AFINAL, PARA QUE SERVE A PENA? A TRAGÉDIA DA AUTORIDADE?

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo*

RESUMO: O texto pretende fazer a crônica da tragédia da autoridade. Para tanto, o texto toma como ponto de partida o problema do direito de punir da autoridade. Afinal, o ato de punir é um grande desafio à manutenção de toda e qualquer autoridade.

PALAVRAS-CHAVE: Sanção. Autoridade. Legitimidade.

1 AS TENTATIVAS DE RESPOSTA

Esta pergunta, ao longo da história, já recebeu, como se sabe, muitas respostas. Há quem diga que a pena tem por finalidade a retribuição. Há os que dizem que ela objetiva a prevenção de futuros delitos. Entre esses, há os que asseguram que ela se presta a reintegrar o condenado à sociedade. Sem falar naqueles que afirmam, com toda segurança, que ela serve para intimidar a sociedade como um todo e que, por isso, utiliza o condenado como exemplo. Há, ainda, aqueles que afirmam que ela se destina tanto a retribuir como a prevenir. Existem, também, os que asseveram que ela serve para garantir ao condenado um mínimo de direitos durante o cumprimento da pena. Mas, afinal, para que ela serve?

Há quem afirme que ela serve para orientar a sociedade, uma vez que indica os comportamentos permitidos e os proibidos. Há quem jure que ela serve para intimar o autor do delito. Há, também, aqueles que afirmam, categoricamente, que ela se destina a restabelecer a confiança depositada na norma jurídica. Como se não bastasse todas essas respostas, há, ainda, aqueles que sustentam que ela se destina a aplacar o clamor social. Mas há, também, os que dizem que ela se presta a fazer justiça. Com o que não concordam outros mais céticos, que preferem defender que ela serve para oprimir as classes sociais menos favorecidas economicamente. Ao que, outros respondem que ela, na

* Professor-assistente da Faculdade de Direito da UFBA junto à cadeira de Teoria do Direito.

verdade, se presta a "tratar" os indivíduos perigosos. Mas, finalmente, para que serve a pena?

E será que a pena, o castigo, a sanção tem uma finalidade? Será? Como se viu, muitos, muitos autores já tentaram responder esta pergunta. Mas, por favor, me perdoe pela insistência, nada quero insinuar com esta repetição de perguntas, mas será que a pena tem uma finalidade? Será que ela é um meio para alcançar um determinado objetivo? Ou será que ela não teria fim? E será que há fim? Ou o fim, na realidade, é apenas o meio? Nem o começo, nem o próprio fim, mas apenas o meio? Afinal, "no princípio existia o verbo, e o verbo estava com Deus, e o verbo era Deus. Ele estava no princípio com Deus. Todas as coisas foram feitas por ele; e sem ele nada foi feito."[1]

2 UMA NOVA POSSIBILIDADE DE RESPOSTA?

Como toda pergunta exige uma tentativa de resposta, e como diversas tentativas já foram feitas ao longo do tempo, será que seria inteligente enveredar pelo mesmo caminho? Será que o caminho é a trilha de tijolos amarelos que leva ao Mundo Fantástico de Oz?[2] Será que há caminho? Ou será que a ideia de que há um caminho não é mais uma das tentações que Mefistófeles coloca no caminho de Fausto?[3] Que Deus é esse, vingativo e ardiloso, que a todo o momento coloca a sua criatura, o seu filho, diante da maçã vermelha e aos cuidados da serpente? Será, então, que o caminho para esta pergunta, ou para qualquer pergunta, é tentar respondê-la? Ou será que este caminho, não é, em verdade, um labirinto, a penitência imposta a Sísifo por Hades por ter tentado lhe enganar?[4]

Se desse ouvidos ao discurso do bom samaritano, aquele que prescreve que "amai-vos uns aos outros, como vos amei", seria tentado, agora, neste momento, a afirmar que a pena, o castigo, a penitência, se presta, em realidade, a alcançar uma determinada finalidade, a de ressocializar o condenado. Mas como a ingenuidade é amiga da trapaça, já não cometo o erro de Abraão, que deu atenção às palavras desse Deus "misericordioso". E é por esse motivo, mas não apenas por ele, que desconfio que a verdadeira finalidade da pena, se é que ela tem uma, é levar o pecador a reincidir. Afinal, não haveria melhor maneira de manter o herege sobre controle, pois se puni-lo uma vez

é uma grande demonstração de força, induzi-lo a pecar novamente, por "livre e espontânea vontade", é a estratégia ideal para perpetuar o castigo. Foi, por isso, aliás, que o sermão do "livre-arbítrio"[5] foi criado, para permitir que o pecador se sentisse culpado. E, uma vez culpado, reconhecesse a autoridade do Padre em penitenciá-lo, tornando-se dependente dele. Estava criado o mistério da autoridade. Ou, como preferem os beatos: eis o mistério da fé!

Mas, enquanto o enigma não é desvendado, a primeira reação do servo é dizer: – Senhor, eu não sou digno que entreis em minha morada, mas dizei uma só palavra e eu serei salvo[6]. Contudo, o que é ser salvo? É resgatar o pecador do mundo das trevas? Ou seria atravessar o rio Aqueronte, junto com Virgílio, no barco de Caronte?[7] Ser salvo é conhecer o inferno, estando vivo, e retornar para contar a história? Ser salvo é atravessar os nove círculos do inferno e ser apresentado a Deus graças à intervenção de São Bernardo junto à Virgem Maria? Ou, em lugar disso, ser salvo seria está eternamente condenado a pecar? Afinal, só se salva quem um dia pecou. E quem nunca pecou que atire a primeira pedra! Mas, quem define o que é pecado? Quem define a indulgência para que o pecador possa entrar no reino dos céus? O problema do pecado não é o pecado. Nem tampouco a penitência que será dada pela autoridade. O verdadeiro problema é a salvação. E quem nos salva dos homens de boa vontade?

Logo, se alguém é salvo, a pergunta não é: como é possível se salvar? Nem, muito menos, se existe salvação, afinal promessas não deixam de serem promessas, caso não sejam cumpridas. Toda norma – moral, jurídica, ou religiosa –, é uma promessa. A promessa de que uma expectativa de comportamento será estabilizada. Mas, qual seria, então, a pergunta? A pergunta é a mais elementar de todas: quem se salva? Quem se salva de quem? Seria o mortal que se salva do tártaro? Seria o delinquente que se salva da penitenciária? Seria o Cristo que se salva do peso da cruz? Será? Ou, na verdade, seria o carrasco que se salva da vítima? O Deus que se salva dos mortais? O grande Zeus que se salva da ira de seu pai, Cronos? Será? Não sei. O certo é que em toda oração há um testemunho de obediência, assim como em toda pena há um reconhecimento de culpa, uma oportunidade para o batismo dos pagãos, uma chance para evangelizar os infiéis, um momento para converter o súdito em delinquente. Não para converter o delinquente. Mas, sim, para

convertê-lo em delinquente. Eis o cordeiro de Deus que tira o pecado do mundo!

3 O PROBLEMA DA RESPOSTA

Mas não se deixe encantar pela possibilidade dessa resposta: de que a pena tem como finalidade a reincidência do delinquente. Ela é só uma resposta. Mais uma resposta. E não, e nem nunca será, a resposta. Toda resposta é apenas uma tentativa de decidir uma questão, de tranquilizar o espírito dos beatos da resposta e dos pecadores que perguntam, de aplacar a insegurança colocada pela dúvida, mas não é a solução. A resposta não dissolve a interrogação, apenas a coloca sobre controle, neutraliza. Logo, a resposta, para ser uma boa resposta, precisa convencer a todos; auditório e palestrante. Precisa persuadir tanto a quem faz a pergunta como a quem dá a resposta. Precisa ser convincente tanto para quem está questionando a autoridade quanto para a própria autoridade que acredita na sua resposta. Como se vê, o segredo de toda resposta é ter a capacidade de despertar a confiança dos crédulos. E, talvez, a igreja com maior número de fiéis seja a igreja castradora da razão moderna. A igreja que prometeu ao povo do Egito a terra de Canaã. Uma terra nunca encontrada.

O certo é que o maior desafio de qualquer resposta, não é provocar a adesão de quem formulou a dúvida, mas, sim, preservar a crença de quem deu a resposta. "É mais fácil um camelo entrar pelo buraco da agulha, que um rico entrar no reino dos céus"[8]. É mais fácil uma resposta, ou uma nova resposta, despertar a crença de algum cético, do que a mesma resposta preservar eternamente a crença dos incautos. Portanto, a resposta não é a porta de saída do labirinto, mas a porta que dá acesso a um novo labirinto. E que labirinto é este no qual o homem se encontra perdido? A linguagem, este catálogo de metáforas e metonímias extintas derivado do instinto[9] de sobrevivência humana. O instinto que inclina o homem a estar sempre aberto a acreditar em algo. E a maior de todas as crenças humanas é a que o homem deposita na linguagem. E o que é isso que a razão moderna tenta a todo custo manter sobre controle? O que é isso, o instinto? Uma finalidade inconsciente. Um objetivo que orienta o agir humano, mas sobre o qual o homem não tem o menor controle. Mas, apesar disso, a razão moderna, de forma instintiva, tomada pela sensação atávica de insegurança, tenta a todo custo controlá-lo. Eis o paradoxo da

racionalidade instintiva! Quanto maior é a pretensão da razão de tornar provável o improvável, maiores são as peripécias da linguagem[10]. Essa aranha astuciosa que controla as suas presas graças à teia da comunicação, esse espaço de multiplicação de mensagens[11], no qual é improvável que as presas se comuniquem[12].

Por conseguinte, o que é a resposta? Ela é, em si, a própria Caixa de Pandora. Quanto maior for a curiosidade humana em abrir a caixa e tentar decifrar o mistério da linguagem, ou em tentar saber para que serve a pena, mais complicada se torna a charada da existência, o truque da linguagem, a mágica da crença, enfim, mais complicado se torna justificar a auréola de toda autoridade. Por isso, a esperança foi o único item remanescente na caixa. Como nos advertiu Zaratustra, esse Deus, chamado razão moderna, é cruel, ele toma sempre o cuidado de que os seus fiéis não coloquem sua doutrina, seus dogmas em xeque. É, por isso, que toda grande história não tem fim, mas recomeço. Não o recomeço. Mas um dos recomeços. E para recomeçar é preciso ter esperança. E quem tem esperança, espera. Espera pela revelação. Espera pela resposta. Espera pelo milagre. Enfim, quem espera, espera por alguém, ou por alguma coisa. Mas, por que espera? Porque acredita na velha máxima aristotélica, aquela que diz: para todo efeito, há uma causa[13]. Porém, ela é uma dessas grandes mentiras[14] repetidas pela ciência[15]. Assim como a ressocialização é a grande mentira da pena, a prevenção é a grande mentira de Feuerbach e a retribuição foi uma das grandes mentiras contadas por Kant e Hegel. Aliás, o Direito está repleto de aforismas mentirosos. E talvez, o mais mentiroso deles seja: o juiz conhece o direito[16].

Por isso, senhores usuários da língua, doutrinadores da resposta correta, defensores da verdade, enfim, autoridades desse maravilhoso mundo velho chamado modernidade, escutem as palavras do louco: "'Para onde foi Deus?', exclamou, 'é o que lhes vou dizer. Matamo-lo... vocês e eu! Somos nós, nós todos, os seus assassinos! Mas como fizemos isso? Como conseguimos esvaziar o mar? Quem nos deu uma esponja para apagar o horizonte inteiro?"[17]. Elas poderão advertir-lhes do presente que bate à porta. Não do futuro que está por vir, mas do agora que já chegou. O dia em que a terra parou! O dia em que se tornou problemático todo e qualquer discurso de legitimação, em que a justificativa da autoridade tem cada vez mais dificuldade de obter a adesão. Para onde foi a magia, o encanto, a mística da autoridade?[18]Sendo certo que a autoridade calcula

o custo-benefício de sua decisão, não é menos certo que nenhum cálculo calcula o incalculável. Em todo discurso, e com a decisão não é diferente, há algo de *místico*, pois há "ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque esse silêncio não é exterior à linguagem"[19], mas ínsito a ela. Logo, é preciso admitir que "o direito é essencialmente *desconstruível*, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis (e esta é a história do direito, a possível e necessária transformação, por vezes a melhora do direito), ou porque seu fundamento último, por definição não é fundado."[20] Em suma, "a desconstrução é a justiça!"[21]

Por isso, a pergunta pela finalidade da pena. Porque talvez a pena seja o melhor momento para observar o exercício da autoridade. Não porque se queira saber qual é a finalidade que ela pretende alcançar. A finalidade é apenas uma parte do truque da autoridade. Não porque se queira saber o que é a pena. Isso é um problema dos estudiosos dos dogmas penais, e não é esse o objeto do presente trabalho. Mas, sim, porque a pena talvez seja o momento de maior vulnerabilidade de qualquer autoridade, o momento em que a legitimidade dela fica mais exposta a questionamentos. Logo, talvez ela seja, por mais paradoxal que isso possa parecer, o momento mais fértil para invenção de novos discursos legitimadores e deslegitimadores da autoridade. O momento mais fértil para testar novos discursos legitimadores. O momento mais oportuno para avaliar a substituição de um discurso por outro. Afinal, o discurso que resiste aos questionamentos endereçados ao poder de punir, é, em princípio, o discurso mais capacitado a legitimar o ordenamento jurídico estatal. Parece haver algo de semelhante entre o discurso que legitima o poder constituinte originário e aquele que justifica o poder de punir da autoridade. Parece haver algo de semelhante entre o poder do soberano que decide sobre a exceção (sobre o momento mais apropriado para descartar o Estado Democrático de Direito) (Schmitt) e o poder do soberano que decide sobre a institucionalização e manutenção da pena privativa de liberdade (Foucault). Mas, afinal, qual seria mesmo a finalidade da pena?

AFTER ALL, WHAT IS THE PUNISHMENT?

ABSTRACT: The text aims to chronicle the tragedy of authority.

Therefore, the text takes as its starting point the problem of the right of punishing authority. After all, the act of punishing is a major challenge to the maintenance of all authority.

KEYWORDS: Sanction. Authority. Legitimacy.

Notas

[1] DIVERSOS AUTORES. *Bíblia Sagrada* (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 35ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1979, p.1156.

[2] Citação do filme de, *O Mundo Fantástico de Oz*. Ele foi criado como uma sequência não oficial do O Mago de Oz. Foi feito pela Walt Disney Pictures e não aprovado pela MGM, a companhia que fez o filme clássico de 1939 (a MGM tinha os direitos sobre o filme do Mago, mas a Disney possuía direitos sobre os últimos livros de Oz). O filme foi dirigido por Walter Murch.

[3] GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*: primeira parte da tragédia. Tradução: Jenny Klabin Segall. Rio de Janeiro: Editora 34, 2004.

[4] COMMELIN, P. *Mitologia Grega e Romana*. Tradução: Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 200.

[5] "*Erro do livre-arbítrio*. – Hoje não temos mais compaixão pelo conceito de 'livre-arbítrio': sabemos bem demais o que é – o mais famigerado artifício de teólogos que há, com o objetivo de fazer a humanidade 'responsável' no sentido deles, isto é, de *torná-la deles dependente*... Apenas ofereço, aqui, a psicologia de todo 'tornar responsável'. – Onde quer que responsabilidades sejam buscadas, costuma ser o instinto de *querer julgar e punir* que aí busca. O vir-a-ser é despojado de sua inocência, quando se faz remontar esse ou aquele modo de ser à vontade, a intenções, a atos de responsabilidade: a doutrina da vontade foi essencialmente inventada com o objetivo da punição, isto é, de *querer achar culpado*. Toda a velha psicologia, a psicologia da vontade, tem seu pressuposto no fato de que seus autores, os sacerdotes à frente das velhas comunidades, *quiseram criar para si o direito de impor castigos* – ou criar para Deus esse direito...", cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Crepúsculo dos ídolos – Como se filosofa com o martelo. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 45-46.

[6] DIVERSOS AUTORES. *Bíblia Sagrada* (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 35ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1979, p. 1068.

[7] ALIGHIERI, DANTE. *Divina comédia*. Tradução: João Trentino Ziller. São Paulo:Atelier Editorial, 2011.

[8] DIVERSOS AUTORES. *Bíblia Sagrada* (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 35ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1979, p. 1234.

[9] NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Da retórica*. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Vega, 1995, p. 91-96.

[10] Apenas a título de exemplo, convém lembrar o problema da tradução. Como bem assinala Jacques Derrida: "a tradução é um compromisso sempre possível, mas sempre imperfeito entre duas línguas". Cf. DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. O fundamento místico da autoridade. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.7.

[11] DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, tempo e memória*. Tradução: Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 191-196.

[12] LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa:

Editora Vega, p.39-45.

[13] "*Causa e efeito*. Costumamos empregar a palavra 'explicação', quando a palavra correta seria 'descrição', para designar aquilo que nos distingue dos estágios anteriores de conhecimento e de ciência. Sabemos descrever melhor do que nossos predecessores; explicamos tão pouco como eles. Descobrimos sucessões múltiplas onde o homem e o sábio, ingênuos das civilizações precedentes, viam apenas duas coisas, 'causa' e 'efeito', como se dizia; aperfeiçoamos a imagem do devir, mas não fomos além dessa imagem. Em cada caso, a série de 'causas' se apresenta mais completa; deduzimos que é preciso que esta ou aquela coisa tenha sido precedida para que se lhe suceda outra; mas isso não nos leva a compreender nada. (...) Só operamos com coisas que não existem: linhas, superfícies, corpos, átomos, tempos divisíveis; como havia de existir sequer possibilidade de explicar quando começamos por fazer de qualquer coisa uma imagem, a nossa imagem! (...) Causa e efeito: trata-se de uma dualidade que certamente nunca existirá; assistimos, na verdade, a uma *continuidade* de que isolamos algumas partes; do mesmo modo que nunca percebemos mais do que pontos isolados em um movimento, isto é, não o vemos, mas o inferimos. A rapidez com que se fazem notar certos efeitos induz-nos em erro, mas essa rapidez só existe para nós. Nesse segundo de rapidez há uma multidão de fenômenos que nos escapam. Uma inteligência que visse a causa e efeito como uma continuidade, e não como um esfacelamento arbitrário, a inteligência que visse a vaga dos acontecimentos negaria a ideia de causa e de efeito e de qualquer condicionalidade", cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 105.

[14] "*A mentira*. - Por que, na vida cotidiana, os homens normalmente dizem a verdade? - Não porque um deus tenha proibido a mentira, certamente. Mas, em primeiro lugar, porque é mais cômodo; pois a mentira exige invenção, dissimulação e memória. (Eis por que, segundo Swift, quem conta uma mentira raramente nota o fardo que assume; pois para sustentar uma mentira ele tem que inventar outras vinte). Depois, porque é vantajoso, em circunstâncias simples, falar diretamente 'quero isto, fiz isto' e coisas assim; ou seja, porque a via da imposição e da autoridade é mais segura que a da astúcia...", cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano, demasiado humano*. Tradução: Paulo César de Souza. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhias das Letras, 2005, p. 54.

[15] "*Ciência dos venenos*. São necessárias muitas coisas reunidas, muitas coisas para que se possa formar o pensamento filosófico! E todas estas forças necessárias têm de ser treinadas, cultivadas e inventadas separadamente! Mas, consideradas isoladamente, produziam um efeito completamente diferente daquele que produzem agora, que se limitam e se disciplinam reciprocamente no pensamento científico: agiram como venenos.", cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 106.

[16] SOBOTA, Katharina. "Não mencione a norma!". *Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito*, n. 7. Tradutor: João Maurício Adeodato. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996, p. 129.

[17] NIETZSCHE, ob. cit, p. 111.

[18] "Em algum remoto recanto do universo, que se deságua fulgurantemente em inumeráveis sistemas solares, havia uma vez um astro, no qual animais astuciosos inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais audacioso e hipócrita da 'história universal': mas, no fim das contas, foi apenas um minuto. Após alguns respiros da natureza, o astro congelou-se, e os astuciosos animais tiveram que morrer", cf. NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira*. Tradução: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Editora Hedra, p. 25.

[19] DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. O fundamento místico da autoridade. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 25.

[20] Ib., idem., p. 26.

[21] Ib., idem., p. 27.