

CORRUPÇÃO E RACIONALIDADE PENAL:

Análise crítica das propostas penais de gestão da corrupção no Brasil.

CORRUPTION AND CRIMINAL RATIONALITY:

Critical analysis of criminal legislative output in Brazil.

Marcus Paulo Gebin*

RESUMO

Ao analisar parte da produção legislativa nacional, o artigo busca identificar a estratégia utilizada pelo legislador brasileiro quando o assunto é sancionar condutas associadas à corrupção. Por meio da análise das Justificativas de Projetos de Lei propostos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal entre os anos de 2005 e 2012, o artigo pretende demonstrar que as propostas de gestão da corrupção no país, no mais das vezes, orbitam em torno da criação de novos tipos penais, da agravação das penas já existentes e do recrudescimento do regime de cumprimento dessas penas por meio do incremento do rol de crimes considerados hediondos (Lei 8.072/90). O artigo também busca demonstrar que a despeito das críticas de que têm sido objeto ao longo dos anos, as teorias modernas da pena ainda são frequentemente mobilizadas para fundamentar alterações na legislação penal e processual-penal.

Por fim, também do discurso presente nas Justificativas, o artigo pretende questionar se o “desejo pela pena” repousaria em suas funções expressas ou se, a despeito das teorias modernas da pena, esse desejo estaria calcado em suas funções latentes. Com isso, o artigo não espera responder definitivamente o por quê se pune, mas sim questionar as elaborações teóricas que pretendem justificar racionalmente a imposição de um sofrimento físico, programado e executado contra os que praticam determinadas condutas.

Palavras-chave: Teorias da Pena. Direito Criminal. Corrupção. Pena Aflitiva. Racionalidade Penal.

ABSTRACT

Through the analysis of part of the national legislative output, the article is aimed at identifying the strategy adopted by the Brazilian legislature when it comes to sanctioning behaviors associated with the crimes of corruption. Through the analysis of the Justification of Bills filed in the House of Representatives and the Senate between 2005 and 2012, this article argues that the proposals which intend to face the corruption in the country, in most cases, orbit around the creation of new crimes, the aggravation of existing penalties and increment of the list of crimes considered heinous (Law 8.072/90). The article is also aimed at showing that despite the criticisms to which modern theories of punishment have been subjected over the years, they are still often mobilized to support changes in criminal law and criminal-procedural.

Finally, through the analysis of the discourse existent in the Justifications, the article aims to question whether the "desire for punishment" would rest on the expressed role of punishment, or if that desire would be trampled in the latent functions of it. Considering this, the article does not expect to answer definitely why we still punish, but question the theories that aim to rationally justify the imposition of a physical suffering, scheduled and executed against those who practice certain behaviors.

Key-words: *Theories of Punishment*. Criminal Law. Corruption. Afflictive Penalty. Penal Rationality

* Aluno do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento da DIREITO GV, sob orientação da Profa. Dra. Marta Rodriguez de Assis Machado. Bolsista da Fundação Carlos Chagas.

1. Notas introdutórias

De definição intrincada e origem incerta, a corrupção emergiu como tema de interesse no debate político brasileiro com o início do processo de redemocratização, quando se intensificaram os discursos sobre a necessidade de se aprimorar os mecanismos capazes de regular as práticas a ela vinculadas (Biason, 2009). Desde então, e principalmente a partir da década de 1990, a sociedade brasileira tem sido diuturnamente informada por uma mídia que pauta seus princípios de seleção da notícia no que é sensacional e espetacular, sobre casos de corrupção envolvendo agentes públicos (Petarca, 2007). Isso contribuiu para que a sociedade civil construa um cenário catastrófico acerca do tema e atribua ao direito penal a responsabilidade de pôr fim a um fenômeno extremamente complexo. A corrupção, porém, não é um fenômeno de gestão simples nem é exclusivo de uma determinada sociedade ou de um momento de seu “desenvolvimento”, como sugerem teorias evolucionistas ou modernizantes; o fenômeno da corrupção, além de contar com uma dimensão legal, também conta com dimensões históricas e culturais que não podem ser negligenciadas quando se pretende intervir no aparato legal destinado a sancioná-lo (Bezerra, 1995).

Apesar da complexidade do fenômeno, a opinião pública - como se a questão pudesse ser relegada apenas à repressão penal - tem demandado do legislador brasileiro, leis que recrudescam cada vez mais as penas já previstas para os crimes de corrupção¹. O Poder

¹Não ignoramos os diversos usos que a legislação penal brasileira faz do termo “corrupção” quando tipifica condutas estranhas à noção de crime contra a Administração Pública (p.ex. corrupção de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, corrupção de substância ou produto alimentício, corrupção de menores). No entanto, sempre que o termo “corrupção” for empregado nesse artigo, ele deverá ser compreendido de forma ampla, de modo que se aproxime do que vulgarmente se entende por corrupção. Para tanto, deve o leitor considerar o termo no sentido empregado na tipificação das condutas descritas nos artigos 312, 315, 316, 317 e 333 do Código Penal.

Para uma definição que se aproxime daquela adotada nesse artigo, o leitor poderá recorrer à definição proposta pela Convenção Interamericana contra a Corrupção (Venezuela, 1996,) da Organização dos Estados Americanos. O artigo VI da Convenção define “atos de corrupção” como sendo: a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca de realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro; d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e. e. a participação, como autor, coautor,

Legislativo, por sua vez, apartado das críticas aos esquemas tradicionais de pensar a pena, vem respondendo aos anseios de seus eleitores à altura (Gazoto, 2010). Talvez por reconhecer nesse tipo de resposta um potencial para obtenção e manutenção do poder, o legislador tem materializado por meio da propositura de Projetos de Lei, a ânsia popular por novas e mais longas penas privativas de liberdade. Como aponta Bauman (1999), “a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas (...) aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos” (p.125).

Inúmeros são os casos em que o legislador, levado por uma suposta urgência ou suposto ineditismo da situação, se vale de respostas conjunturais e emotivas, que tendem ao recrudescimento da legislação penal e processual penal, caracterizando uma atividade legislativa que caminha movida por tais suposições e pela desproporção. Apesar de a confiança na pena persistir, nesse artigo apontaremos indícios de sua pouca eficácia na diminuição ou eliminação da criminalidade (Günther, 2009). Exemplos recentes dessa confiança desmedida na pena privativa de liberdade são alguns dos Projetos de Leis propostos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal entre os anos de 2005 e 2012². Todos os Projetos de Lei analisados propuseram, basicamente, a tipificação de novas condutas, o aumento da pena privativa de liberdade prevista para os delitos de corrupção, sua inclusão no rol dos crimes considerados hediondos, sua imprescritibilidade e inafiançabilidade e, em uma oportunidade, a atribuição de competência ao Tribunal do Júri para seu julgamento. Salientamos que os projetos analisados não esgotam as propostas nesse sentido, pois há outros no mesmo sentido em tramitação em ambas as Casas Legislativas. Mais do que ignorar a falência do modelo punitivo baseado exclusivamente na pena privativa de liberdade (Ferrajoli, 2002; Zaffaroni, 2003; Günther, 2009), as referidas propostas legislativas também parecem ignorar que a corrupção não se restringe à atividade política *strictu sensu*, mas que as inúmeras formas de corromper e de ser corrompido estão presentes no cotidiano das relações sociais.

instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

²Para esse artigo foram analisadas as Justificativas dos seguintes Projetos de Lei propostos na (i) Câmara dos Deputados e no (ii) Senado Federal, respectivamente: (i) 5363/05, 5560/05, 5586/05, 5784/05, 6335/06, 379/07, 853/07, 1368/07, 7710/07, 3779/08, 6616/09, 21/11, 2506/11, 2518/11, 3238/12 e (ii) 209/05, 230/05, 40/06, 253/06, 39/11, 92/11, 204/11, 308/11, 676/11.

Para além de dissimular e simplificar práticas bastante distintas, as Justificativas dos Projetos contribuem para demonstrar a força do discurso punitivo e a crença nos supostos efeitos preventivos da pena privativa de liberdade.

2. Contenção e direito (penal)

A necessidade de regulamentos que balizem o comportamento humano é indiscutível, mormente quando se pretende garantir a sobrevivência e o aperfeiçoamento da vida em sociedade. Freud (2006) aponta que o passo decisivo rumo à civilização é a substituição do poder do indivíduo pelo poder da comunidade, o que quer dizer que a civilização deve ser construída sobre a aceitação da regra geral em detrimento da regra instintual e particular. Os regulamentos, instituições e ordens em geral dirigir-se-iam exatamente à tarefa de “defender” a civilização dos impulsos individuais (Freud, 2006). O sistema jurídico, entre inúmeros outros sistemas de normas de comportamento, também assumiria o status de lei que humaniza e organiza os laços sociais dos indivíduos na construção da civilização; o direito, nesse sentido, “teria por função introduzir um ponto de interdito necessário para o curso da humanidade” (Vescovi, 2009: p.389) e o Código Penal seria uma boa metáfora desse interdito, uma vez que ele pretende, ao menos simbolicamente, barrar diversos tipos de violência presente em todos nós (Vescovi, 2009).

Apesar de não haver um consenso entre os diversos grupos existentes no interior de uma sociedade sobre os comportamentos que devem ser considerados corruptos – isso porque a avaliação sobre o grau de corrupção de cada um desses comportamentos está condicionada a diferentes contextos e critérios (Bezerra, 1995) – entendemos ser de suma importância a reprovação das condutas valoradas pelo direito como corruptas. A necessidade de se responsabilizar aqueles que no exercício de funções públicas, obtêm ilicitamente benefícios para si ou para terceiros, não será posta em dúvida ao longo desse artigo, pois de outro modo não se daria a construção e a estabilização de instituições confiáveis e capazes de gerir as necessidades dos cidadãos. Acreditamos que aqueles que privatizam recursos públicos e distorcem alguns dos valores republicanos obscurecendo os limites entre o público e o privado, contribuem para a ruína de pilares caros à democracia representativa.

Para muitos, o direito penal exerceria um papel de destaque ao tipificar tais condutas e prever sanções para o descumprimento das normas que estabelece. Para os fins desse artigo – desconsideraremos diversos objetivos e funções a ele atribuídas (notadamente algumas das atribuídas ao direito penal³), e nos satisfaremos com a definição de Hart (2009), para quem seria “totalmente inútil buscar qualquer objetivo mais específico ao qual o direito como tal [pudesse] servir, além daquele de construir um guia para a conduta humana e oferecer critérios para sua crítica” (p.321). O que distinguiria, então, o direito dos demais sistemas de normas com os mesmos objetivos, seria seu caráter obrigatório e sua primazia sobre todos demais padrões.

Indivíduos agem em conformidade com a lei por inúmeros motivos; a mesma infinidade de motivos repousa por detrás dos comportamentos que contrariam as normas revistas pelo direito. Mas quando o desvio prevalece sobre o comportamento obediente, o direito – particularmente o direito penal – pretende impor sua obrigatoriedade e primazia por meio de sanções, dentre as quais a pena de prisão desempenha papel de destaque. Notamos, porém, que identificar o meio pelo qual o direito penal comunica as reivindicações da lei, não significa reconhecer que a ameaça de pena de prisão seja eficiente para evitar o desvio, nem que sua imposição seja desejada ou adequada (Garland & Duff, 1994).

3. As justificativas expressas para a produção da legislação penal e processual-penal

Nesse tópico faremos uma breve análise das Justificativas de Projetos de Lei propostos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal entre os anos de 2005 e 2012, que pretenderam a criação de novos tipos penais relacionados à corrupção, a agravação das penas já existentes e o recrudescimento do regime de cumprimento dessas penas com a inclusão de tipos penais no rol de crimes considerados hediondos (Lei 8.072/90). Ainda que eventualmente façamos referência ao conteúdo das normas propostas, nosso objeto de análise será composto, principalmente, pelo discurso presente nas Justificativas apresentadas no

³ *Sem ignorar a complexidade que envolve definir o direito penal e atribuí-lhe uma função, nesse artigo o consideraremos um complexo normativo guia da conduta humana, o qual conta com a particularidade de permitir a coação dos sujeitos por meio de sanções estranhas às empregadas pelos outros ramos do direito, notadamente a coação por meio do encarceramento.*

momento da propositura dos Projetos. Considerando os limites à que estamos sujeitos nesse artigo, a análise dessas Justificativas será suficiente para identificarmos alguns dos argumentos mais comuns para imposição de pena⁴ aos que não cumprem as normas de direito; no presente caso, aos que não cumprem as normais penas que criminalizam a corrupção.

A opção por propostas legislativas que tivessem como objetivo sancionar condutas relacionadas à corrupção se deu, sobretudo, pelo tratamento que a mídia tem dispensado ao tema, dedicando diariamente, parte significativa de sua programação para “denunciar” casos envolvendo práticas tidas como corruptas. Não fosse isso, a monotonia da intervenção legislativa sobre problemas complexos, poderia ser reconhecida na análise de inúmeras outras propostas, pois, “as propostas de gestão das mais diferentes situações problemáticas baseiam-se quase exclusivamente no par conceitual que caracteriza o direito penal moderno desde a sua formação, no final do século XVIII: crime – pena afliativa. Esta monotonia pode ser percebida atualmente em inúmeros países ocidentais; no Brasil, a sistematização da legislação penal em vigor permite afirmá-la com elevado grau de precisão” (Machado *et al*, 2010: p.11).

O artigo parte da hipótese de que as teorias modernas da pena seriam mobilizadas para justificar a criação de novos crimes, a adoção de pena privativa de liberdade e seu aumento onde está já existia. Porém, mais do que expor e criticar as diferentes teorias que a partir do século XVIII pretenderam revestir de razão a inflição de um mal programado e executado pelo Estado, o artigo pretende questionar o caráter racional das escolhas do legislador brasileiro. Indo além e em sentido contrário àquele adotado pelos defensores da pena, o artigo não tentará revestir de razão a escolha do legislador, mas sim cogitar uma hipótese justificadora de um suposto “desejo pela pena” (Günther, 2009: p.55). Mais do que criticar os esforços dos teóricos da pena, o artigo pretende lançar dúvidas sobre os pretextos supostamente racionais que levam muitos a defender a adoção de meios punitivos que causam dor e sofrimento.

Para os efeitos desse artigo foram analisadas as Justificativas de vinte e três Projetos de Lei que tratavam do tema corrupção, quatorze deles propostos na Câmara dos Deputados e nove no Senado Federal entre os anos de 2005 e 2012. O levantamento dos projetos

⁴O leitor notará que ao utilizarmos os termos pena, pena afliativa e punição, estaremos nos referindo à pena de prisão.

analisados foi feito pelos sites das duas Casas Legislativas. “Corrupção”, “crime” e “pena” foram os termos utilizados nas buscas realizadas por meio das ferramentas oferecidas pelos próprios sites.

Em todas as oportunidades nos deparamos com argumentos a favor da pena privativa de liberdade, nunca contra. Ainda que eventualmente se contradissem uns aos outros, todos os projetos analisados reproduziram ideias relacionadas à racionalidade penal moderna⁵, notadamente a definição de pena como a infligência de um sofrimento. Devido aos limites desse artigo e às várias formas de caracterizar a ideia de racionalidade penal moderna, não será essa a oportunidade adequada para apresentarmos tal conceito. Por ora nos bastará dizer que um dos pilares de sustentação do conceito de racionalidade penal moderna, é o conjunto de teorias que visam justificar racionalmente a pena como a infligência de sofrimento ao autor do crime. Mais adiante serão abordadas algumas das teorias que definiram a pena e enunciaram suas funções manifestas. Será curioso notar ao longo dessa abordagem que, apesar de a pena infligir dor e causar sofrimento, todas as teorias que a justificam consideram que ela cumpre uma função positiva. Nenhuma das teorias que pretendem justificar a opção pela pena vai apresentá-la como um mal ou como algo proveniente de uma escolha irracional. As teorias que brevemente perpassaremos nesse artigo, poderão se contradizer em diversos sentidos, mas concordarão sobre a necessidade de se infligir sofrimento como meio de se alcançar um resultado positivo.

Ainda nos valendo da ideia de racionalidade moderna, podemos afirmar que todas as propostas legislativas analisadas foram concebidas e orientadas semanticamente de modo hostil, abstrato e negativo. *Hostil* pelo fato de considerar o transgressor um inimigo do grupo, tornando-lhe merecedor de um sofrimento físico (pena); *abstrato* pelo fato de atribuir à pena a capacidade de produzir um bem mediato e imaterial (seja confortando os cidadãos obedientes à lei, seja intimidando os potenciais e futuros infratores), ainda que a pena, em si mesma, se

⁵ Um dos referenciais teóricos de que se vale esse artigo, é a ideia de racionalidade penal moderna desenvolvida por Álvaro Pires, professor titular do Departamento de Criminologia da Universidade de Ottawa, Canadá. Entre os elementos que caracterizam esse sistema de pensamento encontra-se a particularidade de definir a pena como a infligência de um sofrimento. Para mais informações sobre o conceito e as conseqüências de sua adoção, consultar: A. PIRES, Ch. Debuyst, F Digneffe, “Les savoirs sur le crime et la peine”. Vol. 2: “La rationalité pénale et l’naissance de la criminologie”. Bruxelles, De Boeck Université (co-édition avec les Presses de l’Université de Montréal et les Presses de l’Université d’Ottawa), 1998. Para esse trabalho foi consultada a tradução não oficial elaborada pelo Professor Jose Roberto Xavier (mimeo).

manifeste em um mal concreto e imediato que recai sobre o infrator; e, por fim, *negativo*, por excluir qualquer outra forma de sanção que não esteja intimamente ligada à infligção de dor – prisão/encarceramento (Pires, 2004).

Ao analisarmos as Justificativas dos Projetos de Lei objeto desse artigo, inúmeras foram as referências à necessidade de se *punir* o corrupto por meio da infligção de um mal, mais especificamente por meio do encarceramento. Algumas delas se referiram explicitamente à necessidade de se *coibir* o comportamento criminoso por meio da pena privativa de liberdade; de se *impedir* a prática de delitos através da ameaça de penas mais severas; de se *prevenir* o crime pelo endurecimento das penas; de se “*proteger* o país” por meio da resposta penal e da inclusão dos crimes de corrupção no rol dos delitos considerados hediondos. Outras, apesar de duvidosas quanto à eficácia preventiva da pena, propuseram a criação de novos crimes e atribuíram à pena privativa de liberdade a responsabilidade de *punir exemplarmente* os que incorrem em condutas corruptas⁶.

Perpassando pelas Justificativas, pudemos notar que a pretensão de se conter condutas tidas como corruptas por meio da ameaça de pena de prisão, se não explícita, ao menos implicitamente, está presente em todas as propostas legislativas. Termos como “desestímulo”, “coibir”, “inconveniente”, “exemplar”, “estímulo”, “proteger”, “impedir” e “prevenir”, foram interpretados como indícios de que o legislador brasileiro faz uso constante dos postulados das teorias preventivas da pena⁷ ao justificar suas propostas. Em diversas oportunidades o legislador atribui a ocorrência dos crimes de que trata esse artigo, à pouca severidade das penas previstas para a prática de atos corruptos. Exemplo bastante eloquente da crença do legislador nas propriedades preventivas da pena é o Projeto de Lei 39/2012, apresentado no Senado Federal. Por meio dessa iniciativa, o legislador pretende fazer com que

⁶ O PL 6735/06 da Câmara dos Deputados, afirma literalmente que a criação de um crime e a cominação de pena privativa de liberdade não garantem intimidação suficiente à dissuasão. Apesar disso, pretende “estancar, pela severidade das penas previstas, o escoadouro por onde são diariamente drenadas as expectativas da população que sustenta os cofres públicos. A partir da aprovação da presente lei, o grave crime nela previsto pode até continuar ocorrendo, mas não faltará mais em nosso Direito a clara e precisa definição legal de sua natureza, abrangência e condições de punibilidade”.

⁷ As teorias que pretendem, de alguma forma, prevenir a ocorrência de crimes por meio da imposição de pena, são comumente classificadas em teorias da prevenção especial e geral, cada uma delas assumindo um viés negativo e outro positivo. Mas adiante cada uma delas será tratada de forma mais detalhada.

os crimes de corrupção ativa e passiva, passem a ser julgados pelo Tribunal Júri⁸. Apesar de inicialmente induzir o leitor a crer em valores positivos de “ações imorais”, ao longo de toda sua justificativa o legislador condena a corrupção e associa sua existência à suposta brandura da lei penal⁹. Para o Senador proponente do Projeto de Lei 39/2012, os indivíduos tomariam a decisão de praticar os crimes de corrupção passiva e ativa, nomeadamente, após procederem a uma criteriosa análise em que os inconvenientes associados à pena seriam sopesados diante dos benefícios eventualmente auferidos com a prática do crime.

-“Ressalte-se, ainda, que a corrupção é determinada pela existência e extensão dos empecilhos aos atos corruptos. Aqueles que se engajam na corrupção acreditam que a utilidade dos rendimentos advindos da corrupção é mais valiosa do que os inconvenientes causados pelas penalidades associadas a esses atos. (...) A penalidade para a corrupção é um conjunto de probabilidades de ser pego, e, uma vez pego, punido, isso é importante para que o indivíduo tome a decisão de ser corrupto ou não”.

Assim como em outras propostas legislativas, nessa o legislador se vale da crença de que o medo e o horror provocados pela ameaça de pena seriam capazes de intimidar aqueles propensos às condutas criminosas, ou mesmo de auxiliá-los num cálculo do tipo custo/benefício. Esse indivíduo destinatário da lei penal dotado, em toda e qualquer situação, da capacidade de elaborar cálculos desse tipo também aparece na justificativa do Projeto de Lei 92/2011 proposto no Senado; nele o legislador afirma que “alguns praticam crimes contra a Administração Pública porque acreditam que seja compensador”. Apesar de duvidoso o efeito dissuasivo da ameaça de pena frente a ganhos patrimoniais consideráveis, ou em circunstâncias em que a reflexão e o sopesar racional encontrem-se prejudicados, a confiança depositada pelo legislador no caráter preventivo da pena privativa de liberdade nos parece

⁸ A justificativa apresentada para a ampliação da competência daquele Tribunal causa estranheza ao leitor, pois ao mesmo tempo em que exalta práticas tidas como corruptas, pretende restringir a liberdade dos que se corrompem; se num primeiro momento o texto afirma que “sem as ações imorais não teríamos a integração de tantas pessoas no mercado de trabalho e de consumo”, num segundo, propõe que “não [seria] por isso que as imoralidades praticadas no governo [deveriam] ser justificadas”

⁹ Trecho do PL 39/2012 do Senado Federal: “Assim, o êxito de uma política é extremamente relativo. Pode-se dizer que, sem ações imorais não teríamos a integração de tantas pessoas no mercado de trabalho e de consumo, mas não é por isso que as imoralidades praticadas no governo sejam justificadas”.

inabalável. Abaixo transcrevemos trechos de algumas das Justificativas analisadas que demonstram o tom dessa confiança:

- *“as penas cominadas em abstrato para os crimes próprios dos funcionários públicos não estão sendo suficientes para a prevenção geral desses crimes”;*

- *“as penas cominadas abstratamente não inibem a conduta delituosa do servidor”;*

- *“o desestímulo virá do fato de que as condutas penais indicadas passaram a ser insuscetíveis de anistia graça, indulto, fiança e liberdade provisória, à vista do disposto no artigo 2º, inciso I e II, da Lei 8072/90”;*

- *“o tratamento mais severo das condutas penais elencadas, além de atuar com desincentivo à sua prática, proporciona resposta aos anseios da sociedade em ver diminuída mazela que se tronou rotina nos noticiários nacionais”;*

- *“oferecemos esse projeto de lei visando coibir as ações desses criminosos que têm desviado os recursos públicos destinados à saúde e à educação do nosso País”;*

— *“sem dúvida alguma, o endurecimento das penas a serem aplicadas às pessoas envolvidas em tais esquemas criminosos é um primeiro passo para que eles não continuem a imperar no seio da sociedade”;*

- *“faz-se necessário que os desvios realizados em relação a essas verbas sejam apenadas de forma mais gravosa, até mesmo como medida de prevenção”;*

- *“o país e a população têm que estar protegidos contra os corruptos, por meio de uma resposta penal que, rigorosamente, previna e sancione infrações que atentem contra a própria existência do Estado”;*

- *“esse projeto vem aperfeiçoar a lei penal e impedir a prática desse tipo de delito”;*

- *“proporcionar ao arcabouço jurídico um marco onde se possibilite estancar, pela severidade das penas previstas, o escoadouro por onde são diariamente drenadas as expectativas da população que sustenta os cofres públicos”*.

Ainda que em menor incidência, também pudemos identificar no discurso das justificativas analisadas, referências às teorias de cunho puramente retributivista. Termos e expressões encontradas em algumas das justificativas nos permitiram interpretar a punição perseguida, simplesmente como um meio de fazer reparar uma injustiça passada, sem que qualquer outro objetivo lhe fosse atribuído (Günther, 2009). O Projeto de Lei 6.735/06, por exemplo, deixa claro seu viés retributivista quando afirma literalmente que a criação de um crime e a cominação de pena privativa de liberdade não garantiriam intimidação suficiente à dissuasão, ao mesmo tempo em que prevê meios de impor novas e mais extensas penas; mesmo duvidando do potencial preventivo da pena, o autor da proposta prevê a criação de um novo tipo penal a ser punido com pena de reclusão de cinco a doze anos, permitindo-nos crer que um apreço pela vingança pura e simples ainda subsiste entre os legisladores brasileiros.

- *“A partir da aprovação da presente lei, o grave crime nela previsto pode até continuar ocorrendo, mas não faltara mais em nosso Direito a clara e precisa definição legal de sua natureza, abrangência e condições de punibilidade”*¹⁰.

Outros excertos extraídos das Justificativas analisadas nos permitiram identificar pretensões de cunho retributivista e revanchista. O Projeto de Lei 40/2006 do Senado Federal, por exemplo, ao propor a criação de tipos penais sujeitos à pena de reclusão variando entre dez e vinte e cinco anos e sua inclusão no rol dos crimes considerados hediondos, fez transbordar certo ressentimento diante dos corruptos que se sujeitaram a “um exíguo prazo de cumprimento de pena”; literalmente, nesse caso, o legislador afirma não se conformar com tal fato.

- *“não nos conformamos com o fato de que corruptos tenham desviado recursos dos cofres públicos e hoje estejam prestes a usufruírem da liberdade, depois de um exíguo prazo de cumprimento de pena”*.

¹⁰ Trecho do PL 6735/2006 da Câmara dos Deputados.

Também referência a um “contrato social” supostamente celebrado entre governo e sociedade civil foi evocada para justificar a retribuição devida pelos agentes públicos corruptos¹¹. Entre os Projetos de Lei que exaltaram o caráter retributivo da pena, consideramos que o 209/2005 do Senado Federal representa um paradigma. Nele o legislador, ao pretender tornar os delitos de corrupção passiva e ativa insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, justifica o rigor da punição com base no mal causado pelo corrupto sem fazer qualquer referência a eventuais efeitos preventivos ou dissuasórios da pena.

- *“por que o crime de corrupção deve ser punido tão rigorosamente quanto esses?”¹² A resposta é igualmente simples: porque ele ofende o contrato social celebrado entre o Governo e a Sociedade Civil”.*

- *“Portanto, o presente projeto de lei vem para tornar mais rígida a punição desses agentes públicos que traem a nação brasileira, mostram desprezo pelo cidadão comum, e se escondem, com sua hediondez, por trás de uma legislação benéfica e um judiciário moroso”.*

Apesar de outros aspectos da teoria moderna da pena terem sido mobilizados nas justificativas dos Projetos de Lei analisados, as idéias relacionadas à dissuasão – e em menor número, as relacionadas à retribuição – foram, sem dúvidas, as mais frequentes. Talvez pela natureza dos crimes de que tratam os referidos Projetos de Lei, as teorias relacionadas à “reabilitação”, “reinserção”, “ressocialização”, sequer foram mencionadas pelos parlamentares proponentes.

4. As razões para a imposição de um mal: modelos justificadores das funções manifestas da pena

¹¹ PL 209/2005 do Senado Federal.

¹² O legislador faz menção aos crimes hediondos, ao tráfico de entorpecentes, ao terrorismo, a lavagem de dinheiro entre outros.

Foucault (2003), ao identificar o aparecimento da pena de prisão no final do século XVIII, diz que “não foi por acaso ou capricho do legislador que [se fez] do encarceramento a base e o edifício quase inteiro de nossa escala penal atual, [mas sim pelo] progresso de ideias e a educação dos costumes” (p.197). Ao mesmo tempo em que localiza temporalmente o surgimento da prisão, Foucault (*idem, ibidem*) aponta que sua obviedade como forma de punir, apesar de não ter desaparecido, se transformou significativamente, passando a exigir a elaboração de proposições que lhe agraciassem com o véu da razão. Desse esforço surgiram inúmeras teorias justificadoras das funções manifestas da pena.

Apesar de o termo “teorias da pena” ser o mais comumente utilizado na identificação das construções a seguir tratadas, observamos uma incongruência semântico-conceitual em sua utilização. Para que de fato pudéssemos considerá-las “teorias”, as elaborações acerca da pena deveriam, necessariamente, ir além de simplesmente analisar as funções ou os objetivos da punição. Uma verdadeira teoria da pena elaboraria formulações sobre *quando, como e por quê* punir; construiria observações sobre outras formas de punir, detalharia o criminoso e os móveis de sua conduta. Ainda que possamos criticar o uso do termo, escaparia aos objetivos desse artigo aprofundar a discussão do tema; para seus efeitos bastará que o leitor assuma que as elaborações a seguir se tratam de teorias que – independentemente de qual se adote no âmbito discursivo – têm como objetivo justificar a imposição de uma pena aflictiva aos que praticam condutas tidas como criminosas. Certo é que a partir do momento em que se passou a refletir sobre a pena, inúmeras teorias pretenderam racionalizar a imposição programada de um mal por meio dos órgãos oficiais. Construíram-se, basicamente, duas justificativas para a pena: (i) a compensação de uma injustiça passada, a expiação, a retribuição de um mal por outro, e (ii) a prevenção de crimes futuros. Enquanto a retribuição se esgotaria na reparação da injustiça passada, não perseguindo qualquer outro objetivo, as teorias preventivas passaram a reivindicar a vinculação da pena a objetivos racionalmente verificáveis (Günther, 2009). Excluindo a idéia de que a pena possa ser justificada racionalmente remetendo-se ao passado, como se fosse um fim em si mesma ou um valor (reivindicações das teorias retributivistas), colocaremos em discussão nesse artigo apenas algumas das justificativas que a tratam como meio para fins futuros (Ferrajoli, 2002). Por considerarmos que a retribuição pura e simples não contaria com justificativas racionais (o que não quer dizer que não contaria com justificativas de outra ordem), nesse tópico nos ocuparemos das teorias preventivas da pena, pois estas, ao contrário daquelas, pretendem vínculos com a razão e o funcionalismo.

Consideramos que a imposição de pena é moralmente problemática, e por isso requereria justificação. Assim a consideramos, por crer que submeter um indivíduo a determinadas penas seria considerado moralmente condenável, não fosse a existência de determinadas normas legais; no mais das vezes expropriar, prender ou matar pessoas são condutas moralmente reprováveis, mas em determinadas circunstâncias, o Estado está autorizado a aplicar multas, encarcerar ou executar pessoas. O uso de toda essa violência, portanto, deveria ser justificado racionalmente e não apenas aceito como fato natural (Garland & Duff, 1994). “O problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros, é talvez um dos problemas clássicos da filosofia do direito” (Ferrajoli, 2002: p.199). Por se tratar de fenômeno com dimensões legais, políticas, sociológicas e psicológicas, a imposição de pena se apresenta como um problema complexo e de difícil abordagem. De modo ideal, a opção por exercitar tal violência deveria ser analisada sob diversos aspectos. Infelizmente os esforços despendidos até a atualidade, salvo raríssimas exceções, desconsideraram a complexidade do tema, se limitando a revestir de certa racionalidade um fenômeno que talvez encontre adesão junto à opinião pública, fora dos limites da razão¹³.

Ainda que o presente artigo não tenha como objetivo detalhar as chamadas teorias da pena, mencionaremos os principais discursos enunciados a partir do século XVIII. Apesar de alguns deles não mais contarem com o apoio explícito dos defensores da pena aflitiva, muitos ainda conservam vigência e se renovam por meio de construções que os justapõem às clássicas formulações e lhes confere fôlego. Aproveitaremos a oportunidade para criticá-los brevemente nos termos propostos por Ferrajoli (2002), Günther (2009) e Zaffaroni (2003), buscando, com isso, demonstrar a fragilidade lógica de muitos “dogmas” utilizados para justificar a imposição do mal representado pela pena. O leitor notará que a concepção da pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum das doutrinas que a seguir serão expostas (relativas ou utilitaristas).

¹³ *Ao nos referirmos à adesão com que contaria a pena junto à opinião pública, não distinguimos entre a pena de prisão e as demais penas aflitivas de que se tem notícia. Ao afirmarmos que as penas que prescrevem a inflicção de sofrimento contam com o suporte da opinião pública, nos valem de documentos históricos que demonstram a “opção” pela inflicção de um mal em detrimento das demais formas de punir. Foucault (2003) nos traz exemplos de que em diversos momentos da história o homem optou por penas que causassem sofrimento ao condenado, entre elas a prisão. Códigos de Leis elaborados ao longo da História apresentam indícios de que a pena sempre tenha sido associada à inflicção de um mal.*

Partiremos da idéia de que existem dois grandes grupos de teorias que pretendem legitimar preventivamente as funções manifestas da pena: (i) o grupo formado pelas teorias da prevenção geral, que pretendem que o valor positivo da aplicação da pena recaia sobre os indivíduos que não delinquiram, e (ii) o grupo formado pelas teorias da prevenção especial, que afirmam que o referido valor atua sobre os que delinquiram. Ambas as teorias subdividem-se em versões positivas e negativas (Zaffaroni, 2003). Como o objetivo desse artigo é, basicamente, identificar os principais argumentos de que faz uso o legislador brasileiro para justificar a imposição de pena aos que cometem crimes relacionados à corrupção, não nos preocuparemos em detalhar cada uma das teorias da pena. Ao discorrermos sobre algumas das concepções das teorias da prevenção, não ignoramos a complexidade do tema, assim como não nos esquecemos das particularidades das formulações dos diversos autores que delas trataram.

4.1. Prevenção Geral Negativa

Os partidários das teorias da prevenção geral negativa pretendem obter com a ameaça de pena a dissuasão dos que não delinquiram e que, por qualquer motivo, podem vir a sentir-se tentados a fazê-lo (Zaffaroni, 2003). A ameaça e a execução da pena atuariam sobre a coletividade de modo que os potenciais criminosos abandonassem seus intentos; o medo e o horror provocados pela ameaça de pena e pela experiência da sua execução seriam capazes de intimidar aqueles propensos a condutas criminosas (Günther, 2009). A criminalização assumiria uma função utilitária, livre de considerações éticas, pois sua medida deveria ser a necessária para intimidar os indivíduos tentados a cometer crimes; a punição do delincente seria apenas um meio para provocar sensações em terceiros, “[instrumentalizando-se] o apenado para alcançar fins que nada têm a ver com ele [próprio] ou com sua conduta. A conduta penal ofereceria apenas o ensejo para estabelecer um exemplo para os demais” (Günther, 2009: p.61). Parte-se, sob tais justificativas, de uma concepção mecânico-racional do ser humano, considerando-o como um ente que em qualquer circunstância seria capaz de valer-se de comparações custo-benefício (Zaffaroni, 2003).

A decisão sobre *se* punir e, principalmente, sobre *como* punir dependeria dos efeitos desejáveis sobre terceiro, e não sobre o próprio autor do delito. A quantidade e a amplitude dos sofrimentos infligidos por meio da pena, seriam determinados pela intensidade da

demanda de prevenção e não por qualquer outro motivo relacionado ao delito ou ao próprio infrator. Se moralmente seria injustificável a lógica da dissuasão por meio da intimidação, pois propõe a utilização de um indivíduo como instrumento empregado para fins de política criminal estatal, no plano político-conceitual a teoria da prevenção geral negativa permitiria legitimar a imposição de penas sempre mais graves, mormente quando os resultados e expectativas atribuídos à pena não são alcançados. Por nunca se obter a dissuasão total (os crimes continuam acontecendo), o destino final do caminho escolhido pelos teóricos da prevenção geral negativa, “seria, ao menos teoricamente, a pena de morte para todos os delitos, mas não porque com ela se obtenha a dissuasão, mas sim porque [ela] esgota o catálogo de males crescentes com os quais se pode ameaçar uma pessoa” (Zaffaroni, 2003: p.119). Por fim, se a pena dissuade por intimidação calcada no medo, o grau de dor a que se tem de submeter o condenado, está diretamente relacionado à capacidade de outrem se atemorizar e sofrer, e não à sua própria.

Outra crítica a que se sujeita a teoria da prevenção negativa está diretamente relacionada ao grau de racionalidade que esta atribui às decisões tomadas pelos indivíduos em todas as situações. Ao considerar que as comparações do tipo custo-benefício determinariam o comportamento dos seres humanos, a teoria ignora que “a racionalidade humana [pode, também, exercer-se] na razão inversa da gravidade do delito praticado. Tomar por certo que o ser humano empreende um frio cálculo de rentabilidade perante cada impulso infracional, [talvez seja] arrimar-se [inocentemente] numa ficção” (Zaffaroni, 2003: p.120) e não nas inúmeras variáveis que, consciente e inconsciente, influenciam as tomadas de decisões de quem quer que seja.

Além disso, os meios e fins eleitos pela teoria da prevenção geral negativa não são comprováveis empiricamente, pois a relação entre a intimidação advinda da pena e o comportamento lícito, não nos permite afirmar que penas mais severas contam com um maior efeito intimidatório; “os poucos resultados empíricos relativos à prevenção geral negativa comprovam mais um efeito intimidatório do controle policial, do que da própria ameaça de pena ou da execução exemplar de penas individuais” (Günther, 2009: p.63).

4.2. Prevenção Geral Positiva

Apesar de apresentar-se como “positiva”, o único aspecto positivo dessa teoria se limita a reorientação teórica dos efeitos produzidos pela pena que, nesse caso, produziria efeitos positivos (reforço da confiança) sobre os membros não-delinquentes da sociedade. A “positividade” da teoria da Prevenção Geral Positiva surge quando esta é contrastada com a teoria da Prevenção Geral Negativa, que – por meio do uso exclusivo da pena aflitiva – pretende produzir um valor negativo (medo/terror) nos indivíduos eventualmente tentados a infringir a lei penal.

Para os teóricos da prevenção geral positiva, a previsão de pena se justificaria pelos efeitos que exerceria sobre os que não cometeram qualquer ilícito, caso em que o efeito atribuído à pena não seria a dissuasão por meio da intimidação, mas sim a produção de consenso e o reforço da confiança que os indivíduos não-criminalizados depositam no sistema social como um todo. O mal imposto ao autor do delito deveria ser entendido, sob o aspecto da prevenção geral positiva, como parte de um processo comunicativo. A pena funcionaria como uma “contra-afirmação” de que o autor não pode configurar da maneira que deseja um mundo já configurado pelo direito. Por meio da imposição de pena, o poder punitivo superaria a perturbação causada pelo delincente, comunicando ao próprio e aos demais, que a norma perturbada continua em plena vigência. “Em última instância, o delito seria uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante” (Zaffaroni, 2003: p.122).

Para os defensores dos efeitos preventivos gerais e positivos da pena, a (re)afirmação de que a norma lesada continua em vigência não seria o único objetivo da comunicação pretendida por meio da pena. A comunicação de vigência da norma por meio da penalização do criminoso, também visaria efeitos sobre a coletividade, pois a frustração das expectativas de determinado grupo (sociedade) poderia abalar sua crença na validade e na obrigatoriedade das normas postas. Uma das críticas que se poderia fazer à teoria da prevenção geral positiva, vem do fato de a comunicação de vigência da norma desrespeitada se dar necessariamente por meio de penas causadoras de sofrimento, em detrimento de outras formas de responsabilização/comunicação.

Klaus Günther (2009), ao perguntar-se porque tantas pessoas se aferram à pena, mesmo quando ela não atinge aos objetivos preventivos gerais e negativos pretendidos,

destacou, remetendo-se à Durkheim (1999)¹⁴, a seguinte hipótese: a pena aplicada no delinquente produziria algum efeito sobre as pessoas que não estariam em risco de cometer qualquer ilícito penal e que nela depositariam algum tipo de crença. A pena teria uma importância sobre os terceiros não envolvidos no ato e que, tampouco, necessitariam de qualquer intimidação em razão de sua disposição em respeitar a lei. “Por meio da pena, os bons cidadãos – que, aliás, já partilham valores sociais – [comemorariam] suas convicções axiológicas comuns, na medida em que, com base em um caso exemplar, [confirmariam e reforçariam] uns aos outros que estão todos juntos [e] do lado certo, que ainda vale a pena aferrar-se aos valores comuns e que aqueles que se comportam de modo desviante estão do lado errado” (Günther, 2009: p.70). Parece-nos, porém, que ao contrário dos teóricos que pretendem justificar a aplicação da pena, Durkheim não pretendeu fazer mais do que explicar suas possíveis origens e efeitos. Ao contrário dos primeiros (teóricos da pena) que buscaram responder à pergunta: porque se deve punir? Durkheim, ao que parece, se preocupou em responder a outra: porque de fato se pune?

Em última análise, as duas versões da prevenção geral se aproximam mais do que seus defensores gostariam de admitir; enquanto a teoria da prevenção geral negativa pretende a dissuasão por meio do medo gerado nos que ainda não delinquiram, a teoria da prevenção positiva espera alcançá-la por meio da satisfação e do reconforto desses mesmos não-delinquentes que acreditariam que somente os que não controlam seus impulsos são punidos e, por conseguinte, encontrariam motivos para controlar suas próprias investidas anti-sociais.

4.3. Prevenção Especial Negativa

Ao contrário do que ocorre nas teorias de prevenção geral, as de prevenção especial visarão o indivíduo criminalizado. Para os adeptos da teoria da prevenção especial negativa, a execução da pena exerceria efeitos intimidatórios sobre o próprio delinquente, impedindo-o de voltar a praticar ilícitos penais futuros. Como no esquema de estímulo e reação behaviorista, o sofrimento advindo do cumprimento da pena agiria como um contra-estímulo suficientemente intenso para impedir a reincidência (Günther, 2009). A pena, justificada nos

¹⁴ Para mais detalhes sobre idéias de Durkheim acerca das funções da pena na sociedade, consultar DURKHEIM, Émile. “Da Divisão do Trabalho Social”. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

moldes propostos por estas teorias, também seria capaz de estimular o apenado a elaborar um cálculo do tipo custo-benefício, em que os custos representados pelo sofrimento característico da pena, seriam mais elevados que os benefícios esperados da prática do crime. A pena, nesse caso, também exerceria uma função de defesa social, na medida em que segregaria e neutralizaria o criminoso durante o tempo em que o mantivesse encarcerado, por exemplo (Ferrajoli, 2002). Não se poderá negar que, ao menos nesse aspecto, a pena cumpre com êxito seu caráter preventivo especial: a morte, o encarceramento e os demais impedimentos físicos possíveis de se impor aos indivíduos, certamente são capazes de suprimir condutas posteriores do mesmo sujeito. Como o leitor poderá notar, a *defesa social* é comum a praticamente todos os discursos que buscam justificar a imposição de pena, mas se expressa mais explicitamente nessa perspectiva.

Se por um lado não podemos questionar o efeito neutralizante da pena, por outro, os efeitos intimidatórios atribuídos à pena pelas teorias da prevenção especial negativa são bastante questionáveis. A variante baseada sobre um cálculo racional da relação custo-benefício desconsidera, por exemplo, questões atinentes às condições sociais e pessoais do delinquente; ignora que em determinadas circunstâncias os autores de crimes não se comportam – nem poderiam se comportar de modo tão racional e que em inúmeros casos a probabilidade de comportamento irracional aumenta proporcionalmente à gravidade do crime (a maioria dos homicídios, por exemplo, ocorrem em contextos de conflitos dramáticos) (Günter, 2009). O cálculo racional que se pretende provocar no autor do delito pode ser bastante influenciado – não por sua experiência passada no cárcere, por exemplo – mas sim pela probabilidade de se ser pego; “quando tal probabilidade for pequena, [de acordo com sua avaliação], ou quando [o autor] do ilícito acredita ter tomado as precauções adequadas, o ilícito penal planejado pode aparecer-lhe como muito mais vantajoso” (Kuns *apud* Günther, 2009: p.65).

4.4. Prevenção Especial Positiva

Apresentando-se explicitamente como um projeto disciplinar, as teorias da prevenção especial positiva atribuem à pena a função de reeducar o delinquente. Para os teóricos “correicionalistas”, do caráter pedagógico da pena resultaria a ressocialização, reeducação e reinserção social do apenado (Ferrajoli, 2002). De cunho explicitamente moralista, as teorias

defensoras da pena como meio de causar arrependimento, compreensão e regeneração, ignoram a empiria do cotidiano prisional (Günther, 2009). Tal empiria “indica naturalmente que tais efeitos são improváveis – ainda que ocorram de tempos em tempos casos individuais nos quais os resultados desejados realmente se verificam” (Günther, 2009: p.66).

Em uma instituição de características totais¹⁵ e de seqüestro – como é a prisão – efeitos deteriorantes, de embrutecimento de caráter e de indiferença são muito mais prováveis do que os esperados pela teoria em pauta. Sob essa perspectiva a prisão parece apresentar-se como o próprio avesso do processo civilizatório, incapaz, por isso, de cumprir qualquer dos objetivos pretendidos pelas teorias ressocializantes (Adorno *apud* Goifman, 1998).

5. (In)conclusão e hipóteses

“Vamos admitir que a lei [penal] se destine a definir infrações, que o aparelho penal tenha como função reduzi-las e que a prisão seja o instrumento dessa repressão; temos, então, que passar um atestado de fracasso. Ou antes, (...) temos que nos admirar de que há 150 anos a proclamação do fracasso da prisão se acompanhe sempre de sua manutenção” (Foucault, 2003: p. 226).

Se acompanhada de dados oficiais, a conclusão de Foucault (*idem, ibidem*) causaria ainda mais incômodo no leitor. Dados do Ministério da Justiça demonstram que – apesar das “promessas” das teorias da pena aqui tratadas, notadamente das teorias de cunho preventivo

¹⁵ *Uma característica básica das sociedades modernas é que os indivíduos tendem a exercer as diferentes atividades cotidianas em espaços diversos, na companhia de diferentes co-participantes, sob diferentes autoridades e, no mais da vezes, sem um plano racional geral. “O aspecto central das instituições totais pode ser descrito com a ruptura das barreiras que comumente separam as três esferas da vida (dormir, brincar e trabalhar). Em primeiro lugar todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto” (Goffman, 1990: p.17). E, finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos da instituição.*

geral – a população carcerária brasileira mais que duplicou entre os anos de 2000 e 2010¹⁶. Apesar desses dados, pudemos observar que ao propor a criação de novos crimes, o aumento das penas privativas de liberdade já existentes e inclusão de tipos penais entre os crimes considerados hediondos, o legislador justifica o endurecimento da legislação penal e processual-penal, justamente, nos supostos efeitos preventivos da pena. Ou seja, ao propor as mudanças legislativas aqui analisadas, o legislador brasileiro parece ignorar, por exemplo, que o estrondoso aumento da população carcerária acima apontado, se deu nos anos imediatos à criação da Lei 8.072/90 - lei que definiu o rol de crimes considerados hediondos¹⁷ e que recrudescer as regras de cumprimento de pena dos condenados por tais crimes.

Supondo, porém, que os efeitos de prevenção geral negativa da pena fossem inteiramente realizáveis (foram estes os efeitos mobilizados com maior frequência nas justificativas analisadas), um olhar mais atento deverá ser lançado sobre o *tipo corrupto* concebido pelo legislador. Do discurso de parte dos autores dos Projetos de Lei analisados, pudemos inferir que as normas propostas se destinariam a inibir a conduta de um sujeito extremamente racional, capaz e disposto à elaboração de cálculos de relação custo-benefício em toda e qualquer situação, além de sensível ao esquema de estímulo-reação do behaviorismo.

Certamente não ignoramos que em algumas oportunidades os seres humanos, de fato, se comportem como pretende o legislador: levando em conta a variante baseada sobre o cálculo racional. Contudo, não podemos ignorar que os indivíduos também agem e reagem movidos por paixões e desejos inconscientes (Freud, 2006) que pouco tangenciam a razão, e que a imensa maioria das pessoas evita condutas anti-sociais por uma quantidade enorme e diversificada de motivações que, em princípio, nada têm a ver com a criminalização, mas sim com outros tipos de consequências ou sanções, como a reprovação dos pares ou a segregação do sujeito pelo seu grupo. A própria constituição do sujeito, como nos diz a psicanálise, é

¹⁶ De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, órgão integrante do Ministério da Justiça, no ano de 2000 a população carcerária brasileira totalizava 232.755 presos, enquanto que no ano de 2011 já alcançava 514.582 (Brasil, 2012).
<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={5403A544-4FBE-4E59-B15A-E5A1572FFEE4}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>; acesso em 16/07/2012.

¹⁷ Nos anos seguintes esse rol só fez aumentar. Para mais detalhes, consultar Leis 8.930/94, 9.695/98 e 12.015/09.

erigida a partir de uma estrutura que prevê o controle dos instintos em prol da vida em sociedade (Freud, 2006). Crer cegamente nas propriedades de prevenção geral de caráter penal seria o equivalente a identificar direito penal e cultura, o que nos parece um despropósito. Existe uma prevenção geral negativa que ultrapassa o mero sistema penal e que é “fruto de cominações de sanções éticas e jurídicas não penais, assim como há um processo de introjeção de pautas éticas que não provém da lei penal” (Zaffaroni, 2003). Não queremos, aqui, afirmar que a convivência humana possa prescindir de leis, apenas acreditamos que as leis que regulam o convívio não são apenas, nem principalmente, penais, mas sim de outra ordem, talvez ético-social (sejam elas quais forem, não pretendemos nesse artigo elencá-las). Um indício de que as leis penais não desempenham o papel que lhe insiste atribuir o penalismo, é o fato de que as sociedades não se sustentariam caso seus membros decidissem por realizar todas as condutas não criminalizadas, porém condenáveis ética e moralmente, por exemplo. Disso também nos ocorre ser igualmente despropositado adotar explicações que identificam o crime como uma questão de oportunidade e falta de controle penal.

Outro ponto que nos chamou atenção foi o seguinte: apesar de tudo indicar que as iniciativas do legislador brasileiro estão fadadas ao fracasso, as propostas analisadas parecem contar com a adesão da opinião pública¹⁸ - não fosse assim, seus proponentes procurariam aprová-las com discrição e cautela e não alardeá-las como feito nobre. Diante disso nos perguntamos: O que faria, então, com que parte da opinião pública aderisse à imposição de pena aflitiva aos corruptos? Donde surgiria esse “desejo pela pena” (Günther 2009: p.55)?

Durante a análise das Justificativas foi bastante comum encontrar a associação entre a corrupção e a falta de verbas para os programas de governo voltados à saúde, educação e segurança. Foi comum encontrar referências atribuindo a baixa qualidade desses programas, aos desvios de verbas públicas. Em uma oportunidade o corrupto foi responsabilizado “pela morte diária de milhares de pessoas”¹⁹, fazendo com que o legislador pleiteasse a equiparação

¹⁸ O site *petição pública* propõe encaminhar ao Congresso Nacional abaixo-assinado intitulado “Tornar a Corrupção Crime Hediondo”, que atualmente (16/07/2012) conta com 7.485 assinaturas. <http://www.peticaopublica.com.br/PeticaoListaSignatarios.aspx?pi=CCH2011>. Outro exemplo dessa “aderência”, foi constatado por pesquisa realizada pela Agência Senado e pelo Data Senado, por ocasião da proposição do PL 204/11. Na oportunidade, 99,4% dos 426.618 internautas consultados se manifestaram a favor do Projeto que inclui a corrupção na Lei dos Crimes Hediondos. <http://www.senado.gov.br/noticias/DataSenado/enquetes.asp?ano=2011>.

¹⁹ PL 204/11 do Senado Federal.

da corrupção ao latrocínio, alegando que os corruptos deveriam ser responsabilizados pela morte de pacientes que viessem a óbito pela falta de assistência médica adequada²⁰. De forma mais ou menos explícita, outros Projetos de Lei²¹ ignoraram que a qualidade dos serviços públicos ofertados à população poderia, também, ser decorrente dos modelos de gestão escolhidos pelo administrador público, da opção por políticas e arranjos institucionais equivocados que privilegiam outros interesses que não o dos usuários desses serviços. Mesmo que os recursos desviados em operações corruptas pudessem, eventualmente, vir a incrementar os orçamentos das referidas áreas, seria um exagero atribuir à corrupção todo e qualquer deficiência a elas relacionadas. A veiculação midiática - escandalosa e frequente - de desvios de verbas públicas, aliada a insistência do legislador em atribuir à corrupção as mazelas da sociedade²², faz com que se construa no imaginário popular um “personagem” responsável pela precariedade de serviços essenciais aos cidadãos, pelas condições insalubres em que grande parte da população vive e por inúmeros outros problemas que, um olhar mais atento, talvez não atribuísse exclusivamente ao montante de recursos públicos desviados por esses “personagens”. A pauta incessantemente associada à corrupção gera, ainda, a impressão de um aumento brusco, descontrolado e recente do fenômeno no país²³, provocando o clamor por intervenção política (Günther, 2009) contra esses seres “que mostram desprezo pelo cidadão comum e se escondem, com sua hediondez, por trás de uma legislação benéfica e um

²⁰ Trecho do PL 2506/11 da Câmara dos Deputados: “A propósito, é importante destacar que, por conta da rotineira prática de atos de corrupção, milhões e milhões de reais são retirados anualmente dos serviços públicos de saúde, deixando uma vasta parcela da população privada de receber medicamentos; realizar exames médicos e cirurgias por falta equipamentos; ter acesso a leitos para internação, inclusive em UTIs, levando à morte centenas de pacientes pelo Brasil inteiro anualmente.

Nesse sentido, é natural considerar que a prática da corrupção não deixa de caracterizar uma forma especial de latrocínio, pois uma de suas consequências mais graves, abstraindo-se os aspectos morais, é o resultado morte de centenas de pessoas por falta de atendimento médico-hospitalar em decorrência da apropriação indébita de recursos públicos pelos beneficiários da corrupção.

Vale ressaltar que, mesmo quando os atos de corrupção são praticados em áreas da administração pública que não tenham relação direta com programas de atendimento médico-hospitalar, eles se refletem no atendimento médico-hospitalar, pois indiretamente reduzem o montante de recursos públicos que poderiam, em outras circunstâncias, ser destinados à assistência médica de qualidade à população. Não se pode deixar de registrar que, em geral, são exatamente as pessoas mais carentes e com menor nível de organização social que sofrem os maiores prejuízos dos atos de corrupção, ao deixarem de contar com a prestação de serviços públicos essenciais”.

²¹ PLs 1368/07, 21/11 da Câmara dos Deputados e PLs 209/05, 230/05204/11, 676/11 do Senado Federal, por exemplo.

²² Na Justificativa do PL209/05 do Senado Federal, afirmou-se, categoricamente, que a corrupção seria a responsável pelo fato de o Brasil não estar “inserido no quadro dos países do primeiro mundo”.

²³ Algumas das justificativas analisadas fazem alusão a uma crise ética e moral sem igual, por que estaria passando o Brasil PLs 1368/07 da Câmara dos Deputados. PL 209/05 do Senado Federal.

Judiciário moroso”²⁴. Considerando que os debates formais e informais sobre a corrupção são povoados por uma sensação de privação relativa e um sentimento de que um substrato social que trabalha pouco ou nada está trapaceando e usufruindo dos impostos do cidadão comum, cabe-nos perguntar: - que função teria a pena neste cenário? Durkheim (1999), ao que parece, vai além dos argumentos dele apropriados pelos teóricos da prevenção geral positiva, quando responde a questões semelhantes.

Durkheim (*idem, ibidem*) nos alerta que, “em primeiro lugar, a pena consiste numa reação passional” (p.56). Ao comparar o sofrimento imposto como pena-vingança aos criminosos em sociedades da antiguidade e a pena-preventiva objeto das teorias aqui tratadas, Durkheim (*idem, ibidem*) ressalta que não basta afirmarmos que ambas são empregadas com fins diferentes, pois a natureza de uma prática não muda necessariamente porque as intenções conscientes dos que a aplicam se modificam.

“Mas para que tenhamos o direito de distinguir de maneira tão radical essas duas espécies de pena não basta constatar que são empregadas tendo em vista fins diferentes. A natureza de uma prática não muda necessariamente porque as intenções conscientes dos que a aplicam se modificam. Ela já podia, com efeito, desempenhar o mesmo papel outrora, mas sem que isso fosse percebido. Nesse caso, por que se transformaria pelo simples fato de que se percebem melhor os efeitos que ela produz? Ela se adapta às novas condições de existência que lhe são criadas sem mudanças essenciais. É o que acontece com a pena” (Durkheim, 1999: p.58).

Por meio das observações de Durkheim (*idem, ibidem*), cogitamos que – a despeito dos esforços teóricos despendidos com a intenção de afastá-la da idéia retribuição pura e simples – a pena permanece uma obra de vingança e que as teorias da pena cumprem (de certa forma) o papel de maquiar um desejo inaceitável àqueles que se entendem dotados de razão. Não buscamos com essa hipótese definir como a pena deveria ser, ou o que deveria ela representar, mas sim, o que talvez ainda represente ela nos dias atuais.

²⁴ Trecho do PL 209/05 do Senado Federal.

“E, de fato, a pena permaneceu, pelo menos em parte, uma obra de vingança. Diz-se que não fazemos o culpado sofrer por sofrer; não é menos verdade, porém, que achamos justo que sofra. Talvez estejamos errados; mas não é isso que está em questão. Procuramos, por enquanto, definir a pena tal como é ou foi, não tal como deve ser. Ora, é certo que essa expressão de vindita pública, que retorna na linguagem dos tribunais [e do legislador], não é palavra vã. Supondo-se que a pena possa realmente nos proteger futuramente, estimamos que ela deve ser, antes de mais nada, uma expiação do passado. Prova disso são as minuciosas precauções que tomamos para proporcioná-la, com maior exatidão possível, à gravidade do crime; tais precauções seriam inexplicáveis se não acreditássemos que o culpado deve sofrer por ter cometido o mal e na mesma medida (Durkheim, 1999: p.59).

Alguns poderiam alegar que a constante dramatização política do combate à corrupção dá a impressão de que ainda não se fez o suficiente e de que é possível fazer ainda mais, e que “esse circuito de amplificação político-publicístico [faria] com que a população se [confrontasse] ininterruptamente com a criminalidade [de que trata esse artigo]” (Günther, 2009: p.55). Pois bem, por mais que essa hipótese explique o “desejo pela pena”, ela “pressupõe a existência de uma grande demanda por punição na população, a qual seria repetidamente ativada e aumentada pela apresentação seletiva de casos espetaculares [de corrupção] e pela constante tematização política” (Günther, 2009: p.56).

Se assumirmos que a natureza da pena não mudou essencialmente e que a necessidade de vingança somente está mais bem administrada hoje do que no passado, da constatação de Günther (2009) chegamos à outra hipótese, dessa vez a hipótese genealógica do castigo de Nietzsche (2007). Enquanto Günther (2009) deixa em aberto a questão acerca da “grande demanda por punição na população” (p.55), Nietzsche (2007) – antes mesmo de Durkheim (1999) – a responde da seguinte maneira:

“Durante o mais largo período da história humana, não se castigou porque se responsabilizava o delinqüente por seu ato, ou seja, não pelo pressuposto de que apenas o culpado devia ser castigado – e sim como ainda hoje os pais castigam seus filhos, por raiva devida a um dano sofrido, raiva que se desafoga em quem o causou; mas mantida em certos limites, e modificada pela

idéia de que qualquer dano encontra seu equivalente e pode ser realmente compensado, mesmo que seja com a dor do seu causador” (Nietzsche, 2007: p.53).

A hipótese de Nietzsche (*idem, ibidem*) mostra-se, de fato, indigesta, pois – exauridas todas as tentativas de se justificar a inflação de um mal (pena) por meio da referência às suas funções expressas – algumas de suas observações nos impelem à investigação de funções latentes da pena. Admitir que a dor “compensa” o dano porque representa um prazer a quem a causa, colocará o Homem da razão em posição desconfortável; admitir que impingir dor ao delinquente pode trazer satisfação a suas vítimas e que imputar um castigo pode confortar mais do que imputar culpa, de fato, corresponde a admitir a possibilidade de se gozar com o que Nietzsche (*idem, ibidem*) chamou de “prazer de ultrajar” (p.54).

“Ver-sofrer faz bem, fazer-sofrer mais bem ainda – eis uma frase dura, mas um velho e sólido axioma, humano, demasiado humano, que talvez até os símios subscrevessem: conta-se que na invenção de crueldades bizarras eles já anunciam e como que "preludiam" o homem. Sem crueldade não há festa: é o que ensina a mais antiga e mais longa história do homem – e no castigo também há muito de festivo! (Nietzsche, 2007: p.56).

O que pretendemos ao considerar tais hipóteses não é a simples desconstrução das teorias da pena até aqui tratadas, mas sim abrir caminhos que nos permitam ir além da elaboração de sistemas e doutrinas que, por um lado, explicam os enigmas da pena com “perfeição” e, por outro, permitem a tranquilidade da consciência dos que crêem causar dor com razão e por necessidade. Considerar que nossas paixões, impulsos e desejos inconscientes podem determinar nossas opções institucionais, nos coloca em condições de investigar as funções latentes da pena, e não apenas as expressas e oficiais. Isso, ao contrário de nos aproximar dos teóricos retributivistas e dos defensores da vingança, nos fornecerá condições de elaborar um conceito *agnóstico*²⁵ quanto a função racional de pena, por meio do

²⁵ Termo utilizado por Zaffaroni (2003), porém, em sentido diverso ao utilizado nesse artigo. Aquele autor define como *agnóstico* ou *negativo*, um conceito de pena que a reduzisse a um mero ato de poder que só teria explicação política. Como o leitor poderá notar, nos apropriamos do termo para definir um conceito de pena que desconhece suas justificativas racionais; o que não importa dizer que nunca se chegará a justificativas racionais satisfatórias.

qual admitiríamos desconhecer qualquer justificativa amparada na razão para a inflicção de um castigo. Talvez só depois de admitirmos a existência de uma demanda pelas formas irracionais de penalização, é que poderíamos seguir adiante na busca por meios alternativos à causação de sofrimento aos que desviam dos padrões normatizados pelo direito (penal).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção. Um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995.

BIASON, Rita de Cássia. Novos Desafios no Combate à Corrupção no Brasil. In: *Intellector*, v.6, n.11: p.1-11, 2009.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça. <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA21B014BPTBRIE.htm>. Acesso em 15 de Julho de 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – história da violência nas prisões*. 27ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização* (1931). In: Edição *standart* brasileira das obras psicológicas completas, vol.XXII. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

GARLAND, David & DUFF, Antony. The Concept of Punishment. In: *A reader on Punishment*. New York: Antony Duff & David Garland – Oxford University Press, 1994.

GARLAND, D. e DUFF, R. A. Introduction: Thinking about punishment. In: *A Reader on Punishment*. New York: Antony Duff & David Garland – Oxford University Press, 1994.

GAZOTO, Luís W. *Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo* [Tese de Doutorado]. Brasília/DF: Departamento de Sociologia/ UnB; 2010.

GOIFMAN, Kiko. *Valetes em slow motion*. Campinas: Editora da Unicamp, 1998.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1990.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I e II. In: Püschel & Machado (orgs). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACHADO, Maíra Rocha, *et al.* Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil. In: *Série Pensando o Direito* – n.32 – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. FGV: São Paulo, 2010.

PETRARCA, Fernanda Rios. As relações entre mídia e Direito no Brasil: elementos para uma análise sociológica. In: *Revista Sociologia Jurídica*, n.5: p.1-13, 2007.

PIRES, Álvaro. Ch. Debuyst, F Digneffe, *Les savoirs sur le crime et la peine*. Vol. 2 : *La rationalité pénale et l'naissance de la criminologie*. Bruxelles, De Boeck Université (co-édition avec les Presses de l'Université de Montréal et les Presses de l'Université d'Ottawa), 1998.

_____. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. São Paulo: Novos estudos Cebrap, n.68, 2004.

VENEZUELA, Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana contra a Corrupção*, 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/pt>

VESCOVI, Renata Conde. A origem simbólica da lei. In: Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória e Faculdade de Direito de Vitória (orgs). *A lei em tempos sóbrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.