

# TEORIA DOS FINS DA PENA E SUA CONCEPÇÃO ATUAL

<sup>1</sup>\*Guilherme Reis

## Resumo

De acordo com o pensamento jurídico atual, o Direito Penal tem como escopo primordial a proteção dos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade. Neste sentido, surge a pena como consequência do descumprimento de um imperativo legal, apesar de não constituir esta, a sua única finalidade. O presente artigo propõe uma análise crítica das teorias (absolutas, relativas e mistas) que legitimam o Estado aplicar as sanções de natureza penal. Para cumprir o objetivo, este trabalho foi composto por pesquisas doutrinárias e legislativas, que concluem pelo hodierno delineio da função do Direito Penal, questionando assim a sua eficácia.

Palavra Chave: Direito Penal. Teoria. Fins da Pena

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal anda intrinsecamente associado a história da pena. Não há como dissociar o estudo da sanção criminal do estudo do direito penal, afinal estes convivem em uma simbiose necessária à evolução.

O Direito Penal é o termômetro mais sensível para aferir o estado político social de um determinado local. Estuda-lo, portanto, é analisar o próprio ser e o conjunto social a que este pertence em um determinado momento.

*“Ubi homo, ubi jus.”*

Sabe-se que o homem sempre conviveu em sociedade, interagindo de diversas maneiras com outros homens. Estes somente se realizam ao se relacionarem com seus semelhantes, apesar de que nem sempre esta convivência

---

\*Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador, Pós Graduando em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia.

se mostra harmônica, já que “o homem não é absolutamente livre para fazer o que bem quiser” (TELES, 2006, p. 1) e, dessa maneira, situações de conflito surgem frequentemente.

A fim de resolver tais entraves sociais, surge o que chamamos de sistema penal, que nada mais é do que o controle social punitivo institucionalizado, que atua desde o cometimento de um delito até a execução de uma pena (ZAFFARONI, 2011).

É importante enfatizar, no entanto, que nem todos os conflitos sociais são resolvidos por este sistema repressor que constitui a *ultima ratio*. Pode-se afirmar que na maioria das vezes o controle social sequer é exercido pelo direito, mas sim por instituições e órgãos tais como família, escola, igreja etc. Ainda assim, diante da ineficácia destes meios, ao se adentrar na seara jurídica para pacificação daqueles conflitos, a última ramificação que deve ser requisitada será o direito penal.<sup>2</sup>

Neste sentido, defendemos que o ordenamento jurídico como complexo de normas que é, cuja função é regular a vida em sociedade, possui uma vasta gama de sanções a serem aplicadas àqueles que interferem nos direitos de outrem. Outrossim, quando temos ofensa ou até mesmo ameaça de ofensa aos bens jurídicos mais essenciais ao homem e à sociedade, temos a necessidade de uma resposta estatal com intensidade diretamente proporcional aos valores maculados. É neste momento que surge o Direito Penal.

Assim sendo, percebe-se que a resposta mais rigorosa constante do nosso ordenamento jurídico é aquela cominada ao transgressor de uma norma de natureza penal. Ela é a característica basilar do sistema penal. Neste sentido, uma das maiores preocupações no que tange à pena, trata-se da sua função. Desde a antiguidade até os dias atuais, a doutrina costuma discutir sobre a função e o alcance dos seus resultados. Isto porque, a questão dos fins da pena é tão antiga quanto o próprio direito penal. Em realidade, pode-se dizer que escondido atrás das finalidades da sanção criminal, temos toda a teoria do direito penal, principalmente

---

<sup>2</sup> Apesar da Constituição Federal de 1988 prezar pela intervenção mínima de um direito penal, atualmente percebemos o expansionismo daquele ramo jurídico, no intuito de alcançar a paz social. No entanto, o uso excessivo das sanções criminais, o que denominamos de inflação penal, não garante uma maior proteção dos bens jurídicos. Em verdade, este uso desmoderado condena o próprio sistema punitivo a uma função meramente simbólica, razão pela qual identifica-se a perda da legitimidade do sistema penal.

no que tange a legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção estatal. Destarte, é que concluímos que o direito penal está visceralmente ligado à pena, constituindo as suas funções, o destino daquele ramo jurídico (DIAS, 1999).

## **2 TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA**

Como se pode observar da breve introdução acima, da evolução da sociedade juntamente com as organizações políticas surgiram basicamente três teorias para legitimar a atuação do Estado no uso de sua força para aplicação de uma sanção penal. Ou seja, trata-se da legitimação do Estado em aplicar uma pena aos cidadãos em prol da “segurança jurídica”.

Entretanto, há que salientar que a pena é um instrumento do Estado e que varia de acordo com o mesmo. Neste sentido afirma Mir Puig (1982, p.15): “No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de "la pena", en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado.” Neste sentido, as funções da pena devem ser estudadas de acordo com o contexto histórico cultural de cada época.

As teorias legitimadoras se subdividem em três classes: as absolutas, defendidas por Kant e Hegel, as relativas que por sua vez se subdividem em teoria da prevenção geral positiva e negativa, e teoria da prevenção especial positiva e negativa. Por fim as mistas ou ecléticas, as quais são dominantes na atualidade.

### **2.1 Teorias Absolutas:**

Originadas primitivamente do princípio do talião (*olho por olho, dente por dente*), estas teorias foram trabalhadas na Idade Antiga e na Idade Média, momentos em que ficaram evidentes suas ligações com as concepções religiosas, conforme demonstra a história. Neste sentido, salienta Juarez Cirino dos Santos (2005, p.04):

“a psicologia popular, evidentemente regida pelo talião, parece constituir a base antropológica da pena retributiva: a retaliação expressa no olho por olho, dente por dente constitui mecanismo comum dos seres zoológicos e, por isso, atitude generalizada no homem, esse zoonpolitikon.”

As penas se justificavam como uma espécie de realização da justiça na terra. Já na Idade Moderna, a fundamentação das formulações retributivistas se tornou filosófica. Passou-se a entender que a almejada igualdade entre dano e reparação não poderia ser fática, como anunciava a lei do talião, mas que deveria ser jurídica, impondo por meio da pena, uma medida de caráter aflitivo proporcional ao mal perpetrado.

Assim, na concepção taliônica, a pena representava um dano imposto ao autor do delito para compensar o prejuízo causado por ele. A pena é medida aqui pelo dano individual causado na vítima. Por isso se fala em retribuição do fato como compensação do dano. Já no momento posterior, afirma-se a pena como meio idôneo a estabilizar o ordenamento jurídico abalado pelo crime. Assim, inicia-se a retribuição da culpabilidade.

Em verdade, como sustentava Beling (1944), a pena era meramente retribuição. Ou seja, assim como existe a retribuição *in bonam partem* devido a prática de um ato louvável, a sanção penal é a retribuição *in malam partem* em função do ato ilícito. Assim sendo, quando o Estado passou a substituir a antiga vingança privada ou coletiva, ou seja, a retribuição instintiva, ilimitada e apaixonada, surgiu apenas a retribuição objetivada. Isto é, em vez da expiação a retribuição era motivada pela quebra do contrato social (BUSTOS RAMIREZ APUD BITTENCOURT, 2002).

Para estas teorias absolutas, a pena é um fim em si mesma, não dependendo, portanto, de razões utilitárias ou preventivas. Estas teorias advogam a tese da retribuição, na qual o mal causado pelo delito deve ser retribuído ao autor através do mal previsto na pena. Assim, a pena era consectário lógico do delito (FÖPPEL EL HIRECHE, 2004).

Quem bem sintetiza esta teoria é Nery (2007, p.04) ao citar Hassemer e Muñoz Conde:

“Esta teoria somente pretende que o ato injusto cometido pelo sujeito culpável deste, seja retribuído através do mal que constitui a pena. Ensina Hassemer e Muñoz Conde que existe uma variante subjetiva da Teoria retributiva que considera que a pena deve ser também para o autor do delito uma forma de “expiación”, ou seja, uma espécie de penitência que o condenado deve cumprir para purgar (expiar) seu ato injusto e sua culpabilidade pelo mesmo.”

É importante salientar, apesar das críticas formuladas à retribuição, que devido a íntima relação entre o fato delituoso e o castigo, esta teoria contribuiu para o nascimento da culpabilidade como norteador da punição criminal. Neste sentido, explicita Jorge Figueiredo Dias (1999, p. 93):

“E aqui reside justamente o mérito das doutrinas absolutas: qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas a concepção retributiva teve — histórica e materialmente — o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpabilidade em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, desse modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana.”

Para que possamos aprofundar o estudo destas teorias absolutas, mister se faz analisar as concepções formuladas pelos expoentes do idealismo alemão, Immanuel Kant (razão humana) e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (contrato social).

De acordo com o modelo de Kant, tratava-se de uma retribuição moral, na qual a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, e que deriva de um imperativo moral incondicional, independente de considerações finais ou utilitárias. Não havia, portanto, a necessidade social, negava-se qualquer possibilidade de atribuir utilidade social à imposição de uma sanção penal (LUÑO; PELÁEZ, 2001).

Para Kant (1983, p.96) a pena era um imperativo categórico (“ação em si mesma, sem referencia a nenhum outro fim, como objetivamente necessária”), onde a punição era um pressuposto para realizar a justiça, objetivo último do Direito Penal. Não havia como se imaginar justiça desassociada da pena. Para este autor, a pena possuía tamanha autossuficiência que estaria inclusive dissociada da organização estatal. Neste sentido, afirmava o autor:

“A pena jurídica, poenaforensis, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve ser sempre contra o culpado pela simples razão de

haver delinqüido; porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real.” (KANT, 1983, p.85)

No que tange à medida da pena, lembrar que o princípio talional era limitador, impondo ao delinquente um dano semelhante ao sofrido pela vítima.

Em síntese, este filósofo rechaçava as teorias preventivas, pois de acordo com seu entendimento, aquelas convertiam os homens em meros meios para pacificação social.

Neste sentido manifestam-se autores como Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Sloakar e Alejandro Alagia, que Kant (2003) teve o mérito ao reconhecer que o ser humano deveria ser tratado como um fim em si mesmo, pois servir como meio é algo que transcende a imoralidade.

Por outro lado, Hegel tratava da retribuição jurídica afirmando que a pena não atendia a um mandato absoluto de justiça, mas sim a uma exigência da razão, que se explica e justifica a partir de um processo dialético inerente ao conceito de direito (QUEIROZ, 2001). Ou seja, utilizava-se de um método dialético para atingir a concepção jurídica da teoria retributiva.

Para Hegel o delito viola o ordenamento jurídico desestabilizando-o, enquanto a pena surge para reequilibra-lo e reafirma-lo. Ou seja, enquanto o crime era uma “coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade, no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal...” (HEGEL, 1997, p.85), a pena era uma exigência da razão, e não um imperativo categórico como afirmava Kant.

Neste sentido, utilizando-se de regras lógicas, criou-se uma fórmula sobre a essência da pena, na qual se afirma que o crime é a negação do direito e, portanto, somente outra negação, consubstanciada na sanção penal, poderia restabelecer aquela norma negada. Neste caráter matemático, a negação da negação do Direito Penal, representa a sua afirmação.

Neste mesmo viés afirma Paulo Queiroz (2001, p.21) ao citar Basileu Garcia que ‘ o direito é a manifestação da vontade racional; a pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional; servindo a pena para restaurar uma ideia precisamente para restaurar a razão do direito, anulando a razão do delito.’.

Ambos os autores em apreço descartavam a concessão de qualquer utilidade à pena que não fosse inerente a mesma. Pois se assim não o fosse, e adotasse uma concepção preventiva, as pessoas seriam tratadas como meros instrumentos para a consecução de determinado fim social, o que causaria um desrespeito à honra e liberdade humana.

Importante salientar que hodiernamente as teorias absolutas são plenamente rechaçadas. Esta compreensão ôntica das penas, do ser enquanto ser, não pode ser adotada atualmente. Com efeito, não se pode ignorar que as penas não são um fim em si mesmo, mas, sim, recebem os sentidos que um determinado Estado, fazendo uma opção política, quer lhes conferir. Encarar a pena como um mal retribuído a outro mal, somente poderia ser aceito através de um ato de fé, no entanto, não há como se confundir o direito com as leis religiosas (ROXIN, 1998).

No atual tempo, mormente em um Estado Democrático de Direito, o objetivo primordial é a manutenção de um ambiente pacífico, que possibilite a convivência harmônica social, tendo em vista a subsidiariedade do Direito Penal já referenciada nas linhas introdutórias deste artigo. Isto é o que se entende do pensamento de Hans Welzel (1993), quando afirma que o Estado não castiga o delinqüente para fazer justiça, mas sim para que haja juridicidade na vida em sociedade. Pela perspectiva absoluta dos fins da pena, todavia, o fim último a ser almejado deveria ser a justiça, representada pela pena, restando evidente o descompasso entre os dois.

Ademais, aduz o Roxin (1998), que para esta teoria o elemento subjetivo é indemonstrável, sendo assim impossível saber se o agente agiu no caso concreto com liberdade de vontade e se poderia determinar-se de modo diverso (critérios para avaliação da culpa). No mesmo sentido, leciona o português Jorge de Figueiredo Dias (1999), ao afirmar que o conceito de culpabilidade (juízo de

reprovação que se faz sobre a pessoa porque lhe era exigível uma conduta conforme o direito- livre arbítrio-) teria sido utilizado de maneira equivocada pelos teóricos da época. Pensavam que a relação culpabilidade - pena seria biunívoca. Entretanto, sabe-se que nem toda situação que existe culpabilidade conduz à aplicação de pena.

## 2.2 Teorias Relativas:

Diferentemente das teorias acima explicadas, as teorias relativas trazem o conceito de utilitarismo para definir os fins da pena. Reconhece como instrumento útil à persecução de determinados fins racionais. Surge, portanto, a finalidade precípua de prevenir delitos objetivando que estes sejam extirpados do seio social. Neste sentido, sintetiza Paul (1995, p.60):

*“Desde entonces la moderna teoría teleológica de la pena ha acogido, en lugar de la teoría absoluta, La función orientadora dominante. La pena se fundamenta exclusivamente en la finalidad racional y en el éxito de la realización de ese fin. Sólo la pena socialmente útil y eficaz puede ser lógica y justa.”*

Outrossim, utilizando-se das lições conclusivas de Baratta (1995, p. 80), assim giza *in verbis*:

*“La percepción del carácter instrumental del derecho convierte en inadecuadas aquellas estrategias de legitimación de la pena que se engloban bajo la etiqueta de teorías absolutas. Justificar la pena con la pena misma encunto justa retribución de la infracción del orden jurídico, es incompatible con el reconocimiento de la positividad y de la instrumentalidade del derecho. Por esta razón, en la búsqueda del criterio de justicia de las penas, las teorías utilitaristas clásicas sustituyen la idea de la retribución por la del fin.”*

Enfim, as teorias relativas demonstram a necessidade de identificar uma finalidade específica para a pena, uma vez inconformadas com a afirmação tautológica das teorias absolutas (DIAS, 1999).

Os métodos anticonceptivos podem ser os mais variados, mas analisando os destinatários destes métodos, podemos distingui-los em métodos preventivos gerais e especiais. Enquanto a primeira se destina a sociedade como um todo, a segunda atua diretamente sobre o delinquente, através da influencia no comportamento individual do agente. Estes dois ramos ainda se subdividem em positivas e negativas a depender do método utilizado.

### 2.2.1 Prevenção Geral

Estas teorias atribuem à pena a finalidade precípua de prevenir o acontecimento de delitos. Diferente da prevenção especial, aqui a norma penal aplicada ao delinquente se dirige a toda à sociedade. A pena exerce seu controle social, fomentando a prevenção, antes mesmo da existência de um crime. Tem, portanto, o escopo de evitar que delitos sejam cometidos, por meio da ameaça legal, ou da reafirmação de sua vigência, através da execução penal (FÖPPEL EL HIRECHE, 2004).

#### 2.2.1.1 Prevenção Geral Negativa:

É a prevenção por intimidação, na qual a pena aplicada ao autor da infração tende a refletir junto à sociedade, fazendo com que os concidadãos reflitam antes de praticarem uma ação delitiva. Propõe a prevenção dos delitos através da ameaça definida em lei.

O principal precursor desta teoria foi um dos fundadores do Direito Penal Moderno, Paul Anselm Ritter Von Feurbach. Em sua doutrina da coação psicológica, afirmava que os homens possuíam impulsos criminosos em virtude do caráter sedutor das condutas delituosas (QUEIROZ, 2001). Neste sentido, os delitos ocorriam por dois motivos: irresistência ao impulso desviante ou por não terem

nenhum contra impulso que os dissuadisse do desiderato criminoso. Nesta circunstancia, surge a pena como uma coação psicológica sobre a sociedade, principalmente nos criminosos potenciais, a fim de extirpar as ideias criminosas.

“Todas las infraccionens tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad .Hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión.” (ROXIN, 2003)

Desse modo, nota-se que além da ameaça legal, fazia-se necessária a efetiva aplicação da sanção prevista, a fim de reforçar as cominações feitas em abstrato e advertir o particular de que a atuação estatal puniria todos os desvios, não havendo outra solução que não o respeito às normas.

‘el fin de infligir la pena está en la motivación de eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz). Como la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otórgale eficacia a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es así mismo la mera intimidación de los ciudadanos por la ley.’ (ROXIN, 2003)

Ferrajoli (2006) reforça a ideia de que é possível identificar duas vertentes dentro desta doutrina, quais sejam a da pena exemplar e a da ameaça legal. As sanções penais deveriam ser aplicadas sempre e de maneira a impedir o afloramento dos impulsos delituosos e aquele a quem foi imposta uma sanção penal funcionaria como um meio de fomento ao comportamento em consonância com o Direito. Expoentes dessa corrente foram Hobbes, Beccaria e Bentham.

Por outro lado, no que tange à ameaça legal, a simples previsão legal por si só, seria capaz de incitar o comportamento conforme o Direito. A norma, portanto, teria o poder de influenciar decisivamente o comportamento do particular, desestimulando-o de cometer novos delitos. A este exemplo podemos citar normas que descrevem crimes de perigo abstrato, tais como a de conduzir veículo automotor embriagado.

Apesar do forte argumento para a época, atualmente esta doutrina não é aceita como único pilar das sanções penais. Isto porque, tem-se observado que o temor representado pela lei não tem o condão de barrar os eventos criminosos em níveis satisfatórios. Mesmo com os mais variados tipos penais existentes, a intimidação trazida por estas normas mostra-se insuficiente para proteger os bens jurídicos, principalmente ao se tratar de delinquentes profissionais, impulsivos ocasionais e os desprovidos de autodeterminação (ZAFARONI; PIERANGELLI, 2011).

Estudos psiquiátricos tem demonstrado que a vontade de realizar uma atividade criminosa é um ato de formação complexa, envolvendo assuntos biológicos, sociais, culturais, éticos, religiosos e jurídicos. Cada um destes funciona como um filtro, pelos quais a conduta passa antes de ser realizada. Assim, Stratenwerth afirma que o direito penal é apenas a ponta visível de um *iceberg*, a qual representa a menor parte dos diversos meios de controle do indivíduo no meio social. Nesta esteira ensina o argentino Zaffaroni (2002):

“La inmensa mayoría de la sociedad evita las conductas aberrantes y lesivas por una enorme cantidad de motivaciones éticas, jurídicas y afectivas que nada tienen que ver con el temor a la criminalización secundaria. Existe una prevención general negativa, pero que va mucho más allá del mero sistema penal, pues es fruto de la conminación de sanciones éticas y jurídicas no penales, como también hay un proceso de introyección de pautas éticas que no son la ley penal ni mucho menos.”

Neste sentido, há que se desmistificar a ideia trazida pelo legislador, de que quanto maior as restrições estabelecidas pelas penas, maior será a segurança jurídica. Em verdade, somente o fiel cumprimento das normas jurídicas pode diminuir a incidência de delitos. Trata-se da aplicação do princípio da doçura das penas, erigido por Beccaria (2002, p.53), segundo o qual “não é o rigor do suplício que previne os crimes, mas a certeza do castigo”.

Outro ponto que poderia alcançar bons resultados seria a questão da punição exemplar, entretanto, como já visto em outros períodos históricos, possui forte tendência ao terror estatal.

Omissa quanto aos limites da punibilidade, isto é, ao âmbito de atuação da tutela penal, tal doutrina pode conceder plenos poderes ao legislador para justificar ao seu alvedrio, as cominações penais (FÖPPEL EL HIRECHE, 2004). Essa omissão evidencia-se nociva às liberdades individuais e demonstra a sua incapacidade para funcionar como norteadora da pena, em todos os seus momentos, sejam eles de cominação, aplicação ou execução. Welzel (1970) critica a tendência desta doutrina de olvidar a culpabilidade como determinador da quantidade de pena, pois para ele, esta deveria ser estabelecida de acordo com a necessidade de intimidação e não proporcional a individual responsabilidade do delinquente.

Não se pode aceitar que um mal grave como a pena seja auto-justificável, prescindindo de qualquer utilidade à sociedade. Contudo, tampouco é possível aceitar o outro extremo, isto é, a pena como um mal imposto ao delinquente com a única finalidade de obter mudanças comportamentais benéficas no corpo social, e não em relação ao próprio condenado.

É certo que o utilitarismo se mostra em certa medida, como uma das funções desejadas da pena. A adoção *isolada* de tal pensamento, entretanto, revela-se insuficiente para justificar satisfatoriamente esse complexo e polêmico instituto penal.

### 2.2.1.2 Prevenção Geral Positiva

A prevenção geral positiva nada mais é do que a função motivadora da norma, cujo propósito é infundir na consciência geral a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando portanto a fidelidade ao direito. Ou seja, é a promoção da integração social através de uma atuação positiva do estado.

É inculcar na sociedade o dever de obediência ao ordenamento jurídico, preservando-o das condutas que lhe são nocivas. Neste sentido, podemos afirmar

que para esta teoria, o crime, conduta contrária a ordem jurídica, não só a enfraquece como também esmorece os valores sociais. Neste contexto é que surgem as penas, com o objetivo de restabelecer a ordem e a garantia nas normas (QUEIROZ, 2001).

Esta teoria recebeu também a designação de fundamentadora ou integradora, já que não somente tem o objetivo de informar a coletividade sobre as normas jurídicas em plena aplicabilidade. Ela como já dito anteriormente, demonstra os valores imprescindíveis à convivência social, disseminando na sociedade a importância do respeito às leis, estimulando assim a fidelidade ao Direito.

Apesar de assumir atualmente grande importância diante da formulação teórica de Gunther Jakobs, que se inspira na teoria dos sistemas de Niklas Luhman, estas teorias possuem raízes históricas que remontam o século XIX, especialmente quando se fala de Francesco Carrara. Já a época, Carrara (1956) definia o crime como uma atitude perturbadora da ordem jurídica, vendo na pena o instrumento hábil para restaurar a paz social e a confiança no sistema. Nas palavras do próprio autor:

“O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido; ou que se amedrontem os cidadãos, expie o delinqüente o seu crime, ou obtenha sua correção. Podem, tôdas essas, ser consequências acessórias da pena, algumas delas desejáveis; mas a pena permaneceria como ato inatacável mesmo quando faltassem todos esses resultados. O fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade. O delito ofendeu materialmente a um indivíduo, ou a uma família, ou a um número qualquer de pessoas. Êste mal não se repara com a pena. Mas o delito ofendeu à sociedade, violando suas leis; ofendeu a todos os cidadãos, diminuindo nêles a opinião da própria segurança e criando o perigo do mau exemplo. [...]. Êste dano inteiramente moral cria a todos ofensa na ofensa de um, porque perturba o sossego de todos. A pena deve reparar êsse dano com o restabelecimento da ordem, perturbada pela desordem do delito” (CARRARA, 1956, p.74-76).

Outro autor que merece destaque no estudo destas teorias foi o sociólogo Émile Durkheim, que analisava o crime como uma ofensa à consciência coletiva, o que requeria uma sanção penal para que se mantivesse a consciência referida. Hodiernamente, conforme já citado no início deste capítulo, os grandes expoentes que trazem discussões efervescentes são os autores Hans Welzel e Gunther Jakobs. Para o primeiro, a pena exerce uma função preventiva voltada à proteção das

normas vigentes e conseqüentemente os valores éticos por elas resguardadas. De acordo com sua teoria, a proteção fornecida pelo Direito Penal não atinge direta e individualmente os bens jurídicos, pois para ele, só há lugar após a verificação de efetiva lesão a estes.

Destarte, a prevenção das lesões aos direitos fundamentais se daria por meio do fomento de um comportamento adequado ao Direito, e não pela tutela específica a bens jurídicos. Afirmamos assim, que a proteção seria um reflexo da disseminação do sentimento de respeito e preservação ao ordenamento jurídico.

Desta forma, no que se refere à função da pena, para este autor o desvalor do resultado teria menor importância quando comparado ao desvalor da ação. Na análise deste teórico, é mais importante observar a possibilidade de uma conduta causar dano do que o prejuízo já causado por aquela conduta. Este entendimento se baseia na afirmação de que a proteção penal é tardia para evitar o resultado danoso, devendo voltar-se, portanto, à lesividade em potencial da ação.

Jakobs, por sua vez, entende que as ações delituosas desarranjam as relações sociais tuteladas pelo Direito, sendo assim imprescindível o restabelecimento da estabilidade do sistema normativo e da paz social por meio da sanção.

Conforme já esposado, inspirado na doutrina de Niklas Luhmann, acerca do pensamento sistêmico social, desenvolve um esquema teórico no qual o ordenamento jurídico é o ponto fulcral, e a manutenção desse sistema e da confiança nele depositada pela sociedade é indispensável para a preservação dos valores éticos. Assumindo esta linha normativa, estabelece na pena a função de reafirmar a vigência da norma violada para prevenir novas condutas delituosas. Ou seja, o direito penal é “um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas pela via da restauração da confiança na vigência das normas”: a vida social requer segurança e estabilidade das expectativas de cada sujeito ante ao comportamento dos demais (RODRIGUES, 1995, p.333).

Ainda hoje muitos estudiosos consideram estas teorias adequadas para justificar a intervenção criminal do estado. Malgrado estes entendimentos, salientamos a inconveniência da utilização da teoria da prevenção geral positiva como único fundamento da pena.

Na pratica, assim como já dito sobre a prevenção geral negativa, percebe-se que o Direito Penal, através de suas normas previstas em abstrato e ate mesmo aplicadas, não possui o poder de inspirar na sociedade a fidelização ao ordenamento jurídico pátrio. Conforme já expressado acima, outros aspectos morais, sociais, culturais e religiosos possuem maior grau de eficiência do que as próprias normas.

Outro aspecto negativo desta teoria é o esquecimento do delinquente autor do ato delituoso. Preocupada em incutir determinado pensamento na sociedade, se olvida do agente delituoso, a quem deverá ser imputado a sanção penal. Esquece que quem suportará os efeitos da pena será tão somente o delinquente, o que afronta incisivamente a dignidade da pessoa do infrator, o qual servirá, conforme diziam os antigos doutrinadores, como mero instrumento social, sendo, portanto desconsiderado sua posição de sujeito de direitos.

Explica Ferrajoli (2001) que sistemas de direito penal que funcionalizam o individuo para atender às necessidades de um sistema social geral, são típicos de sistemas de direito penal máximo e ilimitado, indiferentes à proteção dos direitos inerentes à pessoa do delinquente.

Em síntese, esta teoria baseia-se na manutenção de uma ordem jurídica como a principal intenção da pena, esquecendo, portanto a perspectiva antropocêntrica, no que toca a aplicação efetiva da pena. Põe-se em xeque a imposição de um mal individual justificada pela preservação de um bem coletivo.

Alguns autores chegam a afirmar inclusive a convergência de ideias com as teorias absolutas, já que ambas demonstram a função da pena como um aparelho

para restauração da estabilidade de um sistema normativo. Outro ponto negativo desta teoria, esta no conflito com o modelo de Estado Democrático de Direito. Estas teorias veem o Direito Penal como o principal método a resguardar a vigência de todo o ordenamento jurídico. Esquece-se, portanto, de que por ser um direito nocivo às garantias individuais do cidadão, possui aplicabilidade subsidiária, sendo, portanto a ultima ratio.

### 2.2.2 Prevenções Especiais:

Iniciada ainda pelos idos do século XIX, as teorias da prevenção especial da pena somente tiveram seus ápices no final daquele período. Seu grande precursor foi Franz Ritter Von Liszt, pertencente à Escola Positivista Sociológica Alemã. Este autor foi o grande responsável pelo desenvolvimento da teoria, que incentivava a atuação estatal positiva diante dos infratores dos tipos penais. Desta forma, colocava o direito penal sob um prisma racional, no qual a ideia de finalidade deveria ser a portadora do avanço jurídico (JESCHECK, 2002).

Entretanto há que se pontuar, conforme afirma Figueiredo Dias (1999), que o direito penal lusitano, em momento histórico antecedente ao citado, Escola Correicionalista, destacava a importância das doutrinas da prevenção especial. Estas escolas “convergiam na ideia de que todo homem é, por sua natureza, susceptível de ser corrigido, pelo que a pena se deve, antes de tudo, propor operar a correção do delinquente como única (e melhor) forma de evitar que ele, no futuro, continue a cometer crimes” (DIAS, 1999, p.104).

De acordo com Gamil Föppel el Hireche (2004, p.30) "esta teoria prega a mudança da concepção estatal, que passa a ser intervencionista, restringindo a liberdade individual, tudo sob a pretensa finalidade de assegurar a paz social".

O ponto fulcral desta teoria, responsável pela grande difusão, foi a preocupação com os infratores da norma penal, porém, por um espectro muito mais

amplo do que aquele idealizado na visão retributivista. Tratava o delinquente sob o prisma social, levando em conta as diversidades e peculiaridades de cada agente. Por este motivo, tornou-se o principal lastro de movimentos como o já citado Correcionalismo Ibérico, o Positivismo Italiano, a Moderna Escola Alemã e, mais recentemente, o Movimento de Defesa Social (DIAS, 1999).

Para esta teoria, a pena possui o objetivo de atingir frontalmente o delinquente. Assim, tem intuito de prevenir que estes agentes venham a praticar novos delitos. O enfoque naqueles que já delinquiram tem por motivo algo bem simples, estes indivíduos já se mostraram capazes de delinquir e por isso merecem maior atenção. Destarte, através da ação positiva do estado sobre este delinquente, tende-se a evitar a reincidência.

Esta teoria lastreava-se na ideia de periculosidade, levando a considerar muito mais o autor do fato do que o próprio fato típico perpetrado pelo mesmo.

As formas de prevenção especial elencadas pela doutrina se consubstanciam basicamente em três tipos: intimidação, correção e inocuização. (FERRAJOLI, 2006). A advertência, a forma mais branda de coerção, estaria designada aos criminosos não contumazes. Neste sentido, por ser a de menor intervenção jurídica, esta deveria ser capaz de conter os impulsos criminosos.

Já a correção, medida intermediária, incidiria sobre aqueles que apesar de delinquentes habituais, ainda seriam considerados recuperáveis, ou seja, capazes de serem ressocializados, deixando os vestígios criminosos para trás. Importante salientar que esta ressocialização se divide em duas formas: a primeira, baseada em uma regeneração moral, consistida na assimilação dos valores sociais conforme as regras jurídicas. Por outro lado, a segunda forma de ressocialização consiste em tratamento científico, ou seja, neste caso, o delito seria uma doença social e o seu agente deveria ser tratado como um verdadeiro paciente, submetido portanto a tratamentos terapêutico-sociais, que deveriam durar até a cura do delinquente. Fácil perceber, portanto, a relação da pena com as ciências biológicas, e até mesmo com as atuais medidas de segurança, as quais não se confundem. Entretanto, não raro a

tarefa ressocializadora ficou a cargo de um ramo de estudo denominado Medicina Social (QUEIROZ, 2001).

De acordo com Roxin (2005), na Europa há uma longa tradição em tentar substituir o direito penal por um direito de medidas de segurança. De acordo com o autor, o fundamento desta teoria é o fato de que o delinquente é em sua essência um doente psíquico ou social, e assim, ao invés de ser punido deveria ser tratado. Adiante faremos uma crítica a este pensamento.

Por derradeiro, àqueles considerados irrecuperáveis, isto é, incapazes de correção, deveriam ser submetidos à forma mais gravosa de tratamento, qual seja, a inocuidade. Por serem considerados delinquentes de alta periculosidade (direito penal do autor), deveriam ser exilados da sociedade por tempo indeterminado, já que seus impulsos criminosos deveriam ser extintos ou neutralizados.

Outrossim, era comum que estes delinquentes fossem custodiados em lugares separados dos demais presos, e até mesmo isolados, cabendo ainda a ilimitação das penas. Neste sentido, de acordo com a teoria em apreço, sendo este delinquente alguém tão maléfico à sociedade, a melhor atitude para o interesse social seria a neutralização total daquele agente, independente do meio utilizado.

Mister lembrar, que atualmente Gunther Jakobs (2009) passou a defender ao lado de um direito penal do cidadão, um direito penal do inimigo, que sem dúvidas possui ligações com a teoria em apreço.

Importante salientar, a diferença entre a prevenção especial negativa e a positiva. Na negativa existe uma verdadeira neutralização daquele que praticou a infração penal. Esta neutralização ocorre com já dito, com a segregação carcerária, ou seja, a retirada do agente do convívio social, o que o impede da prática de novas infrações. Nesta esteira, trabalhamos com a intimidação e a inocuidade, já que estas objetivam impedir os comportamentos delituosos.

Por outro lado, a prevenção especial positiva denota um caráter ressocializador da pena. Para esta teoria, o estado deverá fazer com que o agente medite sobre o delito, sopesando suas consequências, inibindo-o assim o cometimento de outros. De acordo com Bittencourt (1997, p. 81) “a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídicos-penais.”

Como explicado acima, trata-se da correção, atividade exercida por meio de estímulos à adequação do comportamento social com as regras jurídicas.

Importante frisar o motivo de não termos separados estas teorias em tópicos específicos. Como se pode inferir, apesar delas possuírem características específicas e peculiares, ambas são tidas como complementares, sendo assim defendidas de maneira conjunta pela maior parte da doutrina.

Da mesma forma, cabe aqui tecer algumas críticas às teorias da prevenção especial. Inicialmente referendar o caráter ressocializador da pena. É que de acordo com estas teorias, a análise da pena se resume ao momento de aplicação efetiva da sanção penal (execução) sem se preocupar, portanto, com o período antecedente de cominação. No mesmo sentido, as penas deixam de ter um caráter aflitivo das sanções penais, passando a constituir um bem ao delinquente. Ou seja, toda a coerção exercida no condenado, até mesmo com as medidas mais extremas, ocorre em benefício próprio.

Seguindo este modelo medico policial, tentava-se legitimar o poder punitivo estatal, atribuindo-lhe uma função positiva de melhoramento na vida do infrator. Partia do pressuposto que a pena era um bem de caráter moral ou psicofísico (ZAFFARONI, 2003).

Nesta esteira, gizava os motivos do código de instrução criminal Frances de 1808:

“A ordem que deve reinar nas cadeias pode contribuir fortemente para regenerar os condenados; os vícios da educação, o contágio dos maus

exemplos, a ociosidade...originaram crimes. Pois bem, tentemos fechar todas essas fontes de corrupção; que sejam praticadas regras de sã moral nas casas de detenção; que, obrigados a um trabalho de que terminaram gostando, quando dele recolherem o fruto, os condenados contraíam o hábito, o gosto e a necessidade da ocupação; que se dêem respectivamente o exemplo de uma vida laboriosa; ela logo se tornará uma vida pura; logo começarão a lamentar o passado, primeiro sinal avançado de amor pelo dever” (FOUCAULT, 2004, p.197).

Em verdade, como já demonstrado acima, o crime era analisado através de uma visão míope, isto é, sob o aspecto científico biológico, aproximando o delito da doença, aduzindo ser o crime fruto de uma tendência ao desvio de conduta.

No entanto, a verdade é que a maioria dos delitos tem origem em motivos de ordem social. Não há como negar que existem crimes oriundos de disfunções biológicas, entretanto, o que queremos deixar claro é que a grande parcela dos delitos perpetrados ocorre devido a problemas sociais, tais como marginalização, pobreza, ausência de educação etc.

Assim sendo, restaria prejudicada a tentativa destas teorias em apreço, em resolver os atos delitivos através de tratamentos terapêuticos sociais aos delinquentes. Demonstrado, portanto, que apenas modificações das conjunturas sociais poderiam ser metas eficazes no combate da criminalidade.

Outro grave problema em não considerar o caráter “negativo” da pena, estaria no que diz respeito à determinação do *quantum* da pena. Existiriam, portanto penas indefinidas e indeterminadas. Estas penas só cessariam quando efetivamente ressocializados estivessem os delinquentes. Neste sentido, importante fazer um paralelo com as atuais medidas de segurança, as quais hodiernamente já possuem seu caráter aflitivo reconhecido, tendo portanto definições rígidas no que tange ao seu lapso prazal (informativo 495 STF, 25/04/2012).

Assim sendo, acabava-se em uma inquisitorialidade plena, já que por se tratar instituições humanitárias, as barreiras limitadoras da atuação punitiva estatal (garantias) seriam ultrapassadas uma vez que estes entraves principiológicos não teriam sentido face ao objetivo da pena de promover o bem ao condenado (ZAFFARONI, 2003).

Destarte, a ideia trazida pela teoria em análise, demonstra a patente violação dos preceitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito, uma vez que imporia ao condenado uma pena sem qualquer parâmetro de controle à execução. Além disso, a subjetividade nos critérios já demonstra a fragilidade da teoria, o que alias gerou em muitos momentos da história, as maiores atrocidades contra uma população.

Quem bem define tais pensamentos, é o filósofo Foucault (2004, p. 195), grande analista de mecanismos de vigilância e punição:

“Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz ‘igual’, um aparelho judiciário que se pretende ‘autônomo’, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, ‘pena das sociedades civilizadas’”.

Desta forma, há que se questionar de onde vem o direito de punir? Como já dito anteriormente, a pena é o fundamento do Direito Penal. É sem dúvida a coluna vertebral daquele ramo jurídico. As teorias da pena por seu turno devem justificar o direito de se punir. O direito de infligir uma pena a aquele que comete um delito, não pode ser um direito ilimitado e desarrazoado, sob pena de se transformar em um mal maior do que o próprio delito.

Outro aspecto importante e que já foi pontuado acima, se refere à questão da periculosidade do agente. Fundamentar uma teoria sob o aspecto da suposta periculosidade de um agente é negar o direito penal do fato e transmudar-se para o direito penal do autor.

Destarte, adotar o critério da periculosidade significa lastrear uma punição em características pessoais de um agente, que conduzem à possibilidade do cometimento de um crime. Atualmente o direito penal moderno esta alicerçado sobre o fato cometido pelo agente, entretanto, outrora fora diferente, a pena constituía

mera consequência daquilo que o indivíduo era. A exemplo, lembremos da Escola Positivista na qual analisava-se a criminalidade pela perspectiva do sujeito. Reduziam a criminalidade ao âmbito patológico, aduzindo que fatores psíquicos-orgânicos eram os causadores da delinquência. Neste sentido rememoramos Lombroso e o seu atavismo, Enrico Ferri e os fatores sociais determinantes, e Liszt que proclamava que se deveria castigar o autor antes do fato cometido por ele bem como que os juizes deviam expedir sentenças penais indeterminadas cujo cumprimento dependeria em grande medida da personalidade do delinquente (ROXIN, 2003).

Por outro lado, o Direito Penal do Fato, derivado do princípio da lesividade, possui base jurídico filosófica no Estado Democrático de Direito. Estabelece que o agente só pode ser punido pela prática de um ato lesivo a um bem jurídico penalmente relevante.

Assim, camuflar a natureza aflitiva das penas, pode significar a perda das garantias erigidas em um sistema penal. Ou seja, a ideologia da pena-tratamento, a qual concebe a sanção como um bem superior ao direito e o delito como um mal moral ou doença, é a menos garantista das ideologias penais, suportando assim modelos de direito penal máximo e sem limites (FERRAJOLI, 2002). Nesta esteira, princípios como devido processo legal, contraditório e ampla defesa, acabariam embarcando para o espaço sideral.

Desta forma, analisando a realidade dos fatos hodiernos, não há como ficar a margem das garantias conquistadas ao longo da progressão do Direito Penal. Saliente-se o fato de atualmente reconhecer-se a faceta punitiva das medidas socioeducativas (Estatuto da Criança e do Adolescente) (TONIAL, 2002). Não há dúvidas da presença do caráter punitivo destas medidas. Não há como olvidar os aspectos sancionatórios-retributivos daquelas, sendo, portanto, o infrator merecedor de ser escudado pelo sistema garantista do Direito Penal.

Ademais, devemos nos atentar para outros aspectos que orbitam a pena, principalmente o caráter estigmatizador, que praticamente descreve a inaptidão para

convivência social, e que ultrapassa o período de vigência da sanção, tornando-se assim verdadeira barreira à ressocialização. É sem dúvida um dos maiores gravames imposto ao condenado.

Outra falha apontada a esta teoria, se reputa aos criminosos que cometem apenas um delito, sem possibilidade de incorrer no mesmo erro. Se o fundamento desta teoria é evitar a reincidência, e este delinquente demonstra estar apto a não cometer novos delitos, logo, esse agente deverá ficar impune. A exemplo, imaginemos uma pessoa que cometa um único crime em sua vida, mas que só se vê processado anos depois, quando a rigor já estaria “ressocializado”. Assim sendo, de acordo com esta teoria, não haveria porque punir aquele agente. Sem dúvida uma conclusão desarrazoada.

Ainda assim, se trouxéssemos esta teoria para a realidade atual, deveríamos rejeitá-la *ab ovo*, pois no que tange aos condenados à segregação carcerária, é a maior parcela de reincidência constatada, frustrando assim, o principal objetivo: ressocializar. Hoje, através da sociologia do direito penal moderno, está comprovado que a sanção criminal deteriora o indivíduo captado pelo sistema. Sabe-se que a prisão possui as características negativas das instituições totais (manicômios, conventos, etc.) e a literatura demonstra seu nefasto efeito, irreversível em longo prazo (DOS SANTOS, 1981).

A este respeito posiciona-se Evandro Lins e Silva (1991, p.40):

“Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado. Não é demais martelar: a cadeia fabrica delinqüentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção em que for maior o número de presos ou condenados”

Coadunando com este entendimento, Zaffaroni (1991) aponta a impossibilidade estrutural que não foi solucionada pelas ideologias de ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização e reincorporação. Estas se encontram comprovadamente deslegitimadas diante dos dados da ciência social, argumentando a seu favor a necessidade de sustenta-las para não se cair “em um retributivismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração” (ZAFFARONI, 1991, p.40).

Da mesma forma Ferrajoli (2002) afirma que o fim pedagógico e educador da pena criminal são irrealizáveis. Para ele, a própria experiência demonstra que não existem penas corretivas ou de caráter terapêutico. Assim, para o autor a prisão é um local criminógeno, voltado à educação do crime, e por isto, o que se espera dela é que seja o mínimo dessocializante.

Neste sentido, Ferrajoli (2006, p.252-255) delinea tais teorias afirmando:

“Consequentemente, tais doutrinas, em supondo uma concepção do poder punitivo como um ‘bem’ metajurídico – o Estado pedagogo, tutor ou terapeuta – e, simetricamente, do delito como um ‘mal’ moral ou ‘doença’ natural ou social, são as menos liberais e antigarantistas que historicamente tenham sido concebidas, e, deste modo, justificam modelos de direito penal máximo e tendencialmente sem limites. [...] Em perfeita coerência com as culturas autoritárias que as orientam, as doutrinas correcionalistas foram as prediletas de todos os sistemas políticos totalitários em que justificaram modelos e práticas penais ilimitadamente repressivas, paternalistas, persuasivas, de aculturação coagida e de violenta manipulação da personalidade do condenado.”

Em síntese, concluímos pela total inadmissibilidade desta teoria, pois a par de um belo discurso, esconde-se uma das maiores tormentas vividas na história, qual seja o maximalismo do Direito Penal.

### **2.3 Teorias Mistas:**

Através de uma análise perfunctória das teorias acima mencionadas, podemos perceber que a deficiência das mesmas encontra-se na tentativa de definir uma razão única para a pena. Neste sentido, as teorias mistas, também denominadas de unitárias, propõe a conjugação de diversas explicações para se atingir a finalidade da pena.

Desta forma, criam um verdadeiro conceito pluridimensional, analisado sob diferentes espectros, tais como cominação, aplicação e execução. Para esta teoria, a pena é um fenômeno complexo que precisa ser dissecado em partes, nas quais se prepondera uma finalidade especial. Alguns autores chegam inclusive a afirmar que as teorias mistas tendem a trazer conceitos das teorias monistas a fim de formar uma simbiose harmônica entre elas, conciliando, por exemplo, propósitos ressocializadores com intimidatórios. Para Roxin, as teorias unificadoras se apresentam com uma posição de compromisso entre os partidários da retribuição (Binding) e os que advogam pela prevenção (Feurbach e Liszt).

A doutrina costuma dividir estas teorias em conservadoras e progressistas. Enquanto as primeiras tendem a preponderar o caráter retributivista da pena, as segundas focam as funções de prevenção, sejam estas especiais ou gerais, mas tomando a culpabilidade como um fator limitador do jus puniendi (QUEIROZ, 2001).

Ainda por razões didáticas, a doutrina costuma dividir as teorias mistas em unificadoras aditivas e unificadoras dialéticas. De acordo as teorias aditivas, a finalidade da pena estaria baseada na soma das finalidades defendidas pelas teorias monistas, sendo, portanto, conexo o caráter aflitivo e preventivo geral e especial. Sem dúvida esta não é a melhor tese a ser advogada pelo direito penal, já que ampliaríamos de todas as formas os motivos para aplicação de uma pena. Perderíamos assim, o caráter subsidiário do Direito Penal, tese sustentada desde o início deste artigo como ponto fundamental deste ramo jurídico.

Por outro lado, a corrente unificadora dialética capitaneada pelo autor Claus Roxin, defende a formulação de um compendio das doutrinas aqui sustentadas. Ou seja, adota-se o caráter preventivo das penas, porém de acordo com a fase em que

esteja, esta prevenção poderá ser geral ou especial, mas sempre tendo como limite a culpabilidade do agente.

### 2.3.1 Teoria Unificadora Dialética de Claus Roxin

Apesar de reconhecer o avanço trazido pelas doutrinas unificadoras aditivas, Roxin rejeita estas teorias por ampliarem de forma indesejável as hipóteses de aplicação da sanção penal.

Neste sentido, adota a teoria unificadora dialética que reúne as ideias preventivas, trazendo a raiz histórica do conceito de culpabilidade, das teorias absolutas. Para este autor, as leis penais devem proteger a liberdade individual e a ordem social, tendo como critério limitador da sanção o princípio da culpabilidade (ROXIN, 2003). Apesar de estar classificada como doutrina mista, esta teoria tem lastro basilar nas ideias preventivas da pena, repudiando, portanto todo o caráter retributivo.

Para o autor, o mais apropriado seria denominar esta teoria de preventiva unificadora como salienta em sua obra:

“Por el contrario, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción. Se puede hablar aquí de una teoría unificadora preventiva ‘dialéctica’, en cuanto a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis” (ROXIN, 2003, p. 95).

Ainda no que tange à culpabilidade, cuja formulação iniciou-se nos primeiros preceitos retributivos, não mais tem ligação direta com aquele direito de punir do estado. Atualmente possui sua estrutura fincada na ideia de Estado Democrático de Direito. Neste sentido, coma nova diretriz empregada à culpabilidade, esta se torna um elemento limitador da finalidade preventiva da pena.

Ou seja, diferentemente das teorias absolutas que tinham a culpabilidade como fundamento de aplicação da pena, aliada a ideia retributivista como finalidade idônea para aplicação de lei penal, para Roxin (2003) a culpabilidade se traduzia no limite máximo para aplicação de uma punição.

Destarte, enquanto os absolutistas aferiam a culpabilidade no momento de aplicação da pena em um caso concreto, buscando na pena sua compensação, Roxin sustenta que a culpabilidade é o termo final da prevenção, seja ela geral ou especial.

Para ele este instituto pressupõe uma capacidade, qual seja a de comportar-se de um determinado modo. Assim, conclui-se que para se comprovar esta capacidade, mister se faz analisar a imputabilidade, ou seja, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2006, p.517), uma ação é culpável sempre que “é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstancias em que agiu, que nela se motivasse.” Por sua vez, a análise destes aspectos da psique humana traz grande problemática na seara jurídica penal. A demonstração destes elementos na prática torna-se impossível. Assim sendo, não há como basear a imposição de uma pena em algo indemonstrável, entretanto, nada obsta que sirva de instrumento limitador da aplicação da pena.

Ainda no que tange à doutrina roxiniana, importante frisar que a limitação da prevenção concentra-se também na subsidiariedade da tutela penal. Ou seja, sendo este ramo jurídico o instrumento legitimado apenas em ultima instancia, a fim de garantir a paz social, mister se faz restringir o impulso social no manejo indiscriminado das teorias preventivas. Neste sentido, vivenciando ainda em uma sociedade de risco, fácil perceber o esquecimento do garantismo penal. Nas palavras de Roxin (1998, p.29), “nada favorece tanto a criminalidade quanto a criminalização de qualquer bagatela”.

No que se refere à proteção de bens jurídicos, a qual corolário lógico do princípio da subsidiariedade supra referido, diz Roxin, que a intervenção estatal sancionatória somente será legítima quando o delinqüente houver praticado conduta que afete gravemente um valor penalmente relevante.

Em verdade, como já dissemos outrora, a doutrina roxiniana trouxe a baila a identificação da prevalência de uma determinada função da pena em cada fase de atuação do Direito Penal. Ou seja, tanto na cominação quanto aplicação e execução, coexistem determinadas funções da pena, entretanto em cada uma destas fases, se destaca uma daquelas funções.

Desta forma, passemos a analisar estas fases do Direito Penal. Na cominação de penas (no preceito secundário do tipo penal há uma ameaça/intimidação), o legislador tem a finalidade precípua da prevenção geral, especialmente no aspecto negativo, pois visa a evitar o cometimento de crimes. Assim sendo, instituem-se penas a fim de desinibir impulsos criminosos dos cidadãos, assim como reafirmar a validade do ordenamento jurídico.

Entretanto, na insuficiência desta fase, surge a concretização da intimidação normatizada. Isto é, surge a fase de aplicação da sanção penal. (ROXIN, 2003). Entretanto, mais uma vez salientamos o princípio da subsidiariedade, ao reafirmar que todo este mecanismo repressivo só deverá ser utilizado como o último instrumento a ser lançada mão, sob pena de iniciarmos um período de criminalização generalizada com o recrudescimento desmedido das penas, o que sob um discurso de segurança pública, logicamente ilusória, entraríamos na insegurança total, realizando o direito penal uma função meramente simbólica.

No que se refere à função da pena quando de sua aplicação, mister se faz ressaltar a permanência do aspecto preventivo geral, só que sob o prisma positivo, afirmando portanto a validade das normas jurídicas. Neste momento, a ameaça iniciada com a cominação de penas, se materializa demonstrando o poder da norma jurídica. É necessário observar, que a aplicação da finalidade preventiva limita-se de acordo com a aferição de culpabilidade do agente. Conforme nos referimos acima, é

neste momento que surge o equilíbrio entre a garantia da segurança e a preservação dos padrões mínimos de autodeterminação do agente.

Importante salientar, que apesar de nesta fase haver o predomínio da prevenção geral positiva, em caso de conflito com a prevenção especial positiva, esta deverá se sobressair. Isto porque, as bases da doutrina de Roxin são humanitárias, não se admitindo, portanto, que um aspecto utilitarista voltado à sociedade se sobreponha à concessão de utilidade do próprio criminoso, o qual suportará todos efeitos da pena.

Há que se frisar, que a prevenção geral somente deverá se sobressair quando as necessidades preventivo gerais a permitirem, isto é, quando a quantidade necessária de pena para atingir a ressocialização seja tão reduzida a ponto de comprometer a própria confiança da população no ordenamento jurídico.

Neste sentido afirma Roxin (2003, p. 97): “En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del ‘mínimo preventivo general’”.

Por fim, no que se refere a ultima fase, da execução das sanções criminais, fica evidente a preocupação com o caráter ressocializador da pena. O dever de reintroduzir o delinquente no seio social.

Em síntese, Roxin (1998, p.43) resume sua proposta teórica da seguinte forma:

“Se quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e os limites do Direito Penal, poderíamos caracterizar a sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos e prestação de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual.”

Desta forma, fica evidente o caráter subsidiário deste ramo jurídico assim como a necessidade da utilização de mais de uma teoria para legitimar a aplicação de penas pelo Estado.

### 3 CONCLUSÃO

Como se pode observar da breve crítica das teorias legitimadoras da pena, percebe-se o percurso histórico vivido pelo direito penal. Atualmente parte da doutrina tem sustentado que o sistema penal possui “eficácia invertida” sustentada pela função simbólica. Isto significa que as funções efetivamente declaradas pelo sistema criminal apresentam eficácia meramente simbólica, já que aquelas (prevenção geral e especial) não podem ser alcançadas.

Em verdade, o direito penal cumpre com funções não declaradas que contribuem para manutenção da desigualdade. Apesar disso, permeia-se no seio social a ilusão de segurança fornecida pelas penas atuais.

No que tange à prevenção geral negativa, não há como se constatar a capacidade de intimidação da pena de forma empírica, seja ela quando da cominação como da aplicação. No entanto, através de dados reais, percebe-se a total ineficácia da repressão de delitos através deste processo intimidatório.

No que tange ao sistema ressocializador, estamos diante de uma famigerada utopia. Assim como privação e liberdade são coisas antagônicas, punição e educação são completamente incompatíveis. A prisão, como já dito em parágrafos anteriores, é local criminógeno, voltado à educação do crime. As lições aprendidas no cárcere são aquelas voltadas ao convívio no próprio cárcere, e não em liberdade. Aliás, podemos inclusive afirmar que a prisão é um meio dessocializador e estigmatizador por excelência.

Neste sentido afirma Juarez Cirino dos Santos ao se referir a Foucault, que a história da prisão é a constatação do seu fracasso, mas é também a reproposição do mesmo projeto fracassado. Um questionamento óbvio que se faz é o porque de se persistir neste sistema de fracassado.

Alguns autores como o próprio Foucault afirmam que esta prevalência do sistema penitenciário consiste no sucesso dos objetivos não declarados da pena.

Para ele, estes objetivos reais e não declarados convergem para o controle de uma sociedade capitalista. Assim, a prisão seria o garantidor desta estratificação social, sendo, portanto, um retumbante êxito histórico, já que mantém a linha de desigualdade social expressa até hoje.

Entretanto, voltando ao aspecto teórico, devemos afirmar a adoção de uma função simbólica da pena afeta frontalmente a o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, a tese sustentada por Claus Roxin, apresenta-se como a mais adequada para alcançar a tão almejada segurança e prevenção, por outro lado, a dúvida que fica é se este sistema tem ou não real eficácia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, A. **Viejas y nuevas estrategias em la legitimación del derecho penal.** In: *Prevención y Teoría de la Pena.* Coord. Juan Bustos Ramirez. Santiago: JuridicaConoSur, 1995, p. 77-92.

BELING, E. V. **Esquema de derecho penal:** la doutrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944, p.6

BECCARIA, C. de. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 1. v. p. 68

CAPEZ, F.; BONFIM, E. M. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004

CARRARA, F. **Programa do curso de direito criminal:** parte geral. Tradução de José Luiz V. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956

DIAS, J. F. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2001.p.275

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Juarez Tavares e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 218-220

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 197

HEGEL, G. W. F. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.85.

JAKOBS, G.; MOREIRA, L.; PACELI, E.; **Direito penal do inimigo**. Tradução de Gercelia Batista de Oliveira Mendes. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009

JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., Granada: Comares, 2002. p. 78

JESCHECK, H. H. **Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad em Alemania y Austria**. Revista eletrônica de ciência penal e criminologia. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>. Acesso em: 01 de dezembro de 2012

KANT, I. **Fundamentación metafísica de las costumbres**. Tradução de Garcia Morente. 7. ed., Madrid, 1983. p. 96 e 85

LUÑO, A. E. P.; PELÁEZ, F. J. C. **Kant y los derechos humanos**. In: *Historia de los derechos fundamentales*. Dir. Gregório Peces-Barba Martínez, Eusébio Fernández García e Rafale de Asís Roig. Madri: Dykinson, S.L., 2001

NERY, D. C. P. *Teorias da Pena e sua finalidade no Direito Penal Brasileiro*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005. Disponível em: [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias\\_da\\_pena\\_e\\_sua\\_finalidade\\_no\\_direito\\_penal\\_brasileiro](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro) >. Acesso em: 01 de dez. de 2012.

PUIG, S. M. **Función de la pena y teoria del delito enel Estado Social y Democrático de Derecho**. 2. ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982. p. 15.

QUEIROZ, P. S. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, A. M. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra:Coimbra Editora, 1995. p. 333

ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**.3.ed., Lisboa: Veja, 1998.

ROXIN, C. **Derecho Penal Parte General**. Tomo I. Fudamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Tradução de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz e García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003

ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. São Paulo: Renovar, 2008

ROXIN, C. **Tem futuro o direito penal?** In: Estudos de direito penal. Tradução Luís Greco. Rio deJaneiro: Renovar, 2005

SANTOS, J. C.**A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 56

SANTOS, J.C.**Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumun Juris, 2005. p. 04

SILVA, E. L.;BECCARIA, C.; GRAMATICA, F.; JUNIOR, J. M. A. (Org).**Sistema Penal para o Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991

STRATENWERTH, G. **Derecho Penal parte general I:El hecho punible**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabbi, 2005.

TELES, N. M. **Direito Penal**: Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

TONIAL, Cleber Augusto. Considerações pontuais sobre a aplicação das medidas sócio-educativas. 2002. Disponível em [http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/docs/DOCTRINA/TEXTTO+CLEBER.HTM](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOCTRINA/TEXTTO+CLEBER.HTM) Acesso em: 02 de dez 2012.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J.H. (Coord.) **Direito Criminal**. In: El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.v. 4

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 521-522

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1

WELZEL, H. **Derecho Penal Aleman**. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970. p. 331

WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Juridica do Chile, 1993

WOLF, P.; RAMIREZ, J.B. (Coord.) **Prevención y Teoría de la Pena**. In: Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena. Santiago: Juridica Cono Sur, 1995, p. 59-72