

Ressocialização e Estado de Direito*

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de Direito Penal, Processo Penal, Teoria do Direito e Sociologia do Direito na Universidade de Frankfurt a.M. Vice-presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

1. Há muito tempo que a idéia de ressocialização apresenta um impulso muito forte em nossa cultura jurídica, e que em essencial pode-se atribuir à três motivos:

a) Já a introdução da pena privativa de liberdade como modo de punição, inevitavelmente justificou a necessidade da teoria da ressocialização. As penas vitais, as penas corporais ou, por exemplo, o exílio dos condenados não tinham nenhuma dimensão temporal para o Estado sancionador. Para o Direito Penal, com a sua execução, de certo modo, elas já estavam terminadas. A instituição de penas privativas de liberdade, no entanto, trouxe à teoria e à praxis penal um problema qualitativamente novo: o tempo vago dos condenados. É naturalmente possível –e isto se tem feito– justificar também outras penas como a pena privativa de liberdade com a esperada correção (*Besserung*¹) do autor do fato punível; mas esta justificação só se torna concludente quando o Estado sancionador preenche o tempo dos condenados, que a pena privativa de liberdade lhe coloca à disposição. Com a imposição de penas privativas de liberdade se estabeleceu a necessidade de uma teoria da ressocialização; e a história da execução penal mostra que o tempo vago dos condenados sempre foi preenchido com técnicas de adaptação –seja com “oração e trabalho” ou socioterapia.

b) A necessidade de uma teoria da ressocialização se intensificou através da orientação empírica progressiva da cultura jurídica do século XIX. A “orientação empírica” da cultura e da cultura jurídica em nosso contexto significa principalmente que: sob o pano de fundo do desenvolvimento e estabelecimento das ciências empíricas –sobretudo das humanas– a crença na racionalidade da observação impôs-se não só nas ciências, mas na totalidade da vida pública e cotidiana e iniciou-se a crença na inconstância do mundo e o seu domínio através da intervenção técnica. Esta crença favoreceu intensamente os fins penais preventivos; serviu-lhes de base a certeza de que se podia influenciar os fenômenos da conduta desviante, do crime e da criminalidade –à longo prazo– através de intervenções empiricamente apropriadas. Além disso, nós vivemos diante do ethos de que uma sociedade que se acredita na posse de meios apropriados de intervenção, deve fazer uso destes meios, inclusive, para o bem do autor do fato punível e da sociedade punitiva.

* Artigo publicado originariamente sob o título “Ressozialisierung und Rechtsstaat” em *Kriminologisches Journal*, 14. Jahrgang, 1982, p. 161 e ss. Tradução do alemão por Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Luterana do Brasil, Mestre em Ciências Criminais, Advogado Criminal. Tradução autorizada expressamente pelo autor.

¹ A expressão “*Besserung*” é a forma substantivada do verbo “*bessern*” (que em alemão traduz-se como melhorar, reformar, corrigir) e significa “melhoramento”, “correção” “emenda”. (N.do T.)

c) O terceiro fator que me explica o impulso da idéia de ressocialização relaciona-se com este ethos. É o problema da legitimação do Estado moderno, o qual também abrange o poder punitivo estatal. As intervenções no patrimônio e na liberdade dos cidadãos –inclusive dos cidadãos que se tornam puníveis– necessitam de uma justificação, a qual, com alguma dificuldade, pode ser fornecida. Esta justificação, em uma cultura orientada empiricamente não pode mais ser conduzida normativamente, por exemplo, jusnaturalisticamente. Ela deve ser orientada muito mais pelas conseqüências, enfim, ela deve comprovar que as intervenções incriminadoras produzem conseqüências favoráveis, que elas também se importam com os interesses mais relevantes dos afetados. Para uma justificação desta espécie é sobremaneira apropriada a idéia de ressocialização. Ela toma ao Estado sancionador o ódio (*Odium*) do carcereiro e comunica-lhe a função de médico. A solução “cura em vez de penas”, não é só uma exigência particular da humanidade, ela é também um meio de fuga de uma crise de legitimação estatal, que leva à certeza de que a execução penal é o que o autor de um fato punível deveria esperar como racional.

2. Todos estes fatores que hoje tornam atual a idéia de ressocialização, levam, no entanto, somente à uma teoria sobre a pena mas ainda não à uma praxis. Isto quer dizer que eles oferecem somente a garantia de esperança no restabelecimento, mas não do próprio restabelecimento. Se na realidade se prolongarem as esperanças da idéia de ressocialização na melhora e reintegração do autor punível condenado, jamais se descobrirá algo.

As avaliações científicas anteriores fundamentam mais o ceticismo. Elas objetam ao Direito, que só se podem dar decisões fundamentadas sobre as conseqüências reais da execução penal ressocializadora com base em pesquisas prolongadas e com grande cautela. Eu dou um passo mais adiante: pois só em relação à proporção do que se pode designar como “esperanças” na idéia de ressocialização, se poderia continuar toda a controvérsia. Pois o que é realmente um “delinqüente ressocializado?” Ele é “saudável” (e o que é isto?), ele é “leal à moral” ou ele é apenas “leal ao direito” (e ele o é então externamente ou também internamente)? É resultado da idéia de ressocialização, que o tratamento desloque seus problemas com as normas jurídicas e sociais para o seu corpo ou a sua alma? Em síntese: na situação atual, em que se exige uma execução penal ressocializadora, mas que ninguém sabe realmente sobre seus efeitos, não se pode modificar nada em um tempo previsível.

Deduzir disso a exigência de uma despedida à idéia de ressocialização seria anacrônico. A orientação empírica da nossa cultura jurídica está tão solidamente conformada, que a salvação não se pode encontrar em um retorno ao pensamento das teorias absolutas da retribuição e da expiação,

mas somente em uma sensibilização das competências e das técnicas em face dos problemas que uma execução penal ressocializadora traz consigo e em face das lesões que ela causa. Esta sensibilização me parece que faz falta atualmente. Os argumentos democraticamente fundamentados que a tradição jurídica preparou são apropriados para reduzir o otimismo social injustificado. Eu gostaria de continuar a desenvolver estes elementos, em modo de tese, em quatro etapas. Elas acabam no receio de que a idéia de ressocialização possa proporcionar ao Estado sancionador a sã consciência que ele não merece.

a) A ressocialização na execução penal não é só um auxílio, ela é, em primeiro lugar, uma coação, ela é intervenção. Para os afetados o caráter coativo da ressocialização poderia estar até mesmo em primeiro plano. O tempo de que se necessita para sua melhora é tomado contra a sua vontade através da execução penal estatal. Na maioria dos casos, os condenados poderiam querer utilizar seu tempo de modo diverso que em sua recuperação através do tratamento na execução penal. Atualmente eu não consigo ver condições para a implementação de uma terapia realmente emancipada ou emancipadora. Aos olhos de todos os afetados a pena é um mal, e ela continua sendo um mal ainda que ela seja executada e imposta no verdadeiro interesse do autor punível. Continuará sendo o tempo previsível, no qual a ressocialização na execução penal é uma assistência imposta, uma assistência imposta com coação, e a assistência imposta com coação é democraticamente, socialmente e também aos olhos do afetado algo completamente diferente do que uma assistência oferecida e aceita espontaneamente. Ela também poderia ser algo completamente distinto sob o ponto de vista da terapia.

b) Uma execução penal atenta à ressocialização atinge os condenados de modo essencialmente mais intenso do que uma execução penal que não investe no tratamento. O interesse da ressocialização não se apodera apenas do corpo e do tempo livre dos condenados, ele se apodera também das suas vidas, das suas aspirações, das suas racionalizações, das ilusões que os sustentam: das suas almas. As experiências com pesquisas “terapêuticas”, cujos resultados devem ser mantidos à distância dos afetados se não se quiser prejudicá-los gravemente, mostram até onde isto leva. Aqui se chegou a um ponto em que é necessário referir-se às tradições democráticas da proporcionalidade da intervenção e aos limites da vítima, quanto às técnicas bem intencionadas sobre os direitos dos cidadãos culpados ou condenados. Estes direitos não lutam somente contra o tempo excessivamente longo que o interesse no tratamento exige do condenado, mas também contra uma penetração excessivamente profunda em sua pessoa, a qual o interesse terapêutico exige.

c) A execução penal ressocializadora contesta *au fond* a autonomia do condenado. Ela traça um limite rigoroso entre o defeituoso e necessitado, por um lado, e o especialista e administrador da norma, por outro. Com a execução penal ressocializadora vai se perdendo a tendência à uma dimensão que ainda estava viva em uma época empiricamente menos esclarecida: a idéia de que nós somos todos pecadores, de que nós todos necessitamos de auxílio diante da ameaça do mal. Cada vez mais as ciências empíricas dos homens conseguem isolar os fatores criminógenos e desenvolver métodos para sua eliminação, e assim cada vez mais o autor punível é manejado como objeto de tratamento. Quanto mais seguros os terapeutas estão do seu conhecimento terapêutico e do seu instrumentário, mais eles caem no perigo de aprofundar os limites entre o defeito e o conhecimento da matéria.

d) A idéia de ressocialização na execução penal tende a uma excessiva carga sobre os afetados. Esta tendência apodera-se não só da condenação do autor em particular, ela refere-se também ao desenvolvimento do sistema de conseqüências jurídicas em sua totalidade.

Sob o ponto de vista do Estado de Direito também o interesse no tratamento cientificamente melhor e mais bem justificado pelos limites da vítima, deve fracassar face aos limites instituídos à intervenção excessiva. Não só ao autor inclinado a pequenos delitos, para cujo tratamento eficaz seria exigível um período prolongado de atuação terapêutica, mas também à qualquer autor pode-se mencionar conseqüências graves, como a de que a assistência imposta pelo Direito Penal ressocializador pode realizar-se somente até o ponto que esteja em relação com a intensidade da sua lesão ao bem jurídico. E este ponto é difícil de marcar. Um Direito Penal de um Estado de Direito deve evitar colocar tudo de modo que um interesse terapêutico no tratamento, exposto de modo razoável, ou desloque para cima ou negue completamente os limites da vítima nos casos isolados.

O significado da idéia de ressocialização para o desenvolvimento da pena estatal de um modo geral não se pode determinar de maneira simples. Ainda assim me parece uma tendência evidente. Existe –em todo caso no Direito Penal se necessita de uma legitimação orientada pelas conseqüências– algo assim como uma função salutar de desconhecimento (*Nichtwissens*²). Tal Direito Penal tende à aceitar cautelosamente –mas sem omitir– as intervenções na liberdade e no patrimônio dos seus cidadãos, sobre cujas conseqüências nada se sabe com precisão. As lesões que uma pena privativa de liberdade provoca aos afetados, ficam expostas aos olhos de todos. Sabe-se com muito pouca exatidão sobre suas conseqüências salutareis, somente que a pena privativa de liberdade é um

² O substantivo *Nichtwissen*, traduzido literalmente significa “não-conhecimento”, contudo, optou-se aqui por traduzir pelo sinônimo *Unkenntnis*, “desconhecimento”. (N.do T.)

estorvo em um Direito Penal que necessita de legitimação. Sob o meu ponto de vista, esta função salutar de desconhecimento promoveu categoricamente a carreira da pena de multa. A pena de multa é uma pena “vazia”, com a qual podem ser vinculadas quando muito expectativas preventivas rudimentares. Ela tem, segundo este entendimento, a função de repelir a necessidade de legitimação, mas não a capacidade de legitimação da pena privativa de liberdade executada, sem, ao mesmo tempo, abandonar a realizada pretensão punitiva do Estado. De certa forma, na praxis penal, com a pena de multa o Estado sancionador afastou-se da pressão de legitimação da execução da pena privativa de liberdade.

Com isso, a idéia de ressocialização está na posição de enfraquecer a pressão de legitimação que as conseqüências razoáveis da execução da pena privativa de liberdade prometem –sobre as quais não se tem como saber nada de maneira apropriada. Deste modo pode-se frear o motor que o Direito Penal que necessita de legitimação aciona em busca de alternativas à execução da pena privativa de liberdade. Na medida em que se afirma de modo geral a opinião de que é possível uma execução penal ressocializadora eficaz, e tão só nesta medida, afirmar-se-á a pena privativa de liberdade.

3. Destas considerações podem se deduzir quatro conseqüências para o trabalho científico na concepção de uma execução penal ressocializadora.

a) É necessário um esforço acentuado para o esclarecimento dos efeitos positivos da execução penal ressocializadora. Este esclarecimento deve se concentrar em dois aspectos. Em primeiro lugar, sabe-se muito pouco sobre o que as conseqüências salutaras da execução penal ressocializadora produzem ou podem produzir. Esta questão só se pode colocar de modo seguramente plausível quando se distingue, por um lado, entre os conceitos de fidelidade à norma, fidelidade ao direito ou saúde, bem como, por outro lado, entre os diferentes tipos de condutas e delitos que se encontram em tratamento na execução. Em segundo lugar, sabe-se muito pouco sobre os perigos, as lesões e as perturbações que a execução de um tratamento impõe aos afetados; portanto, seria necessário esclarecer também os “custos” que uma execução penal ressocializadora se dispõe a pagar no interesse de uma “correção” (“*Besserung*”) do condenado.

b) Sob o ponto de vista do Estado de Direito a teoria da execução penal deveria se preocupar com o debate e a conformação de um direito que até o momento só é visível em princípios. Eu penso no direito de poder se defender, justificadamente, contra uma assistência imposta ao direito do condenado de permanecer em silêncio.

c) Justamente em face do interesse crescente em uma execução penal ressocializadora deve-se continuar a intensa busca por alternativas à execução da pena privativa de liberdade. É preciso se

desligar da estrita vinculação à idéia de ressocialização que foi introduzida com a pena privativa de liberdade.

d) Sobretudo a tarefa dos penalistas é continuar trabalhando na precisão dos limites da vítima. Quanto mais diferenciadas e plausíveis são as estratégias de ressocialização elaboradas, mais importante será que o jurista possa remeter-se de modo sensato aos limites à incriminação excessiva e que o Estado sancionador imponha estes limites ao interesse especializado no tratamento desrespeitoso.

Tradução de *PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA*, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Luterana do Brasil. Mestre em Ciências Criminais. Advogado Criminal.