

UM ESPAÇO LEGÍTIMO PARA O SIMBÓLICO NO DIREITO PENAL

Autor: Eduardo Luiz Santos Cabette, Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós – graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal Especial e Criminologia na graduação e na pós – graduação da Unisal.

A receptividade da função simbólica do Direito Penal é rechaçada pela doutrina em geral, pois que normalmente atrelada à noção do denominado “Direito Penal Simbólico”. Este seria designativo de uma postura que opta pela produção de leis penais e processuais penais cada vez mais abrangentes, duras e autoritárias como pretensa solução para todo e qualquer problema social.

Nesse contexto a “solução” criminalizante perverte o Princípio da Fragmentariedade e do Direito Penal como “ultima ratio”, optando pelo caminho mais fácil da edição de leis penais muitas vezes inócuas, mas que apresentam à sociedade uma falsa imagem dinâmica dos centros de poder político.

Seria extrema ingenuidade acreditar que os detentores do poder político e legislador atuam sem qualquer noção da inocuidade da “solução” penal e de sua mera função simbólica e demagógica. É mais do que nítido que essa atuação é deliberada, consistindo numa clara demonstração da irresponsabilidade e indiferença dos detentores do poder frente aos problemas sociais, sobrevalorizando (ou valorizando exclusivamente) seus interesses políticos imediatos, sua imagem e autopromoção.

Conforme bem destacam Zaffaroni e Batista, uma das piores consequências do “Direito Penal Simbólico” é o abandono ou desestimulação da busca por soluções reais, optando-se pela repetição infundável “de um discurso que só traz tranquilidade através de uma solução ilusória”.¹

Não resta, portanto, qualquer dúvida de que essa espécie de simbolismo é altamente deletéria e deve realmente ser alijada do projeto de qualquer iniciativa teórica ou prática na área criminal.

Acontece que o epíteto do “Direito Penal Simbólico” com suas mazelas repulsivas vem ocasionando a obliteração ou ocultamento de uma face simbólica que é, na verdade, inerente ao Direito Penal por sua própria natureza e origem histórica.

Ao longo do tempo a ciência penal tem se esforçado na formulação de teorias para estabelecer os fins da pena e, conseqüentemente, do Direito Penal. Assim pululam as teorias absolutas (retributivas), relativas (utilitárias) e mistas com algumas variações.²

Fato é que por qualquer caminho que se siga nesse afã da compreensão dos fins do Direito Penal, um componente sempre está presente por mais que qualquer teoria pretenda ocultar, apagar ou olvidar. Esse componente é a necessidade de aplacar o desejo de reparação pelo mal sofrido. Esse desejo é integrante da natureza humana e não pode ser desprezado pela ciência penal, ao menos se esta pretende realmente ostentar esse nome (“Ciência”) com propriedade.

Não é sem razão que uma das teorias mais bem fundadas acerca do Direito Penal na atualidade, o “Garantismo Penal” de Luigi Ferrajoli, assenta seu ponto de apoio na necessidade premente de um conteúdo mínimo para o Direito Penal, a fim de conter a sanha vingativa incontrolada que advém da própria condição humana.³

Afirma-se que esse componente reativo da natureza humana não pode ser desprezado por qualquer teoria pretensamente científica porque se é verdade que o homem é capaz de migrar da natureza pura e simples para o mundo da cultura, tendo como um dos caminhos o desenvolvimento científico, também é válido dizer que toda ciência deve apoiar-se na busca da verdade por meio de uma proximidade com a realidade do mundo em que está inserida. É claro que a ciência como obra cultural humana pode vir a alterar o mundo; ela pode legitimamente apontar para um “dever ser”, mas todo seu procedimento deve estar assentado na realidade do “ser”. Isso sob pena de tornar-se mera elucubração erudita, divorciada da realidade e encastelada num idealismo que não ecoa no mundo palpável, passando inclusive a ser inacessível ao homem comum.

Esse apartamento da realidade no campo penal, mediante o indevido ocultamento de sua face retributiva necessária para aplacar um sentimento inerente à

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. 3^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 77.

² MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume I. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 230 – 232.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, p. 268.

natureza humana pode redundar num terrível descrédito do Sistema Penal e das instituições que o compõem e daí para um retorno à antiga vingança privada ou outras espécies de reações informais.

Com a evolução da suscetibilidade da sociedade ante a violência e a crueldade e desde o Iluminismo se tem pugnado por um Direito Penal com tendência ao abrandamento das punições e sua humanização.

Partindo desse ponto de observação fica a impressão de que o Direito Penal surge como um instrumento de coerção e dominação cruel que deve ser contido, senão eliminado definitivamente. Perde-se, porém, nesse contexto, uma visão histórica mais ampla que revela o surgimento das normas penais como uma garantia contra reações informais operadas sem qualquer vestígio de proporcionalidade.

À conduta lesiva haverá sempre uma reação. Se essa reação será controlada, normatizada ou irracional, depende da conformação ou não de uma ciência e de um Direito Penal equilibrados que devem necessariamente levar em conta o desejo humano de reparação mediante punição do infrator. Por mais que se queira não é do ser humano normal o “dar a outra face” ou a viabilidade de composição amigável em todos os casos.

É verdade que em meio às linhas de pensamento não é incomum a lacuna quanto à consideração dos sentimentos envolvidos. Ocorre até mesmo em geral uma tendência a evitar a consideração de fatores emocionais como prejudiciais ao desenvolvimento da racionalidade, a qual pressuporia uma depuração emotiva e sentimental. Apenas exemplificando, pode-se citar correntes filosóficas como o utilitarismo e o kantismo para as quais os sentimentos do envolvido nas questões morais é absolutamente irrelevante. Para o utilitarismo importa maximizar o bem em cada uma das ações; para o kantismo releva cumprir com o dever. Nota-se que essas teorias bastante conhecidas deixam claro que “nossos desejos pessoais devem ser excluídos em vez de consultados quando tentamos fazer a coisa certa”, deixando deliberadamente de abordar certos “ingredientes da identidade humana”.⁴ Não obstante, isso não é bom quando se lida com questões que servem para a conformação de uma ordem jurídica que não ficará somente na abstração ideal, mas atuará no “mundo da vida”.

⁴ SOUTH, James B. Barbara Gordon e o perfeccionismo moral. In: IRWIN, WILLIAM (coord.). *Super – Herois e a Filosofia – Verdade, Justiça e o caminho socrático*. Trad. Marcos Malvezzi Leal. São Paulo: Madras, 2005, p. 99.

O distanciamento do emocional do campo científico está ligado à busca insensata por um purismo utópico inalcançável, seja levando em conta a atuação do cientista, seja considerando, especialmente no caso das ciências sociais, o necessário componente emocional que permeia o coletivo e o individual. Popper já indica isso ao afirmar que “a pureza da ciência pura é um ideal presumivelmente inalcançável”, sendo “impossível banir os valores extracientíficos da atividade”. Isolar a ciência dos valores dos envolvidos na equação é mutilar o homem. Por isso o emocional sempre está presente em qualquer atividade humana, seja no pesquisador, seja no estudo das ações e reações de outros seres humanos. Mais uma vez vale citar Popper que afirma que “sem paixão nada é possível”.⁵

Essa consideração do emocional nos estudos científicos não significa abandonar o racionalismo. Toda discussão ou pesquisa nesse campo deve pautar-se pelo racionalismo que significa em linhas gerais submeter as teorias à discussão racional, à possibilidade de refutação. Mas, deve-se saber também que “a aceitação ou rejeição de uma idéia jamais podem ser um assunto puramente racional”.⁶

Ademais a ciência afeta a sociedade e é afetada por ela, devendo sempre levar isso em consideração. No campo das ciências sociais importa levar em conta que tudo que é “antropossocial” tem alguma base biofísica que envolve também o psiquismo.⁷

O afastamento das questões penais do sentimento de retribuição punitiva aferrado à natureza humana produz uma visão deturpada desse campo. Nesse aspecto é destacável, por exemplo, que a chamada “Lei de Talião” (“olho por olho, dente por dente”), frequentemente apresentada como exemplo de reação exagerada e cruel, constituiu em seu tempo uma grande evolução de abrandamento e proporcionalidade da reação penal que antes disso não tinha limites estabelecidos.⁸ Ou seja, o desejo de punição do infrator é inseparável da história da humanidade e o Direito Penal em seus primeiros passos, surge como fator de contenção da reação incontrolada desse desejo de vingança. É somente a abstração indevida desse sentimento humano natural e a falta de uma visão histórica mais

⁵ POPPER, Karl Raimund. *Em busca de um mundo melhor*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 105 – 106.

⁶ Op. Cit., p. 263 – 264.

⁷ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 20.

⁸ FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

ampla temperada com certo anacronismo que leva alguns a indicarem o Talião como exemplo do Direito Penal como elemento de dominação cruel do ser humano.

Perder essa dimensão retributiva do Direito Penal enquanto ensejadora de aplacamento do sentimento de vingança individual e social pode ser de veras perigoso. É de se considerar a chamada “Ecologia da Ação”, que “significa que toda ação humana, a partir do momento em que é iniciada, escapa das mãos do seu iniciador e entra no jogo das interações múltiplas próprias da sociedade, que a desviam de seu objetivo e às vezes dão um destino oposto ao que era visado”.⁹ O que em neste estudo pode significar que o intento bem intencionado de depurar a alma humana e suas instituições penais do desejo de vingança, pode efetivamente produzir um efeito contrário de retorno a uma barbárie de retribuições incontidas face à insatisfação generalizada e ao sentimento de impunidade.

O desejo de retribuição do mal operado pelo infrator através da pena criminal configura certamente um efeito simbólico que não produz consequências outras senão o serenar de paixões inerentes à alma humana, seja do ofendido, seja da sociedade em geral movida por essa natural e inarredável expectativa punitiva.

Não sem razão a moderna Vitimologia vem processando um gradual “redescobrimto da vítima” no Direito Penal e no Processo Penal, reconhecendo inclusive que seus interesses nessas áreas não se reduzem à satisfação de aspectos civis e patrimoniais, mas que se deve reconhecer seu legítimo interesse na própria persecução criminal e no exercício estatal do “jus puniendi”. Desse modo, conforme salienta Oliveira, “pode-se argumentar que a distinção entre o interesse particular e o interesse penal não é atualmente absoluta”.¹⁰

Füher¹¹ chama a atenção para a presença desse impulso vingativo no “inconsciente coletivo” nos moldes arquetípicos preconizados por Gustav Carl Jung. O autor destaca que embora o Direito Penal tenha passado por um processo histórico de idealização e sublimação, jamais perdeu no inconsciente coletivo e no âmago da alma humana “a atávica necessidade de vingança violenta e irrestrita”. E prossegue:

“Com a chegada da vingança estatal tabelada, o impulso para a desforra foi absorvido por um processo induzido de sublimação ou contenção. Mas a adoção desse

⁹ MORIN, Edgar. Op. Cit., p. 128.

¹⁰ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 143.

¹¹ FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto. Op. Cit., p. 123.

desvio sempre dependeu da qualidade da resposta dada pelo vingador estatal. Isto quer dizer que o retorno da tranquilidade da vítima é geralmente proporcional à sua percepção do sofrimento imposto ao infrator. A composição civil, insistentemente tentada ao longo da História, nunca conseguiu substituir a ânsia humana pela vingança justa, cobrando o preço do crime. Para que a vítima apazigúe o seu espírito, a punição deve pelo menos ter a forma de castigo”.

A presença de características ancestrais inscritas na conformação humana individual e coletiva hoje é corroborada não somente pela psicologia, mas pelas ciências biológicas e em especial pela genética. Orrutea afirma que em uma atuação retroativa “é possível compreendermos que em cada um de nós reside e mora também (...) um ser que ressoa o *homem da caverna*”, naquilo que pode ser traduzido como “*memória cromossômica ou mnemônica cromossômica*, aquilo que vem de muito longe, fruto de um processo cumulativo”, que configura um “*atavismo cultural* (herança de certos componentes culturais oriundos dos ascendentes remotos por assimilação genética)”.¹²

É nesse sentido que o Direito Penal carece e sempre carecerá de um efeito simbólico que nada tem a ver com a eficácia da contenção da criminalidade, diminuição da reincidência, ressocialização, socialização etc. Tal efeito simbólico, porém, é responsável por não permitir o total descrédito das funções estatais de controle social, evitando o absoluto rompimento do frágil tecido que sustenta a contenção das reações punitivas informais.

Nesse aspecto é que se pode falar legitimamente na inserção do efeito simbólico de forma “construtiva no debate das finalidades da pena, intentando legitimá-lo no Estado Democrático de Direito”. Ele “não pode ser ignorado simplesmente porque é inerente ao Direito Penal. Sempre esse ramo do Direito se valeu de efeitos simbólicos, em maior ou menor grau, para se fixar no âmbito social”.¹³

O simbolismo crime/castigo é inafastável do Direito Penal, o qual sem ele se administrativiza ou civiliza, tornando-se infenso à compreensão popular. Nesse ponto é impossível deixar de mencionar a obra de Dostoievski cujo título é exatamente “Crime e

¹² ORRUTEA, Rogério Moreira. *Sobre a hipérbole humana ou O Homem Este Desconhecido*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 49.

¹³ ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito Penal Simbólico e Finalidade da Pena. *Boletim IBCCrim*. n. 171, fev., 2007, p. 2.

Castigo”. Ali o escritor retrata a complexidade e a solidão da alma humana do personagem Raskólnikof, cujo abalo psicológico revela a presença de um sentimento indicativo da ligação entre crime e castigo. Rakólnikof pune a si mesmo com o peso do crime cometido em sua consciência atormentada.¹⁴

Nas palavras de Fúher:

“Diante de um crime primordial, que transgride as normas ancestrais, o corpo social exige a imposição de sofrimento ao culpado, para a catarse geral. A sociedade identifica-se com a vítima, através da representação, e assim exige vingança, como se fosse para si.

Por isto que, mesmo com a louvável tentativa de incorporar fins preventivos, defensivos, correccionais ou recuperadores à pena criminal, ela sempre guardará a essência de sofrimento puro, independentemente da situação, local e tempo. O crime reclama naturalmente seu respectivo castigo, e a sociedade, ordenada por este mandamento, só assim se satisfaz.

Quando a pena se torna agradável e consensual, são ultrapassados os limites dessa estrutura fundamental, e o Direito Criminal transmuda-se em atividade administrativa, deixando de ser reconhecido pela população”. Em suma, “a não satisfação da vingança pública causa esgarçamento do tecido social, retirando o crédito da autoridade pública e da lei. Daí a importância simbólica da aplicação da pena como sofrimento puro”. E o autor segue demonstrando que a legislação reconhece esse caráter de imposição de sofrimento como inerente à pena criminal, tanto que permite o perdão judicial em certos casos nos quais o autor da infração sofre uma espécie de “castigo natural”, ocasião em que “um sofrimento torna o outro desnecessário”. Isso deixa claro que a lei estabelece a pena como uma autêntica “imposição de sofrimento”, considerando que aquele que sofreu uma penalidade natural não pode ser punido duas vezes, o que configuraria verdadeiro “bis in idem”.¹⁵

Conclui Fúher que de acordo com a investigação histórica o Direito Penal se vale “do ancestral binômio natural crime/castigo”, de forma que “para a sociedade a pena nunca deixará de ser conceituada e reclamada como um castigo, uma vingança”. A realidade é que

¹⁴ DOSTOIEVSKI, Fiodor. *Crime e Castigo*. Trad. Luiz Claudio de Castro. 7^a ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, “passim”.

¹⁵ FÚHER, Maximiliano Roberto Ernesto. Op. Cit., p. 126 – 127. Vide, por exemplo, o disposto no artigo 121, § 5º, CP.

“o Direito Penal tem uma carga natural de vingança, que atravessou os milênios, e certamente continuará atravessando”.¹⁶

O afastamento artificial desse sentimento de retribuição que acompanha a pena criminal pode levar à sensação de impunidade e, conseqüentemente, à “anomia”¹⁷ conforme alerta Dahendorf.¹⁸

A consciência referente ao relevante papel simbólico da pena como imposição de sofrimento arraigado historicamente na conformação do inconsciente coletivo e nos sentimentos individuais deve nortear toda e qualquer formulação realista do Direito Penal.

O conceito do chamado “Direito Penal Simbólico”, carregado da repulsa provocada por sua característica ilusória e demagógica não pode se confundir com esse destacado simbolismo inerente à pena criminal e dela indissociável por natureza.

O fechamento das portas da ciência criminal ao simbolismo de forma absoluta é característico de certa confusão e simplificação incapaz de fazer as necessárias distinções conceituais. Conforme lembra Barcellos, uma das ameaças que pairam sobre o pensamento é nossa tendência à generalização, automatização, economia de tempo, produção de rotinas. São atalhos que aparentam utilidade, mas acabam conformando ao longo do tempo “perigosas ideologias”.¹⁹ Lançar fora da seara penal todo simbolismo juntado num único pacote com o conceito do “Direito Penal Simbólico”, pode ser um desses atalhos perigosos.

Não obstante, advogar um espaço legítimo para o simbólico no campo penal não significa abrir caminho para o chamado “Direito Penal Simbólico”. Importa ter em mente os devidos limites e distinções, pois que se um representa o reconhecimento de uma realidade natural como componente necessário na conformação de uma ciência penal, o outro (“Direito Penal Simbólico”) configura uma postura ilusória e pervertida, verdadeiro paliativo que disfarça a doença propiciando a total destruição do corpo debilitado a longo ou médio prazo.

¹⁶ Op. Cit., p. 142.

¹⁷ Durkheim usa o termo “anomia” quando descreve o crime como fato social normal e não revelador de uma patologia social. O anormal para Durkheim seria uma sociedade isenta de crimes. No entanto, a criminalidade pode ultrapassar um patamar aceitável e tornar-se patológica quando grassa o sentimento de ausência de normas, de regras, o sentimento de impunidade (“anomia”). DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 82 – 90.

¹⁸ DAHENDORF, Ralf. *A Lei e a Ordem*. Trad. Tamara D. Barile. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987, p. 43.

¹⁹ BARCELLOS, Marcos Cotrim de. *Filosofia para educadores*. Anápolis: Kelps, 2009, p. 215.

Outro ponto importante a ser abordado é que o acatamento comedido do simbolismo penal no que se refere à pena como punição devida ao crime não pode configurar um reducionismo do Direito Penal somente a esse aspecto de sua natureza e função. Como todo símbolo este também não é equivalente à coisa significada. Conforme aduz Corção, o símbolo tem sua riqueza e sua indigência: “O sinal aproxima, mas não dá a posse; significa, mas por substituição. Anuncia a coisa, mas não é a coisa. Mostra, mas esconde. E é a isso que se referem os filósofos quando dizem que o sinal é *infravalente* em relação à coisa significada”.²⁰ Dessa forma o reconhecimento do simbolismo limitado da pena (crime/castigo), naturalmente abrigado de forma ancestral e arquetípica no Direito Penal não impede a indicação concomitante de outras funções para esse ramo jurídico (v.g. preventivas gerais e especiais, defensivas, correcionais etc.), inclusive derivadas dessa sua própria natureza, de que é o maior exemplo sua função garantista contra reações informais desproporcionais e incontroladas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito Penal Simbólico e Finalidade da Pena. *Boletim IBCCrim.* n. 171, p. 2 – 3, fev., 2007.

BARCELLOS, Marcos Cotrim de. *Filosofia para educadores*. Anápolis: Kelps, 2009.

CORÇÃO, Gustavo. *As fronteiras da técnica*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Agir, 1953.

DAHENDORF, Ralf. *A Lei e a Ordem*. Trad. Tamara D. Barile. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987.

DOSTOIEVSKI, Fiodor. *Crime e Castigo*. Trad. Luiz Cláudio de Castro. 7^a ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

²⁰ CORÇÃO, Gustavo. *As fronteiras da técnica*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Agir, 1953, p. 160.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002.

FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2005.

IRWIN, William (coord.). *Super – Heróis e a Filosofia – Verdade, Justiça e o caminho socrático*. Trad. Marcos Malvezzi Leal. São Paulo: Madras, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume I. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 4^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.

ORRUTEA, Rogério Moreira. *Sobre a hipérbole humana ou O Homem Este Desconhecido*. Curitiba: Juruá, 2010.

POPPER, Karl Raimund. *Em busca de um mundo melhor*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. 3^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.