

O FUNDAMENTO DA PENA CRIMINAL

Para além da classificação dicotômica das finalidades¹

Marcelo Almeida Ruivo²

ABSTRACT

O artigo pretende demonstrar a inexatidão da classificação dicotômica da pena criminal – entre doutrinas absolutas e relativas – que confunde o fundamento da pena com as suas eventuais diversas finalidades. Para isso aborda e rejeita as propostas das doutrinas unificadoras. Por fim, assume como fundamento da pena exclusivamente a justa retribuição da culpa do agente causador da ofensa ao bem jurídico. Ao passado que a determinação das finalidades da pena consiste num problema que depende de estudo criminológico das especificidades do fenómeno criminal em questão.

SOMMARIO

1. Introdução – 2. As chamadas doutrinas absolutas da pena – 3. As chamadas doutrinas relativas – 3.1. Prevenção geral negativa (intimidação) – 3.2. Prevenção geral positiva (confirmação da vigência da norma) – 3.3. Prevenção especial negativa (neutralização) – 3.4. Prevenção especial positiva (ressocialização) – 4. As doutrinas unificadoras ou combinadas – 5. A proposta do fundamento para além da enunciação das finalidades da pena – 6. Conclusão

¹ Este artigo consiste no pontual aprimoramento daquele que foi elaborado com o título «*The Ground of criminal penalty: beyond the dichotomous purposes classification*» para integrar as contribuições da delegação brasileira oferecida à quarta edição do *International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era* (Pequim – 2012).

² Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com financiamento da FCT (Portugal). Professor convidado do Mestrado em Criminologia do Instituto Superior Bissaya Barreto (Portugal); Professor das Especializações em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos – Brasil) e da Faculdade de Direito Ritter dos Reis (UniRitter – Brasil).

1.

Introdução

O presente estudo visa a refletir sobre a amplamente disseminada³ distinção entre doutrinas absolutas e relativas da pena criminal e a sua capacidade de oferecer tratamento específico aos problemas do fundamento e da finalidade da pena como elementos distintos. Nesse contexto, se avalia a correição do diagnóstico e da proposta de superação das doutrinas unificadoras, bem como a sua adequação à legislação brasileira.⁴ Pretende-se demonstrar o quão inexato significa manter a classificação dicotômica que confunde o fundamento da pena com as suas eventuais diversas finalidades, o que impede a satisfatória orientação da realização judicial do direito.

2.

As chamadas doutrinas absolutas da pena

Entende-se por absolutas aquelas doutrinas da pena intencionalmente desvinculadas de fins outros que não a própria realização do valor que ela ostenta em si mesma, por isso se utiliza a expressão latina «*absolutus*» no sentido de «incondicionado» ou «desprendido» de uma externa finalidade. Consiste na punição do crime pelo desvalor social insuportável que representa para a comunidade e, nesse contexto, a pena como retribuição é dos elementos característicos do direito penal clássico consubstanciado no que a primeira vista poderia aparentar ser⁵ a imposição de um «mal justo contra o mal injusto do crime».⁶ A dignidade histórica de tais concepções encontra consonância, dá vasação, desenvolvimento e refinamento ao difundido e arraigado sentido comunitário de que a pena tem na sua base como limite máximo o princípio de talião expresso na sentença «olho por olho, dente por dente». A punição deve guardar exata proporção com o fato cometido sem oportunidade para excessos ou cumprimento de outras finalidades. Ideal que recebeu aderência de «representações mitológicas» na Idade Antiga, de «racionalizações religiosas» na Idade Média⁷ e desligamento disso tudo na robusta reflexão e transformação no iluminismo e idealismo alemão na Idade Moderna e Contemporânea.

Certo é que já se foi o tempo que o fundamento retributivo orbitava entorno de argumentos de cariz religioso, no qual a finalidade era a expiação da culpa e a purificação da alma do condenado no sentido de uma doutrina da penitência e das virtudes cristãs.⁸ Mais correto seria mencionar, para a concepção que se tem hoje, a incontornável expressão na filosofia iluminista alemã.⁹ Tem-se, em Kant, que a «pena judicial» (*poena forensis*) «jamais pode ser puro meio

³ Por exemplo, no Brasil, BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, 2009, p. 85 e 92, ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2004, p. 117, PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2005, p. 553 e 555, FERRÉ OLIVÉ; NÚÑEZ PAZ; OLIVEIRA; BRITO, *Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2011, p. 192 e 195; em Portugal, adotam a divisão com menção expressa ao fim das penas FERREIRA, *Direito Penal Português*, Lisboa, 1982, v. 2, p. 299, DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §3, p. 44; na Alemanha, JAKOBS, *Strafrecht*, Berlim, 1991, p. 15 e 20, JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlim, 1996, p. 70-71, BAUMANN; WEBER; MITSCH, *Strafrecht*, Bielefeld, 2003, p. 17 e 24, nm. 24, 25 e 50, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 37 e 38, nm. 9 e 11 e aqueles autores referidos em HÖRNLE, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion», In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 11-12, nota 4; na Áustria, KIENAPFEL; HÖPFEL; KERT, *Strafrecht*, Wien, 2012, p. 4-5, nm. 5 e 8; na Suíça, SEELMANN, *Strafrecht*, Basel, 2012, p. 25.

⁴ Ressalta-se que embora vocacionado ao enfrentamento do direito penal brasileiro, não deixa de enquadrar pontualmente as propostas no horizonte da literatura especializada europeia, de modo a tornar mais clara e acessível a identificação do desenvolvimento das orientações no seu conjunto histórico.

⁵ Diz-se apenas a primeira vista, pois, como se verá no decorrer, nem todos os autores proponentes da retribuição entendem a pena como um mal, por exemplo, sobretudo, COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 205-235.

⁶ Essa é a definição de pena do séc. XVII de Grotius «*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*» (GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, Darmstadt, 1993, Libri II, Cap. XX, § I, 1-3, p. 462). Sobre isso, COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 217, nota 23 e 218. A reprodução do conceito encontra-se em SANTOS, *Direito Penal*, Curitiba, 2006, p. 453-454.

⁷ Assim, DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §5, p. 45-46; SANTOS, *Direito Penal*, Curitiba, 2006, p. 454-455.

⁸ Embora, esporadicamente, ainda se encontre essa lembrança (v.g. SANTOS, *Direito Penal*, Curitiba, 2006, p. 453-454), seguramente essa não consiste a «base para legitimação» da pena segundo a doutrina retributiva contemporânea (HÖRNLE, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion», In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 16). A propósito, veja-se a orientação onto-antropológica intencionalmente laica de Faria Costa (COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, *passim* e, especialmente, p. 212, nota 16).

⁹ Não parece razoável uma certa tendência a ver univertorialmente «uma idéia de prevenção (geral)» como lídimo epílogo do iluminismo, haja vista que a «idéia matriz de retribuição» encontra-se igualmente tão ligada a esse período. Exemplo disso pode ser constatado na obra de Kant,

para promover o bem para outro»,¹⁰ isso tudo porque «o homem nunca pode ser manipulado como puro meio para as intenções de um outro», nem mesmo «ser confundido sob os objetos do direito das coisas». ¹¹ Pois tem que ser valorado como uma «finalidade em si mesmo» já que «possui uma dignidade (um absoluto valor intrínseco)». ¹² Depois, no idealismo de Hegel, se identifica a defesa da doutrina retributivista no pensamento de que a pena é um «direito» do criminoso – compreendido como ser racional – diretamente relacionada ao exercício da «existência da sua liberdade»¹³ – o qual tem a sua dignidade pessoal negada se «o significado e a medida da sua pena não forem tomadas a partir do seu próprio ato criminoso» ou ainda caso venha a ser «considerado como [um] animal lesivo» que deveria se «fazer não lesivo» com o «fim de intimidação ou melhoramento». ¹⁴

A doutrina da retribuição é seguramente responsável por estabelecer a necessidade imperiosa de proporcionalidade entre os delitos e as penas,¹⁵ de tal modo que mesmo os defensores de outras vias de fundamentação reconhecem o «mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena». ¹⁶ A razão disso se concentra na proteção da dignidade do homem como ser livre e capaz de reflexão sobre as suas ações, que tem condições biopísiquicas de assumir responsabilidades. ¹⁷

As várias doutrinas da retribuição¹⁸ têm sofrido – sobretudo no século passado¹⁹ – críticas comuns a todas elas que podem ser agrupadas nos seguintes cinco pontos. Primeiro, se afirma que a doutrina da retribuição não seria propriamente uma doutrina da pena²⁰ ou, mais

que, por vezes, é qualificada injustificadamente apenas como pertencente ao «*mare magnum* do idealismo alemão» (COSTA, «Ler Beccaria hoje» In: BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa, 2009, p. 13 e COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 216). Sobre a riqueza em «tendências contrárias» que, para ser mais rigoroso, justificaria «falar de vários iluminismos do que de um só» e sobre Kant como o «último representante do Iluminismo do século XVIII e, ao mesmo tempo, o primeiro triunfador dele», ver, respectivamente, MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, 2006, v. 1, p. 197 e 265. Enquadrando Kant no idealismo alemão, ROXIN, Claus, *Strafrecht*, 4ª ed. München: Beck, 2006, v. 1, §3, nm. 4, p. 71; DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4, §5, p. 46; BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, 2009, p. 85 e 92; FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2010, p. 703 e 715.

¹⁰ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt: 1977, 1ª Parte, § 49, p. 453.

¹¹ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt: 1977, 1ª Parte, § 49, p. 453. Aproximadamente 30 anos antes do aparecimento da «Metafísica dos costumes» publicada em 1797, encontra-se – no «Dos delitos e das penas» de Beccaria em 1766 – passagem semelhante sobre a vedação da instrumentalização do homem no sentido de que «não existe liberdade todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa» (BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa, 2009, p. 105) (italico no original), o que não ficou sem ser destacado no comentário introdutório de Marinucci à tradução portuguesa (MARINUCCI, «Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo», In: BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa, 2009, p. 49-50). Sobre o valor da passagem como «chave de leitura transversal» do livro de Beccaria, ver COSTA, «Ler Beccaria hoje» In: BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa, 2009, p. 9.

¹² KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt: 1977, 2ª Parte, §11. p. 569.

¹³ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt, 1986, §100, p. 190. Com uma interpretação da obra de Hegel que o afasta do retributivismo, SEELMANN, Kurt, «Hegels Straftheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'», *Juristische Schulung*, München, 1979, caderno 10, n. 19, 1979, p. 687 e 691.

¹⁴ HEGEL, George Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986, §100, p. 191. Aliás, consta, no aditamento ao §99, a explicação sobre a doutrina da pena de v. Feuerbach como ameaça que seria tratar o homem não consoante a sua «dignidade e liberdade, mas como um cachorro» contra o qual se «levanta um bastão» (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt, 1986, Zusatz § 99, p. 190).

¹⁵ RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Madrid, 1983, p. 833; v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Straf begründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, 2011, p. 45; v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Straf begründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, 2011, p. 53; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, p. 734; FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2010, p. 701-702.

¹⁶ DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, §6, p. 46-47. E mais, sobre a relevância da doutrina da culpa no direito penal contemporâneo e a exigência de culpa para a imposição da pena justa, ver WURTENBERGER, «Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft» In: VOGLER; HERMANN, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 38.

¹⁷ BETTIOL, *Diritto Penale*, Padova, 1982, p. 725; COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 209 e 226-227; v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Straf begründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, 2011, p. 58.

¹⁸ A concepção retributiva da pena não é única e homogênea, segundo v. Hirsch, são, ao menos três, as modalidades na atualidade: (1) retribuição ou vingança do crime, (2) imposição de desvantagem para igualar a injusta vantagem obtida por meio do crime e, mesmo uma terceira de natureza combinada que aqui será estudada na prevenção geral positiva, (3) confirmação reativa da vigência do ordenamento penal (v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Straf begründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, 2011, p. 44).

¹⁹ Período no qual, por coincidência, se observa o significativo declínio na frequência dos estudos acerca da pena, assim como a restrição no âmbito da reflexão, tendo a temática sido «entregue à sorte da doutrina e dogmática penais» num «claro divórcio ou alheamento da filosofia política» (COSTA, *Noções fundamentais de direito penal*, Coimbra, 2007, §14, p. 18 e, antes, COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 210).

²⁰ SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, 1971, p. 44-45.

específico, não se pretenderia uma doutrina da finalidade da pena, pois considera a pena como «entidade independente de fins».²¹ E, portanto, seria um «jogo de palavras desinteressante saber se a concretização de uma idéia – no caso, a idéia da justiça – não é, também ela, um ‘fim’».²² Diante disso, parece não haver efetivamente uma oposição, caso seja considerado que a realização da justiça é o fim último de todo o direito²³ e, portanto, no direito penal, se tem a específica finalidade de realizar a «justiça penal historicamente situada».²⁴ Certo é que a chamada doutrina absoluta não é, em bom rigor, livre de uma finalidade,²⁵ visto que manifestamente intenciona a realização da justiça penal.

Segundo, a proposta de compensar um mal com outro não teria adequação ética, nem apresentaria respaldo científico, pois a pena retributiva esgotaria «o seu sentido no mal que faz sofrer ao delinquente» – algo próprio de uma doutrina puramente socio-negativa²⁶ – que acabaria por se lastrear apenas numa «crença» ou «ato de fé»²⁷ com a consequências de se «revelar» «inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime».²⁸ Tais alegações, entretanto, não podem deixar de ser contestadas, uma vez que as supostas inadequações ética e a carência de cientificidade só podem ser aparentes. Se a pena tem efetivamente por fim a realização da justiça – o que não pode ser prescindido para a pacificação social – não há outra forma de proceder que não seja tomar como base a dignidade do agente como sujeito responsável pelos seus atos. Assim, ao menos como demonstra a fundamentação onto-antropológica da pena, seria – por rigor lógico – um contrassenso considerar a pena essencial para a justiça e, simultaneamente, um mal à sociedade e ao criminoso.²⁹

Terceiro, faltaria a cabal demonstração da competência do Estado penalizar uma vez que nas sociedades liberais, o Estado não deve ter a tarefa de manter ordem moral e sim cumprir funções como a prevenção de lesões e a proteção de bens necessários para uma vida segura.³⁰ E, assim, o retributivismo não se ligaria «direta e imediatamente à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos».³¹ Sobre isso deve se reafirmar que o direito penal não tem qualquer dependência com uma ordem moral dissociada do próprio ordenamento jurídico. Se o direito penal for efetivamente entendido como a fragmentária e subsidiária técnica de tutela de bens terá a sua conformação legítima apenas naquele âmbito de intervenção rigorosamente restrito aos limites do «mínimo ético»³² reconhecível juridicamente por uma determinada comunidade temporalmente situada. E mais, o efeito preventivo no sentido de evitar a ofensa de bens jurídicos conecta-se à retribuição penal da culpa exatamente naquilo que, até certo ponto, é inerente ou inobstável e incontrolavelmente interligado.³³

²¹ DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §8, p. 47.

²² DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §8, p. 48; GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, 2010, p. 345, supostamente seguindo a compreensão geral de ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, nm. 8, p. 73.

²³ São objetivos fundamentais da «República Federativa do Brasil I – construir uma sociedade livre, justa e solidária», assim como é o destino da instituição do «Estado Democrático» brasileiro «assegurar» a «justiça», entendida no conjunto dos «valores supremos» (artigo 3º, I e Preâmbulo da Constituição Federal brasileira). No mesmo sentido, é o artigo 1º da Constituição da República Portuguesa. O reconhecimento do valor da justiça – ao menos naquilo que se refere ao ordenamento jurídico internacional – encontra-se também no artigo 11º da Constituição Italiana. Sobre o «direito justo» como a expectativa que se tem do direito positivo, ver NAUCKE; HARZER, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 2005, p. 2, nm. 5 e sobre a qualificação do direito exatamente a partir da característica de que «ele tem o sentido de ser justo», RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1963, p. 95.

²⁴ COSTA, *Noções fundamentais de direito penal*, Coimbra, 2007, §24, p. 20. Em atenção à idéia de justiça material, no essencial, também BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, München, 1986, p. 36.

²⁵ HÖRNLE, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion», In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 28-29.

²⁶ DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, § 10, p. 48-49.

²⁷ ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, nm. 8, p. 73; SANTOS, *Direito Penal*, Curitiba, 2006, p. 455. Em sentido próximo, FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2010, p. 703 e 717.

²⁸ DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §10, p. 48-49.

²⁹ Mais detalhes, COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 209 e 219.

³⁰ ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, nm. 8, p. 73; RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra, 1995, p. 218 e 237; DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §9, p. 48.

³¹ DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §16, p. 52 e ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, nm. 8, p. 72-73.

³² JELLINEK, *Die sozialistische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Berlin, 1908, p. 45. Especificamente, no direito penal, «os bens jurídico-penais que se defendem são o patrimônio mínimo ético social» (COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 222, nota 43).

³³ v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 55. Para mais detalhes, ver ponto IV.

Quarto, não haveria explicação acerca da necessidade da censura, isto é, por que algo com significado de pena deve ser infligido ao autor da conduta e não apenas uma sanção neutra. Ao que se agregaria o questionamento em relação à presunção da necessidade absoluta da punição que oportunizaria cobertura universal de todo fato criminoso, independente da espécie de crime e do caso em concreto. Em reposta, deve ser dito que os casos nos quais seria suficiente a sanção neutra – se isso é efetivamente possível em termos éticos e axiológicos – são característicos de ilícitos que não devem ser propriamente penais, mas típicos de outras áreas do ordenamento jurídico.³⁴ Mesmo assim a pena deve ser algo desagradável ao condenado.³⁵ Aqui é importante valer-se de um refinamento dogmático nem sempre devidamente atentado pela doutrina. O interrogar sobre a pena pode variar entre quatro questões: por quê, para quê, quando e como punir. São instâncias diferentes de reflexão que remetem a aspectos diferentes do mesmo instituto. A doutrina da retribuição responde a primeira pergunta, na medida que afirma que se deve punir o agente em razão da culpa pela realização do fato, mas – para além da intenção de realização da justiça penal – não indica exaustivamente quer as finalidades que a pena deve cumprir, quer quando e como deverá ocorrer a punição. É por isso que a previsão legal e a formulação doutrinária da dispensa ou isenção de pena não atacam o retributivismo sustentado na culpa como fundamento da pena.

Reconhecer que o juízo positivo de culpa nem sempre implica uma pena – exatamente na forma que diz a lei para o crime base, por exemplo, nos artigos 121, §5º e 129, §8º, do Código Penal³⁶ – não equivale a negar a culpa como fundamento da pena. Mas sim apenas reconhecer que há hipóteses legais especiais e expressas de isenção de pena relacionadas a uma questão de necessidade da punição, ou seja, circunscrita ao «quando» punir. Não há dúvida que os fatos isentos de pena são típicos, ilícitos e culpáveis, em outras palavras, são crimes, como expressão de desvalor jurídico, entretanto, impuníveis. Isso significa persistir no ideal de que toda pena requer inevitavelmente a culpa a qual é o seu fundamento (*nulla poena sine culpa*),³⁷ todavia, há casos em que a culpa é de certo modo que – a lei dispõe expressamente de forma típica – que não há razão inflexível para a imposição da pena.

Ademais, parece não haver justificativa bastante para crer – o que os seus críticos, por vezes, confundem – que toda infração penal carregaria consigo, inultrapassavelmente, o imperativo categórico da punição. Acolher o axioma que impede a instrumentalização do homem, defendido no iluminismo de Beccaria e de Kant, não implica em perpetuar integralmente limitado às fronteiras do modelo kantiano como um todo acabado e perfeito.

Quinto, por fim, se reconheceria a tendência à perda de clareza na explicação ao convocar metáforas imprecisas: quer o retributivismo tradicional, quer o neoretributivismo sob o fundamento de que «a pena retribui o ilícito» ou a alegoria do delinquente que «paga com a mesma moeda» ou, ainda, como a pena poderia revogar o injustificado benefício obtido com o crime.³⁸ Essa crítica trata mais da incapacidade das metáforas para elucidar o que exatamente fundaria a retribuição do que propriamente a oposição ao ideal e fundamento dessa orientação, o que torna viável – por meio de argumentações mais claras, objetivas e aprimoradas – superar tais obscuridade na explicação das razões do retributivismo.

A retribuição consiste, ao fim, na expressão dos princípios da liberdade e autonomia e, consequentemente, responsabilidade e igualdade,³⁹ o que permite assentar o seu fundamento num juízo axiológico ou ético-jurídico encarnado pela culpa do agente da conduta ofensiva,

³⁴ Sobre os critérios para a criminalização de uma conduta social «merecimento de tutela penal» e «carência ou necessidade de tutela penal», ver COSTA, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra, 1992, p. 467 e COSTA, *Noções fundamentais de direito penal*, Coimbra, 2007, p. 182-183. Para uma leitura aproximativa dos conceitos da dogmática penal merecimento e necessidade de pena e a dignidade de tutela penal à análise da estrutura trifásica da proporcionalidade, ver RUIVO, *Criminalidade Financeira*, Porto Alegre, 2011, p. 43-44.

³⁵ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt, 2006, número 6.422, p. 83.

³⁶ «Homicídio simples. Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. Homicídio culposo § 3º – Se o homicídio é culposo: Pena – detenção, de um a três anos. § 5º – Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária» e «Lesão corporal. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano. Pena – reclusão, de dois a oito anos. Lesão corporal culposa. § 6º Se a lesão é culposa: Pena – detenção, de dois meses a um ano. § 8º – Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121».

³⁷ Por exemplo, recentemente, com a correta separação entre fundamento e fins das penas, DOTTI, *Curso de direito penal*, São Paulo, 2012, p. 527.

³⁸ v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 45.

³⁹ COSTA, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra, 1992, p. 386; COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 209.

desvaliosa e reprovável, ao bem jurídico. É preciso ter consciência que isso se afasta obrigatoriamente de qualquer intenção utilitarista profilática e igualmente de um qualquer clamor social por vingança,⁴⁰ mas sim se prende ao dever de realização de justiça no campo de intervenção do direito penal.

3. As chamadas doutrinas relativas

As doutrinas relativas concebem a pena criminal não como um mal legítimo em si mesmo para a justa e proporcional retribuição do desvalor do delito, mas como um instrumento jurídico relacionado ao cumprimento de uma função. A pena deve, portanto, atender ou buscar atender a «finalidade precípua de toda a política-criminal, a prevenção ou profilaxia criminal»,⁴¹ tendo a sua natureza num «instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal».⁴² Tal entender encontra, nos seus primórdios, a suposta afirmação de Protágoras – com aval de Platão – que pode ser lida, quase quatro séculos depois, em Sêneca «*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*».⁴³

O ponto característico essencial das doutrinas relativas consiste no seu cariz antecipatório ou profilático com especial atenção ao futuro, razão pela qual se aplica a denominação de preventivas tendo em vista a intenção de «*praevenire*» – de diversos modos – a prática de condutas futuras. Tais orientações recebem especial divisão em prevenção geral (*general deterrence*) e especial ou individual (*individual deterrence*), sendo primeiro grupo composto pela prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva, já, no segundo, se tem a prevenção especial negativa e a prevenção especial positiva.

3.1. Prevenção geral negativa (intimidação)

Sensivelmente algumas narrativas iluministas oportunizaram o ganho de espaço por parte do ideal da pena como prevenção dos crimes tanto no viés da prevenção geral, quanto da prevenção especial ou individual.⁴⁴ Uma das primeiras teorizações, referida até hoje, com feição preventiva geral negativa é a doutrina da «coação psicológica» (*psychologischen Zwang*) que concebe a «finalidade de ameaça da pena» literalmente como elemento de «intimidação» do eventual agente do delito.⁴⁵ Isto é, a redação legal do ilícito criminal e a associação a ele de uma pena desestimulam, em virtude da ameaça de pena, aqueles interessados em praticar o fato.⁴⁶

Essa orientação tem recebido tradicionais críticas que devem ser mencionadas. Primeiro,

⁴⁰ COSTA, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, p. 234. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, p. 734 e 738.

⁴¹ DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §11, p. 49.

⁴² DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §14, p. 50.

⁴³ É de se observar que a narrativa de Sêneca é construída levando em consideração a gravidade dos crimes e a necessidade de julgamento segundo o referencial da razão, o que, em parte, parece colidir ou, ao menos, limitar a primazia da prevenção sobre a justa punição do criminoso (SENECA, «De ira», *Moral Essays*, London, 1938, v.1, p. 106-355, Livro 1, §7º, p. 158). Tal compreensão teria como ponto de arranque a inexorável irreversibilidade do tempo passado e a necessidade imperiosa de resignação com a instituição presente da proibição visando o efeito futuro (*revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur*), todavia – ao desconsiderar que a justiça que se faz no presente leva em consideração o fato pretérito e projeta consequências para o futuro – polariza em demasia a sua atenção apenas na exemplaridade da punição (SENECA, «De ira», *Moral Essays*, London, 1938, v.1, p. 106-355, Livro 1, §7 e 8, p. 158). Interessante é perceber como – mais de 1700 anos depois no iluminismo italiano – o ideal preventivo (especial e geral) incorpora-se no pensamento de Beccaria ao afirmar que o «fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem o de anular um delito já cometido», mas sim «impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo» (BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa, 2009, p. 84-85). Beccaria seria, para alguns, o primeiro a se dedicar, de modo teórico e global, ao desafio da prevenção dos crimes, o que poderia ser estudado no conjunto do pensamento filosófico denominado, nos dias de hoje, como comunitarismo (KINDHÄUSER, «Acercas de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria», *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, n. 87, 2010, p. 152 e 161).

⁴⁴ Ver, por exemplo, acima nota 38.

⁴⁵ v. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1826, § 16, p. 20. Mais adiante, seguida por Schopenhauer quando afirma sobre o fim da pena que «a única finalidade da lei é intimidação do prejuízo aos direitos de outros» (SCHOPENHAUER, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Köln, 2009, p. 309). Sobre a concepção de Schopenhauer, ver GOTTLIEB, *Schopenhauers Einfluß auf die Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1917, p. 58.

⁴⁶ Assim, em abordagem econômica do direito, EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, 1995, p. 353-354.

a história mostra que o ideal de intimidação não conseguiu impedir a utilização de penas corporais na idade média e de longas penas de prisão no período moderno.⁴⁷ Sendo que nem mesmo se consegue comprovar a utilidade e determinar o *quantum* necessário de penas afitivas para obter o fim pretensamente estabelecido.⁴⁸ Segundo, a falta de um critério limitador da intensidade da pena permite descambar na estruturação do Estado aterrorizador do indivíduo, que retira a tranquilidade dos cidadão e obtém obediência por meio da ameaça penal.⁴⁹ Terceiro, essa orientação não consegue superar a visão do pragmatismo utilitário do custo-benefício para assumir a finalidade de realização da justiça enquanto tal. Quarto, ocorre a utilização da sanção penal de modo exemplar para eventuais e futuros delinquentes, o que, de fato, – num Estado Democrático de Direito constituído tendo como fundamento «a dignidade da pessoa humana» –⁵⁰ não pode haver a instrumentalização do ser humano para cumprir uma qualquer utilidade jurídica ou social.⁵¹

3.2. *Prevenção geral positiva (confirmação da vigência da norma)*

Claramente mais recente – já na segunda metade do século XX –, se apresenta a proposta da prevenção geral de cariz positivo ou também conhecida como «integração/prevenção».⁵² O exato sentido da prevenção geral positiva ainda não é unívoco em termos dogmáticos e político-criminais, haja vista que, no mínimo, duas distintas concepções são possíveis identificar. Para uns, a prevenção geral positiva desempenharia apenas mais uma finalidade no conjunto das finalidades da pena.⁵³ Consistiria na demonstração da «inviolabilidade o direito» necessária para preservar a «confiança na ordem jurídica» e reforçar a «fidelidade jurídica» do povo.⁵⁴ Ao menos, três efeitos seriam visados: (1) fidelidade ao direito, (2) confiança do cidadão no direito e (3) pacificação.⁵⁵

Em consideração a essa orientação, algumas críticas são evidenciáveis. Primeiro, ao que tudo parece indicar, o que é pretendido com a chamada prevenção geral positiva são efeitos oportunizados com o modelo da pena como retribuição do crime. Aliás, fins esses que seriam tão mais efetivamente alcançados, quanto mais certa fosse a punição, vez que não se dúvida que a fidelização ao direito, a confiança do cidadão e, por consequência, a «pacificação social» dependem de uma tal segurança que a certeza da reprovação oferece. Segundo, o fundamento da pena deixa de ser reprovar o fato criminoso para, desvinculado desse núcleo, assumir a finalidade de evitar novas ocorrências delituosas.

Já em outros, a doutrina prevencionista geral é levada as suas últimas consequências. Isto é, a «afirmação da validade da norma» – diga-se do sentido que ela encerra – é assumida como a finalidade legítima do direito penal, a tal ponto que passa mesmo a ser concebida como o único «bem jurídico-penal».⁵⁶ A prevenção define-se como «demonstração da validade da norma» manifestada por meio da «reação» contra o comportamento do responsável pela violação da norma.⁵⁷ Reação essa como necessária para «reafirmar as expectativas normativas»

⁴⁷ SANTOS, *Direito Penal*, Curitiba, 2006, p. 459; DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §17, p. 53.

⁴⁸ JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, 1991, 1/30, p. 21-22; DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §17, p. 53; HÖRNLE, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion», In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechteorie*, Baden-Baden, 2011, p. 20.

⁴⁹ ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, nm. 32 p. 83, seguido por SANTOS, *Direito Penal*, Curitiba, 2006, p. 459. Nesse ponto, exemplo emblemático encontra-se na história francesa do século XVIII, cuja pretensão de segurança pública por meio de punições exemplares oportunizou a manifestação da «*Déclaration royale du 4 mars 1724*», na qual constava expresso que «o furto (*le vol*) doméstico será punido com a pena de morte» (LAINGUI; LEBIGRE, *Histoire du droit penal*, Paris, 1979, p. 117 e 119).

⁵⁰ A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF).

⁵¹ Ver acima nota 9.

⁵² SANTOS, *Direito Penal*, Curitiba, 2006, p. 460.

⁵³ ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, n. 41, p. 87. Veja-se que Roxin sustenta uma concepção unificadora das finalidades da pena (ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, n. 60, p. 95).

⁵⁴ ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, n. 26, p. 80.

⁵⁵ ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, n. 27, p. 80-81.

⁵⁶ JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, 1991, n. 5, p. 36-37. Vale notar que, segundo essa orientação, a categoria do bem jurídico nem segue com a mesma compreensão, nem desempenha sua função tradicional reconhecida pela doutrina penal (JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, 1991, n. 3-4, p. 35-36 e n. 7-8, p. 37-38); KINDHÄUSER, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», In: KOCH, Harald (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht*, Berlin, 1997, p. 84.

⁵⁷ JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, 1991, n. 1-2, p. 5, n.3, p. 6.

frustradas com a ocorrência do crime.⁵⁸ O crime significaria de maneira geral a «recusa de reconhecimento» das qualidades pessoais dos membros da comunidade e, portanto, a pena é «o restabelecimento da relação de reconhecimento» contida na norma.⁵⁹ O fundamento e a finalidade da pena confundem-se sinteticamente no interesse de «evitar as consequências perigosas do crime para a comunidade».⁶⁰

A esse respeito, em atenção à radical modalidade de prevenção geral positiva, algumas objeções não são apenas reconhecíveis, mas seguramente necessárias. Primeiro, é uma compreensão que se afasta da realidade do fato concreto ofensivo ao bem jurídico⁶¹ para atribuir ao direito penal e, em específico, a pena criminal uma função abstrata e indefinida de afirmação da validade das normas.⁶² A pretensão fidelizadora do indivíduo e reforçadora da confiança social no direito é de justiça ainda mais duvidosa, caso a própria ordem jurídica seja entendida como determinada por diversos – mas, à primeira vista, nem sempre coerentes e harmônicos – interesses político-criminais. Pois a validade de qualquer norma jurídica depende, em última instância, do reconhecimento comunitário de uma certa legitimidade ético-axiológica vislumbrada no seu conteúdo.

Segundo, o afastamento do valor tutelado empreende a intensa desmaterialização, abstração e ampliação do espaço de intervenção do direito penal que acaba por retornar – o que inevitavelmente revela um paradoxo – ao mais empedernido positivismo legalista. A norma é o grande bem a ser protegido, que decerto tem o seu valor confirmado apenas por ser expectativa de conduta, o que perfeitamente se compraz no que existe de mais nuclear no positivismo, o valor da segurança jurídica. A finalidade não é a reafirmação da vigência geral da norma, instituinte de um âmbito de proteção do bem jurídico variável de acordo com o contexto interpretativo, antes disso é a afirmação da vigência num específico sentido da norma, que se entende contrariado pela conduta. Daí se pode dizer que não é a confirmação abstrata da existência da norma de conduta, mas sempre a intervenção concreta para preservar um sentido específico e tendencialmente invariável dela.

3.3. *Prevenção especial negativa (neutralização)*

As doutrinas da prevenção especial elegem a execução da pena como tema de reflexão, pois tanto a prevenção especial negativa (neutralização) decorrente da execução da pena, quanto a prevenção especial positiva (ressocialização) são um ideal que eventualmente poderá ser alcançado durante o cumprimento da penalidade. A inocuidade ou neutralização do condenado com o fim de que não cometa novos crimes – enquanto estiver a cumprir a pena – é buscado diretamente, no mais das vezes, por meio da restrição da liberdade total e parcial, também como pela proibição de frequentar determinados lugares durante um certo período,⁶³ mas isso não quer dizer que indiretamente também não possa ser obtido no período em que o condenado presta serviços à comunidade.

Os limites de tal finalidade para ser o fundamento geral da pena criminal são significativos. Primeiro, considera todo aquele que comete um crime indistintamente como uma constante e efetiva ameaça, que imporia como a única medida possível a intervenção neutralizadora, enquanto essa caracterização – se talvez correta em casos pontuais como de criminosos sexuais – não é, de forma alguma, generalizável ao múltiplo universo das variadas espécies de crimes. Segundo, amplamente questionável em termos criminológico consiste a capacidade dessa estratégia de controle da criminalidade assumidamente temporária, na medida que produz efeitos somente no período de execução da pena.

⁵⁸ JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, 1991, n. 6, p. 7.

⁵⁹ SEELMANN, «Hegels Straftheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'», *Juristische Schulung*, München, 1979, caderno 10, n. 19, 1979, p. 690-691; KINDHÄUSER, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», In: KOCH, Harald (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht*, Berlin, 1997, p. 85-86.

⁶⁰ SEELMANN, «Hegels Straftheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'», *Juristische Schulung*, München, 1979, caderno 10, n. 19, 1979, p. 691.

⁶¹ Sobre a centralidade do conceito de crime como ofensa a bem jurídico, ver D'AVILA, *Ofensividade em Direito Penal*, Porto Alegre, 2009, p. 57-79 e, com maiores detalhes, D'AVILA, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, Coimbra, 2005, p. 39-62.

⁶² BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, 2009, p. 102-103.

⁶³ Dispõe o artigo 47 do Código Penal brasileiro «Art. 47 – As penas de interdição temporária de direitos são: (...) IV – proibição de

3.4.

Prevenção especial positiva (ressocialização)

A orientação da prevenção especial positiva está lastreada sobre o ideal de reeducação e reinserção social do condenado na comunidade livre e democrática. Parte do princípio que o crime é um ato de “ignorância” ou mesmo uma “patologia” obra de um criminoso, entendido como ser apartado da realidade comunitária. Segundo essa orientação, os criminosos – ou ao menos a sua maioria – tendem a ser concebidos como sujeitos perigosos ora pouco desenvolvidos cultural ou eticamente, ora portadores de enfermidades e por isso carecedores de educação ou tratamento. Essas medidas são justificadas com total ou relativa independência em relação ao juízo de culpa pelo fato, mas levam em consideração, acima de tudo, às condições pessoais do condenado. Pois, enfim, a pena e o direito penal são concebidos como vocacionados ao exercício curativo e pedagógico. Como indicam os antecedentes recentes e inultrapassáveis – embora reconhecidamente diversos ao que se defende atualmente – no pensamento do positivismo italiano⁶⁴ e na «*nouvelle défense sociale*» francesa⁶⁵ ao proporem capacidades corretivas do condenado por meio da imposição da pena criminal.

Nem sempre devidamente destacado pela doutrina são os traços marcantes que esse programa reeducativo tem na legislação internacional⁶⁶ e brasileira. Por exemplo, se manifesta nos modelos em que a pena privativa de liberdade é «executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso»⁶⁷ até o condenado atingir a plena capacidade de retornar à vida livre e nas oportunidades de remição da pena «por trabalho ou por estudo»⁶⁸ previstos, respectivamente, nos artigos 112 e 126 da Lei de Execução Penal brasileira (Lei 7.210/84).

No que diz respeito às merecidas críticas são evidenciáveis as seguintes. Primeiro, a premissa da qual parte a prevenção especial positiva não encontra respaldo na antropologia e criminologia contemporânea. Pois o criminoso – e não apenas o delinquente dos crimes empresariais – vive inserido na sociedade que é, aliás, o local onde realiza os seus crimes. E, assim, a falada socialização seria mais uma certa compreensão ética da vida em comunidade que propriamente a aquisição de interação comunitária em si mesmo.⁶⁹ Segundo, é impreciso o conteúdo essencial da ressocialização o que arrisca – por meio de uma incorreta compreensão do dever do Estado ressocializar ou, ainda mais gravoso, do apenado deixar-se ressocializar – violar os direitos a «liberdade de consciência e de crença»⁷⁰ e a integridade psíquica do condenado. Não há como afastar completamente a constatação que se nem sempre um certo espírito paternalista moralizador ou médico curativo estatal anima as doutrinas correccionalistas penais, ao menos, é nelas constante o dever imperativo de reforma do condenado. A imposição jurídica de tal reforma íntima desafia o próprio núcleo essencial das repúblicas democráticas e pluralistas, uma vez que a pessoa não tem o direito pleno de autodeterminação e de responsabilização pelas suas condutas, já que se vier a ser condenada a introjeção de valores de uma certa compreensão ética comunitária seria compulsória. A pena, segundo essa orientação, não seria um bem por ser um meio que pressupõe uma pessoa capaz e responsável no exercício da sua liberdade, mas sim porque corrige e educa – ou, se preferível, socializa – o criminoso. Em síntese, conforme avalia Bettiol, a «ideia de defesa social», que a prevenção especial

freqüentar determinados lugares».

⁶⁴ RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Madrid, 1983, p. 833.

⁶⁵ Ver, respectivamente, BETTIOL, *Diritto Penale*, Padova, 1982, p. 740-741 e 741-742, também como, especialmente, p. 740, nota 47.

⁶⁶ Há países nos quais o dever do estado de «reeducação» e «reinserção social» do apenado chega mesmo a ter estatuto constitucional, como é o caso do artigo 25.2 da Constituição Espanhola, cujo texto, conforme indica a doutrina, positiva o acolhimento do correccionalismo alemão – do final do século XIX – sobretudo, de Karl August Röder (RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Madrid, 1983, p. 832 e nota 45). Anteriormente, no mesmo sentido, é o dever de «tender a reeducação do condenado» contida no artigo 27, *comma terzo* da Constituição Italiana.

⁶⁷ LEP «Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão».

⁶⁸ LEP «Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena».

⁶⁹ A dificuldade de seguir o geral modelo ressocializador para o específico caso do delinquente de colarinho-branco – a demandar um «instrumento (ou técnica) de reeducação diversa» – mostra que o que está em questão não é propriamente a socialização ou interação social, mas a reativação do «respeito dos valores fundamentais da vida em sociedade» (FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2010, p. 705-706).

⁷⁰ Art. 5º, VI da Constituição Federal do Brasil.

positiva encarna, «é colocada em pura antítese com a idéia retributiva».⁷¹ Terceiro, há casos em que o crime embora de indubitável gravidade foi cometido por um agente que não demonstra qualquer propensão a voltar a delinquir como é o caso dos crimes passionais.

Em defesa da prevenção especial positiva – ainda que se observe corretamente que não se poder erigir como o único fim da pena –⁷² tem-se afirmado que, desde que entendida como «prevenção da reincidência», seria um «componente irrenunciável das finalidades da pena», porque estaria ligada diretamente a função do direito penal de tutelar o bem jurídico.⁷³ Contudo diante disso deve ser ponderado que se trata de um modelo de justificação altamente preventivo vocacionado ao futuro com tendência a desconsiderar o fato pretérito, que, aliás, é a razão de existência do processo penal e da aplicação da pena. E, assim, o direito penal abandonaria como finalidade o dever de realizar a justiça penal para assumir a intenção de afastar as pessoas da prática de crimes, uma vez que a pena não se orienta à justa retribuição da culpa.

Uma vez já apresentadas as cabíveis críticas à doutrina da ressocialização, deve-se brevemente confrontar a diferença entre o questionável ideal de «ressocialização» e a «evitação de nova dessocialização». Enquanto por ressocialização pretende-se um ideal próximo ao paternalismo, por evitação de nova dessocialização tem-se a postura concreta que deve assumir o Estado para punir o delinquentes sem proporcionar a piora no seu estado físico, psíquico, cultural para além daquilo absolutamente inerente à aplicação da sanção. Mais do que isso, é conveniente que não intervenha, para além dos limites próprios da pena, a fim de salvaguardar as hipóteses de desenvolvimento bio-psíquico-cultural daqueles que tem esse interesse.⁷⁴ Esclarecido isso, obtém-se bases doutrinárias mais sólidas para enfrentar o que propriamente significa a intenção legal de que a execução penal deve «proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado» contida no artigo 1º da LEP.⁷⁵ Percebe-se, assim, nitidamente, que o direito do condenado a ter – durante o período de execução da pena – uma qualidade de vida digna, para que não sofra maiores consequências que aquelas já inerentes à própria natureza da pena, não se confunde, nem impõe inexoravelmente a assunção da prevenção especial positiva própria do programa estatal ressocializador como razão de existir a pena criminal.

4.

As doutrinas unificadoras ou combinadas

Com intuito de superar os problemas individuais e colmatar lacunas explicativas de cada uma das doutrinas foram propostas compreensões assumidamente unificadoras por meio de distintas combinações e priorizações de diversas finalidades da pena. Como é sabido, as doutrinas unificadoras da «prevenção geral mitigadas por meio dos critérios de justiça», depois de quase unanime recusa, têm alcançado novos defensores.⁷⁶ Recentemente, v. Hirsch, por meio de uma análise aproximativa da tradição do direito penal do *Common law* com a dogmática alemã, retoma a questão do quanto inexacto e insuficiente consiste seguir no debate da pena apenas no horizonte dicotômico das doutrinas puramente absolutas ou puramente relativas.⁷⁷ Considera que o modelo de função da pena assume «natureza complexa», de modo

⁷¹ BETTIOL, *Diritto Penale*, Padova, 1982, p. 741.

⁷² Hassemer considera a doutrina da prevenção geral positiva a melhor «candidata» para colocar o ideal de ressocialização no seu devido lugar (HASSEMER, «Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? – Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention», In: PRITZWITZ, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 238-240).

⁷³ DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, § 24 e 26, p. 56-57; BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, 2009, p. 98.

⁷⁴ O Tribunal constitucional alemão já decidiu – em 1967 – que «o Estado não tem a tarefa de “melhor” os seus cidadãos (BVerfGE 22, 180 (219 e s.)). Sobre isso HASSEMER, «Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? – Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention», In: PRITZWITZ, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 238 e ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, v. 1, §3, nm. 17 e 39, p. 76 e 86. No sentido que o Estado deve oferecer os meios necessário a reinserção social do condenado sem obrigar a ressocialização, ver DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §24, p. 56 e, segundo o entendimento que isso é o «objetivo tendencial» da pena, ver FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2010, p. 701-702.

⁷⁵ Artigo 1º veio a introduzir novas intenções legais no sentido de que a execução penal deve por «objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado».

⁷⁶ SEELMANN, Kurt, «Hegels Straftheorie in seinen ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts’», *Juristische Schulung*, München, 1979, caderno 10, n. 19, 1979, p. 691. Por exemplo, v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, 2011, p. 43-67; HÖRNLE, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion», In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, 2011, p. 11-30.

⁷⁷ v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe –*

que contém, por um lado, um «julgamento moral» (censura) e, por outro, «desencorajamento» (prevenção) da realização da conduta criminosa.⁷⁸

Seguem, todavia, mesmo as novas compreensões das doutrinas unificadoras alvo de críticas já que querem, ao fundo, fazer integrar finalidades relativas num corpo teórico que se pretende predominantemente absoluto. Em parte, vale o que se afirmou em relação à compreensão diacrônica de Eberhard Schmidhäuser⁷⁹ sobre a sua adequação apenas numa «visão imediatista do problema pelos destinatários das normas penais»⁸⁰ que acabaria por esquecer que a pena é uma instituição inteira, passível apenas de perspetivação nos seus diversos momentos.⁸¹

E mais. Essencial é lembrar a reflexão de Nietzsche acerca da tendente impossibilidade de rigorosa determinação da exato sentido da punição.⁸² Sensivelmente isso consiste numa constante e significativa ameaça à justa realização do direito penal nos tribunais que, por vezes, acaba por se espelhar na confusão doutrinária entre os fundamentos e as finalidades da pena ou mesmo na polarização do estudo da pena apenas no que diz respeito às suas várias – e se ousa dizer, em boa medida, tendencialmente incontrolláveis – finalidades. Isto é, maior é a dificuldade de inteligir o fenómeno da punição se o fundamento da pena acaba sobreposto ou igualado às finalidades. Pois a fragmentação do sentido da pena consoante à realidade do condenado e de cada um daqueles intervenientes⁸³ tem, em última linha, a incontornável consequência de reduzir ou substituir o problema do fundamento apenas à questão da consecução de finalidades. Não diferente o contemporâneo reavivar das doutrinas unificadoras assume o desafio de harmonizar a utilidade preventiva com um fundamento axiológico, o que, inexoravelmente, demonstra a preponderância do fim sobre o fundamento nas hipóteses de colisão entre ambos.⁸⁴ Certo é que assumir doutrinas ecléticas, que equiparam fundamentos e fins para a solução do problema, arrisca a ampliação da obscuridade e o descontrolo no julgamento do cabimento e necessidade de aplicação da pena criminal.

5.

A proposta do fundamento para além da enunciação das finalidades da pena

Realizado o estudo das chamadas doutrinas absolutas e relativas é a vez de analisar a propriedade explicativa desta bipartição classificatória e para isso enfrentar alguns pontos obscuros nos quais se percebe a confluência de distintos efeitos no instituto da pena criminal. A fundamentação da doutrina da pena alicerçada no sentido retributivo lastreado na culpa do agente nem limita em termos doutrinários, nem impede em termos fáticos que a pena tenha outras consequências, por vezes, mesmo nucleares e essências para outras formulações dogmáticas diversas dessa.

Examine-se, por exemplo, o funcionamento da prevenção geral negativa. A proibição de uma determinada conduta e a associação a ela de uma pena criminal – mesmo em comunidades plurais com excesso de informação – é capaz de orientar condutas de todos aqueles que vem na lei a ameaça de punição estatal. Trata-se de algo próprio da intimidação que a previsão da pena institui, o que – a bom rigor, por se tratar de fenómeno psíquico individual ou coletivo – independe nos seus efeitos do fundamento identificado para a penalidade, assim como não é passível de rigorosa determinação e controlo da eventual exata quantidade de pena necessária para obter esse resultado. É, em última instância, uma questão insondável que depende da confluência de uma série de fatores objetivos e subjetivos. Algo semelhante ocorre na eventual

Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechtstheorie, Baden-Baden, 2011, p. 55-56. Partindo da mesma questão, com outra perspectiva, para propor a reparação do dano como «equivalente funcional da pena», GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, 2010, p. 347-348 e 364.

⁷⁸ v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechtstheorie*, Baden-Baden, 2011, p. 56, nota 31.

⁷⁹ SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, 1971, p. 87-104, esp. 102-104.

⁸⁰ DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §35, p. 62.

⁸¹ DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4º, §35, p. 62.

⁸² Nietzsche afirma que o conceito de pena não representa um sentido, mas sim uma «síntese total de sentidos» que «cristaliza numa forma de unidade, a qual é dificilmente solúvel, difícil para analisar» e «totalmente indefinível», de modo que é «impossível dizer exatamente porque realmente foi punido» (NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral*, Stuttgart, 2009, p. 71, nm. 317).

⁸³ SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, 1971, p. 87-102.

⁸⁴ Veja-se, exemplarmente, a proposta de v. Hirsch de que, em certos casos, numa sociedade pacífica e económico-socialmente suficientemente

consequência de confirmação da vigência da lei penal. A reafirmação normativa resulta da certeza da retribuição na exata proporção devida para a realização da justiça, pois, ao fim, a massiva orientação das condutas dos cidadãos depende do reconhecimento comunitário da legitimidade e da necessidade da norma penal. Isto é, pressupõe que a postura estatal frente à infração da norma não seja, por um lado, abusivamente seletiva ou injustificadamente condescendente no reconhecimento dos comportamentos puníveis e, por outro, não excessiva e arbitrária na medida da pena aplicada. Muito breve: depende, ao fim, da justa e certa punição.

Nesse sentido, é emblemático o caso da pena privativa de liberdade acarretar, como inevitável corolário, a prevenção especial negativa na forma de segregação temporária do condenado. Note-se. O efeito acontece ainda que não se tenha como intenção a inocuização e mesmo se reconheça significativas dúvidas sobre a bondade sociológica do encarceramento. Trata-se de algo – embora ineficiente no que diz respeito à sustentável estratégia de controle da criminalidade – ínsito à própria natureza da pena privativa de liberdade. Por fim, é reconhecível que a experiência do processo de condenação e de cumprimento da pena pode oportunizar ao criminoso a reflexão ética e a reforma dos hábitos, de modo a se adequar aos valores do ordenamento jurídico na forma que espera a prevenção especial positiva. Todavia isso é absolutamente incontrolável por meio dos instrumentos penais, pois depende decerto da vontade do condenado.⁸⁵

6. Conclusão

Se tais observações acima dispostas são corretas, evidencia-se a inadequação científica de persistir na divisão doutrinária em estreita dicotomia, já que algumas consequências – independentes da razão de punir – seriam realmente ínsitas a certas modalidades de pena. É provável inclusive que a classificação teórica dicotômica não seja representativa fiel do que realmente a comunidade idealizou e encontrou na pena ao longo da história e que persiste a deparar na atualidade. Difícilmente a representação da pena criminal goza de pureza conceitual ou explicação unitária na imagem popular e, até mesmo, na prática cotidiana dos tribunais. Trata-se de um modelo explicativo incompleto e inexato, também porque não permite perceber a matização das compreensões doutrinárias, pois, não raramente, as orientações aparecem com uma dogmática combinada.⁸⁶

O prejuízo compreensivo da visão que confunde, equivale ou faz suplantar o problema da justificação da punição pela discussão da utilidade dos fins da pena pode ser sintetizado em quatro pontos: (1) o equívoco jurídico-filosófico, ao supor que o problema dos fins da pena é mais importante, em termos de determinação da intervenção penal, ou mesmo que é capaz de suprir ou resolver a questão da justificação da pena; (2) a perda criminológica e político-criminal, ao encobrir os exatos fundamentos, finalidades, necessidades e limites legítimos da intervenção penal, dado que não se tem realmente como avaliar se a associação de uma pena à determinada conduta desvaliosa tem na sua base quer um fundamento ou uma finalidade, quer ambos; (3) a desorientação da realização judicial do direito, pois a prática dos tribunais perde o referencial do que legitima e delimita a punição ao vislumbrar um conjunto indiferenciado de finalidades que se pode associar à pena; (4) a incapacitação categorial da dogmática penal para a específica avaliação da bondade dos interesses político-criminais na penalização e despenalização de condutas ou, mais especificamente, na sugestão de outras formas de tratamento dos conflitos.

É em atenção à liberdade e à autonomia e a correspondente responsabilidade num Estado democrático fundado na igualdade que se afirma que a pergunta acerca do fundamento – o

desenvolvida, não haveria a necessidade de prevenção o que justificaria a impunibilidade (v. HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung» In: v. HIRSCH, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechtstheorie*, Baden-Baden, 2011, p. 58).

⁸⁵ A dependência da ressocialização essencialmente da vontade do condenado é admitida também pelos defensores da doutrina da reeducação, quando reconhecem haver um ponto de «crise» teórica nos casos em que o crime é «fruto de uma escolha político-ideológica», assim ver FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2010, p. 706. Todavia não resta suficientemente claro o porque, na identificação do conteúdo da autonomia moral do indivíduo, apenas as razões político-ideológicas são privilegiadas, deixando a motivação de ordem ética-religiosa ou ético-pessoal sem qualquer proteção constitucional da liberdade de consciência e de crença.

⁸⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, p. 737.

porque da pena criminal – só pode encontrar resposta na retribuição culpa do autor da conduta ofensiva ao bem jurídico.⁸⁷ Pois a pergunta pelo fundamento de algo é sempre a pergunta pelo seu sentido, o que não se reduz apenas à utilidade, à serventia diante dos interesses que lhe cercam. Não é apenas a identificação da função ou da finalidade de algo, mas sempre uma pergunta que exige a compreensão do ser e igualmente de uma certa noção de verdade. Os meios de intervenção jurídica na realidade não chegam a assumir a singeleza de um mero instrumental, dado que os instrumentos são reconhecidamente elementos nos quais a identificação da utilidade tende mesmo a preponderar sobre o reconhecimento do sentido.

Já, em outro plano, a questão da finalidade – o para que da pena criminal – diz respeito a uma série de consequências práticas relacionados à utilidade do instituto.⁸⁸ Utilidade essa que não pode ser idealmente presumida quer pelo jurista, quer pelo filósofo, mas depende da verificação por meio de estudo criminológico do fenômeno criminal com atenção às características específicas do fato, do perfil do seu autor e do tipo de pena. Isto é, depende especificamente de qual a conduta ofensiva está em questão, bem como de quando e de que forma deve se proceder a punição.

⁸⁷ Ver Ponto I, último parágrafo.

⁸⁸ Alguns dessas consequências são mesmo inerentes a determinados tipos de pena, ver Ponto V, último parágrafo.