

LEGITIMIDADE, VALIDADE E EFICÁCIA DO CASTIGO¹

LEGITIMACY, VALIDITY AND EFFECTIVENESS OF PUNISHMENT

*María José Falcón y Tella
Professora titular de Filosofia do Direito
Diretora do Instituto de Direitos Humanos
Universidade Complutense de Madri*

SUMÁRIO: 1 Distinção Conceitual Entre os Termos Legitimidade, Validade, Eficácia, Efetividade e Eficiência; 2 São Legítimas, Válidas, Eficazes, Efetivas E Eficientes As Sanções Penais?; 2.1.2 A pena privativa da liberdade; 2.1.3 As multas; 2.2 As medidas de segurança; 2.2.1 Conceito moderno de medida de segurança frente ao conceito tradicional de pena; 2.2.2 São eficazes as medidas de segurança para obter a prevenção pretendida?; 2.3 As sanções compensatórias. Até uma privatização do Direito Penal; 2.3 As sanções compensatórias. Até uma privatização do Direito Penal.

1 Tradução para o português de Jefferson Carús Guedes.

1 DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE OS TERMOS LEGITIMIDADE, VALIDADE, EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA

As discussões terminológicas envolvem em geral questões conceituais de fundo. Por isso, não é demais, como introdução, realizar um esclarecimento conceitual em relação a três noções que não são equivalentes e, não obstante, poucos utilizam corretamente. Estamos nos referindo às idéias de eficácia, efetividade e eficiência. As três se encadeiam no plano dos fatos, diante de noções que também estão relacionadas com as de *validade* e legitimidade.

Apesar de que cada um dos autores que se tem ocupado do tema propõe um conceito e uma terminologia nem sempre coincidentes, é possível, não obstante, encontrar um denominador comum para todas as teorias existentes na matéria.

- A LEGITIMIDADE. Uma norma é *legítima* quando possui um conteúdo conforme com os ideais de justiça.

- A VALIDADE. Por seu turno, diz-se que uma norma é *válida* quando pertence a um determinado ordenamento jurídico por ter sido produzida pelo órgão competente para isso e de acordo com o procedimento regular previsto pelo próprio ordenamento.

- A EFICÁCIA. Por fim, a *eficácia* se predica daquela disposição jurídica que é obedecida na prática pelos cidadãos e pelos tribunais.

Cada uma destas três noções – legitimidade, validade e eficácia – se enquadra no tridimensionalismo respectivo ao plano dos valores, das normas e dos fatos.

- A EFETIVIDADE. Detendo-nos no conceito que nos interessa – a eficácia –, convém distingui-la de *efetividade*. Mesmo que a primeira vista esta noção corresponda com a eficácia, não obstante, como deixam manifesto alguns autores, no sentido técnico não são termos exatamente equivalentes. Deve-se dizer que a “efetividade” do Direito é a condição necessária, porém não suficiente, de sua “eficácia”. A efetividade teria um aspecto formal ou técnico. Bastaria que se “cumprisse” a norma jurídica. No entanto, a essência da eficácia seria de caráter material, pois vai mais além, a que se “logre o fim” perseguido pela mesma. Assim, por exemplo, o cumprimento efetivo, inclusive o cem por cento, de uma lei em matéria de inflação pode, não obstante, não acabar com

RESUMO: Neste trabalho, estudamos a questão da eficácia das sanções penais, colocando-o em conexão com os conceitos relacionados, tais como eficácia e eficiência, que não são exatamente equivalentes. Também se refere à legitimidade e validade das sanções. Esse problema é analisado a partir das três dimensões de valores, regras e fatos.

PALAVRAS-CHAVE: Punição. Legitimidade. Validade. Eficácia. Valores. Normas. Fatos

ABSTRACT: In this paper, we study the issue of the efficacy of punishment, in relation with the related concepts of its effectiveness and efficiency. We also study the topics of legitimacy and validity of sanctions. So we see the problem from the three-dimensional perspective of values, norms and facts.

KEYWORDS: Punishment, legitimacy, validity, effectiveness, values, norms, facts.

esta e continuar a situação de crise econômica que através da dita lei tratava-se de evitar. O mesmo poderia dizer-se de um preceito jurídico que proíba o exercício público da prostituição. Ainda que tecnicamente cumprido, provavelmente não conseguiria a erradicação da mesma de uma determinada sociedade, que seria a finalidade em última instância perseguida. Em ambos os casos as normas que lutam contra a inflação ou a prostituição são formalmente observadas, são efetivas, porém não conseguem o objetivo materialmente perseguido. São ineficazes.

- A EFICIÊNCIA. Também poderiam assinalar-se algumas notas distintivas entre os conceitos de efetividade e *eficiência*. Diz-se que enquanto aquela é uma noção de caráter marcadamente jurídico, esta tem um matiz político-econômico. Não obstante, ambas as noções se encontram relacionadas. A eficiência da Sociedade é um pressuposto da efetividade elevada a critério jurídico.

2 SÃO LEGÍTIMAS, VÁLIDAS, EFICAZES, EFETIVAS E EFICIENTES AS SANÇÕES PENAIS?

A principal sanção jurídica é a pena. Não obstante, esta não é senão uma manifestação secundária da coatividade. Supõe o fracasso da forma normal e primária da mesma, a qual consistiria na imposição a todo modo da conduta devida ou no impedimento a todo custo da conduta proibida. Ademais, a pena não existe em todas as partes do ordenamento jurídico. Só atua no Direito penal, nas sanções administrativas ou nas cláusulas penais de determinados contratos. Na continuação ver-se-á se são legítimos, válidos, eficazes, efetivos e eficientes os principais tipos de penas, comparando-as com o outro grande modelo de sanção, que cada dia ganha terreno, a medida de segurança. O conceito de pena é o tradicional e não apresenta maiores problemas. Seriam penas, entre outras, a privativa de liberdade – prisão -, a capital – ou de morte – e as penas pecuniárias – multas -. Cada uma delas priva um bem: a liberdade, a vida ou a propriedade. Maior novidade apresenta o conceito de medida de segurança. Como exemplos poderíamos citar a internação em um centro psiquiátrico ou de reabilitação especial, a proibição de abandonar o território nacional, ou o confisco da carteira de motorista ou o porte de armas.

2.1 AS PENAS

2.1.1 A PENA CAPITAL

Sua LEGITIMIDADE. O tema da legitimidade ou não da pena capital nos leva a associar o argumento tradicional *cristão*, tão próximo

ao pensamento ocidental, da *dignidade* do homem, como valor básico, com a vida, como bem sagrado, da qual não cabe dispor ao ser humano, mas somente a Deus. Insiste-se na idéia de que não é absolutamente supérfluo se preocupar com a vida de *um* homem, apesar de que, diariamente, a *Humanidade* inteira se encontre imersa em desastres naturais, hecatombes bélicas e fomes, uma vez que não se trata de um problema quantitativo, mas sim qualitativo: a vida de apenas um homem já merece respeito.

Como podemos castigar, por exemplo, o assassinato, matando por sua vez o assassino, que não é senão outra pessoa? Diz-se: foi o assassino que começou. Porém isto não é suficiente. O mal não se soluciona com outro mal em sentido contrário, mas sim com o bem.

Além disso, deve-se ter em conta o imoral e o mórbido atrativo que a contemplação da pena capital traz para alguns, ou o criminoso e amoroso da existência de uma figura como o *verdugo*, historicamente estigmatizado, por pensadores como Unamuno, como o defeito mais grave, como alguém que termina acostumando-se a matar, e o que é pior, não sente mais nada ao fazê-lo.¹

Sua VALIDADE. A origem da pena capital remonta à noite dos tempos. Já existem representações de execuções capitais em pinturas rupestres. Na evolução da pena de morte podem distinguir-se em duas etapas notadamente diferenciadas. Uma delas é o período anterior ao *século XVIII*, no qual se manifestam favoráveis a ela a generalidade das mentes preclaras – Sócrates, Platão, Santo Tomás de Aquino, Erasmo, Lutero, Goethe, Kant,... - . No *século XVIII* – Século das Luzes, da Ilustração – quando começa a se erguer uma corrente crítica contra a pena de morte, que dará origem ao *movimento abolicionista*². É a época das

1 BARBERO SANTOS, Marino, "Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuesto para su reforma", *Nuevo Pensamiento*, 1975. *Pena de muerte: (el caso de un mito)*, De Palma, Buenos Aires, 1985. AMNESTY INTERNATIONAL, *United States of America: The Death Penalty*, Amnesty International Publications, London, 1987. BEDAU, Hugo Adam, *Death is Different: Studies in the Morality, Law and Politics of Capital Punishment*, Northeastern University Press, Boston, 1987. BEDAU, Hugo Adam (ed.), *The Death Penalty in America; an Anthology*, Anchor Books, Garden City, N.Y., 1964. CLAY, William L., *To Kill or not to Kill: Thoughts on Capital Punishment*. Editado por Michael y Mary Burgess, 1. ed. Borgo Press, San Bernardino, California, 1990. SORELL, Tom, *Moral Theory and Capital Punishment*, B. Blackwell em associação com a Open University, Oxford, U.K. – New York, USA, 1988. SUBRAMANYAN, Karattoluvu Ganapati (1903-), *Can the State Kill its Citizen?* Introdução de S. Mohan Kumarangalam, Madras Law Journal Office, Madras, 1969.

2 Este movimento abolicionista foi capitaneado pelas vozes de pensadores como Cesare Beccaria, marquez de (1738-1794), em su obra clássica *Dei delitti e delle pene: con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*. Curadoria di Franco Venturi, 1. ed. em NUE

Utopias – *A nova Atlântida* de Bacon, ou *A Cidade do Sol*, de Campanella –. Como consequência disso se produz uma diminuição em sua aplicação, assim como uma relativa humanização e racionalização da mesma, com a incorporação da guilhotina como método de execução e a supressão das torturas. A pena de morte deixa de ser a pena fundamental, papel que passa a ocupar a pena de privação da liberdade.

Portanto, pode-se dizer que durante séculos – até o Iluminismo – a validade desta sanção foi reconhecida. Mas ocorre que, todavia nos dias de hoje, há países que a admitem, seja de *iure*, seja de *fato*, em suas legislações penais, mesmo Estados democráticos – vejamos alguns Estados dos EUA, que a aplicam-. Não obstante, em qualquer caso, a tendência é suprimi-la. O papel de pena rainha que ocupou durante séculos cedeu sua coroa à pena privativa de liberdade.

Ainda que algo tenha sido sempre de um modo – argumento histórico – este é um fundamento pouco convincente. Insistindo precisamente na sua antiguidade e no profundo enraizamento nas distintas etapas e períodos históricos, alguns se manifestam a favor dela. Se existiu desde sempre por algum motivo o será, parece que assim querem dizer seus defensores. Porém todo argumento tem seu contra-argumento, a saber, que a justiça de uma instituição não depende de sua antiguidade, que não se trata de um problema quantitativo, mas sim qualitativo e, por outro lado, que a história da pena é em muitas de suas páginas tão desonrosa para a Humanidade como a dos delitos. Até Galileu, Copérnico e Kepler se acreditava que o Sol girava em torno da Terra e não o inverso. Deveríamos, por isso, continuar acreditando? Ademais, no momento atual a pena de morte é anacrônica, mesmo que ainda existam Direitos Penais no mundo que a permitam.

Sua EFICÁCIA. Um terceiro elemento a levar em conta, que é importante destacar neste trabalho, uma vez que se relaciona diretamente

nuova serie, G. Einaudi, Torino, 1978. Trad. espanhola de J. A. de las Casas, Alianza Ed., Madrid 1968; e tradução, introdução e notas de Francisco Tomás y Valiente, em Ed. Aguilar, Madrid, 1969. BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 1. ed. London, 1789; Clarendon Press, Oxford, 1823; ed. por H. L. A. Hart – J. H. Burns, London, 1970. Recentemente, ver BIANCHI, Herman –VAN SWANINGEN, René. Com contribuição de Elisabeth BARKER (e outros), *Abolitionism, Towards a Non Repressive Approach to Crime: Proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition*, Free University Press, Amsterdam, 1986. RODIÈRE, Michèle, *L'abolition de la peine de mort*, Documentation Française, Paris, 1987. SELLIN, Thorsten, *Capital Punishment*, New York, 1967.

Sobre o tema ver, EHRLICH, Isaac, “The Deterrent Effect of Capital Punishment. A Question of Life and Death”, em *Am. Ec. Rev.*, 65, 1975. p. 397-417.

com o tema do mesmo – o da eficácia da sanção penal –, tem a ver se, por meio da mesma, se cumpre sua pretendida finalidade intimidatória – de prevenção geral – preventiva, utilitária e retributiva.³

Mesmo que a primeira vista poderia parecer que a pena de morte *intimide* o futuro delinquente, e muito, uma vez que o priva do máximo bem, a vida, este aparente argumento a favor da mesma é desmentido pelos dados estatísticos. Estes demonstram que a pena de morte não intimida àqueles que são seus principais destinatários, aos dois grupos de delinquentes aos quais costumam aplicar: os assassinos e os delinquentes políticos. Não intimida os assassinos uma vez que 25% se suicidam depois de cometido o crime – inútil intimidá-los com a morte, pois – 50% são delinquentes passionais – que atuam em uma situação sem saída, sem se deter para refletir sobre a pena que se lhes imporá –, e o resto ou são psicopatas – incapazes de sentir a pressão psicológica da pena – ou são profissionais – que a contemplam como ossos do ofício, como um risco profissional –. Quanto aos delitos políticos, e principalmente nos casos de terroristas, está comprovado que, em relação à pena de morte, a única coisa que respeitam é o efeito da glória, que os eleva aos olhos de alguns à condição de verdadeiros mártires que se imolam por uma pátria melhor.

O que dizer em relação à eficácia *preventiva geral*? Esta é também questionável. É só pensar na última execução capital na Espanha, em 27 de setembro de 1975, e a imediata reação posterior, na forma de atentados.

O benefício da finalidade utilitária também admite algumas considerações. É útil para a segurança dos cidadãos a pena de morte? Poderia parecer que sim, mas esta resposta supõe igualar o homem ao animal daninho – o criminoso nato, *l'uomo delinquente* do qual falara Garofalo –, em oposição à consideração do homem como um ser suscetível de melhora, na linha cristã ocidental. Que o delinquente não tenha sido corrigido é uma coisa, e outra, bem distinta, é que seja incorrigível. Ademais, ocorre o paradoxo de querer proteger a vida dos homens matando alguns deles.

Quanto ao argumento retributivo, *de talião*, expiatório – “olho por olho, dente por dente”, “aquele que faz que o pague” – do imperativo categórico kantiano, de que a pena capital serve ao menos para compensar ou expiar um mal com outro mal, o mesmo não é aplicável

3 Sobre o tema, EHRLICH, Isaac, “The Deterrent Effect of Capital Punishment. A Question of Life and Death”, em *Am. Ec. Rev.*, 65, 1975. p. 397-417.

tampouco a todo tipo de delitos – é impossível na rebelião ou na violação de sepulturas, por exemplo–; prescinde de instituições modernas como o arrependimento espontâneo, o indulto ou a prescrição; esquece-se que muitas vezes o delinquente ao atuar não é livre, mas sim que está em grande parte pré-determinado a delinquir por fatores genéticos, familiares e sociais de diferentes tipos; e ignora que o mal só se repara ontologicamente com o bem.

Sua EFETIVIDADE. No que diz respeito à efetividade, ou seja, ao cumprimento técnico da lei, existe um inconveniente: a possibilidade de *erros judiciais irreparáveis*. Os casos de Joana D'Arc, Jesus Cristo, o casal Rosenberg – acusado de revelar os segredos da bomba atômica – ou Saco e Vanzetti – castigados por propagar a peste de Milão nos Estados Unidos, são algumas das muitas suposições nas quais um inocente pagou com sua vida por um crime que não havia cometido, erros judiciais que ademais têm o agravante de ser irreparáveis: não é possível devolver a vida a ninguém.

Sua EFICIÊNCIA. Finalmente, com relação à eficiência e a correlação custos/benefícios, ao anterior deve-se acrescentar uma série de argumentos práticos de diversa índole, alguns obviamente irracionais, como a pena capital é mais barata que a prisão, ou o risco que esta corre de fuga, ou do que a prisão pode resultar, dependendo do caso, mas aflitiva inclusive que a privação da vida.

2.1.2 A PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE

Sua LEGITIMIDADE. A seguir, realizaremos uma série de considerações que questionam a pretendida legitimidade ou justiça da pena privativa de liberdade. Uma coisa é que ela seja o remédio menos penoso existente, um mal menor, e outra é que ela seja boa; uma coisa é que seja escusável, outra que esteja justificada.

A privação de liberdade acentua a teoria da *diferenciação entre bons e maus*. As produções dramáticas tradicionais tendem a perpetuar esta idéia simplista de que há bons de um lado e maus de outro, quando o certo é um enfoque muito mais matizado das pessoas e das situações, que restam muito mais *complexas* do que a dicotomia parece dar a entender. Na realidade todos nós podemos ser, às vezes, bons ou maus, segundo o momento. A arte, a literatura e o cinema contemporâneos se esforçam por mostrar a complexidade do real e a falácia dos *discursos em branco e preto*.

Quase sempre se condena a penas de prisão, às vezes muito longas, *em poucos minutos*, com base em uma simples certidão da polícia. Há o sentimento de terem sido bem julgados todos aqueles homens, em sua maior parte jovens, muitas vezes imigrantes, culpados principalmente de carecer de contatos sociais? E aqueles outros, entre os quais se encontram os que não são culpados, inocentes ou não, que passam longos meses em prisão preventiva antes de iniciados seus processos? Sentiram-se protegidos dos perigos dos quais nossas leis pretendem preservar-nos, ou melhor, tiveram a sensação de ter caído em uma armadilha aqueles motoristas que, devido a uma simples resposta veemente a um policial, foram levados diante de um tribunal correccional por desacato a um agente da força pública? Apenas estes exemplos servem para colocar de manifesto o *caráter muitas vezes cego da máquina estatal*.

Agora esforcemo-nos um instante em imaginar e interiorizar o que é o encarceramento em uma prisão. Esqueçamos por um momento do ponto de vista puramente abstrato, o qual nos ensinaram a pensar na prisão –, a colocar em primeiro lugar a ordem, a segurança pública, o interesse geral, a defesa dos valores sociais etc.- Não é pouco privar alguém de sua liberdade. É um mal extremamente penoso estar preso, não poder ir e vir aonde nos dá prazer, não estar ao ar livre, não encontrar os nossos conhecidos. Trata-se de um contra-senso, que se choca com a personalidade e a sociabilidade humanas, a imposição de um sofrimento estéril.

Além disso, há poucos absolutos no mundo. A *relatividade* impregna quase todas as parcelas da vida cotidiana. Fatos como a homossexualidade, o vício das drogas ou a bigamia são punidas em determinados países e não em outros. Condutas como a blasfêmia, a bruxaria ou a tentativa de suicídio eram puníveis no passado e não são mais. Evidencia-se a relatividade do conceito de infração, o qual varia *no tempo e no espaço*, de maneira que o delitivo [de] ontem pode não sê-lo hoje e o aceitável em um contexto pode não ser em outro. Pelo fato de ter nascido em um lugar e não em outro, ou em uma época e não em outra, é-se merecedor de encarceramento.⁴

A necessidade de se encontrar sempre um culpado – *o necessário culpado* –, de encontrar alguém contra o qual se deve colocar em marcha o mecanismo legal e condenar, como um bode expiatório, passa por alto a possível parte da culpa que no fato delitivo e no delinquente tenha

⁴ Ver IIVSON, Duncan, "Justifying Punishment in Intercultural Contexts: Whose Norms? Which Values?", em MATRAVERS, Matt (ed.), *Punishment and Political Theory*, p. 88-108

tido seu contorno, educação, carências econômicas e familiares. A cosmologia do castigo implica a existência de um ponto absoluto – um Deus onipotente e onisciente –, idéia esta filha da Escolástica e de uma justiça herdada da *Teologia do juízo final*.

Sua VALIDADE. A validade da pena privativa da liberdade é hoje indiscutível, encontrando-se na generalidade os sistemas jurídicos. Como dissemos, desde o século XVIII, este tipo de sanção suplantou a pena capital. Mesmo que a prisão esteja hoje em crise, assim como também estão as medidas re-educadoras e de inserção social, apesar de tudo não parece possível nem oportuno prescindir no momento completamente dela.⁵

Não obstante, é possível assinalar umas exigências que a pena de prisão deve cumprir no Direito penal moderno para ser válida: seu uso econômico, como *ultima ratio*, de *extrema ratio*; a consideração de que estar privado da liberdade não deve significar que o condenado careça de todos os direitos individuais que um Estado social e democrático de Direito reconhece. Do mesmo modo que a pena capital não é mais utilizada com crueldade, pois já há bastante crueldade por si só em privar da vida para acrescer ademais esta ação de outros aditamentos, do mesmo modo a prisão deve limitar-se a ser a privação da liberdade, mas *não a privação de todo direito*.⁶ Finalmente deve-se assinalar a louvável *tendência* moderna à *redução* das penas de prisão e a proibição da prisão perpétua – salvo em alguns casos que poderia ser indicada, como no terrorismo –. Assim como a tendência atual à substituição da pena privativa de liberdade por outras opções menos aflitivas, como as multas.⁷

Sua EFICÁCIA. O que dizer do estigma que em grande número de casos, a experiência do processo e o encarceramento posterior produzem nos condenados, sem esquecer o repúdio social depois do cumprimento da pena, tudo isso pode determinar no sujeito ativo do delito a percepção de si mesmo como um ser realmente desviado e o impulsionar a viver conforme essa imagem, como se estivesse situado

5 DODGE, Calvert R. *A World Without Prisons: Alternatives to Incarceration throughout the World*. Lexington Books, Lexington, Mass. 1979.

6 MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid: 1991. p. 48-51. Ver también PINATEL, “Le traitement des délinquants”, em *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1964. “La prison, peut-elle être transformée en institution de traitement?”, em *Annales Internationales de Criminologie*, 1969. PERROT, Michelle (ed.), *L'impossible prison*, Seuil, Paris, 1980.

7 MAPELLI CAFFARENA, Borja –TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas, 1996. p. 20.

à margem da lei? Termos como “delinquente” ou similares já implicam uma carga emotiva desfavorável, um *juízo pejorativo*. A exclusão que a pena provoca se vê claramente no caso dos *junkies* – nome que se dá às pessoas que se drogam com heroína –, que queriam ver castigado o comportamento dos que vendem a droga e diziam: “não é a nós, é aos traficantes que se deve perseguir...”. *Para escapar do repúdio, aderiram ao repúdio dos outros*. Para poder viver impunemente de seu modo, eles mesmos se colocavam no lado bom e aceitavam a idéia da existência de um lado mau ao qual outros pertenceriam.

O sistema penal tem efeitos totalmente contrários aos que desejaria obter certo discurso oficial, que pretende alcançar a correção do condenado. O que realmente se obtém é que o sistema endureça com o réu em suas relações com a ordem social ao qual se quer reincorporá-lo, o que faz dele *uma nova vítima*. Pelo dito anteriormente que alguns pensadores abolicionistas, como Louk Hulsman, perguntam a si mesmo: porque não poderiam se assemelhar a uma catástrofe natural – relegando-se ao *âmbito do acidental*, desde o ponto de vista das perdas materiais sofridas – alguns acontecimentos *catastróficos* ou gravemente danosos que na atualidade atribuem-se a determinadas pessoas? Não caberia recorrer às regras *civis* da indenização que já se aplicam em muitos âmbitos nos quais se recorre a esse conceito ambíguo que é a *culpabilidade*.

Em 14 de maio de 1981 o Papa João Paulo II foi atingido no ventre por três balas de revólver. No domingo seguinte – dia em que cumpria 61 anos – dirigiu aos fiéis que se haviam reunido para orar na Praça de São Pedro de Roma, da clínica que estava convalescente, uma curta mensagem na qual dizia: “rogo pelo *irmão* que me feriu e a quem sinceramente perdoei”. Nem a imprensa comum nem o rádio repetiram estes termos. Pode-se ler e escutar: o Santo Padre perdoou seu adversário; João Paulo II perdoou o *homicida*... A palavra irmão era muito surpreendente e incômoda para ser reproduzida em tais circunstâncias. Era necessário encaixar o acontecimento com a etiqueta habitualmente usada. Era uma tentativa de assassinato e não se chama de irmão a um assassino. Era, não obstante, esta palavra a que o Papa tinha buscado intencionalmente, evitando definir-se como vítima frente ao agressor, situando-se assim em *outro universo* distinto ao da justiça criminal.⁸

Sainz Cantero assinala uma série de fatores motivadores do fracasso da pena privativa de liberdade. Dentre eles destacamos os

8 HULSMAN, LOUK - BERNAT DE CELIS, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984. p. 44-80.

seguintes: a. - Que a mesma *nem intimidada* a maioria dos delinquentes – precisamente os mais perigosos e habituais acostumaram-se a sofrê-la –, *nem* tão pouco *corrige*; b. - O *abuso* que, desde sua invenção como pena, se tem feito da privação de liberdade; c. - o fato da sociedade *desconfiar* daquele que sai da cadeia.⁹

Aos argumentos anteriores deve-se acrescentar que a pena privativa de liberdade é perturbadora e *estigmatizadora* para o sujeito e para a família e muito *dispendiosa* para a sociedade, assim como o insuportável custo econômico da gestão carcerária e a ingovernabilidade das prisões.¹⁰

Por outro lado, a prisão submete o indivíduo a um terrível isolamento que destrói sua *sociabilidade*;¹¹ reduz o condenado a uma *imobilidade* que é dificilmente suportável para alguns sujeitos muito ativos; priva o delinqüente de sua *atividade sexual* normal, privação que se estende ao seu cônjuge e que o impulsiona dentro da prisão ao exercício de práticas homossexuais; em alguns casos gera uma lembrança do cárcere ou *psicose carcerária*, cujos efeitos e sequelas psíquicas podem durar por toda a vida; no nível *familiar* afeta o preso e seus parentes mais próximos pela privação de sua companhia, destruindo em alguns casos a unidade conjugal; o cárcere termina sendo *escola de delinquentes*.¹²

Mas nem tudo é elemento negativo na pena privativa de liberdade. A pena de prisão é, todavia, necessária para neutralizar os indivíduos perigosos que ameaçam à comunidade e à segurança dos cidadãos. Atualmente é difícil tornar realidade a supressão da pena privativa de liberdade, ao menos a curto prazo. Pode-se dizer que é um mal, porém

9 SAINZ CANTERO, José Antonio, “La sustitución de la pena de privación de libertad”, em *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978. p. 221 e seg. ROTHMAN, D., “Prisons: The Failure Model”, em *The Nation*, 21 de dezembro de 1974.

10 Sobre a prisão destaca-se a análise de NORMANDEU, André, “Halte à la croissance des prisons !”, em *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1977. “Le mythe de la réhabilitation”, em *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1978.

11 Price-Lapedis, “Jail Inmates Also Are People Who Need People”, em *Federal Probation*, setembro 1965.

12 SAINZ CANTERO, José Antonio, “La sustitución de la pena de privación de libertad”, *cit.*, p. 227. AMATO, Nicolò, *Diritto, delitto, carcere*, Giuffrè, Milano, 1987. *Nueva defensa social*, Buenos Aires, 1961. ANCEL, Marc, “Le problème de la peine de prison”, em *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1977. DOLCINI, Emilio, “La ‘Rieducazione del condannato’ tra mito e realtà”, em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979.

um *mal menor*, que cumpre uma função social não realizada hoje por outras instituições.¹³

Sua EFETIVIDADE. Existe uma grande quantidade de fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou descuida. É a chamada *cifra obscura* da criminalidade. Isto quer dizer que o sistema penal, longe de funcionar em todos os casos para os quais teria competência, deixa sem castigo muitas hipóteses, quebrando princípios e valores sobre os quais repousa todo o ordenamento jurídico, tais como a igualdade, a segurança e a justiça, que se encontram radicalmente *falseados* se só se aplicam a um número ínfimo de situações, ou seja, aos casos *registrados*.

Sua EFICIÊNCIA. A primeira vista poderia parecer que uma “*pena ou sentença exemplar*” dissuadiria da prática do delito. No entanto não é assim: não é certo que somente as penas muito severas podem intimidar. Como somente se manifestam em casos excepcionais, os criminosos potenciais dirão, com razão, que tal coisa não chegará a lhes ocorrer. Quanto maior for a *regularidade* no funcionamento do sistema na hora de impor sanções aos delinquentes, maior será seu efeito de dissuasão. Para isso é necessário que o delinqüente saiba que será caçado e castigado; que considere a sanção penal como uma espécie de corolário do delito, necessariamente ligado a ele. Beccaria já afirmava que “*a certeza da pena tem maior valor intimidatório que sua severidade*”. Por exemplo, as pessoas se sentirão mais intimidadas diante de 10% de probabilidade de serem submetidas um ano de prisão, que diante de 5% de probabilidade de serem submetidas a dois anos de prisão. Será maior o temor por acreditarem que serão encarceradas, ainda que apenas por um dia. Nesse caso, a duração da pena, terá uma importância secundária. Ainda mais, pelo que se sabe da experiência carcerária, o mais duro dela são os primeiros dias e meses, muito mais que os dias e meses seguintes.

A este respeito, merece ser destacado que *a frequência das penas tende a diminuir quando sua severidade aumenta*. Já Mostesquieu o assinalava. A atrocidade das leis impede sua execução. Quando a pena é desmedida é preferível a impunidade. Portanto, *ou se castiga algumas vezes ou se castiga duramente. Ambas as realidades não ocorrem ao mesmo tempo*. Pelo menos é assim nos países democráticos. As leis consideradas

13 JACOBS, James B., *New Perspectives on Prisons and Imprisonment*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 1983. MORRIS, Norval, *The Future of Imprisonment*. Chicago: University of Chicago Press, 1974. Do mesmo autor se destacam também “Punishment, Desert and Rehabilitation”, em GROSS, Hyman – VON HIRSCH, Andrew (eds.), *Sentencing*, Oxford University Press, New York, 1981. *Madness and the Criminal Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1983.

demasiado severas raramente serão aplicadas. E, ao inverso, aumentará a frequência das sanções penais quando sua severidade for menor.

Cusson se refere à neutralização, basicamente através da prisão.¹⁴ Diz que a neutralização não deve ocorrer senão na hipótese em que se possa prever que o delinquente realizará novos delitos por estar em liberdade. Os criminologistas americanos estão há muitos anos interessados na neutralização, mas sob determinadas “condições”: que os delinquentes neutralizados não sejam substituídos por outros dentro dos grupos nos quais operam; que a prisão não exerça sobre eles um efeito criminógeno, que recrudesça sua atividade criminal ao sair da prisão.

Além do mais, a neutralização tem seus “custos”, tanto monetários – custa dinheiro manter os delinquentes atrás das grades –, como sofrimento – para o encarcerado e seu entorno.

A neutralização tem sido historicamente uma prática corrente. Em todas as épocas se tem desejado tornar inócuos os indivíduos inquietos e imprevisíveis. Expulsava-se-lhes, mutilava-se-lhes, matava-se-lhes. Ainda em nossos dias, a vontade de por em lugar seguro os sujeitos perigosos se faz sentir em todas as etapas do processo penal: a policial, a judicial...

A questão é: como identificar os riscos de reincidência futura que aconselham a neutralização na prisão? Cada indivíduo é um mundo. Não existem dois delinquentes iguais. Os criminologistas americanos falam a este respeito de neutralização seletiva. – “selective incapacitation” –. O problema gira em torno da capacidade de prever, pois a previsão em mãos humanas tem seus limites. Surgem dois problemas a esse respeito: os “*falsos positivos*” – consistentes em prever que um indivíduo reincidirá e ocorrer o caso contrário –. E os “*falsos negativos*” – quando se dá por certo que alguém não reincidirá e logo reincide. Neste sentido, os criminologistas estão mais preocupados, em sua maior parte, com os encarceramentos que poderiam ter sido evitados, que com as vitimizações que poderiam ter sido impedidas. Os problemas de erros de previsão parecem mais agudos nos crimes violentos, não só por sua maior gravidade, mas também porque são mais difíceis de prever. Os crimes violentos são raros e quanto mais raro é um fenômeno, mais imprevisível o é.

A conduta criminosa não é totalmente previsível nem totalmente imprevisível. No estado atual da matéria são mais úteis, para efeitos de

previsão, as “*tabelas de previsão*” que a experiência clínica – geralmente psiquiátrica –. As tabelas de previsão são instrumentos que relacionam as características de vários grupos de delinquentes. Algumas das conclusões as quais se tem chegado por meio delas estabelecem uma série de variáveis geralmente associadas à reincidência:

- *A delinquência anterior.* Quanto mais delito cometeu um delinquente no passado, maior será o risco de delinquir no futuro. O passado garante o futuro. Quanto mais enraizado está um hábito, mais difícil será acabar com ele.
- *A precocidade da delinquência.* Quanto mais jovem é o delinquente na hora de cometer o seu primeiro delito, maior será sua tendência a reincidir.
- *A idade.* Quanto mais jovem é um delinquente, será maior sua tendência a cometer novos delitos. Com o passar do tempo as paixões se acalmam.
- *A instabilidade no trabalho.* Quanto mais frequentemente um delinquente muda de trabalho, maior será o risco de delinquir de novo. A pessoa que tem um emprego estável e interessante tem mais a perder se for pega com as “mãos na massa”.
- *Os excitantes.* Quanto mais droga e álcool consuma um delinquente maior será sua tendência a reincidir. O consumo excessivo de álcool e drogas não favorece um bom controle de si mesmo e cria necessidades de dinheiro.

2.1.3 AS MULTAS

As multas são o terceiro grande tipo de sanção, que ganha adeptos na atualidade. Diante da dificuldade de ressocialização do delinquente surge a questão da conveniência de substituir a privação da liberdade pela da propriedade, o que usualmente se conhece como multas, especialmente em relação a alguns tipos de delinquência como, por exemplo, a delinquência econômica, também chamada de “de colarinho branco”.

Sua LEGITIMIDADE. As sanções penais diante dos delitos econômicos apresentam, portanto, uma ética discutível. Alguns atos tipificados como delito econômico não encontram uma reprovação geral

14 - CUSSON, Maurice, *Pourquoi punir?*, Dalloz, Paris: 1987. p. 117-125, a citação na p. 124; pp. 125-150.

suficientemente forte; assim ocorre com a fraude fiscal. Em outros casos considera-se que a sanção civil ou administrativa seria mais apropriada que a sanção penal.¹⁵

Se são pessoas “decentes”, pessoas “formais”, “bem consideradas” e “economicamente fortes” parece que não teria em princípio que ressocializá-las ou reeducá-las, comparando-se com os delinquentes comuns criados geralmente em ambientes marginais, pertencentes à classe média ou baixa e com uma socialização defeituosa. Chega-se inclusive ao paradoxo da existência de uma “moral de fronteira”, com seu frequente desvio individualista, que conduz, às vezes, a considerar heróis estes delinquentes de colarinho branco: “roubar a Fazenda Pública é como não roubar”, escuta-se na boca dos homens da rua.

Sua VALIDADE. É cada vez mais ampla a legislação que impõe sanções pecuniárias, multas, especialmente com relação à chamada delinquência econômica. Ao nos referir a esta, não entram em nosso campo de estudo o roubo, o furto e os demais delitos clássicos contra a propriedade, mesmo que muitos sejam delitos do colarinho branco. Tecnicamente falando, a delinquência econômica é uma espécie de crime de colarinho branco, chegando, inclusive, **ambas** a serem equiparados por alguns autores. Os *white collar crimes* são delitos cometidos por pessoas respeitáveis e de alta sociedade no exercício de sua profissão, mediante fraudes, desvios, monopólios, etc., e não pela violência.¹⁶

Sua EFICÁCIA. Talvez sejam adequadas para os delinquentes econômicos as sanções econômicas – multas –: para que privá-los da liberdade? Que eles devolvam o roubado e paguem uma dispendiosa multa, para que assim diminuam as diferenças econômicas e sociais. Ou caso se imponha a pena de prisão, sua duração deveria ser breve – para servir de exemplo – e acompanhada dessas outras sanções de tipo econômico.

Ainda que pouco se tenha estudado empiricamente o tema da necessidade e eficiência das sanções de delinquência econômica, parece que as mesmas são benéficas no terreno da prevenção geral – e ao menos – em alguns aspectos da prevenção especial. A doutrina costuma negar a possibilidade de re-educação destes sujeitos, principalmente porque se

15 Na Inglaterra e na Austrália surgiram críticas específicas com respeito à ética da sanção penal no campo da legislação *antitruste*.

16 SUTHERLAND, *White Collar Crime*. 2. ed. New York: 1961, pp. 9 e seg. POSNER, Richard A, “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”, em *American Criminal Law Review*, 17, 1980. p. 409.

considera que tem um alto grau de socialização.¹⁷ São pessoas bem educadas, pessoas “*of respectability and high social status*” – Sutherland – “*well-to-do individuals*” – Posner –, “cavalheiros honrados” da melhor sociedade.

A peculiar re-personalização dos delinquentes de colarinho branco deve ser conquistada por vias distintas das empregadas com o delinquente comum: talvez pelo “susto” e a “estigmatização” de uma condenação judicial, pelo “golpe” da privação de um direito profissional ou de liberdade.

Sua EFETIVIDADE. Em relação à questão da efetividade das multas, especialmente com respeito aos delitos econômicos e os delinquentes de colarinho branco, existe outro problema que continua sendo debatido entre especialistas contemporâneos no tema, o da impossibilidade de impor determinadas sanções penais às *personas jurídicas*. Isto se soluciona, em parte, atuando, nesses casos, imediatamente contra os representantes, gerentes ou pessoas naturais responsáveis pela empresa, pois são eles os verdadeiros autores do delito. Além disso, os delinquentes econômicos podem ocultar seus bens dentro ou fora de seu país, para assim elidir os prejuízos das multas. Isto se solucionaria em parte com uma moderna legislação que limitasse o segredo bancário.

Sua EFICIÊNCIA. O que acabamos de dizer para as penas privativas de liberdade – intimidada mais uma pena menos severa, mas que se sabe que se vai impor inexoravelmente – não é aplicável às sanções pecuniárias, às quais as pessoas são mais sensíveis a sua severidade – e quantia – que a probabilidade das mesmas. Por exemplo, nos sentiremos mais intimidados com a probabilidade de 5% de imposição de uma multa de 2.000 Euros, do que a probabilidade de 10% de imposição de uma multa de 1.000 Euros.

Mas, mesmo que as multas provavelmente devam ser mais aplicadas que a prisão para os autores de delitos econômicos, já que menos desumanas, mais eficazes e mais aplicáveis a pessoas jurídicas, não obstante, corre-se o risco de, com elas, beneficiar os delinquentes de colarinho branco, comparativamente aos delinquentes comuns. Também a estes deveriam ser aplicadas mais sanções econômicas e menos sanções privativas de liberdade. Quanto ao inconveniente de que “compensa” fraudar, pois a multa imposta é muito baixa em comparação

17 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978. p. 81 e seg.

com a quantia fraudada, se deveria elevar a quantia das multas para fazê-las mais eficientes.

2.2 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

2.2.1 CONCEITO MODERNO DE MEDIDA DE SEGURANÇA FRENTE AO CONCEITO TRADICIONAL DE PENA

A idéia que justifica a pena é a *justiça*: dar a cada um o que é seu; a noção que fundamenta a medida de segurança [é] a *utilidade*: impedir que volte a delinquir. A pena se baseia no aspecto *objetivo*, no *delito*, considerado, por sua vez, em sua dimensão jurídica, como infração de uma norma jurídica. Pelo contrário, a medida de segurança acentua a vertente *subjéctiva*. Atende mais ao *delinquente e*, dentro do delito, ao seu aspecto social, ou seja, o delito considerado como infração de ordem social.

Não quanto ao fundamento, mas sim quanto à *função*, a pena visa mais ao sentido, o *porquê* da sanção, enquanto a medida de segurança, à finalidade, o para quê da mesma. Diz-se que a função daquela é fundamentalmente *retributiva*, a desta, preventiva. A pena é em teoria repressiva, presta-se à expiação, à vingança. É a lei de talião, a idéia de remediar um mal com outro, de que o que vive pela espada morra pela espada, como expressa graficamente o axioma “olho por olho, dente por dente”. Pelo contrário, a medida de segurança fixa-se mais, como seu nome indica, na idéia de segurança. A pena visa em princípio ao *passado*, a medida, ao *futuro*. Na primeira se castiga porque se delinuiu (“*punitur quia peccatum est*”), na segunda para que não se volte a delinquir (“*punitur ut ne peccetur*”).

2.2.2 SÃO EFICAZES AS MEDIDAS DE SEGURANÇA PARA OBTER A PREVENÇÃO PRETENDIDA?

Em geral pode-se afirmar que as *medidas de segurança* não têm um efeito intimidatório notável, especialmente para os delinquentes reincidentes.

A prevenção especial oferece como maior vantagem o atuar sobre o delinquente, possibilitando, ou ao menos tentando possibilitar, que no futuro leve uma vida conforme o Direito. É a idéia de ressocialização, em torno da qual gira a prevenção especial. Isto supõe a humanização da sanção penal, que se dirige a um indivíduo concreto e trata de reformá-lo.

Mas nem todas são vantagens no movimento preventivo-especial. Contra o mesmo argumenta-se que não possibilita uma *delimitação* do direito de castigar, pois se o decisivo na hora de impor as sanções é a periculosidade, pode ocorrer que esta seja grande, apesar do delito praticado não ser grave. Nestes casos o princípio de culpabilidade e o de periculosidade aconselharia medidas de diferente rigor. Outra coisa ocorreria nos casos em que a ressocialização não fosse possível, o que aconselharia a inutilização perpétua.

Se o castigo imposto ao sujeito ativo do delito deve durar até que esteja ressocializado, os limites do *ius puniendi* algumas vezes se encontrarão superados, porque a periculosidade assim o aconselha, com o que se suporia o rompimento das margens fixadas pelo princípio da legalidade e pelo da culpabilidade. A *contrario sensu*, quando se cometerem ofensas graves, mas o sujeito não apresentar uma grande periculosidade e esteja corretamente adaptado, se se observasse rigorosamente a doutrina da prevenção especial e a periculosidade e re-inserção como critérios de valoração na hora de impor sanções, nos encontraríamos com o paradoxo de não ter que sancionar com penas graves, apesar de que os delitos cometidos assim o sejam, simplesmente porque se tratam de sujeitos com um grau bom de adaptação.

Além disso, se o fator decisivo é a periculosidade, caberia, nos casos em que ela ocorresse, mesmo que ainda não tenha acontecido ato delitivo ainda, impor *medidas pré-delitivas*, o que implica em violação do princípio de legalidade, ao castigar por fatos ainda não executados. Porque esperar que se cometa um crime se é possível se antecipar e evitá-lo? É o que parece dizer-nos a teoria preventivo-especial levada às suas últimas consequências. A resposta deveria indicar que isto seria incompatível com presunção de inocência e a segurança jurídica. Menosprezaria o respeito às liberdades individuais de todo ser humano, reconhecidas pela Constituição.

Estas doutrinas, ao conceber o Estado como pedagogo, tutor ou terapeuta e o delito como uma patologia – pouco importa que seja moral, natural ou social –, são mais antiliberais e anti-garantistas e justificam o modelo de Direito Penal tendencialmente ilimitado. Não importa se é com o auxílio do sacerdote ou com o do psiquiatra, a questão é que o delinquente vê como sua liberdade moral e interior se vê perturbada, ao mesmo tempo em que sua liberdade física ou exterior, por meio da pena privativa de liberdade. Se o tratamento não é compartilhado

pelo condenado isto se torna uma aflição acrescentada a sua reclusão.¹⁸ Talvez por isso as doutrinas de tratamento tenham tido seu apogeu nos regimes totalitários de período entre-guerras.

A idéia ressocializadora está atualmente em crise.¹⁹ Não pode por si só justificar o Direito Penal. Hoje em dia existe um debate sobre o abandono da ideologia do tratamento e a ressocialização. Muitos reprovam nesta idéia seu caráter *sentimentalista e pusilânime* com relação aos delinquentes, e pode chegar a colocar em perigo a Sociedade. Outros vão mais além e afirmam que com ela se deseja regenerar as almas e não só os corpos, para melhor assegurar a *dominação* dos homens pelo poder e pelo sistema. O que legitima à *maioria* da população a impor sua visão das coisas à minoria de sujeitos desviados? Com base em que achamos legítimo influir sobre a educação e sobre o destino de seres adultos, contra sua vontade? Porque as pessoas não podem viver do seu modo à margem da sociedade? É o que dizem os que são contra a idéia ressocializadora e do tratamento.

Indo ainda mais além, há quem afirme que *a sociedade é que deve ser ressocializada, eliminando as injustiças nela existentes e das quais surgem as infrações normativas*. As teorias psicanalíticas consideram que o castigo aos delinquentes não é senão um modo pelo qual a sociedade os converte em *bodes expiatórios*, em *cabeças de turco*, nos quais a população descarrega os impulsos anti-sociais e fica recompensada por não ter ela mesma infringido a lei.

De qualquer modo, continua aberto o debate em torno da questão se se *deve ressocializar para a "moralidade" ou para a "legalidade"*. É suficiente que a conduta externa do indivíduo não contrarie as normas sociais ou tem que corrigi-lo também no foro interno? No nosso juízo seria suficiente o primeiro. O pensamento não delinque e no âmbito interno o sujeito é livre da coação estatal. Só a Moral ou a Religião

18 Os efeitos curadores da sanção penal no delinquente são muito limitados, uma vez que a maioria deles carecem de uma consciência moral saldável, de tal maneira que em vez de produzir uma melhora nestes indivíduos o que se consegue é justamente o contrário, endurecê-los e fazê-los mais frios. A reprovação moral que a sanção carrega nem sequer origina neles arrependimentos, sentimento de culpa ou de reprovação. E ainda mais, quanto mais frequente for o castigo menos efetivo será, tendendo a destruir pouco sentimento de vingança e culpabilidade que no sujeito autor do delito possa ficar.

19 Ver GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo", em *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 32, setembro-dezembro 1979, p. 645-700. Também seus *Estudios Penales*. Barcelona: Bosch, 1984. MUÑOZ CONDE, Francisco, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", em *Cuadernos de Política Criminal*, 1979; também em *La reforma del Derecho Penal*. Barcelona: Bellaterra, 1980.

poderiam imiscuir-se nessas esferas, mas sempre de modo orientador, não como medidas externas de coação. Impor a alguém a correção moral é incompatível com esse valor elementar de civilização que é o respeito à pessoa humana, e *contradiz irremediavelmente o princípio da liberdade e a autonomia da consciência*. Em si mesmo, em sua mente, o indivíduo é soberano. Do contrário, a aparente filantropia degenera em um despotismo inócuo.

As outras ideologias correcionais – a positivista italiana e a da diferenciação do Programa de Marburgo – contradizem, além do valor da liberdade, o da igualdade, ao interiorizar uma concepção do delinquente como ser anormal e inferior, e levadas a suas últimas consequências, originam doutrinas desumanas a da *criança* ou a eliminação *eugênicas*, baseadas na idéia de que o Estado deveria auxiliar a natureza levando a cabo, ao lado da seleção natural, uma seleção penal do tipo artificial, do tipo orwelliano. Ao lado dos valores da liberdade e da igualdade, as doutrinas em questão ferem a *dignidade* do sujeito tratado e um dos princípios básicos do Estado democrático do Direito, o da *tolerância* e do igual respeito às diferenças, violando o primeiro direito de cada homem: a liberdade de ser ele mesmo e de seguir sendo como é.

A tentativa de inculcar valores morais no delinquente é incompatível com uma *sociedade pluralista*. Se impuséssemos credos religiosos e códigos éticos o que faríamos seria difundir o sistema de valores *dominante*, que não necessariamente pode ser o melhor. Seria um modo de manipular a partir do poder. Não esqueçamos que as sociedades ocidentais nas quais vivemos são em sua imensa maioria sociedades burguesas, nas quais as leis penais representam os interesses e valores das classes dominantes. O princípio democrático das maiorias deveria se compatibilizar com o *respeito às minorias*. Como disse em seu tempo Henry David Thoreau, em protesto contra o sistema norte-americano que impunha uma guerra injusta: "uma minoria de um com mais razão que seus concidadãos já é uma maioria de um". Talvez este não seja o caso da maior parte dos atos delituosos, mas de certo modo deveríamos ter flexibilidade suficiente para poder nos situar, mesmo que fosse apenas hipoteticamente, no lugar do delinquente para pensar se nós tivéssemos vivido sua infância, tivéssemos suas carências econômicas, familiares, educativas e de todo tipo, não teríamos também reagido como ele nos opondo ao sistema. Há situações em que a legalidade é injusta. Nem todas as leis são justas. Há hipóteses legítimas nas quais o sujeito deve opor-se ante uma lei injusta ou, inclusive, chegado ao caso, desobedecê-la.

Diante das soluções extremas, há posturas intermediárias e conciliadoras. Por exemplo, certo autor propõe oferecimento para o delinquente não de conteúdos morais e valorativos concretos, mas sim uma *pluralidade de caminhos*, a mesma pluralidade que se encontra em uma sociedade heterogênea, para seja o próprio sujeito que decida. Em uma linha similar outros oferecem uma terapia social emancipadora, que propõe um trabalho pedagógico para o delinquente, porém sem doutrinarmos. Há quem se oponha a essas doutrinas, que deixam o delinquente à sua sorte, que são demasiado liberais. Considera-se o criminoso como uma criança que deve ser guiada em seus passos até a ressocialização para não se perder.

Outra crítica à prevenção especial seria porque ela centra exclusivamente no aspecto subjetivo, no delinquente, deixando de lado o aspecto objetivo, o delito. Assim se introduz grande *insegurança jurídica* ao não aplicar penas iguais a delitos iguais, por se tratar sempre de sujeitos distintos. A *incerteza* e a possível *arbitrariedade*, nas mãos dos psicólogos, educadores e psiquiatras, poderiam converter o delinquente em uma mera *cobaia* para experimentar os novos tratamentos. Além disso, um tratamento para curar a quem não quer curar-se é um contrassenso e uma violação da liberdade do indivíduo que é *condenado a ser ajudado*.

Isto originaria no plano da realidade modelos e práticas penais ilimitadamente repressivos, paternalistas, persuasivos, de aculturação forçada e de manipulação violenta da personalidade do condenado. Pense-se nas culturas autoritárias como a doutrina nazista. Lembre-se do mesmo modo da experiência dos manicômios penais soviéticos e as escolas de re-educação da China Popular. Estas são formas abusivas e degeneradas que essas doutrinas criaram.

No plano, não mais teórico, senão prático, argumenta-se que a ressocialização nem sempre se alcança, que é uma *utopia*. As teorias da prevenção especial apresentam-se como ineficazes para mudar a realidade e conseguir a consecução de suas metas. Não é irreal pretender que alguém se ressocialize na prisão? Que, além de ajudar esse fim, é em sua maioria *escola de delinquentes*, e onde com frequência há agressões dos próprios companheiros daquele que quer se readaptar? Porém, inclusive se o delinquente quiser cooperar e se curar e mesmo que as condições na prisão fossem idôneas, isto requereria meios e pessoal os quais carecem os estabelecimentos penitenciários. Não se trata de televisão, jogos e outras atividades similares, como se fossem o único

conteúdo de ressocialização. Há uma excessiva burocratização, há falta de meios. O panorama que oferecem os prisões atualidade é desolador no que se refere ao tratamento ressocializador. A prisão é um lugar de incitação ao delito. Repressão e educação são postulados incompatíveis, do mesmo modo que a privação da liberdade e a liberdade mesma, pressuposto e campo do cultivo ideal da verdadeira educação.

A idéia de ressocialização deveria fazer-se viável, pois não é mal como idéia. “*No se deve cair na armadilha – disse Morillas Cueva – do esquematismo que exige uma decisão clara: sim ou não em relação à ressocialização ou entre pena e tratamento. A concórdia é possível. A idéia de ressocialização não deve se extinguir nem se mitificar, mas sim deve unicamente se relativizar e consequentemente adequar-se às necessidades sociais. Assim como se compatibilizar com outras instâncias de controle social menos graves e com medidas globais de caráter político-social que propiciem uma sociedade mais justa e igualitária.*”²⁰ Pode-se unicamente pretender da prisão é que seja menos repressiva possível e, por conseguinte, menos dissocializadora e deseducadora.

2.3 AS SANÇÕES COMPENSATÓRIAS. ATÉ UMA PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Na vida cotidiana quando causamos dano a alguém tratamos de compensá-lo pelo mal estar que causamos. Por que o Estado não faz o mesmo nos países mais desenvolvidos? Ou, pelo menos, por que não estendemos ao agressor a capacidade de compensar a vítima e diminuimos assim o papel do Estado e do Direito Penal, deixando relegado a ser um último recurso, uma via final, quando a solução pacífica da disputa tenha falhado? Em todos os sistemas que não têm um Estado forte, a compensação da vítima parece o caminho mais seguido.²¹ O sujeito comum, toda a população, deveria converter-se em *participante* e não em mero espectador, em *produtor de soluções em vez de mero consumidor delas*. Deveria buscar acertos mais que dar ordens, compensar em vez de repreender, fazer o bem em vez do mal.²²

²⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 30-31 e 38-42. ALLEN, F., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, 1981. ANDENAES, J., “The Morality of Deterrence”, em *University of Chicago Law Review*, 37, 1970, p. 649-664, reimpr. em HAWKINS, G. – ZIMRING, F. (eds.), *The Pursuit of Criminal Justice*, The University of Chicago Press, Chicago, 1984. ANQUETIL, M. (et al.), *La peine, quel avenir?: approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire. Actes du Colloque des Centre Thomas More des 23-24 mai 1981*, Editions du Cerf, Paris, 1983.

²¹ CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. p. 128 e seg.

²² A respeito ver, UMBREIT, Mark S. (1949-), *Crime and Reconciliation: Creative Options for Victims and Offenders*, Abingdon Press, Nashville, 1985.

À título de conclusão, as seguintes propostas poderiam ser apresentadas: reservar o espaço da justiça penal repressiva aos temas transcendentais; envolver ativamente a vítima do conflito no processo de resolução e acordo, pois de sua atitude conciliadora depende, em grande medida, o êxito destas propostas alternativas; buscar penas alternativas à privação de liberdade; estabelecer critérios racionais para abandonar a persecução penal obrigatória e permitir persecução a requerimento da parte ofendida. Tratar-se-ia de estabelecer um sistema de comportas racionais, que permitam saber quais águas poderão passar ou não passar pelo dique que representa o sistema punitivo estatal. Tentemos! O que podemos perder?