

A FUNÇÃO DA PENA À LUZ DA MODERNA CRIMINOLOGIA

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 19/1997 | p. 39 - 46 | Jul - Set / 1997
Doutrinas Essenciais de Direito Penal | vol. 4 | p. 303 - 313 | Out / 2010
DTR\1997\267

Élio Morselli

Área do Direito: Penal
Sumário:

A tarefa mais urgente que na atualidade compete à dogmática penal, é a de reexaminar todos os problemas fundamentais da teoria do delito, fazendo-a à luz das mais recentes contribuições das ciências sociais, ou seja, da sociologia, da criminologia, e, sobretudo, da psicologia. Hoje, finalmente, não mais é possível continuar a tratar e resolver as principais questões da teoria geral do delito, e muito especialmente as relativas ao elemento subjetivo, baseando-se nos tradicionais critérios da psicologia empírica ou do senso comum. Quem pretende enfrentar o estudo do direito penal, deve, pois, fazê-lo através de uma preparação científica, que tenha em consideração as mais recentes contribuições ofertadas pela psicologia dinâmica ou do profundo. Em um nosso recente livro, procuramos demonstrar quão importante se apresenta uma abertura psicológica em tema de dolo e de culpa e quão relevantes são as funções do dolo na teoria do crime: primeiro, a de ligação, ou *trait d'union* entre a dogmática e a criminologia, ou seja, a de portador do significado anti-social do fato; segundo, a função do núcleo central e índice-base do desvalor pessoal do comportamento, ou seja, do fato delituoso, e, finalmente, a função de critério fundamental para individualizar o tipo legal e como o fato concreto a ele se adequa. Tudo isso numa perspectiva da concepção de origem alemã - chamada do *Handlungstrafsdelit* -, ou "direito penal da conduta", e também do *personale Unrecht*, ou ilícito personalista.*

Pois bem, para afrontar nos seus justos termos esta problemática do crime, nós nos baseamos na psicologia do delito, e, mais precisamente, na psicologia do seu autor, ou, por outras palavras, do delinqüente.

Para encarar aqui os problemas relativos à teoria da pena, agora em sentido contrário, devemos partir da psicologia da sociedade, e, mais precisamente, da psicologia da sociedade que pune. Todos nós conhecemos a multiplicidade de respostas que, no transcurso da história, têm sido dadas a esse dramático quesito: "por que se pune?" Falou-se sempre da pena, desde a antigüidade clássica, como expiação do delito praticado, de pena como catarse ou purificação, de pena medicinalis, de pena como instrumento de correção, de pena vindicativa, de pena como via de reeducação do réu, e assim, por diante, e, para terminar, em nossos dias, com a pena sendo considerada como meio e pressuposto para o tratamento ressocializante, e até mesmo terapêutico do delinqüente. Todos conhecemos o célebre dilema de Sêneca: *punitur ne peccetur*, ou, então, *quia peccatum est*. Pune-se para prevenir que futuros delitos venham a ser cometidos pelo mesmo agente que os cometeu (prevenção especial), ou, para outras pessoas (prevenção geral) isto é, *ne peccetur*, pune-se simplesmente para retribuir, com sofrimento, o mal acarretado pelo delinqüente, isto é, *quia peccatum est*. Enfim, pergunta-se: se o ato punitivo é fim em si mesmo ou corresponde a uma finalidade? A pena tem função retributiva ou preventiva?

No período sucessivo à Segunda Guerra Mundial, a opinião da maioria dos juristas e estudiosos parecia se fixar numa resposta de tipo eclético, isto é, reconhecer-se na pena uma natureza ou caráter constitutivo, de tipo retributivo. Mas, ao mesmo tempo, superava-se a visão limitada das chamadas teorias absolutas (Kant, Hegel etc.) atribuindo-se à pena uma função independente de sua natureza intrínseca, ou seja, uma

função preventiva. A pena, dizia-se enfim, é de natureza retributiva, mas tem uma função preventiva. Deste modo eclético, tinha-se por definitivamente resolvido o antigo problema "por que se pune?"

No entanto, a partir dos anos cinquenta, esta convicção dogmática se modificou profundamente.

O desenvolvimento da psicologia, da sociologia, e, por consequência, o da criminologia, posicionou o réu sob um novo prisma. Estas novas ciências contribuíram para considerar o réu, mais do que um culpado, um sujeito total ou em parte, psiquicamente anormal, um associal, um desviado, uma vítima de suas próprias distorções intrapsíquicas, ou seja, das más influências ambientais, quer na infância, quer na adolescência, quer na idade adulta. Além disso, se seguiram os estudos da antropologia criminal, iniciados por Lombroso, voltados a considerar o réu como uma personalidade biologicamente ou geneticamente determinada para a anti-socialização. Acabou-se, assim, por considerar o fenômeno da criminalidade muito mais sob o aspecto da compreensão do que da reprovação e de sua conseqüente condenação. Tudo isto levou a estremecer os últimos fundamentos do direito de punição e, conseqüentemente, da própria pena, porque, como diz um velho brocardo francês, *tout comprendre c'est tout pardonner*.

A maior parte dos sistemas legislativos do tipo ocidental sofreu, assim, a influência daquela que sucessivamente foi denominada de "ideologia do tratamento." Se é verdade que o legislador não pode abdicar do direito de punir, e, por consequência, da pena como sanção a ser infligida ao réu, é igualmente verdade que ele se preocupou, de vários modos, em fazer com que a execução da pena não se constituísse num fim em si mesma, mas fosse finalista, e, por conseguinte, realizada através de toda uma série de medidas e de procedimentos de tipo ressocializador, ou, como se costuma dizer, reeducativo. O art. 27, da Constituição italiana, promulgada nos primeiros anos do pós-guerra, diz expressamente: "As penas devem tender à reeducação do condenado". Esta ressocialização e reeducação conseguiu alcançar, em muitos casos, a fisionomia de um tratamento terapêutico e, mais precisamente, psicoterapêutico. E é importante relevar que tal tratamento se dirige não tanto aos sujeitos inimputáveis - isto é, aos enfermos ou semi-enfermos de mente -, mas sim, "àqueles declarados, em juízo, plenamente capazes de entender e de querer e, portanto, plenamente imputáveis."

Deve-se dizer que muito tem sido feito, em tal sentido, nas últimas décadas. Na Itália, criou-se uma nova ordem penitenciária, através da qual se procurava dar a máxima importância a tais diretrizes da política criminal. Surgiram também institutos para a observação e tratamento do delinqüente, entre eles, em primeiro lugar, o de Roma-Remibbia. Foram efetuadas numerosíssimas pesquisas científicas, e surgiu uma série de publicações esmeradas e dignas de todo o respeito. Uma importante revista intitulada *Cadernos de criminologia clínica*, tornou-se o órgão científico de direção geral dos institutos de prevenção e pena do Ministério de Justiça italiano. Análogas atividades surgiram em outros países, sobretudo nos países escandinavos (Dinamarca, Suécia, Noruega), na Alemanha, na França, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, e outros.

Durante anos, os resultados de tais pesquisas foram debatidos em toda série de congressos internacionais, sobretudo os promovidos pela Associação Internacional de Direito Penal, pela Sociedade Internacional de Criminologia, pela Sociedade de Defesa Social e pela Fundação Penal Penitenciária, além da Organização das Nações Unidas.

Mas, no decorrer dos anos setenta, tornou-se evidente, como balanço, estarem todas essas tentativas muito aquém das expectativas. Não obstante os esforços empreendidos, o nível da delinqüência, longe de regredir, estava aumentando. Até mesmo onde foram feitas as maiores tentativas terapêuticas, o próprio fenômeno da reincidência não só não diminuiu, como estava aumentando.

Rapidamente, passou-se, então, da euforia para a desilusão. A ideologia do tratamento foi definida por muitos como utopia, a tal ponto que mais de um autor (como Bettiol, na

Itália, e Alf Ross, na Dinamarca), chegavam a falar em "mito da reeducação".

Contrariamente, os defensores da eficácia do tratamento sustentavam que os fracassos deviam ser imputados ao fato de tal tratamento não ter sido aplicado corretamente e com a abundância de meios que se faziam necessários, e que, por consequência, longe de decretar a sua falência, o legislador deveria ulteriormente incentivá-lo.

Resta, todavia, o fato de que, neste ínterim, e não somente por causa deste fracasso, o problema das causas profundas da criminalidade, e, portanto, da procura de meios e de métodos para combatê-la, tem se revelado muito mais complexo e de difícil solução de todo o quanto fora inicialmente previsto.

Ora, é absolutamente justo afirmar que ulteriores esforços devam ser dispensados em tal sentido. É verdade, porém, que boa parte do otimismo e do entusiasmo que por tantos anos sustentaram esta perspectiva especial-preventiva, foi se perdendo. Isto é claramente reconhecível se observarmos a literatura dos países escandinavos, no que respeita ao direito e à criminologia. Mesmo essa literatura, mais do que todas as outras, foi uma entusiasta defensora daquela nova orientação especial preventiva, que criticava de maneira bastante enérgica a tradicional concepção da pena como sanção meramente aflitiva e retributiva.

Uma coisa é, todavia, certa: toda esta vasta experiência não foi inútil. Ela está inevitavelmente destinada a prosseguir no futuro com maior consciência e maturidade, e, sobretudo, com maiores conhecimentos científicos. Estes últimos, na nossa maneira de ver, deverão estar em maior sintonia com os radicais aprofundamentos operados pela psicologia dinâmica, ou do profundo, sobre a psique humana, e principalmente pela psicanálise, de Sigmund Freud. Isto porque um correto e eficaz tratamento sócio-terapêutico não é realizável sem uma adequada consciência da psicologia humana, em toda a sua profunda complexidade.

Deixando de lado o fracasso dos esforços voltados para a prevenção especial, a doutrina, de qualquer modo, tem se certificado de que a ideologia do tratamento não é capaz de dar nenhuma resposta válida e coerente à interrogação "por que se pune?" Como advertiu já no século passado, o nosso grande Francesco Carrara, punir e curar, punir e reeducar, punir e corrigir, são coisas totalmente incompatíveis e contraditórias entre si. Punir quer dizer, de fato, acarretar um mal, uma aflição, um *malum passionis*, enquanto curar, reeducar, corrigir quer dizer exatamente o contrário, isto é, acarretar um bem enorme.

Seja ou não justa a ideologia do tratamento voltado para a prevenção especial eficaz, continua, todavia, sempre aberto o problema do significado e da função da pena. Pode-se curar ou reeducar não obstante a pena, e durante o período em que o sujeito a desconta, mas não se poderá jamais dizer que a pena, de per si, sirva ou possa servir para curar ou para reeducar o condenado.

A doutrina mais moderna e perspicaz terminou por compreender, de modo mais ou menos consciente, esta grave incongruência de fundo. Assim, nos últimos dois decênios, ela propôs novamente este antigo problema.

As soluções que vieram à tona são diversas, e, sob muitos aspectos, voltadas para direções opostas. Houve quem, sobretudo nos países escandinavos, na Alemanha e nos Estados Unidos, tentasse revalorizar a antiga concepção retributiva.

Associando-se a uma série de grandes dogmáticos, como Ernest Beling, Richard Schmidt, Hellmuth Mayer e outros, e inspirando-se sobretudo na psicologia dinâmica ou do profundo, muitos observaram, entre eles Streng, que a pena constitui uma reação de sociedade às suas profundas e inconscientes "necessidades emocionais". Em outros termos, diante de um delito, surge na sociedade uma profunda exigência da represália, voltada a desencadear sobre o réu as cargas agressivas suscitadas pela frustração

derivada do alarme social ou coletivo.

Com essa teoria das necessidades emotivas de punição latentes no âmago da sociedade, a concepção retributiva encontraria, então, uma nova força, e pode, pois, ser chamada de "neo-retributiva". Não se trataria mais de uma exigência abstrata e mecânica de compensar o malum actionis com o malum passionis, como os grandes pensadores - de Platão a Tomaz de Aquino, de Kant a Hegel - teriam configurado a instância retributiva. Tratar-se-ia, ao contrário, de um fenômeno com profundas raízes na natureza humana. Tal fenômeno - por mais que possa parecer irracional e pouco apreciável do ponto de vista ético -, tem uma sua profunda e necessária justificação na Natur der Sache, ou seja, na natureza das coisas.

Todavia, esta solução para o problema do fundamento da pena, voltado para um "revival", o revivamento da retribuição, não satisfaz uma parte considerável da doutrina. O reconhecimento de tais necessidades emocionais de punição não constitui, para aqueles autores, motivo suficiente para que possam aceitá-lo, e, nem tampouco, legitimá-lo. Aliás, argumenta-se que a sociedade deveria se opor a tais exigências inconscientes, exatamente porque são irracionais e não respeitáveis da dignidade humana: o homem - afirma, por exemplo, Eusebi - não pode ser instrumentalizado para a satisfação dessas suas baixas exigências. De qualquer maneira - insiste Dolcini -, ainda que a consciência social aceitasse incondicionalmente tais exigências, nem por isso o legislador deveria fazer outro canto. Aliás, seria seu dever controlar e reprimir as mesmas o mais possível, em nome de superiores instâncias ético-jurídicas.

Apesar disso, tais críticas estão bem cientes de que, se por um lado rejeita-se a concepção retributiva por ser cruel e desumana, ainda que iluminada pela nova ética psicológica, por outro não é nem mesmo possível aceitar, sic et simpliciter a explicação geral-preventiva do punitur ne peccetur, fundada na força ameaçadora da sanção penal. E, na verdade, sempre válida a objeção de Kant segundo a qual, se a razão da pena consiste em impedir, através da ameaça, que outros membros da sociedade caiam no delito, e não acaba-se por instrumentalizar - em função desta ameaça - o sujeito sobre o qual recai o castigo. Com certeza, como disse Hegel, a teoria da prevenção geral por meio de ameaça considera o homem "como quando se levanta um bastão contra um cão", e, portanto, "a pessoa ao invés de ser respeitada, é tratada exatamente como se trata um cão". Do momento em que o homem é fim de si mesmo, ele não pode se tornar nem objeto, nem meio ou instrumento para a realização de outras finalidades, a ele estranhas. Nisto reside o grande ensinamento contido no imperativo categórico de Emmanuel Kant.

Então, é certo que a doutrina, como foi vista anteriormente, não pode se refugiar na solução especial-preventiva representada pela ideologia do tratamento. É também verdade, porém, que se de um lado esta rejeita a concepção retributiva, não pode, por outro, nem mesmo acolher a clássica concepção geral-preventiva no sentido da ameaça.

Neste ponto, uma cômoda solução foi recentemente apresentada por aqueles que criticaram a nova concepção retributiva, ou "neo-retributiva", em favor de uma diferente, nova concepção de prevenção geral.

Assim, na Alemanha, Roxin, Hassemer, Jakobs e outros, e, na Itália, Mario Romano, Pagliaro e outros, distinguiram a clássica prevenção geral ameaçadora ou negativa, de um diferente tipo de prevenção geral, agora chamada positiva ou integradora.

Segundo tal perspectiva, a pena exerce função de prevenção geral não só quando opera negativamente, através de ameaças coercitivas, mas também quando - pelo simples fato de ser infligida, após a primeira fase da cominação - reforça ou consolida o sentimento coletivo de confiança na autoridade do Estado e na eficiência da ordem jurídica.

Também sob este aspecto não faltou um aprofundamento de tal perspectiva à luz da psicologia dinâmica, ou do profundo. Isto foi sobretudo mérito de Haffke, com seu

importante livro intitulado *Tiefenpsychologie und Generalprevention*, publicado em 1976.

Foi, enfim, "descoberto" que a pena, além dos efeitos negativos-defensivos da aflição e da ameaça, tem também outros efeitos do tipo positivo-construtivo. Isto enquanto exerce a função de sustentar e considerar a consciência social, mediante a satisfação ou "reintegração" do sentimento comum de justiça. Em outras palavras, a pena reforça nos cidadãos uma atitude durável de fidelidade à lei.

Em síntese, a função geral-preventiva da pena no sentido positivo ou integrador, consistiria essencialmente em manter o sentimento de justiça, e, desse modo, a atitude de fidelidade à lei por parte da sociedade. Não seria necessário, assim, voltar-se para uma nova concepção retributiva para dar uma justificação à pena.

Pois bem, deve-se reconhecer a verdade que há em tudo isto. A pena - vista segundo a psicologia da sociedade ao invés da ótica do delinqüente - realiza efetivamente uma grande função, a de assegurar aquele profundo equilíbrio intrapsíquico entre as forças dos instintos. Em outros termos, a pena satisfaz a suprema exigência de defender a ordem interior, antes mesmo daquela exterior, impedindo assim que, da falta de controle destas forças dos instintos, não surja o caos da vida psíquica, seja ela individual ou coletiva. É verdade, no fundo, que essas supremas exigências de defesa da ordem interior não satisfeitas pela pena através da conservação e da consolidação de sentimentos fundamentais relativos aos valores, quais sejam: a consciência ética, a justiça, a fidelidade à lei, à autoridade do Estado, à segurança da ordem jurídica.

Tal afirmação é, portanto, exata. Mas o erro dos autores da chamada prevenção geral integradora ou positiva consiste em atribuir tudo isto à função geral preventiva da pena, quando, na nossa maneira de ver, trata-se simplesmente dos efeitos típicos da função retributiva, exatamente conforme a ótica da concepção clássica, iluminada pela visão psicodinâmica neo-retributiva. Em outras palavras, o erro daqueles que criticam a concepção retributiva ou neo-retributiva da pena, consiste em atribuir a ela uma dimensão distorcida e extremamente restritiva.

É precisamente o conceito de retribuição que apresenta, de facto, sempre, uma dupla dimensão: negativa e positiva. Retribuição não é sinônimo de sádico desabafo de instintos agressivos, sic et simpliciter, e nem é necessariamente sinônimo de retorsão, ou vingança a fim de si mesmo. Não é nem mesmo uma resposta à exigência meramente abstrata e mecânica para compensar ou nivelar um *malum actionis* com um *malum passionis*. Essa interpretação negativa do clássico pensamento é, repetimos, profundamente distorcida e restritiva, e ofende a idéia inspiradora que residia na mente e no coração daqueles grandes escritores "retribucionistas", tais como Platão, Dante Alighieri, Tomaz de Aquino, Leibniz, Kant, Vico, Hegel etc., para nos limitarmos aos pensadores não-juristas. É equivocado pensar-se que todas estas inteligências conceberam a pena simplesmente como pública vindicta e, portanto, limitaram-se a entendê-la como mero desabafo das exigências emotivas intra-psíquicas de punição por parte da sociedade. Se olharmos bem as suas obras, veremos que foram justamente eles que conceberam a pena em função da realização, e, portanto, da consolidação e do reforço dos sentimentos profundos de justiça, e, por consequência, dos sentimentos de fidelidade à lei e à ordem constituída.

Em outros termos, não é de "prevenção geral integradora" que se deve propriamente falar, mas sim, de retribuição integradora, ou melhor, de restituição do significado positivo e construtivo que sempre foi próprio da clássica idéia retributiva. A prevenção geral não é outra coisa que prevenção de futuros delitos; mas esta prevenção não é senão um "efeito induzido" da retribuição: efeito negativo de aflição e efeito positivo sobre o sentimento coletivo de justiça.

Feita esta importante retificação e reintegrando, assim, a clássica concepção retributiva no seu significado mais profundo, é necessário examinar, a esta altura, se em tal concepção clássica, considerada à luz da moderna psicologia dinâmica ou do profundo,

pode-se encontrar uma justificação criminológica ainda mais correta e persuasiva.

Temos como de ponto de partida, a concepção hegeliana da chamada retribuição jurídica. Hegel diz que a pena é "a negação da negação" representada pelo delito, ou, mais precisamente, que die Strafe ist das Aufheben des Verbrechens das sonst gelten würde, und ist die Wiederstellung des Rechts, isto é, "a pena é a remoção do delito e, de tal modo, a reconstituição do direito". Pois bem, o que significa esta misteriosa afirmação?

Parece-nos que, revendo-a à luz da atual ótica científica, esta afirmação pode ser assim ulteriormente traduzida, em termos modernos de psicologia dinâmica ou do profundo: "a pena serve para remover do campo da consciência o turbamento, isto é, o alarme social provocado pelo fato delituoso, com a conseqüente reconstituição do equilíbrio intra-psíquico, quer individual, quer social, ou seja, da ordem coletiva, e, portanto, da ordem jurídica constituída."

É ao próprio Hegel que devemos a máxima expressão filosófica da concepção retributiva (retribuição jurídica). Esta foi uma intuição genial, que nos oferece, agora, a chave para a solução "moderna" do problema do fundamento da pena.

O mecanismo pelo qual a sociedade inflige um sofrimento, ou seja, um malus passionis a quem tenha cometido um malus actionis, não tem a finalidade voltada para si mesmo; nem tampouco deseja satisfazer necessidades emocionais de punição, entendidas no baixo sentido de necessidades sociais de vingança, mas exerce uma função muito mais profunda e construtiva no âmago da psique humana. Este exemplo trazido da vida social pode ser muito útil para a compreensão do fenômeno.

Na Itália, e acredito que também em muitos outros países, existe até hoje a tradição - embora vá perdendo a sua força -, de jogar para fora da janela, à meia noite da festa de São Silvestre, os objetos velhos e inúteis. Que função intra-psíquica possui esta tradição? Simplesmente aquela de remover de modo definitivo do campo da consciência, e com isso da própria memória, todos os episódios "ruins" e suas conseqüências negativas que perturbaram o equilíbrio intrapsíquico durante o decorrer do ano velho que está por terminar. Diz-se de fato: "Ano novo, vida nova".

Pois bem, a pena age no íntimo através de um mecanismo de regeneração e de reequilíbrio, que é substancialmente o mesmo acima descrito. O delito, com o seu conseqüente alarme social, perturba o equilíbrio ínsito na consciência coletiva. Eis, então, que intervém a pena para reconstituir este equilíbrio neutralizando os efeitos do delito, e, com isso, o perigo do desequilíbrio e da conseqüente ruptura da ordem interior. Tal neutralização intrapsíquica não é senão um dos fundamentais mecanismos de defesa do Eu, voltado às finalidades sadias e vitais, a tal ponto que, sem ele, a vida do homem seria impossível: exatamente o mecanismo que a psicologia dinâmica costuma chamar de remoção (em alemão, Verdrängung). Punindo o delinqüente, o delito é, por assim dizer, eliminado da consciência, e, por conseguinte, da lembrança coletiva.

As conclusões a que chegamos são, em síntese, as seguintes: é um erro considerar a consolidação e o reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e de consciência jurídica coletiva, como objetivos finais da pena na concepção de prevenção geral. Devemos, aliás, considerá-los como "efeitos induzidos", ou seja, indiretos, da função retributiva da pena. Sim, esta função deve ser considerada no sentido de satisfação das necessidades emocionais da união; isto, porém, é uma satisfação que não tem a finalidade em si mesma mas que visa ao mais profundo mecanismo de defesa do Eu individual e social. Mais exatamente podemos dizer que é uma exigência de neutralizar, isto é, de remover os efeitos da perturbação do equilíbrio intrapsíquico coletivo, e, conseqüentemente, do alarme social causado pelo fato criminoso na consciência coletiva.

É justamente através deste mecanismo de neutralização, ou de remoção do alarme social, ativado com a punição do réu, que se alcançam os efeitos da consolidação e

reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e da consciência jurídica coletiva.

A pena é integradora, ou melhor, reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva, somente quando for considerada em função retributiva, ou seja, como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade. Se perder de vista este necessário significado de decorrência de um malum actionis, considerando, assim, a pena unicamente como um instrumento de política criminal, então, não mais será possível conseguir a já descrita neutralização do alarme social, nem, por conseguinte, a reconstituição do equilíbrio intrapsíquico individual e coletivo. Conseqüentemente, nem o sentimento de justiça e nem a consciência jurídico-social encontrarão a necessária satisfação e consolidação.

Existe, hoje, uma tendência cada vez mais acentuada na doutrina alemã e italiana, de abandonar os tradicionais esquemas dogmáticos, baseados no princípio fundamental de culpabilidade, ou seja, de responsabilidade ético-jurídica. Seja a teoria do crime, seja a da pena, são hoje reconstruídas por autores como Roxin e Jacobs, segundo significados pragmáticos, unicamente orientados e preocupados em soluções de política criminal. A justificação da pena no quadro da prevenção geral integradora - que aqui examinamos e criticamos - é, exatamente, um dos tantos frutos - o mais evidente, mas também o mais capcioso - desta nova concepção da dogmática criminal. Através da demonstração de sua inconsistência e de sua esterilidade justamente no plano dos efeitos práticos, acreditamos ter oferecido uma contribuição central na defesa da perspectiva dogmática tradicional.

Deveria ficar claro para todos que, negando-se a natureza retributiva da pena, nega-se que a culpabilidade reside na base da responsabilidade penal.

Se, além disso, se atribuir ao conceito de culpabilidade um significado diferente daquele tradicional, que é o de "reprovabilidade, por ter agido diversamente de como se deveria", então não mais se conseguirá discernir qual a pena justa, isto é, capaz de compensar o mal cometido. Termina-se por não se entender o que é exatamente a pena.

Finalmente, se não se basear a pena na culpabilidade, então não se compreenderá mais qual é o próprio fundamento do conceito de crime, desde que o fato cometido pelo sujeito não é culpável - enquanto não-imputável - puder, afinal, ser considerado um puro ilícito administrativo.

Chegar-se-á, portanto, a estas inaceitáveis conseqüências se conceber-se a dogmática penal em base não mais ontológica, mas somente de política criminal, renunciando à idéia de retribuição para fundamentar a pena exclusivamente no objetivo de prevenção geral.

* Conferência proferida na Escola do Ministério Público do Estado de São Paulo, cuja redação foi revista pelo Prof. Dr. José Henrique Pierangeli.