

PUNIÇÃO, VINGANÇA E MAIORIDADE PENAL

ROGÉRIO DONNINI

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da PUC-SP, da Escola Paulista da Magistratura e da *Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*, Itália. Titular da Cadeira n. 73 da Academia Paulista de Direito, da qual foi presidente. Advogado e parecerista.

A noção de punição, do latim *punitio*, está relacionada a castigo, privação, pena. Há três sentidos ou justificativas para a ideia de pena: ordem de justiça; salvação do réu; e defesa da sociedade¹. O primeiro sentido (ordem de justiça), idealizado por Aristóteles, está centrado na noção de que a pena seria o restabelecimento da justiça, o que seria, bem de ver, uma oposição à *lei de talião*, vale dizer, o ofensor não deveria suportar o mesmo mal que praticou ao lesado. Portanto, a pena agiria como equilíbrio, pois inexistiria uma relação de igualdade entre o dano e o direito, mas seria função do magistrado diminuir a vantagem obtida pelo lesante mediante a fixação de uma punição, restabelecendo, assim, a igualdade².

O segundo sentido (salvação do réu) pode ser verificado, entre outros, em Platão, segundo o qual é melhor sofrer a injustiça que praticá-la. Para uma pessoa que cometeu uma injustiça, o mais adequado seria submeter-se a uma punição³. Na mesma direção Hegel assevera que a pena ou repressão não seria apenas a conciliação da lei consigo mesma, mas também a reconciliação do agressor com a lei por ele conhecida e válida para o proteger que, como consequência, encontra a satisfação da justiça⁴.

¹ Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 873.

² Aristóteles, *Ética a Nicômaco* (V. 4, 1132 a 5), tradução de Pietro Nasseti, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 110.

³ Platão, *Górgias*, tradução de Manuel de Oliveira Pulquério, Lisboa: Edições 70 Lda., 7ª edição, 2011, 480 b, p. 114.

⁴ Hegel, G.W.F., *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução de Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 2003, § 220, p. 196.

A terceira justificativa (defesa da sociedade) encontra-se no fato de que a pena seria um incentivo à conduta correta e impediria o agressor de continuar a causar danos a outrem⁵.

Com certeza a ideia de punição está diretamente relacionada a uma ordem de justiça. Embora a noção do justo esteja muito mais próxima de algo incerto do que certo⁶, deparamo-nos normalmente com essa noção quando nos é apresentada uma situação de injustiça⁷, a exemplo do que sucede com a dignidade humana, que se evidencia em uma situação indigna da pessoa humana. Em sendo assim, se alguém comete uma infração penal, é justo que seja punido em uma das formas estabelecidas em lei (privativa de liberdade, restritiva de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos⁸).

A punição adequada, proporcional, do ofensor significa para a vítima e para a sociedade uma resposta, verdadeira reação e conforto. Essa sensação não é muito diversa da vingança, considerada esta não em seu sentido primitivo (vingança coletiva e, posteriormente, vingança privada, pela Lei de talião), destrutivo, mas vinculada à ideia de justiça, na represália ao ato criminoso⁹ no momento da fixação e cumprimento da pena. Tem, portanto, o significado de uma “vingança” a cargo do Estado, como reparação, sem a significação de que o lesante deva suportar o mesmo mal que causou.

A “salvação do réu” (segunda justificativa) não nos parece que se coadune com o momento atual em que vivemos em nosso País, visto que em uma sociedade em que a educação há várias décadas foi marginalizada e desprezada ou mesmo desconhecida a noção de moral, poucos são os casos em que deve existir essa reconciliação do lesante com a lei.

⁵ Aristóteles, ob. cit., p. 234, aduz: “Com efeito, o homem comum não obedece por natureza ao sentimento de honra, mas unicamente ao medo, e não se abstém de más ações porque elas são ignóbeis, e sim por temer o castigo.”

⁶ Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Estudos de Filosofia do Direito - Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, 2009, p. 168 e s.

⁷ Segundo Arthur Schopenhauer in *O Mundo como Vontade e como Representação*, tradução de Jair Barboza, São Paulo: UNESP, 2005, p. 434, o conceito de justiça é originário e positivo, enquanto seu oposto, a justiça, derivado e negativo. Portanto, não sealaria em Direito se inexistisse injustiça.

⁸ Cf. art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

⁹ Friedrich Nietzsche, *Escritos sobre Direito*, tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 3ª edição, 2014, p. 72.

A defesa da sociedade (terceiro sentido) é, sem dúvida, uma justificativa válida mas, entre nós, ineficaz, uma vez que os índices de criminalidade demonstram inexoravelmente que a população se encontra há decênios indefesa, à espera de uma solução ou, de maneira mais realista, aguardando um decréscimo acentuado dos crimes praticados.

Em verdade, vivemos no Brasil uma guerra civil¹⁰ e as penas previstas em lei não mais obstam ou são insuficientes para se impor um freio à atividade criminosa. Posto a ideia exata de conflito bélico¹¹ seja uma luta armada entre grupos ou facções, dentro de um mesmo Estado, em nosso País, há mais de trinta anos, estamos a viver uma guerra civil à brasileira, pois, embora não existam conflitos étnicos, políticos, religiosos ou qualquer pretensão de separatismos regionais, há uma quantidade inadmissível de crimes cometidos contra a vida, sem falar do número inaceitável de delitos contra os costumes, contra o patrimônio, contra a administração pública, entre muitos outros.

No que tange apenas aos homicídios, o número supera conflitos bélicos no restante do mundo¹². Se não bastasse essa triste constatação, segundo a ONU, 10% de todos os homicídios no planeta foram cometidos no Brasil (56.337 mortes), no ano de 2012¹³. Diante do número de mortes em razão desse crime, a cada 10 minutos morre uma pessoa em nosso País, vítima dessa gravíssima infração penal. Nos últimos 30 anos foram registrados um milhão e cem mil mortes. Ressalte-se que, segundo dados do IBGE (2010), apenas 13 cidades no país têm população superior a esse número de mortes: São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Brasília, Fortaleza, Belo Horizonte, Manaus, Curitiba, Recife, Porto Alegre, Belém, Goiânia e Guarulhos. Não estão computados nesse índice, obviamente, latrocínios, extorsão qualificada pela morte, lesões corporais seguidas de morte, entre outros delitos.

Com relação aos crimes contra o patrimônio, a situação da violência no Brasil não é menos catastrófica, uma vez que é notório o despreparo, descaso e omissão do Poder Público na área de segurança, visto que inexistente uma

¹⁰ Rogério Donnini, *Guerra civil à brasileira*, in Revista da Academia Paulista de Direito n. 5, jan/jun de 2013, São Paulo: Editora Fiuza, p. 183/188.

¹¹ Diante das muitas guerras internas na República Romana (509 a.C. a 29 a.C.) é que foi criado o termo *bellum civile*, que se caracterizava pela luta armada entre grupos em um mesmo Estado.

¹² http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/12/111214_mapaviolencia_pai.shtml

¹³ <http://nacoesunidas.org/onu-50-mil-pessoas-foram-assinadas-no-brasil-em-2012-isto-equivale-a-10-dos-homicidios-no-mundo/>

polícia científica adequada, um serviço de inteligência apropriado, tampouco uma polícia preventiva eficiente. O Estado descumpra a Constituição Federal, quando esta impõe, entre os direitos sociais, a segurança (art. 6º), além do art. 144, que estabelece ser a segurança pública um dever do Estado, que deve preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Nada disso é realizado pelo Estado e não há uma política nacional de combate à criminalidade.

O abandono da população brasileira é patente, em todo o território nacional, nas grandes e pequenas cidades ou no campo, onde as pessoas estão obrigadas, cada vez mais, a se refugiar dos criminosos em seus lares e locais de trabalho, obedecendo a um toque imaginário ou real de recolher, ao lado do absoluto desprezo, incompetência, ignorância ou interesses escusos de nossos governantes, nas esferas federal, estadual e municipal, embora esta última seja indiretamente responsável pela insegurança social. A população está indefesa, assistindo à barbárie diária e presenciando um número crescente de crimes e atos infracionais.

O Estado brasileiro, ciente de sua inoperância e incompetência, nada ou pouco faz para melhor esse quadro desesperador e inaceitável. As vítimas ou suas famílias, por outro lado, são ignoradas, na medida em que não há qualquer política de apoio financeiro ou psicológico de um sistema falido de segurança pública.

Se não bastasse esse estado calamitoso da segurança pública no Brasil, existe um entrave de difícil transposição, visto que, se o ser humano é conservador por natureza, a classe jurídica nacional é, salvo raríssimas exceções, ultraconservadora, tem verdadeira aversão ao novo, à criação de soluções próprias ou inéditas, sem a cópia de ideias, normalmente da Europa, que, muitas vezes, não se coadunam com a nossa realidade.

Em verdade, muitas e complexas são as causas da insegurança nacional, a começar pela divisão entre as polícias (civil e militar). Como pode ser eficaz uma polícia com diferentes comandos e formação diversa? O que se pode esperar da cisão nas polícias militar e civil entre repressão e investigação (quem reprime não investiga e vice-versa)? No âmbito federal, nossas fronteiras são praticamente livres para a entrada de drogas e armas. Nossos códigos (Penal e de Processo Penal) e muitas leis esparsas estão

desatualizados e não mais coíbem a prática criminosa. Não há uma mera sensação de impunidade. Há, bem de ver, evidente impunidade.

Diante desse quadro desalentador, a cada crime cometido no país com perversão incomum e assustadora, aparece um novo debate sobre o modelo por nós adotado de segurança pública, regime de penas, estado lastimável das prisões etc. Passado o momento agudo da indignação da população ante a flagrante inoperância do Poder Público, normalmente duas situações sucedem: ou é elaborada uma lei penal para regular um caso específico de grande repercussão ou tudo volta à normalidade, vale dizer, uma vida sem qualquer proteção do Estado. Atualmente o tema em foco diz respeito à maioria penal.

Qualquer discussão a respeito das causas da criminalidade é salutar para que possamos ao menos minorar a quantidade de delitos. Contudo, na verdadeira guerra que estamos a vivenciar, há que se impor uma atitude imediata para que milhões de pessoas não tenham suas vidas tolhidas nas próximas décadas, com consequências danosas incalculáveis para toda a sociedade.

Nos anos 1980, o índice de criminalidade já era exponencial e os argumentos para patamares incompatíveis com o denominado *mundo civilizado* eram os seguintes: a) todos nós seríamos responsáveis por essa situação; b) os criminosos seriam vítimas da sociedade; e c) quando o país crescesse e se desenvolvesse, tornando-se menos pobre, haveria uma melhor distribuição de renda, o que diminuiria a criminalidade. O certo é que o país evoluiu consideravelmente nos últimos 20 anos, nos planos social e econômico e, mesmo assim, a criminalidade aumentou e continua a aumentar sobremaneira, o que demonstra que esse diagnóstico foi absolutamente infundado.

Sem dúvida alguma, é extremamente complexa a tarefa de apontar as causas da criminalidade, mesmo porque os fatores são diversos (antropológicos, sociológicos, econômicos etc.), mas é imperioso considerarmos, além daqueles usualmente designados (educação, desigualdade social e econômica, polarização de rendas etc.), a revolução tecnológica comunicacional dos últimos anos que possibilitou, com facilidade, localizar as possíveis vítimas e bens, informações que até então eram de difícil obtenção, além do aumento do tráfico e consumo de drogas e a ausência do

Estado em muitos locais, onde vivem milhões de pessoas, abandonadas à própria sorte, além de presídios que violam a dignidade da pessoa humana.

As causas da criminalidade, como dissemos, são muitas, porém não há explicação satisfatória a respeito da perversidade dos crimes cometidos por maiores ou menores de idade. Essa situação, que parece insanável e é cada vez maior, causa perplexidade, revolta e indignação. De qualquer forma, crimes considerados hediondos cometidos por pessoas normais ou com patologias, requerem o afastamento do delinquente, seja ele penalmente responsável ou não, do convívio social por muito mais tempo, sem qualquer progressão de pena. Não tem cabimento um menor homicida passar um breve período afastado, assim como não tem qualquer sentido um maior de idade cometer um ato contra a vida de outrem, confessar o crime e aguardar em liberdade o julgamento.

Se o Estado omissivo permite que o sistema prisional seja uma masmorra e *escola do crime*, com poucas chances de reabilitação, não pode a sociedade continuar a conviver com essa situação de *guerra*, com vidas e famílias destruídas, além do considerável aumento de estupros, arrastões, roubos e sequestros. É uma questão de priorizar a preservação da vida, função primordial do direito e dever essencial do Estado. Não há entre nós mera sensação de impunidade, mas a certeza de que as penas privativas de liberdade são brandas, que não mais desestimulam a atividade criminosa e dão a certeza inabalável de que o crime compensa.

O discurso do conformismo para aqueles que nada querem mudar é inaceitável, haja vista que essas pessoas têm verdadeira aversão a tudo o que é novo. Sustentam, assim, que a modificação da maioria penal é cláusula pétrea e a progressão do regime de penas um direito intransponível. Até quando presenciaremos essa guerra civil à brasileira? Esperar que nossas prisões ou centros socioeducativos sejam postos de excelência na reabilitação daqueles que cometem atos infracionais ou crimes, que nossa sociedade seja realmente solidária, educada e justa? Talvez isso leve séculos ou jamais suceda. O que fazer?

Diminuir a maioria penal não trará a solução de um problema dessa magnitude. Ao contrário. Pode até agravá-lo, uma vez que não podemos esperar que nosso Estado omissivo e falido faça, em curto espaço de tempo,

prisões adequadas e dignas que, efetivamente, possam reabilitar um número considerável de criminosos. Todavia, considerar que hoje uma pessoa aos dezesseis anos de idade não tem discernimento suficiente ao cometer um grave delito é imaginar que estamos a viver, no mínimo, há cem anos. Desta forma, sem desprezar os inegáveis avanços e a proteção trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), alguma mudança tem de existir, em especial no tempo de internação para o menor infrator. Há, ainda, a possibilidade de se alterar a legislação, para que um perito (médico) verifique se o menor entre 16 e 18 anos de idade que cometeu um crime (ou ato infracional) tem ou não condições mentais para responder pelos seus atos. Em caso positivo, seria ele considerado penalmente responsável.

O argumento de que a atual legislação não deve ser modificada em razão dos poucos crimes (ou atos infracionais) de natureza grave cometidos por menores é inadmissível, visto que como seria explicado para a família de uma vítima que teve um ente querido morto por um penalmente irresponsável que a sua punição é suave ou tem pouquíssima duração porque há poucas situações dessa natureza?

A tolerância no Brasil com o crime é notória, pois argumentos desatualizados como “a certeza da punição, mesmo que branda, inibe o criminoso” ainda prevalece nos meios jurídicos. O fato é que o criminoso, na maioria das vezes devidamente interligado à Internet e ciente de sua conduta, há bastante tempo sabe que a duração de sua eventual pena não será longa e que a prática criminosa pode ser interessante. Se a punição é leve e o risco de ser encontrado pequeno, a atividade criminosa compensa, mesmo porque a população apavorada e indefesa agradece ao delinquente se sua vida é preservada.

A tentativa de minorar a grave situação que vivemos passa necessariamente por uma transformação radical na sociedade, na busca de um comportamento ético, na ação com *correttezza* (correção). Embora seja fundamental a preservação do princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo), bem como o direito do réu ao silêncio¹⁴, garantias constitucionais indispensáveis, entre outras, não é crível

¹⁴ CF, art. 5º, inc. LXIII.

que nossa legislação permita ao ré o direito de mentir e muito menos ao prisioneiro o direito de fugir.

Se viver na contemporaneidade é um risco, diante das novas tecnologias que podem lesar um número considerável de pessoas¹⁵, com certeza é muito mais arriscado viver no Brasil, onde a vida humana nunca teve grande valor, mas que agora depende apenas da clemência ou não dos criminosos. Esse fato demonstra o início da ruptura do estado democrático de direito, uma vez que o Poder Público sucumbe, a cada dia, a um estado paralelo do crime, muitas vezes desorganizado, mas crescente, pois vale a pena agir assim.

A situação é desigual, injusta e perversa, haja vista que as vítimas, desarmadas, estão de um lado, desprotegidas, abandonadas, sem qualquer chance de reação ou proteção, e de outro lado os criminosos, cada vez em número maior, a aterrorizá-las. O anseio da sociedade por dias melhores, sem essa guerra civil que estamos a suportar será um *vox clamantis in deserto*? Quem sabe o Estado falido ou, mais precisamente, morto moralmente, ressuscite e nos dê alguma esperança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti, São Paulo: Martins Fontes.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* (V. 4, 1132 a 5), tradução de Pietro Nassetti, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade*, tradução de Sebastião Nascimento, São Paulo: Editora 34, 2010.

DONNINI, Rogério. *Guerra civil à brasileira*, in Revista da Academia Paulista de Direito n. 5, jan/jun de 2013, São Paulo: Editora Fiuza, p. 183/188.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito - Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, 2009.

¹⁵ Ulrich Beck, *Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade*, tradução de Sebastião Nascimento, São Paulo: Editora 34, 2010.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução de Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 2003, § 220, p. 196.

NIETZSCHE, Friedrich. *Escritos sobre Direito*, tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 3ª edição, 2014.

PLATÃO. *Górgias*, tradução de Manuel de Oliveira Pulquério, Lisboa: Edições 70 Lda., 7ª edição, 2011.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como Vontade e como Representação*, tradução de Jair Barboza, São Paulo: UNESP, 2005.