

PUNIÇÃO

A resposta à pergunta “o que é a punição?” articula-se em três momentos interdependentes: quem é punido, quem pune e por que se pune - daqui deriva um quarto momento inessencial, mas que depende daqueles na sua lógica: como se pune?

O primeiro momento designa o criminoso, isto é, aquele que transgrediu uma norma, e o seu estatuto define-se consoante o estatuto daquela. Assim, nas sociedades tradicionais, as normas infringidas estão embutidas, indiferenciadas, numa significação mais vasta. A boa forma do mundo amalgama a esfera humana, divina e natural, a qual se encontra legitimada *num* e *para um* grupo social. Criminoso será, então, todo aquele que se desviar do comportamento recebido, que se recuse a imitar o gesto do herói fundador, do antepassado instituinte: crime é toda a inovação. O criminoso pertence à esfera do não-ser, com a sua inquietante estranheza, que põe em causa a existência total do grupo. A totalidade do grupo e da sua auto-interpretação implica, assim, uma totalização do crime e do criminoso.

Esta concepção mantém-se nas sociedades estatais teológico-políticas, com uma modificação: a diferenciação de uma instância normativa reduz o âmbito do crime. A transgressão já não ofende a totalidade directamente, mas sim através da infracção a normas individualizadas; a ofensa atinge todos porque atinge o sustentáculo da vida em comum, a Lei. A mediação da Lei acarreta igualmente um limite ao crime e ao criminoso, a totalização indirecta, mediada, já é uma totalização inferior. O resquício de personalização da ofensa limita-se ao facto de a Lei encarnar num Soberano; todo o crime pode ser ainda visto como crime de lesa-majestade. O Soberano é apenas uma função, onde os dois corpos do Rei podem aparecer confundidos pela sucessão hereditária, mas que se encontram já conceptualmente distinguidos, e que 1789 vai separar em definitivo.

Com a institucionalização democrática, através da Revolução Francesa, a sociedade/nação estabelece-se como fonte de toda a soberania, isto é, a Lei imanentiza-se radicalmente, e a transgressão imanentiza-se igualmente. Como a Lei, enquanto compatibilização das vontades, se institui com o concurso racional de todos, o criminoso torna-se aquele que não está à altura do que prometeu a todos os outros. O criminoso nega a razão em si.

O segundo momento - quem pune? - define-se relativamente à tipologia do criminoso. Assim, nas sociedades arcaicas, o poder de punir deve estar ele próprio moldado sobre um comportamento *recebido*; o agente - se existir - da punição está previamente determinado. A regra de compensação, de restauração de um estado

anterior, é conhecida de antemão, e é na ausência da acção compensatória já regradada que se desencadeia a contra-acção por parte dos membros do grupo. O *direito* de punir inere ao funcionamento do grupo, dada a falta de um poder autónomo. Trata-se de funções públicas executadas por privados; sendo, contudo, regradadas de antemão, não tem cabimento designá-las como vingança. Nas sociedades teológico-políticas estatais, o Soberano detém o direito de punir; já que ele é o ofendido, a punição é delegada na autoridade pública enquanto braço armado do Soberano. Nas sociedades democráticas, o criminoso pune-se a si próprio por interposta pessoa; a razão, que instaurou a Lei, encarna num sistema jurídico-penal legitimado pelo sujeito racional-nouménico ou pelo interesse bem compreendido (Beccaria, 1998, p.65), ainda que contra o mesmo sujeito, considerado sob o ponto de vista empírico. Aqui o Soberano é o terceiro excluído do jogo entre agressor e vítima; como tal, só pode por sua vez ser punido enquanto pessoa física, não enquanto posição exterior, já que todas as competências jurídicas têm de ser inferiores em poder (Kant, 1956, 438, 452). Com a dissolução da cisão subjectiva razão/inclinação, o criminoso transforma-se em pária social: recebe sem dar a sua quota-parte para a felicidade comum (Positivismos e Utilitarismos) ou, de um ponto de vista marxista, é tido essencialmente como vítima da alienação social. Destas duas correntes deriva, frequentemente por contraposição, a romantização do criminoso - de Sade a Nietzsche - como fonte de vigor irredutível ao instinto natural-gregário ou à pequena felicidade. No criminoso reverberaria a essência transgressora do humano, o que aparenta tal conceito ao de *génio* e de *doente*.

No terceiro momento, podem-se distinguir duas grandes divisões: teleológica e retribucionista. A visão teleológica dirige a punição para a melhoria pessoal, produzindo através de um mal - a pena - uma recuperação da razão, um reassumir de um compromisso, um exame de consciência, para que, desse modo, o sujeito se melhore a si próprio. A punição fica limitada a uma acção exterior que possibilita e facilita o trabalho de cada qual sobre si - “a medicina da maldade” (Platão, 1997, pp.107-12). Não basta, para desclassificar esta concepção, argumentar que um tal trabalho deve desembocar, se quiser ser considerado bem-sucedido, numa conformação e conseqüente adaptação aos valores estabelecidos. O criminoso admite implicitamente uma lei, dado que é um ser de razão, o seu acto implica a universalidade; a punição é o retorno dessa lei sobre ele, é a sujeição ao direito que ele próprio criou no seu acto particular (Hegel, 1986, 190). Ao mostrar ao criminoso o fundamento racional da sua acção, ele é desse modo honrado - e simultaneamente mostra-se que o homem só pode existir como Lei, isto é, como razão. Por outro lado, o objectivo da punição pode ser geral, já não o indivíduo, mas a colectividade. O fito

do castigo é, assim, instituir um exemplo inibidor de futuras acções criminosas ou defender a sociedade da acção nociva do criminoso. Assim, garante-se uma felicidade maior no futuro ou assegura-se a felicidade presente. O Utilitarismo, com Beccaria como antecessor, corteja perigosamente uma antecipação de um estado social como fim em si, relativizando por isso a dignidade do criminoso. O mal - a pena - encontra-se justificado pelo bem maior que possibilita, pela dessubjectivização desse bem, pensado assim como integração totalizante dos bens particulares. Apesar deste perigo, inere às visões teleológicas a possibilidade de substituir a pena pelo tratamento, a reeducação, o trabalho comunitário, o que aparenta uma maior doçura das penas, mas encerra em simultâneo a afirmação da inexistência do crime como correlato da violação da lei imputável a um sujeito. Não é o sujeito que viola a Lei, mas sim as condições sociais, psicológicas, formativas, etc. Um pensamento que acaba, *malgré soi*, por pôr em causa a própria ideia de sujeito. Talvez por isso possa instalar a sociedade como um todo acima das suas partes. O criminoso desapareceria na sociedade que finalmente encontrasse a sua boa forma.

A visão retribucionista opõe-se a toda a teleologia com um trunfo dificilmente descartável: o indivíduo é um fim em si mesmo, independente de todos os propósitos de melhora. A punição não pode ser posta ao serviço de uma finalidade exterior ou interior, a punição não tem um “porquê” além de si própria; a não ser assim, tornar-se-ia uma questão de técnica, e não de moral. Por isso, punir é um imperativo categórico que honra o homem como ser moral: é-se punido porque se é punível, a passagem do segundo termo ao primeiro depende de se cometer um acto criminoso (Kant, 1956, 453; Hegel, 1986, 190). O Positivismo Jurídico manteve esta estrutura, mas retirou-lhe o significado moral. O crime desencadeia a punição como uma causa o seu efeito, só que, dada a ausência de qualquer *valor* presente na Lei - pelo contrário, esta é que estabelece o que tem *validade* -, a retribuição é *cega* e o sujeito *vazio* (Kelsen, 1984, pp.139-148). O dever-ser segue-se à instituição primeira de uma lei que encontra o seu ponto de partida no decisionismo do soberano (ser), por isso qualquer castigo pode ser justo ou injusto, a própria punição perde a sua *raison d'être*: nenhum fim é perseguido pela punição (teleologia), como também nenhuma retribuição pode ter lugar, já que a lei positiva contém o sentido imanente da punição: existe apenas uma concatenação de factos sem ligação valorativa entre si. Uma tal concepção naturaliza, em segundo grau, uma natureza em primeiro grau, posto que reifica uma relação que tem de ser necessariamente valorativa, se quiser manter a sua especificidade. Neste tronco, enxertam-se também as reflexões de Nietzsche sobre a punição. Tal como Kelsen, também Nietzsche exclui qualquer consideração de cariz moral (liberdade da vontade), chegando assim a considerar o

criminoso como “um pedaço de destino irresponsável” (Nietzsche, 2001, p.94), que se agudiza com a punição como perante uma resistência que o obriga a uma melhor adaptação (ibidem, p.95). Se todas as civilizações tiveram um discurso dominante sobre a punição, a desclassificação de qualquer meta-narrativa, no caso ocidental, levou, não à dissolução da punição e ao reencontro de uma inocência originária, mas antes à aglomeração dos vários discursos/sentidos (Pech, 2001,p.147). O elenco apresentado por Nietzsche no §13 de *Para a Genealogia da Moral* não é disjuntivo, constitui sim uma conjunção, *a fortiori*, pelas suas permissas amorais. É justamente na ausência de um sentido moral unificado e unificador que o Direito Penal vem ocupar o lugar de uma “derradeira expressão da moral comum”, “uma *ágora* de substituição” (Ost, 2001, p.379).

Derivada destes três momentos, a questão de “como punir?”, se bem que sujeita a variações empíricas, não deixa de obedecer a uma lógica conceptual de que importa reconstituir os vectores mais importantes. Para os grupos arcaicos altamente ritualizados, o criminoso vê-se alcandorado a uma posição limite; o fascínio exercido por essa posição explica o alargamento do campo da punição. O contágio mágico pode implicar a destruição de todos os objectos do criminoso (utensílios, habitação, mulher, filhos, etc.) para restaurar a pureza da fronteira e esconjurar o perigo da dissolução. A recusa da possibilidade da diferença, da individualização, por seu turno, pode implicar uma nova fusão do grupo (casamento com um familiar, ingestão de alimentos rituais ou até canibalismo sagrado). Uma justiça de teor totalizante chega facilmente a exigências irracionais, por mor de uma racionalidade completa da realidade. Neste campo, as sociedades religiosas *latu sensu* incluem, como formas de chegar à justiça, fazer com que os poderes invisíveis *digam o direito* e determinem a punição, os ordálios ou os campeões. Processos irracionais que trazem, contudo, uma exigência de justiça de tal modo forte que resente qualquer impossibilidade de chegar a uma decisão sobre a justiça como uma injustiça, em particular ante os poderes invisíveis, que são necessariamente justos à máxima potência. A falta de justiça seria uma limitação à onipotência divina e, por isso, ceder a uma tal visão não totalizante representa uma ofensa: constituiu uma injustiça para com o maximamente justo, logo, a justiça existe, *tem de existir*. Que um tal modelo se estende a todas as relações, individuais bem como colectivas, atesta-o Dante (Dante, 1999, pp.62-66). Os processos punitivos democráticos implicam, por um lado, a retirada de circulação do criminoso como forma de conferir segurança à ordem pública, impedindo a continuação da acção criminosa ou removendo a ameaça do seio da vida social. Por outro lado, ao infligir o mal - a pena - na reclusão, a sociedade fomenta o trabalho sobre si, de maneira a que o criminoso se possa

regenerar, longe dos olhares de acusação e/ou desconfiança, que poderiam impossibilitar o readquirir de forças e deparar com oportunidades de uma nova conduta. Quer a regeneração individual, quer a felicidade comum, aconselham um recato prudencial.

João Tiago Proença

→ Direito; Direito Penal; Lei; Norma; Vontade.

Bibliografia

- Beccaria, C., *Dos Delitos e das Penas*, F.C.G., Lisboa, (1998).
- Dante (1313), *Monarquia*, Guimarães, (1999).
- Hegel, G-F. (1821), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, FaM, (1986).
- Kant, I. (1797), *Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, (1956).
- Kelsen, H. (1934), *Teoria Pura do Direito*, Arménio Amado editora, Coimbra, (1984).
- Nietzsche, F. (1887) *Para a Genealogia da Moral*, Relógio d'Água, Lisboa, (2000).
- Ost, F. (1999) *O Tempo do Direito*, Instituto Piaget, Lisboa, (2001).
- Platão (399 a.C.?), *Górgias*, Ed. 70, Lisboa, (1997).
- Pech, T. (2002), *Neutraliser la Peine in AAVV. Et ce Sera Justice - Punir en Démocratie*, Editions Odile Jacob, Paris.