TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA COMO CRITÉRIO INICIAL DA ATIVIDADE JUDICIAL DE INDIVIDUALIZAÇÃO

Alexandre Cordeiro, Advogado Criminalista. Professor de Direito Processual Penal da UNIME. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Salvador - UNIFACS. Especialista em Direito Público com ênfase em Processo Penal pela Universidade Potiguar-UNP. Coordenador da Revista Jurídica de Direito Penal e Processo Penal da Pós-Graduação - UNIFACS-2005/2007. Associado da Association Internationale de Droit Penal, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor Convidado dos Cursos de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências e Tecnologia – FTC e do Instituto Baiano de Ensino Superior - IBES. Autor de Diversos Artigos Publicados em Revistas Especializadas.

RESUMO: O presente texto tem a intenção de fomentar a análise crítica e didática acerca das reais finalidades da pena que se apresentam na política criminal realizada e legitimada pelo Direito Penal, contextualizando-as com o princípio individualizador da pena que representa a premissa fundamental que esclarece o magistrado criminal o referencial a ser perseguido para real finalidade quando da aplicação de uma determinada pena ao caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Teorias da pena – Inversão de Sinais.

ABSTRACT: The present text has the intention of fomenting the critical and didactic analysis concerning the real purposes of the penalty that

come in the accomplished criminal politics and legitimated by the Criminal Law, context them with begin him individualization of the penalty that represents the fundamental premise that clears the criminal magistrate the vector to be pursued for real purpose when of the application of a certain penalty to the concrete case.

KEYWORDS: Criminal Law - Penalty's Theory – Inversion of signs.

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - Teorias absolutas ou retributivas; 2.1. Críticas jurídicas à teoria retributivista; 3 - Teorias relativas ou preventivas; 3.1. Prevenção geral; 3.2. Prevenção geral negativa; 3.2.1. Crítica à prevenção geral negativa; 3.3. Prevenção geral positiva; 3.3.1. Crítica à prevenção geral positiva; 3.4. Prevenção especial; 3.4.1. Prevenção especial positiva; 3.4.2. Crítica à prevenção especial positiva; 3.5. Prevenção especial negativa; 3.5.1. Crítica à prevenção especial negativa; 4 - Teorias mistas ou unificadoras; 5 - Conclusão; 6 - Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

> Toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano em punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos. Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos, pois não se pode esperar nenhuma vantagem durável da política moral, se ela não se fundamentar nos sentimentos indeléveis do homem. Toda lei que se afaste deles encontrará sempre resistência contrária, que acabará

> vencendo, da mesma forma que uma força, embora mínima, aplicada, porém, continuamente, vencerá qualquer movimento aplicado com violência a um corpo (Beccaria, 1764).

O presente artigo tem a intenção de fomentar a análise crítica e discursiva acerca das reais finalidades da pena que se apresentam na política penal realizada e legitimada pelo Direito Penal, contextualizando-as com o princípio individualizador da pena que representa a premissa fundamental que esclarece ao magistrado criminal o referencial a ser perseguido para real finalidade quando da aplicação de uma determinada pena ao caso concreto para um delinqüente em particular.

A individualização da pena tem como escopo antever as justificações da pena dentro de um determinado sistema jurídico-penal, no qual redundará certamente em uma decisão judicial que conterá valorações fundantes para uma efetiva fixação da pena, é o que se extrai das lições de Jescheck quando afirma que:

> A análise prévia da finalidade da pena é seguida pela verificação dos elementos fáticos, isto é, a constatação das circunstâncias de fato que podem ter interesse no caso concreto – ex. valor da coisa furtada, modo e motivos da subtração, etc. – encerrando –se esse processo com as considerações de como valorar esses elementos na individualização, atendendo aos fins da pena, e como se transformarão em magnitudes penais, competindo ao juiz uma razoável conseqüência e suficiente conexão intelectual entre os elementos fáticos da individualização, o fato concreto, suas circunstâncias e as condições pessoais do autor do delito (JESCHECK, pp.789-92).

Assim, trataremos as teorias legitimadoras da pena como um reflexo imediato, ou melhor, uma decomposição[1] obrigatória do princípio

[1] Jescheck, Hans – Heinrich, *Tratado de derecho penal*, cit, pp. 786-92. Segundo o autor, o processo e individualização penal se decompõem na determinação dos fins da pena e constatação dos fatos referidos em tal individualização.

constitucional da individualização, tratando as finalidades da pena abstraindo a concepção dogmática e o discurso oficial[2], no entanto colacionando concepções de base empíricas e teóricas com seu desdobramento lógico-reflexivo das diversas correntes filosóficas a respeito da matéria.

Cumpre observar antes de adentrar na teoria justificadora da intervenção estatal, a busca por um conceito de pena que contemple os valores humanísticos inerentes de sociedades em evolução, fugindo das conceituações medíocres e massificadas em grande parte da doutrina onde definem pena como aquela resposta estatal ao agente culpável, autor de um fato típico e antijurídico.

Por isso, a melhor, definição de pena se extrai da lição de René Ariel Dotti[3] em que "a pena é uma instituição social que reflete a medida do estágio cultural de um povo, e ainda o regime político que está submetido". Assim a pena passa a ser o termômetro da evolução de um povo, onde a evolução social é medida pela maneira como é tratado e punido aquele que cometeu um ilícito penal, e o senso crítico das razões, motivos e fins para os quais são aplicadas as sanções[4].

Muitas foram as justificativas, no transcorrer da história, para legitimar e fundamentar a repressão estatal frente à delinqüência, senão vejamos:

---

[2] Cirino dos Santos, *A criminologia radical*, 1981, pp. 69 e 88. Segundo o autor, a análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções declaradas ou manifestas da pena criminal; ao contrário, esse estudo deve rasgar o véu da aparência das funções declaradas ou manifestas da ideologia jurídica oficial, para identificar as funções reais ou latentes da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas na relação capital/trabalho assalariado, que define a separação força de trabalho/meios de produção das sociedades capitalistas contemporâneas. De um modo geral, as formas ideológicas de controle social possuem uma dimensão real pela qual cumprem a função de reproduzir a realidade, e uma dimensão ilusória pela qual ocultam ou encobrem a natureza da realidade produzida. No caso da pena criminal, as funções declaradas ou manifestas constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena; ao contrário, as funções reais ou latentes encobertas pelas funções aparentes da pena criminal, constituem o objeto de pesquisa da teoria criminológica da pena.

[3] *Reforma penal brasileira*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 259.

[4] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu, *Teoria da pena*, São Paulo, RT, 2002, p.129.

2. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS

As teorias retributivas são absolutas, porque não se vinculam a nenhum fim, concebendo a pena com um fundamento em si mesmo, isto é, como castigo, compensação, reação ou retribuição ao delito, justificado por seu valor axiológico intrínseco; portanto, não é meio, mas um dever metajurídico[5].

Na teoria retribucionista, a imposição de pena tem exclusiva tarefa de realizar justiça, devendo a culpabilidade do autor ser compensada com a imposição de um mal proporcional à pena, como conseqüência jurídico penal do delito, encontrando fundamento no livre arbítrio como capacidade do homem de decidir entre o justo e o injusto. O crime é negado e expiado pelo sofrimento da pena que compensa a culpa, voltando-se para o passado (*quia peccatum*), pois seria justo devolver um mal com outro mal[6].

Os principais defensores desta teoria foram Kant e Hegel. No entendimento de Kant, afirma que a lei é um imperativo categórico, tem-se a pena destituída de qualquer função utilitária, aplicada somente pelo fato de a lei ter sido violada, visando fazer justiça; pois, se esta é desconhecida, os homens não teriam razão de ser sobre a terra. Este autor (Kant) define a justiça retributiva como lei inviolável, um imperativo categórico pelo qual todo aquele que mata deve morrer, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa de sangue não recai sobre o povo que não puniu os culpados[7]. É o que se verifica do magistério de Salo Carvalho[8]:

> O modelo penalógico de Kant é estruturado na premissa básica de que a pena não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, ou

[5] Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*, pp. 205-8.
[6] Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*, pp. 205-8.
[7] Kant, Methaphysik der Sitten (1797), p. 331. A famosa hipótese da dissolução da sociedade: "Mesmo se a comunidade de cidadãos, com a concordância de todos os membros, se dissolvesse, o último assassino encontrado na prisão deveria ser previamente executado, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa de sangue não pese sobre o povo que não insistiu na punição."
[8] Carvalho, Salo. *Pena e garantias*, p. 122.

> seja, o fim utilitário ilegítimo. Se o direito utilizasse a pena como instrumento de dissuasão, acabaria por mediatizar o homem, tornando imoral. Logo, a penalidade teria como thelos a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico,encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção. Muito embora utilize critérios de medida e proporção da pena, Kant rememorará modelos primitivos de vingança privada. A teoria absoluta da pena sob o viés Kantiano recupera o principio taliônico, encobrindo-o, no entanto, pelos pressupostos de civilidade e legalidade....

Hegel define crime como a negação do direito e pena como negação da negação e, portanto, como reafirmação do direito. A pena encontraria justificação na necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral representada na ordem jurídica, e que foi negada pela vontade do delinqüente, devendo esta ser negada por meio do castigo penal, para que renasça a afirmação da vontade geral e se restabeleça o direito, sendo que, conforme o grau de intensidade da negação ao direito, também será o *quantum* ou intensidade da negação representada pela pena, como expõe o Prof. Salo Carvalho[9]:

> O princípio fundamental da teoria hegeliana da pena é centrado na idéia de que a violência destrói a si mesma com outra violência: a supressão do crime é a remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência.

2.1. CRÍTICAS JURÍDICAS À TEORIA RETRIBUTIVISTA

Juarez Cirino dos Santos[10] assevera diversas críticas ao discurso jurídico retributivo, entre os quais a de que:

---

[9] Idem.

[10] Cirino dos Santos. *Direito penal*: parte geral. p. 456.

> retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé -, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque o Estado democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – além disso, o direito penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade – e presente em fórmulas famosas como por exemplo, o poder agir de outro modo de WELZEL, ou a falha de motivação jurídica de JAKOBS, ou mesmo a moderna dirigibilidade normativa de ROXIN -, não admite prova empírica. Assim, a pena como retribuição do crime se fundamenta num dado indemonstrável: o mito da liberdade pressuposta da na culpabilidade do autor. **A impossibilidade de demonstrar a liberdade pressuposta na culpabilidade determinou uma mudança na função atribuída a culpabilidade no moderno direito penal: a culpabilidade perde a antiga função de fundamento da pena, que legitima o poder punitivo do Estado em face do indivíduo, para assumir a função atual de limitação da pena, que garante o indivíduo contra o poder punitivo do Estado – uma mudança de sinal dotada de óbvio significado político** (grifo nosso).

Sobre a impossibilidade de o Estado personificar o ensejo de vingança do povo (maioria), pois a democracia não é simplesmente a vontade da maioria, mas o respeito a garantias mínimas da minoria[11], Claus Roxin[12] nos ensina:

[11] Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*, p. 04.
[12] Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*, Civitas, 1999.

> (...) considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a culpa de sangue do povo, expie o delinqüente etc. Tudo isto é concebível apenas por um ato de fé que, segundo nossa constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, de uma pena Estatal.

Luigi Ferrajoli[13] tece críticas à teoria absoluta ou retributivista, pois entende que:

> A idéia da pena como restauração ou reafirmação de ordem violada demonstra um equívoco derivado da confusão entre direito e natureza. Tanto a purificação do delito através do castigo como negação do direito por parte do ilícito e sua simétrica reparação seriam insustentáveis, dado ao fato de crerem erroneamente haver relação de causalidade necessária entre culpa e castigo. Além de representarem concepções substancialistas de delito, vêem na pena função de restauração de uma ordem (jurídica e/ou moral) natural violada.

Para o professor baiano Gamil Föppel El Hireche[14], esta teoria

> "é ainda mais imprestável quando se trata de medida de segurança. De fato, não se pode legitimar a intervenção estatal para o inimputável

[13] Ferrajoli, op. cit., pp. 240-241.
[14] Föppel El Hireche, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*, p. 96.

> para lhe retribuir o mal que causou, até porque este não tem condições nem de entender a ilicitude dos fatos praticados, muito menos a retribuição que lhe se sucederia".

Consequentemente, com as notórias deficiências apresentadas na teoria retributiva, surgem as teorias relativas ou preventivas com o fito de suprir as falhas da teoria que a precedeu.

3. TEORIA RELATIVA OU PREVENTIVA

Com a discordância dos fundamentos apresentados pela teoria retributivista, a ciência criminal busca outros elementos técnicos científicos para legitimar a pena, são as chamadas teorias preventivas, que tem como um dos seus principais idealizadores Feuerbach[15], pois este já preconizava a necessidade de ser reconhecida a função de segurança do Estado, pois entendia que a finalidade deste é a convivência humana de acordo com o direito, o crime representa sua violação, consequentemente o Estado o impede por meio da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação), onde a pena é intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto, como aponta o Prof. Salo Carvalho[16]:

> (...) o fundamento intimidatório da pena estaria condicionado a eficácia dos aparelhos judiciários e executivos. Se o objetivo da pena é a coação psicológica aos pretendentes de ações ilícitas, sua execução deveria ser certa perante os sujeitos passivos primários (infrator) e secundários (sociedade), sob pena de perda do seu caráter essencial: o simbolismo.

Assim a partir desta teoria busca-se uma finalidade para pena, fundamentado na preservação e/ou sobrevivência do grupo social,

---

[15] A formulação mais antiga da teoria preventiva costuma ser atribuída a Sêneca, segundo a qual: nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas para que não volte a pecar.

[16] Carvalho, Salo. *Pena e garantias*, p.127.

ou seja, a pena serviria como um instrumento ou meio de prevenção da prática do delito, inibindo, evitando ou impedindo tanto quanto possível a prática ou a reincidência de delitos, configurando assim um viés utilitarista, como expõe Cezar Bitencourt[17]:

> As teorias relativas da pena apresentam considerável diferença em relação às teorias absolutas, na medida em que buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social. Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, quia peccatum est, somente por que delinqüiu nas teorias relativas à pena se impõe ut ne peccetur, isto é para que não volte a delinqüir.

Indubitavelmente, as funções preventivas da pena dividiram-se em duas direções bem definidas: a prevenção geral e prevenção especial, as quais analisaremos a seguir.

3.1. PREVENÇÃO GERAL

A prevenção nasce dentro de uma concepção iluminista, na transição de um modelo de Estado Absoluto ao Estado Liberal, contemporizando a vida em sociedade em face da guerra de todos contra todos[18] ou dos impulsos da irracionalidade comuns a todos os indivíduos, como explica o Prof. Cezar Bitencourt[19]:

> Essas idéias prevencionistas desenvolveram-se no período do Iluminismo. São teorias que surgem na transição do Estado absoluto ao Estado liberal. Segundo Bustos Ramirez e Hormazabal Malarée,

[17] Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*, p.121.
[18] Matriz filosófica de Hobbes.
[19] Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*, p.124.

> tais idéias tiveram como conseqüência levar o Estado a fundamentar a pena utilizando os princípios que os filósofos do iluminismo opuseram ao absolutismo, isto é, de direito natural ou de estrito laicismo: livre arbítrio ou medo (racionalidade). Em ambos, substitui o poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre a psique. O pressuposto antropológico supõe um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena. A pena, conclui-se, apóia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce coerção psicológica perante os motivos contrários ao ditame do direito.

Dessa maneira, a prevenção geral deve ser analisada sob dois enfoques: a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva.

3.2. PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

De acordo com a teoria da prevenção geral negativa, a pena deve produzir efeitos de intimidação sobre a generalidade das pessoas, atemorizando os possíveis infratores a fim de que estes não cometam quaisquer delitos[20], essa intimidação penal encontra-se alicerçada na teoria da coação psicológica de Feuerbach onde o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça de pena[21], como se depreende das lições do Prof. Paulo de Souza[22]:

> Nesse sentido, a pena é a ameaça da lei contra cidadãos para que se abstenham de cometer crimes, uma coação psicológica que pretende evitar o

[20] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu, *Teoria da pena*, São Paulo, RT, 2002, p.131.
[21] Ver Brandão, *Introdução ao direito penal*, 2002, p.160.
[22] Souza, Paulo S.Xavier de.*individualização da pena:no estado democrático de direito*,2006,p.77.

> fenômeno delitivo, pois diante da ameaça estatal e, ponderando a racionalidade do indivíduo, pode ser persuadido a pensar que não vale a pena praticar o crime porque poderá ser castigado. Em resumo, esta concepção encontra-se centrada na idéia de intimidação coletiva por meio da cominação abstrata da pena, que produziria uma contra-motivação aos comportamentos ilegais.

E conclui o autor:

> "Este esquema encontra respaldo na intimidação por meio da gravidade da cominação penal abstrato, na condenação criminal e intensidade da persecução criminal, visando a aplicação da pena.Com base na prevenção geral negativa o legislador aumenta ou comina sanções severas, acreditando possível reduzir a criminalidade, e é com a mesma intenção, que o juiz imporia penas exemplares, desvinculadas da culpabilidade ou de qualquer garantia."

3.2.1. CRÍTICA JURÍDICA DA PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

A crítica jurídica à prevenção geral negativa aborda diferentes facetas na sua abordagem o que a torna insuperáveis, a primeira e a sua ineficácia inibidora de comportamentos anti-sociais da ameaça estatal, pois não é a gravidade da pena ou rigor da execução penal que desestimularia o autor de praticar crimes, mas sim a certeza ou a probabilidade e/ou risco da punição[23].

A segunda crítica está fundada na falta de um critério limitador da pena, transforma esta prevenção em um terrorismo estatal e por outro lado a exemplaridade incutida nesta prevenção afronta a dignidade

[23] Cirino dos Santos. *Direito penal: parte geral.* p.459.

humana, uma vez que os acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta dos acusados em potenciais.

3.3. PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

No final do século XX, a prevenção geral adquiriu uma forma positiva, em que expressaria um ideal retributivo modificativo, considerando que se fundamenta na afirmação da validade das normas, obtida por meio de uma justa punição ao delinqüente, conclusão que pode ser extraída do conceito formulado por Jescheck, no qual a pena serviria para:

> "Neutralizar o efeito do delito como, por exemplo, negativo para a comunidade, contribuindo para o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, à medida que se procura satisfazer o sentimento de justiça do mundo que está em torno do delinqüente"[24].

No entanto, existem divergências quanto à existência de outras finalidades da pena que não, simplesmente, a de confirmar a vigência da norma. Surge então uma subdivisão nesta teoria, uma fundamentadora e outra limitadora[25]. Para teoria preventiva positiva fundamentadora, defendidas por Welzel e Jakobs, nos ensina Juarez Cirino dos Santos:

> JAKOBS absoltiza a função de prevenção geral positiva, concebida como teoria totalizadora da pena criminal, que concentra as funções declaradas ou manifestas de intimidação, de correção, de neutralização e de retribuição atribuídas a pena criminal pelo discurso punitivo. Nesse sentido, a

[24] Tratado…., op. cit. p. 790-1. Citando Jescheck, crf. Franco. A.S. *Código penal*...., cit., p. 887, v. 1, t. 1.

[25] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu, *Teoria da pena*, São Paulo, RT, 2002,p.132.

> pena criminal definida como prevenção geral positiva, realiza a função de afirmar a validade da norma penal violada; por outro lado, a norma penal reafirmada pela pena criminal, é definida como bem jurídico, um conceito que substitui o conceito de bem jurídico, considerado inútil pelo autor. Assim, define prevenção geral positiva como demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra violação da norma realizada às custas do competente/responsável, necessária para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso. A função positiva de prevenção geral seria dirigida a todos os seres humanos, como exercício (a) de confiança na norma, necessário para saber o que esperar na interação social, (b) de fidelidade jurídica pelo reconhecimento da pena como efeito da contradição da norma e, finalmente, (c) de aceitação das conseqüências respectivas, pela conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena – na verdade, postulados do contrato social do século XVIII, com a aceitação das normas sociais na qualidade de membro da sociedade e aceitação da punição na qualidade de infrator de normas sociais[26].

Já na teoria da prevenção geral limitadora, defendidas por Hassemer e Roxin, a pena seria a reação estatal perante fatos puníveis, para proteger a consciência social da norma. Hassemer acredita que essa proteção consistiria na ajuda prestada ao delinqüente na medida do possível, bem como, na limitação desta ajuda, imposta por meios de critérios da proporcionalidade e de consideração a vítima, espécie de prevenção geral que somente poderá ser alcançada se o direito penal conseguir a formalização do controle social[27].

Roxin tem suas premissas fundadas em três superposições a respeito da prevenção geral positiva limitadora: a primeira no efeito

[26] Cirino dos Santos. *Direito penal: parte geral.* p.461.
[27] Hassemer, W. *Introducción à la criminologia*....,pp.162-4

sociopedagógico de exercício em fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; segundo, o efeito de aumento da confiança do cidadão no ordenamento jurídico pela percepção da imposição do direito e o terceiro é o efeito da pacificação social[28], como nos ensina o Prof. Gustavo Junqueira[29];

> ... a função de informação e confiança acerca da vigência da norma serve não como fundamento único, mas como outro mecanismo de limite em uma dialética com idéia retributivista da pena proporcional e com as necessidades de reintegração social. A atuação serviria para efeito de aprendizagem, para manter e reforçar a confiança da comunidade na inquebrantabilidade do ordenamento jurídico penal, com que se atinge um efeito de pacificação concluindo que foi pacificado o conflito com o autor. Assim, é possível perceber presente a idéia do exercício de confiança da vigência da norma, mas não de forma diretamente reitora da necessidade, da medida ou espécie de pena. Assume tal corrente que o fim da pena no Estado democrático de direito não pode ser outro que não a tutela necessária dos bens jurídicos – penais no caso concreto, e que tal tutela não deve se referir ao passado, mas ao futuro, buscando o restabelecimento da paz jurídica abalada, reforçando a confiança da sociedade na guarda de seus interesses por parte do Estado. Seria também a necessidade de prevenção geral positiva o alicerce capaz de legitimar a necessidade da pena, verdadeiro princípio do qual não pode se afastar o Estado sob pena de afronta aos princípios democráticos.

Vê-se que a diferença entre a teoria limitadora e fundamentadora é que a primeira define a finalidade da pena e empresta um sentido

---

[28] Cirino dos Santos. *Direito penal: parte geral.* p.460.
[29] Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*, p.72-73.

limitador ao direito de punir do Estado, lastreado nos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, entre outros. Enquanto na teoria fundamentadora o fim pretendido com a imposição da pena é especificadamente, a confirmação das normas e seus valores[30].

3.3.1. CRÍTICA À PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

A crítica que se faz à teoria preventiva geral positiva é a total, ou melhor, a ausência de eficácia, pois não há estudos que demonstrem o poder da pena de motivar a fidelidade ao Direito, consequentemente emprestando a pena criminal um caráter de instrumentalização de opressão social, legitimando a seletividade do sistema, vez que a resposta penal depende estreitamente do grau de visibilidade social dos conflitos de desviação existentes numa sociedade[31].

3.4. PREVENÇÃO ESPECIAL

A teoria da prevenção especial visa o delinqüente tendo por objetivo que este não volte a praticar novos delitos, todavia o fim da pena passa a conter seu viés utilitarista, ou seja, é uma atribuição legal dos sujeitos da aplicação e da execução penal.

Na aplicação penal, quando definido pelo juiz na aplicação da pena, através da sentença devendo ser esta individualizada, necessária e suficiente para prevenir o crime como preceitua o art. 59 do CP. Já na execução penal, esta é realizada pelos técnicos visando a promoção harmônica de integração social do condenado[32].

A prevenção especial ocorre em dois caminhos: a prevenção especial positiva e a prevenção especial negativa, as quais analisaremos.

3.4.1. PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

---

[30] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo, RT, 2002, p.132.

[31] Queiroz, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*, p.54.

[32] Cirino dos Santos. *Direito penal*: parte geral. pp.456-457.

A prevenção especial positiva representa o intento ressocializador, a reeducação e a correção do delinqüente, realizado pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais entre outros, visando com a aplicação da pena, a readaptação do sujeito à vida em sociedade.

3.4.2.CRÍTICAS À PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

Indubitavelmente, o que se percebe é a dificuldade de conjugação de valores, se por um lado está uma pseudo reestruturação moral por outro lado estão os ideais de uma sociedade democrática e pluralista. Destarte como afirma Gustavo Junqueira

> "...na idéia de conformação íntima que por mais um motivo tal idéia não pode ser aceita, ou seja, em uma democracia, que exige uma participação ativa e potencial pluralismo, a pretensão de conformar a esfera íntima do sujeito ao talante do que entende conveniente o Estado não pode ser imposta".

Claus Roxin criticando a legitimidade desta corrente, questiona alguns aspectos: "o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter à tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Por que não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias?"[33].

3.5. PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA

A prevenção especial negativa pretende com a aplicação da pena, a intimidação do delinqüente, sua inocuização, para que não volte a delinqüir, como expõe o Prof. Alberto Zacharias Toron[34]:

> ...trata de evitar que o agente criminoso expresse sua maior ou menor periculosidade nas relações

[33] Claus Roxin, *Problemas fundamentais de direito penal*, p.20.
[34] Alberto Zacharias Toron. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*, RT, 1996, p.119.

> sociais. Fala-se em maior ou menor grau numa espécie de neutralização ou inocuização absoluta ou relativa. Esta pode ter um caráter temporal, quando com pena se aparta o sentenciado de forma perpétua, ou por um determinado período da vida social, custodiando-o. Mas a inocuização pode ter um caráter absoluto (definitivo) quando se trata da pena de morte (não se conhece nesta hipótese nenhum caso de reincidência) ou relativo quando destrói parcialmente a pessoa a pessoa e, por exemplo, castra-se o estuprador ou cortam-se as mãos do assaltante ou, ainda, as pernas do trombadinha etc.

Juarez Cirino[35] diz que a prevenção especial negativa é

> "baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produz segurança social, parece óbvia: a chamada incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão - e assim a neutralização do condenado seria uma das funções manifestas e declaradas cumpridas pela pena criminal".

3.5.1. CRÍTICA À PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA

A crítica a essa espécie de prevenção especial deve ser analisada sobre dois prismas, o primeiro em relação à inocuização, pois a irracionalidade entre o fato e a sanção faz sucumbir o próprio Estado Democrático de Direito que apresenta suas premissas nas garantias e direitos fundamentais do indivíduo, preconizado na Carta de 1988,

[35] Cirino dos Santos. *Direito penal: parte geral.* p.458.

assim a eliminação do homem ou de suas eventuais potencialidades fere o pluralismo ínsito da democracia.

Já a segunda guarda relação com a intimidação, que facilita os eventuais abusos ou arbitrariedades, pois rompe com o ideal de garantismo do direito penal, vez que nem ao menos previne porque atua após a prática de um crime, não buscando, ao menos um fim preponderante.

4. TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

As teorias unificadas trazem a tentativa de uma combinação entre as teorias isoladas (retributivista e relativas) com o intuito de superar as deficiências apresentadas por estas, buscando uma pena que resulte ao mesmo tempo ser útil e justa, convertendo a reação penal estatal em meio utilizável para sanar qualquer infração à norma.

Incidem a teoria da união de forma prática nos critérios levados em conta por legisladores, juízes e tribunais para a fixação de penas, como é o caso no Brasil, onde encontra preconizado no art. 59 do CP, justamente consagração desta teoria. A teoria da união apresenta duas vertentes, dependendo da preferência às exigências de justiça ou de prevenção: a teoria de união aditiva e a teoria da união dialética.

Na teoria da união aditiva se caracteriza pelo propósito de compatibilizar justiça e utilidade, dando prioridade às exigências da primeira sobre a segunda. Tem como premissa que o magistrado deve buscar uma fixação de pena justa e adequada à gravidade da culpabilidade do agente pela prática do delito, verifica-se neste entendimento a carga ínsita das teorias absolutas como o fundamento da pena[36].

No que tange a teoria dialética unificadora, formulada por Claus Roxin, recusa a retribuição como fim da imposição da pena, tem com função da pena a proteção subsidiária de bens jurídicos, mediante a prevenção geral negativa na cominação da pena; prevenção geral e especial na aplicação da pena, limitada pela culpabilidade; e prevenção especial na execução da pena[37]. Esta construção teórica impõe ao

[36] Alberto Zacharias Toron. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*, RT, 1996, p.123.

magistrado a determinar até onde pode chegar com a pena que reputa justa e/ou adequada a responsabilidade do autor.

A crítica imposta a estas construções teóricas unificadoras tem como argumento que estas representam uma justaposição das diversas teorias destruindo assim suas concepções originarias ou fundantes, conseqüentemente ampliando a raio de aplicação da resposta penal estatal, quebrando a idéia de um direito penal concebido como mínimo. Outra crítica é a incongruência filosófica de tentar compatibilizar uma teoria que nega um fim a pena (absoluta), com outra que explicita uma finalidade (relativa).

5. CONCLUSÃO

Percebe-se que na compreensão da teoria justificadora da pena está respaldado a (in) evolução de uma determinada sociedade, confundindo-se com o próprio conceito de pena a ser buscado. Destarte a partir de um estudo criminal, afastando todo óbice moral, religioso, maniqueísta de uma finalidade da pena, encontra-se no moderno direito penal o alicerce para uma profunda modificação de vetores que é a inversão de sinal, ou seja, enxergar a legitimação da pena tendo como ponto de partida a culpabilidade, porém não como fundamento da pena, mas sim como limitação desta, do *jus puniendi* do Estado. Sendo o critério indispensável para esta mudança, a individualização judicial da pena em que o magistrado poderá cotejar os valores humanísticos e proporcionais intrínsecos a cada indivíduo, necessários para uma correta prestação jurisdicional.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Luciana. *Lei dos crimes hediondos: uma análise crítica*. Justilex, Brasília, n° 38, 2005.

[37] Shecaira, Sergio Salomão, Corrêa Junior, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo, RT, 2002, p.134.

ARAUJO, Rômulo Souza de. *O resgate constitucional da individualização da pena*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n°.161, abr. 2006.
ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.
BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva 2004.
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: *causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.
BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
BUENO DE CARVALHO, Hamilton e CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*, Lumen Juris, 2004.
CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.
CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*, Lumen Juris, 2003.
CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal parte geral*, ICPC/Lumen Juris, 2006.
DAHENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*, Instituto Tancredo Neves, 1987.
FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
GARCIA PABLOS, Antonio. *Manual de criminologia*. Madri: Espasa-Calpe, 1988.
GOMES, Luiz Flávio. *Progressão de regime nos crimes hediondos*. Disponível em: http: /www.juspodium.com.br/artigos/artigos_244.html. Acesso em 5 de julho de 2005.
GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 2003.
LOPES, Jair Leonardo. *As reações à decisão do STF sobre a progressão nos crimes hediondos*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n°.161, abr. 2006.
MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956.
MIOTTO, Armina Bergamini. *Curso de direito penitenciário*, Saraiva, 1975.
MIR, Luís. *Guerra civil: estado e trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004.
MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de/SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*, Atlas, 2000.
MORAES, Fernanda Teixeira Zanoide de. *O STF foi além da progressão do regime prisional*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n°.161, abr. 2006.
MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Algemas para quem precisa*. Disponível em: http: /www.juspodium.com.br/artigos/artigos_574.html. Acesso em 5 de julho de 2006.
_____. *Estudos de direito processual penal - Temas Atuais*. São Paulo: BH, 2006.
RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952.
SARLET, Ingo. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, Editora Nota Dez, 2003.
SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, RT, 2005.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2004.
SZNICK, Valdir. *Comentários à lei dos crimes hediondos*. São Paulo: Universitária de Direito, 1991.
TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos – O mito da repressão penal*. São Paulo: RT, 1996.
ZAFFARONI, E. Raúl/Batista, Nilo/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2004.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.