

A desalentadora função das punições: revisitando as teorias da pena à luz da psicologia experimental¹

The disheartening function of punishment: revisiting the theories of punishment in the light of experimental psychology

Ricardo Lins Horta *

Conselho Nacional de Justiça, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução

Passam-se os anos e, mais uma vez, o Congresso brasileiro aprova e o governo alardeia uma legislação que traz um tratamento ainda mais rigoroso dos criminosos, valendo-se do apelido “anticrime” para defender sua importância². Seria de se esperar que o debate dessa lei viesse acompanhado de dados e evidências que fornecessem bons motivos para se crer que, desta vez, a nova lei, com as medidas de sempre, será um sucesso. Paradoxalmente, e de forma nada inédita, não foi o caso. Afinal, não faltam na

* Doutor em Direito (UnB), Mestre em Neurociências e Graduado em Direito (UFMG), pesquisador visitante na *École Normale Supérieure*, Rue d’Ulm, Paris (2016-2017). Integrante da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) federal. Ocupou vários cargos de Assessoria e Chefia de Gabinete na Presidência da República, no Ministério da Justiça, e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especializando-se em gestão de políticas de justiça e cidadania e em elaboração normativa E-mail: ricardolinshorta@gmail.com.

1 Este artigo resulta de pesquisa doutoral realizada na *École Normale Supérieure*, em Paris, no ano acadêmico de 2016-2017, sob a orientação de Nicolas Baumard e Coralie Chevallier, a quem agradecemos. Somos gratos também às valiosas contribuições de Pedro Pinheiro-Chagas e Noel Struchiner para esta discussão. Versão anterior deste trabalho foi apresentada no 1º Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais (CPCrim), em São Paulo, em 01/07/2017.

2 Trata-se da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que ficou conhecida como “pacote anticrime”.

literatura especializada estudos que questionam que o endurecimento das penas privativas de liberdade seja a melhor política direcionada à redução da criminalidade, ou que indiquem existir alternativas mais eficazes na redução da violência na sociedade. Na verdade, há décadas, especialistas, pesquisadores e acadêmicos vêm advertindo governantes e lideranças políticas que a insistência no encarceramento em massa como solução preferencial para o problema da criminalidade é um equívoco. Tais apelos, lamentavelmente, não costumam ser levados a sério³.

Não por acaso, nas últimas três décadas, o aumento da população encarcerada foi a tendência no contexto internacional. Para justificá-lo, o argumento preventivo das penas privativas de liberdade frequentemente foi invocado: se há crime, mais prisões são a resposta, porque elas previnem futuros delitos. Ou ainda, se as penas privativas de liberdade não estão dando conta do recado, é porque não são *severas* o suficiente – isto é, aumentar ainda mais o tempo que as pessoas passam atrás das grades é a resposta adequada e desejável.

Para que uma escolha política pareça tão óbvia, e seja tão persistente no tempo e no espaço, é necessário compreender a lógica argumentativa subjacente. E essa é uma história bem conhecida: para se mudar um comportamento indesejado, deve-se punir, porque a punição funciona. Daí, segue-se um salto lógico: ora, a forma como nossa sociedade pune é a aplicação, na gramática do Direito Penal, de penas privativas de liberdade. Logo, para coibir condutas criminosas, o caminho é criar ou aumentar penas privativas de liberdade, ou tornar mais rigorosas as suas condições.

Os dados disponíveis corroboram a constatação de que a tônica da política criminal tem priorizado a criminalização de novas condutas e o agravamento penas privativas de liberdade⁴. Para o que importa no presente

3 TONRY, 2019; PRATT, 2007; GARLAND, 2001.

4 É fundamental qualificar essa afirmação, destacando as múltiplas contradições das dinâmicas da política criminal e do processo político que a configuram. Na visão de Campos (2014), em estudo a partir da produção legislativa penal entre 1989 e 2006, existe na verdade uma coexistência ou complementaridade entre, de um lado, leis de ampliação de direitos e, de outro, proposições legislativas que apostam no recrudescimento penal. Por sua vez, Cifali (2015), focando no período do governo Lula, mostra como um certo “realismo de esquerda” buscou se contrapor discursivamente a um punitivismo de tonalidade neoconservadora, ao passo que foram aprovadas leis mais duras sobre drogas, de crimes hediondos, e da criação do Regime Disciplinar Diferenciado; bem como investiu na criminalização de condutas que afetam grupos sociais específicos. É o caso da exasperação de punições a crimes ambientais, contra idosos, de violência doméstica, ou de redução à condição análoga à de escravo.

trabalho, importa ressaltar que, com certa frequência, as teorias modernas da pena são invocadas como justificativa para essa expansão do Direito Penal.

Realizando estudo sistemático de proposições legislativas penais que tramitaram na Câmara dos Deputados entre 1987 e 2006, Maíra Machado e colegas⁵ descobriram que, de uma amostra de 100 proposições, em 35 delas os supostos efeitos preventivos e retributivos eram explicitamente utilizados como argumento para a exasperação da pena.

No mesmo sentido, com base no levantamento das 122 leis que alteraram o sistema penal brasileiro entre 1940 e 2009, e examinando todas as justificativas para a proposição de normas penais na Câmara dos Deputados entre 2007 e 2009, e no Senado entre 2003 e 2009, Luís Gazoto⁶ constatou uma tendência de agravamento geral do quadro de punitivismo. As propostas de normas penais mais duras frequentemente traziam justificativas preventivas, sem dados empíricos que sustentassem suas alegações.

Por sua vez, analisando 37 Propostas de Emenda Constitucional (PEC) apresentadas entre 1993 e 2010, referentes à questão da redução da maioria penal, bem como os respectivos discursos parlamentares, Ricardo Cappi⁷ constatou que os discursos punitivistas mais duros se apoiam numa mescla de argumentos dissuasórios e retributivistas.

O uso rotineiro das teorias tradicionais da pena, sem forte rigor conceitual, se dá também na prática judiciária. A partir de entrevistas com magistrados e membros do Ministério Público de todo o país, José Roberto Xavier⁸ encontrou discursos nem sempre articulados e coerentes, apoiados em enunciados retributivistas e dissuasórios, que justificavam infligir sofrimento nos condenados.

Esse quadro, que não tem dado sinais de reversão, apoia-se em grande medida no discurso da dogmática penal, que insiste, em manuais introdutórios ou avançados, numa teoria que tem como um dos seus pressupostos a “função preventiva” das penas privativas de liberdade⁹. Não é

5 MACHADO et al, 2010, p. 35.

6 GAZOTO, 2010.

7 CAPPI, 2014.

8 XAVIER, 2010.

9 No caso brasileiro, as contradições internas ao discurso de aplicação da lei penal parece ser regra também no caso das medidas de segurança. Em censo abrangente da população de 3.989 indivíduos que viviam nos 26 Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do país, Debora Diniz verificou uma frágil relação entre os diagnósticos psiquiátricos que atestariam a

surpreendente, assim, que desde o início de sua formação teórica e prática, juristas sejam persuadidos e socializados de modo a naturalizar esse suposto vínculo causal entre o encarceramento e a prevenção de futuros delitos.

Penas privativas de liberdade são efetivas em suas declaradas funções preventivas? Penas mais severas são mais efetivas na redução da criminalidade? São perguntas centrais à reflexão penal, mas cuja resposta não é meramente teórica: são questões empíricas e que, portanto, demandam uma resposta com amparo nos *dados* disponíveis. Felizmente, nos últimos anos, uma legião de criminólogos, economistas, sociólogos e juristas se dedicou a analisar as estatísticas disponíveis, especialmente em países ricos, para endereçar essa questão – e alguns desses trabalhos serão revisados e discutidos neste artigo. Estranhamente, embora esses dados e esse debate sejam bem conhecidos pelos especialistas em segurança pública no Brasil, ele é praticamente ausente da discussão da dogmática penal brasileira.

Neste ensaio, buscamos apresentar aos juristas uma área ainda pouco debatida em nosso meio, que é a Psicologia Experimental, como forma de contribuir para o preenchimento dessa lacuna. Essa escolha se justifica porque os estudos dessa área trazem achados de cunho descritivo que tratam de questões que historicamente foram objeto de teorização normativa sobre os fundamentos e finalidades da punição – e, de forma surpreendente, são trabalhos pouco conhecidos da comunidade jurídico-penal brasileira. Para tanto, faremos uma revisão dos principais achados da literatura recente em Psicologia da Punição, cotejando seus principais achados com os pressupostos teóricos adotados pela dogmática penal em relação às teorias que fundamentam a pena privativa de liberdade¹⁰. Esposamos, assim, a tese de que uma abordagem interdisciplinar e empírica faria bem aos teóricos do direito, resultando em melhores teorias normativas¹¹.

Mostraremos que mesmo os proponentes de versões garantistas ou democráticas da dogmática penal parecem acreditar que penas privativas de liberdade previnam crimes. No entanto, sustentaremos que a persistência da defesa da prisão como meio preventivo da criminalidade decorre de três premissas questionáveis, que merecem ser discutidas à luz das conclusões

suposta periculosidade, e o tratamento conferido aos indivíduos infratores, muitos dos quais continuavam ilegalmente sob custódia (DINIZ, 2013).

10 Uma área correlata é a da Neurociência da Punição, que foi revisada em outro trabalho. Vide HORTA, 2018.

11 No mesmo sentido, STRUCHINER; CHRISMANN, 2012.

da Psicologia Experimental: (i) o de que os cidadãos visam sobretudo à prevenção de novos delitos quando demandam do Estado a severa punição dos transgressores; (ii) o de que a punição é uma forma efetiva de exercer pedagogia comportamental; e (iii) o de que indivíduos que são punidos por meio da privação de liberdade seriam menos, e não mais, propensos a reincidir. Neste trabalho, buscamos contestar essas três premissas com base em resultados de estudos empíricos, e, a partir dessa crítica, apontar para possíveis novas direções para as teorias da pena.

Para este fim, iniciaremos revisitando as teorias da pena, e o tratamento que elas fazem do vínculo causal entre a punição e a prevenção de delitos futuros (Seção 2); em seguida, desafiaremos seus pressupostos com base em duas linhas de pesquisa psicológica empírica, aquela que se debruça sobre os processos mentais de quem *decide punir* (Seção 3), e das pessoas que são *destinatárias da punição* (Seções 4 e 5). Por fim, traçaremos algumas hipóteses para a persistência do discurso e da prática da política criminal de insistir em penas sempre mais duras como resposta adequada ao fenômeno criminal (Seções 6 e 7).

2. As teorias da pena: a imprecisão conceitual da doutrina penal

O debate contemporâneo na dogmática penal brasileira deriva de forte influência alemã, e tende a rejeitar as chamadas *teorias absolutas* da pena. Ou seja, em vez de se justificar o fundamento da pena como sendo puramente retributivista ou exclusivamente preventivo, os autores nacionais têm preferido adotar teorias *relativas*, também referidas como dualistas, unificadas ou mistas. Segundo essa perspectiva, a justificação da pena conjuga tanto fatores de prevenção (e suas variantes: geral e especial, negativa e positiva) quanto, a partir da tradição retributivista, a reprovabilidade ou culpabilidade da conduta punível¹². Assim, cada autor tende a enfatizar um ou outro ingrediente de cada uma das tradições, como veremos a seguir.

12 Essa perspectiva eclética é esposada pelo art. 59 do Código Penal: “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”. Da mesma forma, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: “Retribuição, restituição, prevenção, ressocialização do perpetrador, expiação e retaliação por injustiças cometidas são considerados aspectos de uma sanção apropriada” (BVerfGE 45, 187, 210, em tradução livre).

Em paralelo a essa caracterização “prevenção vs. retribuição”, nas últimas décadas, sob influência do giro linguístico-pragmático da filosofia jurídica, as teorias penais passaram a esposar enfoques que insistem na função “comunicativa”, expressiva¹³ ou de “denúnciação” das penas privativas de liberdade¹⁴. Em princípio, essas teorias rejeitam o retributivismo, enquanto imposição de sofrimento no transgressor, como uma justificativa “pouco civilizada” e não defensável. Contudo, ao mesmo tempo, conferem à tradição retributivista uma nova roupagem, ao enfatizar o aspecto de responsabilização dos transgressores por meio do caráter expressivo ou comunicativo da pena. Tal como na tradição retributivista, é o ato situado no passado, e a resposta proporcional ao dano, que são a tônica da pena – veremos a seguir três autores emblemáticos dessa perspectiva.

Na versão mais recente de sua teoria justificadora da pena, o autor neorretributivista Andreas von Hirsch¹⁵ sustenta que a severidade da punição deve refletir o grau de reprovabilidade da conduta. Assim, quando o dano causado é grave, a pena de prisão se justifica, desde que proporcional à culpa do agente. O tratamento duro da pessoa privada de liberdade, por sua vez, justifica-se em bases “comunicativas”: causar sofrimento no autor do delito é um modo de transmitir a censura ou desaprovação, proporcional ao mal causado. O ofensor é um agente moral, a quem essa censura é direcionada, e a proporcionalidade é o seu critério de justa medida. Para von Hirsch, apenas de maneira secundária se pode considerar os propósitos preventivo-gerais da pena.

Ainda na linha das teorias expressivas ou da denúnciação se insere a formulação de Klaus Günther. O autor assinala que, enquanto na época do *Welfare State*, encarou-se a punição como uma forma instrumental de lidar com o indivíduo transgressor, tendo vista finalidades coletivas, o giro comunicativo passou a considerá-lo como um agente comunicativo, que deve responder pelo que fez. Assim como o delito é uma comunicação de nega-

13 Importante destacar que, no debate alemão, a *função expressiva da pena* é um fundamento frequentemente invocado, pois permitiu, retoricamente, que se defendesse a punição de criminosos nazistas, mesmo passado tanto tempo dos seus delitos. Ora, muitos deles estavam em idade avançada, não sendo mais capazes de reincidir; desse modo, pareceria inútil sustentar que o encarceramento serviria a qualquer propósito preventivo. A “função expressiva”, porém, justificaria o tratamento punitivo, na medida em que serviria como uma comunicação ao restante da sociedade alemã da reprovabilidade de sua conduta (ROXIN, 2014, p. 40).

14 TONRY, 2017; PIRES, 2004

15 VON HIRSCH, 2017, pp. 17-43

ção da validade da norma, a punição encerra uma *mensagem moral* que reforça a validade do direito legitimamente instituído. Se os cidadãos são seres racionais, “colegisladores” num processo democrático, é como se aqueles que transgrediram as normas optassem por rejeitar o resultado do processo deliberativo. Ao não tratarem as vítimas como iguais, os transgressores devem receber a mensagem de que o que fizeram é errado, deixando assim o lugar de coautores e passando a ser destinatários da norma penal – continuando de todo modo a serem considerados pessoas morais¹⁶.

Claus Roxin, numa elaboração mais atualizada de sua concepção, rejeita a perspectiva da censura, adotando em seu lugar o princípio da responsabilidade. O delito perturba a paz social, o que gera uma *responsabilidade* por parte do transgressor, medida pela sua culpa ou reprovabilidade. A transgressão gera um dano, que precisa ser restaurado, o que justifica que o indivíduo seja punido – o que ecoa a tradição retributivista. A finalidade da punição é, por sua vez, conforme o caso em particular, atender aos propósitos preventivos gerais e especiais, negativos e positivos. Para Roxin, a punição permite a ressocialização, a realização da função expressiva e os fins preventivo-gerais: o efeito pedagógico sobre o restante da sociedade, reassegurar a confiança no Estado de Direito e a pacificação social¹⁷.

Se a doutrina alemã mais celebrada, assim, deixou num segundo plano a função preventiva¹⁸ – sem dela abrir mão completamente – a doutrina italiana ainda manteve essa chama acesa. Luigi Ferrajoli, em sua perspectiva garantista, distingue o que seriam as teorias descritivas ou empíricas de *por que se pune*, das teorias filosófico-normativas acerca de *por que deve existir a punição*. Ferrajoli adverte, inclusive, que devem ser chamadas “ideologias” aquelas teorias que confundem os esquemas de explicação dos modelos de justificação, como casos de *falácia naturalista* ou *normativista*. Em seguida, argumenta que, no plano normativo da justificação, as penas se justificam

16 GÜNTHER, 2014, pp. 123-139.

17 ROXIN, 2014, pp. 33-42.

18 Vale destacar que a dogmática penal alemã do pós-guerra tende a ver com maus olhos as perspectivas mais destacadamente retributivistas, priorizando as justificativas que sustentam os aspectos preventivos da pena. Essa abordagem, muito influente nos países da tradição jurídica romano-germânica, contrasta com o debate jurídico-penal dos países de *Common Law*, onde prevaleceram, nas últimas décadas, teorias mistas que conferem maior ênfase a justificativas de cunho neoretributivista como a do “justo merecimento” (*just deserts*). Para esse rico debate, e objeções a essas teorias mais recentes, vide DUBBER, 2005, p. 696-706; GRECO, 2012, p. 264-265; CARVALHO, 2015, pp. 95-122.

como uma forma de *evitar o mal maior*: a arbitrariedade desmedida da potencial reação social ao delito. O direito penal, assim, teria a dupla função preventiva: a de prevenir futuros delitos, mas, mais importante ainda, a de prevenir ou minimizar penas desproporcionais¹⁹.

Os exemplos acima mostram como as formulações justificativas da pena mesclam de formas variadas os componentes da secular discussão entre os que defendem uma visão *retrospectiva* sobre a magnitude do dano causado, ao qual deve corresponder um juízo de reprovabilidade; e os que apontam para uma visão *prospectiva*, dos efeitos futuros de aplicação da pena.

Importante destacar que mesmo sendo relegada a um segundo plano em abordagens influenciadas pelo chamado neorretributivismo, a tese da prevenção nunca está ausente do debate – e o condão das já citadas teorias “relativas” é justamente de manter ambas as justificativas para as penas punitivas ao alcance retórico do discurso punitivo. Trata-se de uma conveniente combinação entre dois fatores de distintas dimensões: (i) a reprovabilidade do agente legitima a punição ao mesmo tempo que, supostamente de forma humanista e garantista, a limita; e (ii) a prevenção de futuros delitos, que segue citada como sua função, embora não a principal. Essa mescla confusa, em que nunca se tem uma métrica clara para orientar o julgador sobre qual dos fatores é o mais relevante num caso concreto, tem sido uma opção retórica de diversos representantes relevantes na doutrina penal pátria.

Na teoria mista defendida por Marcelo Ruivo²⁰, há supostamente uma importante distinção conceitual entre o porquê e a finalidade da pena: o *fundamento* da punição é sempre a retribuição da culpa pela conduta, embora a sua *finalidade* seja prevenir futuros delitos. Todavia, o jogo retórico de conceitos, de forma velada, não resolve o problema essencial diante do qual qualquer magistrado se depara no caso em concreto: quais os parâmetros para priorizar a retribuição pelo dano causado pela conduta, ou, alternativamente, para prevenir a reincidência? É possível que um mesmo delito seja excepcional ou rara ocorrência, caso em que a lógica da prevenção demandaria uma punição elevada para se alcançar a suposta dissuasão desejada; mas cause um dano mínimo e seja pouco reprovável. Nunca é plenamente explicitado, no entanto, se a majoração de uma pena serve ao propósito da retribuição ou da prevenção. Não obstante esse problema

19 FERRAJOLI, 1995, pp. 321-337.

20 RUIVO, 2016.

prático evidente, trata-se de posicionamento emblemático do que se encontra nos manuais de dogmática penal no Brasil²¹.

Diante dessa profusão de justificativas, não raro conflitantes entre si, Juarez Cirino dos Santos sugere, numa perspectiva crítica, que as teorias relativas ou mistas, com suas pretensões ecléticas ou unificadoras das justificativas das penas, não raro contraditórias entre si, não passam de “*uma pluralidade de discursos legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto*”²². Essa fragmentação teórica, segundo Salo de Carvalho, impede que se tenha um consenso mínimo sobre o papel da sanção penal, e ao oferecer “*à la carte*” uma enorme variedade de teorias, ignora incompatibilidades lógicas existentes entre elas, e acaba colocando a dogmática a serviço de concepções autoritárias e punitivistas quando da aplicação da lei penal²³.

É digno de nota que em vários dos textos doutrinários revisados, abundam justificativas empíricas de por que uma determinada escolha teórica é mais ou menos desejável: as teorias preventivas apostariam num efeito intimidação que seria *ineficaz*; as prisões seriam *inefícazes*, etc²⁴. Contudo, de maneira surpreendente, pesquisas empíricas recentes não figuram entre as referências bibliográficas citadas. Ou seja, sem adentrar no mérito de cada uma das teorias, parece-nos que os fundamentos empíricos trazidos ao debate ou estão desatualizados, ou não foram baseados na literatura científica disponível.

Para contribuir com a qualificação desse debate, aportaremos alguns resultados da literatura recente nas Ciências Comportamentais. Nesse sentido, é essencial primeiro compreender *por que* as pessoas acham que transgressores merecem ser punidos. Iniciaremos mostrando que, contrariamente a uma crença bem estabelecida, as *justificativas* alegadas pelas pessoas que desejam punição a um transgressor não correspondem às *motivações intuitivas* subjacentes ao comportamento de punir.

21 A exemplo de BITTENCOURT, 2016, pp. 130-162; MARQUES, 2008, p. 148; PRADO, 2013, pp. 637-638; SCHECAIRA; CORRÊA JR., 2002, pp. 144-145.

22 SANTOS, 2010, p. 430.

23 Vide CARVALHO, 2015, pp. 123-128. A incoerência entre os objetivos professados para a sanção penal não passou despercebida do debate mais qualificado. A discussão sobre a chamada “antinomia dos fins da pena” lançou-se, justamente sobre o problema de como conciliar as diferentes finalidades da pena no momento da aplicação da lei penal. No direito penal alemão, uma das tentativas majoritárias de solução é a “teoria do espaço livre” (*Spielraumtheorie*). Vide TEIXEIRA, 2015, pp. 35-51.

24 BITTENCOURT, 2016, p. 145; SANTOS, 2010, p. 425.

3. A evidências empíricas: por que punimos? Um olhar sobre os aplicadores da lei penal

Após décadas de estudos e Psicologia Experimental, hoje dispomos de um extenso corpo de evidências comportamentais que demonstra que, quando pessoas observam uma situação de transgressão, embora declarem que a punição se justifica para dissuadir ou prevenir ofensas semelhantes no futuro, elas na verdade desejam o restabelecimento da justiça por motivações inerentemente retributivistas, proporcionais ao dano causado. Dito de outra forma, embora as pessoas *justifiquem discursivamente* que punem por um motivo preventivo, o *processo psicológico* que efetivamente ocorre está em dissonância com essa justificativa.

Um dos primeiros estudos dessa linha foi conduzido no fim da década de 1970 nos Estados Unidos. Os pesquisadores inicialmente aplicaram questionários a 151 estudantes universitários, avaliando suas opiniões sobre o efeito preventivo da pena de morte. Desse grupo, foram selecionados 24 que acreditavam no efeito preventivo, e 24 que não acreditavam na eficácia da pena capital em reduzir crimes. A amostra foi reunida em grupos mistos, com defensores e detratores da medida. Em seguida, cada um dos sujeitos de pesquisa lia um resumo de um estudo empírico que provava ou falsificava a hipótese do efeito preventivo da pena de morte. Na etapa seguinte, eles respondiam a um novo questionário, para medir se o contato com as novas evidências fazia com que mudassem de ideia.

Após esse momento, os sujeitos pesquisados tinham acesso a uma versão mais detalhada dos estudos empíricos, explicitando os métodos empregados, cuja consistência lhes cabia examinar. Por fim, essas etapas eram repetidas, *mas com um estudo que tinha as conclusões contrárias* aos dos que os sujeitos tinham originalmente lido. Dessa forma, cada sujeito tinha contato tanto com resultados de um estudo que confirmavam sua crença original sobre a adequação da pena de morte, quanto com resultados que a contradiziam.

Os achados revelaram haver uma forte tendenciosidade na assimilação de informações sobre os estudos. Sujeitos que favoreciam a pena de morte *a priori* aceitavam com facilidade os resultados do estudo que confirmavam sua crença, e desconfiavam da qualidade metodológica do estudo que os contrariava. Os adversários da pena de morte exibiram um padrão semelhante, mas inverso, acreditando no estudo que mostrava a inexistência

de efeitos preventivos, e pondo em dúvida o estudo no sentido contrário. Além disso, como os pesquisadores aplicaram questionários com a opinião dos sujeitos antes e depois de terem contato com os estudos, eles verificaram uma maior polarização das atitudes: mesmo diante de evidências em contrário à sua crença original, os estudantes se agarravam às conclusões dos estudos que as confirmavam para fortalecê-las ainda mais²⁵.

Examinando essa questão de outra perspectiva, Phoebe Ellsworth e Samuel Gross²⁶ revisaram pesquisas de opinião aplicadas na segunda metade do século XX ao público estadunidense, sobre os motivos que levavam ao apoio ou à oposição à pena de morte. O trabalho, publicado em meados da década de 1990, época do auge de apoio às políticas de “lei e ordem” naquele país, mostrava que o alto nível de suporte à pena de morte se mantinha mesmo quando os entrevistados não acreditavam mais no seu efeito preventivo. Ao longo dos anos, à medida que os dados iam colocando em dúvida a eficácia da pena de morte em diminuir crimes, os seus apoiadores simplesmente mudavam a justificativa para defendê-la: se não prevenia mais delitos, a pena de morte seria, segundo eles, menos custosa ao Erário do que a prisão perpétua, por exemplo; ou seria mais adequada simplesmente porque a “lei de Talião” deveria valer no caso de crimes graves. Assim, esse trabalho, além de ser um retrato da escalada punitivista naquele país dos anos 1960 a 1990, mostrou que o público poderia apoiar a pena capital a despeito de dados sobre sua ineficácia, unicamente apoiado em intuições retributivistas.

O fato de que a coleta e interpretação de dados tende a se dar de forma enviesada é, hoje, uma conclusão incontroversa no campo da Psicologia do Raciocínio. Ao contrário da visão que costumamos ter de nós mesmos, não temos acesso privilegiado aos processos mentais subjacentes às inferências que levam a determinadas conclusões – e a sensação que temos de que podemos compreender nosso raciocínio é tão enganadora quanto uma ilusão de óptica pode ser²⁷. Um dos fenômenos a que estamos sujeitos, sem nos darmos conta, é que tendemos a assimilar com facilidade informações

25 LORD et al., 1979.

26 ELLSWORTH; GROSS, 1994.

27 Para o estudo clássico que colocou em dúvida a capacidade da introspecção sobre os próprios processos mentais, e desde então foi confirmado com os mais variados métodos e técnicas experimentais na Psicologia, vide NISBETT; WILSON, 1977. Para a discussão da mente inconsciente na tomada de decisão juridicamente relevante, vide HORTA, 2019.

novas que confirmem suas preconcepções, e ignorar ou questionar com veemência aquelas que contradizem crenças pré-estabelecidas. A revisão dessa rica literatura extrapola o objetivo deste trabalho²⁸, mas para o que nos interessa, basta pontuar que as *justificações* que são utilizadas para a aplicação de uma pena não são necessariamente os *motivos* que internamente conduziram a essa conclusão.

Nas últimas décadas, essas intuições por trás de raciocínios punitivos foram objeto de investigação pela Psicologia Experimental de forma mais detalhada. A maioria dos estudos dessa linha consiste na exibição, aos sujeitos de pesquisa – geralmente algumas dezenas de estudantes universitários estadunidenses –, de vinhetas, isto é, textos curtos, contendo descrições do cometimento de crimes, ao lado de outras informações que poderiam qualificar a gravidade do dano causado, as características pessoais do ofensor, a possibilidade de reincidência e as motivações por trás de seus atos. Em seguida, os sujeitos pesquisados devem assinalar a punição considerada justa para cada ação. Ao manipular, em diferentes cenários, cada uma dessas variáveis, os psicólogos descobriram um padrão: o impulso primordial para punir alguém, em todos os estudos, parece ser retributivista, ainda que a justificativa discursivamente empregada seja outra.

Num estudo muito citado, Kevin Carlsmith, John Darley e Paul Robinson²⁹ primeiro avaliaram se os sujeitos pesquisados efetivamente sabiam diferenciar quais variáveis estariam associadas a uma punição de caráter preventivo ou retributivo. Em resposta aos questionários, os participantes corretamente assinalaram que, se o propósito da punição é prevenir, ela deve ser majorada em casos em que é muito difícil detectar um delito, e ser publicizada o máximo possível, para se melhor atingir o efeito dissuasório. Por sua vez, se o que move a punição é a retribuição ao mal causado, deve haver uma proporcionalidade entre ambos, a menos que haja causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade da conduta. Ou seja, as pessoas participantes do estudo estavam corretamente cientes dos marcos normativo-filosóficos por trás das teorias da pena.

No momento seguinte, os pesquisadores mostraram a 336 sujeitos as vinhetas, descrevendo crimes graves ou leves; de fácil ou de difícil de-

28 Para uma revisão atualizada, abrangente e qualificada deste tópico, remetemos à obra *The Enigma of Reason* (MERCIER; SPERBER, 2017).

29 CARLSMITH; DARLEY; ROBINSON, 2002.

teção; com ou sem justificativa defensável; e com maior ou menor nível de publicidade que a condenação atingiria na comunidade. Ao manipular essas variáveis e questionar qual seria a pena justa, os pesquisadores verificaram que os participantes eram sensíveis aos fatores associados ao retributivismo, mas não aos fatores que importariam se o propósito da condenação fosse prevenir futuros delitos. A gravidade do delito e a ausência de uma circunstância mitigadora da conduta do autor eram fortes variáveis preditivas da pena que seria assinalada, ao contrário da probabilidade de detecção do delito ou o grau de publicidade da condenação.

Num estudo seguinte, Kevin Carlsmith³⁰ assinalou a 42 participantes a tarefa de reunir informações sobre um crime cometido para proferir a sentença condenatória. Havia 9 grupos de informações dos quais eles poderiam extrair informações relativas ao crime, que seriam relevantes para a avaliação dos propósitos da pena: preventivo (ex: crimes desse tipo são ou raros, ou muito comuns), retributivo (como a magnitude do dano causado), ou de incapacitação (ex: o réu é uma pessoa tranquila e dificilmente reincidiria, ou é alguém impulsivo e agressivo). À medida que os sujeitos selecionavam uma informação, os pesquisadores queriam avaliar assim qual seria a informação considerada prioritária, que deveria ser buscada primeiro, por cada participante. Mais uma vez, os fatores mais relevantes eram os de ordem retributivista.

Esta linha de estudos³¹ mostra que, embora as pessoas endossem o propósito preventivo das penas, na prática elas avaliam a justiça de uma condenação segundo uma lógica retributivista. Ou seja, as intuições morais estão em conflito com o que as pessoas dizem desejar atingir com a punição.

Essa conclusão fica ainda mais patente no experimento de Eyal Aharoni e Alan Fridlund³². Os pesquisadores perguntaram a 49 pessoas qual seria a sentença apropriada para um crime gravíssimo – estupro de menor, seguido de homicídio. O caso, porém, tinha algumas particularidades: todo o julgamento do caso, bem como sua condenação, correriam em total segredo de justiça, em virtude da menoridade da vítima; após o crime, o acusado teria desenvolvido paralisia total dos membros inferiores e supe-

30 CARLSMITH, 2006.

31 Revisada e resumida em CARLSMITH; DARLEY, 2008.

32 AHARONI; FRIDLUND, 2011.

riores, tornando-se inofensivo para a sociedade desde então; e a família da vítima havia declarado que não desejava vingança, ou punição pelo crime. Escolhida a punição devida, os participantes eram submetidos a uma entrevista semiestruturada em que se buscava entender a motivação da pena.

O que se seguiu foi um interessante mergulho sobre a dissociação entre o comportamento observado e suas justificativas. Se os participantes diziam que a punição se legitimava como forma de evitar o cometimento de novos crimes pelo acusado (prevenção especial), o entrevistador o lembrava que, estando paralisado, este não teria como cometer novos crimes do gênero. Se a justificativa era a necessidade de fornecer um exemplo para as demais pessoas (prevenção geral), o pesquisador apontava que o processo correria em total sigilo e ninguém jamais saberia da punição no mundo exterior. Se os sujeitos argumentavam a Lei de Talião (retribuição), mesmo a despeito da postura da família da vítima de não fazer o mesmo, eram em seguida questionados qual propósito se atingiria com isso.

Após a entrevista, dos 49 participantes, 3 decidiram desde o início não punir; 10 deles mudaram de ideia após o processo de discussão e argumentação com os pesquisadores; 34, porém, decidiram punir o acusado mesmo assim, ainda que sem conseguir articular justificativas racionais para tanto. Ou seja, ainda que diante da impossibilidade de justificar a punição, ainda assim a maioria dos participantes se ateve à sua decisão intuitiva em favor de sua aplicação³³.

Um questionamento que se poderia fazer é que, quando as pessoas decidem a punição justa para uma transgressão, os motivos retributivista e preventivo estariam, na verdade, entrelaçados. Não seria possível isolar um do outro, na medida em que ao buscar uma retribuição justa e proporcional, a punição *também* serviria como exemplo dissuasório, via prevenção geral, ou como forma de incapacitação ou prevenção especial negativa. O ideal seria, assim, isolar ambas as variáveis, buscando casos em que a gravidade da transgressão (argumento retributivista) estaria absolutamente dissociada do propósito preventivo.

33 Esse fenômeno é conhecido na literatura a partir do termo popularizado pelo psicólogo Jonathan Haidt (HAIDT, 2001), “*moral dumbfounding*”, ou “estupefação moral”: diante de contradições evidentes, as pessoas se surpreendem, ridicularizam ou riem da sua inabilidade de encontrar motivações racionais para suas crenças morais, mas nem por isso são capazes de alterá-las.

Num delineamento experimental inusitado, Jeffrey Goodwin e Adam Benforado³⁴ tentaram isolar esses motivos, perguntando aos participantes se um *animal* que tivesse provocado uma agressão fatal deveria ser morto. Embora o sistema penal atual não se aplique a animais não humanos, os pesquisadores lembram que diversas sociedades, em vários momentos históricos, tinham leis específicas para lidar com animais “transgressores”. E, como a punição de um animal não teria nenhum efeito dissuasório sobre outros animais, não haveria possível efeito de prevenção geral neste caso.

Como resultado, os 267 participantes tinham atitudes quanto mais punitivas, quanto maior o dano causado: se o “animal transgressor” (que podia ser um tubarão, um touro, ou um cão *pitbull*) havia matado um cão de estimação, os impulsos punitivos eram menores do que se ele havia matado uma criança humana. A objeção mais óbvia a este estudo seria que os participantes visariam, antes de tudo, a “incapacitação” de um animal perigoso.

Em dois outros estudos, porém, o efeito incapacitação também foi isolado. Desta vez, o cenário era a captura de um tubarão, após que havia matado uma criança pequena que brincava na praia. O tubarão capturado podia ser o próprio animal que matou a criança, ou outro animal, igualmente perigoso. Os 415 participantes do estudo tendiam a desejar uma morte mais sofrida para o tubarão capturado quando ele era exatamente o mesmo que atacara a vítima, em relação a um outro tubarão da mesma espécie – uma decisão incompatível com o propósito de incapacitação, mas coerente com os impulsos retributivistas.

Embora possa parecer absurdo fazer experimentos com casos hipotéticos envolvendo animais que vitimizam seres humanos, é preciso lembrar que esses resultados estão em linha com os anteriormente apresentados: as intuições de justiça das pessoas parecem seguir, antes de tudo, uma lógica de retribuição proporcional ao dano causado.

Outro resultado interessante advém de um estudo que buscava sondar por que cidadãos estadunidenses poderiam ser favoráveis às técnicas de tortura durante interrogatórios de prisioneiros da Guerra do Iraque. Embora justificassem a “utilidade” da tortura como forma de extrair informações para prevenir futuros ataques terroristas, os sujeitos de pesquisa na verdade estavam pouco interessados na suposta “eficácia” do procedimento, na verdade movidos por sentimentos retributivistas³⁵.

34 GOODWIN; BENFORADO, 2015.

35 CARLSMITH; SOOD, 2009.

Katrina Fincher e Philip Tetlock³⁶, por sua vez, conduziram um estudo sobre o “retributivismo oculto”, isto é, a decisão de assinalar punições além do que é legalmente fixado, com base em intuições vingativas. Para tanto, eles se valeram do exemplo de sanções legais “oficiais” – a pena privativa de liberdade – ao lado do inconfessável desejo retributivista de causar sofrimento no ofensor. Ora, a existência de condições degradantes no cárcere não é defensável do ponto de vista jurídico, uma vez que consiste numa forma de sofrimento adicional à pena. O sentimento retributivista emergiria, assim, quando, além de assinalar uma punição “justa”, do ponto de vista legal, as pessoas ainda assim quissem causar sofrimento adicional ao condenado.

Nesse estudo, 300 participantes desempenhavam o papel de “juiz de execução”, devendo direcionar para o presídio A ou B um condenado por um crime bárbaro: estupro, tortura e morte de uma garota inocente de 7 anos de idade. Uma tabela descrevia ambos os estabelecimentos por uma série de características não muito diferentes entre um e outro: custo do preso, presença ou não de programa de estudos, grau de segurança, taxa de reincidência. Uma quinta característica, porém, os diferenciava com clareza: o grau de brutalidade com que os detentos eram tratados, e as violências a que estariam sujeitos estando encarcerados em cada um deles.

A manipulação foi feita em dois cenários: um, em que os sujeitos tinham que, de forma “aberta” e gradual, ir indicando qual dos estabelecimentos era mais adequado para a execução da sentença, conforme cada um dos fatores. Outro, “fechado”, em que eles escolhiam um dos estabelecimentos de uma só vez, justificando posteriormente sua decisão. Assim, na segunda condição, os participantes poderiam “mascarar” qual variável havia efetivamente sido a decisiva para sua escolha. Os resultados mostraram que, na condição “aberta”, os sujeitos escolhiam o estabelecimento mais barato, mais seguro e menos violento, ao passo que na condição “fechada”, eles tendiam a preferir o presídio mais brutal, embora buscassem a justificativa para sua decisão em alguma das outras variáveis. Ou seja, o “retributivismo oculto” se manifestava quando era possível justificar de outra forma o sofrimento que o condenado “mereceria”, para além da sanção legalmente estabelecida.

36 FINCHER; TETLOCK, 2015.

Todos esses resultados sugerem que, a despeito de toda a discussão normativa da dogmática penal e da filosofia da punição sobre qual o fundamento legítimo para o discurso de justificação do sofrimento causado nos acusados mediante a aplicação de penas, as intuições retributivistas parecem ser, no plano descritivo, a motivação primordial por trás da decisão de punir. Embora as pessoas construam uma legítima e sincera *argumentação* no sentido que a punição pode evitar novas transgressões no futuro, as *intuições* que conduzem ao juízo moral dependem não da probabilidade ou da eficácia em se prevenir futuros delitos, mas na extensão do mal causado no passado, bem como a existência ou não de excludentes da ilicitude ou culpabilidade da conduta. Dito de outra forma, os discursos teóricos justificativos da punição em abstrato, e as intuições que movem as decisões de punir – baseadas no senso prático de justiça – não estão em sintonia.

A principal objeção que se pode fazer contra essa série de estudos é a sua validade ecológica. Afinal, trata-se de amostras de estudantes de um país rico, que dificilmente é representativa da população daquele país como um todo ou de outros países. De todo modo, a replicação do mesmo resultado em todos os estudos merece ser levada a sério – e ao menos um estudo transcultural, com uma amostra de participantes chineses, mostrou resultados no mesmo sentido³⁷.

Em suma, os experimentos da Psicologia Social recentes descartam a tese de que o desejo pedagógico de evitar futuros crimes seja a principal *motivação* por trás da atitude de punir um ofensor. Nesse cenário, a agenda de pesquisa de psicólogos e filósofos experimentais dos últimos anos tem sido, em vez disso, uma tentativa de descobrir não “se” o raciocínio moral das pessoas é consequencialista-preventivo (as evidências sugerem o contrário), mas “por que” ele funciona conforme a dinâmica retributivista³⁸.

Todos os resultados de estudos discutidos nesta seção mostram que o vínculo que se faz entre o que ocorre durante o ato de punir e as suas justificativas publicamente sustentadas está longe de ser satisfatório. Durante certo tempo, alguns teóricos chegaram a propor que a onipresença da punição derivava da própria evolução da cooperação na espécie humana, e que grupos humanos em que trapaceiros e agressores não eram punidos

37 ZHANG et al., 2017.

38 CUSHMAN, 2017; BAUMARD; SHESKIN, 2015; NADLER; MACDONNEL, 2012.

não tinham como se proteger de futuras transgressões³⁹. Estudos mais recentes, porém, têm indicado, inclusive com base no registro antropológico, que punir transgressores é apenas mais uma das formas possíveis de lidar com transgressões a normas – ao contrário, essa literatura mostra que as sociedades humanas historicamente se valeram de um vasto repertório de respostas comportamentais possíveis a conflitos e a violações de regras, que vão desde sanções informais como a fofoca e a exclusão do grupo, até comportamentos reparativos de compensação, composição e perdão⁴⁰.

Porém, se admitirmos que não punimos para este fim declarado, coloca-se uma questão relevante: se nos parece intuitivo, na vida cotidiana, que a punição “funciona”, o que estaria errado? Se crianças são rotineiramente educadas com castigos, se animais de estimação são domesticados com punições, se toda estrutura organizacional contemporânea prevê sanções institucionalizadas para comportamentos indesejados, como conciliar isso com os achados empíricos? Para endereçar essa questão, abrimos um breve parêntese para revisitar a análise comportamental da eficácia das punições.

4. Punir funciona? A resposta das Ciências Comportamentais

Punir é uma medida eficaz para alterar comportamentos?

A resposta do senso comum sobre a eficácia da punição parece ser inequívoca. Seja no ato de educar crianças, seja nas discussões sobre a violência na sociedade, seja no trato com animais, é comum que as pessoas acreditem que a punição é indissociável de qualquer tentativa de se provocar a mudança comportamental. Porém, basta uma ligeira pesquisa na literatura das ciências comportamentais para encontrar evidências em sentido contrário.

As evidências disponíveis indicam que, em geral, punir não funciona. O que sabemos acerca da efetividade da punição deriva de experimentos

39 Essa visão, muito influente no início dos anos 2000, baseia-se em numerosos estudos com paradigmas de teoria dos jogos, inclusive numa perspectiva transcultural. Mais recentemente, porém, diversos pesquisadores vêm apontando as limitações metodológicas de se extrapolar o resultado de jogos econômicos artificiais em laboratório para inferências sobre como se deu a evolução da cooperação na espécie humana, e defendendo que há diversas formas em que sociedades humanas podem sustentar a cooperação para além da aplicação de punições (Para estudos mais recentes, vide PEDERSEN et al., 2019, 2018; para um debate dessa literatura, vide HORTA, 2018 e GUALA, 2012).

40 MOLHO et al., 2020; McCULLOUGH, 2013.

clássicos da Psicologia que foram conduzidos já nos anos 1960 e 1970, e que são de conhecimento da comunidade científica desde então – e é sintomático que sejam tão pouco difundidos e debatidos no meio jurídico⁴¹.

Do ponto de vista da tradição comportamental, ainda que punições sirvam como um desestímulo a certas condutas, somente são eficazes em condições muito específicas: elas deveriam ocorrer *imediatamente e sempre que o comportamento transgressor ocorra*, e não esporadicamente e muito tempo depois de sua realização; deveriam estar baseadas em *regras claras e pré-estabelecidas, não seletivas*; deveriam ser aplicadas *imediatamente após a transgressão*; e deveriam ser *adequadas à situação específica do sujeito punido*⁴².

Além disso, o uso da punição como estratégia de mudança comportamental traz diversos efeitos colaterais indesejáveis, que vão do aumento da tolerância do sujeito punido à punição em si, o que reduziria paulatinamente sua eficácia, bem como o *aumento* de comportamentos antissociais como resposta, num ciclo de perpetuação da violência. Não por acaso, nas últimas décadas, a Psicologia deixou de sugerir que a punição, nas mais diversas circunstâncias, seja uma forma adequada de mudança comportamental, insistindo, em vez disso, em outras formas de reforço de comportamentos pró-sociais⁴³.

Embora, portanto, a punição *possa* funcionar – ainda que com efeitos colaterais que devem ser levados em conta – isso apenas ocorre em condições bastante particulares, frequentemente ausentes na dinâmica da justiça criminal.

Ora, não é preciso conhecer a fundo o sistema penal para se verificar que se trata de uma estrutura incapaz de atender a tamanho grau de exigência e de controle sobre as ações das pessoas, e que é mais provável que as punições sejam desproporcionais, ineficazes e contraproducentes do que o contrário. O sistema é seletivo, punindo preferencialmente certos estratos sociais e grupos raciais⁴⁴; a maioria dos crimes nunca é detectada, investigada, processada ou condenada⁴⁵. A punição criminal, quando ocorre, é frequentemente aplicada anos após o fato delitivo. Por fim, a lei

41 ANDREWS; BONTA, 2010, p. 442.

42 MILTENBERGER, 2011; ANDREWS; BONTA, 2010, p. 443-447.

43 ANDREWS; BONTA, 2010, p. 447-451.

44 BARATTA, 2017; WALKER et al., 2017.

45 Para a discussão sobre taxas de esclarecimento de homicídios no Brasil, vide BRASIL, 2014.

prevê um *quantum* abstrato de punição para qualquer transgressor, ainda que o sistema penal se proponha a individualizar penas.

Há um problema óbvio aí, que é o de definição conceitual: o que os psicólogos comportamentais chamam de “punição” em ambientes experimentais de laboratório é algo muito distante das sanções institucionalizadas que temos na dinâmica criminal. No entanto, é provável que seja justamente essa a mesma confusão conceitual que leva tantas pessoas a crer que “aplicar uma pena privativa de liberdade” e “punir um comportamento” sejam essencialmente a mesma coisa.

Uma segunda confusão sobre a qual se pode tecer hipóteses é a de que, do fato de que as pessoas sejam retributivistas intuitivos, e que a “vingança” seja um traço onipresente no comportamento e nas sociedades humanas, absolutamente não decorre que essa seja uma reação *efetiva* para provocar a desejada mudança comportamental. Ao contrário, a literatura aponta que embora seja onipresente, a retaliação ou retribuição trazem poucos benefícios às vítimas de violência e podem ser sintoma da falta de melhores estratégias para lidar com conflitos⁴⁶.

Uma hipótese para esse descompasso entre as expectativas das pessoas com relação à suposta eficácia da punição para mudança comportamental e a sua fracassada realidade fática é que os mecanismos psicológicos da mente punitiva tenham sido adaptativos num passado distante da espécie, mas atualmente, em que Estados organizados se valem do Direito Penal para fins disciplinares, eles resultem em vieses⁴⁷. Independentemente dessa discussão de fundo, porém, deveria causar surpresa o quanto o raciocínio moral por trás de uma punição está dissociado de suas consequências no mundo real.

Não por acaso, as penas privativas de liberdade cada vez mais severas, diante do objetivo de prevenir crimes, têm sido um fracasso à luz das melhores evidências disponíveis, como veremos na próxima seção.

5. As evidências empíricas: penas mais duras previnem crimes? Um olhar sobre os *destinatários* da lei penal

A pretensão normativa de conferir fundamento às penas privativas de liberdade em virtude da sua capacidade dissuasória assenta-se sobre o pres-

46 JACKSON et al., 2019.

47 CUSHMAN, 2017.

suposto empírico de que esse tipo de punição, em alguma medida, previne o cometimento de futuros delitos. Especificamente, no tocante à *prevenção geral negativa* e *prevenção especial negativa*, tal efeito serviria de justificativa para penas mais duras – a lógica disso sendo: quando há necessidade de prevenir a ocorrência de um determinado crime, deve-se majorar a pena assinalada.

Tal é a premissa da visão econômica da teoria racional do crime – o criminoso faria um “cálculo de utilidade”, subtraindo do proveito potencialmente advindo do crime o “custo” de ser descoberto e preso⁴⁸. Nessa perspectiva, seria possível, do ponto de vista da política criminal, elevar penas até um “ponto ótimo”, que desestimularia o agente racional a transgredir a norma penal. Essa perspectiva supõe, assim, que seria possível baixar as taxas de criminalidade ao se aumentar o “custo”, por meio da instituição de penas mais severas, certas e céleres⁴⁹.

Todavia, a despeito de muitos esforços, e de vasta disponibilidade de dados, especialmente no contexto estadunidense, a criminologia empírica tem sido incapaz de demonstrar que o aumento na severidade das penas privativas de liberdade iniba delitos.

Neste ponto, é preciso diferenciar a *dissuasão absoluta* e a *dissuasão marginal*. É intuitivo imaginar que a absoluta ausência de resposta estatal ao cometimento de delitos seria equivalente a deixar a sociedade à mercê do caos. Essa intuição parece estar correta. Há elementos na literatura que levam a crer que a existência de punições, por si só, produz algum efeito dissuasório – nesse sentido, cita-se o exemplo da Dinamarca, em 1944, como um “experimento natural”. Ocupado pelos nazistas, o país teve todas as suas forças policiais detidas pelo exército invasor. Em seguida, os crimes de rua tiveram um forte aumento, sugerindo que a mera presença de um aparato policial, em oposição à sua inexistência, teria o condão de prevenir crimes – a *dissuasão absoluta*⁵⁰.

Porém, aqui é importante ter em mente o seguinte: a validade de um efeito de “dissuasão absoluta” não significa que o mero endurecimento do aparato repressor *sempre* aumente a dissuasão marginal, isto é, aumente a inibição dos comportamentos criminosos de forma proporcional. Dito de

48 O texto clássico nessa literatura é BECKER, 1968.

49 PATERNOSTER, 2010, p. 784.

50 CHALFIN; MCCRARY, 2017, p. 15; NAGIN, 2013, pp. 234-235.

outra forma, o fato de que a existência da previsão de sanções seja importante para a algum grau de manutenção da ordem jurídica não equivale a dizer que o agravamento de penas previstas na legislação penal seja sempre capaz de prevenir delitos previstos em lei. Na verdade, as evidências apontam em sentido contrário.

Revisando diversos estudos que, desde a década de 1960, empregam diferentes metodologias para investigar o efeito preventivo do aumento de penas, o criminólogo Daniel Nagin tece uma conclusão desalentadora para aqueles que advogam o seu efeito preventivo: são escassas as evidências de que o aumento de penas já longas previna ainda mais o cometimento de futuros crimes⁵¹. Ou seja, para que se justifique o aumento de penas, pode-se alegar o retributivismo, ou talvez o efeito da incapacitação, mas não um suposto efeito preventivo.

Muitos dos estudos que alegam ter encontrado um efeito preventivo do aumento da população prisional apresentam falhas metodológicas que colocam em questão sua validade. Quando há um efeito de redução de criminalidade, é difícil distinguir se este se deveria ao efeito dissuasório das penas mais duras, ou ao efeito “incapacitação”: a prisão de criminosos contumazes apenas evitaria que estes cometessem mais delitos, não havendo aí propriamente um efeito “pedagógico” ou de mudança de comportamentos futuros⁵².

E mais: mesmo quando se verifica uma queda nos crimes, essa se dá de forma cada vez mais residual, no sentido que penas cada vez mais longas reduzem cada vez menos os crimes. Isso ocorre porque, se a população prisional já é elevada, os criminosos contumazes já tendem a estar encarcerados, e a cada detento “a mais”, a redução de delitos é paulatinamente menos significativa. Além disso, a expansão desenfreada das penas faz com que, cada vez mais, pessoas que cometeram delitos de forma isolada, ou apenas circunstancialmente, também acabem presas. Se considerarmos que cada detento representa um custo para o Estado – já que sua manutenção demanda onera o orçamento público – e para a sociedade – são pessoas

51 NAGIN, 2013, p. 253.

52 CHALFIN; MCCRARY, 2017, p. 31; NAGIN, 2013, pp. 220-221. Num experimento altamente significativo, Harding e colegas (2019) analisaram os dados de uma coorte de 111 mil pessoas sentenciadas no Estado de Michigan entre 2003 e 2006. Acompanhando os casos no ano de 2015, anos após a soltura, portanto, e comparando os desfechos, isto é, se houve reincidência ou não, os pesquisadores descobriram efeitos dissuasórios praticamente nulos das penas privativas de liberdade, em contraposição à concessão de livramento condicional, a qual se revelou uma estratégia muito mais efetiva de prevenção da violência na comunidade.

a menos no meio familiar e comunitário para cuidar de crianças e idosos, trabalhadores a menos no mercado de trabalho etc. – é altamente questionável se o “ganho” com uma prisão adicional justifica o seu “custo”⁵³.

É quase um lugar-comum na discussão contemporânea retomar Cesare Beccaria para afirmar que não é o rigor da pena, mas a *certeza* da punição, o que coíbe o cometimento de delitos. No entanto, como salienta Daniel Nagin, por “certeza” é preciso compreender a probabilidade que uma série de passos e concretizem: a chance de cada crime cometido seja detectado, somado à probabilidade de que seja efetivamente investigado pela polícia, mais a possibilidade de obtenção de uma condenação etc.⁵⁴.

O que explicaria, então, a persistência dessa defesa do efeito dissuasório das penas? Uma possível explicação é o comprometimento ideológico: muitos proponentes de penas mais duras confundem a crença intuitiva de que “punir mais coíbe mais”, a despeito de esse não ser o “cálculo” que muitos potenciais transgressores fazem na vida real. Ao contrário, muitos crimes ocorrem em momentos de tensão emocional, sob o efeito de entorpecentes ou em situações de desespero, transtorno mental ou aperto financeiro, e não após a execução de um frio cálculo racional. Além disso, a maioria das pessoas está sequer ciente de quais são as penas cominadas para um determinado comportamento delituoso; e quando leis mais duras são aprovadas, isso tampouco costuma ser de conhecimento geral. Por fim, contrariamente ao que se pressupõe, muitos crimes são cometidos sem que seus autores sequer cogitem que possam um dia ser pegos⁵⁵.

De todo modo, para que majoração de penas funcionasse na prática, não bastaria que uma sanção fosse severa em abstrato; ela precisaria ser *reconhecida* como tal⁵⁶. Nesse sentido, a literatura sobre *percepção* de ser apreendido, que floresceu a partir dos anos 1980, traz achados relevantes. Os estudos disponíveis apontam que a severidade das penas *in abstracto* não é tão relevante na avaliação de risco que as pessoas fazem diante da possibilidade de violarem a lei penal. Na verdade, as previsões objetivas de penas contidas na lei penal estão em descompasso com as percepções subjetivas a seu respeito⁵⁷.

53 TAHAMONT; CHALFIN, 2018, p. 636; NAGIN, 2013, pp. 230-231.

54 NAGIN, 2013, pp. 201-202.

55 WEBSTER; DOOB, 2012, pp. 178-183; APEL, 2013, pp. 88-89.

56 TAHAMONT; CHALFIN, 2018, pp. 631-632.

57 APEL, 2013; PATERNOSTER, 2010, pp. 804-810.

Em estudos que entrevistavam cidadãos estadunidenses, buscando investigar se a percepção que eles tinham da certeza de apreensão e da severidade das penas aplicadas era coerente com a realidade, estudiosos encontraram um grande descompasso – não há uma correlação forte entre o que de fato ocorre naquele sistema penal as pessoas pensam ser o caso⁵⁸.

Estudos empíricos sugerem que a percepção de risco é, antes de tudo, dependente da *experiência* individual e dos pares⁵⁹. Quando um indivíduo decide cometer um crime, em geral tende a superestimar o risco de ser pego. Se, contudo, comete um crime e nada lhe ocorre, passa a acreditar que a chance de ser preso é baixa – e assim, quanto mais crimes comete, menor é a sua percepção de risco. Assim, carreiras criminais “bem-sucedidas” resultam em baixas percepções de risco de apreensão, sendo a severidade das sanções penais especialmente inútil nesses casos de impunidade. Quem na verdade tem percepções mais precisas do risco de ser preso são justamente os criminosos contumazes que já foram presos no passado, ou que viram parceiros e conhecidos próximos serem presos.

Ou seja, contrariamente ao que a teoria da prevenção sugere, *não é a abstrata cominação da lei penal o que faz os indivíduos ajustarem sua percepção de risco* – essa “correia de transmissão” entre o que está escrito na lei penal e o cálculo probabilístico que as pessoas fazem é extremamente imperfeita. É a experiência *real* do que ocorre após o cometimento de um delito o que estimula ou desestimula a continuidade dessa conduta. Nessa perspectiva, se há algo que desestimula delitos, não é a *duração* das penas previstas na lei penal, mas a efetividade na apreensão de criminosos.

E mesmo nesse caso, outro aspecto que é ignorado pelas teorias econômicas da escolha racional é o de que o efeito dissuasório da punição não afeta as pessoas da mesma forma. Não só o cálculo de risco de captura, como também o modo de processar informações sobre custos e recompensas varia entre as pessoas – os estudos acerca das diferenças individuais apontam que os efeitos das sanções sobre os comportamentos são altamente variável⁶⁰.

58 APEL, 2013, p. 78.

59 Para uma revisão desses estudos, vide TAHAMONT; CHALFIN, 2018, pp. 632-633; APEL, 2013, pp. 78-85.

60 LOUGHRAN et al., 2019.

Uma outra frente de questionamento sobre a avaliação do “custo de ser preso” provém dos estudos recentes em Economia Comportamental. Esses estudos vêm mostrando que a avaliação probabilística sobre ser pego ou não, bem como do eventual sofrimento futuro no caso de prisão, como várias outras que as pessoas fazem, é passível de vieses cognitivos e impulsos emocionais. Sendo assim, a decisão de transgredir ou de reincidir não se dá de forma racional, tal como se parece supor em diversos enfoques teóricos, especialmente aqueles calcados na teoria econômica da escolha racional já mencionada⁶¹.

Esses resultados da Psicologia experimental aplicada à punição estão em linha com achados que provêm de outra frente de pesquisa, a literatura da Criminologia Empírica. Mesmo sem pretensões abolicionistas – como é o caso de correntes da Criminologia Crítica –, esse campo de pesquisa tem se tornado paulatinamente mais cético em relação à teoria dos efeitos preventivos da pena privativa de liberdade. Se a Psicologia da Punição mostra o quanto são tênues as relações entre a aplicação de penas de prisão e os efeitos psicológicos preventivos desejados, os dados criminológicos falsificam qualquer pretensão de uma relação direta entre punições mais severas e menores índices de criminalidade.

Começemos por como os dados da criminalidade nos Estados Unidos lançam dúvida sobre a solidez da base empírica da teoria da dissuasão. A correlação sugerida por essa teoria – penas mais duras levam a menos crimes – está longe de ser óbvia quando se olha para os dados agregados disponíveis. Nos Estados Unidos, houve uma forte tendência de alta na criminalidade entre os anos 1960 e o início dos anos 1990. Porém, durante os anos 1980, a criminalidade segue aumentando, *a despeito de as taxas de encarceramento dobrarem no período*. A partir do início dos anos 1990, há um forte declínio na criminalidade, que prossegue nos anos 2000, sem que tenha havido grande mudança na política criminal⁶².

Ao mesmo tempo, no Canadá, país culturalmente e geograficamente próximo aos Estados Unidos, a mesma tendência de aumento da criminalidade ocorre a partir da década de 1960, seguida de queda, nos anos

61 POGARSKY et al., 2018; CHALFIN; MCCRARY, 2017, p. 38.

62 PATERNOSTER, 2010, pp. 803-804. Registre-se que a tendência desde 2008 naquele país é de queda da população encarcerada, em paralelo à redução do número de crimes violentos (ROBERTSON, 2019).

1990, sem que a taxa de encarceramento canadense tenha aumentado no período. Ou seja, a criminalidade no Canadá se reduziu em linha com os Estados Unidos, sem que para tanto aquele país tivesse adotado políticas duras de encarceramento. Esses dados sugerem que a causa do aumento, e posterior diminuição da onda de criminalidade está mais correlacionado a outras variáveis do que à severidade da política criminal⁶³.

Ademais, o efeito criminogênico das penas privativas de liberdade tem sido reconhecido pela literatura em Criminologia Empírica⁶⁴. Empregando um desenho metodológico rigoroso, Bales e Piquero⁶⁵ compararam longitudinalmente duas coortes de condenados na Flórida entre 1994 e 2002, dos quais 79 mil condenados a penas privativas de liberdade, e 65 mil sentenciados a serviços comunitários. As taxas de reincidência entre os que haviam sido presos eram da ordem de 12 a 15% maior, confirmando a existência do efeito criminogênico da prisão.

Para compreender por que as prisões teriam um efeito criminogênico, estudos psicológicos com egressos fornecem um quadro ilustrativo. John Bronsteen e colegas⁶⁶ revisaram os estudos disponíveis, de forma a desvendar os efeitos psicológicos da experiência de encarceramento. O que eles encontraram em *surveys* e entrevistas com ex-detentos representa outro duro golpe nos pressupostos das teorias da dissuasão. Em primeiro lugar, os dados indicam que qualquer experiência de encarceramento produz efeitos deletérios e duradouros na saúde física e mental e na satisfação com a vida. O primeiro ano preso produz um forte abalo nos laços familiares e comunitários, e é suficiente para diminuir significativamente as chances de obter emprego no futuro. Passado esse período de adaptação inicial, os detentos tendem a se acostumar com sua nova vida no cárcere, independentemente do tempo que ainda devem cumprir.

Assim, não faz sentido pretender que a proporcionalidade da experiência do encarceramento seja a mesma de um número fixado friamente numa sentença. O que essa literatura mostra é que uma pena de prisão de dois anos *não é duas vezes mais severa* que uma pena de um ano; ou que uma pena de oito anos *não é proporcionalmente duas vezes mais severa*

63 TONRY; FARRINGTON, 2005; PATERNOSTER, 2010, p. 803.

64 NAGIN, 2013; CHEN; SHAPIRO, 2007; DURLAUF; NAGIN, 2011.

65 BALES; PIQUERO, 2012.

66 BRONSTEEN et al., 2009.

que uma pena de quatro anos⁶⁷. Basta que a condenação supere o primeiro ano para que o máximo sofrimento e do impacto interpessoal tenha sido causado. E mais, passado esse primeiro ano, o condenado não tem alternativa senão se adaptar à sua dura rotina, acostumando-se com ela – e então, passar mais de tempo preso causa um “sofrimento marginal decrescente”, como diriam os economistas. Essa dinâmica da experiência subjetiva do encarceramento lança sérias dúvidas sobre o cálculo de custo-benefício pretendido pela perspectiva econômica do cálculo racional da pena como um “custo”, tal como proposto pela teoria econômica do crime tradicional.

Posteriormente, ao retornar à sociedade, independentemente do tempo passado na prisão, o estrago causado no casamento, na relação com os filhos, nas possibilidades de encontrar trabalho, ou na confiança entre o egresso e a comunidade está feito. Por sua vez, os comportamentos impulsivos, agressivos e de desconfiança, que são importantes para a sobrevivência dentro do ambiente prisional, dificultam ainda mais a readaptação ao ambiente externo. Consequentemente, o suposto “custo” associado a uma pena privativa de liberdade não pode ser medido em termos de *quantos anos de prisão* a sentença determinou, uma vez que os efeitos deletérios da experiência de ser preso, seja por curta ou por longa duração, tendem a durar para o resto da vida⁶⁸. Pelo contrário, por já ter passado pela experiência de ter sido preso, o custo associado à reincidência pode até mesmo ser menor do ponto de vista do indivíduo, que passa a ter menos a perder – daí uma das causas do efeito criminogênico da pena privativa de liberdade⁶⁹.

De toda forma, ainda que exista uma suposta “racionalidade” no cometimento de delitos, o sistema penal não é o mais indicado para explorá-la. Ao contrário, a partir do que os estudos criminológicos empíricos mostram, as características do sistema tendem a produzir o efeito inverso. A existência de punição é, em si, uma incerteza, como já apontado – muitos dos crimes cometidos jamais resultarão em inquéritos, ações penais, condenações ou execuções de pena. A punição, quando existe, ocorre muito tempo depois do cometimento dos delitos, o que torna os desincentivos a ela associados algo difícil de ser computado. E por fim, quando a punição

67 BRONSTEEN et al., 2009, p. 1059.

68 BRONSTEEN et al., 2009.

69 TAHAMONT; CHALFIN, 2018, pp. 631-632; BRONSTEEN, 2009, p. 1067.

se materializa, e o sentenciado passa seu tempo na prisão, ao retornar à sociedade, com laços sociais rompidos e menos oportunidades de trabalho, a possibilidade de cometer novos delitos pode parecer mais atrativa do que antes⁷⁰. Embora seja uma questão de difícil mensuração empírica, cada vez mais surgem evidências de que punições mais severas simplesmente não reduzem a reincidência⁷¹.

Buscando compreender por que, então, diante da comprovada ineficácia das penas duras na prevenção de delitos, estas seguem sendo defendidas, Cheryl Webster e Anthony Dobb⁷² defendem que a necessidade de fazer da pena uma reafirmação dos valores sociais – uma versão da prevenção geral positiva, esposada pelas teorias expressivas – acaba mesclada com o argumento da prevenção. Juízes sentenciam penas duras não porque estejam convencidos de que elas inibem delitos, mas porque sentem necessidade de enviar um recado forte ao condenado e à sociedade. O estudo de José Roberto Xavier⁷³ parece corroborar essa hipótese na realidade brasileira: membros do Ministério Público e juízes apenas assinalam, “intuitivamente”, penas mais duras a crimes mais graves, justificando sua decisão com uma mescla pouco coerente de argumentos retributivistas e preventivos.

Diante desse cenário, Cheryl Webster e Anthony Dobb sugerem: talvez seja chegada a hora de abandonar a essa crença, tão sem sentido quanto se buscar provas da existência de animais mitológicos, e simplesmente admitir que não há provas da existência dessa ‘criatura’ chamada *dissuasão por longas penas privativas de liberdade*⁷⁴.

Isso não significa que não há nada que possa ser feito para o controle e a redução da criminalidade. Os mesmos estudos que contestam a hipótese da prevenção de delitos por meio de penas mais severas apontam inúmeros caminhos para políticas criminais mais efetivas.

Como mencionamos, os estudos de percepção apontam que, mais importante do que a percepção de *severidade* das sanções é a percepção de

70 PATERNOSTER, 2010, pp. 818-823.

71 RAAIJMAKERS et al., 2016.

72 WEBSTER; DOBB, 2012, p. 188.

73 XAVIER, 2010.

74 WEBSTER; DOOB, 2012, pp. 190-191.

certeza das sanções⁷⁵. Achados assim sugerem que, como política de enfrentamento da criminalidade, a existência de policiamento efetivo pode ser muito mais efetiva do que o aumento de penas cominadas na legislação penal⁷⁶. Há cada vez mais evidências empíricas da eficácia de formas de atuação policial que são políticas públicas devidamente avaliadas, como as chamadas práticas de “*hots spots*” e “*pulling levers*”, que basicamente são focadas nas localidades onde ocorre maior número de delitos, ou nos integrantes da comunidade mais vulneráveis a comportamentos transgressores. Ou seja, para fins preventivos da criminalidade, o investimento em políticas preventivas de policiamento inteligente e cidadão parece muito mais justificável do que o gasto público com a expansão do sistema penitenciário⁷⁷.

Além disso, diversos estudos sobre as causas da criminalidade, em diversos países, apontam para os suspeitos de sempre: desorganização familiar, pobreza, desemprego, desigualdade social e racial são as variáveis preditivas mais associadas a índices altos de criminalidade⁷⁸. Ademais, a literatura aponta que o temor subjetivo de sanções informais, como a censura familiar ou dos pares, pode ser mais eficaz na prevenção de comportamentos antissociais do que o receio de sanções formais, o que indica que laços sociais fortes e vínculos de confiança entre os cidadãos são uma vacina mais segura contra comportamentos transgressores do que a lei penal⁷⁹. Por sua vez, sociedades com índice de Gini mais elevado, isto é, mais desiguais, são não só mais violentas e menos saudáveis⁸⁰, mas também aquelas com atitudes mais punitivistas na população⁸¹. Em resumo, os dados indicam que comunidades menos desiguais e mais saudáveis tenderão a ser menos violentas; e endereçar as causas socioeconômicas da criminalidade, do ponto de vista das evidências, parece um melhor caminho do que insistir em punições cada vez mais severas.

Uma objeção que poderia ser levantada sobre essas evidências empíricas é: não se pode confundir o âmbito *descritivo*, que mostra o quanto

75 PATERNOSTER, 2010, PP. 817; APEL, 2013, p. 73.

76 NAGIN, 2013, p. 240.

77 CHALFIN; MCCRARY, 2017; TONRY, 2019; DURLAUF; NAGIN, 2011.

78 CHALFIN; MCCRARY, 2018, pp. 33-35; PRATT et al., 2006; PRATT; CULLEN, 2005.

79 MANN et al., 2016; PATERNOSTER, 2010, p. 812.

80 PICKETT; WILKINSON, 2010.

81 VAN KESTEREN, 2009.

as penas privativas de liberdade são contraproducentes para a finalidade preventiva, com a dimensão *normativa*, segundo a qual não se deve abandonar um ideal normativo apenas por não ter sido realizado na prática. *É de se questionar, todavia, qual a pretensão por trás de se seguir defendendo, em debates da dogmática penal, um ideal normativo que não tem qualquer lastro na realidade empírica.* Neste ponto, a pergunta que se pode devolver é: a que ou a quem serve um sistema penal que promete resultados que jamais poderá entregar?

6. Por que então o punitivismo persiste?

Diversas tentativas de explicação para a crescente onda punitivista mundial têm sido propostas. Uma mudança das opiniões da população, cada vez mais favoráveis a penas mais severas, estariam influenciando legisladores e agentes públicos⁸². Novos arranjos socioeconômicos e uma nova dinâmica estatal, resultante do desmonte do Estado de Bem-Estar Social, ocasionariam políticas penais menos baseadas em evidências, e mais populistas, conservadoras e focadas no controle social⁸³. Diferenças culturais, oriundas da trajetória histórico-social, poderiam explicar a variação entre as posturas punitivistas de país a país⁸⁴, embora, mais recentemente, mesmo os países nórdicos, ora tido como exemplares, estejam sucumbindo a políticas mais duras na área penal⁸⁵.

Isso traz à baila uma questão de fundo, que não pode ser ignorada diante do que se discutiu sobre a Psicologia da Punição: se as pessoas são na verdade retributivistas em suas intuições morais, não poderíamos abandonar de uma vez por todas argumentos preventivos e consequencialistas, e abraçar o caráter retributivista do sistema punitivo? Se as intuições das pessoas são retributivistas, não deveria o sistema penal a isso se adequar, deixando de lado de uma vez a pretensão de prevenir crimes, e assim se alinhando aos desejos dos cidadãos e das comunidades? O sistema jurídico não seria tão mais legítimo quanto entregasse a resposta penalmente almejada, de forma coerente com os anseios da população?

82 ENNS, 2014.

83 PRATT, 2007; GARLAND, 2001.

84 KUGLER et al, 2013.

85 SHAMMAS, 2016; PRATT, 2007.

Ora, o que os estudos mostram é que as pessoas desejam a correção de injustiças após a ocorrência de transgressões, e de forma *proporcional* ao dano causal. Esse mecanismo psicológico parece bem claro. Não é verdade, porém, que as pessoas sempre desejem a *prisão* como melhor resposta possível – aliás, essa é uma limitação metodológica de boa parte dos estudos aqui revisados, os quais, por ocorrerem em sociedades onde a pena de prisão está prevista, valem-se de vinhetas ou casos hipotéticos que tratam dessas punições. Há uma miríade de sanções ou alternativas penais possíveis como resposta para um crime, para muito além das penas privativas de liberdade⁸⁶.

A insistência numa forma de reação social à criminalidade que não entrega os resultados esperados, e, pelo contrário, perpetua práticas seletivas, discriminatórias e racistas frequentemente é apontada como resultado de uma estratégia ideológica de dominação social e de criminalização da pobreza⁸⁷. Ao lado disso, pode ser que outro obstáculo para se repensar a questão da punição seja de ordem cognitiva: o de *enquadramento* da questão. Nesse sentido, o conceito de “Racionalidade penal moderna” de Álvaro Pires oferece uma possibilidade de encarar a questão com um olhar distinto⁸⁸. Os atores envolvidos com o sistema de justiça não se dariam conta do quanto a lógica penal em que operam é uma construção historicamente situada. Nem sempre a imposição de uma pena afliativa foi a forma eleita para comunicar normas ou manter a coesão social – pelo contrário, essa é uma forma recente e relativamente excepcional, em termos antropológicos. A relação crime/pena não é uma relação necessária, nem inevitável. O Direito Penal contemporâneo, assim, assenta-se sobre um sistema de pensamento que é *político*, e que faz crer que diante de um crime, o Estado tem a *obrigação* de cominar uma sentença condenatória para ser cumprida no cárcere⁸⁹.

86 Vide ROBERTS; DE KEIJSER, 2014. Num estudo na província de Buenos Aires, considerando uma amostra de pessoas liberadas do sistema entre 1998 e 2007, e comparando as taxas de reincidência, Di Tella e Schargrotsky (2013) descobriram índices de reincidência muito inferiores naqueles a quem foi determinada monitoração eletrônica em vez do encarceramento.

87 PIMENTA, 2018.

88 PIRES, 2004.

89 Um outro argumento que pode ser ressaltado é o do processo de *naturalização* da prisão: a sociedade se acostumou de tal forma com a onipresença das prisões, que não só se sente mais segura com sua mera existência, como sequer há espaço para que se questione se haveria formas mais efetivas de resolver o problema da violência na sociedade. Vide DAVIS, 2020, pp. 14-20.

Admitido que os dados revelam a inadequação da pena privativa de liberdade como forma de dissuasão de futuros delitos, ou de diminuição da reincidência, uma resposta possível seria reafirmar o ideal normativo do próprio retributivismo como forma de restabelecimento da justiça. Contudo, como pretendemos mostrar, isso seria uma falsa resposta, uma vez que o caráter precário e seletivo do sistema carcerário dificilmente resulta numa verdadeira *proporcionalidade* da resposta estatal ao delito. A retribuição por um dano causado não se dá necessariamente apenas pela imposição de sofrimento ao ofensor⁹⁰.

Existe ao menos uma forma alternativa de lidar com crimes, mesmo os mais graves, que vem se mostrando promissora. Trata-se da Justiça Restaurativa, que inclui, por exemplo, a prática de solucionar conflitos por meio do encontro entre vítimas e ofensores, de modo a promover o contato direto entre ambos e a buscar a compensação do dano causado⁹¹. As práticas restaurativas podem envolver inclusive a prática do pedido de desculpas e do eventual perdão como formas de restabelecimento das relações sociais após a ocorrência de um injusto. Além disso, o envolvimento da comunidade e, sobretudo, o tratamento digno dispensado ao ofensor tendem a ser mais efetivos do que a cominação de uma pena. As evidências disponíveis apontam que os índices de reincidência são muito menores do que aqueles casos para os quais o sistema de justiça tradicional assinala penas de prisão, e que as próprias vítimas emergem desse processo mais satisfeitas⁹². Estudos psicológicos mais recentes, usando novos métodos experimentais, sugerem que mais até do a punição como resposta, o comportamento de compensação da vítima é algo extremamente valorizado pelas pessoas⁹³.

Interessante notar, a esse respeito, que algumas teorias mais recentes incorporam, em alguma medida, a abertura à possibilidade de se utilizar procedimentos de Justiça Restaurativa. Claus Roxin destaca que o princí-

90 Apontamos aqui para uma discussão filosófica de respeito, que ultrapassa o propósito do presente trabalho. Perguntas que merecem exame ulterior incluem: É lícito dissociar uma teoria da pena “ideal” do que se verifica na prática da punição penal contemporânea? Dever-se-ia punir um ofensor, ainda que isso não trouxesse nenhum ganho preventivo para a sociedade? Pode o Direito Penal simplesmente ignorar a completa falência de um sistema que impõe sofrimento a milhões de pessoas sem entregar o que se propõe a atingir? Para referências nessa discussão, vide CARVALHO, 2015, pp. 60-56; GRECO, 2012.

91 PALLAMOLLA, 2018; PIMENTA; LEITE, 2018.

92 STRANG et al., 2013; GROMET, 2012.

93 PATIL, 2018.

pio da responsabilidade é contemplado quando o transgressor assume sua conduta e contribui para a restauração da ordem sócio-legal⁹⁴. No entanto, muitas teorias parecem seguir presas à racionalidade de conceber a pena como um *locus central* de discussão da dogmática penal. Noutro sentido, Roxin defende que, mesmo que as ciências sociais empíricas sejam incapazes de demonstrar que os mecanismos de punição que geram a prevenção geral funcionem, eles são *plausíveis*, o que os justifica – uma posição desanimadora, para não dizer obscurantista, que mostra que, embora abertas a novas possibilidades, a concepção segue atada à falta de criatividade que limita os debates contemporâneos⁹⁵.

Klaus Günther, numa postura mais razoável, ressalta que encarar a punição como comunicação é uma forma de conferir às vítimas o estatuto de agentes morais cujas necessidades e interesses devem ser reconhecidos⁹⁶, o que é coerente com discussões na área de Justiça Restaurativa. Nas mesmas bases, rejeita o tratamento duro dispensado pelas penas privativas de liberdade – se o ofensor é um agente moral, não se justifica o sofrimento excessivo; se a punição é um ato comunicativo, como não considerar que o encarceramento é um ato de exclusão do outro?⁹⁷.

Assim, a presente discussão sugere que talvez a melhor saída para o desalento do argumento preventivo das penas privativas de liberdade seja trazer à discussão uma concepção mais ampla do que é corrigir ou reequilibrar injustiças causadas por pessoas. A inadequação das teorias penais contemporâneas é ainda mais patente quando se verifica que mesmo as teorias mistas de viés garantista ou democrático têm muita dificuldade em explicar por que, para manifestar aos cidadãos a vigência da norma, e para expressar a denúncia a um comportamento antissocial, faz-se necessária uma “comunicação” que se dá com o sofrimento no ofensor pela imposição da pena⁹⁸. Ademais, na recente trajetória do neorretributivismo, as teorias penais deram muito destaque a categorias como *reprovabilidade* e comunicação da *censura*, e pouco a outras dimensões de justiça que deveriam ser visadas pelo sistema, tais como equidade, proporcionalidade, igualdade ou

94 ROXIN, 2014, p. 38.

95 ROXIN, 2014, p. 30.

96 GÜNTHER, 2014, p. 124.

97 GÜNTHER, 2014, p. 134.

98 MATRAVERS, 2011.

parcimônia⁹⁹.

7. Conclusão

Na Introdução deste artigo, propusemos duas perguntas, uma geral, e outra específica. Penas privativas de liberdade são efetivas em suas declaradas funções preventivas? Penas mais severas são mais efetivas na redução da criminalidade?

Com base na revisão aqui empreendida, podemos sustentar que as evidências colocam em dúvida uma eventual resposta afirmativa a ambas as perguntas. Especificamente, sabemos, com base nos estudos da Psicologia da Punição, que (i) cidadãos visam sobretudo à satisfação de intuições retributivistas, e não à prevenção de novos delitos quando demandam do Estado a severa punição dos transgressores; (ii) a punição não é uma forma efetiva de exercer pedagogia comportamental, e menos ainda se aplicada na dinâmica do sistema criminal vigente; e (iii) indivíduos que são punidos por meio da privação de liberdade são mais propensos a reincidir, em contraposição à aplicação de alternativas penais.

Essas conclusões se chocam com o contexto que levantamos na Introdução: na prática judicial brasileira, com o apoio da dogmática penal majoritária, argumentos retributivistas e preventivos são utilizados, numa mescla conceitual pouco rigorosa, como justificativa para a pena criminal. Ademais, a despeito de um suposto rigor “científico”¹⁰⁰, a dogmática penal emprega categorias oriundas tanto da tradição retributivista, quanto da

99 Para esse debate, vide TONRY, 2017. Um caso que merece destaque é o da chamada “Teoria das Janelas Quebradas”: supostamente baseada numa premissa da Psicologia Social, a de que pequenas transgressões comunicam e incentivam a desordem, seus proponentes propuseram, com considerável sucesso numa perspectiva internacional, uma resposta claramente desproporcional: penas duras e “tolerância zero” com pequenos delitos como solução à criminalidade. Não só se tratou de uma proposta que elevou ainda mais o encarceramento de grupos marginalizados, como os fundamentos da teoria não resistiram ao escrutínio empírico mais rigoroso dos últimos anos. Numa meta-análise de 96 estudos, O’Brien e colegas (2018) mostraram a fragilidade metodológica e a ausência de resultados confiáveis em defesa da “Teoria das Janelas Quebradas”.

100 Nesse sentido, constata-se que persiste, mesmo na dogmática penal mais qualificada, um discurso em defesa de sua “cientificidade” entendida como renúncia à abertura para outras áreas do conhecimento – como é o caso de GRECO, 2015, p. 33. Ora, o fechamento à Psicologia e à Sociologia não produz “melhor ciência”; ao contrário, é o caminho para um discurso que, a despeito de se classificar como “racional”, é, na verdade, mais distante das evidências científicas atualmente disponíveis.

tradição preventiva, num artifício retórico que confere respeitabilidade à doutrina, mas não resolve um problema prático essencial: estabelecer claramente o *quantum* de punição, com base numa ou noutra categoria.

Ora, a Psicologia da Punição, após décadas de experimentos realizados, sugere que as pessoas punem por uma motivação psicológica retributivista, mas justificam sua decisão em termos de possibilidade de produzir mudança comportamental. Todavia, como é pacífico na literatura psicológica, a punição como forma de pedagogia comportamental só funciona em condições muito específicas, as quais estão ausentes do sistema punitivo criminal existente. Por sua vez, os estudos empíricos sobre os efeitos da extensão da pena privativa de liberdade na criminalidade, tentamos mostrar que a sua baixa eficácia preventiva se deve ao fato de que o cálculo de risco feito pelos transgressores tem pouca relação com o texto abstrato da lei penal; e que a prisão pode ser criminogênica mesmo em durações curtas, em virtude do rompimento de laços sociais e da violência experimentada pelos sujeitos encarcerados.

Diante de tantas evidências, resta a pergunta de como o punitivismo exibe considerável persistência. Esse conjunto de conclusões parciais reforça um ponto que já havia sido destacado pela Criminologia Crítica, o de que o punitivismo e o encarceramento em massa parecem estar baseados mais numa escolha político-ideológica do que propriamente no que se sabe com base em evidências. Se a política criminal efetivamente estivesse preocupada com a redução da violência, deveria começar a se preocupar em entender por que alternativas penais, como é o caso da aplicação de medidas cautelares em liberdade, ou a prática da justiça restaurativa, podem ter melhores resultados na prevenção da criminalidade.

Ao trazer para o debate das teorias da pena uma revisão da literatura psicológica mais recente sobre os processos psicológicos envolvidos com a punição de um comportamento transgressor, buscamos evidenciar como é possível qualificar essa discussão para além de argumentos normativos frequentemente invocados, que contudo exibem escassa base empírica. A dogmática penal se justifica de maneira tão aparentemente segura na tese de que existe um caráter preventivo na pena privativa de liberdade, escamoteando na verdade uma crise profunda. Uma premissa tão frágil do ponto de vista empírico talvez só persista na área jurídica devido ao pouco hábito do diálogo interdisciplinar nessa temática e a motivações político-ideológicas. A crescente literatura da Psicologia da Punição é um convite

a uma abordagem mais ampla da questão de como é possível construir sociedades menos violentas do que aquela perspectiva que ainda prevalece no Direito Penal, marcada pela centralidade da pena privativa de liberdade como única resposta possível à criminalidade ou ao problema mais amplo da violência na sociedade.

Muitas das críticas direcionadas à dogmática penal aqui delineadas não são novidade – há décadas, sociólogos, criminólogos e especialistas em segurança pública vêm advertindo sobre a falência e a insustentabilidade do sistema punitivo. Todavia, ao se ampliar o repertório de argumentos utilizados no debate das funções e finalidades das sanções penais na sociedade contemporânea, incorporando experimentos psicológicos rigorosos, buscou-se ampliar o repertório de argumentos utilizados no debate na esfera pública sobre o papel do Direito Penal na questão da criminalidade.

Entender a mente de quem clama às instituições que punam transgressores, sempre com maior rigor, assim como buscar compreender os processos comportamentais pelos quais a punição pode *não* representar a dissuasão ou mudança comportamental almejada em manuais da dogmática penal, assim, traz um olhar adicional para se compreender e questionar a forma como se legitima a distribuição estatal de sofrimento¹⁰¹. Pois é isso que nunca se deve esquecer: o Direito Penal, é, antes de tudo, não uma ciência “racional” asséptica, mas um conjunto de justificativas que são fruto de um processo histórico, que legitima diversas instituições que persistem, mesmo quando fracassam diariamente em seus propósitos declarados.

Este trabalho visa, assim, a contribuir para a compreensão multidimensional do problema da punição¹⁰², e, com base nos saberes psicológicos, renovar o debate das teorias da pena à luz de evidências empíricas recentes, abrindo horizontes para imaginar formas diferentes de lidar com conflitos. A perspectiva experimental convida a explorar alternativas melhores para a prevenção da violência, a exemplo das práticas de justiça restaurativa, que têm um imenso potencial para repensar um sistema hoje exclusivamente focado em penas privativas de liberdade, cada vez mais severas, e cada vez mais contraproducentes.

101 CHRISTIE, 2007; CACIEDO, 2014, pp. 148-157.

102 GARLAND, 1991.

Referências

- ANDREWS, Donald Arthur; BONTA, James. *The Psychology of Criminal Conduct*. 5th ed. New Providence, NJ: LexisNexis, 2010.
- AHARONI, Eyal; FRIDLUND, Alan J. Punishment without reason: isolating retribution in lay punishment of criminal offenders. *Psychology, Public Policy, and Law*. Vol. 18, n. 4, pp. 599-625, 2012.
- APEL, Robert. Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence. *Journal of Quantitative Criminology*. Vol. 29, pp. 67-101, 2013.
- BALES, William D.; PIQUERO, Alex R. Assessing the impact of imprisonment on recidivism. *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 8, pp. 71-101, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- BAUMARD, Nicolas; SHESKIN, Mark. Partner choice and the Evolution of a Contractualist Morality. In: Decety, J.; Wheatley, T. (Eds.). *The moral brain: A multidisciplinary perspective*. Cambridge: MIT Press, pp. 35-48, 2015.
- BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, vol. 76, n. 2, pp. 169-217, 1968.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. *A investigação de homicídios no Brasil*. Ministério da Justiça; Fórum Brasileiro de Segurança Pública: Brasília, 2014.
- BRONSTEEN, John; BUCCAFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan. Happiness and Punishment. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 76, n. 3, pp. 1037-1082, 2009.
- CACIEDO, Patrick Lemos. *Pena e Funcionalismo Sistêmico: Uma análise crítica da prevenção geral positiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº15, 2014, pp. 315-347.
- CAPPI, Riccardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993 - 2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 1, n. 1, jan, pp. 10-27, 2014.

- CARLSMITH, Kevin M. The roles of retribution and utility in determining punishment. *Journal of Experimental Social Psychology*, Vol. 42, pp. 437-451, 2006.
- CARLSMITH Kevin M.; Darley John M.; ROBINSON Paul H. Why do we punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment. *Journal of Personality and Social Psychology*, 83 (2), 284-299, 2002.
- CARLSMITH, Kevin M.; DARLEY, John M. Psychological Aspects of Retributive Justice. *Advances in Experimental Social Psychology*, Vol. 40, pp. 193-236, 2008.
- CARLSMITH Kevin M.; SOOD, Avani Mehta. The fine line between interrogation and retribution. *Journal of Experimental Social Psychology*. Vol. 45, n. 1, pp. 191-196, 2009.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHALFIN, Aaron; MCCRARY, Justin. Criminal deterrence: a review of the literature. *Journal of Economic Literature*, Vol. 55, n. 1, 2017, pp. 5-48.
- CHEN, M. Keith; SHAPIRO, Jesse M. Do Harsher Prison Conditions Reduce Recidivism? A Discontinuity-based Approach. *American Law and Economics Review*. Vol. 9, n. 1, pp. 1-29, 2007.
- CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain: The Role of Punishment in Penal Policy*. Eugene, OR: Wipf and Stock Publishers, 2007.
- CIFALI, Ana Claudia. *A Política Criminal Brasileira no Governo Lula (2003-2010): Diretrizes, Reformas Legais e Impacto Carcerário*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Porto Alegre: PUC-RS, 2015.
- CUSHMAN, Fiery. Is non-consequentialism a feature or a bug? In: KIVESTEIN, Julian. *The Routledge Handbook of Philosophy of the Social Mind*. New York: Routledge, 2017.
- DAVIS, Angela. *Estarão as Prisões obsoletas?* Rio de Janeiro: Difel, 2020.
- DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: Letras Livres / Editora UnB, 2013.
- DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring. *Journal of Political Economy*, Vol. 121, no. 1, 2013.
- DUBBER, Markus Dirk. Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, N. 3, 2005, pp. 679-707.
- DURLAUF, Steven N.; NAGIN, Daniel S. Imprisonment and crime: can

- both be reduced? *Criminology & Public Policy*. Vol. 10, n. 1, pp. 13-54, 2011.
- ELLSWORTH, Phoebe C.; GROSS, Samuel R. Hardening of the attitudes: Americans' views on the Death Penalty. *Journal of Social Issues*, Vol. 50, No. 2, pp. 19-52, 1994.
- ENNS, Peter K. The public's increasing Punitiveness and its influence on Mass Incarceration in the United States. *American Journal of Political Science*, Vol. 58, n. 4, October, pp. 857-872, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FINCHER, Katrina M.; TETLOCK, Philip E. Brutality under cover of ambiguity: activating, perpetuating, and deactivating covert retributivism. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 41, n. 5, pp. 629-642, 2015.
- GARLAND, David. Sociological perspectives on punishment. *Crime and Justice*. Vol. 14, pp. 115-165, 1991.
- GARLAND, David. *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The Chicago University Press, 2001.
- GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Sociologia). Brasília: Universidade de Brasília, 2010.
- GOODWIN, Geoffrey PP; BENFORADO, Adam. Judging the Goring Ox: Retribution Directed Toward Animals. *Cognitive Science*, Vol. 39, n. 3, pp. 619-646, 2015.
- GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (coords.). *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 263-279.
- GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- GROMET, Dena M. Restoring the victim: emotional reactions, justice beliefs, and support for Reparation and Punishment. *Critical Criminology*, Vol. 20, n. 1, pp. 9-23, 2012.
- QUALA, Francesco. Reciprocity: weak or strong? What punishment experiments do (and do not) demonstrate. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 35, n. 1, pp. 1-15, 2012.

- GÜNTHER, Klaus. Criminal Law, Crime and Punishment as Communication. In: SIMESTER AP; DU BOIS-PEDAIN, Antje; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, pp. 123-139, 2014.
- Haidt, Jonathan. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*. Vol. 108, n. 4, pp. 814-834, 2001.
- HARDING, David J.; MORENOFF, Jeffrey D.; NGUYEN, Ahn, P.; BUSHWAY, Shawn D.; BISWANGER, Ingrid A. A natural experiment study of the effects of imprisonment on violence in the community. *Nature Human Behaviour*, 2019.
- HORTA, Ricardo Lins. Cérebros que punem: uma revisão crítica da neurociência da punição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 928-944, 2018.
- HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 83-122, 2019.
- JACKSON, Joshua Conrad; CHOI, Virginia K.; GELFAND, Michele J. Revenge: A Multilevel Review and Synthesis. *Annual Review of Psychology*, Vol. 70, pp. 319-345, 2019.
- KUGLER, Matthew B.; FUNK, Friederike; BRAUN, Judith; GOLLWITZER, Mario; KAY, Aaron C.; DARLEY, John M. Differences in punitiveness across three cultures: a test of American Exceptionalism in Justice attitudes. *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 103, n. 4, 2013.
- LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 37, n. 11, pp. 2098-2109, 1979.
- LOUGHRAN, Thomas A.; PATERNOSTER, Raymond; PIQUERO, Alex R. Individual Difference and Deterrence. In: NAGIN, Daniel S.; CULLEN, Francis T.; JONSON, Cheryl Lero (Eds). *Deterrence, Choice, and Crime*. Advances in Criminological Theory, Vol. 23. New York: Routledge, 2019.
- MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Álvaro Penna; PARENT, Colette; MATSUDA, Fernanda Emy; FERREIRA, Carolina Cutrupi; LUZ, Yuri. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Série Pensando o Direito, n. 32. Brasília: Ministério da Justiça / Secretaria de Assuntos Legislativos, 2010.

- MANN, Heather; GARCIA-RADA, Ximena; HORNUF, Lars; TAFURT, Juan. What deters crime? Comparing the effectiveness of legal, social, and internal sanctions across countries. *Frontiers in Psychology*. Vol. 7, article 85, 2016.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MATRAVERS, Matt. Is Twenty-first Century Punishment Post-Desert? In: TONRY, Michael (ed.). *Retributivism has a past. Has it a Future?* Oxford: Oxford University Press, 2011.
- McCULLOUGH, Michael E.; KURZBAN, Robert; TABAK, Benjamin A. Cognitive systems for revenge and forgiveness. *Behavioral and Brain Sciences*, Vol. 36, 2013, p. 1-58.
- MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason – A New Theory of Human Understanding*. London: Allen Lane, 2017.
- MILTENBERGER, Raymond G. *Behavior Modification: Principles & Procedures*. 5th ed. Belmont, CA: Cengage Learning, 2011.
- MOLHO, Catherine; TYBUR, Joshua M.; VAN LANGE, Paul A.M.; BALLIET, Daniel. Direct and indirect punishment of norm violations in daily life. *Nature Communications*, Vol. 11, 3432, 2020.
- NADLER, Janice; MCDONNELL, Mary-Hunter. Moral character, Motive, and the Psychology of Blame. *Cornell Law Review*. Vol. 97, n. 2, pp. 255-304, 2012.
- NAGIN, Daniel S. Deterrence in the Twenty-First Century. *Crime and Justice*, Vol. 42, n. 1, pp. 199-263, 2013.
- NISBETT, R.E.; WILSON, T.D.C. Telling more than we can know: verbal reports on mental processes. *Psychological Review*. Vol. 84, n. 3, 231-259, 1977.
- O'BRIEN, Daniel T.; FARRELL, Chelsea; WELSH, Brandon C. Looking Through Broken Windows: the impact of neighborhood disorder on aggression and fear of crime is an artifact of research design. *Annual Review of Criminology*, Vol. 2, p. 2.1-219, 2019.
- PATERNOSTER, Raymond. How much do we really know about criminal deterrence? *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 100, n. 3, pp. 765-824, 2010.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. As práticas restaurativas no Sistema Prisional Brasileiro. In: DEVITTO, Renato C.PP.; DAUFEMBACK, Valdirene. *Para Além da Prisão: reflexões e propostas para uma nova*

- política penal no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, pp. 185-202, 2018.
- PATIL, Indrajeet; DHALIWAL, Nathan A.; CUSHMAN, Fiery. Reputational and cooperative benefits of third-party compensation. *PsyArXiv Preprint*, 2018.
- PEDERSEN, Eric J.; MCAULIFFE, William H.B.; MCCULLOUGH, Michael E. The unresponsive avenger: More evidence that disinterested third parties do not punish altruistically. *Journal of Experimental Psychology General*, Vol. 147, n. 4, pp. 514-544, 2018.
- PEDERSEN, Eric J.; MCAULIFFE, William H.B.; SHAH, Yashna; TANAKA, Hiroki; MCCULLOUGH, Michael E. When and Why Do Third Parties Punish Outside of the Lab? A Cross-Cultural Recall Study. *Social Psychological and Personality Science*, 2019.
- PICKETT, Kate; WILKINSON, Richard. *The Spirit Level: Why Equality is Better for Everyone*. New York: Bloomsbury Press, 2010.
- PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades: O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- PIMENTA, Victor Martins; LEITE, Fabiana de Lima. Alternativas ao Encarceramento e Prevenção à Violência. In: DEVITTO, Renato C.PP.; DAUFEMBACK, Valdirene. *Para Além da Prisão: reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, pp.133-155, 2018.
- PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap*, n. 68, pp. 39-60, 2004.
- POGARSKY, Greg; ROCHE, Sean Patrick; PICKETT, Justin T. Offender Decision-Making in Criminology: Contributions from Behavioral Economics. *Annual Review of Criminology*. Vol. 1, n. 1, pp. 379-400, 2018.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- PRATT, John. *Penal Populism*. New York: Routledge, 2007.
- PRATT, Travis C. ; CULLEN, Francis T. Assessing Macro-Level Predictors and Theories of Crime: A Meta-Analysis. *Crime and Justice*. Vol. 32, pp. 373-450, 2005.
- PRATT, Travis C.; CULLEN, Francis T.; BLEVINS, Kristine R.; DAIGLE, Leah E.; MADENSEN, Tamara D. The empirical status of deterrence theory: A Meta-analysis. In: *Taking stock: The status of criminological theory*. New York: Routledge, pp. 367-395, 2006.

- RAAIJMAKERS, Ellen A. C.; LOUGHRAN, Thomas A.; KEIJSER, Jan W. de; NIEUWBEERTA, Paul; DIRKZWAGER, Anja J. E. Exploring the Relationship between Subjectively Experienced Severity of Imprisonment and Recidivism: A Neglected Element in Testing Deterrence Theory. *Journal of Research in Crime and Delinquency*. Vol. 54, n. 1, pp. 3-28, 2016.
- ROBERTS, Julian V.; de KEIJSER, Jan W. Democratising punishment: Sentencing, community views and values. *Punishment & Society*, Vol. 16, n. 4, pp. 474-498, 2014.
- ROBERTSON, Campbell. Crime Is Down, Yet U.S. Incarceration Rates Are Still Among the Highest in the World. *The New York Times*, 25 de abril, 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/04/25/us/us-mass-incarceration-rate.html>. Acesso em: 31 jan. 2020.
- ROXIN, Claus. Prevention, Censure and Responsibility: the recent debate on the purposes of punishment. In: SIMESTER AP; DU BOIS-PEDAINE, Antje; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, pp. 23-42, 2014.
- RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 121, ano 24, pp. 161-190, 2016.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão; Corrêa Jr., Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- SHAMMAS, Victor L. The rise of a more Punitive State: On the attenuation of Norwegian Penal Exceptionalism in an Era of Welfare State transformation. *Critical Criminology*. Vol. 24, pp. 57-74, 2016.
- STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W., MAYO-WILSON, Evan; WOODS, Daniel; ARIEL, Barak. Restorative Justice Conferencing (RJC) - using face-to-face meetings of offenders and victims: effects on offender recidivism and victim satisfaction. A Systematic Review. *Campbell Systematic Reviews*, 12, 2013.
- STRUCHINER, Noel; CHRISMANN, Pedro H.V. Aspectos filosóficos e psicológicos das punições: reunindo algumas peças do quebra-cabeça. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. spe 02, pp. 133-150, 2012.

- TAHAMONT, Sarah; CHALFIN, Aaron. The Effect of Prisons on Crime. In: WOOLDREDGE, John; SMITH, Paula (eds.). *The Oxford Handbook of Prisons and Imprisonment*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TONRY, Michael. Punishment Theory for the Twenty-first Century: The Need to Replace Retributive and Mixed Theories. In: BOTTOMS, A.E.; PEDAIN, A.B. *Censure Theory*. Oxford: Hart, 2017.
- TONRY, Michael. An Honest Politician's Guide to Deterrence: Certainty, Severity, Celerity, and Parsimony. In: NAGIN, Daniel S.; CULLEN, Francis T.; JONSON, Cheryl Lero (Eds.). *Deterrence, Choice, and Crime*. Advances in Criminological Theory, Vol. 23. New York: Routledge, 2019.
- TONRY, Michael; FARRINGTON, David PP. Punishment and Crime Across Space and Time. *Crime and Justice*. Vol. 33, pp. 1-39, 2005.
- VAN KESTEREN J. Public Attitudes and Sentencing Policies Across the World. *European Journal of Criminal Policy Research*, Vol. 15, pp. 25-46, 2009.
- VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. London: Hart Publishing, 2017.
- WALKER, Samuel; SPOHN, Cassia; DELONE, Miriam. *The Color of Justice: Race, Ethnicity, and Crime in America*. 6th Ed. Boston: Cengage Learning, 2017.
- WEBSTER, Cheryl Marie; DOOB, Anthony N. Searching for the Sasquatch: Deterrence of Crime through sentence severity. In: PETERSILIA, Joan; REITZ, Kevin R. (Eds.) *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*. Oxford: Oxford University Press, pp. 173-195, 2012.
- XAVIER, José Roberto F. O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 84, maio-junho, pp. 271-311, 2010.
- ZHANG, Y; CHEN, C; GREENBERGER, E; KNOWLES, E. A Cross-Cultural Study of Punishment Beliefs and Decisions. *Psychological Reports*, Vol. 120, n.1, pp. 5-24, 2017.

Recebido em 01 de fevereiro de 2020.

Aprovado em 27 de julho de 2020.

RESUMO: O argumento de que as penas privativas de liberdade não funcionam já foi repisado inúmeras vezes na literatura criminológica. No entanto, a defesa da prisão como solução para a criminalidade segue cada vez mais forte na esfera pública, sendo um argumento rotineiramente invocado em debates legislativos e na prática judicial. Para compreender a persistência desse discurso, examinamos a literatura recente em Psicologia Experimental e o que os estudos empíricos têm a dizer sobre processos psicológicos relacionados à decisão de punir um transgressor e à decisão de transgredir normas. Buscou-se, assim, uma resposta com base em evidências científicas para a seguinte pergunta: penas privativas de liberdade são efetivas em suas declaradas funções preventivas? Em primeiro lugar, a tradição de pesquisa revisada mostra que, embora as pessoas geralmente se utilizem de argumentos preventivos para justificar punições, são as intuições retributivistas que efetivamente guiam essas decisões. Por sua vez, do ponto de vista da mente das pessoas que são punidas, os estudos mostram que pressupostos do argumento preventivo – o de que os destinatários da lei penal são capazes de calcular os “custos” associados à severidade da punição, por exemplo – carecem de base empírica consistente. Sugerimos, com base nessa revisão, que as teorias da pena tradicionais na dogmática penal sejam reformuladas, inclusive com vistas a uma compreensão mais ampla das respostas possíveis ao fenômeno delitivo, menos focada na centralidade das penas privativas de liberdade.

Palavras-chave: Teorias da Pena; Psicologia Experimental; Psicologia da Punição; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT: The argument that prison sentences do not work has been repeated many times in the criminological literature. However, the opposite view seems resilient and ever-stronger in the public sphere, being routinely invoked in legislative debates and judicial practice. To understand the persistence of this discourse, we examine the recent literature in Experimental Psychology and discuss what empirical studies have to say about both psychological processes related to punishment decisions, and transgressor’s decisions to take risks and violate rules. Our aim was to find an evidence-based answer to the following question: is legal punishment an effective prevention strategy? The reviewed tradition of research shows that, while people use preventive arguments to justify punishments, it is retributive intuitions that guide their decisions. On the other hand, from the point of view of the minds of those who are punished, studies show that various assumptions of the preventive argument – that the recipients of criminal law are able to calculate the ‘costs’ associated with the severity of punishment, for example – lack consistent empirical basis. As a conclusion from this review, we suggest that traditional punishment theories should be reformulated, including a broader view of possible responses to the criminal phenomenon, less focused on the centrality of prison sentences.

Keywords: Theories of Punishment; Experimental Psychology; Psychology of Punishment; Restorative Justice.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: HORTA, Ricardo Lins. A desalentadora função das punições: revisitando as Teorias da Pena à luz da Psicologia Experimental. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1346>.