

A formação da consciência e o direito penal

Ricardo Dip

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre em Função Social do Direito. Autor de vários livros. Coautor de "Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Incorretas".

1. Retomo em parte, nestas pequenas linhas, assunto que foi objeto de uma aula por mim proferida, em 2005, para o doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Buenos Aires, durante um dos justamente célebres seminários dirigidos por Félix Adolfo Lamas. Dedicou-se, então, essa aula em homenagem póstuma ao filósofo argentino Guido Soaje Ramos, que morrera em março do mesmo ano de 2005. Recorro aqui, expandindo-as, passados quase 15 anos, às notas que elaborei para apoiar-me durante a aula.

2. O tema da consciência ocupa numerosos lugares penais, quer diga respeito ao agente delitivo, quer ao sujeito

passivo do crime. Com mais de um modo, entretanto, atendendo a diferentes situações reais, trata-se da consciência, ora com a acepção de psicológica, ora, da consciência moral, da preceptiva, da proibitiva, da atual e da habitual (*rectius*: a sindérese, virtude da razão prática), da consciência reta e da consciência viciosa, da consciência verdadeira, da consciência falsa – e, quanto a esta última, da culpável ou da inculpável, *in se* ou *in causa*. Há, pois, muitos sentidos da realidade e do conceito de consciência (noção mais possivelmente equívoca, ou, quando menos, analógica), e são muito interessantes, de fato, suas repercussões na casuística penal. Não falta alguma vez que, no exercício das prudências legislativa e judiciário-penal, tenham-se considerado questões de consciência social ou coletiva, da consciência ocidental (p.ex., Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*), da consciência europeia (como se lê no título de um famoso livro de Paul Hazard, *La crise de la conscience européenne*), da consciência burguesa (contida no conceito mais amplo do “espírito”, como se vê nas páginas de Werner Sombart, *Der Bourgeois...*, e, já por seu título, em *De l’esprit bourgeois*, de Berdiaeff), da consciência cristã, da consciência ética de um povo (assim a refere Giuseppe Maggiore, *Diritto penale*), e de todos esses significados de

“consciência” pensam extrair-se, com acerto ou não, tanto padrões de conduta, quanto correlativos de culpa, de responsabilidade e expiação (até mesmo no plano coletivo, o que explica, em certa medida, a infligção de penas em efígie e a cadáveres).

A consciência em sentido próprio (*conscientia proprie loquendo*) é um ato, uma relação de conhecimento com uma coisa: a ciência com outro (*cum alio scientia*), ou seja, a aplicação do conhecimento ou ciência àquilo que se age, à conduta (*cognitionis vel scientiae ad ea quae agimus* – S.Tomás de Aquino, *S.th.*, I, 79, 13), o que pode ocorrer sob o modo (I) de um testemunho, (II) de uma instigação, ou (III) de uma escusa, acusação ou remorso. Apesar dessa limitação significativa do conceito estrito de consciência, praticamente não haverá lugar penal algum em que não nos deparemos com sua presença; considerem-se alguns exemplos:

(I) Acha-se a consciência no próprio conceito jurídico-formal de crime, que, ao rejeitar a possibilidade de um ilícito sem ação humana – *nullum crimen sine conducta* –, exige a advertência e o consentimento para a caracterização do delito; a essência antropológica do crime repudia a criminalização de “atos” animais e de “atos” de coisas inanimadas, além de afastar a exigência do imprevisível

e do inevitável (assim, expressamente, Günter Stratzenwhert), remetendo-se, enfim, à natureza racional do homem: o crime pressupõe a razão e a vontade humanas – é isso, saliente-se, que permite pensar em crimes naturais.

(II) Todos os homens são criminosos virtuais – *le délinquant* (disseram Roger Merle e André Vitu) *est un être humain qui commet des crimes* –, o que se traduz, de maneira realista, com a passagem da potência ao ato, e isso, ao menos quanto aos ilícitos dolosos, inclui, necessariamente, o juízo (e a formação) da consciência: *le crime est un acte humain*, disse graficamente Etienne De Greeff ao início de sua *Introduction a la criminologie* (Bruxelas: Joseph Vandenplas, 1946, vol. I), e é o resultado de um *processus* que se consuma por um trânsito da potência; é por isso que, sendo o termo de um processo, os bons hábitos conseguem êxito em evitá-lo. A realidade do ato criminoso passa por três períodos teóricos: (I) de início (cf., v.g., Merle-Vitu, *Traité de droit criminel*, e Raymond Gassin, *Criminologie*), tem-se a etapa em que a ideia delituosa se apresenta como pouco provável ou nada, e com a qual o agente convive sem entrever o papel que pode nela desempenhar: “O homem que se torna criminoso nisso não se torna, geralmente, senão após um período de pré-criminalidade (*période de pré-criminalité*), no curso do qual o processo que o leva ao ato se precisou em seu pensamento, operou em todas as regiões da alma uma sorte de singular anestesia (*singulière anesthésie*), deformou os valores, transformou os princípios, estabeleceu sua legitimidade” (De Greeff, *Ames criminelles*, Paris: Casterman, 1949, p. 9); é a

fase que o mesmo De Greeff designa de “assentimento ineficaz” (*assentiment ineficace*); (II) a segunda etapa é a em que o actante percebe com clareza a tarefa de que é eventualmente incumbido para executar a ação, mas, está, por então, sujeito a uma “crise moral” (*agone?* – devo agir?): o agente hesita, ensaia meias atitudes, tergiversa, até que, vitorioso pela tentação delitual, (III) atinge o estágio do “assentimento formulado”, com que consente na ideia criminosa e passa da potência ao ato.

(III) Não se reconhece a configuração de um crime quando os actantes não possuem, transitoriamente, a advertência da ação (sabe-se que isso se dá com os sonâmbulos e os hipnotizados), e repugna-se a imputabilidade aos que, habitualmente, por enfermidade ou por desenvolvimento mental incompleto ou deficitário, são incapazes, inteiramente, de entender o caráter ilícito de uma ação ou de conduzir-se de conformidade com esse entendimento.

(IV) Tampouco se afirma a plena imputabilidade dos que “em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (parágrafo único do art. 26 do Código penal brasileiro).

(V) Não é raro pensar em excluir a pena de quem, em estado de embriaguez plenária, resultante de caso fortuito ou de força maior, estivesse integralmente incapacitado para entender o caráter ilícito de uma

conduta ou de comportar-se segundo esse entendimento: assim, o Código penal brasileiro (§ 1º do art. 28).

(VI) O erro inevitável sobre um elemento constituinte do tipo, e o erro, que se poderia ou não evitar, sobre a ilicitude da ação (sobre esse tema da consciência da antijuridicidade é paradigmático o estudo de Jorge de Figueiredo Dias, *O problema da consciência da ilicitude*) têm repercussão penalística: seja para excluir inteiramente a pena (discriminantes putativas), seja para afastar o dolo ou para mitigar a punição (art. 20 do Código penal brasileiro).

(VII) Para a caracterização do preterdolo, é preciso admitir a consciência – ou seja, o entender e o querer sem que se atenda à previsibilidade exigível. Do contrário, estar-se-ia diante de responsabilidade penal objetiva.

(VIII) A diversificação específica na direção da vontade do partícipe delitual leva à concorrência dolosamente distinta (*vide* o § 2º do art. 29 do Código penal brasileiro).

(IX) Um motivo fútil ou torpe pode agravar as penas; um motivo de relevante valor social ou moral pode atenuá-las (cfr., arts. 61, II, *a*, e 65, III, *a*, do Código penal brasileiro).

(X) A reincidência agrava a pena (*v.g.*, inc. I do art. 61 do Código penal brasileiro). Seu dado essencial é

que a experiência criminal passada estaria a indiciar maior culpa.

(XI) Mas a coação resistível pode mitigar a punição (*vidē* alínea *c* do inc. III do art. 65 do Código penal brasileiro), ao passo que é exclusora do crime a coação irresistível (art. 22 do mesmo Código penal).

(XII) Já o consentimento da vítima, em alguns casos, exclui a pena em certas hipóteses de consentimento da vítima, tal, p.ex., se tem no Código penal brasileiro, inciso II do art. 128 (note-se bem: a antijuridicidade não se afasta nesse quadro; apenas não se pune o ilícito).

Na parte especial dos ordenamentos positivos penais, é rotineiro tropeçar com o tema da consciência – como se pode ver, *brevitatis studio*, com a adoção do dolo abrangente para certas agravações de pena: p.ex., no direito brasileiro, a antecipação do parto e o aborto só qualificam o crime de lesões corporais quando o sujeito ativo conheça o estado gravídico da vítima (art. 129, § 1º, inc. IV, e § 2º, inc. V do Código penal); o delito de perigo contágio venéreo reclama que o agente saiba ou deva saber que está contaminado (art. 130 do Código penal).

Como se vê, não seria difícil multiplicar a referência aos muitíssimos exemplos em que a questão da consciência ocupa lugares no direito penal. De modo paradoxal, entretanto, os

códigos penais não prodigalizam as menções verbais à consciência. O Código penal do Brasil, p.ex., emprega duas vezes a palavra “consciência”, ambas no mesmo parágrafo único de seu art. 21, e nenhuma vez os vocábulos “consciente”, “inconsciente”, “inconsciência” ou “advertência”; a palavra “consentimento” surge uma vez em rubrica e oito vezes em artigos; “consentir” escreveu-se ali uma só vez.

Considere-se agora, com mais vagar, o tema da consciência consequente – tomada como escusa, acusação, arrependimento, remorso –, e que exercita função judicativa ou vindicativa posterior ou presencial a uma determinada ação. A relevância penalística da análise desse tema particular, que é notória no que respeita à prevenção específica derivada da execução da pena, recomenda aqui tratá-la com certo vagar, ainda que com a brevidade que a ocasião aconselha.

Depara-se com a consciência consequente do sujeito delitual ativo:

- durante a perpetração do crime – em cuja tentativa, quando imperfeita, é possível dar-se a desistência voluntária da ação, ou, quando a tentativa já se faz perfeita, o arrependimento eficaz do agente;

- após a consumação do ilícito, em que o ato pretérito pode sofrer, antes da execução da pena, o influxo da consciência conseqüente, emergindo, no âmbito penal, o arrependimento posterior ou ainda a confissão, enquanto seja sinal exterior de arrependimento;
- por fim, já em via de execução da pena, o arrependimento é o fator capital para a prognose de não reincidência delitiva e as medidas de libertação. Poderia até mesmo indicar-se o papel da consciência conseqüente no suposto de outra e louvável figura penal, como a que prevê o Código penal português, reconhecendo um implícito arrependimento com o fato de “ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta” (art. 72, n. 2, d).

Assim, quanto à primeira dessas figuras, a desistência voluntária, pela qual se interrompe a execução do crime sem que o actante seja constringido a isso por circunstâncias externas, dispõe o art. 56, *in fine*, do Código penal italiano: “Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per se un reato diverso”, e o art. 43 do Código penal argentino: “El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.

Quanto ao arrependimento eficaz, emergente após a caracterização da tentativa criminal perfeita, enuncia o Código

penal brasileiro: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados” (art. 15).

Pode ensejar também o reconhecimento do papel da consciência conseqüente o caso do arrependimento posterior, que, com frequência, acarreta uma atenuação penal: p.ex., no direito português, cabe reduzir a pena se houve “actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados” (art. 72); o n. 6 do art. 62 do Código penal italiano também indica a redução das penas por ter o agente, “prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni”; e o direito brasileiro: “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços” (art. 16; cfr. ainda o art. 64 do Código penal argentino).

Quanto à confissão do agente, ela nem sempre, de fato, retrata a consciência conseqüente. Há confissões utilitárias – visando à redução penal. Há confissões falsas – com motivos e fins variados. O Código penal espanhol, art. 21, prevê a

confissão como reflexo de um juízo de consciência consequente, ali se afirmando circunstância atenuante “haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”. O Código penal brasileiro, em norma textualmente menos apropriada, enuncia como circunstância que sempre atenua a pena o fato de o sujeito ativo ter “confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime” (alínea *d* do inc. III do art. 65). Roberto Lyra observou a propósito, com razão, que falar em espontaneidade da confissão “não diz respeito, é claro, à sua prestação, em que seria redundante a referência...” (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 2, n. 64), pois sua oposta seria a confissão coacta, evidentemente destituída de todo valor. Por isso mesmo, Heleno Fragoso, com não menos razão, ensinou: “se o agente confessa sob pressão policial, fato, aliás, comum, nenhuma atenuante será aplicável” (*Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, Parte Geral, n. 345). Mirabete, assistido de fundamentos, assinalou ser suposto indispensável para essa atenuante o arrependimento do sujeito ativo: “Não basta a confissão para a configuração da atenuante; é necessário que o agente, arrependido, procure a autoridade para a confissão, já que a lei

não fala em ato voluntário, mas em confissão espontânea” (*Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1997, vol. 1, n. 7.5.6). Paganella Boschi, na mesma linha: “Foge ao sentido do texto, portanto, reconhecer a atenuante quando o agente é preso em flagrante e não tem como negar as evidências em torno da autoria ou imputar a responsabilidade pelo fato a terceiro. Inconfundíveis confissão espontânea e confissão voluntária” (*Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 273). Em antiga composição do Supremo Tribunal Federal, decidiu-se que, “à caracterização da confissão espontânea devem concorrer os requisitos objetivos e subjetivos. A simples confissão, sem a demonstração de arrependimento, não garante a atenuação da pena a tal título” (*HC 84.026-4*, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, cf. *DJU 27-8-2004*, p. 70).

Com efeito, a espontaneidade da confissão – prevista na lei brasileira como qualificação necessária do ato confessório para atuar como causa de atenuação penal – distingue-se da mera voluntariedade da confissão. Não se trata aí do espontâneo como o que procede de um princípio interno *juxta naturam agentis, sine deliberatione* (Marcelino Zalba), mas do que (disse Cathrein) *procedit a principio interno* – ou seja, sem provocação

exterior. Consta que um certo Conrado, da cidade italiana de Placência, no século XIV, provocou, durante uma caçada, um incêndio acidental, e evadiu do lugar dos fatos sem ser identificado. Tempos depois, vindo a saber que um terceiro fora, por esse incêndio, condenado injustamente, apresentou-se esse Conrado à autoridade local, confessou-se responsável pelo incêndio e ofereceu todos seus bens para indenizar os prejuízos. Isso sim – essa realidade histórica – retrata uma confissão espontânea, com a nota essencial da consciência reprovadora. Tratava-se de Conrado Confalonieri, antigo caçador que, depois, tornou-se eremita, e foi canonizado.

É notória a relevância da consciência consequente no terreno da execução penal e na perspectiva da recuperação moral do delinquente.

Se é verdade que os estados laicos e, mais que isso, laicistas não têm legitimidade para impor e exigir dos condenados uma mudança profunda e interior da direção de sua vida, pretendendo calcá-la na observância da moral natural, podem esses estados, ao menos, contentar-se com uma mudança na conduta exterior, ou seja, com uma singela ressocialização: põe-se aqui o *discrimen* entre, de um lado, a metanoia, que atende primeiro à interioridade e, depois, à conduta, e, de outro

lado, a mudança *simplex* da ação externa, sem um correlativo necessário com a “conversão da alma”. É patente o interesse da prevenção penal-específica, na consideração da vida pretérita concreta do condenado, e se essa ampla consideração tem relevo é porque o passado do agente, sua biografia, constitui fator importantíssimo da prognose indispensável para deferir ou recusar medidas progressivas no regime presidiário ou até medidas libertárias, e para a tentativa de encontrar meios paideicos de recuperação social do condenado.

A experiência de vida delitiva pretérita funda, com frequência, a certeza moral sobre uma específica proclividade criminosa (por todos, Middendorff. *Teoría y Práctica de la Prognosis Criminal*. Madrid: Espasa-Calpe, 1970, p. 126 *et sqq.*). É o que, por outro aspecto, designa-se certeza de tendência. Mas não é caso de isolar a consideração do pretérito dos demais fatores de prognóstico de reincidência: em algumas espécies criminais, o próprio delito antecedente pode estimar-se irrelevante para a prognose (p.ex., quanto aos homicídios – Von Hentig; em relação a crimes contra os costumes praticados precocemente – Silbereisen).

Não se vislumbra nesse gênero de considerações nenhum *bis in idem* entre a pena executável e as penas já satisfeitas,

porque não se está a reiterar uma pena por *dúplice* valoração, senão que, no plano de uma sentença parcialmente determinativa (*i.e.*, quanto ao regime prisional ou às medidas liberatórias), trata-se de aferir se, também à luz de sua vida *ante acta*, o condenado pode cumprir essa pena – ela mesma, não outra e nova punição – sob regência mais ou menos severa, ou se pode alcançar “pedaços de liberdade” (De Greeff, *Introduction a la criminologie*, p. 315).

Na esfera do juízo condenativo, cabe verificar a culpabilidade do criminoso quanto ao fato objeto do processo. Já no campo da execução penal, incumbe avaliar a periculosidade do condenado. A culpa mede a pena, e a pena retribui a culpa, num direito penal de ato e de culpabilidade, num direito penal retributivo. A pena, pois, tanto quanto a culpa, refere-se à ação criminosa. Já o tema do perigo social do agente não está plenamente situado na culpa: indicia-se da ação, mas não se exaure nela: bem observou De Greeff que “nunca o homem é totalmente descrito em um ato, ainda que muito grave, e uma parte apenas de sua personalidade deixa ali traduzir-se” (*o.c.*, p. 315). É essa personalidade do agente que deve refletir-se no modo de executar a pena; a pena, insista-se, retribui a culpa, mas, ao executar-se, deve considerar a ideia de prevenção –

designadamente a especial –, a que se faltaria, por certo, se se admitisse a ascensão do condenado rumo à liberdade quando persistentes, em juízo prognóstico, os riscos da reincidência delinquencial. Mas essa possível perigosidade do actante – vale por dizer, a probabilidade de repetição de ilícitos – ordinariamente se ampara numa causa ou anômalo pessoal, reportável às disposições anímicas e, de modo sobressalente, aos hábitos. De tal maneira que a vida anteacta não pode ser menosprezada para a prognose de futuro comportamento do condenado. O de que se trata, na via executória, é da estimativa da vida precedente do preso, com que se possa também verificar alguma expectativa de desarraigamento de condutas costumeiras ou, ao menos, a fortificação em face das tentações delituosas.

Tomem-se, por exemplo, os crimes contra o patrimônio. Disse, a propósito, Meywerk que “os delitos contra a propriedade apresentam a tendência mais tenaz à reincidência”, e Middendorff, com apoio em Seelig e Viernstein, concluiu que os criminosos se mostram mais proclives à recidiva quando atuam de modo violento. Prossegue Middendorff: “Gregor e Zink falam que a tendência a perseverar na direção traçada pelo primeiro delito se mostra ‘extraordinariamente forte’ nos crimes contra o patrimônio. Também Stutte e Saari consideram como

prognosticamente desfavorável a tendência de cometer delitos contra a propriedade” (*o.c.*, p. 161; julgado de antiga composição do Superior Tribunal de Justiça brasileiro assentou: “pode o magistrado estabelecer um regime inicial de cumprimento mais severo, para desestimular a reincidência, dado que os criminosos contra o patrimônio são mais propensos à recidiva” (*HC 10.474*, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU 8-3-2000*, p. 164).

Vê-se nesse quadro a importância da prevenção especial no plano da execução das penas. Os benefícios que se pretendam conceder aos condenados exigem, de fato, um juízo de certeza moralmente fundado, para o qual muito releva a diagnose psiquiátrico-psicológica, diagnóstico técnico, que, ordinariamente, opera, no plano prospectivo, com fatores objetivos de prognose. E entre os requisitos subjetivos do condenado, destaca-se o da crítica à conduta anterior: não de qualquer crítica, mas de uma crítica satisfatória. Jean Larguier lembra, a propósito, que muitos condenados se lamentam de um erro de metódica, sem remorso ou arrependimento moral, e a falta de assunção plena de culpabilidade é já indicativo de que prematura a pretensão de mudança progressiva no regime de cumprimento penal ou a ascensão para a liberdade

(*Criminologie et science pénitentiaire*. Paris: Dalloz, 1999, p. 145).

A prognose de não reiteração criminal, *i.e.*, o prognóstico de que o sentenciado há de “conduzir a sua vida em liberdade de modo socialmente responsável, sem cometer crimes” (Jorge de Figueiredo Dias. *Direito Penal Português*. Lisboa: Aequitas, tomo II, § 850, p. 539), deve ser um “juízo fundado” *id.*, uma “esperança fundamentada de que a socialização em liberdade possa ser lograda” (§521), a “esperança de que o condenado sentirá a condenação como uma advertência e não cometerá no futuro nenhum delito” (Jescheck. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981, vol. 2, § 79, I, 3, p. 1.154): enfim, “garantias sérias de readaptação social” (Merle e Vitu, *o.c.*, p. 767). Não se trata, é bem verdade, de emitir um juízo de certeza especulativa: aqui se entende a observação de Jescheck, segundo a qual “esperança não significa certeza”, mas, cabe observar com Figueiredo Dias, que se exige um juízo de certeza moral – scl., racional, plausível, fundado. Se “existem sérias dúvidas sobre a capacidade do condenado para compreender a oportunidade de ressocialização que lhe é oferecida, a prognose deve ser negativa” (Jescheck, *o.c.*, § 79, I, 3), se houver “razões sérias para duvidar da capacidade do agente de não repetir

crimes, se for deixado em liberdade, o juízo de prognose deve ser desfavorável” (Figueiredo Dias, *o.c.*, § 521).

O arrependimento, como fruto maduro da consciência consequente, é o dado central para a prognose executório-penal, ao contrário do que se passa com o mero remorso, fruto seco da consciência impropícia, simples retrospectiva ineficaz. Com o remorso, está-se a querer que não tenha havido o crime; sofre-se por isso, uma vez que não se consegue apagar o passado (cf. Jean Lacroix. *Filosofía de la culpabilidad*. Barcelona: Herder, 1980, p. 57). O puro remorso revela uma “fascinação pelo sortilégio do pecado” (Jankelevitch): este modelo impressionante do homem remodente que foi Judas Iscariote não podia escapar da desesperação e do suicídio (Lacroix). Não basta uma visão crítica qualquer acerca de um passado criminoso: a verdadeira interiorização penitencial deve levar ao “élan vertiginoso do arrependimento” (Roger Merle. *La penitence et la peine*. Paris: Cerf-Cujas, 1985, p. 34). O arrependimento, por sua vez, olha o passado para que o porvir seja diverso (Lavelle). É, por assim dizer, um “remorso recolhido, refletido, eficaz” (Lacroix). Não ter arrependimento quanto aos delitos praticados é, em resumo, não ter um projeto sério de viver um futuro que lhe seja diverso.

A instituição de um programa grave no ambiente presidiário voltado à formação da consciência consequente dos presos é um motivo de esperança para as cidades, mas um projeto pedagógico, para não ser frustrâneo, não pode abdicar de alguns supostos específicos:

(I) o de que a educação da consciência consequente, ainda que se dirija à universalidade dos condenados, não pode esperar, seriamente, um êxito plenário: a desmentir a insistente retórica dos teóricos da ressocialização, há o fato de criminosos irrecuperáveis.

(II) Não se pode tratar, razoavelmente, da formação de uma consciência presidiária apartada da consciência que se reclama da comunidade: no conhecimento do bem e do mal, na ciência das prescrições e das proibições, no amor da verdade e no ódio à falsidade não podem educar-se os presos se os estados não ensinam esses valores a todos os cidadãos. Alguns desses estados, frequentemente não só laicos, mas proclamadamente alheios das questões morais, implicitam, quando não o afirmam claramente, sua neutralidade em relação ao bem e ao mal. Vai agora longe o tempo em que García Moreno afirmou: “Libertad para todo y para todos. Menos para el mal y malhechores”. Não basta, porém, que, do “lado de fora” dos cárceres, promovam-se o paliativo da miséria, realizações urbanísticas, a assistência à saúde e a melhoria da instrução, medidas todas importantes, mas que não suprem a falta de fortalecimento das famílias e

a restauração moral que devem estimular-se para todos os cidadãos, incluídos os presos, que são parte do povo todo de sua comunidade política.

(III) Estados que se conduzem indiferentes à questão moral, estados que negam leis superiores a si próprios, debilitam sua autoridade penal. Donoso Cortés disse com razão que, ao negar as leis morais, caem os estados em contradição manifesta e evidente, pois, ao mesmo tempo, afirmam o delito e negam o pecado, afirmam seu próprio poder e negam o de Deus: por isso, historicamente, à secularização dos estados sucede a relaxação das penas, e Donoso reconheceu que “las teorías laxas de los criminalistas modernos son contemporáneas de la decadencia religiosa, y su predominio en los códigos es contemporáneo de la secularización completa de las potestades políticas” (in Obras Completas. Madrid: BAC, 1970, tomo 2, p. 675). Não surpreende, assim, que Yacobucci, depois de visitar criticamente a questão histórica do poder sancionador do estado, registre que, em nossos tempos, a crise pareça ser “la compañera inseparable de la reflexión penal” (in La deslegitimación de la potestad penal. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 350).

(IV) Não é viável a singela enunciação teórica do campo da consciência, como se sua formação demandasse mero empenho intelectual dos condenados. Não se cuida só de informação da consciência, mas, isto sim, de sua formação, de modo que seu objeto, além de conhecer-se, se admita e viva (cf. HELMUT

WEBER, Teología Moral General. Barcelona: Herder, 1994, p. 222 et sqq.).

(V) Arrepende-se do crime não é iludir uma pena justa. É exatamente aceitá-la, como legítima retribuição da culpa. A pena justa só tem verdadeira eficácia liberatória quando o condenado reconhece que deve pagá-la: o estado deve a pena à vítima, à sociedade e ao delincente (Merle, *La penitence et la peine*, o.c., p. 132 e 150).

(VI) Educar para viver com justiça – atendendo ao *suum cuique tribuere*, ou seja: a em tudo agir o bem devido a outrem e evitar o mal que lhe seja nocivo – é missão pouco favorecida quando os estados não afirmem ser-lhes superior e anterior a diferença entre o bem e o mal. Não é humanamente esperável que os criminosos, os atuais e os potenciais, possam persuadir-se a observar o bem e a evitar o mal, se o bem e o mal não passarem de instituições transitórias que os estados, com imprudente labilidade, fundam em seu próprio arbítrio.

(VII) Educar para viver em liberdade e para viver a liberdade é educar, em última instância, para as verdades infinitas. De fato, uma liberdade demarcada pela finitude de seu objeto já não seria liberdade, mas constrangimento. Estados que, por negarem o Bem Comum infinito, recusam-lhe o amor do Fim, não sabem e não podem ensinar a liberdade (ou amor) dos meios: não sabem e não podem, seriamente, educar para a derradeira de nossas liberdades.

(VIII) Levar ao arrependimento pelo crime praticado é convencer que a sociedade é ordem de relações fraternas (cf. Alain Peyreffite. “Les chevaux du lac Ladoga”, in De La France. Paris: Omnibus, Paris, 1996, p. 888). Recongregar ovelhas desgarradas supõe que elas não se incentivem a prosseguir em sua fuga: se os estados toleram franquias para a exaltação dos vícios e chegam a acolher o que Roger Merle qualificou como “certas formas de criminalidade intrínseca (aborto, eutanásia)” (La penitence et la peine, o.c., p. 139), como será possível reformar a consciência de um preso e ajudá-lo a desvelar o significado expiatório e penitencial de sua pena jurídica?

(IX) Há um Código, enfim, que pode resumir aquilo que os estados hão de ensinar a seus presos e demais cidadãos, se é que os desejam verdadeiramente livres e justos: trata-se de um Código de moral natural que tem “suas raízes no coração do homem, na razão do homem, na natureza do homem” – *in corde hominis, in mente hominis, in natura hominis* –, embora seja também um Código de moral sobrenatural, “precisado, verificado e assinado por Deus” (Léon Désers. La morale dans ses principes. Paris: Poussielgue, 1905, p. 14-5). Esse Código, o Decálogo, constitui, em palavras de Jüngen Baumann, a essência de um autêntico direito penal (in Derecho Penal. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 3).