

OBSERVAÇÕES SOBRE O DIREITO DE PUNIR

1. Não há direito de punir. Há apenas poder de punir. O homem é punido pelo seu crime porque o Estado é mais forte que ele, a guerra, grande crime, não é punida porque se acima dum homem há os homens acima dos homens nada mais há.

E não há direito de punir porque a própria representação do crime na mente humana é o que há de mais instável e relativo: como julgar que posso punir baseada apenas em que o meu critério de julgamento para tonalizar tal ato como criminoso ou não, é superior a todos os outros critérios? Como crer que se tem verdadeiramente o direito de punir se se sabe que a não observância do fato X, hoje fato criminoso, considerava-se igualmente crime? “Nenhum de nós pode se lisonjear de não ser um criminoso relativamente a um estado social dado, passado, futuro ou possível”, disse Tarde.

O que é certo, na questão da punição, é que determinadas instituições, em dada época, sentindo-se ameaçadas em sua solidez com a perpetração de determinados atos, taxa-os como puníveis, muitas vezes nesses atos não há nem a sombra de um delito natural: essas instituições querem apenas se defender. Outra humanidade falaria antes em “direito de se defender”, direito de lutar, de deixar comparecer ao campo de guerra a instituição velha e a nova. Porque o crime significa um ataque à determinada instituição vigente, em grande parte das vezes e se não fosse punido representaria a derrocada dessa instituição e o esta-

belecimento duma nova. Assim, processar-se-ia uma evolução mais rápida e violenta, de resultados provavelmente maus, tendo-se em vista a frequente anormalidade do criminoso. A sociedade, porém, mais sabiamente, prefere falar num "direito de punir", força unilateral, garantidora de uma boa defesa contra o ataque à sua estabilidade.

2. Uma hipótese quanto ao surgimento e evolução do direito de punir:

De início, não existiam direitos, mas poderes. Desde que o homem pôde vingar a ofensa a ele dirigida e verificou que tal vingança o satisfazia e atemorizava a reincidência, só deixou de exercer sua força perante uma força maior. No entanto, como acontece muitas vezes no domínio biológico, a reação – vingança – começou a ultrapassar de muito a ação – ofensiva – que a provocara. Os fracos uniram-se; e é então que começa propriamente o plano, isto é, a incursão do consciente e do raciocínio no mecanismo social, ou melhor, é aí que começa a sociedade propriamente dita. Fracos unidos não deixam de constituir uma força. E os fracos, os primeiros ladinos e sofistas, os primeiros inteligentes da história da humanidade, procuraram submeter aquelas relações até então naturais, biológicas e necessárias ao domínio do pensamento. Surgiu, como defesa, a ideia de que apesar de não terem força, tinham direitos. Novas noções de Justiça, Caridade, Igualdade, Dever foram se insinuando naquele grupo primitivo, instituído pelos que delas necessitavam, tão certo como o é o fato dos primeiros remédios terem sido inventados pelos doentes. E no espírito do homem foi se formando a correspondente daquela revolta: um superego mais ou menos forte, que daí em diante regeria e fiscalizaria as relações do novo homem com os seus semelhantes em face da sociedade impedindo-lhe a perpetração de atos considerados por todos como

proibidos. À medida que essas noções foram se plasmando no indivíduo e no decorrer das gerações, os meios de vida foram extinguindo cada vez mais sua possibilidade de usar da força bruta nas relações de homem para homem. Na resolução de seus litígios, não mais aparecia o mais forte e musculoso diante do menos poderoso pelo próprio nascimento e natureza. Igualados pelas mesmas condições, afrouxados na sua agressividade de animal (pelo nascimento do superego (homem social)), fizeram (sem que o objetivo fosse delimitado em sua consciência) uma espécie de tratado de paz, as leis, pelas quais os interesses e os "proibidos" não seriam violados reciprocamente, sob a garantia duma punição por parte da coletividade. É a passagem do castigo ministrado pelo ofendido para o castigo provindo de toda a sociedade. E isso se explica: uma vez que todos estavam em condições mais ou menos iguais, difícil seria a defesa; para manter a inviolabilidade das leis fizeram titular do direito toda a coletividade, adversário forte.

O resto segue-se naturalmente. Os mais capazes, os mais fortes são incumbidos de vigiar a observância dessas leis, e constituem o primeiro Estado, isto é, organizador permanente da estabilidade social. Esse novo órgão no decorrer dos tempos fortalecido pelo apoio de todos, passa a encarar o poder, mesmo independente da aquiescência individual. E esse órgão a si mesmo concede, sem que tenha um outro fundamento o "direito de punir".

3. Uma lição de Sócrates ensinava que antes de qualquer discussão filosófica se definissem os termos. De fato: ao falar em direito de punir não se abrangem com esse termo conteúdos diversos? Atualmente, em verdade, não é de punir que se tem direito, mas de se defender, de impedir, de lutar. Punir é, no caso, apenas um resquício do passado, quando a vingança era o obje-

tivo da sentença. É a permanência desse termo no vocabulário jurídico é um ligeiro indício de que a pena hoje ministrada ainda não é uma pena científica, impessoal, mas que nela entra muito dos sentimentos individuais dos aplicadores do direito (como sejam sadismo e ideia de força que confere o poder de punir). E nesse caso até repugna admitir um "direito de punir".

Agora se falássemos num direito de defender a sociedade contra a reincidência de um crime, num direito de tomar a si a direção duma vida no sentido de restituí-la à normalidade, então seria fraca a expressão "direito de punir". Antes dever-se-ia falar em "dever de punir".

4. A teoria dum contrato social estipulado entre os homens e os Estados, concedendo aqueles a estes o direito de punir, peca por conferir à evolução da sociedade e do direito muito da intervenção consciente do homem. *"Il n'y a personne qui, en entrant dans une société civile, stipule de l'Etat qu'il le punira s'il commet quelque crime"*, disse Pastoret. E se se retirar o elemento "vontade" desse contrato, *ipso facto* ele perde o caráter de contrato.

5. Houve um tempo em que a medicina se contentava em segregar o doente, sem curá-lo e sem procurar sanar as causas que produziam a doença. Assim é hoje a criminologia e o instituto da punição.

Surge na sociedade um crime, que é apenas um dos sintomas dum mal que forçosamente deve grassar nessa sociedade. Que fazem? Usam o paliativo da pena, abafam o sintoma... e consideram-se como encerrado um processo. Como então imaginar que o fundamento desse poder que a sociedade tem de punir está na sua legitimidade, se essa legitimidade só se explicaria por sua utilidade? E onde sua utilidade? Se X comete latrocínio e é encarcerado. A, B, C, D... etc. ficam impedidos de cometer o mesmo

crime? A punição esqueceu-se de encarar a reincidência no seu sentido lato.

Só haverá "direito de punir" quando punir significar o emprego daquela vacina de que fala Carnelucci contra o germen do crime. Até então seria preferível abandonar a discussão filosófica dum "fundamento do direito de punir", e, de cabeça baixa, continuar a ministrar morfina às dores da sociedade.

Nota: Um colega nosso classificou este artigo de "sentimental". Quero esclarecer-lhe que o Direito Penal move com coisas humanas por excelência. Só se pode estudá-lo, pois, humanamente. E se o adjetivo "sentimental" veio a propósito de minha alusão a certas questões extrapenais, digo-lhe ainda que não se pode chegar a conclusões em qualquer domínio sem estabelecer as premissas indispensáveis.