poderá sentir-se protegida contra ele. O interesse da comunidade por segurança não aparece entre os critérios para determinação da pena, estabelecidos pela lei no § 46 do Código Penal alemão, mas tampouco é expressamente excluído. Na prática de determinação da pena dos tribunais é bastante comum que o interesse por segurança da comunidade seja levado em conta – naturalmente, sempre no contexto dos fins oficiais da pena e nos limites de uma pena conforme à culpabilidade (sobre isso, cf. Streng 2003: 616). Sem dúvida, o interesse por segurança parece aumentar cada vez mais e tornar-se o fundamento principal da pena. Na execução penal, área na qual a segurança da comunidade já é, aliás, levada em conta pela própria lei como um objetivo - ainda que secundário em relação à ressocialização -, há tentativas de reforma no sentido de orientá-la mais fortemente pela necessidade de punição, real ou hipotética, que tem a população.

Uma medida específica para proteção da comunidade está expressamente prevista pelo legislador para autores de ilícitos penais já condenados e em relação aos quais existe o risco de que voltem a cometer ilícitos penais graves (principalmente delitos sexuais graves). Nesses casos, além da pena privativa de liberdade, pode ser determinada uma medida de segurança. Esta parece, entretanto, ter se tornado a própria essência da pena. A possibilidade, recentemente introduzida no direito penal alemão, de determinar a medida de segurança *a posteriori*, em razão do comportamento durante o cumprimento da pena privativa de liberdade – limitada, ao menos no âmbito federal, pela exigência de reserva correspondente na

sentença que determinou a própria pena privativa de liberdade – confirma e reforça essa tendência.

A confusão da pena e da medida de segurança sofre de pelo menos duas deficiências diversas. O simples encarceramento não é uma pena, ainda que externamente seja praticamente impossível distingui-los. Com o simples encarceramento não se provoca nada, nem no autor do ilícito, nem em terceiros. Ele tampouco compensa uma injustiça. Para isso falta já a proporcionalidade entre o ato culposo e a medida de segurança. O ponto de referência não é a própria conduta ou o tipo e grau de culpa, mas simplesmente a periculosidade do autor do ilícito. A conduta é, na melhor das hipóteses, um indício de periculosidade. O encarceramento é na verdade custódia policial, por meio da qual são eliminados riscos futuros que o autor do ilícito representa para a segurança e a ordem públicas. Se a sociedade não consegue se defender contra pessoas perigosas a não ser por meio de tais medidas, ela não deveria fazê-lo sob o pretexto da pena. Ela ilude o delinqüente a respeito dos verdadeiros propósitos e motivos da punição e com isso apenas reforça todos os efeitos negativos e contraprodutivos da pena. O condenado não sabe a que se ater.

Aquele que a sociedade encarcera em razão de sua periculosidade é, por assim dizer, banido para um enclave, excluído da comunidade jurídica. Enquanto ele for perigoso para a sociedade ela precisa proteger-se dele – mesmo que por toda a sua vida. No entanto, em uma sociedade constituída como Estado de Direito e fundada no reconhecimento dos direitos humanos, uma exclusão completa e definitiva não pode ocorrer. Mesmo o mais perigoso autor reincidente em crimes graves é titular das posições de proteção decorrentes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, especialmente da pretensão à dignidade humana. No entanto, é justamente isso que se torna praticamente incompreensível sob a impressão atual de um sentimento de insegurança disseminado e de uma necessidade obsessiva de punição. A lógica da segurança se sobrepôs à lógica da punição há muito tempo. Pergunta-se, sob influência dessa lógica, se a segurança não seria ela mesma um direito fundamental, violado pelo Estado quando este não se posiciona como protetor a favor do cidadão obediente à lei e contra o criminoso. Então se pondera a dignidade humana do delinqüente contra o interesse da comunidade por segurança. Que a lógica retributiva punitiva exerce um papel neste raciocínio comprova-se pela consideração encontrada reiteradamente, segundo a qual o autor de um ilícito de maior gravidade perde sua pretensão à dignidade, ou seja, de certo modo exclui-se a si mesmo da comunidade jurídica.

No entanto, a dignidade humana não é um princípio que protege seu titular apenas em casos de conflitos simples e leves com o Estado e a comunidade. Ela foi historicamente conquistada em conflitos nos quais sua concessão foi absolutamente dolorosa para os envolvidos. Quando é mais fácil e mais vantajoso para o bem da comunidade obter uma confissão ou uma informação importante para o bem

comum e a segurança geral por meio de tortura, por que, ainda assim, respeitar a dignidade? Porque o reconhecimento da condição de sujeito de direito que se auto-determina e que dispõe sobre sua própria vontade e seu próprio corpo é constitutivo para uma comunidade jurídica. Os direitos de liberdade, até mesmo sobre o corpo e a vida, podem ser limitados pela lei, mas não o seu núcleo central de auto-determinação. Com a quebra desse princípio, a comunidade jurídica, como comunidade de sujeitos de direitos, renunciaria a si mesma.

Quem segue a lógica da segurança se depara logo com um agravamento extremo da contradição entre segurança e dignidade: o estado de exceção. Para defender-se de ameaças extremas uma comunidade jurídica deve poder tratar pessoas perigosas como inimigos. Elas não são mais pessoas para o direito, que mantém sua pretensão de inclusão também no caso de crimes graves, mas inimigos como na guerra, que precisam ser excluídos. Um direito assim concebido é um direito penal do inimigo e não do cidadão (Jakobs 2000:47). No entanto, diversamente do que ocorre na guerra, na qual os combatentes têm ao menos os poucos direitos relativos ao status de prisioneiros de guerra, os inimigos da sociedade encontram-se fora de todo e qualquer direito. Sua custódia não pode ser adequadamente descrita com os conceitos de poder de polícia, de direito internacional da guerra humanitário e muito menos com os conceitos do direito penal. Talvez o melhor para descrevê-la sejam os conceitos extra-jurídicos de guerrilha ou de guerra civil.

(C) MORALIZAÇÃO DA PENA

A virulência atual da necessidade de punição espanta principalmente porque uma opinião favorável à punição encontra-se também e justamente entre as gerações mais novas, sobre as quais é possível presumir que tenham crescido em um meio menos autoritário e punitivo do que as gerações anteriores. Isso pode ser observado com a maior clareza na mudança de opinião com relação ao castigo corporal. Se até os anos sessenta o castigo era pelo menos tolerado - talvez menos na escola do que na família - como meio para disciplinar, hoje é totalmente proscrito pela sociedade³. Os estilos de educar também se alteraram, sob influências variadas. A obediência incondicional não é mais considerada um objetivo da educação; Crianças que obedecem às ordens dos pais sem contestar não correspondem mais à essência da criança “bem comportada” pois são menos independentes e autônomas. Em vez disso, aspira-se a sensatez, independência e auto-controle. Para atingir esses objetivos, empregam-se também sanções, mas inseridas em um contexto que deve estimular processos de aprendizagem morais. Por essa razão as sanções não são, em geral, o meio preferido; em primeiro plano estão, pelo contrário, práticas educacionais cooperativas e a transmissão de força individual e auto-confiança como condições necessárias para a obediência autônoma a normas morais. Isso se consegue mais com recompensas e elogios, juntamente com o

incentivo aos modos de comportamento desejados, do que com sanções, destinadas apenas a eliminar o comportamento indesejado. E para isso não se permite mais qualquer tipo de sanção, mas apenas aquelas que, juntamente com seu contexto, promovem sensatez e autonomia.

Essa mudança de um estilo de educação autoritário e punitivo para um outor, cooperativo e reflexivo, deveria criar a expectativa de uma diminuição da demanda geral por punição. A razão para que ocorra o contrário é, possivelmente, o fato de que as próprias sanções foram moralizadas justamente pelo estilo cooperativo de educação. As sanções certamente sempre tiveram como objetivo levar a criança a obedecer normas morais (e outras normas sociais) por meio da repressão ao comportamento violador da norma, porém, hoje se vinculam as práticas punitivas diretamente com a sensatez moral. Isso poderia significar que as crianças não mais vivenciam e sofrem as sanções primariamente sob seus aspectos repressivos e autoritários, mas já de modo reflexivo, entrelaçado com uma rede de razões e acoplado com ofertas de cooperação contínua, bem como incentivos e recompensas pelo comportamento desejado. Possivelmente, tais experiências com a punição sejam transferidas para a pena estatal por comportamento desviante. Justamente porque a pena não aparece mais como ameaçadora, degradante e aniquiladora, mas como uma medida entre outras no âmbito de um processo de aprendizagem moral, é que ela pode ser introduzida mais facilmente e com maior frequência.

No entanto, indo contra essa equiparação inconsciente ou talvez proposital, é preciso insistir em uma diferença decisiva entre a pena estatal e as sanções no seio da família. Sanções familiares estão, normalmente, inseridas em um contexto cognitivo-emocional de reconhecimento incontestado, afeição e dedicação, em uma relação recíproca e intersubjetiva, capaz de, na melhor hipótese, transformar os efeitos colaterais funestos de sanções repressivas em processos de aprendizagem morais construtivos. No entanto, o Estado, que impõe sua pretensão punitiva, não vive em uma relação intersubjetiva com o destinatário da norma. Na falta desse contexto, as penas só podem ser vividas em seu aspecto agressivo e repressivo. Todos os efeitos negativos das sanções repressivas, que a psicologia do desenvolvimento e a pedagogia deram a conhecer, podem se desdobrar de forma funesta. Elas não produzem nenhum efeito ou, então, produzem efeitos indesejados sobre o apenado. Principalmente, elas não possibilitam nem promovem a capacidade necessária para um comportamento que não seja apenas oportunista e ocasionalmente conforme a norma, e que é a capacidade que se busca de forma primária com a sanção pedagógica: a construção de um auto-controle estável, capaz de funcionar também quando se apresenta a oportunidade propícia para cometer um ilícito penal. Isso pressupõe sobretudo auto-confiança e a capacidade de auto-determinação, que, no entanto, apenas podem ser formadas de modo construtivo, por meio do incentivo a processos de aprendizagem autônomos.

(D) PENA COMO CORREÇÃO DE UMA DISTRIBUIÇÃO INJUSTA

Entre as diferentes espécies de justiça, a justiça punitiva sempre teve um papel especial. Em parte, ela foi classificada entre as formas comutativas ou aritméticas de justiça (*iustitia commutativa*), uma vez que a retribuição deve justamente compensar a injustiça ocorrida. Aristóteles localiza a justiça punitiva na compensação entre o autor do ilícito e a vítima, mas designa a retribuição também como o reverso do princípio da reciprocidade, que une e integra a sociedade em geral (Aristóteles 1983: 1132a e 1132b). No entanto, já Aristóteles conhecia a objeção feita contra a retribuição, segundo a qual a conduta e a pena nunca correspondem exatamente de modo aritmético, sendo que a compensação só é possível em um sentido proporcional. Do mesmo modo que uma boa ação não pode ser retribuída pelo equivalente, mas apenas por uma outra boa ação, também o mal só pode ser retribuído por meio do mal. Conduta e pena comportam-se não como duas grandezas aritméticas iguais, mas como a quantidade de sapatos que um sapateiro precisa fornecer para adquirir uma casa de um mestre-de-obras. Então, a retribuição pode ser vista sob dois aspectos: ela corrige uma relação desigual, isto é, recompõe a igualdade original e pertence, desse modo, à categoria da justiça comutativa; ela só é capaz de recompor a igualdade por meio de uma relação proporcional entre conduta e pena, autor do ilícito e vítima, pertencendo, nesta medida, à categoria da justiça distributiva. [Sobre a retribuição (*Wiedervergeltung*) como conceito genérico da justiça aritmética e proporcional, ver Dirlmeier 1983: 421.]

A referência à justiça distributiva parece aproximar-se de uma paixão característica da necessidade de punição, que exige a correção de uma distribuição injusta por meio da pena. O autor do ilícito penal tomou para si mais do que lhe cabia por direito. Esse excesso pode ser um valor patrimonial quantificável ou, em sentido simbólico, um excesso de um bem qualitativo. Aquele que elimina a limitação de sua própria liberdade pela igual liberdade de uma outra pessoa, matando-a, não se apodera simplesmente da vida alheia de modo ilegítimo, mas toma também para si mais liberdade do que lhe cabe pela regra da igualdade da liberdade. A pena deve tomar-lhe esse excedente usurpado e imerecido e, assim, recompor a medida original de igualdade. Essa justificativa da pena ultrapassa a simples retribuição, ainda que se relacione com ela. O fundamento da pena não fazer com que suceda ao autor do ilícito o mesmo que ele fez à vítima, ou restabelecer a igualdade entre o autor e a vítima, desequilibrada pelo ilícito penal. Pelo contrário, o autor do ilícito viola uma ordem distributiva baseada no princípio da reciprocidade, segundo a qual cada um deve receber do outro aquilo que merece, o que lhe cabe ou o que é seu. Se uma determinada quantidade de um bem precisa ser distribuída, diferenças na distribuição só são justificadas quando correspondem a um padrão geral, segundo o qual a uma pessoa cabe mais do que a outra. Age injustamente quem burla essa ordem distributiva, tomando de um bem mais do que lhe toca, de modo a que

outros recebam proporcionalmente menos, apesar de merecerem mais, conforme o padrão de distribuição. “Quem pratica uma injustiça recebe demais, quem sofre uma injustiça recebe de menos do bem em questão” (Aristóteles 1983: 1131b).

No entanto, essa justificativa da pena sofre de problemas semelhantes aos da retribuição. O excesso e a falta só podem ser calculados simbolicamente. A quantidade excedente de liberdade que o autor do ilícito tomou para si por meio de seu ato não pode ser medida com exatidão, do mesmo modo que não pode ser medida com exatidão a quantidade de liberdade que ele deve perder por meio da pena para fazer a compensação. Presumivelmente, trata-se aqui também somente da pena como a roupagem exterior de uma mensagem, com a qual se quer assegurar à comunidade que a distribuição original de bens simbólicos e materiais será mantida.

Se, no entanto, nenhuma justificativa da pena é convincente e a necessidade de punição tampouco pode ser explicada racionalmente, a crítica da pena deve desembocar finalmente em uma crítica da necessidade de punição. A convicção de que é necessário punir parece estar tão enraizada e sobreviver tão obstinadamente a todas as objeções fundamentadas que não é mais possível compreendê-la e justificá-la com razões, mas apenas explicá-la pelas causas, e não pelas causas passíveis de compreensão pela razão, mas por aquelas que atuam à sua revelia.

3. CRÍTICA DA NECESSIDADE DE PUNIÇÃO

A seguir não se indagará acerca das justificativas da pena, nem se verificará se tais justificativas resistem à crítica. Tratar-se-á da explicação da necessidade de punição como comportamento contrafático em relação ao mundo. Tais explicações procuram ancorar-se na profundidade adequada: pena como proteção social do sistema por meio da individualização (a), pena como meio de recalque psíquico dos próprios impulsos desviantes (b), e pena como cura metafísica da crença abalada em um mundo justo (c).

(A) PROTEÇÃO SOCIAL DO SISTEMA POR MEIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO PENAL

A partir da justificativa indireta da pena como correção de uma distribuição injusta é possível explicar porque uma necessidade de punição assim motivada recebe sempre novo impulso e se articula na forma de exigências por penas mais duras quando a ordem distributiva na sociedade está em geral abalada. O autor do ilícito aparece então como mais ousado, como alguém que se permite mais do que os outros, forçados à abnegação. Tanto o autor do ilícito quanto os terceiros indignados fazem balanços pessoais de justiça. O autor do ilícito enxerga-se como vítima de uma longa série de injustiças e toma, por meio da prática do ilícito penal, o que lhe cabe de acordo com sua própria concepção e que lhe foi negado até agora. Os terceiros

indignados, que exigem punição mais dura, também se enxergam como vítimas de uma ordem de distribuição injusta, porque têm menos do que na realidade merecem – e dirigem sua indignação acerca do déficit no seu balanço pessoal de justiça não contra a ordem de distribuição percebida como injusta, mas contra o autor do ilícito individualmente, o qual não se conforma com a injustiça como eles, mas simplesmente toma para si o que quer. A demanda por penas mais duras não seria nada mais do que um protesto mal dirigido e mal compreendido por si mesmo contra a injustiça social. Assim, a pena se torna proteção, por meio da individualização, de um sistema de distribuição percebido como injusto.

Talvez isso explique porque paixões punitivas sempre se transformam em políticas populistas de penas mais duras nos lugares onde antes foram levadas a cabo reformas econômicas neo-liberais e o Estado social foi reformado ou desmontado por meio de desregulamentação e privatização. As reformas realizadas por Reagan e Thatcher respectivamente nos EUA e na Grã-Bretanha implicaram sempre o endurecimento e a ampliação do direito penal. O Estado de livre mercado assim criado, paralelamente à ampliação dos espaços de liberdade econômica, aumenta também os riscos de fracasso e marginaliza os grupos populacionais incapazes de manter-se no mercado desregulado. Tais grupos não conseguem compensar as perdas sofridas com a reforma do Estado social e com uma política econômica orientada pela oferta, aproveitando individualmente das chances oferecidas pelo maior espaço de liberdade econômica. O medo do futuro e os sentimentos de ameaça e insegurança assim massivamente provocados na população são transferidos para os autores de ilícitos penais, considerados os verdadeiros culpados pela situação de insegurança. Tendo o sentimento indeterminado de insegurança encontrado seu objeto, torna-se fácil comprar lealdade política com a promessa de agir com mais rigor contra os pretensos verdadeiros culpados. O conflito sistêmico é assim individualizado e personalizado. Um indivíduo desempenha a função de bode expiatório de uma estrutura social injusta (Albrecht 2002: 72 ss.).

(B) PENA COMO MEIO DE RECALQUE PSÍQUICO DE IMPULSOS DESVIANTES

Nas teorias psicanalíticas encontra-se a presunção de que a punição do criminoso compensa a própria renúncia às pulsões (*Triebverzicht*), de modo que os próprios impulsos desviantes possam permanecer recalçados. “A exigência de expiação” (*Sühnedrang*) é uma reação de defesa do Ego contra as próprias pulsões (*Triebe*), a serviço do seu recalque, com o fim de manter o equilíbrio psíquico entre forças repressoras e reprimidas. O desejo (*Verlangen*) de que o autor do ilícito seja punido é simultaneamente uma demonstração voltada para dentro, com o fim de intimidar as pulsões. “Vocês também devem renunciar àquilo que proibimos ao autor do ilícito. (...) No entanto, satisfazendo abundantemente a exigência de expiação por meio da punição do autor do ilícito, comprova-se para si mesmo que se está, honrado e

leal, do lado da sociedade (...)” (Alexander / Staub 1971: 388 ss.). A isso se junta o aspecto fundamental do motivo da vingança (*Rachemotiv*), “assumir o papel de causadora de desprazer da realidade em face do ataque do outro” (Alexander / Staub 1971: 291), isto é, praticar, por meio de um ato de troca de papéis, sobre o agressor aquilo que ele nos fez tolerar passivamente, assim como realizar a satisfação das próprias agressões, secretas e aparentemente justificadas, na vivência da punição do autor do ilícito (Alexander / Staub 1971: 393).

A interpretação da pena como meio de estabilização da própria renúncia às pulsões evidencia porque a prevenção geral é considerada uma justificativa suficiente para a pena (sobre essa explicação, ver Hafke 1976). A diferença nas condutas do autor do ilícito e dos demais tem, por assim dizer, um efeito contagioso sobre a comunidade, cujas próprias pulsões desviantes são ativadas pela experiência de como o criminoso se entrega às suas pulsões e as vive por inteiro. A pena estabiliza os próprios mecanismos de repressão e recalque. Quando a confiança na inviolabilidade da norma é abalada pelo crime, a pena precisa eliminar a irritação que isso causa.

No entanto, como demonstrou Hafke, essa explicação da necessidade de punição só se aplica a uma sociedade cujas normas precisam ser rigidamente internalizadas, porque as instâncias do Ego são fracas demais para garantir a obediência autônoma das normas. O conflito entre as forças pulsionais (*Triebkräfte*) e o Ego não é resolvido, mas submetido a um rígido Super-Ego. “o Ego consome grande parte de suas forças repelindo os impulsos ‘licenciosos’ – porque não aceitos pelo Ego e por isso excluídos *a limine* da integração - e obscuros do Id. Esse sistema de personalidade é instável porque lhe falta o centro amortecedor da tensão de oposição, o Ego saudável. Isso esclarece também porque reagimos ao crime de maneira afetiva (...). O delinqüente coloca em ação de modo evidente nossos *próprios* desejos secretos, que permaneceram infantis (...). Em nossa própria criminalidade latente, esse produto de uma moral coativa hostil às pulsões e ao Ego, sentimo-nos emocionalmente ligados ao delinqüente; e daí resulta o efeito contagioso da conduta criminosa, percebido com razão como perigoso para a existência do Estado e da sociedade.” (Haffke 1976: 164). Então, a pena somente repete de modo espelhado as próprias repressões intrapsíquicas sobre o delinqüente.

O quão enraizada está uma necessidade de pena assim constituída depende de considerarmos o drama intrapsíquico de defesa e recalque (*Abwehr und Verdrängung*) de pulsões contrárias à norma como uma constante antropológica ou como um fato histórico contingente e, com isso, modificável. O próprio Haffke é otimista: “Em uma cultura simpática às pulsões, que reúna novamente as ‘oposições separadas’ pela velha ética parcial por meio do fortalecimento do Ego (*Selbst*) como o ‘centro do psíquico’, o efeito contagioso do crime deixará de existir e, com isso, a necessidade de controle social por meio do direito penal”. (Haffke 1976: 177) Pessoas com

o Ego forte respeitam as normas da convivência humana por motivos autônomos, insensíveis ao contágio pela violação da norma praticada pelos outros.

(C) PENA COMO CURA DA CRENÇA ABALADA EM UM MUNDO JUSTO

As tentativas anteriores de explicação da necessidade de punição têm algo em comum: elas pressupõem um vínculo interno com um mundo no qual os bens são distribuídos de maneira justa, no qual cada um recebe o que merece, a relação entre ganho e perda, prazer e dor é equilibrada, e onde ninguém têm demais ou de menos. Mesmo a explicação da pena como meio de renúncia aos impulsos opera ainda com essa lógica: “O crime ainda mobiliza nossas emoções e medos porque no fundo invejamos o delinqüente pela liberdade que ele tomou em relação às expectativas sociais.” (Haffke 1976: 163) Nós consideramos nossa própria renúncia aos impulsos, no fundo, como injustificada e queremos ter o que o outro tem.

Na psicologia social, essa expectativa é conhecida como “hipótese do mundo justo”: “Os homens querem acreditar que vivem em um mundo justo, em um [140] mundo no qual recebem aquilo que lhes cabe por justiça. E, no sentido inverso, querem acreditar que merecem aquilo que recebem. Esse convencimento permite-lhes lidar com seu ambiente social e físico como se este fosse estável e ordenado.” (Dalbert 1996: 11) Por trás do sofrimento e da dor, da doença, da deficiência física ou do desemprego, procura-se, apesar de todo o conhecimento esclarecido acerca de sua contingência e de suas causas naturais, uma falha, capaz de apresentar tais males como uma pena natural, como uma reparação exigida pelo destino. Quem, ao contrário, pratica um ilícito penal - partindo-se do princípio de que as normas penais sustentam a crença em um mundo justo - toma para si mais do que lhe cabe, mais do que merece. Se a crença em um mundo justo deve ser mantida, então é preciso que a isso se siga um mal, capaz de desfazer o desequilíbrio. Caso contrário, o mundo sai dos trilhos. Se o próprio curso normal da vida não corrigir o delito, se o destino não recompuser o equilíbrio e não punir o delinqüente com sofrimento e dor, então nós devemos fazê-lo.

Essa explicação da necessidade de punição distingue-se da justificativa da pena como correção de uma distribuição injusta pela dimensão da profundidade. Não se trata da recomposição de uma ordem distributiva feita pelo homem e, portanto, contingente e modificável, mas da estabilidade da orientação do mundo em si. Se tal orientação se funda sobre a convicção profunda de que o mundo se ordena de modo justo, então a pena aplicada pelos homens deve substituir a pena natural faltante ou acelerar a sua execução. A pena torna-se um ato de Teodicéia em um mundo secularizado e pós-metafísico.

Analisando friamente, sabemos que não há uma justiça absoluta e objetiva no mundo. Mas, “o fato de que no mundo a justiça e o sentido não ocorrem assim simplesmente ameaça nossa capacidade de agir no mundo e de compreendê-lo”

(Neiman 2004:31). Encarar o mal no mundo como algo maléfico é uma saída simples dessa ameaça, que compensa uma falha moral. “O mal moral é o crime, ao qual se segue o mal natural como pena certa e inevitável.” (Neiman 2004: 53) Se o mal natural retributivo não ocorre, nós precisamos executá-lo substitutivamente ou, pelo menos, acelerá-lo. De acordo com o § 60 do Código Penal alemão, o juiz pode prescindir da pena “se as conseqüências do ato que atingiram o autor do ilícito forem tão graves que a aplicação de uma pena seria claramente descabida”. Se ocorre uma *poena naturalis*, renunciamos à pena aplicada pelos homens. Não seria o contrário, não aplicamos pena aos homens se e na medida em que a *poena naturalis* não se verifica? Nesse caso a necessidade de punição seria o último resto de metafísica que carregamos conosco no mundo moderno.

NOTAS

* Originalmente publicado como: Kritik der Strafe II, in *WestEnd*, n. 1, 2005, p. 131-142.

** A tradutora agradece a Marta Rodriguez de Assis Machado, por esclarecimentos quanto à tradução de termos técnicos do direito penal, e a Elisa Maria de Ulhoa Cintra, pela revisão da tradução de termos da psicanálise.

1 Crítica da pena I, in *Revista Direito GV*, 4 (2006), p.187-203.

2 N.T. Os termos “vigilantismo” e “vigilantista” não constam dos dicionários brasileiros, assim como seus equivalentes em alemão (*Vigilantismus* e *vigilantistisch*) tampouco constam do dicionário Duden (cf. Duden – Universalwörterbuch, 5ª. ed., Mannheim: Dudenverlag, 2003). O autor parece referir-se ao inglês: segundo o Black’s Law Dictionary (8ª. ed., St. Paul: Thomson/West, 2005), *vigilantism* é o ato de um cidadão que toma a lei em suas próprias mãos, capturando e punindo pessoas suspeitas de terem praticado crimes.

3 Essa mudança se manifesta de modo significativo no reformado § 1631 Abs. 2 do Código Civil alemão: “as crianças têm direito a uma educação livre de violência. Castigos corporais, ofensas psíquicas e outras medidas degradantes são ilícitas.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albrecht, Peter-Alexis 2002: *Kriminologie*, 2ª. Ed. München: C. H. Beck.
 Alexander, Franz und Hugo Staub 1971 [1929]: *Der Verbrecher und sein Richter*, in: Tilmann Moser (Org.): *Psychoanalyse und Justiz*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, p. 205-411.

- Aristoteles 1983: *Nikomachische Ethik*. Org. e trad. Franz Dirlmeier: Aristoteles Werke vol. 6. Berlin: Akademie.
- Brown, Richard Maxwell 1979: *The American Vigilante Tradition*, in: Hugh Davis Graham et al. (org.): *Violence in America – Historical Comparative Perspectives*. Beverly Hills / London: Sage, p. 153-185.
- Dalbert, Claudia 1996: *Über den Umgang mit Ungerechtigkeit. Eine psychologische Analyse*. Bern/Göttingen: Hans Huber.
- Dirlmeier, Franz 1983: *Anmerkungen zu Aristoteles' Nikomachischer Ethik*, in: Aristoteles Werke vol. 6. Berlin: Akademie, p. 264-606.
- Haffke, Bernhard 1976: *Tiefenpsychologie und Generalprävention*. Aarau und Frankfurt a. M.: Sauerländer.
- Jakobs, Günther 1992: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. München: C. H. Beck.
- Jakobs, Günther 2000: *Kommentar*, in: Albin Eser et al. (org.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: C. H. Beck, p. 47-56.
- Neiman, Susan 2004 [2002]: *Das Böse denken*. Trad. Christiana Goldmann. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Streng, Franz 2003: *Das Legitimationsdilemma sichernden Freiheitsentzugs – Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung*, in: Dieter Dölling (org.): *Jus humanum – Grundlagen des Rechts und Strafrecht*. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, p. 611-642.

Klaus Günther

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