

**Pontifícia Universidade Católica De São Paulo  
PUC - SP**

**Larissa Pizzotti Faiçal**

**Estudo teórico das funções clássicas da pena à luz da psicanálise  
freudiana**

**MESTRADO EM DIREITO**

**São Paulo  
2021**



**Pontifícia Universidade Católica De São Paulo**

**Larissa Pizzotti Faiçal**

**Estudo teórico das funções clássicas da pena à luz da psicanálise  
freudiana**

**Mestrado em Direito**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de MESTRE em Direito Penal, sob orientação do Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques.

**São Paulo**

**2021**

F159 FAIÇAL, Larissa Pizzotti

Estudo teórico das funções clássicas da pena à luz da psicanálise freudiana/Larissa Pizzotti Faiçal. – São Paulo, 2021.  
144p ; 29 cm

Orientador: Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques.  
Dissertação (Mestrado) - - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudo de Pós-graduação em Direito.

1. Funções clássicas da pena 2. Psicanálise freudiana 3. Vingança. I. Marques, Oswaldo Henrique Duek. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudo de Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Banca Examinadora

Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Oswaldo Peregrina Rodrigues \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Luciano de Freitas Santoro \_\_\_\_\_

*Suplentes*

Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira \_\_\_\_\_

Profa. Dra. Ryanna Pala Veras \_\_\_\_\_



Com todo meu afeto, dedico este trabalho a minha saudosa vó Leda (*in memoriam*), aos meus amados pais Nilza e Carlos e ao meu mais que estimado irmão Leonardo.



## **AGRADECIMENTOS**

Nestas breves linhas, registro o afetuoso agradecimento aos aqui citados, aduzindo, de forma inicial, que as palavras jamais seriam suficientes para expressar a gratidão nutrida. Assim, e de forma inicial, agradeço a Deus pela vida e pelas infindáveis possibilidades que ela carrega.

Aos meus pais Nilza e Carlos que sempre acreditaram em mim e possibilitaram o meu estudo no mestrado e em tantas outras artes e loucuras nas quais quis me debruçar. A minha saudosa avó Leda, que mesmo não estando fisicamente, se faz presente em meu coração todos os dias. Agradeço o depósito inesgotável de amor. Ao meu querido irmão Leonardo, com quem posso partilhar a vida em tantos aspectos, por me inspirar e me ensinar a amar e a valorizar a música, arte e poesia desde pequena.

Ao meu estimado orientador Oswaldo Henrique Duek Marques por todos os valiosos ensinamentos e por compartilhar os seus conhecimentos nas aulas e inúmeras produções bibliográficas que oferecem um campo de pesquisa àqueles que buscam relacionar direito e psicanálise.

Aos meus queridos professores da graduação e pós-graduação Humberto Fabretti e Alexis Couto de Brito por inspirarem e compartilharem o conhecimento. Aos professores que tive a oportunidade de conhecer no mestrado e que marcaram esta trajetória: Willis Santiago, Pedro Serrano e Gustavo Junqueira.

Ao meu amado João Antonio, por simplesmente tudo e, claro, ao meu pequeno companheiro Cebolinha, que esteve ao meu lado a cada uma das palavras escritas nesta dissertação, literalmente.



A minha querida amiga Laisa, pessoa pela qual nutro profunda admiração. Obrigada por me ouvir e por me mostrar que a distância nunca separa duas pessoas que se estimam, respeitam e se amam.

A minha querida amiga Suellen, que tive o prazer de conhecer durante essa pós e que me ensinou tanto, mas, principalmente, que mesmo adultos podemos fazer amigos de infância.

A meus amigos de faculdade, com quem fiz relações profundas e duradouras e que resistem ao tempo. Escrevo sorrindo os nomes de Guilherme Diniz, Caio Melo, Samir Oswaldo, Daniel Holanda, Daniel Formica, Alison Franca e Guilherme Cardim.

Aos amigos que conheci na PUC e que levarei para toda a vida: Maria, Armando e Fernando. Aos alunos do crédito de Direito e Psicologia, com quem compreendi a transferência em grupo.

Aos meus colegas do Sedes Sapientiae e as minhas professoras de psicanálise Daniela e Silvia, com afeto. A Maria Inês Tassinari pela arte da escuta.

À querida Mônica que tanto me auxiliou. À Nadja Leitão, Laura Ferreira e Natasha que sustentaram minha força e fé durante a caminhada.



“Ao cantar no escuro, o andarilho nega seu medo, mas nem por isso enxerga mais claro” - Freud, 1926.



## RESUMO

As funções da pena tem sido tema debatido durante várias décadas pelos estudiosos do direito penal, criminologia e demais ciências que se interessam pelo tema. Não obstante, as respostas oriundas da pesquisa em que reprisa a utilização única do direito tem oferecido, invariavelmente, as mesmas respostas de outrora, que reside nas teorias absolutas e relativas, mormente na função vindicativa, retributiva e intimidatória da pena. Por tal razão, e tentando ampliar os conhecimentos presentes nestas proposições já tão elaboradas, o presente trabalho se propõe a analisar tais funções da pena à luz da psicanálise freudiana. Assim como a vingança nasce junto ao direito penal, o desenvolver histórico reelaborado pelo método psicanalítico do retorno do recalado possibilita a leitura de que novas roupagens foram ocupando o lugar do primeiro ritual punitivo e de que o então pai da hora se transforma no pai Estado. A união de cada uma das teorias tratadas e os conceitos psicanalíticos habilitam uma leitura atual do punir, unindo sociedade e complexidade.

Palavras-chave: Funções da Pena; Totem e Tabu; Direito e Psicanálise; Funções Clássicas da Pena.



## **ABSTRACT**

The functions of the penalty have been a topic debated for several decades by scholars of criminal law, criminology and other sciences interested in the subject. Nevertheless, the answers from the research that reprises the single use of the law has invariably offered answers from the past, which reside in absolute and relative theories, especially in the vindicative, retributive and intimidating function of the penalty. For this reason, and trying to expand the knowledge of these propositions, which are already so elaborated, the present work proposes an analysis of such functions of the penalty in the light of Freud's psychoanalysis. Just as revenge is born in criminal law birth, the historical development re-elaborated by the psychoanalytic method of the return of the repressed allows the reading that new clothes were taking the place of the first punitive ritual and that the then father of the hour becomes the father State. The union of each of the treated theories and the psychoanalytic concepts enable a current reading of punishing, uniting society and complexity.

Keywords: Penalty Functions; Totem and Taboo; Law and Psychoanalysis; Classic Pen Functions.



## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>22</b>
-------------------------	-----------

### **CAPÍTULO I**

<b>1 AS RAZÕES DE PUNIR .....</b>	<b>28</b>
<b>1.1 Por que estudar e definir os fins da pena? .....</b>	<b>28</b>
<b>1.2 O estudo interdisciplinar .....</b>	<b>38</b>
<b>1.3. A psicanálise como saber contribuinte .....</b>	<b>41</b>

### **CAPÍTULO II**

<b>2 A PENA COMO VINGANÇA.....</b>	<b>48</b>
<b>2.1 Da vingança de sangue à vingança privada .....</b>	<b>48</b>
<b>2.2 As contribuições psicanalíticas.....</b>	<b>57</b>
2.2.1 A formação civilizatória e o desejo.....	58
2.2.2. O parricídio como crime primordial .....	61
2.2.3 A vingança como ritual extirpador do desejo de transgredir .....	68

### **CAPÍTULO III**

<b>3 A PENA COMO RETRIBUIÇÃO.....</b>	<b>76</b>
<b>3.1 Entre a vingança e a retribuição .....</b>	<b>76</b>
<b>3.2 As diversas vertentes da retribuição .....</b>	<b>78</b>
3.2.1 A retribuição divina .....	78
3.2.2 A retribuição ética de Kant.....	80
3.2.3 A retribuição jurídica de Hegel.....	84



<b>3.3 A crítica doutrinária perante as modalidades retributivas .....</b>	<b>87</b>
<b>3.4 As contribuições psicanalíticas.....</b>	<b>91</b>
3.4.1 Do pai totêmico ao pai estatal.....	91
3.4.2 A pena como manifestação da agressividade humana.....	96
3.4.3 A concepção hegeliana e o ritual neurótico obsessivo .....	104

#### **CAPÍTULO IV**

<b>4 A PENA INTIMIDATÓRIA.....</b>	<b>108</b>
<b>4.1 A prevenção geral negativa.....</b>	<b>108</b>
4.1.1 A Teoria de Domenico Romagnosi .....	110
4.1.2 Feuerbach e a teoria da coação psicológica.....	112
<b>4.2 Das críticas à pena intimidatória .....</b>	<b>114</b>
<b>4.3 A contribuição psicanalítica.....</b>	<b>119</b>
4.3.1 A pena como reforço do superego.....	119
4.3.2 O ritual preventivo-expiatório .....	124
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>130</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>134</b>



## INTRODUÇÃO

A pós-modernidade, aliada ao aumento da prática de delitos e conseqüente encarceramento em massa, vem mostrando que os estudos interdisciplinares são imprescindíveis não apenas para a compreensão social, mas também para a localização de medidas alternativas mais eficazes para a redução da criminalidade e das excessivas punições. O demasiado apego à dogmática e à crença de que o Direito basta ao Direito tem causado a repetição das mesmas respostas de outrora a questões antigas, mas, que, revestem-se da complexidade da sociedade atual.

A elaboração de novas e inúmeras leis esparsas se tornaram hábito na política criminal nacional e a crescente criminalização das mais diversas condutas encontra seu apogeu ano após ano, enquanto o direito penal vem retornando a seu estado máximo, como na pretérita época de seu nascimento. Para o incremento das penas e das possíveis condutas, as funções da pena tomam palco para legitimar a aplicação de uma sanção penal ao indivíduo criminoso – ainda que a pena se demonstre ineficaz. Assim é que a própria existência de incontáveis teorias e infindáveis dúvidas acerca das funções da pena demonstram que outros aspectos, para além do próprio Direito, influem na existência da sanção penal. O porquê de punir reveste-se de complexidade, e a mera leitura e a aceitação do que há já não bastam para dirimir questionamentos.

Desse modo, acredita-se que, para melhor análise das teorias que legitimam o punir e a conseqüente obtenção de transformações mais efetivas no âmbito social, é preciso o auxílio da interdisciplinaridade, a somatória de um saber dialogante. Sendo assim, na busca pelo entendimento sobre a finalidade da pena sob um viés interdisciplinar, procedeu-se à pesquisa no direito penal, pois, além de possuir na função da pena uma de suas mais elaboradas inquietações, possibilita o encontro de saberes e a convergência de olhares plurais.

Complementarmente, a fim de tornar o presente estudo de fato interdisciplinar, escolheu-se a psicanálise como área suplementar para os conhecimentos próprios das ciências criminais. A preferência pela psicanálise deu-se em razão de sua característica própria, viabilizando a escuta e concedendo o *locus* de fala ao interlocutor – algo específico da clínica psicanalítica. Além disso, nas palavras de Salo de Carvalho (2008, n.p.) “cada vez mais é possível dizer que o Direito não tem salvação sem o discurso psicanalítico”. No entanto, ao debruçar mais detidamente na leitura de obras que fizessem intersecção entre direito penal e psicanálise, verificou-se a escassez de escritos que relacionassem o fim da pena a questões do psiquismo – sejam estas daquele que cometeu o delito de forma individual, sejam da própria coletividade.

Portanto, unindo o conhecimento adquirido nas aulas ministradas no mestrado aos novos ensinamentos aprendidos no curso de psicanálise no Instituto *Sedes Sapientiae*, deu-se início às pesquisas sobre a finalidade da pena sob o viés psicanalítico, sempre dando enfoque à obra de Freud, reconhecido pai da psicanálise. Dessa união, surgiu a pesquisa temática e, conseqüentemente, o desenvolvimento da presente dissertação. Por razões esclarecidas nesta breve introdução, pretende-se estudar o porquê da necessidade de aplicar a pena tanto no que concerne a própria sociedade, quanto no que se refere ao próprio indivíduo criminoso e à sua busca por punição, sob o olhar intrínseco da psicanálise e seus conceitos clínicos.

Assim é que se desenvolve o estudo das funções da pena com o auxílio da psicanálise freudiana e seus conceitos. Para tanto, a função da aplicação da reprimenda criminal será analisada tanto para a coletividade, quanto para o indivíduo que comete delitos – relação desenvolvida durante todo o texto, afinal, foram as questões individuais de seus pacientes que levaram Freud à aplicação social e problematização da cultura. Além disso, o foco será dado às conhecidas funções clássicas da pena, mormente as teorias da pena como vingança, retribuição e intimidação, acrescendo a elas explicações próprias dos conceitos psicanalíticos. Ou seja, demonstrar-se-á a razão psicanalítica que poderia servir de base para a existência de tantas teorias que tentam, incessantemente, legitimar a existência da sanção penal.

Torna-se claro, portanto, que a obra freudiana é a espinha dorsal desse escrito e, juntamente a ela, serão analisados os trabalhos oriundos das próprias ciências criminais e seus reconhecidos autores, bem como as relevantes pesquisas que unem direito penal e psicanálise – o sustentáculo será feito pelos pilares da ciência criminal e da psicanálise em união. No que concerne ao campo psicanalítico, é importante esclarecer que foram escolhidos os escritos de Freud que apresentam caráter social e voltam-se à compreensão da sociedade, da moral e do mal-estar. No entanto, a fim de auxiliar o entendimento do leitor e robustecer a narrativa, também optou-se por obras em que são explicados conceitos-chave próprios da clínica psicanalítica que, por sua mera existência, possibilitam a própria condição do pensar.

Para o desenvolver da pesquisa, informa-se que foram utilizados, precipuamente, os seguintes textos freudianos: *A Instrução Judicial e a Psicanálise* (1906), *Atos Obsessivos e Práticas Religiosas* (1907), *A Moral Cultural e o Nervosismo Moderno* (1908), *O Caso Schreber* (1911), *Totem e Tabu* (1912-1913), *O Interesse da Psicanálise* (1913), *Introdução ao Narcisismo* (1914), *Instintos e seus Destinos* (1915), *A Repressão* (1915), *O Inconsciente* (1915), *Considerações Atuais Sobre a Guerra e a Morte* (1915), *Alguns Tipos de Caráter Encontrados na Prática Psicanalítica* (1916), *Além do Princípio do Prazer* (1920), *Deve-se Ensinar Psicanálise nas Universidades* (1919), *Introdução à Psicanálise das Neuroses de Guerra* (1919), *Psicologia das Massas e Análise do Eu* (1921), *Uma Neurose do Século XVII Envolvendo o Demônio* (1923), *O Mal-estar na Cultura* (1930) e *Por que a Guerra* (1932).

Após o rol elencado, sem prejuízo da análise de outras obras freudianas e daqueles que a comentaram, há a apresentação de produções típicas do campo do Direito Penal que se voltaram ao estudo da finalidade da reprimenda social e que foram objeto desta pesquisa, tais quais: *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (ROXIN, 1986), *Do Caráter Vingativo da Pena* (ISEHARD, 1987), *Sobre a Teoria da Pena* (JAKOBS, 1998), *A Função da Pena* (LESCH, 1999), *Penas e Medida de Segurança no Direito Penal Brasileiro* (SALO DE CARVALHO, 2013), *Direito Penal* (ROXIN, 2006), *Fundamento e Finalidade da Sanção* ((FALCON Y TÉLLA, M. J.; FALCON Y TÉLLA, F., 2008), *Fundamentos da Pena* (DUEK MARQUES, 2016) *Direito Penal Brasileiro* (ZAFFARONI, 2017) e *Direito Penal* (SANTOS, 2020).

Por fim, conforme já descrito, foram consideradas as compilações daqueles que já se propuseram a estudar a pena com o auxílio de conceitos psicanalíticos. Em tempo, ressalta-se que esse repertório estará presente em menor volume, uma vez que essa espécie de união de conhecimentos tem sido explorada de forma mais escassa por pesquisadores – uma das razões de escolha da temática. Dessa maneira, também há indicação das seguintes obras: *Criminologia Crítica e Psicologia Criminal* (ALVINO DE SÁ, 2019), *Criminologia Crítica do Direito Penal* (BARATTA, 2002), *Contribuições para a Compreensão do Nazismo* (DUEK MARQUES, 2017), *O Crime à Luz da Psicanálise Lacaniana* (MOTTA, 2017), *Psicanálise e Criminologia* (MOLLO, 2019) e *Teoria da Pena: Direito, Vingança e Direito Penal* (VANZOLINI, 2020). Expõe-se ao leitor que a escolha da bibliografia se deu de forma cuidadosa, elencando autores que possibilitassem a reflexão crítica sobre a finalidade da pena em seus mais diversos aspectos. Ainda, atentou-se a obras cujos escritos do direito penal e da psicanálise admitissem a união de conhecimentos, bem como o uso de conceitos para promover a condição de pensar e refletir a sociedade.

Meditando sobre o afirmado pelos autores expostos, denota-se que, se de um lado, há uma sociedade que busca, incessantemente, a criminalização de condutas e a punição dos indivíduos, por outro, há aqueles que cometem delitos de forma reiterada, muitas vezes, sem qualquer amparo racional. Isso aguça a curiosidade do pesquisador e justifica o *objeto* desta pesquisa. A fim de responder a tantas indagações, mesmo que de forma diminuta, e contribuir a esta incessante tentativa de entendimento da função penal, tenta-se agregar possibilidades satisfatórias à seguinte questão: qual a contribuição da psicanálise freudiana para a compreensão das elaboradas funções da pena?

De modo particular, a escolha deste tema e pergunta de pesquisa se justifica por vários motivos, de tal modo que se julga ser mais conveniente fazer uma abordagem sucinta e expor os principais do que tentar tocá-los todos. Primeiramente, ressalta-se a novidade na forma de aplicação dos conceitos próprios da clínica psicanalítica para entender questões relevantes à sociedade e ao direito penal. Isso porque é possível perceber que a Dogmática Penal se faz insuficiente para solucionar o mal-estar social, e o Judiciário, por meio de normas penais, tem demonstrado que as barreiras de seu sistema são permeáveis, permitindo que a visão social interfira

nas elaborações legais que buscam, obstinadamente, crescentes incriminações que não alcançam seu objetivo redutor do cometimento de delitos.

A relevância social desta pesquisa se justifica com base no fato de que toda essa falta de ponderação social sobre a inflição de punição ao outro e a concordância do Judiciário deságua na reiterada condenação da conhecida “clientela do direito penal”, constituída por pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, geralmente, pertencentes às minorias e que precisam de alguma solução. Ao judiciário se faz relevante sempre reiterar que esse propósito supostamente nobre de acalantar a maior parte da população é temerário e se justifica na reminiscência da incivilidade no humano. Com este trabalho, o pesquisador espera contribuir com o meio jurídico e social, trazendo novos estudos sobre o tema e demonstrando como uma simples alteração de compreensão social da pena pode tornar possível repensar o porquê de por tanto tempo haver a primieva punição do outro a despeito do notório conhecimento de que bons frutos dela não podem advir.

Para alcançar o objetivo proposto, metodologicamente adotou-se a denominada pesquisa bibliográfica. Para tanto, foram fonte de estudo diversos e relevantes escritos pertencentes às áreas do direito penal, da criminologia e da psicanálise, que auxiliassem na busca pela resposta da problemática inicial. As obras do direito penal, a princípio, embasam as finalidades da aplicação de sua reprimenda para, depois, possibilitar a identificação de textos freudianos que ajudem na compreensão dessas teorias. Por fim, haverá a comparação do que for extraído deste estudo aos resultados apresentados por produções bibliográficas que já trataram dessa específica junção das áreas do conhecimento.

Como delimitação metodológica, será dada preferência à análise das teorias absolutas da pena e à denominada prevenção geral negativa, conjugando as explicações do direito penal aos conceitos e reflexões psicanalíticas. Denota-se que este estudo se trata de uma pesquisa qualitativa, cujos resultados, embasados em pesquisas teóricas, serão desenvolvidos e explicados no decorrer da dissertação. Dessa forma, o trabalho final será dividido em quatro capítulos, a fim de expor as argumentações clara e detidamente e de chegar à devida resposta para a problemática inicialmente proposta no presente projeto.

No primeiro capítulo, intitulado “As razões de punir”, serão elucidados os motivos pelos quais se faz necessário o frequente estudo da finalidade da sanção penal, tratando sobre a importância de um estudo interdisciplinar para este fim, bem como sobre os cuidados necessários para a precisa união entre o direito penal e a psicanálise, para que esta proveitosa união não seja objeto de retrocessos. No segundo capítulo, “A Pena como Vingança”, será analisada a função da pena como vingança, relacionando-a ao complexo de Édipo e tomando como marco teórico a obra *Totem e Tabu (1912-13)*, escrito no qual Freud aplicou conceitos clínicos próprios das neuroses para compreender a cultura e protagonizar uma nova forma de se historiografar a civilização. Será abordada a forma como a vingança se relaciona às antigas pulsões experienciadas pelos antepassados que viviam em épocas menos civilizadas e como elas perduram no homem até a atualidade.

No terceiro capítulo, intitulado “A pena como retribuição”, analisar-se-ão tanto a função retributiva da pena quanto a forma como esta defende o retorno ao *status quo* social por meio da infligência de dor ao indivíduo que descumpriu a norma penal. E, para melhor elucidação desse tópico, as hipóteses de Kant e Hegel são altamente importantes para esse entendimento. No que concerne à contribuição da psicanálise, será explicado como adotar a retribuição da pena e legitimar a infligência de dor ao outro, de forma controlada e deliberada, faz alusão a conceitos próprios da psicanálise, como pulsão de morte, sadismo e fetichismo. Por fim, haverá a inter-relação entre o ritual punitivo e os rituais neuróticos obsessivos.

O último capítulo da dissertação, “A Pena Intimidatória”, ocupará-se da função preventiva geral negativa da sanção penal. As teorias desenvolvidas por Romagnosi e Feuerbach serão o principal tema, relacionando-se a escritos de Freud e Girard. Nessa conjunção, o papel do processo de ab-reação e da denominada catarse será explorado para impedir a realização de delitos. Ainda, a conexão entre a intimidação social causada pela lei e a utilização dos rituais neuróticos e religiosos serão abordados como mecanismo de extirpação das pulsões e reforço do superego.

## **1 AS RAZÕES DE PUNIR**

Neste primeiro capítulo será oferecido um introito acerca da relevância do estudo das razões de punir, bem como necessidade do uso da técnica interdisciplinar para que se faça uma análise temática mais condizente com a complexidade atual. Ainda, será abordada a escolha da psicanálise para complementar o estudo do Direito Penal e como ela pode servir de remédio à “ferida narcísica” das ciências criminais.

Para tanto, inicialmente demonstrar-se-á que, apesar das funções da pena serem objeto de reiterado estudo, ainda há questões que permanecem indiscutidas. Ato contínuo, serão apontadas as razões pelas quais o estudo do punir é relevante para a sociedade e aos sujeitos processuais. Posteriormente, será demonstrado como o estudo interdisciplinar pode ampliar a perspectiva do pesquisador do Direito que, a despeito de se deparar com um tema recorrente, poderá ter um aporte diferenciado e que comunique sociedade, pena e complexidade. Por fim exporemos a razão da escolha da psicanálise como saber dialogante e os devidos cuidados a serem tomados pelo pesquisador para que não se reafirmem antigas práticas positivistas e higienistas.

### **1.1 Por que estudar e definir os fins da pena?**

As questões que envolvem os fins da pena estatal são recorrentes e sempre se fizeram presentes nas reflexões dos pensadores, atravessando as mais diversas épocas. A inquietação sobre o tema nunca foi unicamente dos estudiosos do Direito, ela também pertenceu aos autores da Filosofia, Sociologia, Psicologia e da própria Literatura. A despeito de haver séculos de estudo, a função da pena continua a levantar muitas indagações, o que faz dela um tema extremamente atual. A mais clara

razão para isso é o fato de a sociedade estar em constante evolução, assim como suas concepções morais e as próprias normas do Direito positivado.

Para o pesquisador do Direito, e um verdadeiro impacto social, não é permitido o contentamento com as respostas de outrora e, tampouco, a reflexão apenas sobre o conhecimento já positivado. Na realidade, e de modo que seja feita a verdadeira incursão no mundo do Direito, é necessário àquele que intenta estudar a temática estar disposto a fazer interlocuções atuais sobre aquilo que já se conhece, para que, de alguma forma, se trace um novo caminho que possibilite uma resposta mais global, condizente com o nível de complexidade da sociedade atual e atenta ao mal-estar da sociedade contemporânea. Nesse exato sentido, Roxin (2004, p.15) leciona que a temática dos fins da pena é questão deveras antiga, mas que se renova em todas as eras e necessita ser estudado e reestudado, pois intimamente ligado à legitimidade do poder punitivo estatal:

A pergunta acerca do sentido da pena estatal surge como nova em todas as épocas. Com efeito, não se trata em primeira linha de um problema teórico, nem sequer de reflexões como as que se costumam fazer em outros domínios, sobre os sentidos desta ou daquela manifestação da vida, mas de um tema de enorme actualidade prática: com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida? Esta é uma pergunta acerca da legitimação e dos limites do poder estatal; daí é que não nos possamos contentar com as respostas do passado, posto que a situação histórico-espiritual, constitucional e social do presente exige que se penetre intelectualmente num complexo de várias facetas, baseado em projectos continuamente em transformação.

Da orientação de Roxin se extrai a importância da indagação que intitula este tópico e permeia o desenvolvimento de toda a dissertação. Como seria possível, em um Estado Democrático de Direito, impor uma sanção a um indivíduo sem esclarecer por que o faz? E mais, indaga-se como poderia um Estado, baseado em pilares democráticos, não se dedicar ao entendimento do fim da sanção pena, para além da mera previsão de prevenção e reprovação constante do artigo 59, *caput* do Código Penal. A ausência de resposta sobre a função da reprimenda subjuga o indivíduo à mercê estatal. Do mesmo modo, o poder punitivo não encontra limites ou amarras

inerentes à concepção social das razões de punir, e ao magistrado é legitimada a aplicação da sua concepção de fim da pena.

As inquietações supracitadas, ainda que de forma sintética, demonstram que estudar o fim da aplicação da sanção penal é atual e requer uma análise contínua por parte do pesquisador do Direito. Apesar de, exatamente por esta razão, ser um tema estudado desde a Antiguidade, não é possível dizer que ele está “fora de moda”, posto que “desde os anos 40 os estudos teóricos a respeito se multiplicam, o que demonstra inesgotável conteúdo da matéria, sempre aberta a novos enfoques” (FALCÓN Y TELLA, M.J.; FALCÓN Y TELLA, F., 2008, p.28). Contudo, e a despeito desta multiplicação de trabalhos sobre a temática, é notável pelo estado da arte que a pesquisa sobre as funções da pena não tem sido prioridade da dogmática jurídica nacional – que mais se dedica às puras alterações legislativas e à análise de seu conteúdo com base na taxatividade. Ademais, Salo de Carvalho (2012, p.64) explica que além desta desconsideração da dogmática pelo tema, constata-se que o problema dos fins da sanção penal “transcende a ciência dogmática do direito (penal)”.

Apesar de muitos já terem se dedicado ao estudo do presente tema, há certo costume, dentro da metodologia da pesquisa científica, de apenas dizer, de forma referenciada, aquilo que já foi afirmado, sem atentar à contribuição que pode ser feita pela leitura contemporânea dos escritos – leitura esta amparada, inclusive, por outras ciências que não as jurídicas. Nas palavras de Roxin (2004), há o contínuo repetir do saber por “mera repetição”. Por tal razão, a união entre direito penal e outras ciências tem sido escanteada e à sociedade são impostas normas desamparadas de uma função real e imbuídas apenas de vontade legislativa, atinada à pura normatividade.

A relevância de se determinar as “razões de punir” possui diversos ângulos, os quais permitem variados prismas metodológicos e possibilitam diferentes conclusões que, ao se agregarem, viabilizam medidas práticas mais adequadas ao atual nível de complexidade alcançado pela pós-contemporaneidade. Em acréscimo à importância investigativa metodológica, aos indivíduos que transgridam a norma penal também se faz necessário justificar os motivos pelos quais o Estado pode persegui-los e tirar-lhes seu bem jurídico mais precioso: a liberdade garantida constitucionalmente. Em outras palavras, entende-se que todos têm o direito de saber

qual a finalidade de sua punição e como ela, de alguma forma, auxilia na manutenção da ordem social.

Diante da evolução social, explicita-se que a pena estatal precisa ser justificada de forma recorrente e que sua importância vai muito além do interesse retórico por si só. Como já afirmado, a elaboração sobre a questão das razões de punir, ainda que em análises bibliográficas como a presente, permite impactos na concepção social da pena – não apenas no que concerne à edição de leis redigidas com mais acuidade finalística –, assim como uma forma mais adequada de aplicação da pena em si. Pensando nisso, Tatjana Hörnle (2020) formulou diversas perguntas às quais o estudo da finalidade da pena deve atender. Por óbvio, a própria existência de diversos questionamentos que circundam um mesmo tema, por si só, denota a sua importância e relevância. Aqui, por questões metodológicas, não serão elaboradas reflexões sobre cada uma delas. No entanto, fica claro que a atenção a determinado aspecto deste prisma pode ajudar a esclarecer um pouco do todo.

Assim, Hörnle (2020, p. 20) expõe que:

A questão relativa ao “sentido da pena” deve ser esclarecida a partir das seguintes perguntas: 1. Qual a finalidade das normas penais? 2. As normas penais são legítimas perante os afetados? 3. Qual o sentido das condenações criminais? 4. É legítima a imposição da pena perante os apenados?

Destas mesmas questões, é possível extrair, novamente, que o ato de estudar as funções da pena é relevante por inúmeras facetas e todas elas são legítimas a impulsionar o interesse pela temática. Contudo, esta legitimidade ultrapassa também o mero dogmatismo, posto que, quanto melhor o conhecimento do porquê e para que legislar, mais direcionada será a positivação deste objetivo – que pertence à sociedade tanto quanto ao legislador – e a aplicação da lei penal realizada pelos magistrados no caso concreto. Nesse sentido:

A resposta a essa pergunta [“por que punir?”] tem interesse prático imediato pois é do “porquê” que deriva o “quando” e o “como” punir, ou seja, toda a dogmática penal e mesmo as escolhas político-

criminais devem ser funcionalizadas a um determinado fim que se possa identificar. (VANZOLINI, 2019, p.19)

Se de um lado há a relevância da determinação da função da pena para o próprio Estado, apontando-lhe o limite do seu poder punitivo e o que deve tentar almejar com a positivação de sua vontade – o que pode acarretar, inclusive, numa lei penal mais taxativa –, há também o benefício próprio dos operadores do Direito. O magistrado, de forma conjunta ao promotor de justiça e defesa, poderá pautar a forma e necessidade da reprimenda, observando a finalidade da pena, possuindo, deste modo, um guia alternativo à pura interpretação da norma e a sua consciência pessoal da razão pela qual se deve castigar.

É verdadeiramente questionável se a interpretação magistral teria alguma alteração perceptível caso houvesse, de fato, um consenso absoluto sobre a finalidade da pena. Claro que, deste consenso, seria possível a combinação das mais diversas finalidades, como já dito. Do mesmo modo, esta anterioridade, seja da finalidade da pena, seja da própria criminalização de condutas, também deve ser considerada com relação ao infrator.

É fato que, por uma orientação constitucional, inerente ao Estado Democrático de Direito, não há crime sem a prévia cominação legal (*nullo crimen sine lege*), tampouco a aplicação de pena sem a devida anterioridade legislativa (*nulla poena sine lege praevia*). No entanto, esta proteção ao possível infrator e cidadão é diminuta, posto que ele também é necessário justificar qual a finalidade de sua punição. Certamente que todo ato contrário à norma tem para si prevista uma sanção. No entanto, não se faz verdadeira a afirmação de que todo indivíduo sabe a exata finalidade de sua punição, ou ao menos as possíveis razões dela. Entende-se que, num Estado pautado pela democracia, todo indivíduo membro da sociedade tem o direito de entender o motivo de sua punição ser relevante à tão falada “manutenção da ordem social”. Assim, é preciso que ao indivíduo se apresente qual a finalidade de sua pena, para que a ele, inclusive, seja dada a oportunidade de concordar ou não, ainda que utopicamente. Esta explicação tira do apenado seu caráter de propriedade, caracterizado pelo constrangimento de sua dignidade humana extraída deste “não

saber”, desta falta de justificação de sua pena (KANT, 1797). A imposição de uma pena é “obviamente, algo negativo para o condenado, o que nos obriga a ponderar cuidadosamente os argumentos que permitam legitimar a imposição de uma sanção de semelhante natureza” (OLIVÉ *et al*, 2011, p.192)

Kant articula a instrumentalização do indivíduo por meio da pena imposta com finalidade diversa à retribuição. No entanto, mesmo que a definição de um determinado fim da pena caracterize a temida instrumentalização, esta concepção não deve obstar uma discussão mais aprofundada da verdadeira função da pena estatal. Inclusive, por meio dela, será possível mostrar ao indivíduo e à sociedade que, ao concordarem com a imposição de pena, também estariam a anuir com a sua própria utilização. A literatura jurídico-penal, ao estabelecer as mais diversas teorias sobre as funções da pena, também considerou a justificação de sua imposição ao apenado – algo que, mais uma vez, esclarece a relevância de sua determinação.

Nesse sentido, Hörnle (2020, p.47) indica as mais relevantes teorias sobre a anuência do criminoso em ser submetido à sanção penal. Lembrando que, apesar de referirem-se à concordância, tais teorias não deixam nítida qual a função da pena para a manutenção dessa ordem em que todos “aceitam” a imposição estatal. Assim, explica a autora:

Para um tal discurso justificador, a literatura jurídico-penal desenvolveu uma variedade de argumentos, que são classificados em dois preceitos fundamentais. O primeiro grupo faz referência a condições que são ligadas à perpetração do fato: o infrator, com a prática do fato, consentiu com sua própria punição; ou da sua livre decisão pela prática do fato, resultaria o dever de aceitar uma punição, ou lhe caberia um dever de compensação como resultado do seu fato. Um segundo grupo de argumentos sustenta-se em circunstâncias que estão estabelecidas antes da perpetração do fato. Pertencem a este grupo considerações no sentido de que o infrator teria consentido com um (hipotético) contrato social ou que ele, como todo cidadão em uma democracia, carrega uma corresponsabilidade com relação às normas penais e, finalmente, referências a deveres de lealdade e vantagens usufruídas a partir do comportamento não criminoso e outros.

Por óbvio que seria impossível determinar que o indivíduo, antes da perpetração do fato, teria concordado com a sua punição. Porém, do mesmo modo,

se faz claro que a definição da problemática da função da pena legitima a sua aplicação, mesmo que de uma forma deveras sutil e utópica. Se de fato acredita-se inaplicável a determinação de um contrato social prévio, a definição da finalidade da sanção penal não segue o mesmo caminho e é possível de ser feita, desde que levados em consideração outros elementos que influem no ato delituoso. De fato, é muito mais complexo legitimar a existência da sanção penal face ao apenado, quando o fim que se busca é diverso da sua reintegração ou direta retribuição a sua conduta criminosa, já quando a finalidade é o castigo propriamente, o indivíduo passa a questionar como o Estado poderia tomar as vezes do agressor, enquanto afirma, veementemente, que a agressão não deve acontecer em nenhum nível social.

Isso se afirma, pois o Estado, por meio de suas leis, determina ao indivíduo que a liberdade é um direito resguardado constitucionalmente. A liberdade é vista de forma tão relevante à vida humana que, para além da proteção constitucional (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal<sup>1</sup>), ela é salvaguardada com a tipificação da conduta do indivíduo que, deliberadamente, priva outrem de sua capacidade de ir e vir (reconhecido cárcere privado – vide artigo 148 do Código Penal<sup>2</sup>). Ainda, é possível mencionar a relevância do direito à liberdade confirmada pela existência de um remédio constitucional – remédio heroico – unicamente destinado à proteção da livre locomoção<sup>3</sup>. Porém, de forma dissonante, como sanção pela prática criminosa, o Estado aplica a pena ao indivíduo subtraindo-lhe essa tão esmerada liberdade, a qual ele mesmo tanto se dedicou a proteger, inclusive com a referida previsão de manejo de *habeas corpus*.

Em verdade, essas disparidades na conduta do estatal muito remontam ao conhecido exemplo paternal que, como didática para ministrar a lição de que não se deve bater no irmão ou colega de classe, utiliza-se da força física para orientar a conduta – um exemplo prático se verifica no caso do suprarreferido cárcere privado,

---

<sup>1</sup> Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

<sup>2</sup> Art. 148 do Código Penal “privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado”.

<sup>3</sup> Art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

em que se priva a liberdade do agente, pois este privou um terceiro de sua liberdade, igualmente protegida constitucionalmente. Desse modo, nesse exato ponto é que exsurge a necessidade de explicar ao indivíduo apenado qual a finalidade de sua pena, caso contrário, o Estado não terá mais seu respeito e parecerá que suas normas não fazem sentido algum e, portanto, não precisam ser obedecidas. É preciso que este último, de algum modo, e mesmo que por meio das reflexões dos operadores do Direito, exponha qual a finalidade social de “fazer o que eu mando, mas não o que eu faço”.

Claramente, este mesmo raciocínio se aplica à devida explicação da sanção penal ao indivíduo que, em seu agir, respeita de forma fidedigna a determinação normativa. A estes indivíduos, o fim da pena também deve ser esclarecido, caso contrário, restará presente a eterna sensação da hipocrisia paternal que, a despeito de defender a convivência pacífica e a resolução de conflitos por meio de diálogo, utiliza-se do poder da força para “solucionar” aquilo que lhe desrespeita, sob pena de uma maciça descrença da legitimidade do poder punitivo. Sem a análise da finalidade da pena e seu relevo, muito parece que esta não serve a qualquer fim. Ou, pior, o Estado determina àqueles que desrespeitarem as regras de um membro da sociedade a aplicação do diálogo e da conciliação, mas, àqueles que desobedecerem às regras estatais, a perda de seu bem mais precioso: a liberdade.

Constata-se, portanto, que a pena também deve ser justificada face à sociedade que cumpre as regras do Direito e não somente face ao indivíduo que sofrerá com a sanção penal. Por outro viés – note como podem ser infinitos –, o porquê da sanção penal também deve ser esclarecido àquele que é vitimizado pelo autor do delito. A vítima que sofreu com a subtração de algum direito constitucionalmente protegido também precisa entender qual será a finalidade da pena aplicada ao indivíduo que a vitimizou. Caso contrário, poderá sentir que não há legitimidade na punição aplicada ao terceiro e, além de se posicionar inconscientemente como algoz imotivado, poderá perder sua confiança no Estado – entendendo, inclusive, que poderá se tornar vítima do poder punitivo a qualquer momento. Além disso, a vítima que não tiver bem esclarecidos em sua mente a razão e o fim da pena aplicada ao criminoso poderá entendê-la como mero castigo, sem qualquer ligação com a manutenção da ordem social. Desse modo, ressalta-se que, ainda que o fim da pena

se descubra ser de fato apenas o castigo, obviamente há uma razão inerente aos instintos humanos que faz a aplicação da retribuição como algo essencial ao bom funcionamento da máquina social, pelo menos por hora. Assim, sem compreender isto, a vítima poderá conceber a pena aplicada ao seu algoz como mera utilização do corpo alheio para a infligência de punições – aprende-se a colonizar o outro.

Sem a definição da finalidade da sanção penal, a sociedade corre o risco de retornar à barbárie, mesmo que em meio a pós-modernidade e seus inúmeros meios tecnológicos. Esta barbárie se identifica muito mais com o instinto vindicativo que tem sua força reafirmada pela punição estatal injustificada, do que com o período bárbaro em si. Como se não bastasse, rememore-se que numa economia capitalista, em que a população se dedica ao trabalho e conseqüente recolhimento de impostos que deveriam se destinar à boa manutenção de suas condições de saúde, sanitárias e educacionais, é preciso informar qual a finalidade dos gastos despendidos por cada um dos indivíduos que estão submetidos ao sistema carcerário brasileiro. Em razão disso, faz-se necessária a análise finalística da pena como forma de prestar contas à sociedade pelo valor gasto com o estabelecimento prisional, o indivíduo encarcerado e sua manutenção. No entanto, é importante ressaltar que tal afirmação só se presta a embasar, retoricamente, a importância da determinação da finalidade da pena, pois, em um estado assistencialista, o auxílio e manutenção digna de todos os seus indivíduos, sem qualquer tipo de distinção, não deveria precisar de justificação.

Desta feita, percebe-se que por diversos prismas existem diferentes razões a justificar por que o ato de punir deve ter sua finalidade estudada e, mais que isso, o motivo pelo qual esta razão e finalidade devem ser pré-determinadas ao ato delituoso. Assim, por mais que pareça utópica a delimitação, o fato de levar a reflexão à sociedade e tentar demonstrar aos estudiosos do Direito – que poderão ocupar variados cargos dentro do leque fornecido pela formação – o fim que deve ser almejado no momento da sanção poderá alterar sua posição prática. Em resumo a isso, relevante a fala de Franz Von Liszt, durante a exposição do “Programa de Marburgo” na Universidade alemã em 1882:

Na resposta a tais questões subjaz talvez a delimitação de ações ameaçadas com a sanção pelo Estado, como também a medida para

o conteúdo e extensão da pena; medida que é necessária ao legislador, quando esboça um marco punitivo para um conceito delitivo; ao juiz quando aplica, dentro do marco punitivo, a pena que corresponde ao delito específico; ao funcionário da prisão, quando confere à pena imposta seu concreto conteúdo no processo de execução (...) Basta uma olhada para a história da pena para perceber a exatidão desta afirmação: toda a evolução do sistema pena, tanto no bom como no mau sentido, e em especial toda a configuração e desfiguração da pena privativa de liberdade como elemento característico da moderna penalidade criminal, possibilitou, iniciou e desenvolveu-se na luta entre as teorias absolutas e as relativas, ou de uma ou outra entre si, ou seja, pela acentuação dos fins do castigo. (LISZT, 1882, *apud* OLIVÉ *et al*, 2011, p.192)

Ademais, como já afirmado anteriormente, a delimitação pode auxiliar na redação de leis penais que possuam mais acuidade finalística. Do mesmo modo, ela pode impactar diretamente na interpretação do aplicador da norma que, mesmo ao se deparar com penas exacerbadas ou ínfimas, poderá moldar sua efetivação de acordo com a finalidade. Dito isto, a determinação do porquê punir também, na realidade, sempre existiu como forma de validação da dogmática, conforme leciona Salo de Carvalho (2012, p.67):

Não por outra razão a resposta à pergunta *por que punir?* Confere as condições de possibilidade dos demais discursos que sustentam o sistema penal: os critérios de imputação (direito penal), as formas de instrumentalização e incidência das tomas (teoria do processo penal) os rumos da criminalização (política criminal) e a imagem dos atores envolvidos no delito e na sua repressão.

Entre os crédulos de correntes máximas e redutoras da aplicação do Direito Penal e sua sanção, existe um mar rico em diversidade de penas aplicadas aos mesmos delitos cometidos em semelhantes condições, o que só serve para remontar a importância do conhecimento da razão de punir. Este conhecimento, como restará demonstrado, deve englobar outros aspectos sociais que não apenas o dogmático e os estudos inerentes ao âmbito jurídico.

Desse modo, verifica-se que a importância da delimitação das razões e finalidades de punir se prestam a justificar a pena frente ao Estado Punitivo e seus limites; ao indivíduo que segue as normas de forma escorregada e que, por isso, poderia não entender o porquê de punir; à vítima que entenderá que não se tornará algoz; ao indivíduo criminoso que pode entender a hipocrisia do Pai-Estado, bem como os

valores gastos para esta manutenção face ao modo capitalista de trabalho e consequente recolhimento de impostos para a manutenção da sociedade. Passemos então a compreender qual o enriquecimento trazido pela realização de um estudo interdisciplinar e como ele pode ajudar a compreender a finalidade da pena em um aspecto mais vasto que o utilizado na pura pesquisa do Direito e sua dogmática.

## **1.2 O estudo interdisciplinar**

Uma das grandes problemáticas que envolve temas estudados com muita frequência é o já mencionado costume da transmissão do saber por “mera repetição”, sem que haja novas conclusões e esclarecimentos que auxiliem na compreensão da temática, mormente quando inserida em sua época. Como remédio contra este modo de funcionamento, há sempre a possibilidade de utilização da interdisciplinaridade como mecanismo para oferecer novos enfoques às conclusões alcançadas por aqueles que ficaram reconhecidos pela pesquisa da função da pena. Desta feita, aponta-se que é possível a apropriação do saber já tão bem desenvolvido por outro pesquisador e assim acrescentá-lo não apenas com novas conclusões e dados, mas também com o uso de outras ferramentas, que aqui serão a engrenagem oferecida por outra modalidade de saber.

O risco de localizar a própria pesquisa dentro de uma “zona de conforto da teoria da pena” é deveras aumentado, uma vez que, como dito, isso tende a ocorrer com temas muito desenvolvidos ao longo dos anos. No caso das funções da pena, como já exposto anteriormente, ela vem sendo tópico de inquietação há muitos séculos e, como se não bastasse, apresentou grandes reflexões pelos escritores de diversas áreas do conhecimento. Nesse sentido, Falcón y Tella, M.J. e Falcón y Tella, F. (2008, p. 27-28) esboçam a grande reflexão filosófica pela qual o tema perpassou, indicando os conhecidos nomes daqueles que se destacaram nas suas áreas de conhecimento e pesquisa:

O tema sanção sempre foi uma das matérias sobre as quais mais reflexão filosófica se fez desde o mundo clássico, por parte de pensadores das mais variadas escolas e tendências, desde Platão ou Aristóteles, passando por Santo Tomás de Aquino, Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Jeremy Bentham ou John Stuart Mill, até a doutrina filosófico-jurídica contemporânea, especialmente a anglo-saxã. (...) Basta recordar obras de alguns dos mais importantes filósofos morais de língua inglesa de nossa época, entre os quais destacaríamos o que foi, durante anos, professor da Universidade de Oxford, Herbert Lionel Adolphus Hart, ou o recentemente falecido – estudioso da Universidade de Harvard –, John Rawls, assim como um longo rol de autores que faremos referência neste livro.

Neste elenco exemplificativo de filósofos impõe-se acrescentar outra ampla lista de nomes de todas as áreas do saber, desde a Psicologia, Psicanálise, a Sociologia, a Teoria da Educação, a Economia Política ou a Pedagogia, até os campos da Literatura, da Teologia ou da Arte, sem esquecer, evidentemente, das Ciências Sociais e, mais concretamente, as jurídicas, nas quais se centra esta análise.

Das palavras de Falcón y Tella percebe-se que a interdisciplinaridade não vem apenas para socorrer o pesquisador. Na verdade, ela é intrínseca à própria temática das “razões de punir”, posto que a função da pena diz respeito a toda humanidade e suas concepções éticas e morais. Porém, e apesar de tanto envolvimento mental com o tema, Roxin (2004, p.16) aduz que “se reduzirmos a ilimitada literatura filosófica e jurídica às suas posições fundamentais, veremos que até hoje não se propuseram mais que três soluções à nossa pergunta inicial”. Uma das maiores críticas do autor ao estudo da presente temática é a de que “aprendemos e ensinamos as “teorias da pena” transmitidas através dos séculos como se tais teorias constituíssem respostas acabadas a uma pergunta invariável” (ROXIN, 2004, p.15). Contudo, a pergunta e a resposta vão se alterando com o passar dos séculos, assim como o eterno projeto que é o Estado Democrático de Direito.

Entendendo que a sociedade, seus valores e a formação do Estado se alteram, compreende-se também que a questão sobre a finalidade da pena, ainda que redigida da mesma forma e utilizando-se as mesmas palavras de outrora, transforma-se com o desenvolver da formação social e sua psiquê. Certamente que em cada época o enfoque foi realizado de maneira a alcançar o projeto político criminal desejado, mas, nessa tarefa, costumou-se por dicotomizar o estudo das ciências penais, de modo a colocar a criminologia em posição de ciência auxiliar e a dogmática

como a única ferramenta possível ao estudioso que queira analisar as funções da pena. Ou, ainda, no lado inverso, relegar o estudo da função da pena à acessoriedade de uma leitura social científico positivista. Assim, usualmente elege-se estudar “a lei penal” ou, em oposição, “o homem delinquente”.

Sobre este aspecto, alerta Salo de Carvalho (2008a, p. 309):

(...) uma dicotomia constante entre os autores: (a) definir como ponto de partida o pensamento liberal, advindo com a ilustração, calcado na racionalidade cartesiana e tendo como pressuposto político-filosófico a metáfora do contrato social em suas mais diversas vertentes (Hobbes, Locke ou Rousseau), focalizando o delito em sua esfera normativa; ou (b) apresentar sua origem no interior do marco científico positivista, cuja proposta instiga uma superação das limitações do direito a partir da proposição de um diálogo entre algumas disciplinas voltadas ao estudo do crime como fenômeno da natureza.

A dualidade exposta tradicionalmente opõe o projeto liberal ao positivista desde a definição do objeto (lei penal ou homem delinquente), do método (silogístico – aristotélico ou empirista) e das funções (retribuir o direito com uma sanção proporcional ou criar mecanismos de prevenção de novas condutas ofensivas), definindo as bordas das ciências criminais.

Dito isto e pautando-se na incessante tentativa de contribuir para o estudo das funções da pena, afastando-se do inevitável dualismo, é que se faz imperiosa a utilização de outro campo de saber – sempre muito bem-vindo para essa reflexão – como uma fórmula de saberes que se complementam e que têm por objetivo evitar o “método do despedaçamento” – que, segundo Salo de Carvalho (2008), faz parte da ciência moderna e sua concepção cartesiana de separação de saberes.

Como a finalidade da pena, por sua própria natureza, diz respeito a diversos aspectos da construção humana (social, política, econômica etc.) e o direito penal se faz solo fértil a outros saberes, promovendo diálogos não ortodoxos, a temática das razões de punir transcreve-se em local ideal para “liberar os saberes de seus feudos” que possibilitem uma leitura mais completa e atual sobre as questões desta problemática inserida no seu tempo. Que a interdisciplinaridade se faz princeps ao estudo das “razões de punir” se faz devidamente argumentada. Mas, ainda é preciso

explanar a escolha do saber da psicanálise – que tanto se presta à arte da escuta – para abrir fala e dialogar com a problemática.

### **1.3. A psicanálise como saber contribuinte**

A predileção pela psicanálise como saber dialogante – para além do significado que a palavra predileção já denota – se verifica por importantes razões de ordem lógica e racional. A psicanálise já se mostrou como ferida às grandes crenças do homem - a chamada “ferida narcísica da humanidade” - diga-se, então, que esta área do saber se prestará a colocar em igual posição de conflito a “ferida narcísica das ciências criminais”, marcadas pelo reconhecido autoinvestimento de interesses, e, assim, poderá ofertar a sua contribuição.

Assim como grande parte do que existe na atualidade, as ciências criminais também sofrem de um grande “mal-estar” inerente à cultura narcísica. Neste tipo de funcionamento narcísico e voltado para sua própria existência, há o denominado autoinvestimento, que, nas ciências penais, se verifica da sua própria retroalimentação, visando reforçar a si mesma, seu local de saber inabalável, sua totalidade e autossuficiência para solucionar as questões sociais. Entendendo que foi este funcionamento narcísico que colocou as respostas das funções da pena às voltas de si mesma – como explicou Roxin (2004) –, nada mais literal do que a utilização do saber que consagrou o conceito determinante do “mal-estar” da ciência que se prestará a dialogar – isso porque, apesar do termo narcisismo ter sido primeiramente citado por um psiquiatra criminologista, Näcke<sup>4</sup>, em 1899, tomou maior conhecimento

---

<sup>4</sup> Paul Näcke (1851-1913) foi um psiquiatra e criminólogo alemão que ficou conhecido por seus estudos sobre a homossexualidade. Näcke citou o termo narcisismo para descrever o indivíduo que trata seu próprio corpo como objeto sexual. Há certa confusão de opiniões sobre quem teria de fato cunhado o termo “narcisismo”, tendo, inclusive, o próprio Freud se retificado em 1920 e delegado a autoria do termo a Havelock Ellis. No entanto, chegou-se ao consenso de que o primeiro a designar o termo teria, de fato, sido Näcke, utilizando-o para comentar a intervenção de Ellis sobre o Mito do Narciso. Em contrapartida, em pesquisa no dicionário de psicanálise de Roudinesco e Plo (1997, p. 530) encontrou-se: “Narcisismo. Termo empregado pela primeira vez em 1887, pelo psicólogo francês Alfred Binet (1857-1911), para descrever uma forma de fetichismo que consiste em se tomar a própria pessoa como

na obra que a determinou como conceito, a conhecida “Introdução ao Narcisismo”, escrita por Freud, em 1914, e que simbolizou o aparecimento do “Eu”.

Curiosamente, nesta obra Freud se dá conta de que o narcisismo não é algo patológico e faz parte do desenvolvimento de todos os seres humanos, de modo também, e coincidentemente, a se opor à maioria dos flertes entre as ciências criminais e as ciências “psis”, que ficaram marcadas na história pela tendência à patologização do indivíduo. Certamente que esta foi uma das razões a afastar o encontro da psicanálise com o Direito, uma vez que as concepções de outra passaram a preocupar todos os que intentavam mergulhar no estudo interdisciplinar de qualquer temática que envolvesse crime, criminosos e os conceitos da Psicanálise ou Psicologia, sob o risco de ser etiquetado e parecer entusiasta das antigas concepções higienistas.

Deste ponto de ruptura é que exsurge outro pilar de sustentação do motivo da escolha da psicanálise freudiana para ser o saber interlocutor do direito penal. Explica-se que Freud – assim com o conceito de narcisismo –, acompanhado na literatura por Sade e na filosofia por Nietzsche, desnudou a concepção de bárbaro, homem primitivo e delinquente como algo a ser erradicado e que não fizesse parte dos instintos humanos mais primitivos. Ou seja, Freud, por meio de sua psicanálise, estudou a cultura e seu mal-estar, cindindo-os com a visão segregadora e patologizadora do “outro”, do “diferente”, do “estrangeiro” ou, simplesmente, daquele que cede aos seus desejos mais inconscientes – algo que, para o histórico das ciências criminais, tem muito a acrescentar. De certo modo, tornar-se-ia possível demonstrar àqueles que se utilizam da aplicação das ciências criminais, sobretudo na fixação de suas diretrizes político-criminais, que não existe qualquer possibilidade de “erradicação” dos instintos “bárbaros” da sociedade e que tentar o “sonho” de apagar o indivíduo criminoso da história remonta ao desenvolvimento histórico-cultural de toda a humanidade. Sobre isto, explica-se que:

Nietzsche e Freud demonstrarão, na esteira do Marquês libertino, que apesar de o sonho da civilização ser o de anular todos os resquícios

---

objeto sexual. O termo depois foi utilizado por Ellis, em 1898, para designar um comportamento perverso relacionado com o mito de Narciso. Em 1899, em seu comentário sobre o artigo de Ellis, o criminologista Paul Näcke (1851-1913) introduziu o termo em alemão.”

do bárbaro no humano, mormente daquela violência intrínseca no estado selvagem, as restrições impostas pela cultura à natureza geram a desumanização do humano. Nas palavras de Lyotard, seria produzido algo de inumano. (SALO DE CARVALHO, 2008b, p.111)

Neste sentido, Salo de Carvalho explana de forma clara como a possível união entre a psicanálise e o campo criminal pode se prestar a embaçar a marcada ruptura entre o criminoso e o indivíduo angelical que sempre nos quiseram impor, como se houvesse os “perversos” criminosos e os indivíduos de bem que seguem à risca a lei do Estado:

Possível concluir, portanto, de forma preliminar, que a psicanálise e a criminologia podem ser harmonizadas na qualidade de discursos de desconstrução da pureza do projeto civilizatório delineado na Modernidade. Em ambas há radical ruptura com a figura angelical do humano civilizado a partir da contundente afirmação da permanência latente do bárbaro. A importante consequência deste processo é a humanização da figura do criminoso, visto apontar sua presença em todos nós. (SALO DE CARVALHO, 2008b, p.119)

Dito isto, se de um lado pretende-se a contribuição para o fim da dicotomia entre as ciências e as formas de estudar as razões de punir, há também o fim da marcada dicotomia entre o homem civilizado e o bárbaro presente “apenas” no indivíduo criminoso. Do mesmo modo que a psicanálise não buscava a alteração do indivíduo e despatologizou conceitos como “narcisismo” e “perversões”, ela também auxilia na despatologização do indivíduo criminoso para as ciências criminais quando concatenadas às ciências “psis” – algo que vem crescendo, novamente.

Sinteticamente, aduz-se que

dentre os discursos produtores da anormalidade do criminoso, a psicanálise criminal é o que vai aproximar de tal forma as noções de homem honesto, normal/homem criminoso, anormal, que a posição entre elas deixará de existir”. (RAUTER, 2003, p. 50).

Unindo-se a esta característica intrínseca da psicanálise, há o fato da temática das funções da pena posicionar-se como *locus* das mais diversas falas e possibilitar a convergência de olhares plurais, a qual altera o rumo final de todos os saberes embricados. A convergência entre o direito penal e a psicanálise permite também a

visualização ampla e não delimitada sobre o crime e a criminalidade, abrindo espaço para que as ciências criminais percebam o quanto pode se perder de vista quando se olha demais para si mesmo, também sem determinar que se invista de forma demasiada no outro e perca, do mesmo modo, toda sua capacidade de contribuição para o meio científico. Jacinto Coutinho bem resume a importância desta relação e demonstra uma preocupação diversa na relação Direito-psicanálise, para além do que indicamos como investimento do próprio objeto científico, depondo:

Sigo com uma grande preocupação em relação à intersecção Direito - Psicanálise; e não pelo imenso prazer que as novas fronteiras abrem, passo a passo, dando sabor e cor àquilo que, desgastado, tem se mostrado 'sem tudo'; mas porque cada vez mais é possível afirmar que o Direito não tem salvação sem as luzes do discurso psicanalítico (COUTINHO, 2006, p. 69)

Além desta relação entre o Direito e a psicanálise, que vem se tornando simbiótica como acima referenciado, a junção dos diferentes saberes indica um novo relacionamento entre as ciências criminais e as ciências psis, de modo que, como dito, sempre fora demarcado pela tentativa de unir questões biológicas ao cometimento do delito e sua conseqüente punição – o que, invariavelmente, desencadeou na necessidade de se classificar patologias para o indivíduo criminoso –, união marcada pelo surgimento do positivismo lombrosiano e o conceito de “atavismo” por ele desenvolvido. Isso apenas, e novamente, demonstra a dupla dicotomização já existente no estudo do criminoso e da pena, posto que: ou se estudava o criminoso ou a pena em si e, posteriormente, separava-se o estudo do criminoso em “criminologia de si” e “criminologia do outro”<sup>5</sup>. De alguma forma, a psicanálise caminha em sentido contrário e une sociedade e indivíduo, o eu e o outro, o singular e o plural. Por meio da fantasia e do mito – que tanto será estudado neste trabalho – será demonstrado como estas construções “são formas de expressão permanentes do desejo em sua articulação com a lei, motor de processos subjetivos e culturais” (FUKS, 2003, p.19). Sobre este aspecto, Freud leciona claramente como abandonar as

---

<sup>5</sup> Sobre a diferença entre a “criminologia de si” e “criminologia do outro”, desenvolvidas pelo sociólogo britânico Garland (2002), Salo de Carvalho (2008b) explica que “a ‘criminologia de si’, na expressão garlandiana, impõe que o Um se veja como outro – no caso como igualmente ‘criminoso’, ‘desviante’-, identificando-se com a alteridade na possibilidade de, ao entendê-la, respeitá-la em sua diversidade e, num passo adiante absolutamente fastidioso, relacionar-se. A ‘criminologia do outro’, ao naturalizar cartesianamente o crime e percebê-lo como qualidade intrínseca de não-seres – pessoas que por regressão atávica remontam ao selvagem -, intenta o domínio/controlar da natureza, objetivando a uniformidade de comportamentos ‘moralmente’ aceitos.

clássicas divisões, unindo indivíduo, sociedade e cultura por meio de conceitos clínicos aplicáveis ao todo<sup>6</sup>.

Ambos os saberes, psicanálise e ciências criminais, certamente encontraram-se com suas maiores armadilhas e abriram vazão para fundadas críticas quando da tentativa de unir explicações biológicas para os fenômenos que estudavam e conceitos que tentavam delimitar. Apesar da busca pela autonomia e reconhecimento de sua ciência, os saberes tornaram-se ainda mais questionados, a exemplo das tentativas de Lombroso de determinar a medida cranial do homem delinquente e de Freud que fora amplamente criticado pela academia de sua época ao tentar fornecer explicações neurológicas aos sintomas de seus pacientes. Porém, percebendo a necessidade de evoluir em seus estudos, o psicanalista manifestou-se por sua tentativa de sempre deixar à parte da psicanálise qualquer saber que com ela não se relacionava e não dividia o mesmo campo (referindo-se à Biologia e como dentro dela se torna trabalhoso diferenciar os “instintos sexuais e das pulsões do Eu”). O autor aduz que “não nos sentimos bem ao abandonar a observação em favor de estéreis disputas teóricas, mas não podemos nos furtar a uma tentativa de esclarecimento”. (FREUD, 1914, p. 19).

Os conselhos autoaplicados por Freud para o desenvolvimento da psicanálise, sem carregar a carga de culpa por sentir-se menos ciência em razão de não se tratar de uma questão matemática ou biológica, muito se aplica ao Direito Penal e as funções da pena. Entende-se isto, pois, de modo semelhante, muitos daqueles que pesquisam as temáticas acerca das ciências criminais se sentem relegados a um plano teórico inaplicável, pelo qual seus estudos são muito criticados. Contudo, como se constata da explicação a seguir, percebe-se que a ciência criminal, associada ao saber psicanalítico, pode tranquilizar-se e elaborar seus conceitos de forma a repensá-los em cada nova passagem de época, sempre contribuindo para sua edificação e para a sociedade:

---

<sup>6</sup> FUKS (2003, p.05) leciona como Freud rompeu com a lógica clássica ocidental e uniu a “psicologia individual” e a “psicologia coletiva” para repensar a cultura. Aduz a autora que “no plano coletivo, a vida social apenas apresenta unidades cada vez mais amplas, sempre obedientes às mesmas leis que marcam o indivíduo”.

Acredito, no entanto, ser justamente essa a diferença entre uma teoria especulativa e uma ciência edificada sobre a interpretação da empiria. Esta não invejará à especulação o privilégio de uma fundamentação limpa, logicamente inatacável, mas de bom grado se contentará com pensamentos básicos nebulosos, dificilmente imagináveis, os quais espera aprender de modo mais claro no curso de seu desenvolvimento, e está disposta a eventualmente trocar por outros. Pois essas ideias não são o fundamento da ciência, sobre o qual tudo repousa; tal fundamento é apenas a observação. Elas não são a parte inferior, mas o topo da construção inteira, podendo ser substituídas e afastadas sem prejuízo (FREUD, 1914, p. 20).

A interferência da psicanálise e sua quebra de paradigmas e dualismos poderão fortificar no Direito Penal a capacidade de examinar a questão criminal, desprendendo-se dos valores moralizantes que, usualmente, circundam a denominada “cultura punitiva contemporânea”. O estudo do punir por meio de uma só forma de saber restringe as possíveis conclusões sobre o tema, recaindo sempre na máxima de Roxin (2004) que, de alguma forma, reforça o dogma da totalidade das ciências criminais que, de forma narcísica, se autoinvestem de suas concepções já finalizadas.

A monodisciplinariedade, apesar de sua relevância para o campo, assim como também se faz relevante ao Eu se autoinvestir, muitas vezes incrementa a onipotência científica, de modo a expandir e reforçar a ferida narcísica presente no “mal-estar das ciências criminais”. Ademais, a solução da multidisciplinariedade para lidar com este mal-estar muito se aproxima da indicação freudiana para amenizar a frustração trazida no “mal-estar na cultura”, que seria exatamente a “economia da libido”. Em outras palavras e aplicando-se ao contexto, seria o investimento das ciências criminais em outros saberes como forma de complemento às suas teorias já tão edificadas, afastando-se da “frustração” percebida pelas tentativas de retorno a modelos anteriores que apenas reforçavam uma forma de erradicação da violência, por meio de projeto sanitaristas de eliminação da “barbárie incivilizada”.

Desse modo e diante do exposto até o momento, o presente trabalho tem por objetivo a análise multidisciplinar das finalidades da pena, ocupando-se da união entre o saber psicanalítico e aquele próprio da ciência de base. A posição ética do estudioso do Direito se pautará no mesmo posicionamento da psicanálise – que de forma alguma pretende mudar o seu paciente–, a fim de possibilitar a compreensão da necessidade

do fim da pena, tanto para a sociedade quanto para o indivíduo criminoso, inclusive como uma forma de lidar com seus próprios mal-estares.

Salo de Carvalho (2008b), dando uma nova roupagem à explicação de Birman (2000) e esclarece que o criminólogo, assim como o psicanalista, não se colocará em posição de alterar o sujeito por meio de fórmulas finalizadas – sejam elas medicamentosas ou não. Alterando-se a relação originalmente feita pelo autor e substituindo-a também pelo pesquisador do direito, afirma-se que para a manutenção da referida ética (que também denota uma escolha político-criminal) é necessário que:

O analista [*criminólogo*] [*pesquisador*] não tenha a pretensão e a arrogância de universalizar seus ideais, mesmo duas escolhas no campo psicanalítico [*criminológico*], para empreender a conversão e a salvação das almas dos sofredores [*criminosos*] que lhe demandam cuidados por não suportar a dor de existir. A figura do analista [*criminólogo*] não é, pois, um remédio, tampouco um fármaco capaz de promover a salvação das almas sofredoras. Isto porque a psicanálise [*criminologia*] [direito] não é um saber médico [*jurídico, sociológico, psiquiátrico*] capaz de gerir a terapêutica das enfermidades. (BIRMAN, 1978, *apud* SALO DE CARVALHO, 2008b, p.110)

Portanto, aplicando a lógica de Roxin (2004) como método de afastamento da “transmissão do saber por mera repetição”, faremos uso do olhar da psicanálise, possibilitado pelo solo fértil da temática, para “[re] examinar criticamente e com toda a brevidade as soluções desenvolvidas no passado”. Assim é que se tentará explorar e demonstrar “os efeitos subversivos do legado freudiano diante de um mundo que caminha, cada vez mais, na direção do apagar das diferenças e da homogeneização perversa e obscena” (FUKS, 2003, p.6).

## **2 A PENA COMO VINGANÇA**

Neste trabalho, a primeira função da pena a ser abordada trata do tema da vingança, uma vez que esta intermeia a própria história de desenvolvimento do direito penal e da própria humanidade. Contudo, há de se evitar aqui a “tentação de reconstituir historicamente as teorias de justificação” sem nada contribuir ou incrementar ao estudo desta função da pena (SALO DE CARVALHO, 2021, p.16). Assim, e conforme explanado anteriormente, é necessário afastar as tentativas de propagação do saber por mera repetição, que, muitas vezes, encontra suporte no mais profícuo desenvolvimento histórico da temática.

A fim de desenvolver a estruturação da vingança, é imprescindível compreender os aspectos vindicativos existentes ainda hoje na sanção penal. Sendo assim, metodologicamente, a forma como se estabeleceu a vingança no direito penal até seu monopólio pelo Estado é a temática inicial deste texto. E, na sequência, depreende-se não apenas as contribuições da obra freudiana para uma visão global dessa função, mas também a razão de ser a vingança algo presente até a atualidade.

### **2.1 Da vingança de sangue à vingança privada**

Desde os primórdios da civilização, observa-se que o ser humano dispndia intenso impulso associativo, o qual o levava à busca da convivência grupal, estabelecendo-se clãs, tribos e diversas formas de agrupamento social. Desse fato, originou-se a máxima aristotélica de que “o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade” (1973, IX, 9, 1169 b 18/20). Em razão disso, o homem projetava sobre os demais seus anseios, necessidades e conquistas mais primárias. “Neste período havia uma coesão social muito intensa; o indivíduo extrai do clã ao

qual está filiado, para além de auxílio e solidariedade, a essência de sua integração e reconhecimento sociais” (BATISTA, 2000, p.32).

Esses anseios levavam o membro do grupo a descumprir suas regras internas, realizando verdadeiras ações antissociais. Assim, esses desejos do homem que o levavam a macular o corpo social – e que posteriormente Freud (1920) viria a chamar de “pulsão de morte”<sup>7</sup> – deram origem ao castigo sob a forma de sanção social ao indivíduo que viesse a transgredir. Ressalta-se que Platão ((853a–882c), Leges IX) também destacava os “desejos” humanos como os causadores das transgressões, indicando a paixão e o prazer, ao lado da ignorância. Dessa tripartição, exsurtem os três tipos de falta invocados por Platão e que, igualmente, remontam às pulsões do homem:

Considerando-se, entretanto, que foi demonstrado que há três tipos de faltas, precisamos em primeiro lugar encucar isso ainda mais na mente. Desses tipos, um, com o sabemos, é doloroso, e isso nós chamamos de paixão e medo (...) O segundo tipo consiste de prazer e apetites; o terceiro, que é um tipo distinto, consiste de esperanças e a crença falsa com relação ao atingir do bem supremo. (PLATÃO, Leges IX, (853a–882c))

Acerca da formação do grupo social e da aplicação do castigo, Fabretti e Smanio (2019, p.1) afirmam no mesmo sentido, aduzindo que o enlace entre o direito penal e a sociedade surge desde sua concepção, esclarecendo que, “se o Direito Penal acompanha os seres humanos desde a formação dos primeiros grupos sociais, claro é que sua manifestação era condizente com o desenvolvimento espiritual, moral e social daqueles povos”. Assim sendo, ao acompanhar o caminho percorrido pelo direito penal e pelas “fases da vingança”, pode-se perceber não só a evolução histórica de uma área do conhecimento, como também a evolução cultural das noções

---

<sup>7</sup> Apesar de muitas traduções indicarem a palavra “instinto” para traduzir o que Freud denominava como *Trieb*, é preciso esclarecer que a diferenciação entre instinto (*Instinkt*) e pulsão (*Trieb*) é extremamente relevante e demarcada na obra freudiana. Nesse sentido, explica (Plon e Roudinesco, 1998, p.628): “A escolha da palavra pulsão para traduzir o termo alemão *Trieb* correspondeu à preocupação de evitar qualquer confusão com instinto e tendência. Essa opção correspondia à de Sigmund Freud, que, querendo marcar a especificidade do psiquismo humano, preservou o termo *Trieb*, reservando *Instinkt* para qualificar os comportamentos animais. Freud desenvolveu o conceito de pulsão de morte ao observar a tendência humana de compulsão à repetição. Nesta, o psicanalista constatou como o homem tinha a tendência, inconsciente e incontrolável, de colocar-se repetidas vezes em situações dolorosas. Sucintamente, a pulsão de morte seria a tentativa de retorno a um estado anterior, um estado de não ser.

morais da humanidade. Mas, há ainda outro aspecto que deixa muito claro o porquê de o homem abdicar da aplicação da sanção/vingança com suas próprias mãos e entregar esse poder ao Estado – sem, contudo, retirar do ato seu adjetivo vindicativo.

Pois bem, no Período Primitivo, apesar da inexistência de um código penal ou de uma sistematização, a sanção já era aplicada e caracterizada pela esparsa legislação que previa a aplicação de penas cruéis e que tinham por objeto não apenas o indivíduo que transgrediu as regras daquela sociedade, mas também toda família, descendentes animais e pertences. Neste período não havia qualquer tipo de proporcionalidade entre o delito perpetrado pelo indivíduo e a pena a ser recebida – o alcance poderia ser infinito e não se conhecia o princípio da personalidade das penas previsto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal.

O que permeava o Período Primitivo – muitas vezes descrito como o nascer da história do Direito Penal – eram três formas distintas de se realizar a vingança, denominadas “vingança divina, vingança privada e vingança pública”. A aplicação da vingança equiparava-se ao que hoje se denomina sanção penal, mais especificamente no que concerne à própria sanção corpórea. Ainda hoje, essa tríplice divisão entre as fases da vingança tem sido utilizada pela mais especializada doutrina (FABRETTI; SMANIO, 2019, p.2). No entanto, apesar de denominadas como “fases”, ressalta-se que não há clara evolução histórica entre as diferentes modalidades de vingança e que, da breve leitura das leis mais primitivas, constata-se que elas existiram de forma concomitante nas esparsas legislações da época. Em outras palavras, apesar de ser possível identificar cada uma das fases, posto que possuem diferenças relevantes, não se pode concluir pela existência de uma evolução marcada temporalmente com o fim de uma fase e o início de outra – as fases coexistiam durante um mesmo período, afinal, cada civilização evolui à sua própria marcha e cultura. Inclusive, ao final das guerras, não era raro uma civilização impor à outra modos de vida, cultura e modalidades de aplicação da vingança. Sucintamente, Fabretti e Smanio (2019, p.2) confirmam que:

Embora estas três fases tenham características que permitem uma distinção entre elas, é importante que tenhamos em mente que não

podemos falar de um processo evolutivo necessário entre elas, ou seja, esses períodos não se sucedem integralmente, tampouco aparecem necessariamente nessa ordem cronológica, sendo possível, inclusive, que tenha havido a existência concomitante dos princípios de cada uma em um mesmo momento histórico.

Ademais, não podemos nos esquecer que nesse período as guerras entre os povos eram constantes, não sendo raras as situações em que um povo dominava o outro e lhe impunha sua cultura e costumes, inclusive o seu Direito.

No início da reunião entre os diversos indivíduos para a formação de uma tribo (também chamada de grupo social), o conhecimento científico do homem era muito limitado e baseava-se somente na observação dos fenômenos da natureza. Por outro lado, o cunho espiritual de todos os acontecimentos era muito relevante. Certamente esse hábito da observação da natureza foi muito utilizado para o desenvolvimento da ciência, impregnando todo o desenvolvimento da atualidade. Mas, do mesmo modo, o desejo de se conectar ao transcendental – tão marcante do Período Primitivo – vem aumentando nos dias atuais.

Pois bem, os fenômenos da natureza, como chuvas, raios e períodos de seca, eram vistos como atos das divindades que castigavam os membros do grupo por seus comportamentos. Em geral, esses deuses se relacionavam com algum tipo de emoção humana (por exemplo, raiva, paixão, medo, entre outros). O que hoje denominamos como “deuses” eram conhecidos como “totens” e eram representados por animais, plantas e até mesmo ancestrais. Esse ponto será mais desenvolvido na contribuição psicanalítica.

A violação a esses totens ou a mera conduta em desacordo com as regras sociais eram consideradas ações delituosas e, naquele momento, conhecidas como “tabus”. A fim de abrandar a fúria da divindade que poderia surgir a partir da ocorrência do tabu e impactar todo o grupo com verdadeira destruição natural, os membros da tribo castigavam os indivíduos transgressores como forma de aplacar essa ira e proteger toda a comunidade. Essas penas eram conhecidas por sua excessiva crueldade e eram aplicadas pelos sacerdotes que tinham uma espécie de “delegação divina”. Dessa forma, a pena possuía dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e de seus Deuses e forças mágicas e (b) evitar o

contágio pela mácula de que se contaminara o agente, bem com as reações vingadoras dos seres sobrenaturais (CALDEIRA, 2009). Nesse sentido, Duek Marques (2016, p.27) afirma que:

O sentimento de vingança como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem dúvida a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. A violação aos princípios inexplicáveis dos totens e tabus conduzia o homem primitivo ao sentimento de aversão ao mal provocado pelo autor da violação. Esse sentimento, então, expressava-se por meio da vingança exercida pela própria comunidade, sem qualquer finalidade voltada para a prevenção de novas transgressões. A vingança, consubstanciada na represália, tinha por finalidade a destruição simbólica do crime, como forma de purificar a comunidade contaminada pela transgressão.

Com a premissa de expurgar o pecado daquele que havia praticado o tabu, as sanções eram aplicadas para aplacar a ira dos totens e evitar a vingança. O sistema era retroalimentado da seguinte forma: a vingança era aplicada para evitar a vingança, adotando a ira social para aplacar a ira divina. Sobre o mecanismo simbiótico da vingança divina, esclarece Fabretti e Smanio (2019,p.04):

Assim, quando um dos integrantes do grupo social praticava alguma conduta proibida – os “tabus” – que acreditava ser capaz de ofender os “totens”, o próprio grupo, com medo da retaliação divina, punia o infrator, pensando que desse modo purificava aquele que havia “pecado” e agradava a divindade, amenizando sua ira e evitando seus efeitos.

Com o desenvolvimento dos grupos sociais e a convivência humana que levou o homem a compreender suas emoções, sem designá-las aos deuses – ainda que numa interpretação muito detida entre as fases da vingança – as tribos passaram a aplicar as penas de forma privada, denominada como “vingança privada”. Apesar de continuar sendo aplicada por membros do grupo, e não mais por sacerdotes, eram os sentimentos humanos face ao delito que baseavam a aplicação da pena. Desse modo, a pena passava a ter um caráter pessoal, e não estava mais relacionada a concepções envoltas de auras místicas. Sendo assim:

Após o período da reação social, ganha espaço o período da vingança privada. O corpo social cresce e começa a se dividir em grupos menores e secundários, e a ideia de vingança privada surge quando a agressão a um membro do grupo por um membro de outro grupo gera reação vingativa por parte do grupo ofendido, porém, em uma forma de vingança coletiva. A punição era imposta exclusivamente como vingança pelo próprio ofendido, sem que houvesse qualquer relação com a pessoa do criminoso ou com o crime cometido. (CALDEIRA, 2009, p.261)

Durante a “vingança privada”, a vítima sozinha, ou juntamente a seus familiares, aplicava a vingança contra o criminoso, aplicando-lhe a pena vindicativa e sem qualquer espécie de proporcionalidade. Porém, quando o indivíduo que havia perpetrado o delito era membro de outro grupo, a sanção acometia todos os membros daquele grupo social, levando à destruição de tribos inteiras, em razão de guerras intermináveis. Note-se que, nos grupos que aplicavam esse tipo de vingança, todos os membros deveriam participar da sanção, vez que os laços consanguíneos os uniam como em um só ser. Diferentemente da vingança divina, cuja pena era aplicada a fim de aplacar a ira das divindades (NUCCI, 2014, p.54).

É possível separar duas modalidades de penas aplicadas durante a vingança privada, tais como a “perda da paz” e a “vingança de sangue”. A primeira ocorria quando o delito envolvia apenas membros de um único grupo, ou seja, um dos membros cometia a violação contra outro e, em razão disso, era expulso da sua comunidade para viver na natureza sem a proteção de seu grupo social – o que, invariavelmente, acarretaria sua morte face às ameaças externas.

Abra-se parênteses para mencionar que esse tipo de reprimenda também era comum na Grécia Antiga, inclusive encontrando previsão no Livro IX das Leis de Platão, obra em que se desenvolveu verdadeiro Código Penal ((853a–882c) Leges IX). Platão descreve que, quando um indivíduo cometia alguma transgressão, ele deveria ser expulso do grupo e perder, por completo, sua proteção – obviamente que não em todos os delitos, uma vez que Platão também diferenciava crimes voluntários e involuntários (hoje conhecidos como dolosos e culposos). Mas, ainda nas Leis, verifica-se certa visão mística das penas, posto que o indivíduo que transgredia as normas também era afastado para não atrair situações de desgraças aos demais

membros da sociedade. Até mesmo, alguns objetos pertencentes ao infrator<sup>8</sup>, ou utilizado para o crime, eram arremessados para além das fronteiras da cidade.

A segunda modalidade de pena, “vingança de sangue”, ocorria quando o infrator era membro de outro grupo social e, havendo-se a noção de que “todos os consanguíneos formavam um só”, todos os membros do grupo ao qual o violador pertencia eram alvos de ataques e guerras até a extinção de uma das tribos da qual se tornavam rivais. O claro objetivo era a realização da vingança, posto que o conceito de retribuição – em suas mais variadas facetas – ainda era desconhecido. A despeito da existência de duas modalidades e possível evolução entre a vingança privada e a vingança divina, constata-se que não havia o conceito e freio social da proporção nas modalidades de pena aplicáveis na vingança privada.

A ausência de proporcionalidade desaguou em guerras infindas entre os grupos que, pouco a pouco, se dizimavam, posto que, “paulatinamente, iam se debilitando, enfraquecendo e extinguindo-se” (FABRETTI; SMANIO, 2019. p.3). A busca pela proporcionalidade surgiu como ferramenta do instinto de sobrevivência do homem que tinha a equivalência entre delito e sanção como ferramenta para impedir sua extinção em massa – o que, indubitavelmente, ocorreria com a continuidade das guerras. Visões romanceadas, certamente, indicariam um fundo humanitário e social para o surgimento da proporcionalidade, esta que, atualmente, ocupa lugar de destaque quanto à razoabilidade e à sanção penal a serem aplicadas.

No entanto, como se constata da breve releitura histórica do desenvolvimento das fases da vingança e conseqüente surgimento da proporcionalidade, vê-se que esta apenas passa a figurar na aplicação das sanções para evitar que as tribos se aniquilassem. Em outras palavras, a proporcionalidade possibilitava a continuidade da vingança, sem que se colocasse em risco a própria existência da humanidade. Assim, o reconhecido “talião” marcou uma grande conquista: a possibilidade da realização da

---

<sup>8</sup> Coincidentemente, há a previsão da expulsão perpétua ao indivíduo que cometer duas vezes o mesmo delito. Esse tipo de indivíduo é conhecido pelo Direito Penal brasileiro como “reincidente específico” e, para ele, até hoje, a lei prevê diferença para progressão de regime e retorno mais lento à liberdade (conforme artigo 112, da Lei de Execuções Penais).

vingança com a devida observação da proporcionalidade entre o delito perpetrado e a sanção a ser aplicada, firmando-se pelo brocardo “olho por olho e dente por dente”.

O talião estava previsto em várias leis do Período Primitivo, como no Código de Hamurábi, Lei das XII Tábuas, Êxodo e Pentateuco. Previa-se certa coincidência entre o delito praticado e o castigo a ser imposto ao transgressor. A título exemplificativo, se o indivíduo furtasse bens, teria sua mão cortada ou marcada, e se matasse o filho de alguém, teria seu próprio filho morto. No *Levítico*, terceiro livro do Pentateuco, é possível verificar a união entre o talião e a vingança divina – ambos existindo durante o mesmo período. No exemplo a seguir exposto, descreve-se que o indivíduo que sacrificasse seu filho deveria, igualmente, ser morto pelo povo – denotando-se a ideia de proporcionalidade. Mas, além disso, prevê-se que a pena recairia em todos aqueles que deixassem de aplicar-lhe o castigo, podendo atingir o grupo social integralmente – o que coaduna com a ideia exarada na vingança divina, refletida no totem e tabu. Sendo assim, o mencionado trecho do *Levítico* afirma que:

Alguém, seja israelita ou estrangeiro a viver no vosso meio, que sacrifique o seu filho em holocausto a Moloque deverá certamente morrer apedrejado pelo povo.<sup>3</sup> Eu próprio me voltarei contra esse homem e o expulsarei do seu povo, porque deu o seu filho a Moloque, fazendo com que o meu santuário se torne impróprio para que habite nele, e insultando o meu santo nome.<sup>4</sup> Se o povo da terra pretender que não sabe o que essa pessoa fez, e recusar matá-la<sup>5</sup>, eu próprio me voltarei contra ele e todos os que o seguem, e os excluirei, a ele e a todos os que se prostituem, voltando-se para Moloque. (LV 18-20)

De forma ainda mais clara e objetiva, no segundo livro relativo ao Antigo Testamento, consta a expressão “olho por olho e dente por dente”, que ficou tão reconhecida como símbolo taliônico<sup>9</sup>, isto é, “se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe” (Êx 21.23-25).

---

<sup>9</sup> Em semelhança ao previsto no Êxodo, o Código de Hamurábi (1750-1730 a.C.) elabora diversas hipóteses a demonstrar que o princípio taliônico deveria reger a aplicação dos castigos àqueles que tivessem transgredido as normas sociais advindas do divino, a título exemplificativo: “196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho. 197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso”.

Em seus estudos sobre a lei de talião no contexto bíblico, Meister (2007) afirma que é possível verificar a presença da aplicação taliônica dos castigos em períodos pré-mosaicos, a exemplo da previsão existente no livro *Gênesis*, em que resta claro “que vários tipos de leis divinamente outorgadas já eram conhecidos e praticados pelos patriarcas”. No entanto, essa suposta proporcionalidade trazida pela aplicação do talião passou a ser nociva ao grupo social. Isso porque, ao passo que um homem feria o outro, o transgressor deveria ser ferido igualmente e, se antes havia um homem enfermo, com a aplicação da sanção esse número dobrava pelo fato de a vítima e o agressor estarem, igualmente, debilitados. Como consequência, o grupo social passava a contar com menos homens sadios para trabalhar e defender o clã. Esse enfraquecimento gerava ataques constantes de grupos que tinham por objetivo dominar o grupo social mais fraco, levando à extinção de diversas culturas.

Nas palavras de Pimentel (1983, p.122) “olho por olho, o resultado era a cegueira parcial de duas pessoas. Braço por braço, a consequência era a invalidez de dois homens, enfraquecendo-se o grupo frente aos inimigos externos”. Desse modo, o grupo social passou a verificar que a realização da vingança por meio da proporcionalidade taliônica era mais custosa do que se pretendia, apesar de, claramente, constituir verdadeiro avanço face às já mencionadas modalidades de vingança (perda da paz e vingança de sangue). Então, o grupo social, ao entender que o talião não era a melhor solução para ser aplicada dentro de seu próprio clã, instituiu que o indivíduo transgressor poderia conceder ao grupo um de seus escravos e este receberia a punição em seu lugar.

Apesar de não se aplicar a pena sobre o indivíduo que transgrediu, o castigo precisava ser aplicado de qualquer forma, mesmo que sobre terceiro alheio ao caso. Questiona-se qual era a função dessa aplicação da “vingança”, vez que não era realizada contra aquele que delinuiu, não podendo ser retributiva, pois era ausente de qualquer ato do escravo, tampouco, preventiva, posto que os detentores de escravos não possuíam qualquer receio de delinquir, afinal, não seriam pessoalmente afetados pelo castigo. Para compreendermos essa necessidade, certamente será utilizada a psicanálise em tópico apropriado.

Como nem todos tinham escravos, também se passou a utilizar a “composição”, isto é, pagamento de um valor à vítima ou aos parentes dela. O surgimento da composição auxiliou no fortalecimento do Estado, pois dela adveio o denominado “fredum”, o pagamento de parte do montante devido à vítima para o próprio Estado. Esse valor era uma espécie de recompensa paga pelo infrator ao Estado, como forma de retribuição pela proibição da vingança contra si (MESTEIRI, 1990). Somando-se aos valores pagos ao Estado a gratidão dos infratores e seus familiares por terem suas vidas preservadas, também auxiliaram no fortalecimento do próprio Estado. Além disso, houve a percepção de que a vingança, aplicada pelos próprios membros da sociedade, era prejudicial para a paz e coesão do grupo. E, assim, novamente visando sua sobrevivência, protegidos por qualquer possibilidade de enfraquecimento do grupo social, o monopólio da vingança foi cedido ao Estado. Dito isso, apenas a partir desse momento, constata-se a possibilidade da denominação de “sanção”.

Contudo, é imperioso observar que, novamente, a vingança não deixa de existir. Na realidade, ela passa a ser instrumentalizada pelo Estado que, a partir de então, passa a ser o detentor do monopólio vindicativo. Em momento algum, do breve desenrolar histórico da vingança, constata-se o desejo humano de preservar a vida e auxiliar na “recuperação” do transgressor. O homem apenas cede ao Estado a realização do castigo, mas este continua a existir em sua essência. Tanto que a desproporcionalidade e a crueldade das penas permaneciam – o fazer sofrer era devesas importante, mas questiona-se: qual a origem de tamanho desejo vindicativo inerente às mais diversas comunidades do primievo?

## **2.2 As contribuições psicanalíticas**

Após o desenvolvimento histórico da vingança perpetrada pelos povos primitivos, é fundamental elaborar as contribuições psicanalíticas para compreender

a função da pena. Mais adiante, será possível verificar que a pena como vingança, quando estudada com o auxílio da psicanálise, oferece outras funções relevantes à psique social, ajudando a compreender não apenas o nascimento do direito penal, como também a atualidade social e a permanência do direito penal no cenário mundial.

De forma sintética, primeiramente, será abordada a formação civilizatória fundada no narcisismo do homem que, para se proteger de si mesmo, se associa a outros indivíduos. Com a ciência de que, para além da questão biológica, na formação do grupo social os indivíduos passaram a investir sua libido uns nos outros e a desejar o que não lhe pertence, será abordada a obra *Totem e Tabu* (1913), em que Freud desenvolve o surgimento da vingança como forma de refrear o desejo parricida dos membros sociais.

Somando-se às novas funções da vingança observadas pela aplicação dos conhecimentos psicanalíticos aos conhecimentos das ciências criminais, será também analisado o ato sacrificial, no qual é aplicada a vingança como portadora de mais um incremento à reconhecida função vindicativa e como:

(...) no quarto ensaio de *Totem e Tabu*, Freud constrói sua explicação para a origem histórica do totemismo e, ao mesmo tempo, do complexo de Édipo e, em última análise, da sociabilidade humana e das instituições sociais e culturais que dela decorre. (VANZOLINI, 2019, p.110)

### 2.2.1 A formação civilizatória e o desejo

O primeiro aspecto a ser observado reside nas razões psicológicas que teriam levado o homem a se unir em um grupo social – para além do reconhecido instinto de sobrevivência ligado às questões biológicas do ser humano. Freud (1914), ao esclarecer o que denominamos anteriormente como impulso associativo, transfigura,

na realidade, o próprio narcisismo do homem que busca o seu não adoecimento. Esse não adoecimento se pauta tanto na satisfação das necessidades biológicas (alimento), como também nas necessidades pulsionais dos seres humanos. Tal instinto gregário (*Gregariousness*), biologicamente representado, poderia equivaler-se à multicelularidade e, na teoria da libido, caracterizaria a tendência imanente do homem em juntar-se em grupos cada vez maiores.

Trotter, analisado por Freud (1921), explica que o indivíduo sozinho se sente incompleto e busca o enlaçamento afetivo. Esse enlaçamento é possibilitado pelo depósito da libido em outros objetos, restringindo-se o autoinvestimento. Nessa reflexão, Freud (1914, p.29) questiona o seguinte: “de onde vem mesmo a necessidade que tem a psique de ultrapassar as fronteiras do narcisismo e pôr a libido em objetos?”. A questão envolve o porquê de o indivíduo deixar de se autoinvestir – ter-se como seu próprio objeto de amor – para depositar parte de seu investimento em outros indivíduos, criando com eles um laço afetivo que daria ensejo à criação dos clãs e suas tribos. O pai da psicanálise responde que o egoísmo humano foi o propulsor da criação, pois o homem passou a “dedicar-se”, investindo em outros indivíduos como forma de evitar seu próprio adoecimento.

Assim como Ferenczi, Freud (1914) afirma que esse adoecimento do homem está intimamente ligado ao investimento de sua libido e a como ele faz a economia desse investimento – o quanto a investe nas mais diversas possibilidades. Em outras palavras, é o investimento da libido em si mesmo em demasia, ou no outro em demasia – falta de uma noção econômica – que conduz o humano ao seu adoecimento. “Diríamos, então, que o doente retira seus investimentos libidinais de volta para o Eu, enviando-os novamente para fora depois de curar-se” (Freud, 1914, p.26). É exatamente a manutenção da libido no Eu – autoinvestimento erótico do indivíduo – que causa seu adoecimento, pois o que antes era prazeroso se torna desprazer por causa do excesso de intensidade. Exemplo clássico encontra-se na hipocondria, em que o indivíduo passa a investir sua libido em uma parte de seu corpo (membros e órgãos), dando a ela caráter erógeno, para extrair sua satisfação substitutiva. Contudo, percebeu-se que o excesso de estímulo transforma o prazer em desprazer, dando origem aos sintomas. Sendo assim, explica-se que:

se já estamos familiarizados com a ideia de ligar o mecanismo de adoecimento e formação de sintomas nas neuroses de transferência, a progressão da introversão à regressão, a um represamento da libido de objeto, então podemos nos aproximar também da ideia de um represamento da libido do Eu, e pô-la em relação com os fenômenos da hipocondria e da parafrenia.

Naturalmente a nossa curiosidade perguntará aqui por que um tal represamento da libido no Eu tem de ser sentido como desprazer. Quero me contentar com a resposta de que o desprazer em geral é a expressão de uma tensão mais elevada, de que, portanto, é uma quantidade do suceder material que aqui, como em outros lugares, se transforma na qualidade psíquica do desprazer. (FREUD, 1914, p.28-29)

Nesse aspecto, denota-se que a união dos homens em tribos e clãs, no início da vida em sociedade, não surgiu apenas do instinto biológico de sobrevivência e busca pelo alimento, mas também do egoísmo humano que, para não adoecer e desenvolver-se, enlaça-se com outros indivíduos para que o investimento do seu Eu não ultrapasse determinada medida. Entende-se, portanto, que “um forte egoísmo protege contra o adoecimento, mas afinal, é preciso começar a amar, para não adoecer” (FREUD, 1914, p.29).

A presença do narcisismo é verificável desde a infância do homem e, logicamente, desde a “infância da cultura” – início da reunião dos homens em grupos. Não por menos, Freud exemplifica o narcisismo como “algo semelhante à psicogênese do mundo” (1914, p.29), citando a canção “A voz que fala é de Deus”, parte das “Canções da Criação” idealizadas por Heine (1844) – o que demonstra ainda mais a ligação entre o narcisismo e a formação dos grupos sociais: “A doença foi bem a razão / De todo o impulso de criar / Criando eu pude me curar / Criando eu me tornei são” (HEINE, 1844, *Novos Poemas*, apud FREUD, 1914, p.29).

Assim como esse narcisismo criador teria dado início à união dos homens e, conseqüentemente, à civilização, há a presença do narcisismo primário que teria dado início à necessidade de realização da vingança. Isso porque, conforme exposto em *Totem e Tabu* (1912-13), a criança tem dois objetos sobre quais deposita sua libido – ele próprio e sua mãe – e esse desejo encontra limite na imposição de uma lei paternal (daí, então, o Complexo de Édipo). No entanto, apesar do indivíduo abdicar de seu eu-originário e consoante narcisismo primário para viver em cultura, “o homem não

deixa de reivindicá-lo” (FUKS, 2003, p.24) Em *Considerações Atuais sobre a Guerra e a Morte* (1915), Freud determina que a realização de atos de guerras entre os povos, denotando a revivescência dos traços mais bárbaros do ser humano, faz eclodir a ideia de que a humanidade como um todo carrega em si a imperiosidade de “satisfação de certas necessidades originais” – sejam originais do infantil, sejam originais do primievo – que muito depõem acerca da presença da vingança como função duradoura e permanente da pena.

### 2.2.2. O parricídio como crime primordial

Ao se estudar as teorias da pena – narrativas de justificação do castigo e do poder de punir – afirmou-se que o percorrer histórico era uma constante que, muitas vezes, deveria ser evitado para que não ocorresse a repetição do já elaborado pelas ciências criminais. Certamente, “todos os sistemas primitivos apresenta(ra)m discursos mais ou menos coerentes sobre a legitimidade das incriminações e os fundamentos dos castigos” (SALO DE CARVALHO, 2012, p.66). Nessa mesma linha, Freud esclarece que as hordas primitivas deixaram profundas marcas na história da humanidade, pois, como visto, “o totemismo traz em si os começos da religião, da moralidade e da organização social” (FREUD, 1921, p.84).

Portanto, no revolvimento histórico da sanção sempre haverá justificativas culturalmente plausíveis para sua aplicação, relacionadas à sociedade da época e sua formação moral. Mas, como será abordado neste tópico, a compreensão psicanalítica traz novas faces ao refazimento histórico da vingança, mostrando-se imprescindível para o melhor conhecimento de que esta modalidade de aplicação da pena iniciou-se no primievo e teve origem nos traços mais bárbaros das pulsões humanas. Para além disso, entender a história também deságua na compreensão de que a vingança jamais deixara de ser palco da aplicação da sanção penal, mas que, em razão de sua distância temporal com o presente, a natural tendência é ignorar, desconhecer e não relacionar.

O fundamento para a instituição de um tabu (transgressão) é a reconhecida vontade humana de cometer uma ação proibida pela qual “há um forte pendor inconsciente” (FREUD, 1912-13, p.61). O psicanalista também afirma que as mais duras penas são aplicadas quanto mais profunda for a pulsão humana em cometer o ato antissocial. Assim, identificou que o crime primordial, que teria dado origem à aplicação da vingança e que ensejaria infundáveis ritos sacrificiais, tem nascedouro em uma necessidade imanente de todos os homens e que surge durante sua infância, irremediavelmente.

A gênese desse desejo proibido e primordial, já na infância, foi constatado por Freud na análise das informações obtidas por seus discípulos, por meio da observação psicanalítica. Em seu escrito *Análise da Fobia de um Menino de Cinco anos* (1909), Freud extrai importantes informações para o que, posteriormente, seria utilizado nas revelações elaboradas em *Totem e Tabu*<sup>10</sup>. Isso porque, ao estudar o caso do pequeno Hans, filho de Max Graf, o psicanalista deparou-se com o claro desejo do menino de matar o pai e possuir a mãe – seu primeiro objeto de investimento. A relação entre Hans e seu pai é demarcada por uma ambivalência de sentimentos: admiração, raiva e temor.<sup>11</sup>

Envolvendo a figura de um animal, assim como no totem dos primitivos, Freud constatou que o pequeno Hans tinha fobia de cavalos, mais precisamente de que, na proximidade com o animal, este viesse a arrancar-lhe o pênis. Esse temor se fundava na consciência de culpa do menino por desejar ver o cavalo caído no chão e morto. Mas, na verdade, o medo de que o pai viesse a lhe castrar como punição para o fecundo desejo de possuir seu primeiro objeto de amor (a mãe) fora deslocado para o cavalo e, assim sendo, o animal representava seu pai e toda a renúncia pulsional necessária para seu desenvolvimento dentro de uma família. Por isso, revelando a

---

<sup>10</sup> “Ao identificar em Édipo-Rei os dois crimes máximos contra a civilização, incesto e parricídio, Freud encontra na tragédia de Sófocles – peça que remete ele própria a um outro mito mais antigo – a expressão mais próxima das fantasias incestuosas e assassinas, que reconheceu em si próprio e em seus pacientes na Viena *fin-de-siècle*” (FUKS, 2003, p. 19)

<sup>11</sup> Não coincidentemente é que Freud denominou de “Ambivalência de Sentimentos” o segundo tópico de *Totem e Tabu*. Isso porque também notara que o membro do clã tinha para com o totem (pai) a mesma divisão de sentimentos: da admiração pelo líder à inveja e raiva.

importância do pequeno Hans para o desenvolvimento da teoria psicanalítica sobre a origem da sociedade e dos crimes, Freud o cita em *Totem e Tabu*, ao explicar que:

Ele [Hans] enxergava no pai, como claramente dava a entender, um concorrente no favor da mãe, para qual se dirigiam, em vagos prenúncios, os seus desejos sexuais nascentes. Achava-se, portanto, na típica postura do filho homem em relação aos pais, que denominamos “complexo de Édipo” e na qual vemos o complexo nuclear das neuroses. O que aprendemos, de novo, na análise do “pequeno Hans, é o fato – valioso para o totemismo – de que em tais condições a criança desloca, do pai para animal, uma parte de seus sentimentos. (FREUD, 1912-13, p.199)

Então, ao mergulhar na infância do homem, Freud deparou-se com a infância da civilização que, conforme já descrito, remonta ao nascimento do direito penal, expressado da vingança do totem assassinado. Sinteticamente, são dois os pontos de encontro entre a psicanálise advinda do caso Hans e o totemismo: a identificação do sujeito com o animal totêmico (pai) e sua ambivalência de sentimentos em relação a ele: a admiração pela figura paterna e o medo de ser castrado por querer tirar-lhe a companheira. Ainda, Freud analisa outros dois encontros entre o totemismo e o caso do pequeno Hans, que seriam muito elucidativos sobre o crime primordial e o primeiro desejo delituoso. O psicanalista verificou que havia duas regras principais para a existência do grupo social: a exogamia e a proibição de assassinar o totem.

Aplicando as lições do caso Hans, entendeu-se que, assim como a criança, os primitivos também possuíam o desejo de matar o pai e possuir a mãe e, em razão disso, é que foram elaboradas a regra da exogamia, isto é, a proibição do contato sexual entre homens e mulheres do mesmo totem, e a regra de proibição de matar o totem, ou melhor, o desejo de matar o pai para possuir todas as mulheres do clã, que apenas ele detinha. Sobre essa relação, Duek Marques (2017, p.80) esclarece que:

Na concepção freudiana, os filhos odiavam o pai, obstáculo aos anseios sexuais e de poder e, ao mesmo tempo, o admiravam e o amavam. Com a morte do pai, os filhos tiveram remorso, decorrente do sentimento de culpa. A partir desse sentimento de culpa, ocorreu uma obediência adiada, proibindo a morte do totem e as relações sexuais com as mulheres libertas. A proibição do assassinato e do incesto corresponde aos dois desejos reprimidos do complexo de Édipo. Se assim não fosse, haveria uma guerra entre os irmãos, de todos contra todos, pois cada um gostaria de ter todas as mulheres

para si, possuir o poder do pai. Por isso, tiveram de estabelecer o contrato social, renunciando a esses impulsos<sup>12</sup>.

Esse encontro de ideias demonstra, então, o que seria o crime primordial e que continua a ser vingado pela sociedade tantos séculos depois: o parricídio. Entendeu-se que, se a primeira regra conhecida pela humanidade se exprime pelo “não matarás”, por certo que o primeiro crime cometido foi um assassinato, e este precisou ser vingado para que o grupo social não se consumisse em sua própria culpa. O parricídio inaugurou a criminalidade e, por consequência, também a pena e sua função social.

Os homens da horda primieva, como um só corpo e mente, se unem e realizam o parricídio. Seguido a isso, alimentam-se do pai morto, como ritual autofágico para introjeção das qualidades do chefe, e, por meio do consumo do totem, se sacralizam. Esse crime primário possibilitou que os membros do clã se tornassem irmãos, iguais entre si, mas diferentes na sua própria individualidade, apenas possibilitada com a alimentação do corpo totêmico. Contudo, os novos irmãos perceberam que, caso não mantivessem a proibição das relações sexuais entre membros do próprio clã, o desejo de alguns desses membros, novamente, se rebelaria e o chefe seria morto pelos mais novos, tornando infinitos o ciclo de parricídio e a autofagia do grupo. Sobre a culpa dos irmãos como fundadora da lei, Vanzolini (2019, p.122) nos ensina que:

Da culpa dos irmãos originaram-se, em um mecanismo de defesa que FREUD denomina “obediência adiada”, aquelas regras que o pai, quando vivo, representava: preservar sua vida e não manter relações sexuais com as suas mulheres. Além da culpa, há uma segunda razão pela qual os irmãos decidem abrir mão do desejo de ter as mulheres do clã: eles percebem que a cobiça os levará novamente à rivalidade que tornará impossível o viver comum.

Em razão desse novo temor do grupo, surgiu a supramencionada obediência adiada, em que os membros da tribo percebem que precisam renunciar ao desejo de matar o pai e desposar-se da mãe para que, de alguma forma, a sociedade pudesse

---

<sup>12</sup> Alvino de Sá (2019) também tece comentários sobre o crime primordial e o complexo de Édipo. Mas, adota a posição de Bergeret, para quem o filho assassina o pai e toma seu lugar no leito. Ou seja, a violência surge da rivalidade entre pais e filhos nascidas de uma lei tirânica e não do desejo, como na visão freudiana.

constituir-se e se desenvolver. Desse modo, portanto, foram instituídas a figura do totem, representado pelo pai, e a vingança, isto é, a pena aplicada com o fim de proteger a coesão social. Alvino de Sá (2019, s.p) adiciona que este primeiro ato de violência praticado pela horda primitiva é, na realidade, uma resposta a violência que o antecedeu: uma lei tirânica e déspota do pai.

Do aporte psicanalítico da primieva pena como vingança, percebe-se que a aplicação da sanção tem uma funcionalidade social que vai muito além da mera aniquilação do indivíduo criminoso. Isso porque se verifica, inicialmente, o fato de a pena agir como estabilizadora e estruturadora da sociedade, sendo esta, também, sua função. Do parricídio e da posterior autofagia que caracterizava uma segunda encenação do ato transgressor, teve início também “as organizações sociais, as restrições morais e a religião” (FREUD, 1912-13, p.217).

Como visto no início do capítulo, a vingança entre as tribos e a vingança ao membro da própria tribo existiam e nomearam uma das reconhecidas funções da pena. Contudo, ao analisarmos o período primievo, unindo a história do direito penal e a abordagem psicanalítica, denota-se que a pena nasce com a função de manutenção da coesão social. Vinga-se o crime para que ele não mais aconteça e, mais, vinga-se o crime para que todos os membros da tribo possam usufruir de um momento de violência, um ritual de assassinato que se presta a ser um veículo de descarga emocional.

Dessa vingança coletiva, seja sobre o indivíduo que transgrediu, seja sobre o totem em rituais especiais, extrai-se o caráter violento da formação da sociedade e como, mesmo após a passagem do tempo, ela ainda é marcada por altíssimas penas e julgamentos populares, como forma de revivescência da vingança outrora adormecida. Sobre a violência e suas marcantes cicatrizes no âmago social, Vanzolini esclarece que:

A natureza daninha e contagiosa da violência e a dificuldade de combatê-la manifestam-se com clareza na figura ambivalente da vingança. A vingança é na essência uma manifestação enfática de repulsa à violência: os homens consideram uma obrigação vingar-se por serem insensíveis ao homicídio, mas justamente porque consideram o assassinato um ato odioso e inaceitável. A mesma lei

que diz “não matar” é a que diz que toda morte deve ser vingada. Não há por que vingar-se daquilo que não se reprova.

Mas, de outro lado, é evidente que a vingança é ela própria a violência, e uma violência portadora de um grau particularmente alto de destrutividade. ERICH FROMM descreve a vingança como reação espontânea a um sofrimento intenso e não justificado, infligido a uma pessoa ou aos membros de um grupo com o qual essa pessoa achasse identificada. E destaca que ela se distingue da agressão defensiva normal, em primeiro lugar porque ocorre depois que a lesão já se verificou, e em segundo lugar porque é de intensidade muito maior e frequentemente cruel, voluptuosa e insaciável. Como nota FROMM, a própria língua expressa essa qualidade particular da vingança, quando fala em ‘sede de vingança’. (VANZOLINI, 2019, p.115-16)

Por um lado, a renúncia ao crime primordial denota a vitória da afeição, mas a instituição da pena e sua permanência para organização social denotam também que a impulsividade destrutiva do homem – pulsão de morte – permanece intocada nos traços mais primitivos que os seres humanos ainda carregam consigo. Portanto, a pena tem função construtora e apaziguadora para uma sociedade que, como supramencionado, tem sede de sangue e que continua, eternamente, a vingar um totem sob o pretexto de rejeitar a violência.

Nas épocas seguintes, os totens perdem sua característica sacral e tornam-se apenas uma oferenda aos deuses superiores, surgindo a figura do sacerdote que passa a ser o aplicador da sanção vindicativa. Mais tarde, “reis divinos surgem na ordenação social, transpondo o sistema patriarcal para o Estado. É preciso dizer que a vingança do pai deposto e novamente entronizado é implacável, o domínio da autoridade está em seu apogeu” (FREUD, 1912-13, p.228). Assim como o monopólio da vingança passou do grupo social ao próprio Estado, os homens também desenvolveram inúmeras formas de satisfação substitutiva, representada pelas mais novas modalidades criminosas e suas penas. O sistema totêmico permanece do pai ao Estado, do parricídio às infindáveis formas de transgredir a lei.

Assim e conforme expresso por Hélio Pellegrino (1983), a própria história da evolução nos mostra que a submissão do indivíduo ao pai (totem) o prepara para a posterior submissão ao Estado e suas regras – possibilitando o surgimento da cultura. Enquanto o Estado faz as vezes do pai, a sociedade se submete a ele para garantir sua proteção e coesão social. Contudo, as violações à lei e as penas continuam a

existir, estas últimas como vingança minorada pelo delito perpetrado em detrimento da cultura. Como visto, os homens apenas não a aplicam por suas próprias mãos, pois, em algum momento, entenderam que destruíam a si próprios, enfraquecendo a tribo. A função da vingança se torna múltipla: manter a sociedade coesa, aplacar a ira daqueles que obedecem às leis e não descarregam a raiva pela renúncia das pulsões e permitir a todos, ainda que por meio televisivo, participar do ritual condenatório.

Se o bárbaro de fato reside em todos os seres humanos, certamente que os mais bárbaros desejos – perpetrados por nossos antepassados – também fazem morada na atualidade e, psiquicamente, envoltos pelo desejo da autodestruição, precisam ser continuamente reparados. Essa “culpa primordial”, em razão de um conhecido “pecado original”, para Freud nada mais é do que uma dívida de sangue que a humanidade tenta apaziguar fazendo transbordar ainda mais sangue – a exemplo dos delitos existentes desde o primieiro e dos atos de guerra que questionariam qualquer desenvolvimento ético e moral dos seres humanos. Concluindo, Freud relaciona a história da vingança com a história da sociedade e, conseqüentemente, com a história do direito penal, marcada pelo assassinio em grupo:

A história primieira da humanidade é plena de assassinatos, portanto. Ainda hoje, aquilo que nossos filhos aprendem na escola sob o nome de História Universal é, na essência, uma longa série de matanças de povo. O obscuro sentimento de culpa a que está sujeita a humanidade desde os tempos pré-históricos, que em muitas religiões condensou-se na ideia de uma *culpa primordial*, de um pecado original, é provavelmente expressão de uma dívida de sangue em que a humanidade primieira incorreu. No livro *Totem e Tabu* (1913) procurei, seguindo indicações de Robertson Smith, Atkinson e Darwin, descobrir a natureza dessa antiga culpa e creio que ainda hoje a doutrina cristã nos permite inferi-la retrospectivamente. Se o filho de Deus teve que sacrificar a vida para redimir a humanidade do pecado original, então, segundo a regra de talião, de pagamento com igual moeda, esse pecado deve ter sido uma morte, um assassinato. Apenas isso poderia requerer o sacrifício de uma vida para sua expiação. E seu pecado original foi uma ofensa contra Deus-Pai, o crime mais antigo da humanidade deve ter sido um parricídio, o assassinio do pai primieiro da horda humana primitiva, cuja imagem ou lembrança foi depois transfigurada em divindade. (FREUD, 1915, p.235-236)

Esclarecida essa contribuição psicanalítica que demonstra as várias funções presentes na “simples vingança”, é possível questionar, inclusive, a acuidade da

tendência de alocar a vingança dentro das denominadas “teorias absolutas”. Isso porque, notadamente, há várias funções inerentes à psique humana que perpassam a vingança e que advogam para sua aplicação mais primitiva. Nessa senda, é importante abordar mais uma relevante função psicanalítica da vingança, exposta por seu rito sacrificial.

### 2.2.3 A vingança como ritual extirpador do desejo de transgredir

Como já abordado, a primeira forma de pena conhecida foi a denominada vingança divina, em que os membros de um clã realizavam a vingança sobre aquele que transgredisse as regras do grupo. Essas transgressões eram conhecidas como tabus e, na explicação oferecida pela literatura criminal, a vingança prestava-se a aplacar a ira dos deuses. Contudo, na leitura de *Totem e Tabu*<sup>13</sup>, em que Freud destrincha o comportamento das hordas primitivas, associando a etnografia e o funcionamento neurótico<sup>14</sup>, percebeu-se que o que se compreendia como mera vingança pode significar uma função da pena diversa para a sociedade e vital para sua coesa manutenção.

O psicanalista, em seu “mito da civilização” explica que os indivíduos de um mesmo grupo social partilham de um mesmo totem, que pode ser um animal, um objeto e até mesmo uma planta. Essa ligação totêmica era mais intensa que a própria noção atual de família, e os membros de um mesmo clã consistiam em um único ente vivo. Esse grupo era representado por um totem, passado de acordo com a linhagem

---

<sup>13</sup> “Livro de Sigmund Freud, publicado pela primeira vez em quatro partes, na revista *Imago* (entre 1912 e 1913), sob o título *Über einige Übereinstimmungen im Seelenleben des Wilden und der Neurotiker* e, depois, em 1913, sob o título *Totem und Tabu: Einige Übereinstimmungen im Seelenleben des Wilden und der Neurotiker*.”

(...)Ao lado de Leonardo da Vinci e uma lembrança de sua infância e de Moisés e o monoteísmo, *Totem e Tabu* figura entre os livros mais criticados de Freud” (PLON; ROUDINESCO, 1998, p.756)

<sup>14</sup> Em *Totem e Tabu*, Freud afirma que, pelo estudo da sociedade totêmica, é possível reconhecer características da evolução humana que perduram até o presente. Enquanto aduz que a “psicologia dos povos da natureza, etnograficamente analisados, e a psicanálise dos neuróticos possibilitam o reconhecimento de coincidências.” (FREUD, 1912-13, p.18). Do mesmo modo, como se pretende no presente, utiliza-se daquilo obtido dessa união para, com o auxílio das ciências criminais, poder alcançar outras coincidências relevantes à compreensão da pena.

materna. Visando sua convivência pacífica, esses grupos possuíam regras próprias, e a transgressão desses limites de comportamento denominava-se tabu.

Freud (1912) explica que, a princípio, entendia-se que o tabu se autovingava do indivíduo que o tivesse cometido. Desse modo, o grupo social esperava, inconscientemente, a consciência de culpa do transgressor. Posteriormente, relegando aos deuses os sentimentos humanos, o grupo primitivo aguardava a reprimenda partindo dos céus e da terra – algo notável da relação primeva entre as mudanças climáticas e os castigos divinos. Porém, sem a espontânea ocorrência do castigo, os membros do grupo social se apropriaram da ação vindicativa, aplicando-a sobre o transgressor, sem esperar qualquer julgamento divino.

Neste ponto e ainda na fase da vingança divina, denota-se da elaboração psicanalítica uma evolução na concepção de pena pelo grupo social. Explica-se: inicialmente, os membros do grupo esperavam que a punição sobreviesse de uma força interna autovindicativa – possível noção inconsciente de culpa. Posteriormente, aguardava-se que o tabu vingasse a si próprio, ainda que por meio de catástrofes naturais que atingiriam a todos e, por fim, frente à ausência de providência do destino, o homem passou a aplicar a vingança com suas próprias mãos. Nas palavras freudianas:

O castigo para a violação do tabu era originalmente deixado para uma instância interior, de efeito automático. O tabu vinga a si mesmo. Mais tarde, quando surgiram ideias de deuses e espíritos, com os quais o tabu ficou associado, esperava-se que a punição viesse automaticamente do poder divino. Em outros casos, provavelmente devido a uma ulterior evolução do conceito, a própria sociedade assumiu a punição dos infratores, cuja conduta pôs em perigo os companheiros. Assim, os mais velhos sistemas penais da humanidade podem remontar ao tabu. (FREUD, 1912-13, p.45)

Nesse aspecto, a psicanálise auxilia o estudioso do direito penal a compreender que, certamente, a função da pena se relaciona de forma íntima com uma necessidade da psique social, pois o homem passou a aplicar a vingança após a percepção de que esta não viria sem sua intervenção. Parte dessa imperiosidade da punição, como forma de extirpar aquilo que ocorreu, pode ser explicada pelo que Freud denomina como a “transmissibilidade do tabu”, ao aduzir que esta “é, certamente, a

característica que deu ensejo a que se procurasse eliminá-lo com a cerimônia de expiação” (FREUD, 1912-13, p.46).

Esse caráter transmissível indicava que o indivíduo, ao cometer o tabu, tornava-se o próprio tabu e, ao tocar algo, também se tornaria a própria personificação da transgressão. Face a isso, tanto o “criminoso” como o objeto por ele utilizado para o cometimento do delito deveriam ser eliminados pelo grupo social. O medo da transmissão do tabu era tão exacerbado que todos os membros deveriam participar do ritual expiatório.

Este ritual posterior visava eliminar, magicamente, aquilo que já havia ocorrido, para que não viesse a acontecer novamente, remontando o ritual do neurótico obsessivo.<sup>15</sup> Enquanto um neurótico obsessivo entende que pode ser infectado por algo transmissível, caso não percorra seu ritual de forma pormenorizada, a horda primitiva acreditava que, se não se extirpasse o tabu de seu seio social, todos tornar-se-iam os tabus, transformando-se neles por meio da consumada tentação à transgressão. Em outras palavras, para a tribo a função da pena era extirpar a possível sugestionabilidade ocorrida nas massas.

Mas se, em um grupo social regido pelo totemismo, todos aqueles que dividem o mesmo totem formam um único ente, certamente que a extirpação do tabu projetada sobre o transgressor se prestava, na realidade, a deduzir de todos os membros as fortes pulsões proibidas que residiam no inconsciente: o desejo do parricídio. Assim, a vingança pela transgressão ao tabu teria um caráter repressivo das pulsões

---

<sup>15</sup> “Adentrando um pouco mais nas impressões freudianas sobre ritos purificatórios, bem chamados por ele de “anulação do acontecido” (*Ungeschehenmachen*) em seu livro *Inibição, Sintoma e Angústia* (1926), é possível verificar essa anulação como possuidora de 'um vasto campo de aplicação e remonta muito atrás”, tendo se referido à anulação como uma “magia negativa” que, através de um simbolismo motor, busca “fazer desaparecer” e afirma como pode ser utilizado nas mais diversas áreas, explicando que “usando essa expressão aludimos ao papel que essa técnica desempenha *não somente na neurose*, mas também nas ações mágicas, *nos costumes populares e nas cerimônias religiosas*”. Freud aduz, ainda, que o cerimonial (e aqui podemos fazer menção ao cerimonial purificador pelo qual futuro delinquente deve passar) tem duas funções: a primeira seria a preventiva - tema muito comum dentro das finalidades da própria pena - como a adoção de medidas para que algo não se repita; e a segunda já suprarreferida função anulatória, que “é muito mais antiga, tendo origem na atitude animista ante o mundo ao redor” (FREUD, 1926, apud FAIÇAL; GUERRA FILHO; ZAPAROLLI, 2020).

incivilizadas que residem em todos os seres humanos. Nesse sentido, explica Duek Marques:

Ao cuidar do tabu e da ambivalência emocional, Freud faz menção à teoria segundo a qual as proibições seriam necessárias para evitar que as pessoas fossem contaminadas por intermédio do contato. Em face do desejo reprimido, aquele que satisfaz o desejo, ou seja, o transgressor se torna ele próprio um tabu, pela influência que os outros possam imitá-lo. As interdições seriam assim explicáveis, porquanto haveria forte inclinação por parte do inconsciente para realização do ato proibido, ou seja, as interdições são dirigidas contra os anseios mais potentes dos homens. Se alguém consegue gratificar o desejo reprimido, esse desejo pode ser despertado nos outros membros do grupo. (DUEK MARQUES, 2017, p.76)

Não é por menos que os tabus, assim como as leis ulteriores, se prestam a reprimir os impulsos para os quais o homem tem o mais forte pendor. Disso advém importante e suposta função da pena vingança: retirar do indivíduo transgressor as gratificações que recebeu por deixar guiar-se por suas pulsões mais incivilizadas, pulsões que, como visto da agregação social, tiveram início no depósito da libido em objetos externos ao próprio indivíduo.

Na vingança de sangue, em que haveria a aplicação da pena por todos aqueles que fazem parte de determinado grupo social, extrai-se o mais claro testemunho de que a transgressão (tabu) caracterizaria verdadeiro perigo ao impulso gregário do homem. Isso se constata da simples transformação de desejo inconsciente em consciente – o grupo entendia que o ato abalaria a estrutura social. Apropriar-se daquilo que é proibido (mulheres do mesmo totem) geraria inveja naquele que refreou suas pulsões em nome da coesão existencial. Essa gratificação precisava ser vingada, afinal, “todo exemplo convida à imitação” (FREUD, 1912-13, p.63).

A aplicação da vingança pelo grupo social também faria com que todos os membros expiassem a própria culpa – sentimento derivado da consciência de que os desejos proibidos residem em todos os homens. Daí então, percebe-se que, como afirmado no início, o direito penal e a civilização, demarcada pelo primeiro traço de “consciência moral” (*Gewissen*) da sociedade primitiva, nascem em conjunto.

O traço de noção moral surgido na civilização da origem à transgressão e, por sua vez, a união de moral e transgressão desaguaram na função expiatória da vingança. O que poderia ser visto inicialmente como forma de extirpar da sociedade um mal presságio tornou-se um modo de retirar do indivíduo transgressor seus ganhos pelo feito criminoso – ato este com base no egoísmo que, como visto, também deu origem ao grupo social. E, conseqüentemente, os membros do grupo puderam utilizar-se do criminoso para expiar sua culpa inconsciente por ter percebido em si os mesmos desejos.

Nessa linha, Duek Marques (2017) explica que a cerimônia de expiação, além de demonstrar que o desejo transgressor também existia em todos os membros da sociedade, oferecia ao membro do grupo social a possibilidade de “cometer o ultraje como forma de expiação”. Isso porque, quando se menciona a massa – seja ela a hora primitiva, sejam outros grupos sociais – há que ressaltar a facilidade de levar o pensamento ao ato (ausência de distância entre intenção e gesto), a aptidão intelectual é enfraquecida, a punição deve ser aplicada imediatamente, e a descarga afetiva, que poderia ocorrer como forma de novo tabu, toma pleito na vingança do transgressor.

É lícito dizer que as fartas ligações afetivas que vemos na massa bastam inteiramente para explicar uma de suas características, a falta de autonomia e de iniciativa de cada indivíduo, a similitude entre a sua reação e a de todos os demais, seu rebaixamento a indivíduo de massa, por assim dizer. Mas, se olharmos como um todo, a massa revela mais do que isso; o enfraquecimento da aptidão intelectual, a desinibição da afetividade, a incapacidade de moderação e adiamento, a tendência a ultrapassar todas as barreiras na expressão de sentimentos e a descarregá-los inteiramente na ação – esses e outros traços semelhantes, que Le Bon descreveu de modo tão convincente, fortalecem um quadro inequívoco de regressão da atividade anímica a um estágio anterior, que não nos surpreendemos de encontrar nos selvagens e nas crianças. Tal regressão é encontrada particularmente nas massas comuns, enquanto naquelas altamente organizadas, artificiais, pode ser em larga medida dificultada, como vimos. (FREUD, 1921, p.77)

O criminoso, ou melhor, o transgressor das regras do grupo, é eleito como representante de todos os males sociais que devem ser extirpados. Por meio de seu assassinato, não apenas se vingaria o ato cometido, como também se possibilitaria a

expição grupal de todas as pulsões que levariam ao fim daquela forma de civilização – há toda uma construção psíquica e simbólica da violência. Por conseguinte:

O inimigo de todos agora é um só, é dele a culpa dos males que afligem a coletividade e cada um dos indivíduos. A vítima expiatória é então massacrada pela comunidade unânime, que descarrega sobre ela o material destrutivo que antes circulava livremente, envenenando-a. A execução da vítima expiatória provoca uma redução da tensão e uma imediata reconciliação entre os demais, cúmplices nesse homicídio justificado. Agora todos podem ser amigos, pois o único inimigo, o inimigo comum, foi descartado. (VANZOLINI, 2019, p.118-19)

Dessa explicação, fazendo uma ponte entre a aplicação da pena e a clínica psicanalítica, verifica-se que, para o grupo social, o ritual da aplicação da pena configura verdadeira catarse, da qual, por meio da revivescência dos desejos recalçados (ab-reação), se protege do cometimento de delitos, como surgimento dos sintomas sociais. Portanto, a vingança também funciona para apaziguar a ira social. Por meio da sanção, foi possível, assim como no crime primordial, trazer ao seio comunitário uma forma de coesão e, assim, mantê-la por um tempo.

Essa paz angariada por meio de ato violento, no entanto, não resiste ao passar do tempo e, conforme defende Vanzolini (2019), surge novamente a necessidade do rito expiatório, isto é, a reencenação do primeiro sacrifício bem-sucedido. Elegem-se novos crimes e, com eles, novos criminosos. A cada aplicação da vingança, mata-se o pai e descarrega-se a fúria. Ao que parece, o rito sacrificial é mais preventivo que a mera influência do temor da lei e esta se presta apenas a legitimar um ato posterior.

Em vista disso, unindo as teorias elaboradas por Freud às exploradas por estudiosos do direito penal, como Duek Marques, Salo de Carvalho, Alvino de Sá e Vanzolini, compreende-se que a finalidade da pena como vingança guarda em si outras funções da pena para a psique social, demonstrando que, como visto em totem e tabu, o homem entendeu que a sanção realizada por toda a sociedade pode servir como meio de interromper a tendência de repetição de condutas delituosas. Para essa teoria, com o aporte psicanalítico, a aplicação da pena não se trata de vingança pela

vingança, tampouco de instituição de medo – como na prevenção geral negativa – mas, sim, de estruturação da sociedade e dos sentimentos humanos.

No entanto, permanecem dúvidas sobre o porquê de as penas serem tão altas e de a história ser marcada pela intensa crueldade humana na aplicação das sanções. Assim, no próximo capítulo será abordada não somente a pena como retribuição, mas também o quanto a teoria das perversões de Freud, aplicada a esta leitura, pode oferecer ao estudioso do direito penal.



## 3 A PENA COMO RETRIBUIÇÃO

### 3.1 Entre a vingança e a retribuição

Neste capítulo, a temática sobre *pena como retribuição*, usualmente estudada após a máxima da vingança, será analisada, muito embora essas duas proposições estejam incluídas na denominada “teoria absoluta”. Para esta análise, entretanto, optou-se por dividi-las a fim de oferecer melhor abordagem metodológica, inclusive, delimitando de maneira mais delineada as contribuições psicanalíticas para cada uma delas.

Importante esclarecer que vingança e retribuição estão dispostas lado a lado, pois, teoricamente, não perseguem qualquer outro fim senão o da devolução do mal com o próprio mal (sob os diversos contornos possíveis). Contudo, na análise do tópico vingança no capítulo anterior, somando-se ao que será apresentado neste capítulo, é possível pontuar diversas finalidades alcançadas pela aplicação da sanção penal sob forma de castigo – algo possível pelo viés psicanalítico amparado por elaboradas críticas dos penalistas. Em outras palavras, afirmar que o que se busca é a mera vingança ou a mera retribuição é escantear as demais explicações inerentes à natureza humana – o que, de fato, ressalta a necessidade da interdisciplinaridade para análise do tema.

Sendo assim, vingança e retribuição apresentam um fim em si próprias, os quais podem ser reparadores, expiatórios ou reações justificadas pelo valor axiológico que a conduta desviante carrega. As teorias absolutas amparam a legitimidade da aplicação do castigo no dever metajurídico de seu próprio fundamento. É quase como se o direito penal carregasse em si uma função nobre e única, amparada por uma lei maior. No entanto, esta pouco coaduna com as penas cruéis e o próprio conceito de vingança e retribuição que lhes é próprio.

Apesar da possível separação entre vingança e retribuição, unidas pela teoria e apartadas pela metodologia, Falcon y Télla, M. J. e Falcon y Télla, F. (2008) aduzem que a vingança é intrínseca ao direito penal – como o desejo sexual ao matrimônio – e, portanto, é a substância que funda a posterior modelação da função retributiva. Nesse mesmo sentido, explica Ferrajoli (2002, p.205):

As doutrinas absolutas ou retributivistas fundam-se todas na expressão de que é justo “transformar mal em mal”. Trata-se de um princípio com origens seculares e que esta à base daquele arcaico instituto, comum a todos os ordenamentos primitivos que é a “vingança de sangue”.

Segundo os retributivistas, a vingança não mais teria palco na aplicação da pena quando esta fosse realizada por um terceiro alheio ao crime. Esse terceiro não iria possuir qualquer sentimento em relação ao apenado e, dessa forma, não teria qualquer ganho secundário. Assim, a presença de um terceiro –juiz, sacerdote ou padre – retiraria qualquer finalidade vindicativa da aplicação do castigo, idealizando um local de observação privilegiado dentro da sociedade, e não alcançaria o indivíduo imparcial pelas expectativas sociais, uma vez que, supostamente, não haveria qualquer traço ideológico que pudesse influenciar seus atos durante a aplicação da pena.

A função retributiva também se apartaria da vingativa no que concerne ao montante de pena/dor a ser aplicada ao criminoso. Na vingança, como já elaborado, quanto maior o dano causado pela pena, mais satisfeito o desejo de vingança do corpo social. Enquanto que, na retribuição, a proporcionalidade entre crime e castigo imposto é requisito para sua mais perfeita realização. Na retribuição, a dor é controlada e regulada pela vetorial da proporcionalidade.

Como analisado anteriormente, tal expectativa de proporcionalidade teve por origem a necessidade humana de manter a existência do corpo social. Afinal, houve a percepção de que castigos violentos e intermináveis acabavam por minar tribos inteiras. Então, após a Lei de Talião, a vingança foi dando espaço à retribuição que pretendia demonstrar, de alguma forma, a existência da sanção penal mais ideal, moral e afastada do desejo vindicativo.

## 3.2 As diversas vertentes da retribuição

### 3.2.1 A retribuição divina

Como previsto por Freud em *Totem e Tabu* (1912-13), o totemismo e o surgimento de uma consciência moral pela sociedade trariam o advento de novas formas de religião e, conseqüentemente, novas proposições que legitimassem a aplicação de um castigo sob a forma de pena – mas, superando-se a justificativa de vingança, que oferecia uma face muito incivilizada para a sociedade. Sob pretextos expiatórios e apaziguadores, a função da pena na antiguidade permanecia tendo por finalidade “satisfazer a divindade ofendida pelo crime” (DUEK MARQUES, 2016, p.40).

Paulatinamente, no entanto, a pena passou da aplicação pelos membros do grupo social para os sacerdotes – chefes representantes das religiões surgidas. Por sua vez, a justificativa da aplicação da sanção penal também deveria estar coesa com a concepção dos grupos religiosos que passavam a dominar e exercer papel protagonista. Por esse motivo, aplicar castigos aos transgressores prestava-se não apenas à finalidade diversa da pura vingança, sendo uma retribuição divina pela má ação, mas também objetivava auxiliar a salvação da alma daquele que cometesse uma violação.

Essa aura religiosa misturava as concepções de crime e pecado, e o indivíduo transgressor era considerado um pecador que, apenas por meio da aplicação de uma sanção (sob forma de castigo), poderia salvar sua própria alma ameaçada pela existência do crime. Nota-se que essa finalidade retributiva supunha, por essência, um desejo expiatório, isto é, a dor aplicada ao indivíduo por meio da privação de sua liberdade ou de seu bem-estar físico e moral tinha o condão de eliminar ou, ao menos, borrar da realidade a presença da mácula da contravenção. Posto isso, é constatável que a ideia de retribuição divina surgiu da concepção de que todas as coisas possuem

uma ordem natural (ordem divina) e que qualquer perturbação a essa ordem deveria ser reparada. Como as ciências desenvolveram-se com base na observação das leis naturais, o homem entendeu que havia uma divindade responsável por essa ordem – um Deus – e, dessa forma, ele devia ser obedecido, sendo a sanção imposta para a expiação da culpa.

Sinteticamente, aduzem Falcon y Télla, M. J. e Falcon y Télla, F. (2008, p.189):

Para a tese de retribuição divina existe uma ordem divina das coisas que não pode ser infringida. Se isto sucede, o homem se opõe a Deus e, se viola sua lei, o obriga a um castigo para expiar o mal realizado. Esta é a ideia dominante nos autores católicos tradicionais desde Tomás de Aquino a Stahl, Jarcke, J. Bekker e Walter. A estas doutrinas lhes repreende fundamentalmente sua natureza metafísica, compreensível somente por um ato de fé.

Inegável, portanto, que a concepção da pena como retribuição tenha sido fortemente influenciada por filósofos da religião católica, que muito se dedicaram a elaborar as questões punitivas da sociedade. Assim, Duek Marques (2016, p.75) explica que a primeira influência foi constatada em escritos de Santo Agostinho, que pregavam a retribuição divina como verdadeira pena, eis que a “justiça feita na Terra não significava nada mais que uma parcela do que uma mínima justiça absoluta”.

Extraí-se, então, que, durante o período medieval, a aplicação da pena era uma retribuição divina pela má ação, sob forma de penitência que encaminharia o indivíduo à salvação de sua alma, por meio da expiação de seus pecados (crimes). A penitência seria de grande monta, vez que, no indivíduo transgressor, estaria latente o pecado original, e a condenação já era certa, sendo seguida pela purgação por pecados cometidos e final emenda do transgressor, por meio de uma pena eminentemente corretiva. Essa correção teria sua intensidade medida pela dimensão do crime praticado, defendendo uma espécie de talião divino – ao mal do crime o mal da pena.

Posteriormente, a filosofia de Santo Tomás de Aquino e sua teoria da delegação divina demarcaram forte influência na concepção retributiva da sanção penal. Para ele, a aplicação da pena era legítima, vez que a autoridade divina havia investido a autoridade terrena para aplicar a sanção, como verdadeiro representante

de Deus na Terra. Dessa retribuição divina também se extrai a função intimidatória da pena, vez que, se o indivíduo viesse a transgredir, sobre ele seria aplicada uma pena – o que causava temor social. Em outras palavras, o homem seria impelido ao bem pelo medo de padecer de um mal. Inclusive, São Tomás de Aquino, em sua obra *Suma teológica*, defende a aplicação da pena de morte ao indivíduo transgressor de caráter irremediável. Isso porque, conforme sua elaboração, a vida de alguns homens poderia ser perniciososa ao bem comum – a presença de um membro ruim poderia destruir toda a coesão da sociedade e condená-la por completo. Na realidade, o escopo máximo da pena, sob as vestes retributivas, era a vingança contra o herege e sua extirpação do cenário social, conforme leciona Duek Marques (2016, p.80):

Entretanto, não obstante essa finalidade atribuída à pena, o que prevalecia, no íntimo, era a necessidade do castigo, gerada pelo sentimento de revolta contra todos aqueles que se insurgissem contra os preceitos religiosos. Como o homem medieval era guiado quase que exclusivamente pela fé cristã, seu maior inimigo era o herege, contra o qual recaía a vingança, embora coordenada pelo poder central.

Assim, ainda que sob tais vestes retributivas, os resquícios da vingança e a eleição de um transgressor que deveria ser eliminado para não influenciar o corpo social continuavam sendo o fundamento da sanção penal. Porém, com uma elaboração filosófico-cristã, a pena sob a forma de castigo simula um bem ao apenado que, por meio de seu sofrimento necessário, poderia retornar a um estado de “bem-aventurança” ou, ao menos, diminuir a quantidade de pena a ser paga no mundo etéreo.

### 3.2.2 A retribuição ética de Kant

A mais conhecida vertente da retribuição encontra-se na teoria kantiana, a qual possibilitou a retomada da função retributiva da pena sem os traços de um juízo religioso criticável. Isso porque, após o Iluminismo e a transição do teocentrismo para o antropocentrismo – bem demarcada pela obra *O homem vitruviano* – a antiga

concepção da retribuição divina passou a ser rechaçada pelo homem que, como novo centro do universo, não se submeteria a uma pena aplicável por meio de um ato de fé.

Então, os fundamentos da retribuição, fortemente demarcados por seu fim religioso, entraram em crise juntamente com a ascensão iluminista. No entanto, a filosofia kantiana viabilizou a aplicação da sanção penal sobre o corpo alheio como forma de castigo, sem que ela se caracterizasse um ato de fé. Em outras palavras, a deliberada aplicação de sofrimento ao indivíduo transgressor não o colocava como objeto, pois ele ainda era o centro de seu próprio universo. E, foi possível, então, que a retribuição continuasse a ser perpetuada pela sociedade sob uma roupagem laica e legítima.

Desse modo, a filosofia ético-retributiva de Kant possibilitou a retomada do castigo como forma de sanção penal, tão esmerada por indivíduos de posicionamento político reacionário. Tal fascínio – também pertencente à boa parte dos pensadores do direito penal – estava intimamente ligado com o caráter religioso dos fundamentos retributivos exarados por teóricos vistos no tópico anterior, quais sejam: “vingança (*ex parte agentis*), da expiação (*ex parte patentis*) e do reequilíbrio entre pena e delito” (FERRAJOLI, 2002, p.205). Assim, ainda que aparentemente laica, a retribuição sempre carregou a dúvida dos estudiosos.

Para estabelecer a possibilidade de aplicar a retribuição ao homem, protagonista de seu próprio ser, Kant desenvolveu sua filosofia de cunho moral. Para ele, o próprio homem legislava a lei à qual era submetido, posto que o ser humano fazia parte do mundo inteligível. Partindo dessa premissa, o indivíduo desenvolveria para si regras a serem obedecidas (leis morais) e que deveriam imperar sobre seus atos. Desse modo, qualquer ação tomada pelo homem constituiria uma “ação livre”, posto que realizada sob a égide da vontade do homem.

Sendo assim, livre para tomar suas decisões, o homem era absolutamente culpável pelos atos que realizava. Contudo, esses atos não estavam apenas submetidos à lei moral, mas também às leis da natureza, posto que o homem também pertencia ao mundo sensível. Diferentemente das demais teorias sobre a liberdade

das ações humanas, que ou as colocava como o livre arbítrio ou sob as amarras do determinismo, Kant posicionou a discussão da liberdade do homem como ponto central, podendo ser desenvolvido a partir de uma análise racional. Nesse sentido:

A liberdade é uma mera ideia cuja realidade objetiva não pode ser de modo algum exposta segundo leis naturais e, portanto, em nenhuma experiência também, que, por consequência, uma vez que nunca se lhe pode supor um exemplo por nenhuma analogia, nunca pode ser concebida nem sequer conhecida. Ela vale somente como pressuposto necessário da razão num ser que julga ter consciência duma vontade, isto é, duma faculdade bem diferente da simples faculdade de desejar (a saber, a faculdade de se determinar a agir com inteligência, por conseguinte segundo leis da razão independentemente de instintos naturais). (KANT, 1980, p.159)

Então, para Kant “[...] a vontade é em todas as ações uma lei para si mesma, ela designa apenas o princípio de não agir segundo outra máxima senão aquela que também possa ter por objeto a si mesma como uma lei universal” (2009, p.348). Depreende-se, portanto, que a vontade livre do homem e a vontade submetida às leis morais tornam-se uma e possibilitam o conceito kantiano de “imperativo categórico” – princípio básico da moralidade.

Portanto, essa lei da liberdade, dividida em ética e jurídica, relacionava-se ao homem e ao imperativo categórico por ele próprio estabelecido, resumido pelo preceito kantiano “age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal”. A denominada lei ética parte do pressuposto de que a ação do indivíduo deve coincidir para que sua lei da liberdade esteja de acordo com as concepções morais impostas pelo próprio homem como legislador de si. Por outro lado, a lei jurídica também deveria ser submetida às normas externas, e não apenas às leis internas, isto é, os atos do indivíduo também deveriam estar de acordo com uma lei universal.

Para Kant, o direito reside no encontro entre o arbítrio dos homens, o que, de alguma forma, ainda submete o caráter coercitivo do direito a leis morais e individuais que, entremeadas, constituem o direito de todos. Então, qualquer violação implica não apenas o desrespeito às normas sociais ou ao direito de um terceiro, mas também a violação das próprias leis morais erigidas pelo próprio indivíduo que, agindo de forma contrária a seus ideais, se vê afastado de sua liberdade. Nessa hipótese de

retribuição, a pena nada mais é do que a contraprestação suportada pelo indivíduo mediante ato contrário a lei, posto que “a responsabilidade do delinquente funda-se em sua vontade de transgredir a norma (DUEK MARQUES, 2016, p.126). E, para ser digna, a sanção não poderia pretender alcançar qualquer fim outro que não o da retribuição, pois, para Kant, a pena fora da mera retribuição estaria a perseguir um fim hipotético.

Kant (1797) elabora que ao soberano é lícita a aplicação do castigo sobre o indivíduo transgressor, prevendo a punição como um ato doloroso – novamente, depara-se com a ideia da dor controlada tão presente nos suplícios religiosos. Nota-se que a presença do sofrimento ainda é inerente a essa função da sanção penal e considerada essencial para realizar a retribuição. Inseparável do sofrimento, a pena será sempre um mal como resposta ao mal da pena, jamais um bem ou uma satisfação. Por esse motivo, explica Vanzolini (2019, p.67):

Dessa forma, a pena é um imperativo categórico pois não pode ter outro fundamento senão o fato de que o sujeito violou a lei que lhe era própria. Dito de outra forma, a lei penal constitui um enunciado sintético *a priori* que une, incondicionalmente, dois fatos externos: o crime e a pena. Com a imposição necessária da pena obtém-se a justa compensação do crime, pune-se quem delinque tão somente para cumprir-se esse mandado de justiça.

Qualquer outro fundamento ou finalidade implica considerar a pena um imperativo hipotético e, por outro lado, tratar o sujeito como meio, como objeto e não como fim.

Kant pressupõe que o homem é livre e legislador de suas próprias leis, portanto a pena seria apenas a devolução do mal causado ao homem por suas ações dissonantes com sua consciência moral (*malum passionis propter malum actionis*)<sup>16</sup>. De certa forma, o filósofo determina que todo homem deveria ser moralmente inabalável por seus próprios desejos e pulsões, e o crime, por sua vez, não teria qualquer justificativa, devendo ser retribuído para se alcançar a justiça. Afinal, se o homem agiu de modo a prejudicar a liberdade alheia, deve ser punido de modo

---

<sup>16</sup> De forma clara, Bottan e Silva (2005, p.127) explicam que “A concepção de justo, na teoria de Kant, vincula-se à liberdade. Tem-se por justa a ação, quando esta não ofende a liberdade do outro, segundo as leis universais. Considera injusta a ação que viola a liberdade de uma pessoa. Kant assinala que a moral exige, de cada um, que adote suas ações em conformidade com o direito.”

equivalente. Em outras palavras, Kant também defendia o talião, isto é, a devida proporção entre o mal causado e a pena aplicada.

Contudo, esperar que a justiça advenha da mera retribuição já é descaracterizar o caráter absoluto esperado por Kant – momento em que, para muitos, ocorreu sua contradição. No entanto, o filósofo defende que é na falta de objetivo utilitário que reside a mais perfeita justiça e que, de algum modo, reduz o poder autoritário e afasta a característica vindicativa inerente ao direito penal. Conforme observado por Junqueira (2004, p.45-46):

(...) a ideia kantiana fracassa porque não se propõe a finalidades preventivas que justifiquem a necessidade da pena, tampouco realiza garantia quando deixa de fixar quais os espaços possíveis da criminalização. Especificadamente no que se refere à legitimação, a pena apenas como “mal” imposto ao delinquente, sem qualquer fim ressocializante, é contrária à própria compreensão social, por negativa demais.

Apesar de inúmeras críticas às concepções retributivas de Kant, até a atualidade, quando se faz referência à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), cita-se o filósofo e suas obras. Afinal, Kant defendeu que o homem é um fim em si mesmo, dotado de dignidade e, assim sendo, não poderia ser utilizado como ferramenta estatal para que se alcancem outras finalidades (repúdio ao utilitarismo). Essa visão, que posteriormente desaguou no reconhecido princípio constitucional supramencionado, é constatável da característica absoluta exarada na teoria kantiana. Nela a pena é categórica, não perseguindo qualquer fim diverso da justa retribuição. Isso se dá, em primeiro lugar, pelo fato de qualquer outro objetivo caracterizar uma pena hipotética e, em segundo lugar, pelo fato de o homem jamais dever ser apenado para servir como instrumento de defesa do Estado face aos possíveis e futuros transgressores.

### 3.2.3 A retribuição jurídica de Hegel

A retribuição jurídica de Hegel, usualmente seccionada em relação à teoria kantiana, retoma a filosofia de Kant valorando moralmente o ordenamento jurídico, mas tenta superar o subjetivismo da concepção kantiana e demonstrar certa extirpação dos conceitos puramente morais. Sendo assim, em alguns aspectos a retribuição moral de Kant e a retribuição jurídica de Hegel, na realidade, muito se assemelham, posto que Hegel entendia o Estado como “substância ética”, “espírito ético ou “simplesmente *ethos*” (FERRAJOLI, 2002).

Para Hegel, a função da sanção penal trata-se da reafirmação do direito, partindo da premissa de que o crime negava a vigência desse direito e, por sua vez, a pena servia como instrumento que eliminava a existência do crime, reafirmando a vigência do direito e atualizando a justiça. De certa forma e em aspecto muito valioso para os filósofos, a teoria hegeliana desenvolve-se quase que sobre uma égide matemática, cuja aplicação do vetor negativo a algo negativo em sua integralidade somaria um resultado positivo. Em outras palavras, para Hegel a pena é a “negação da negação do direito” (ROXIN, 2004, p.16).

Sob essa ótica, o crime era a violação de uma vontade universal à qual o próprio transgressor pertencia –assemelhando-se muito à concepção kantiana. Contudo, ao introduzir a vontade ao delito, Hegel também insere o conceito de livre arbítrio em sua teoria retributiva. Ao destacar a liberdade do homem, possibilita-se sua punição e, por conseguinte, a aniquilação da existência do crime por meio da pena. Nota-se que o vislumbre das marcas religiosas não passa despercebido: é preciso o sofrimento da pena para que o direito seja reafirmado, isto é, torna-se necessária a expiação do indivíduo, como se algo de bom pudesse surgir do suplício – local em que reside, inclusive, críticas à teoria hegeliana.

Em sua obra *Princípios da Filosofia do Direito* (1820), Hegel explica que a ocorrência de um delito não afeta apenas a concepção individual de moralidade – subjetiva, portanto –, como também a concepção de toda a sociedade, uma ordem jurídica universal. Dito isso, ao perpetrar o delito, o transgressor nega o direito de sua vítima, seu próprio direito e também o direito universal – o crime é uma contranorma.

Nesse sentido:

No contexto do exacerbado idealismo construído por Hegel, o delito não ofende apenas a individualidade da vítima ou viola um imperativo moral, ele constrói uma violação à própria ordem jurídica. Dessa forma, aquele que pratica o crime, por exemplo, um furto ou um homicídio, não nega simplesmente o direito particular do ofendido sobre a vida ou a propriedade, mas nega o direito em geral, nega o direito de todos (inclusive o seu próprio) à vida ou à propriedade. Enquanto negação do direito, o direito constitui uma contranorma e é, como tal, uma nulidade, uma negação de si mesma (assim, quem mata está enunciando que ninguém tem o direito à vida, nem mesmo ele próprio). (VANZOLINI, 2019, p.70)

Nesse diapasão, o crime constitui um injusto que deve ser eliminado da sociedade, e a aplicação da pena deveria servir como um bem, posto que reafirmaria a ordem normal e a existência de direitos tanto para o criminoso, como para a vítima e a sociedade. Assim, verifica-se que, para Hegel, a pena retributiva não se caracteriza por um mal aplicado a outro mal (ao mal do crime o mal da pena) – afasta-se a valoração subjetiva –, mas sim a eliminação de um injusto por meio da reafirmação do direito. Nessa estrutura, é perceptível certa confusão entre a função da pena para retribuir o crime e reafirmar o direito e a função da pena como perseguidora de uma justiça ideal. Nas palavras do filósofo:

95- A primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime. Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence – a capacidade jurídica –, e isso sem que haja a mediação da minha opinião. É o domínio do Direito penal. (HEGEL, 1979, p.85)

Repleta de caráter místico e pouco demonstrável, a aplicação da pena seria necessária para afirmar a existência prévia do direito – como se algumas realidades só pudessem existir ao serem negadas. Então, para Hegel a aplicação da pena seria indispensável para confirmar que o direito existia antes mesmo da prática delituosa ou, simplesmente, que o direito já existia. E, como a pena reafirmava a presença de direitos aos homens, ela também era um bem ao próprio criminoso, pois o dignificava ao restituir-lhe os direitos por si próprio negados. Dito isso:

100- A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma

maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito. (HEGEL, 1979, p.89)

As construções racionais de Hegel confluem-se para a formação da ideia de que o castigo é necessário para a existência digna de todos os cidadãos. O castigo constitui pressuposto necessário do direito. A retomada do suplício é possibilitada não mais para apaziguar a divindade monoteísta, mas para construir a dignidade do indivíduo e da sociedade. Nas palavras de Falcon y Télla, M. J. e Falcon y Télla, F. (2008, p.198):

O direito ao castigo em Hegel derivaria do respeito da dignidade pessoal e seria um direito natural, inalienável e absoluto, cuja negação implicaria a negação de todos os direitos e obrigações de caráter moral. Tratar-se-ia de um direito preceptivo (*mandatory right*), um direito com independência de qualquer classe de benefício que o exercício do mesmo possa suportar.

A função da pena em Hegel é usualmente interpretada dentro da concepção retributivista. É fato que o filósofo insculpiu a pena como uma compensação vingativa pela negação do direito e, sob o manto da proporcionalidade, alcançar-se-ia a demandada justiça. Contudo, ao que parece, Hegel esperava, primeiramente, a reafirmação do direito para realização da justiça, extirpado o caráter vindicativo, vez que para ele o “exercício da vingança pelos heróis e pelos cavaleiros andantes é diferente [...], pois faz parte da formação dos Estados” (HEGEL, 1979, p.73).

### **3.3 A crítica doutrinária perante as modalidades retributivas**

Os discursos retributivos alçaram relevante influência na elaboração da dogmática penal. Como visto, os discursos de Kant e Hegel auxiliaram a formação de uma sanção penal pautada na culpabilidade do indivíduo, o qual era responsável por seus atos contrários à norma. A marca dessas concepções pode ser amplamente

verificável na teoria do delito, inclusive no próprio momento de aplicação da pena – quanto maior a culpabilidade do agente, mais dura deverá ser sua pena para que haja justa medida de retribuição.

Nesse sentido, a letra da lei:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (CÓDIGO PENAL)

A reprovabilidade está presente na gramática legal e, portanto, é intrínseca ao pensamento legislativo pátrio, amparado por conceitos de retribuição. Perceptível também é a carga moral do dispositivo acima, visto que, para que algo seja considerado reprovável, é preciso que se faça uma valoração axiológica do comportamento humano. A medida da sanção deve observar a extensão do crime em sua reprovabilidade – que indica um alcance para além do resultado objetivo – e também a culpabilidade do indivíduo. Apesar da recepção retributiva, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu a função mista da sanção, determinando que a pena também deva ser medida para prevenir crimes futuros. Escolha absolutamente contrária ao pensamento kantiano de que, apesar da necessidade de um talião jurídico para delimitar a retribuição, jamais a pena deveria se prestar a fins utilitaristas, pois a prevenção de crimes futuros era considerada inadmissível.

Hegel, por sua vez, também criticava a proposição da prevenção especial negativa, afirmando que esta reduziria o homem e sua vontade a uma figura animalesca, comparando o homem e o cachorro, e a letra da lei e um bastão. No entanto, ele permitia que a prevenção de delitos futuros pudesse ser sim um fim da pena, desde que fosse uma função eminentemente secundária, ou melhor, um ganho secundário não objetivado pelo Estado. Nesse ponto, reside a primeira crítica aos retributivistas que, apesar de terem estabelecido “uma justa proporção entre crime e castigo” (SALO DE CARVALHO, 2020, p.77), deram à pena uma face cruel e vazia de significado, que não coadunava com uma sociedade que rompeu com o estado selvagem. Para existir, a pena precisa fundar-se em algum propósito, e a dignidade humana – elevada por Kant – é resumida à teoria. Então, o que se aponta é a

elaboração retórica para conferência de nova roupagem à aplicação do castigo vindicativo, sob vestes de proporcionalidade e laicidade. Assim, pode-se dizer que o sistema retributivo:

(...) atua como um mecanismo de rememoração de sistemas punitivos primitivos baseados na vingança de sangue, situação que mantém o direito penal impregnado de uma lógica repressiva que exerce fascínio sobretudo ao pensamento político reacionário. Exatamente por este sentido, nunca teria sido abandonado pela cultura penalística, inclusive após o iluminismo penal, mormente em razão da reconfiguração do retributivismo pelas versões laicas de Kant e Hegel. (SALO DE CARVALHO, 2020, p.78)

Aponta-se, também, a confusão existente entre direito e moral, muito reforçada por essa função da pena, seja na concepção de retribuição moral elaborada por Kant, seja na valoração moral do próprio Estado pela visão de Hegel. Dada a marca deixada por esses filósofos na dogmática dos países anglo-saxões – que também influenciaram o sistema brasileiro –, existe a valoração moral do homem por todo o ordenamento jurídico. Para além do mencionado art. 59 do Código Penal, também se vislumbra a culpa moral no próprio princípio da culpabilidade e proporcionalidade entre o ato criminoso e sua “reprovação” social. Nesta ótica, Ramírez (1992, p.94) expõe que a grande problemática que envolve esta função da pena está presente desde seu ponto de partida que criava um pressuposto absoluto pautado na ética – como se fosse possível a determinação de “valores absolutos e imutáveis”. Reduz-se o direito penal à uma questão eminentemente ética, olvidando-se a complexidade de um sistema social.

Do mesmo modo, Duek Marques (2016) leciona que a retribuição, seja sob a ótica de Kant, seja sob o ponto de vista hegeliano, poderia ocasionar verdadeiro retrocesso a um período em que as penas não tinham qualquer noção de proporcionalidade. Isso porque valores de culpabilidade e reprovabilidade, ética e moral são subjetivos e, sob o pretexto de alcançar a justa medida da balança da justiça, estariam justificadas verdadeiras atrocidades contra os direitos humanos e a própria dignidade humana esmerada por Kant. O autor também indica que essa suposta liberdade desenvolvida para justificar a aceitação do indivíduo acerca da pena que lhe será imposta é absolutamente indemonstrável.

Do mesmo modo, Roxin (2004) estabelece que não se pode determinar se o “homem concreto” teria de fato liberdade para agir da forma que agiu – considerando-se os diversos fatores que podem vir a influir na conduta humana. Assim, seria incalculável a culpa do indivíduo para a dosimetria de sua reprimenda, vez que a própria liberdade – pressuposto de uma ação livre e culpável – não é aferível. A pena jamais será a exata compensação da culpa. Na explicação de Falcon y Télla, M. J. e Falcon y Télla, F. (2008, p.186):

Seriam ainda maiores os problemas se o que tentamos medir não é o grau de gravidade da ofensa senão o *grau de intencionalidade do agente*, em cujo caso abandonamos definitivamente o mundo objetivo para adentrar-nos na dimensão subjetiva da culpabilidade que exercem fatores como o nível de imputabilidade do delinquente. Não é o mesmo sujeito psicologicamente equilibrado que um psicopata incapaz de sentir a pressão psicológica da pena e em grande medida *determinado* em suas ações. Por isso, haveria que afirmar que retribuição, medição e talião, mesmo que suponham um avanço em relação à vingança, são mais próximos ao mundo ideal que ao real.

Assim é que, apesar de esperado avanço entre pena e proporcionalidade, a pena como retribuição passou a exercer fascínio social, pois atribui castigo ao criminoso sob uma medida iminentemente subjetiva e pautada na moralidade social, uma vez que as expectativas sociais passam a influir na “justa medida” aplicada pelo julgador. A pena sob a forma retributiva usa compensações indemonstráveis entre ação humana e liberdade e entre crime e possível resposta equivalente. E é por pautar-se em réguas imaginárias que essa função da pena oferece tanto risco de retrocesso em uma sociedade marcada por anseios punitivistas.

A teoria retributiva ainda faz crer que algo de bom pode ser extraído do castigo, o que apenas é possível pelo arraigado sentimento cristão da antiga expiação divina. Em descompasso com a laicidade do Estado e a Constituição pautada pelos direitos humanos, defende-se verdadeiro ato de fé, aplicado pelo sacerdote magistral. O que se extrai é que a teoria retributiva se presta a construir um novo palco onde a reconhecida vingança possa ser praticada sem que a sociedade carregue em si a culpa pela dor alheia. Ainda que fosse legítima uma interferência transcendental na aplicação da sanção penal, com base no ensinamento cristão do “não julgueis para que não sejais julgados”, parece claro que o homem pouco sabe da justiça divina, e os que legitimam a retribuição pois creem no ato de fé também deveriam pautar-se pelo

ensinamento supramencionado. Dito isso, a máxima bíblica constitui “um veto contra a híbrida crença de conhecer o juízo divino sobre a culpa humana e poder executá-lo” (ROXIN, 2004, p.19).

Com valores e parâmetros obscuros e que dão “carta branca” ao aplicador da sanção penal, a função retribucionista presta-se a legitimar um direito penal máximo e reacionário. Em nenhuma hipótese, a retribuição é demonstrável empiricamente: em primeiro lugar, porque não se pode demonstrar que a pena cumpra uma função mágica de fazer desaparecer o delito e restaurar o *status quo*, e, em segundo lugar, ainda que o que se busque seja a expiação do mal pelo apenado, tal aspecto apenas se justificaria por um ato de fé em que a “bem-aventurança” ainda é perseguida, o que é incompatível com a laicidade do Estado. E, por fim, em um ordenamento pautado pela égide dos direitos humanos, a aplicação de sofrimento a um indivíduo, sem qualquer razão, exibiria os resquícios da incivilidade humana que não deu o salto da cultura.

### **3.4 As contribuições psicanalíticas**

#### **3.4.1 Do pai totêmico ao pai estatal**

Em *Totem e Tabu* (1913), Freud afirma que, da gênese do totemismo, seguida pela consciência de culpa criada pelos irmãos que cometem o assassinio, muitas outras formas de religião delas se derivariam e, conseqüentemente, muitas outras formas de pena. O passo da vingança para a retribuição divina é marcado pela substituição da figura do pai – representado pelo animal totêmico – pela figura do sacerdote – representante de um Deus na Terra. Assim como em relação ao pai totêmico, o homem também sentiria uma ambivalência de sentimentos com relação ao pai divindade, como amor e admiração, querendo igualar-se à tamanha

benevolência, e temor e respeito, algo que se percebe do atual ensino cristão de que é necessário “temer a Deus”.

O pai, por meio da frustração sexual do filho (impedindo que ele se desposasse de sua mãe), representava o primeiro contato do indivíduo com a denominada Lei da Cultura. Betty Fuks (2003) elabora que para que se haja humanização, como processo da horda ou do próprio indivíduo, é necessária a imposição do limite ao desejo – representados pela castração e pela consciência da morte. O filho, assim como os indivíduos pertencentes à horda primitiva, percebe que, para o salto da civilização, é preciso seguir as regras do pai. Em outras palavras, uma boa dose de frustração faz-se necessária para edificar a cultura. Assim é que, com a criação de uma consciência moral, a sociedade passou a respeitar uma nova simbologia daquilo que lhe retiraria de seu desamparo: o pai divinal representado pela igreja.

Esse desenvolvimento é bem perceptível na narrativa de evolução durante a passagem entre vingança primieva e avanço das teorias retribucionistas. A sucessão de papéis elaborada por Freud toma palco na história das sanções penais – o que se inicia como vingança aplicada pelo próprio grupo social se torna a retribuição disposta pelo representante de Deus na Terra (padre e sacerdote). No entanto, com o Iluminismo e a aparente finalização dos “atos de fé”, a sociedade precisaria de um novo sucedâneo do pai, um novo aplicador da lei, delimitador da Lei da Cultura, uma nova entidade que apoiasse o humano em todo seu desamparo. Essa figura seria o próprio Estado, que se vale “da fragilidade do homem diante de seu próprio desamparo para fortalecer suas bases políticas” (FUKS, 2003, p.25). Nesse exato sentido:

Como muitos outros pensadores, Freud também identifica o Estado como exemplo maior dessa figura que, de acordo com a teoria psicanalítica da origem da civilização, encarna o retorno da onipotência do pai primitivo. O poder soberano do Estado toma para si as mais formidáveis conquistas científicas e técnicas e, travestido da máscara do amor, facilita todos os atos de violência contra os inimigos e a desumanização do outro, ao permitir que a destrutividade se expanda plenamente (FUKS, 2003, p.31)

Assim como o pai impor a castração ao filho que viesse a praticar seus desejos sexuais para com a mãe, o Estado também limitaria as satisfações de seus

membros, determinando o que é possível e o que é ato delituoso –, segundo Alvino de Sá (2019) a ação do pai demarcaria a violência inaugural. O ato insurgente, denominado crime, teria uma resposta que faz alusão à imaginária dor da castração. Essa resposta exsurge do retributivismo, por meio do castigo, cuja finalidade é a deliberada aplicação de dor ao indivíduo, seja por meio de penas corporais (como no passado), seja por meio do cerceamento da liberdade (que muito se assemelha ao banimento e a delegação de uma morte em vida).

Unindo psicanálise ao desenvolvimento das teorias retributivistas, nota-se que há um significado maior para a máxima de que “o pacto da lei do pai prepara – e torna possível – o pacto social”, isso porque a infância da cultura se encontra à infância do homem. Esta o prepara para a vida em sociedade; aquela o prepara para as leis do Estado. A vingança torna-se a retribuição simbólica (PELLEGRINO, 1983, p.5).

Nessa visão, assim como o pai fornece ao filho obediente seu nome, proteção e bens fundamentais, também se espera que o Estado forneça ao indivíduo todas as possibilidades de um bom desenvolvimento. Desse modo, aquele que cumprisse com as leis esperava ser premiado. Ao menos algum tipo de satisfação substitutiva aguardava-se ser percebida por membros da sociedade que eficazmente refreassem suas pulsões e desejos considerados imorais e incivilizados. Como será visto, essa tendência à agressividade precisa de uma válvula de escape, de algo talvez não intencionalmente previsto por teorias retributivas. A regulação da violência presente em toda civilização passa, então, ao monopólio do Estado que, como recompensa, permite a participação dos fascinados espectadores ao ritual punitivo.

A cultura imposta e que seleciona o Estado como único legitimado à deliberada infligência de dor aos indivíduos se presta, então, a mascarar as emoções dos membros da sociedade que assistem, avidamente, à punição do outro. O sucesso do discurso punitivista perpetuado por teorias retribucionistas muito depõe acerca de seus defensores que permitem a si sentir o gosto da punição através dos reconhecidos

mecanismos de projeção<sup>17</sup> – algo muito viabilizado pela espetacularização do direito penal.

Ao passo que a refeição totêmica e a conseqüente noção de *obediência a posteriori* marcavam o triunfo do pai, a aplicação da pena e sua comemoração pelos espectadores mostram o triunfo do Estado e a falência do sistema penal que, por meio da retribuição, permitiu a manutenção da violência primieva e intrínseca a toda a humanidade. A polarização das pulsões do homem revela-se pelo próprio fascínio realizado pela teoria retributiva. Enquanto se obedece ao Estado (pai), descarrega-se o ódio na figura do criminoso.

Adotar a teoria de que apenas se está aplicando o castigo para equilibrar a balança da justiça oferece verdadeiro sustentáculo para a manutenção da barbárie. O deleite dos membros do Estado ao ver a punição daquele que é considerado criminoso é comparável à fantasia descrita por Freud em *Bate-se numa criança* (1919). Nele, o psicanalista descreve a fantasia de seus pacientes que sonham em ver o pai castigar uma outra criança, como se com isso recebesse as honras de ser o “preferido”, o “amado” pelo pai. Fazendo um paralelo, assistir à aplicação da pena retributiva pelo Estado ao membro transgressor equipara-se à seguinte descrição clínica:

Se é um irmão ou irmã menor (como em três dos meus quatro casos), a criança o desprezava, além de odiá-lo, e tem de presenciar como ele é alvo do afeto que os pais, enceguecidos, sempre reservam para aquele que nasceu por último. Logo aprende que apanhar, mesmo quando não dói muito, significa uma retratação do amor e uma humilhação. (...) Então é agradável a ideia de o pai bater nessa criança odiada, independentemente de tê-lo visto fazendo isso. Ele significa “Meu Pai não ama esse outro, *ama somente a mim*”. (FREUD, 1919, p.304-305)

Desse trecho, é possível constatar que, como na retribuição divina, se espera retornar ao estado de “bem-aventurança”, mas, na aplicação da pena hodierna, é como se o membro da sociedade reafirmasse seu caráter ilibado. E, mais do que a gratificação de se constatar membro do grupo social de elevada moralidade e comprometido com a Lei da Cultura, sente sua fidelidade reafirmada para com o pai

---

<sup>17</sup> Modo pelo qual um indivíduo “projeta num outro sujeito ou num objeto desejos que provêm dele, mas cuja origem ele desconhece, atribuindo-os a uma alteridade que lhe é externa.” (PLON; ROUDINESCO, 1997, p.603)

(seja como Deus, seja como o próprio Estado). Por certo que, para além da satisfação grupal em que o criminoso representa o odiado castigado pelo pai Estado, há também a elaboração da antiga fantasia individual tanto imaginada na infância. A pena exposta e dolorida possibilita ao homem extrair um pouco do prazer que lhe fora retirado pela submissão à cultura. Então, o deleite pela punição é possível não apenas aos sádicos<sup>18</sup>, mas também àqueles que tiveram a perversão infantil suprimida por sublimação ou repressão.

Depara-se com a nova modalidade de ritual expurgatório das pulsões. Na vingança, havia a necessária participação dos membros do grupo na cerimônia sacrificial. Na atualidade, àquele que necessite descarregar suas frustrações é possibilitado acompanhar as sentenças condenatórias, inquéritos e espetacularizações. Não é por menos que séries televisivas que retratam o julgamento e punição dos criminosos tenham sucesso e sejam tão marcantes. Cada dia, novas histórias são contadas de modo a produzir um *showcase* de *high drama*, os quais:

(...) reafirmam simbolicamente a ordem e a autoridade e ajudam a afrontar os sentimentos como os de desânimo, insegurança ou desordem, que tão frequentemente produzem os delitos. Ao ser testemunha direta ou indireta dos rituais penais, os cidadãos experimentam uma espécie de catarse. Entretanto, ao mesmo tempo, estes rituais são formas simbólicas de educar e reafirmar ao auditório, em sua sensibilidade pública e privada, que proporcionam um guia moral, padrões de comportamento a serem seguidos, linguagens comuns. Por meio dos rituais na sala de julgamento, o público reafirma duas emoções gêmeas, ainda que contraditórias: o respeito pelo pai e ódio pelo agressor. (FALCON Y TÉLLA, M. J.; FALCON Y TÉLLA, F, 2008, p.66-67)

Quando observada pelo viés psicanalítico, a pena como um fim em si mesmo parece impossível e distante. A punição ao criminoso exhibe-se como ferramenta para controle social – todos perdem a dignidade sob a ótica kantiana. Não é por menos que a prevenção geral positiva delineada por Jakobs tenha sido tão influenciada pela teoria hegeliana – o ritual punitivo mais do que reafirmar o direito auxilia na manutenção de um “guia moral” estipulado pelo Estado. O fato é que a aplicação do castigo alcança

---

<sup>18</sup> Freud (1919) explica a perversão sexual na infância em razão da formação antecipada de um dos componentes da função sexual. Esse componente teria, então, escapado dos ulteriores processos de desenvolvimento. Originam-se as formas de satisfação substitutivas. Note-se que o termo passou a ser utilizado por Freud a partir de 1896 e pela visão psicanalítica não deve carregar nenhum significado pejorativo.

outros porquês além da mera retribuição. O Estado também dela se beneficia por meio do controle social das pulsões – mediante a pena e os espetáculos, a todos é dada a possibilidade de compartilhar de um único momento fantasioso de selvageria. Isso recai, diretamente, na percepção de Ferrajolli (2002) de que a retribuição é muito mais que uma finalidade da pena, mas, sim, uma forma escolhida para aplicar a sanção penal – a inflicção de dor foi uma escolha. O mais produtivo, talvez, fosse questionar qual a razão da proibição.

De toda a análise, parece que a proibição foi estabelecida para legitimar a realização do castigo e, por séculos a fio, a humanidade tem elaborado teorias que viabilizem a manutenção da vingança sob novas roupagens – retribuição, justiça, prevenção, cura. Vislumbra-se que algo imanente ao homem pede pelo sofrimento, pelo retorno do estado de desagregação. Desde o início, o homem parecia tentado a retornar à horda e, vez após vez, reafirmava a civilização. No entanto, há explicação psicanalítica para tamanho apego à agressividade.

#### 3.4.2 A pena como manifestação da agressividade humana

É de inquietar o fato de tanto se legitimar a aplicação da pena. E mais: nessas elaborações justificadoras, a sanção sempre deve ser vista como algo desprazeroso para aquele que a recebe. Por mais que nada de frutífero se extraia de um ato que possa trazer sofrimento alheio, a sociedade continua a ensaiar contornos às mais diversas teorias para que haja sempre espaço para a punição, tentando compatibilizar castigo, sofrimento deliberado e civilização. Para dar faces nobres ao castigo, os que perpetuam o discurso punitivista se utilizam da premissa da existência dos direitos humanos na legislação, como se dissessem “é possível impor a dor, mas há limites éticos para isso”.

Teorias sobre como o homem, inicialmente, concordou com as normas são as mais elaboradas para afirmar-se que de forma alguma o indivíduo é contrário à sua

punição e que, na realidade, ele concordou com ela quando do contrato social. Tanto é assim que a teoria da retribuição espelha relevante exemplo sobre como a realidade pode se manuseada com o intuito de satisfazer o desejo humano, ainda que custe a dignidade alheia. Inconscientemente ou não, a concepção da finalidade retributiva da sanção penal possibilitou e ainda possibilita a perpetuação da inflicção de dor – qualquer agressividade para com o criminoso é justificada, afinal, só se está a “fazer justiça”.

Esse ato de “fazer justiça” é visto com nobreza, pois não é vingança realizada com as próprias mãos, sendo a presença de terceiro neutro o pressuposto necessário para diferenciar retribuição e vingança. Inobstante, ignora-se o fato de que não é possível deduzir neutralidade quando se refere ao humano. Tampouco é possível medir intensidade do afeto de um indivíduo, uma vez que nem o próprio tem acesso a seu inconsciente (a não ser por meio de sonhos, chistes, atos falhos e reiterada submissão à análise). A imposição de sofrimento, mal ou desprazer é inerente ao próprio conceito de pena. A sociedade jamais admitiria que aquele que não se submete às Leis da Cultura possa receber algum tipo de prêmio – tanto é que a concessão de direitos ao preso e a assistência dada à sua família são vistas com maus olhos, quase que como se o pai estivesse alimentando o filho pródigo. Nesse sentido, Falcon y Télla, M. J. e Falcon y Télla, F. asseveram que:

Se chegássemos a descobrir que a prisão é experimentada por quem a ocupa como uma vivência prazerosa, a mesma deixaria de se configurar como um castigo. (...) O Estado, intencionalmente, causa um sofrimento, desprazer, dor ou mal ao ofensor como fim ou como meio para um fim. (2008, p.33)

O desejo pela aflição alheia desenvolveu-se a ponto de a inicial pena de morte desdobrar-se em tortura (dor mais intensa), evoluindo para o cerceamento da liberdade (conjunto de pena sofrível, pois retira sonhos e perspectivas do apenado, e mais longa do que a própria morte – soma-se tempo e intensidade). Com o avanço da sociedade, outras formas de sofrimento também passaram a ser impostas, como a perda de bens e valores e proibições de frequentar certos ambientes. Tal fato apenas serve para demonstrar que a punição foi evoluindo conforme a sociedade. Se os desejos mudavam, as instituições alteravam a forma de frustrar esses desejos.

Por certo que a justa medida da retribuição é impossível, visto que o grau de dor sentido por cada pessoa não pode ser matematicamente calculado, isto é, a dor individual é influenciada por fatores biológicos, psicológicos e até mesmo morais. Não obstante, o apego à inflição de sofrimento é tamanho que, ao se determinar quais são as sanções aplicáveis pelo direito penal, em geral, escolhem-se os bens mais caros aos homens, entre eles sua liberdade e posses.

A sociedade experimenta o deleite momentâneo da aplicação do castigo e, para defendê-la, esconde todo o sofrimento que permanece para o condenado, após finda a fruição de prazer. Como visto, a pena tem função social de proporcionar à sociedade o deleite punitivo, mas ao apenado nenhuma certeza pode advir, visto que o próprio sofrimento não pode ser mensurado. É dessa forma que a pena mais se assemelha ao hiperativo hipotético, afinal, espera-se que ela seja a justa medida da retribuição e espera-se que dela não se advenham ganhos secundários – sem qualquer tipo de certeza. Mas, como mencionado, há uma razão psicanalítica para tamanha propensão à agressividade, um motivo pelo qual o homem não se desapega da necessidade de continuar a infligir a dor ao outro e, para isso, desdobrar sua inteligência em teorias justificadoras.

Em *Além do Princípio do Prazer* (1920), Freud concebeu que era imanente ao homem o desejo de destruição. Relatou que havia algo primário na constituição humana que buscava incessantemente o retorno ao estado inorgânico, ao estado de não ser. Tal força motriz fora denominada como “pulsão de morte”. Em contraposição a ela, existia a pulsão de Eros, a qual Freud chamou de “pulsão de vida”. O equilíbrio entre estas pulsões é imprescindível para a edificação da cultura. No desenvolvimento de sua teoria, o psicanalista afirma que:

Na atual penumbra que se acha a teoria dos instintos, não convém rejeitar qualquer ideia que prometa alguma luz. Partimos da grande polaridade de instintos de vida e instintos de morte. O próprio amor objetal nos mostra uma segunda oposição assim, aquela de amor (afeição) e ódio (agressão). Se conseguíssemos relacionar essas duas polaridades, fazer uma remontar à outra! Há muito reconhecemos um componente sádico no instinto sexual. (FREUD, 1920, p.225)

Na ótica freudiana, existe uma agressividade indissociável do homem e, por isso, ele tem “um desejo constante de matar” (DUEK MARQUES, 2016, p.75). A cultura, por sua vez – aqui representada pelo pai ou pelo Estado –, refreia a tendência à destruição mediante suas imposições. Então, a cultura entra em choque com a civilização e, por meio do destino dado às pulsões, possibilita sua manutenção e edificação. Assim sendo, em oposição à esperança exarada em *O Futuro de Uma Ilusão* (1927), Freud aduz sua nova percepção da civilização, concluindo que:

(...) o ser humano possui uma hostilidade primária, uma tendência agressiva em seus impulsos, capaz de colocar em perigo a sociedade aculturada. (...)

Embora a cultura almeje o monopólio da força e da violência para a punição dos criminosos, por meio da legislação imposta no âmbito social, afastando dos indivíduos essa tarefa, esse monopólio não se afigura suficiente para reprimir a agressividade humana. (DUEK MARQUES, 2017, p.106)

Freud (1915) explica que as pulsões não podem ser simplesmente escanteadas pelo indivíduo e, diferentemente dos estímulos externos, o homem não consegue deles se desvencilhar apenas com a descarga motora. A exigência da pulsão é muito mais elevada e tem por meta sua satisfação – que só se alcançaria por meio da cessação do estímulo na própria fonte pulsional. E, para realizar sua meta, haveria a escolha do objeto da pulsão. Denota-se, também, que o objeto é o componente mais variável que existe na pulsão, podendo a satisfação ser alcançada por diversos meios, até mesmo pela punição de outrem. Assim é que há a percepção de que algo escapa ao Eu<sup>19</sup> na pulsão de morte, reconhecendo essa parcela como sadismo, consistente em “atividade de violência, dominação sobre outra pessoa como objeto” (FREUD, 1915, p.05). Usualmente, desagua-se de forma linear e direta da concepção do sadismo para a agressividade contra o criminoso para satisfação do prazer sádico por meio da aplicação do castigo.

Por certo que a tendência humana à agressividade, respaldando a pulsão de morte concebida por Freud, tem verdadeiro sustentáculo na teoria da retribuição. É notável o alto nível de elaboração teórica para que se reconheça o direito de fazer

---

<sup>19</sup> Termo inicialmente designado por Freud para referir-se à sede da consciência. A seu lado estariam o pré-consciente e o inconsciente. Posteriormente, com a segunda tópica em 1920, o termo passou a referir-se a uma instância psíquica da qual haveria outras duas: Id e Superego.

sofrer alguém, sem que isso deva causar culpa na sociedade. Nesse ponto, é preciso esclarecer que a agressividade se trata de uma projeção da pulsão de morte e que, para que haja satisfação erótica com o sofrimento alheio, é necessário o anterior estágio do masoquismo para posterior possibilidade de fruição do gozo – que é, de fato, um gozo masoquista. Assim, esclarece-se que há um caminho percorrido entre o sadismo originário e o gozo punitivo, devendo permanecer no entrevero o masoquismo do indivíduo. No entanto, é importante observar que a meta de fazer o outro sofrer só pode surgir de “alguém originariamente sádico” (FREUD, 1915, p.08).

Desenvolvendo a teoria freudiana, torna-se fundamental explicar que um dos destinos da pulsão é o retorno para o próprio Eu e, dessa forma, o masoquismo intermediário seria o próprio sadismo originário que se voltou contra o indivíduo. Aquele que possuía uma meta ativa de fazer sofrer passa a ter uma meta passiva. Com a alteração da meta, o indivíduo precisa procurar, então, um novo objeto que ocupe o lugar do próprio sujeito. Esse sadismo originário é preservado, visto que o Eu, agora passivo, por meio da fantasia passa a ocupar o novo objeto que se coloca na posição de sujeito (o Eu fantasia que está a causar dor em si mesmo).

Essa explicação se faz necessária, pois a psicanálise não localizou a inflição de dor como uma das metas pulsionais originárias do homem. Contudo, Freud (1915) constatou que o prazer pela dor é masoquista e aquele que exerce a fruição do prazer advindo da dor alheia só pode ser, originariamente, sádico. Assim, o sádico seria aquele cuja meta pulsional também passou a infligir dores para que seja possível deduzir uma carga de prazer da excitação erótica que o ato de punir carrega. Nas palavras do psicanalista:

(...) as sensações dolorosas, bem como as de desprazer, alcançam a excitação sexual e produzem um estado prazeroso, podendo-se, por isso, aceitar de bom grado o desprazer da dor. Quando a sensação de dor chega a tornar-se uma meta masoquista, pode surgir também, de modo retroativo, a meta sádica de infligir dores; de modo que alguém, ao provocá-las em outrem, frui masoquistamente pela identificação com o objeto que as sofre. Certamente em ambos os casos não se frui a dor em si, mas a excitação sexual que a acompanha, e, para o sádico, de modo especialmente cômodo. A fruição de dor seria, portanto, uma meta originariamente masoquista, a qual só pode tornar-se uma meta pulsional em alguém originariamente sádico. (FREUD, 1915, p.10)

Ainda, Oswaldo Henrique Duek Marques esclarece como Freud desenvolve sua teoria para chegar à conclusão de que essa agressividade mencionada partiria da pulsão de morte e estaria depositada no denominado supereu. O sadismo, portanto, seria uma identificação entre o eu e o supereu<sup>20</sup>, possibilitando-se o gozo punitivo por meio do mecanismo acima elaborado:

O supereu surge como instância destrutiva, embora possa oferecer proteção e compensação ao eu. No supereu ficam depositadas a destrutividade que não se exteriorizou e a que foi posteriormente recolhida, motivo pelo qual Freud atribuiu ao supereu a própria cultura da pulsão de morte. (...)

Já no sadismo, o eu identificou-se com o supereu e passou a funcionar como o supereu agia com ele. Embora o eu tenha sido vítima, está identificado como a figura do agressor, utilizando o outro como vítima. Nessa situação, Freud vai mencionar o gozo narcisista do sádico, afigurando-se cabível que ele mencionasse o gozo masoquista. (DUEK MARQUES, 2017, p.91)

Por meio da projeção, a sociedade pode desfrutar do prazer de ver o outro sofrer o castigo. Em outras palavras, os impulsos destrutivos podem aparecer por meio da satisfação extraída da retribuição, e sua teoria, ainda que inconscientemente, legitima a perpetuação da hostilidade humana. Quase que como um prêmio às frustrações suportadas pela Lei da Cultura, ao homem fora possibilitado fruir um pouco do prazer inerente a seu impulso destrutivo, ainda que tenha por objetos o corpo e a vida alheia.

Nesse sentido, explica Juarez Cirino dos Santos:

O antagonismo entre as exigências instintivas e as restrições da civilização, que colocam impulso contra o impulso sexual, é tratado por Freud em *O Mal-Estar na Cultura*. O conceito de narcisismo aparece na distinção entre o instinto de vida, da substância viva responsável pela conservação mediante conjugação em unidades superiores, e o instinto de morte, movimento contrário de dissolução da substância

---

<sup>20</sup> O Supereu citado pelo autor constitui uma das três instâncias da segunda tópica freudiana. Ele tem como função ser o juiz e censor do Eu. Curiosamente, Freud afirmou em seu texto *Sobre o Problema Econômico do Masoquismo* (1924) que o imperativo categórico de Kant é herdeiro direto do complexo de Édipo” - produto de longa produção (PLON; ROUDINESCO, 1996, p.744).

viva. Assim, o instinto de morte existe como tendência de desvio para o mundo exterior, como modo de manifestação da agressividade/destrutividade. Logo, o sadismo e o masoquismo são formas de aliança entre os impulsos de Vida e de Morte: a tendência de agressão é uma disposição instintiva original e auto subsistente – e a civilização é o grande empecilho, um processo a serviço de Eros. (...) (SANTOS, 2020, p.71)

Mais do que a utilização do criminoso para a fruição das pulsões sádicas, a instituição da pena e do sofrimento necessário cumpre fascínio não apenas pelo discurso simbólico punitivista, mas também pelo próprio Estado que se utiliza dessa ferramenta como método de premiação dos membros da sociedade, refreando suas pulsões sádicas e ofertando-lhes experiência completa do prazer por meio do conhecimento dos casos e penas aplicadas.

Por meio da determinação do criminoso – preterido, filho errático – é possível que os membros da sociedade reafirmem seu papel e enquadramento dentro da ordem social. Rememora-se a bem-aventurança ofertada pelo etéreo. Assim é que, apesar de se ver frustrado em seus desejos mais primários pela Lei da Cultura, é possível obter a fruição de um prazer narcísico comum e compartilhado.

Ao reforçar a função retributiva da pena e o discurso punitivista, o Estado também se protege da possível insurgência dos membros da sociedade que, frustrados em seus impulsos e delegados a satisfações substitutivas e parciais, poderiam tornar sua hostilidade contra ele. A determinação do preterido pelo pai Estado afigura-se como verdadeira válvula de escape da agressividade humana, de modo a reafirmar a coesão interna do grupo social (DUEK MARQUES, 2017).

Ao que parece, a retribuição e seu caráter absoluto – demarcado pela suposta ausência de ganhos secundários – exibem nítido caráter utilitarista. Sob essa função, unindo-se à perspectiva psicanalítica, a pena aplicada ao criminoso é um meio necessário a um fim. Nela, o objeto do sadismo social, como deveria ser, é o mais substituível possível, podendo ser ocupado pelo “inimigo”, “criminoso” ou até mesmo pela figura do “corrupto” – que tem conquistado bastante espaço por aqueles que perpetuam o simbolismo da punição por meio do discurso.

É possível conceber que a institucionalização da vingança<sup>21</sup> demonstra que permanecem traços antissociais naqueles que são ávidos pela realização da função da justiça de caráter punitivista. Alessandro Baratta (2014) explica que a teoria freudiana foi incrementada pela visão de Alexander e Staub, que constataram certa afinidade entre agressividade não reprimida pelo delinquente e aquela demonstrada por aqueles que se apegam ao discurso punitivista. O que antes era aplicável à sociedade punitiva passa a ser atribuído também àqueles que ocupam a função institucional da retribuição.

Ao possibilitar outra forma de fruição da realização da agressividade de uma sociedade eminentemente narcisista, a pena configura o fetichismo<sup>22</sup> grupal. Em síntese, o fetichismo é a marca no Eu entre a realidade e a fantasia – apesar de ciente da realidade, o Eu continua a fantasiar. É mais do que sabido que a retribuição nada agrega à sociedade, tampouco diminui a criminalidade – realidade. No entanto, “mesmo assim”, defende-se veementemente a existência da pena sob a forma de castigo, visto que é possível extrair doses de prazer de sua fantasia.

O castigo, sob as vestes de uma sanção penal legitimada pelo próprio Estado, tomaria o lugar de desejo, e sua completa realização dar-se-ia por meio da espetacularização midiática do ato punitivo – notícias sobre inquérito policial, prisões preventivas, sentenças e condenações punitivas. O mais temerário é que, quando o castigo se torna fetichismo social, ele possibilita perpetuação de verdadeiros atos incivilizados para a obtenção do prazer. A pena passa a ser um objeto “mágico e santo de gozo” (DAVID; SALOMÃO NETO, 2016. p.11). Apesar de ser reconhecida a ausência de frutos positivos da sanção penal retributiva (realidade), perpetua-se sua manutenção e, em paralelo, seria possível admitir o castigo sobre um indivíduo, ainda que se saiba que ele é inocente (fantasia).

---

<sup>21</sup> Nas palavras de Betty Fuks (2003, p.31) o Estado: “proíbe ao indivíduo praticar o mal, não porque deseja extingui-lo, mas para obter um poder ilimitado sobre todos. Baseado na lógica do tempo da horda, Freud demonstra que o Estado, promovendo ações violentas que, sob sua vigência, não se configuram como tal, faz da exceção sua regra: acima da lei, encontra-se livre para suprimir as paixões e perpetrar atos de destruição, exclusão e crueldade, incompatíveis e contrários às premissas de civilidade”

<sup>22</sup> Segundo Roudinesco e Plon (1997, p.235), “Sigmund Freud atualizou o termo, primeiro para designar uma perversão sexual, caracterizada pelo fato de uma parte do corpo ou um objeto serem escolhidos como substitutos de uma pessoa, depois para definir uma escolha perversa, em virtude da qual o objeto amoroso (partes do corpo ou objetos relacionados com o corpo) funciona para o sujeito como substituto de um falo atribuído à mulher, e cuja ausência é recusada por uma renegação”.

A defesa da finalidade retributiva da sanção penal permanece “não mais nos moldes de Kant e Hegel, mas baseado, exclusivamente, no anseio fetichista do sofrimento enquanto elemento caracterizador do punir”. Assim é que há verdadeiro encontro entre o fetichismo freudiano e a pena retributivista, pois “ambos sabem da realidade (a mulher não tem pênis; o sistema penal é falho), mas preferem abandonar essa percepção em prol de mera possibilidade imaginativa” (DAVID; SALOMÃO NETO, 2016. p.14).

Desse modo, a psicanálise contribui para compreender o inconsciente que sustenta a defesa do retribucionismo. A inquietante procura dos diversos teóricos para legitimar a pena sob a forma de sofrimento demonstra que, além da falência do sistema punitivo, os mesmos desejos primitivos demonstrados na época da vingança privada permanecem arraigados no homem.

### 3.4.3 A concepção hegeliana e o ritual neurótico obsessivo

Como visto, Hegel entendia que a pena deveria ser aplicada para anular o crime e, conseqüentemente, reafirmar a vigência do Direito – quase que como uma operação aritmética. De forma pouco demonstrável e revestida de misticidade, a vertente hegeliana perpetuava a ideia de que a retribuição tinha o condão de eliminar da realidade algo já consumado. Elevado a patamares quase divinatórios, o castigo possibilitaria reparar as conseqüências do crime para a sociedade. Apesar de ser uma teoria formulada após a concepção da retribuição divina, a marca da pena como ato de fé permanece na teoria hegeliana e não passa despercebida. Nesse ponto, inclusive, é que residem as críticas a essa vertente, vez que sua defesa se baseia em conjecturas e suposições impossíveis de serem comprovadas no mundo sensível.

As concepções primitivas que confundiam direito, ordem natural e manifestação divina permaneceram na visão moderna do retributivismo. Porém, na pós-

contemporaneidade, é pouco satisfatória a manutenção do castigo como ente sobrenatural que faz desaparecer da realidade o crime – ou contranorma na linguagem de Hegel. Nesse sentido, as ponderações de Ferrajoli (2002, p.205):

(...) enquanto nas concepções arcaicas de tipo mágico-religioso a ideia da retribuição é ligada à objetividade do fato com base em uma interpretação normativa da natureza, naquelas cristãs-modernas, sejam de tipo ético, sejam de tipo jurídico, esta se conecta à subjetividade maldosa e culpada do réu com base em uma concepção naturalista ou ontológica tanto da moral como do direito. Em todos os casos essa distinção primordial da justiça penal é filosoficamente absurda. (...)

E, aliás, é exatamente a irreparabilidade que distingue os ilícitos penais daqueles civis, considerando que a pena, diferentemente da reparação de danos, não é uma retribuição nem uma “reparação”, nem uma “reintegração”, senão no sentido mágico ou metafísico suprailustrado. Somente a dialética hegeliana, com sua definição da pena enquanto negação (do direito e, portanto) da negação (do direito), poderia conseguir dar veste teórica a uma tal superstição consentido de conceber como “lógica” a circunstância de um fato poder negar outro fato.

A retribuição de Hegel, em que a pena produz efeito anulatório, muito remonta às impressões freudianas sobre ritos purificatórios, denominados por ele como “anulação do acontecido” (*Ungeschehenmachen*), conforme estudo relatado em seu escrito *Inibição, Sintoma e Angústia* (1926). Freud aduz que a aplicação desses “atos de fazer desaparecer” remonta a épocas muito antigas – estando presente, inclusive, no próprio totemismo, tendo-se afirmado que o totemismo fora inaugurado para que se apagasse da realidade a própria razão de ser do totemismo (o parricídio). Tais atos mágicos estão presentes em rituais purificatórios, costumes populares e demais celebrações religiosas, podendo ser estes vistos e questionados pela atividade do pesquisador em larga escala. Freud esclarece que esses “atos de fazer desaparecer” possuem duas finalidades, quais sejam:

(...) a primeira seria a preventiva - tema muito comum dentro das finalidades da própria pena - como a adoção de medidas para que algo não se repita; e a segunda já suprarreferida função anulatória, que “é muito mais antiga, tendo origem na atitude animista ante o mundo ao redor”. (FAIÇAL; ZAPAROLI; GUERRA FILHO, 2020, p.10)

A primeira finalidade apontada será analisada no capítulo a seguir. No entanto, a segunda é amplamente verificável neste estágio do trabalho. Inclusive, por meio da comparação entre a pena como ritual purificador e as compulsões de “fazer desaparecer” atribuíveis aos neuróticos obsessivos<sup>23</sup>. O seguinte trecho da obra freudiana apresenta o encontro entre o ritual neurótico e o ritual punitivo que elimina o crime e reafirma a vigência do direito:

A primeira tem um vasto campo de aplicação e remonta há muito tempo atrás. Ela é, digamos, magia negativa; procura através de um simbologismo motor, “fazer desaparecer” não as consequências de um evento (impressão, vivência), mas ele próprio. Usando essa expressão aludimos ao papel que essa técnica desempenha não somente na neurose, mas também nas ações mágicas, nos costumes populares e nas cerimônias religiosas. (FREUD, 1926, p.57)

Ao passo que, na neurose obsessiva, o ritual praticado serve para anular o acontecimento indesejado pelo neurótico e, assim, conceder-lhe certo poder sobre a realidade. Ao aplicar a sanção penal, concede-se a ilusão de que se apaga do mundo a existência de um crime. O Estado e o aplicador do direito permanecem em sua onipotência infantil, acreditando que, por meio de suas ações, possam alterar o passado. A presença das crenças cristãs ainda remanesce, vez que, para a anulação, o castigo deve ter o condão de purificar o indivíduo. E, assim, elimina-se não apenas as consequências do ato delituoso, como também a própria violação.

Dito isso, a psicanálise freudiana oferece diversos conceitos aplicáveis às teorias retributivas, a fim de possibilitar a própria condição de pensar, questionar e criticar – atos imprescindíveis para edificar a ciência penal pautada na realidade, e não em fetichismos punitivos. Ainda, a ótica freudiana possibilita constatar que, mesmo com o passar dos séculos e a laicização do Estado, as crenças religiosas continuam a servir como determinante da sanção penal sob a forma retributiva, em que a infligência de dor e sofrimento se faz pressuposto.

---

<sup>23</sup> “Forma fundamental de neurose identificada por Sigmund Freud em 1894 (...) No plano clínico, manifesta-se através de ritos conjuratórios de tipo religioso, sintomas obsedantes e uma ruminação mental permanente, na qual intervêm dúvidas e escrúpulos que inibem o pensamento e a ação.” (PLON; ROUDINESCO, 1997, p.538).



## **4 A PENA INTIMIDATÓRIA**

Neste capítulo será abordada a denominada função preventivo geral negativa da pena, propagada função intimidatória da pena por meio da edição de leis que prevejam o recrudescimento das sanções e que tentem garantir a aplicação da pena, de forma contemporânea ao fato – replicando um dos pontos argumentados por aqueles que defendem a função retributiva. Para tanto, ocupar-se-á da discussão das teorias desenvolvidas por Romagnosi e Feurbach que tanto se prestam a marcar o reconhecimento de que o desejo humano influi no ato criminoso, de modo a abrir caminhos à união psicanalítica. Assim é que, após a explicação das teorias e das críticas a elas atribuídas, será apresentada a elaboração psicanalítica que reside na defesa da intimidação como uma das funções primordiais da pena ainda na atualidade, remontando-se a segunda faceta dos rituais neuróticos obsessivos por meio do ritual punitivo do criminoso como bode-expiatório.

### **4.1 A prevenção geral negativa**

As teorias absolutas demarcam importante desenvolvimento da história para formação do direito penal e de relevantes princípios que regem a aplicação da pena, além de contribuições para a dogmática em si. Como visto, essas teorias sempre foram tomadas e retomadas com o passar dos anos, mas as preventivas exerceram a maior influência sobre a pena e sua forma de ser a partir da modernidade. Assim, as teorias que “marcaram de forma mais contundente a penologia moderna foram as de prevenção geral negativa (teorias de dissuasão) e as de prevenção geral positiva (teoria da emenda)” (CARVALHO, 2020, p.81).

Neste trabalho, optou-se por estudar a prevenção geral negativa, isto é, a pena como intimidação, a despeito da reconhecida influência da função preventiva geral

positiva para o direito penal, seja sob a vertente limitadora de Roxin, seja sob a fundamentadora de Jakobs. Faz-se mister esclarecer que essa escolha se deu a fim de propiciar maior acuidade metodológica, isso porque o objetivo deste estudo não é esgotar a temática de todas as teorias que tentam legitimar a aplicação da sanção penal sobre o indivíduo criminoso – e assim nem poderia ser. O intento, como mencionado no introito, é analisar as contribuições freudianas identificáveis em algumas dessas funções.

As teorias de prevenção geral relacionam-se ao fim da pena para a sociedade em geral, não focando apenas em um indivíduo. Em termos de análise psicanalítica da função da pena, essas doutrinas oferecem um aporte mais amplo ao pesquisador que pode ter por objeto o comportamento social, e não o comportamento individual – que poderia recair em um retorno indesejado ao positivismo. Sucintamente, Roxin explica que a teoria de prevenção geral:

(...) não vê o fim da pena na retribuição e nem em sua influência sobre o autor, senão na influência sobre a comunidade, que mediante as ameaças penais e a execução da pena deve ser instruída sobre as proibições legais e separadas de sua violação. Também aqui se trata, pois, de uma teoria que tende a prevenção de delitos (e com isto preventiva e relativa), como consequência do qual a pena deve, em embargo, atuar especialmente sobre o condenado, senão geralmente sobre a comunidade. Por essa razão se fala de uma teoria de prevenção geral. (ROXIN, 1997, p.89)

Além disso, as teorias relativas são assim denominadas pois, diferentemente das “teorias absolutas”, elas não têm um fim em si mesma, ou seja, buscam ganhos secundários para a aplicação da sanção penal e não visam à mera vingança ou retribuição. Em outras palavras, sob esse viés teórico, com a pena se intenta alcançar um fim específico para toda a sociedade, e não apenas para o indivíduo. A penalização do outro e a própria previsão legal objetivam alcançar uma pretensão futura, como um meio necessário a um fim desejado. Portanto, a pena não visa apenas ao passado, mas também ao futuro social em que não haja mais delitos. Relevante, ainda, indicar que o termo “geral”, por si só, já demonstra que a finalidade preventiva concebe a pena utilitarista, posto que se direciona à sociedade, e não ao indivíduo em si. As vertentes, cujo objetivo é o próprio indivíduo, denominam-se “prevenção especial positiva” e “prevenção especial negativa”.

Igualmente criticável sob o viés psicanalítico, a prevenção especial negativa tem por objetivo a neutralização do indivíduo, a fim de que este não retorne a delinquir. Por outro lado, a prevenção especial positiva, muito pautada no correcionalismo, utiliza a sanção penal como mecanismo ressocializador do indivíduo. No entanto, como o intuito é analisar algumas teorias sobre o fim das penas, mormente as que indiquem sua relação com o grupo social, este trabalho buscar elucidar o tema sobre prevenção geral negativa, que, por meio da sanção penal, pode dissuadir indivíduos pertencentes à sociedade a não cometer atos delituosos.

#### 4.1.1 A Teoria de Domenico Romagnosi

Romagnosi (1761-1835), usualmente alocado entre os pré-clássicos das escolas criminológicas, era professor na Universidade de Pisa, filósofo e jurista. O autor era contrário à teoria do contrato social e, portanto, defendia a visão jusnaturalista. Sua marca, entre os estudos da função da pena, se dá pela concepção da finalidade penal direcionada ao futuro, e não mais apenas ao passado, como na vingança e na retribuição. Em seus escritos, Romagnosi defendia que a sociedade só poderia punir um culpado se não tivesse a certeza de que não mais ele iria tornar a delinquir, ou seja, o valor preventivo da reprimenda era extremamente importante. Para ele, “uma condição essencial do direito de ofender alguém é a necessidade de fazer com que um mal se defenda do que está errado” (ROMAGNOSI, 1956, p.258).

Diante disso, notável que a pena teria uma função de barreira que, mediante o temor causado por sua imposição e a possibilidade do julgamento social, visava impedir o indivíduo de cometer a prática delituosa. Note que a existência de uma lesão pretérita não é o bastante para a legitimação do punir, é preciso que olhar para o futuro. Na ótica do jurista italiano, a sociedade podia munir-se do necessário para impedir que o “malvado” (criminoso) realizasse a ação delituosa e, dessa forma, ocasionasse mácula à paz e à coesão social. Nas palavras do autor:

(...) Portanto, é necessário para a conservação e a tranquilidade sociais que o futuro malvado tema não apenas as preliminares, mas também as consequências de seu crime. Logo a sociedade tem incontestável direito de empregar os meios para infundir este temor. (ROMAGNOSI, 1956, p.259)

Da passagem extraída da obra *Gênese do Direito* (1834), é perceptível que Romagnosi defendia a necessidade da união entre a pena e o temor social. No entanto, a fim de delimitar a incidência da sanção, o filósofo defendia que a pena não deveria olhar apenas para o futuro, mas também para o passado, sendo somente aplicável quando da concreta ocorrência de um crime pretérito, com o intuito de evitar a punição de inocentes. Assim como nas já elaboradas críticas ao retribucionismo, o autor italiano também argumentava que, se a pena não tivesse uma função para além da mera retribuição, ela seria duplamente injusta, pois seria reduzida a um “injusto tormento ao culpado”, e a defesa social jamais seria efetivamente alcançada (ROMAGNOSI, 1956, p.127).

Ademais, há importante ponto da teoria de Romagnosi para a finalidade deste trabalho. Isso porque o autor relaciona os desejos íntimos de um indivíduo ao final ato de transgressão à lei, aduzindo que a soma dos prazeres no homem pode ocasionar-lhe o despertar de desejos não tão nobres. A pena teria o condão de agir como um contraimpulso a esse novo desejo recém-surgido ou, como parece, um desejo sedimentado no indivíduo e que, por meio de conquistas e prazeres, demonstrou-se ativo. Confira a seguinte passagem em que Romagnosi esclarece a relação entre crime e desejo mencionada:

Quando o homem obtém a maior soma de utilidades e prazeres, sente que os desejos são despertados (exceto nos muito sábios), que se tornam muito mais violentos em razão da opinião, dos costumes e da luta com o amor-próprio alheio. (ROMAGNOSI, 1956, p.244)

Sendo assim, denota-se que a função da pena era intimidar a sociedade para que seus membros fossem impelidos a não cometer o ato delinquente desejado, como um contraimpulso ao desejo criminoso. A aplicação da pena era, portanto, um direito de a sociedade garantir a manutenção da coesão social e o estado de agregação em que se encontrava. Para Romagnosi (1956, p.105), surge, então, “o momento em que

nasce o direito penal, que não é nada, além de um direito habitual de defesa contra uma ameaça permanente, nascida da intemperança ingênita.”

#### 4.1.2 Feuerbach e a teoria da coação psicológica

A pena como um contraimpulso ao desejo delituoso também é defendida na obra de Feuerbach (1775-1833), jurista alemão contemporâneo de Romagnosi. Feuerbach é o primeiro nome relacionado à teoria da prevenção geral negativa até a atualidade. Em oposição ao autor italiano, Feuerbach era contratualista e partiu dos preceitos hobbesianos para edificar sua concepção. Assim, o autor acreditava que todo crime se prestaria a aviltar a ordem da natureza e a agregação social e, para que a coesão se mantivesse, era impreterível que as “injúrias” não fossem produzidas dentro do âmbito estatal.

Feuerbach entendeu que o homem não era apenas um ser racional, “mas também um ser que se movia pela influência de seus instintos. Para o autor, quem delinque, não age racionalmente, senão de acordo com seus instintos” (LESCH, 1999, p.22). E, portanto, era preciso que algo agisse de forma contrária a esse instinto humano que buscava pelo estado de desagregação por meio do perfazimento de todos os seus desejos. Por esse motivo, concebia-se que a ação delituosa teria início em um impulso sensual que, de alguma forma, precisava ser refreado por certo mecanismo de contenção, quase como se a possibilidade de uma sanção auxiliasse o homem a discernir entre desejos bons e ruins. Assim é que a forte vontade delinquente que viesse a tomar conta da razão do indivíduo deveria encontrar uma barreira, algum tipo de contraimpulso que se sobrepusesse ao desejo e evitasse a aproximação entre intenção e ato. Nessa toada, verifica-se que Feuerbach entendia haver uma causa psicológica para os crimes humanos, a qual possivelmente residia na própria luxúria (conhecida como pecado capital), responsável por agir como mola propulsora dos intentos humanos, encaminhando os indivíduos a tomar todas as ações que julgassem necessárias para alcançar o prazer.

Portanto, quando o indivíduo se visse tomado por esse impulso delinquente arrimado na luxúria, era necessário que ele tivesse como se socorrer de algo que, por meio da imaginação elaborativa, produzisse em si um desprazer maior do que o prazer que se obteria com a prática criminosa. Assim, surgiu a teoria da “Coação Psicológica”, pela qual a ameaça realizada pela lei seria o exato instrumento que poderia coagir o indivíduo a não praticar o crime. O mal-estar causado pela imaginação da sanção, que certamente seria percebida após o ato delinquente, deveria causar no indivíduo verdadeiro temor. Dessa forma, pode-se dizer que essa teoria “não é uma teoria da pena, senão uma teoria da ameaça penal por meio das leis” (LESCH, 1999, p.23).

A mera ameaça de existência de uma sanção penal, entretanto, não seria o suficiente para o temor da pena. De fato, para que a pena tivesse o condão de dissuadir o indivíduo, era necessário que o possível infrator tivesse a certeza de que seria punido caso viesse a transgredir a norma. A união entre a disposição da lei representada pelo legislativo e a aplicação da lei pelo judiciário era impreterível para a eficácia da ameaça penal. O criminoso representaria a existência da própria lei que deveria configurar uma ameaça real. Nesse diapasão, o autor afirma que o impulso sensual responsável pelo início da ação criminosa “pode ser cancelado com a condição de que cada um saiba que sua ação deve seguir, inevitavelmente, um mal que será maior que o desagrado emergente da insatisfação de seu impulso com a ação”, desde que houvesse “eficácia harmônica dos poderes legislativo e executivo no objetivo comum intimidador” (FEUERBACH, 1989, p.75).

A existência da sanção penal funcionaria como um peso adicional na balança do indivíduo que estaria a sopesar os prós e contras de levar a cabo a ação delituosa, assim, a ameaça exercida seria decisiva para impedir o crime. Roxin (1997) explica essa concepção comparando a alma do delinquente ao campo de batalha e que, ao se imaginar o desprazer que seria percebido com o cometimento do ato, o indivíduo se sentiria impelido a refrear seu desejo criminoso por meio de “coação psíquica”.

Para Salo de Carvalho (2020), a pena intimidatória de Feuerbach seria a única entre as concepções clássicas que respeitaria a secularização do direito, impondo o fato de a pena não estar revestida de pretensões correccionalistas. Não obstante, por

certo que a pena seria uma forma de corrigir o indivíduo de seu possível “mal agir” por meio da ameaça da pena – quase como a correção da ameaça paternal. Em razão disso, Shecaira (2012) faz menção a um “talião disciplinador”, por meio do qual a pena se prestaria a curar uma espécie de enfermidade moral.

Diversamente, aduz Falcon y Télla, M. J. e Falcon y Télla, F.:

No iluminismo, o sentido da sanção penal já não reside na ideia de culpabilidade e na realização da justiça, senão na proteção da sociedade e no conceito de segurança, na função de evitar ações puníveis no futuro (*poena relata ad effectum*). O mesmo fim preventivo da sanção se põe à frente das funções da mesma. A finalidade desta não reside em castigar o delinquente porque obrou mal (*quia peccatum est*), senão para evitar que outros, ou o mesmo delinquente, cometam futuros delitos (*ut ne peccetur*). É a pena finalista (*Zweckstrafe*), diante da pena retributiva (*Vergeltungstrafe*). (FALCON Y TÉLLA, M. J.; FALCON Y TÉLLA, F., 2008, p.189)

Da análise da teoria de Feuerbach, aponta-se que a união entre psicologia e direito penal já foi objeto da análise desse autor. Tanto o foi que ele elaborou o método pelo qual o mecanismo da pena poderia ter um efeito coator sobre a psiquê do homem. Para o autor, a pena existia como forma de constranger o sujeito a refrear o que Freud denominou de pulsões e, para isso, deveria agir como instrumento intimidatório a despertar o desprazer imaginativo.

#### **4.2 Das críticas à pena intimidatória**

Da acepção intimidatória da pena, surgiu a visão da legislação penal como um conjunto de “normas sancionatórias reguladoras de comportamento” (HORNLE, 2020, p.22). Perante o indivíduo, o Estado passa a operar a proposição de carrasco, pronto para aplicar a pena a qualquer momento, observando todos os seus atos. É nesse exato ponto que Hegel criticava tal teoria, comparando a função intimidatória da pena a um bastão e o homem e seu livre-arbítrio à complexidade constitucional de um cachorro. A generalização e a eliminação de todos os outros diversos fatores que podem influir no comportamento humano são marcos dessa teoria.

Por certo que o homem é suscetível a reforços positivos, conforme constatado pela vertente da psicologia cognitivo-comportamental. Caso contrário, conceber que a mera ameaça da pena pudesse agir para impedir o cometimento de um delito seria reduzir em muito a complexidade das emoções humanas. Fantasioso, ainda, seria entender que a pena pudesse exercer um mecanismo igualmente intimidatório a todos os indivíduos, em outras palavras, seria como reduzi-los a um ente só como na horda primieva.

Pouco adequado a um Estado Democrático de Direito compreender a pena como regulador de comportamento humano e que, de alguma forma, a legislação deva se prestar a dissuadir os cidadãos sem que eles se deem conta disso. Tal feito seria idealizar a sanção penal como instrumento mágico capaz de enfeitiçar os indivíduos da maneira que bem entendesse. Menos adequado ainda seria aceitar o utilitarismo dessa concepção, o qual legitima o uso do criminoso como um meio para um fim. A ideia de que a pena aplicada ao indivíduo poderia regular toda a sociedade retira dele sua dignidade e sua possibilidade de escolha, ainda que esta seja por uma opção delinvente. A dignidade humana desenhada por Kant cai por terra com essa teoria.

De forma temerária, tem se notado o constante recrudescimento do direito penal. A população, sedenta por segurança – ainda que de forma simbólica –, opta por crer na efetividade da sanção intimidatória como mecanismo de evitação de cometimento dos delitos. A pressão popular por alterações legislativas é utilizada pelos que desejam destaque político, os quais, por meio de discursos, reafirmam seu caráter ilibado pelo fato de recrudescerem as penas. A consequência é o desenfreado aumento da pena cominada aos delitos (como recentemente se verificou da nova redação do artigo 75 do Código Penal, alterado pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”). O cenário nacional abandona os avanços trazidos pela redemocratização e a proteção dos direitos da pessoa humana previstos na Constituição Federal. Ao indivíduo criminoso, retira-se a sua qualidade de cidadão (prevista no artigo 1º, inciso II da Carta Constitucional). A supressão da dignidade humana – elemento necessário para a construção da cidadania - separa a sociedade entre aqueles escolhidos como cidadãos e os que, por não terem garantidos seus

direitos, são relegados ao papel de criminoso. Assim é que de uma posição de submissão a uma retribuição Estatal que busca sua objetificação, o indivíduo também lhe tem suprimido sua qualidade de cidadão – torna-se o estrangeiro no próprio país. Nesse sentido, explica Carolina Alves de Souza Lima (2019, p.288):

Por ser plenamente comprometido com a proteção e a promoção dos direitos fundamentais e humanos, o Estado brasileiro a todos os princípios que fundamentaram o sistema de proteção desses direitos na Constituição de 1988. Entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, estão a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A cidadania é, nas palavras de Paulo Freire, “uma produção, uma criação política”. Ela é construída no seio da sociedade e deve ser constantemente aprimorada na vida em sociedade. No âmbito jurídico, a cidadania apresenta sentido estrito e amplo. No primeiro, representa a titularidade e o gozo dos direitos políticos. Já no segundo sentido, a cidadania representa não só a titularidade dos direitos políticos, como também de todos os outros direitos fundamentais e humanos, tanto no plano nacional quanto no internacional.

A opção pela pena como intimidação demonstra a relação de controle que o Estado pretende ter para com o cidadão, sendo a liberdade e a dignidade resumidas a artigos. Como dito, a função simbólica do direito penal surge e propicia sua utilização por aqueles que buscam palco na política brasileira e, aos poucos, o discurso punitivo tem se perpetuado de geração para geração. O aumento da pena causa verdadeiro fascínio sobre a sociedade crédula na eficácia preventiva da punição. Certamente, a punição mais cruel, que, na atualidade, se recrudescer por meio do tempo de pena, oferece maior argumento à intimidação e, conseqüentemente, àqueles que dela querem se utilizar. Além da instrumentalização do homem, o direito penal também se torna mecanismo de controle social, mediante um discurso que tenta vender a segurança social com aplicação do chamado direito penal máximo.

Nesse sentido:

A palavra “ameaça” suscita questões que se referem não apenas ao grupo dos agentes potencialmente inclinados à prática delitiva, mas ao conjunto de todos aqueles que estão sujeitos à forçada pena. É de fato correta a objeção de Hegel no sentido de que, sob a força e ameaça do poder estatal, os homens seriam tratados como cães. (HORNLE, 2020, p.26)

Como visto, o maior risco oferecido nesse tipo de discurso reside no aumento da pena para utilização do “criminoso” como espécie de exemplo à sociedade, sendo isso possível somente por meio da espetacularização da pena. O que antes era linchamento em praça pública passa a ser punição em veículo midiático público e de fácil acesso. Quanto maior a pena aplicada e sua repercussão, mais se acredita na eficácia do direito, afinal, como Feuerbach defendia, era preciso a aplicação da pena para reafirmar o discurso preventivo. No entanto, atualmente, mais do que uma união entre legislativo e judiciário, é necessária a colaboração das instituições sociais para que a notícia se propague. Para Lesche, o arbítrio chega ao ponto de que, “segundo o programa da teoria da prevenção geral, podem ser apenas pessoas inocentes para instituir um exemplo para outras” (1999, p.27).

De fato, existem avanços dogmáticos advindos da prevenção geral negativa concebida por Feuerbach, marcados principalmente pelo princípio da legalidade e responsabilidade penal. Isso ocorre pelo fato de se defender que, para a pena ser temida e exercer uma coação sobre a vontade do indivíduo, ela deve existir antes mesmo da ação criminosa, prevendo-a em todos os seus detalhes (inclusive, determinando a pena – preceito secundário – que a acompanharia). No entanto, é por esse motivo, conforme já abordado, que o recrudescimento do direito penal tanto se apoia na narrativa preventiva, como uma faca de dois gumes.

Por ser uma teoria preventiva intimidadora, a legitimação da pena sempre se depara entre o limite da medida da pena e a verdadeiro terror. Não se deve olvidar que “a ideia de penas mais altas e mais duras tenha um maior efeito intimidatório há sido historicamente (apesar de sua provável inexatidão) a razão mais frequente das penas “sem medida” (ROXIN, 1997, p.93). As contraditórias afirmações de que Feurbach partiu de uma proposição kantiana e, em tempo, afastou-se dela tomam palco quando se tornam visíveis traços retributivos dentro da prevenção geral negativa. Afinal, é preciso a aplicação da pena sobre o condenado para dar faces de realidade à função intimidatória da pena.

Ferrajoli (2013) afirma que é dessa proposição preventiva que se extrai a imprescindibilidade da função da defesa para inocentes não serem punidos. Aduz, ainda, que a verdade processual e os direitos inerentes à defesa tratariam de evitar a

criminalização de inocentes em geral. Porém, na realidade punitiva que reveste a sociedade e, por sua vez, aqueles que aplicam a pena, difícil conceber que de fato baste a ação da defesa para que inocentes não sejam punidos ou, ao menos, que haja igualdade de tratamento entre os privilegiados e a chamada “clientela do direito penal” (BARATTA, 2014).

De forma diversa do quanto proposto a um sujeito de direitos fundamentais, a necessidade da intimidação da sociedade – que precisa de um exemplo – pode reduzir as garantias defensivas e desconsiderar a máxima de proibição de juízos de *non liquet* para que o fim estatal de controle das emoções possa existir. Ferrajoli (2013) também afirma que a teoria preventiva não se presta a determinar limitações externas ao direito penal, recaindo no mencionado direito penal máximo. Sendo assim, a perpetuação do discurso intimidatório implica aumentos de pena progressivos. Talvez, futuramente, a citada pena máxima, agora alocada nos 40 anos, talvez alcance outros patamares e, igualmente, a maioria penal possa ser cada vez mais reduzida (como se tem tentado fazer ano após ano).

Sob os vieses já apresentados, constata-se que, de forma alguma, a prevenção geral negativa deveria ser defendida dentro de um Estado Democrático de Direito em que há previsão de garantias fundamentais. Essa teoria não se presta a limitar a incidência do direito penal e a zelar por seu caráter mínimo, subsidiário e fragmentário. A intimidação da pena não consegue realizar seu propósito de intimidar, pois o indivíduo que calcula sua ação com base na letra da lei é uma exceção, tampouco alcança a retribuição. A pena não prevê, não repara e não compensa.

Parte-se de uma premissa equivocada de que, por meio da ameaça da pena, é possível controlar os ímpetus humanos para se tentar legitimar todo um sistema penal. A adoção pela teoria preventiva geral negativa tem impactos efetivos na forma de utilizar o direito penal em uma nação. Isso porque ela dita como as penas serão redigidas pelo legislativo (sempre mais altas), como o crime será analisado pelo órgão acusador (não existe direito penal mínimo), a forma como o juiz fixará a pena (sempre a incrementá-la) e, inclusive, a aplicação de medidas humanitárias durante a execução (negando-se progressão, aproximação familiar e saídas temporárias).

A despeito de restar nítido que, por qualquer ângulo que se queira ver, a teoria da pena como intimidação não se presta a legitimar a aplicação da sanção penal, incontestemente que ela ocupou a cena em países como o Brasil. Além disso, cada vez mais a espetacularização das penas por meio da mídia (até mesmo como séries televisivas) impulsiona a função simbólica do direito penal e perpetua a equivocada crença de que o humano se resume a ímpetos que podem ser evitados por meio de ameaças escritas.

### **4.3 A contribuição psicanalítica**

#### **4.3.1 A pena como reforço do superego**

Na teoria da intimidação, o primeiro aspecto psicanalítico relevante que se pode observar, o qual também se verifica em outras vertentes analisadas neste trabalho, é a presença do Estado com forte posicionamento regulador do desejo do indivíduo. Tanto Feuerbach como Romagnosi explicitam a busca da finalidade da pena como mecanismo que se preste a dissuadir o homem a agir conforme as regras impostas. Ao assim elaborarem, traçaram importante passo para a união entre o direito penal e a psicanálise, revelando pontualmente ao mundo jurídico que existem desejos no indivíduo que, muitas vezes, são desconhecidos por ele mesmo e que, agindo como uma força oculta, pode levá-lo ao cometimento de certas ações inesperadas.

Mediante a leitura dos trechos originais trazidos imediatamente, remete-se ao conceito do inconsciente, que foi, posteriormente, desenvolvido por Freud. Isso se diz, pois, assim como Feuerbach notou que poderiam exsurgir desejos – que já existiam – após a ocorrência de algumas alterações na vida do indivíduo (por exemplo, o incremento da luxúria), Freud também se deu conta de que parte dos desejos do indivíduo não se encontrava ao livre acesso de sua consciência, mas que, da mesma forma, influenciava seus atos. Esses desejos, “empurrados” para detrás da cortina de consciência, passavam a residir no denominado “inconsciente”. Sinteticamente, pode-se explicar o inconsciente como espaço desconhecido pela consciência do indivíduo,

isto é, uma outra cena ocorre na mente do sujeito de forma concomitante. Contudo, apesar de o indivíduo não ter ciência de que essa outra cena está acontecendo, ela influi em suas ações e no seu “roteiro” de vida de forma incisiva.

Segundo a psicanálise freudiana, o inconsciente<sup>24</sup> é formado por conteúdos recalçados<sup>25</sup> pelo consciente e que remanescem sedimentados nesse outro agrupamento psíquico. Freud deparou-se com o poder do inconsciente ao analisar a paciente de seu colega Breuer, conhecida como Anna O. (codinome de Bertha Pappenheim). A seguir, trecho das *Cinco Lições de Psicanálise* (1910) que muito condensa as primeiras observações freudianas acerca do inconsciente:

Pelo estudo dos fenômenos hipnóticos, habituamo-nos à concepção, de início surpreendente, de que no mesmo indivíduo são possíveis vários grupamentos psíquicos que podem permanecer mais ou menos independentes um do outro, “nada saber” *um do outro*, e que se *alternam em chamar para si a consciência*. Casos desse tipo, que são denominados *double conscience*, ocasionalmente se oferecem também de modo espontâneo à observação. Quando, em tal cisão da personalidade, a consciência permanece ligada constantemente a um dos dois estados, esse é designado como estado psíquico consciente, e aquele dele separado, como inconsciente. (FREUD, 1910, p.177)

Assim, mesclando esse conhecimento da psicanálise com o quanto exarado na teoria da intimidação – que crê que o homem pode ser dissuadido por um impulso contrário –, extrai-se a ciência de que o desejo inconsciente pode agir como influenciador das ações do homem e, por consequência, das ações delituosas. Após essa constatação, busca-se uma forma de regular o desejo por meio da ameaça da pena. Ressalta-se que, como o Estado detém o poder de determinar o que é crime ou não, a pena pode exercer controle sobre vários aspectos de suas pulsões. O adultério, por exemplo, era criminalizado pela legislação penal pátria, testemunho inegável de que o controle das pulsões sexuais do sujeito também eram objeto de controle estatal.

---

<sup>24</sup> Autores da psicanálise posteriores a Freud afirmam que, com o desenvolvimento da segunda tópica, o inconsciente não teria mais seu papel protagonista dentro de sua teoria. Contudo, Freud sempre reafirmou a importância do inconsciente para a psicanálise e o trabalho analítico.

<sup>25</sup> “Para Sigmund Freud, o recalque designa o processo que visa a manter no inconsciente todas as ideias e representações ligadas às pulsões e cuja realização, produtora de prazer, afetaria o equilíbrio do funcionamento psicológico do indivíduo, transformando-se em fonte de desprazer. Freud, que modificou diversas vezes sua definição e seu campo de ação, considera que o recalque é constitutivo do núcleo original do inconsciente. No Brasil também se usa ‘recalcamento’” (PLON; ROUDINESCO, 1997, p.647).

Novamente, como o pai que ameaça o filho com a castração para que ele não realize seu desejo de desposar-se da mãe, o Estado ameaça o indivíduo com a pena para que este não cometa atos determinados pela lei governamental. O claro intento é frustrar o indivíduo. No entanto, diferentemente do pai que oferece seu nome e proteção, o Estado, formulado por um direito penal máximo, tem a crescente tendência de limitar cada vez mais as ações do homem. O que deveria ser a criminalização daquilo estritamente considerado como ato bárbaro passou a se alastrar por diversas condutas, principalmente aquelas que podem prejudicar a soberania econômica do Estado.

Freud percebeu que o que era relegado ao inconsciente se fortalecia e se manifestava como sintoma, levando ao questionamento de que o crime poderia ser uma reação sintomática de uma sociedade continuamente frustrada pelo Estado, sem qualquer tipo de garantia em contraprestação. Por óbvio, há vários fatores influenciadores do comportamento social, mas, neste trabalho, o objetivo é analisar apenas um deles. Assim, recalcar as pulsões responsáveis pelo prazer não sustentável pelo sujeito pode demonstrar, por meio de reminiscências, o contínuo “recalque” forçado perante a ameaça da lei, a qual se presta a produzir mal-estar na sociedade.

Segundo Alessandro Baratta (2014, p.52), na ameaça da lei, “a punição representa, de tal modo, uma defesa e um reforço do superego”. Esse reforço teria o condão de demonstrar que o ego tinha razão em não possibilitar ao indivíduo certas ações. Segundo a ótica freudiana, o ego é regido pelo princípio da realidade e é por isso que tenta adequar a busca desenfreada pelo prazer à realidade externa. Em outras palavras, a lei reforçaria a ideia de que o ego tem razão ao tentar adequar a satisfação do prazer às Leis da Cultura. É importante observar a semelhança entre a lei como reguladora do desejo e a descrição do “princípio da realidade” elaborada por La Planché e Pontalis:

Um dos dois princípios que, segundo Freud, regem o funcionamento mental. Forma par com o princípio de prazer, e modifica-o; na medida em que consegue impor-se como princípio regulador, a procura da satisfação já não se efetua pelos caminhos mais curtos, mas faz desvios e adia o seu resultado em função das condições impostas pelo mundo exterior. (LA PLANCHÉ; PONTALIS, 2000, n.p.)

Ainda sobre o mecanismo pelo qual a lei reforça o superego e, por consequência, a razão do ego, constata-se a seguinte explicação:

Se o ego pode demonstrar aos impulsos que também as autoridades humanas dão razão ao superego, então ele pode se defender do assalto dos impulsos. Mas, se as autoridades mundanas desautorizam o superego, deixando fugir o delinquente, então não existe mais nenhuma ajuda contra o assalto das tendências antissociais. O impulso para a punição é, pois, uma reação defensiva do ego contra os próprios impulsos, com a finalidade de sua repressão, para conservar o equilíbrio espiritual entre as forças repressivas e forças reprimidas. A exigência de punir o delinquente é simultaneamente uma demonstração dirigida para dentro, para desencorajar os impulsos? O que nós proibimos ao delinquente, vós também podeis renunciar. (ALEXANDER, F.; STAUB, H. (1971) *apud* BARATTA, 2014, p.52-53)

Cumpra esclarecer que esses “impulsos” mencionados no excerto citado teriam origem no Id<sup>26</sup> – uma das três instâncias psíquicas desenvolvidas por Freud quando da segunda tópica. Apesar da aparente defesa da lei como necessário reforço ao Ego, em *Inibição, Sintoma e Angústia* (1926), Freud expõe que, para o Ego refrear as ferozes pulsões do Id, é apenas necessário que ele lance um “sinal de desprazer”. Assim, o sopesamento entre prazer e desprazer é que permite uma espécie de gestão das ações a serem tomadas. O Ego, por meio de sua percepção do exterior, consegue influenciar o Id.

Haveria uma boa explicação psicanalítica para a função intimidatória, mas não se pode olvidar que Freud concebeu que esse reforço do superego se prestava a produzir uma multidão de neuróticos. E mais: “segundo Freud, a repressão de instintos delituosos pela ação do superego não destrói estes instintos, mas deixa que estes se sedimentem no inconsciente” (BARATTA, 2014, p.50). Portanto, legitimar a ameaça da pena com o aporte psicanalítico é ir em direção contrária às conclusões freudianas. A eficácia do método psicanalítico ocorre quando o indivíduo, perante seu analista,

---

<sup>26</sup> Uma das três instâncias diferenciadas por Freud em sua segunda teoria do aparelho psíquico. O Id constitui o polo pulsional da personalidade. Seus conteúdos, expressão psíquica das pulsões, são inconscientes, por um lado hereditários e inatos e, por outro, recalçados e adquiridos. Do ponto de vista econômico, o id é, para Freud, o reservatório inicial da energia psíquica; do ponto de vista dinâmico, entra em conflito com o ego e o superego, os quais, do ponto de vista genético, são suas diferenciações. (LA PLANCH; PONTALIS, 2000, n.p)

consegue trazer à baila da consciência os conteúdos recalçados e ab-reagir<sup>27</sup>, uma vez que “o sintoma se origina do impulso instintual prejudicado pela repressão” (FREUD, 2014, p.24).

Inobstante, é importante ressaltar a explicada consequência de um recalçamento:

A ausência de ab-reação tem como efeito deixar subsistir no estado inconsciente e isolados do curso normal do pensamento grupos de representações que estão na origem dos sintomas neuróticos: “As representações que se tomaram patogênicas conservam a sua atividade porque não são submetidas ao desgaste normal pela ab-reação e porque a sua reprodução nos estados associativos livres é impossível.” (LA PLANCH; PONTALIS, 2000, n.p.)

Certamente, o recalque não é o único destino da pulsão, pois esta também pode retornar em direção ao Eu (como no masoquismo), ser revertida em seu oposto (como no sadismo) e, ainda, ser sublimada. A sublimação seria o meio pelo qual o sujeito transformaria sua pulsão inicial em um fim de grande valor social, como em obras de arte, literatura e ciências. Há autores da psicanálise, como Melanie Klein, que observam a sublimação como forma de extrair o “bom” da pulsão de morte e restaurar o que foi despedaçado (LA PLANCH; PONTALIS, 2000). Nota-se que é possível a transformação da agressividade em algo produtivo à cultura. Não obstante, é preciso que ao sujeito sejam dadas condições para tanto – fazendo-se uma leitura social do termo. A mera intimidação da pena como instrumento que reforça o superego e relega ao inconsciente as pulsões destrutivas apenas se presta a sedimentá-las. As frustrações da sociedade e sua agressividade vão se acumulando e, cada vez mais, busca-se por algo em que essa hostilidade possa ser descarregada.

Sobre a teoria de que o Eu precisaria de um reforço – como na intimidação exercida pela lei – ressalta-se a visão de Freud, nos idos de 1926:

---

<sup>27</sup> “Descarga emocional pela qual um sujeito se liberta do afeto ligado à recordação de um acontecimento traumático, permitindo assim que ele não se torne ou não continue sendo patogênico. A ab-reação, que pode ser provocada no decorrer da psicoterapia, principalmente sob hipnose, e produzir então um efeito de catarse, também pode surgir (...). A ab-reação é assim o caminho normal que permite ao sujeito reagir a um acontecimento e evitar que ele conserve um quantum de afeto demasiado importante. No entanto, é preciso que essa reação seja ‘adequada’ para que possa ter um efeito catártico (...)” (LA PLANCH; PONTALIS, 2000, n.p.)

Inúmeras vezes insistiram na fraqueza do Eu em relação ao Id, do elemento racional em relação ao demoníaco em nós, e puseram-se a transformar essa afirmação num dos pilares de uma “visão de mundo” psicanalítica. Mas a compreensão do modo de agir da repressão não deveria impedir que justamente um analista tomasse esse partido tão extremo?

Não sou a favor da fabricação de visões de mundo.

(...) acharemos consolo na reflexão de que todos esses “guias de existência” envelhecem rapidamente, de que é justamente nosso trabalho miúdo, estreito e míope que torna necessária novas edições deles, e de que inclusive os mais modernos desses guias são tentativas de achar substituto para o velho catecismo, tão cômodo e tão completo. (FREUD, 1926, p.26)

Do quanto elaborado neste tópico, comparando a teoria freudiana e suas diversas interpretações, nota-se que, apesar da contribuição ofertada pelas teorias de Feuerbach e Romagnosi, os quais, de alguma forma, abriram o diálogo sobre outros fatores que influem na conduta do homem, a utilização da intimidação como método de conversão de desejos é ineficaz, contrária aos princípios psicanalíticos e muito prejudicial. Em vez de limitar a ocorrência de ações delituosas, a constante tipificação das mais diversas condutas e a consequente ampliação da incidência de um juízo de moralidade e reprovabilidade sobre a ação do outro possibilitam o reforço do superego do sujeito e, portanto, da pulsão de morte, a qual se demonstra por meio da agressividade sádica projetada ao indivíduo criminoso. Na melhor das hipóteses, o adjetivo intimidatório adicionado às leis estaria a criar uma legião de neuróticos e uma sociedade que padece de eterno mal-estar.

#### 4.3.2 O ritual preventivo-expiatório

Como sinalizado no capítulo anterior, na pena como intimidação, é possível abordar outro aspecto do ritual punitivo e sua relação com os rituais neuróticos obsessivos. Quanto à função retributiva da pena, para que se retorne a um *status quo*, conforme a concepção hegeliana, percebe-se que, assim como o ritual dos neuróticos obsessivos que tenta apagar da realidade algo não desejado, a aplicação da pena

também se prestaria a borrar da história a existência do crime. Observa-se, ainda, a ligação entre o ritual punitivo para eliminar a ocorrência do crime, com o surgimento do totemismo e seu ritual, que se prestou a esconder a própria origem do totemismo, isto é, o crime primordial, o parricídio.

No tocante à observação da psicanálise aplicada à teoria da intimidação, percebe-se um outro aspecto dos rituais, cujo objetivo é evitar a ocorrência de atos futuros desagradáveis: a finalidade preventiva. Assim, se a pena intimidatória é uma união entre o temor exercido pela lei e o reconhecimento de sua eficácia por meio do castigo, o ritual punitivo é a somatória da extirpação do crime e da pulsão criminosa da qual compartilham todos os membros da sociedade, bem como da evitação de que outros atos criminosos voltem a ocorrer. Nota-se que, assim como a pena como intimidação, o ritual punitivo também apresenta dois objetivos distintos: um que se propõe a anular o acontecido; e outro que objetiva evitar a ocorrência do fenômeno novamente.

A seguir, a explicação freudiana sobre os objetivos dos rituais neuróticos se assemelha às finalidades do ritual punitivo elaboradas por aqueles que defendem a pena como intimidação:

A primeira é a prevenção, adoção de medidas para que algo não se suceda ou não se repita. Nota-se com facilidade a diferença: as medidas preventivas são racionais, as “anulações do acontecido” são de natureza mágica, irracional. (FREUD, 2014, p.58)

Observando pelo ângulo psicanalítico, a necessidade da realização do ritual punitivo para a prevenção de crimes tem origem quando da passagem da horda primieva para o totemismo. Como analisado no capítulo sobre vingança, era necessária a punição do indivíduo por todos os membros do grupo social para que se evitasse que as pulsões agressivas – também presentes nos demais membros do grupo – pudessem ter espaço para se manifestar, como forma de imitação. Quase que como na teoria de Feuerbach, em que a luxúria impulsionava o surgimento de desejos delituosos e, conseqüentemente, o ato criminoso não reprimido poderia fazer aparecer os “desejos” incivilizados presentes em toda a humanidade.

Portanto, ao que parece, nessa ótica intimidatória, a aplicação da pena se presta a evitar a denominada “crise mimética”. Na explicação de Girard (2009, p.6), “quando todas as pessoas desejam a mesma coisa e procuram obtê-la pela força, estamos perante o que chamo de crise mimética, extremamente violenta, porque cada um entra nessa violência”. Então, assim como Freud (1913) estabelece que todos podem imitar o tabu, Girard explica que o homem é o ser mais mimético que existe, tendendo a copiar o desejo dos outros.

Em várias épocas, a humanidade viu-se em intermináveis atos de guerra, quando a crise do desejo mimético se impôs sobre a racionalidade humana. Contudo, Girard entendeu que, se todos os indivíduos se unissem para odiar algo em comum, era possível o controle dessa agressividade e a evitação da crise mimética que, ao longo do tempo, poderia levar a humanidade a seu fim. Segundo Girard (2014, p.7) “é por isso que eu chamo ao mecanismo da vítima unitária o mecanismo do bode-expiatório”.

Depara-se, novamente, com a alusão ao animal como substituto do odiado – o pai, o assassino do pai, o criminoso. Ao reconhecer o mecanismo de projeção, com aplicação da pena mediante o ritual punitivo, seria possível retribuir ao indivíduo o mal que ele causou, extirpar dos membros da sociedade suas pulsões agressivas e, conseqüentemente, prevenir o cometimento de novos delitos como uma espécie de crise mimética. Quanto às doutrinas, a teoria da intimidação é o espaço que mais possibilita o encontro entre concepções de ritual sacrificial, tabu, prevenção de crimes e retribuição.

Essa junção de ideias também ocorreu na obra de Paul Reinwald, mas a teoria do criminoso como bode expiatório “encontra sua raiz textual na análise freudiana do mecanismo de projeção” (BARATTA, 2014, p.55). Tal mecanismo de projeção já fora estudado quando da análise da função retributiva da pena e a conseqüente descarga de hostilidade praticada no ato de punição – o que corrobora ao pensamento de que a intimidação seria uma adição de finalidade à retribuição para retirar as duras críticas ao seu caráter “absoluto”.

A fim de esclarecer a explicação, destaca-se um trecho de La Planch e Pontalis sobre esse mecanismo de projeção:

No sentido propriamente psicanalítico, operação pela qual o sujeito expulsa de si e localiza no outro – pessoa ou coisa – qualidades, sentimentos, desejos e mesmo “objetos” que ele desconhece ou recusa nele. Trata-se aqui de uma defesa de origem muito arcaica, que vamos encontrar em ação particularmente na paranoia, mas também em modos de pensar “normais”, como a superstição.

(...)

O sujeito atribui a outros as tendências, os desejos, etc., que desconhece em si mesmo: o racista, por exemplo, projeta no grupo desprezado as suas próprias falhas e as suas inclinações inconfessadas. (LA PLANCH; PONTALIS, 2000, n.p)

A agressividade reprimida pelo corpo social pode ser descarregada no indivíduo criminoso, que se afigura como verdadeiro bode expiatório. Sobre o criminoso seriam projetadas frustrações, sentimentos de culpa pelo desejo inadequado (e um superego reforçado) e todas as tendências consideradas criminosas. Desse modo, a sociedade transfere para o criminoso todas as agressões já sofridas e individualmente somadas (OSTERMEYER, 1972), criando um grupo celular único e onipotente capaz de buscar pela punição de forma obstinada. Toda essa projeção do grupo social sobre o indivíduo tem por base a ação de um ente reconhecido entre os cidadãos: a comunicação de massa. Por meio de encenação e de formas de comunicação pouco parciais e empáticas, os membros dos grupos são direcionados a projetar as próprias tendências antissociais em indivíduos delinquentes. Dito isso, a imagem do criminoso como bode expiatório só pode ocorrer com o auxílio do sistema de comunicação e, analisando esse padrão comportamental da sociedade, é possível compreender, com o passar dos anos e o advento das modernas teorias da função da pena, a comunicação é o vetor que permanece deixando inalterada a visão social frente ao criminoso como bode expiatório.

Depreende-se que o sujeito criminoso só é visto como bode expiatório pelo sistema social pela ação do sistema da comunicação que reflete diretamente no processo de cognição do indivíduo, dando forças a seu Superego. Nas palavras de Kassama (2018, p.25), “o ser humano será tão livre quanto e na medida em que tal

conteúdo esteja efetivamente presente na conformação da comunicação de uma específica sociedade”. Na lição de Baratta (2014, p.55):

É o mesmo mecanismo de alarme social suscitado pelas representações dos crimes, através do *mass media*, que por meio da fantasia, leva os membros da sociedade a projetar as próprias tendências antissociais em figuras de delinquentes particularmente temíveis, ou em tipos de sujeitos desviantes. Fenômenos similares são estudados pela literatura anglo-saxônica, em referência às representações que os *mass media* têm dado de grupos marginais, por exemplo, dos *rockers* e de sua periculosidade social.

Portanto, percorrendo todo o caminho entre vingança, retribuição e intimidação, sob o olhar da psicanálise, é possível constatar que diversas elaborações teóricas se prestam a legitimar a perpetuação de violência sobre outras vestes desde que não seja a mera e incivilizada vingança. A teoria da intimidação propicia a união entre um castigo doloroso e o que suscite o gozo punitivo e a prevenção, possibilitada por essa fruição de prazer destrutiva. No entanto, o grande perigo da legitimação de uma teoria que possibilite e, de certa forma, incentive a utilização do corpo do outro como forma de extirpar o crime da sociedade é que, usualmente, a descarga hostil ocorrerá sobre aqueles que são considerados “diferentes”, os “inimigos” – as minorias.

Os propósitos de uma função da pena que não objetive apenas retribuir o “mal pelo mal” podem parecer nobres, contudo, essa forma de ditar a visão de mundo e elaborar suposta retidão:

(...) produziram incontáveis cadáveres ao longo dos últimos séculos de história: o extermínio massivo de indesejáveis decorreu diretamente do exercício verticalizado de um poder punitivo discursivamente justificado pela intenção de tutela do bem-estar social. (KHALED JR, 2016, p.07)

Assim é que a falta de consciência do homem sobre as reais razões que os levam à interminável ânsia punitiva tem auxiliado na perpetuação da barbárie. Girard (2009) expõe que o traço natural da pena é sumir com o tempo, e Freud afirma que os traços incivilizados podem ir diminuindo no homem de geração para geração. Inobstante, a função intimidatória da pena contribui ao contrário do que seria uma evolução da humanidade. Ela defende o aumento das penas, a espetacularização e a obediência imposta pelo medo. Desconhecer a razão pela qual se pune leva às mais

diversificadas justificativas. Cada nova teoria, de alguma forma, tende a somar o quanto já exarado e a incrementar a pena – a exemplo da teoria estudada neste capítulo. Deixar que o fundamento da pena se perpetue de forma inconsciente é permitir que os traços mais incivilizados continuem a se manifestar. O que deveria ser uma evolução recai em inegável retrocesso. A utilização do rito punitivo como uma espécie de catarse social nada contribui à edificação de preceitos como a dignidade humana. A vivência coletiva, o Estado e as instituições poderiam prover ao sujeito uma possibilidade de a agressividade intrínseca ao humano poder ser sublimada em prol da construção da cultura.

## CONCLUSÃO

Após o estudo das teorias que elaboram as funções clássicas da pena à luz da psicanálise freudiana, algumas constatações se fizeram presentes. Verificou-se que as iniciais proposições daqueles que se dedicaram a teorizar o punir foram se desenvolvendo junto da sociedade e sua complexidade. De algum modo, as teorias abordadas neste trabalho, muitas vezes vistas como antiquadas, na realidade ainda se prestam a oferecer ao pesquisador informações valiosas para a compreensão da função da pena na atualidade. Para tanto, basta a união de saberes, o auxílio de uma ciência dialogante, para que se extraia respostas mais complexas e condizentes com a realidade. Por certo que outras conclusões podem ser alcançadas por meio da pesquisa dessas mesmas teorias, substituindo-se, apenas, o outro ramo do conhecimento a ser somado para um estudo interdisciplinar.

Ao aplicar a forma freudiana de análise historiográfica, presente e passado se intermeiam, assim como ocorre no inconsciente, possibilitando verificar que pulsões, desejos, instintos humanos permanecem muito inalterados a despeito do passar dos séculos. Isso porque, como dito, o tempo do inconsciente – individual ou coletivo – não pode ser marcado pelo andamento linear das medidas de tempo desenvolvidas pelo homem. Essa forma de compreender a cognição coletiva, mediante um desenho pouco linear, se prestou a lecionar ao direito penal e à preservação do Estado Democrático de Direito que muito se aprende olhando para trás, afinal, o que se foi ainda reside no corpo social.

A união dos saberes atenta a sociedade para o fato de que pretérito e futuro estão interligados e que, portanto, não há nada que assegure apenas o avanço da civilização – a exemplo de guerras, chacinas e infindável criminalização das minorias. Retrocessos são possíveis se a civilidade não permanecer frente ao bárbaro, se o ódio preponderar frente ao amor – de modo contrário ao ocorrido entre os irmãos da horda, que optaram pelo início da civilização. No entanto, além disso, demonstra como

antigas concepções consideradas primievas podem vestir outras roupagens e fantasiar o que, no início, se trajava apenas de vingança.

Explica-se. No decorrer de todo o trabalho, a articulação humana para legitimar a infligência de dor ao outro não passou despercebida. As mais elaboradas tentativas de se teorizar sobre a pena, como o homem concordou em recebê-la e a forma como ela pode ser benéfica ao corpo social, tomaram palco nas mais diversas épocas. Conforme a sociedade parecia avançar e defender o direito de todos, a então criada vingança ia tomando outras finalidades, passando pela retribuição e, depois, para funções preventivas. Contudo, em seu âmago, o sofrimento continuava latente, e o fazer sofrer era indispensável.

A aliança entre psicanálise e direito penal permite entender qual é o aspecto humano que tanto deseja fazer permanecer a punição. E mais: por qual razão é importante à sociedade e ao próprio indivíduo mascarar a descarga de seus desejos mais incivilizados. A resposta encontrada reside na pulsão de morte. Há, nos seres humanos, algo que pende à destruição, ao retorno ao inanimado e ao estado de desagregação, portanto, a horda primieva mora em todos os membros da sociedade, não havendo passagem de tempo que a extinga do inconsciente coletivo. Entretanto, além disso, há a consciência de culpa dos indivíduos em: i) sentir os mesmos desejos considerados criminosos e penalizados; e ii) punir seu irmão por algo que, em um ímpeto, também faria.

Por esse motivo, legitimar a pena torna-se tão necessário. Por certo que o pai, substituído pelo Estado, se apropria dessa necessidade e, utilizando-se da máxima de proteção dos indivíduos, institucionaliza a vingança e possibilita a aplicação de sofrimento aos que designa como criminosos. Para exercer o controle social e edificar seu poder político, o Estado permite que a sociedade participe do ritual punitivo e, assim como se partilhava a refeição totêmica, partilha-se o gozo punitivo para os membros da sociedade que assim desejarem, por meio da ampla divulgação midiática de casos e sofrimento, inclusive por meio de programas e séries televisivas, que vêm ganhando cada vez mais repercussão.

Ao que transparece, a sociedade permite que o Estado institucionalize a vingança e, como pai, estabeleça sua lei. Mantém-se a ordem daqueles que já estão no poder e reafirma-se o controle sobre a parcela incivilizada que reside em todos os seres humanos. Enquanto isso, o grupo social beneficia-se do ritual punitivo, extravasando parte de sua agressividade reprimida pelas Leis da Cultura. Agressividade, inclusive, para com a lei do Estado que, de forma ideológica, determina as condutas que são ou as que não delituosas. Como consequência, a pena torna-se fetichismo social. Apesar da ciência de que punições mais altas não extraem bons frutos, a pena é cada vez mais abordada pela sociedade e mídia. Ou seja, apesar da ciência de que punir não é uma resolução à criminalidade, clama-se pela punição e vende-se o discurso de que ela funciona e emenda o indivíduo.

A delicada leitura do desenvolvimento das teorias que legitimam a pena, conjugadas às interlocuções freudianas sobre a cultura, mostra ao pesquisador que se denominou de vingança a necessidade humana de descarregar seus desejos reprimidos sobre os outros. E essa vingança/necessidade bárbara do humano continuou a se manifestar com o passar das décadas, sob outras roupagens. Nem vingança nem retribuição. Talvez, a razão de punir sejam os resquícios da barbárie que parecem não se esmaecer da psiquê social – algo percebido por Freud e tão retratado em seu escrito *Mal-estar na cultura*.

O mecanismo de expiação das pulsões é institucionalizado e se retroalimenta. A refeição totêmica tem como alimento o bode expiatório, que antes era o próprio animal e, depois, passa a ser substituído por aqueles escolhidos: a “clientela de direito penal”. Não é por menos que, em momentos de grande retrocesso civilizatório, grupos de indivíduos, sempre entre os vulneráveis, são vítimas dos dominantes que, usualmente, agem em nome do pai Estatal. A horda continua a se replicar e, de tempos em tempos, a civilização precisa ser reafirmada.

Transportando essa realidade ao processo penal, constata-se que, no universo das leis, diariamente a civilização precisa se reafirmar sobre a barbárie. Os direitos fundamentais dessas mesmas minorias são colocados em xeque em cada ato processual, afinal, menos garantias reforçam a aplicação de uma pena mais alta e, conseqüentemente, uma refeição expiatória mais farta. Torna-se nítido, portanto,

como o aumento e a função da pena se entrelaçam não somente pelo discurso teórico, mas também pela própria explicação psicanalítica da função da pena.

Se o que se deseja é encontrar a contribuição freudiana para as desenvolvidas funções clássicas da pena, esta pesquisa se deparou com algo que vai além de tudo isso. O auxílio freudiano desnudou como a vingança permanece latente na prática da punição, como o Estado toma às vezes do pai da horda – amado e odiado – e como o indivíduo criminoso serve de refeição expiatória à sociedade sedenta por punições.

Inobstante, em certo tempo, Freud ainda acreditava que a evolução era possível e que a constante da cultura iria, paulatinamente, extirpando do homem suas pulsões incivilizadas. Enquanto isso, resta a observação pessoal e individual do quanto se está a extrair de prazer do sofrer alheio, do quanto se sabe que a pena não oferece benefícios, mas, intimamente, se clama por ela. Nas palavras do pai da psicanálise, “Em última análise, precisamos amar para não adoecer”.

## BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

\_\_\_\_\_. **Integración- prevención: Uma “nueva” fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica**. In: Revista Doctrina Penal, ano 8, nº 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, p.9-26.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2017.

BÍBLIA, A. T. Provérbios. In: BÍBLIA. **Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos**. Tradução: José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

BOTTAN, Antonio Carlos; SILVA, Moacyr Motta da. **O conceito de justiça segundo o pensamento de Immanuel Kant na criação judicial do direito**. *Novos estudos jurídicos - NEJ*. n. 1, v. 10, p. 117-132, 2005.

BRASIL. **Código Penal** – Decreto-Lei n.2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 10.03.2021.

BREUER, Josef. FREUD, Sigmund. (1893-1895) **Estudos Sobre Histeria**. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 2. São Paulo, 2019.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Pena e Funcionalismo Sistêmico**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. Dissertação (mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014

CARVALHO, Ana Cecília; ARAÚJO, Marcelo Cunha de; SANTOS, Maria Josefina Medeiros; SHIMARU, Nayana Finholdt; MARINHO; Luciana Andrade; PATRÍCIO; Cláudio Júnio. **A metapsicologia freudiana da vingança e o direito penal**: uma interseção reveladora dos fundamentos necessários de uma teoria do crime adequada. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 9, p. 109-142, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Criminologia e psicanálise**: possibilidades de aproximação. In Revista de Estudos Criminais. Doutrina Nacional. N.29, abr./jun., 2008a.

\_\_\_\_\_. **Freud criminólogo**: a contribuição da psicanálise na crítica aos valores fundacionais das ciências criminais. Revista Direito e Psicanálise, vol. 01, p. 107-137, 2008b.

\_\_\_\_\_. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

COUTINHO, J. **O Estrangeiro do Juiz ou o Juiz é o Estrangeiro?** In: Direito e psicanálise: intersecções a partir de 'O Estrangeiro' de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. **Contribuições para a Compreensão do Nazismo**: a psicanálise de Erich Fromm. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2017.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019.

FAIÇAL, Larissa Pizzotti. PEDROSO, Suellen Zapparolli; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Inconsciente como determinante do Desejo Delituoso**. In Revista Santa Rita, 15 ano, v.33, 2020.

FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e Finalidade da Sanção**: existe um direito de castigar? Trad. Claudia Miranda Avena. Ver. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal**: común vigente em Alemanha. Editorial Hamurabi S.L.R, 1989.

FREITAS, Adelina Lima; Rudge, Ana Maria. **Crime e Castigo**: vicissitudes do supereu. Belo Horizonte: Psicologia em Revista, v.20, n.2, p.260-277, 2014.

FREUD, Sigmund. (1909-1910). **Cinco Lições de Psicanálise**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 9. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **Análise da Fobia de um Garoto de Cinco Anos** (“o pequeno Hans”, 1909). Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 8. São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. **A Instrução Judicial e a Psicanálise (1906)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 8. São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. **Atos Obsessivos e Práticas Religiosas (1907)** Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 8. São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. **A Moral Sexual “Cultural” e o Nervosismo Moderno (1908)** Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 8. São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. **Totem e Tabu (1912-1913)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 11. São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. **Formulações sobre os Dois Princípios do Funcionamento Psíquico (1911)** Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 10. São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Narcisismo (1914)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 12. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **Instintos e seus Destinos (1915a)** Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 12. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **O Inconsciente (1915b)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 12. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **Considerações Atuais sobre a Guerra e a Morte (1915c)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 12. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **Além do Princípio do Prazer (1920)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 14. São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. **“Batem Numa Criança”**: contribuição ao conhecimento da gênese das perversões sexuais (1919a). Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 14. São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Psicanálise das Neuroses de Guerra (1919b)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 14. São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. **Alguns Tipos de Caráter Encontrados na Prática Psicanalítica (1916)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 12. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **Psicologia das Massas e Análise do Eu (1921)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 15. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **Inibição, Sintoma e Angústia (1926)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 17. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **O Futuro de uma Ilusão (1927a)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 17. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **Fetichismo (1927b)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 17. São Paulo, 2019.

\_\_\_\_\_. **O Mal-Estar na Civilização (1930)**. Tradução Paulo César de Souza. Edição Companhia das Letras Obras Completas de Sigmund Freud, volume 18. São Paulo, 2020.

FUKS, Betty Bernardo. **Freud & a Cultura**. Coleção Psicanálise passo a passo. Vol.19. ed. Jorge Zahar, 2003.

GARCÍA-ROZA, Luiz Alfredo. **Introdução à metapsicologia freudiana: artigos de metapsicologia: narcisismo: pulsão: recalque: inconsciente.** V. 3. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000

GIRARD, René. **O Bode Expiatório e Deus.** Trad. Márcio Meruje. In Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2009.

GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (org.). **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavarez por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Conceitos de Filosofia.** Fortaleza: Casa José de Alencar, 1996.

HÖRNLE, Tatjana. **Dois Estudos: teorias da pena e culpabilidade.** Org. Tatiana Stocco. Trad. Tatiana Stocco e Silvio Leite Guimarães Neto. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

ISERHARD, Antônio Maria. **Caráter vingativo da pena.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

JAKOBS, Gunther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Pena.** São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p.57.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito penal.** Trad. Andre Luis Callegari, colaboração: Lucia Kalil São Paulo: editora Revista dos tribunais., 2003.

\_\_\_\_\_. **Sobre La Teoria de La Pena.** Trad. Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado del Colombia, 1998.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena.** Barueri: Manole, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1992.

KASSAMA, Alexandre. **Teoria dos Sistemas e Direito Penal Radical**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

KHALED JR. Salah H. **Me ne frego**: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n.281, p.05-07, abr. 2016.

LAPLANCHE, Jean.; PONTALIS, Jean-Bertrand. **Vocabulário de psicanálise**. 2.ed. Santos: Martins Fontes, 1970

LESCH, Heiko H. **La Funcion de La pena**. Trad.Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid:Dykinson, 1999.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, Direitos Humanos e Educação**: avanços, retrocessos e perspectivas para o século 21. São Paulo: Almedina, 2019.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 4. ed. Portugal: Vega Editora, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983

McQUAILL, Denis. **Teoria da comunicação de massas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

MEISTER, Mauro Fernando. **Olho por olho**: a lei de talião no contexto bíblico. In. *Fides Reformata* XII, nº1, 2007, p.57-71.

MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal. Parte Geral. Volume 1**. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990.

MOLLO, Juan Pablo. **Psicanálise e Criminologia**: estudos sobre a delinquência. Trad. Yellbin Marote Garcia. Salvador: Juspodivim, 2019.

NEUMANN, Ulfrid. **Crítica Normativa da teoria da prevenção geral positiva**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.63, Nov/2006. p.268-273.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**: parte geral. 13.ed. São Paulo: RT, 2017

O Código de Hamurabi. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 07 de maio de 2007.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Princípios fundamentais e sistema. Apresentação e Prólogo: Claus Roxin. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PELLEGRINO, Hélio. **Pacto edípico e pacto social**. Grupo sobre grupo. Org. Luiz Alberto Py. Rio de Janeiro: Rocco, 1987

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PLATÃO. **As Leis**. São Paulo: Editora Edipro, 1999.

PLON, Michel.; ROUDINESCO, Elisabeth. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

RAMÍREZ, Bustos Juan. **A pena e suas teorias**. Porto Alegre: Fascículos de ciências penais. n. 3, v. 5. p. 90-113, 1992.

RAUTER, C. **Clínica do esquecimento**: construção de uma superfície. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica da PUCSP. São Paulo: 2003

ROMAGNOSI, Domenico. **Génesis del Derecho Penal**. Editorial Temis Bogotá, 1956.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª edição. Lisboa: Editora Veja, 2004.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal Parte General Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Mauel Luzón Peña; Miguel Días García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. [livro eletrônico]. Prefácio Carlos Vico Mañas. 4. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

\_\_\_\_\_. **Desafios da Execução Penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 99, nov/2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia: contribuição crítica da economia da punição**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SCHERER, Sebastian. **¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?** Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminologia, teoría y praxis. n. 2, v. 2, 2003. p.97-110 / Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Montevideo, 2003.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania**. São Paulo: Alameda, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

VANZOLINI, Maria Patrícia. **Teoria da Pena: sacrifício, vingança e direito penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

VILLA, Lucas. **Gozo punitivo, gozo panóptico e abolucionismo penal: redescrivendo a prática de enjaular seres humanos a partir da filosofia e da**

psicanálise. *in* Revista Natureza Humana, São Paulo, v.20, n.1, pp.188-222, jan/jul. 2018.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1ª ed., Campinas: Romana. Trad. Afonso Celso Rezende, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997