

Víctor Gabriel Rodríguez

Fundamentos de
**Direito Penal
Brasileiro**

**Lei Penal e
Teoria Geral do Crime**

editora
atlas

© 2010 by Editora Atlas S.A.

Capa: Roberto de Castro Polisel
Composição: Entexto – Diagramação de textos



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rodríguez, Víctor Gabriel

Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime / Víctor Gabriel Rodríguez. -- São Paulo: Atlas, 2010.

ISBN 978-85-224-5937-7

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título.

10-03315

CDU-343(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito penal 343(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0_ _11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

1

Função do Direito Penal e Função da Pena

1.1 Missão mediata do Direito Penal

O início do estudo do Direito penal deve passar pela busca da resposta a esta questão: qual é a sua função? Ou, em outras palavras: de que serve o Direito penal? Como quase sempre ocorrerá quando se trata de matérias humanas, a resposta a tal questionamento não é unívoca, ou seja, não tem sentido único. Diferentes autores, em distintas épocas, divergirão acerca de qual deve ser a efetiva função do Direito penal.

A primeira ideia, que não pode escapar ao estudante, é a de que, por detrás do Direito penal, repousa a necessidade de *controle social*. Quando o ser humano dispõe-se a viver em sociedade, deve submeter-se a regras de convivência, que podem ser menos ou mais rígidas, conforme a cultura e o momento que atravessa cada sociedade. Mas, em todas elas, existe um conjunto básico de paradigmas de comportamento, que, se desrespeitados, fazem insuportável a vida gregária.

Pensar em regras mínimas de conduta em sociedade reporta à ideia de Contrato Social,¹ em que o homem, a partir de um estado primitivo, denominado “estado

¹ O contratualismo é uma doutrina que procurou dar uma explicação pontual, ou ao menos bastante jurídica, para a ideia de criação da sociedade e do Direito. A doutrina, muito embora aparecesse em filósofos antigos como Epicuro, foi, aos tempos de Beccaria, defendida por teóricos como Grocio, Hobbes, Locke e Rousseau. Existem diferenças entre as concepções contratualistas de cada um desses filósofos, mas aqui expomos a concepção do último. Rousseau afirmava que o homem vivera em

de natureza”, aceita a existência de um governante, que tem o poder de impor regras de conduta a seus súditos. Nesse ato constitutivo, dota-se o governante, claro, de um poder coercitivo, ou seja, um poder de repreender aqueles que desrespeitam um *status* de comportamento. Mas tentar imaginar, como se fosse uma cena de cinema, o momento específico em que o contrato social é aperfeiçoado – dentre outras coisas, concedendo-se a um governante o direito não apenas de punir, mas de *eleger quais condutas são puníveis* – pode, para quem não se voltar à pura Filosofia do Direito, mais ser um fator de confusão do que um contributivo para compreender a origem e função do Direito, aqui especificamente o penal. Porque talvez a ideia de um contrato – imaginado e jamais visto – entre homens não identificados em uma sociedade não específica pareça mesmo uma fantasia.² De todos os modos, serve como discurso para dar um alento, um conforto: que o Direito penal não é pura opressão e castigo de um Estado autoritário, que serve a interesses de um ou de poucos; ao contrário, qualquer regra de conduta imposta pelo Estado é (ou seria) fruto da *vontade livre* do ser humano. Afinal, foi o homem que *contratou* seu governante; logo, o poder punitivo deste é fruto de uma vontade que emana até mesmo daqueles que são punidos.

As diversas concepções a respeito da origem do Estado podem explicar por que o homem a ele se submete, mas isso é matéria específica da Política, a que não se deve agora adentrar. Deve-se, para o estudo do Direito penal, partir de um bifurcado pressuposto: que o Estado *existe* e tem *poder*. Nesse exercício de Poder, o Estado *usa* do Direito penal para coibir as ações que entende que sejam danosas ao convívio social. Se esse poder não for de fato fruto de um acordo entre

um estado primitivo de natureza, em que não existia estado, poder ou sociedade. Nessa situação de desordem, os homens encontram um modo de organização: o acordo (contrato) voluntário em criar restrições de direito necessárias à convivência, delegando-as a um Estado [“Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça senão a si mesmo e permaneça tão livre como antes”. Esse é o problema fundamental cuja solução traz o contrato social”. ROUSSEAU, J. J., *El contrato*, p. 9, cap. VI, trad. livre]. Dentre as várias implicações que essa doutrina traz, destaca-se a clareza da origem laica, ou seja, não divina do governante, o que à época iluminista importava muito, porque deslegitimava o poder absoluto. Kant conduziu ao ápice o contratualismo, porque a ideia de contrato civil lhe serve bem para realçar toda a comunidade política como fruto da autonomia da vontade (Cf. ROCAMORA VALLS, P., *Libertad y Voluntad*, p. 50). Atualmente, a doutrina contratualista é reavivada por teóricos como John Rawls, Robert Nozick e James Buchanan (Prêmio Nobel de Economia em 1986).

² Sou obrigado a ressaltar, entretanto, que há exemplos reais desse contrato, conquanto já posteriormente às primeiras teorias iluministas. É o que ocorreu com o pacto de Mayflower, de 1620 [Cf. COMPARATO, F. K., *Afirmación histórica*, p. 102]. Também nota Peces-Barba que outros exemplos parecidos se podem colher na Grã-Bretanha e suas colônias, como as *Fundamental Orders*, de Connecticut, em 1638, bem como o *Agreement of the People*, pelos soldados ingleses de Cromwell. Cf. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Tránsito*, p. 169-171.

os homens, ao menos o contrato social, como instrumento não palpável, constitui um confortante discurso para que se aceite como legítima a coerção do Estado.

Evidente que a evolução da sociedade mais complexa, e, no quanto possível, *democrática*, faz com que esse exercício de poder seja *limitado*. Há regras de controle do comportamento humano, impostas pelo Estado, mas essa imposição deve ser estreitamente vinculada a limites da legalidade. Uma das grandes funções do Direito penal será, então, a de *impor limites ao poder punitivo do Estado*. Identificamos, assim, uma dupla função *mediata* ao Direito penal: a de *controle social* e a *limitação ao poder de punir estatal*.

1.1.1 O controle social e a pacificação

O ser humano vive em sociedade e não consegue fugir dela. Por mais que se aparte, que se isole, que busque distância de todos os contatos, não logrará passar toda a vida à revelia do convívio. Pode ser o sonho de algum misantropo, ou seja, alguém que não gosta do convívio, viver distante de seus semelhantes: sem diálogo com o chefe, com o cliente, com o fornecedor; longe do vizinho chato e da síndica do prédio; sem notícias sobre os roubos ou os abusos do político corrupto; ou sobre as novas descobertas para o emagrecimento. Porém, essa não é a realidade: os seres humanos são interdependentes. Não vivemos nós um sem outro e, sozinhos – mais ainda nos tempos modernos –, somos incapazes de lidar com a natureza. Qualquer um de nós, se largado em uma selva tal qual *Robson Crusoe*,³ morreria em pouco tempo.

O convívio social demanda *ordem*. Cada ser humano pode impô-la individualmente a seus próprios compromissos, mas isso não basta: é necessário que ela ocorra no tecido social, no conviver dos seres humanos entre si. Para isso existe o Estado: ele deve organizar, em padrões mínimos, a convivência de seus comandados.

Com a finalidade de atingir esse controle, o Estado se municia de vários instrumentos: através dos órgãos da Administração, cobra seus tributos, planeja o orçamento, impõe regras de estímulo e sanção a seus servidores ou aos cidadãos em geral. Para legitimar tais atos, estão presentes as regras do Direito Econômico, Direito Tributário, Direito Administrativo etc. O Estado, por meio de um de seus Poderes – o Judiciário –, também *pacifica* as relações sociais, colocando fim a conflitos, ao fazer uso das regras do Direito Privado: assim, o Direito Civil ou o Direito do Consumidor são utilizados para sanar embates entre particulares. Ao decidir uma lide em Direito Privado, o juiz exerce uma função pacificadora, pois,

³ Um interessante histórico acerca de casos de indivíduos aligados do convívio social aparece em *Cidade de Cristal*, na “Trilogia de Nova Iorque”, de Paul Auster.

ainda que sua decisão possa não *agradar* às partes litigantes (ou a uma delas, ao menos), ambas aceitam a legitimidade da decisão. Ao cumpri-la, elimina um conflito.⁴

Mas casos existem em que as regras do direito privado ou do direito administrativo não são bastantes para pacificar a sociedade, ou manter um aceitável nível de convivência entre os cidadãos. Um homicida, um estuprador, o autor de um roubo, o corrupto, em regra, não serão dissuadidos de suas condutas senão pelo uso da punição (ou mesmo essa punição pode não servir de nada, mas isso será tratado em momento posterior). Essa é a chamada *resposta penal* ao injusto.

Para controlar a sociedade via *resposta penal*, o Estado lança mão de seus três Poderes, que se interpenetram. *Grosso modo*, a Administração (Poder Executivo) persegue os delinquentes e investiga os delitos, por meio dos órgãos policiais; ao Poder Judiciário é dado o encargo de aplicar as punições (efetivar as consequências jurídicas do delito), quando devidas e em sua justa medida, além de zelar pela legalidade de todo o processo que leva à formação do convencimento pelo merecimento da pena; e o Legislativo estabelece todo o conjunto de leis penais, que tornam legítima a aplicação pelo Poder Judiciário da pena em concreto de cada cidadão – dentre essas leis, aparece a descrição dos atos delitivos, ou seja, quais são as condutas que, porque indesejadas, são merecedoras da *resposta penal* do Estado.

O Direito penal aparece, então, nessa sua primeira função mediata (ou indireta), como um conjunto de normas que descreve as condutas intoleráveis ao contexto social, impondo uma punição legítima a seu autor, como maneira de garantir regras *mínimas* para a convivência em sociedade.

1.1.2 Os limites ao Direito de punir

O Direito penal se esgotaria em um conjunto de normas de previsão de comportamentos incômodos e suas consequências não fosse este fato: o de que o Estado tem a comprovada tendência de *abusar* de seu poder.

Se, de um lado, o Estado controla o cidadão, impondo-lhe *limites* para vida em sociedade – porque sem limites os cidadãos tendem ao *abuso* –, de outro lado é necessário também *limitar* seu próprio poder de controle.⁵ Caso contrário, ele

⁴ [Isso, claro, tratando com muita simplicidade. Haverá quem me objete que, ao eliminar um conflito, outro automaticamente é criado, mas aqui não há como se estender a tanto.]

⁵ Hassemer lembra que o próprio contrato social, que legitima de algum modo o Direito penal, prevê essa reação ao abuso do governante: “Pero, por otra parte, también la autoridad superior puede lesionar los límites impuestos a sua actuación, desatender sus funciones o imponer arbitrariamente su voluntad a los ciudadanos, restringiendo por ej. su libertad más de lo que permite el contrato”

tende ao absolutismo: cobra impostos vorazmente, policia a vida do cidadão de modo insuportável, sufoca a opinião daqueles que se opõem a seu regime, devasta a intimidade etc.

A segunda função do Direito penal, talvez mais importante que a primeira, é relacionada a essa *tendência* ao abuso. O Direito penal deve *impor limites severos* à função e à atividade punitivas do poder público.⁶

Os efeitos dessa segunda função são constatáveis com facilidade: a História do Direito penal conduz invariavelmente à conclusão de que sua evolução segue uma linha de *humanização*. Isso significa dizer que, à exceção de alguns fenômenos isolados, a resposta penal ao delito tem sido – em uma análise de lapso temporal prolongado – progressivamente menos cruel. Para ilustrar, basta saber que a pena privativa de liberdade da *reclusão* é hoje a mais severa de nosso ordenamento, enquanto nas Ordenações Filipinas,⁷ que vigoraram no Brasil Colonial nos séculos XVII e XVIII, havia quatro tipos de *pena de morte*! Quando o Estado é menos violento em sua *resposta penal*, significa que ele está a aceitar limites impostos pelo próprio Direito que ele faz criar. No caso, ele acata limites via Direito penal.

Isso não importa em afirmar que o Direito penal deva aproximar-se do *zero*, ou de sua total abolição; implica apenas reconhecer que as punições, ao longo da História da Humanidade, vão-se tornando menos cruéis, e nem por isso menos efetivas. As ideias iluministas foram essenciais para fazer do Direito penal um conjunto de normas que pretende ser científica e estável, impondo um mínimo de proporcionalidade entre o delito praticado e a pena cominada – em lugar da imposição do controle social pela morte e pelo terror, como acontecia nas legislações antigas.

Os iluministas mostraram com perfeição que uma das formas de impor limites ao poder punitivo do Estado é transformar o Direito penal em ciência. A ciência busca a estabilidade de suas regras e enunciados, o que tende a fazer da aplicação do Direito um processo equilibrado, desvinculado do puro ideal de controle pelo terror e pela vingança.

Tal estabilidade que o *status* de ciência concede ao Direito penal certamente favorece sua aplicação. Todo raciocínio humano, atualmente, parece mais justifi-

social. En este caso, muchos de los que defienden la teoría del contrato social admiten también un legítimo derecho de resistencia a la autoridad”. HASSEMER, W., *Derecho Penal y Filosofía*, p. 90-91.

⁶ Daí dizer Mommsen, ainda que no séc. XIX, ao avaliar o DP romano, que ele se inicia “en aquel mismo momento en que la ley del Estado (comprendiendo dentro de ella a la costumbre con fuerza legal) pone limitaciones al arbitrio del depositario del poder penal, esto es, del juez sentenciador”. MOMMSEN, T., *Derecho penal*, p. 84. Robinson, entretanto, pondera que o abuso do magistrado só poderia ser punido se dirigido contra um “bom cidadão”. ROBINSON, O., *The criminal law*, p. 81.

⁷ As ordenações filipinas datam de 1595.

cável quanto mais se aproximar das fórmulas exatas, das medidas silogísticas revigoradas pelo pensamento cartesiano. Longe de paixões e apartado de conclusões que não possam ser, se não empiricamente demonstradas, ao menos indicadas mediante regras formais de pensamento.

Evidentemente, trata-se de uma maneira bem introdutória de cuidar do tema. O operador do Direito deve saber – e disso se tratará mais profundamente no Capítulo 2 – que o empirismo puro não é mais aplicável à ciência jurídica, porque as experiências sociais não podem ser reproduzidas em simulação, colocadas à prova exata, como uma equação matemática. De momento, entretanto, deve-se apenas ter em conta que, se comparado a um mero exercício de força, a reflexão do Direito penal pela via científica representou um avanço.

Por isso, é natural que o estudante que se inicia do Direito penal surpreenda-se com o seu objeto de estudo: esperando encontrar uma série de considerações sobre *por que e como punir*, na verdade depara-se com um conjunto de considerações sobre liberdades individuais e *limites* para punição. Qualquer que seja o doutrinador, iniciará suas considerações a respeito dessa disciplina com alertas sobre direitos e garantias individuais. Em outras palavras, versará sobre a *não punição*.

Há motivos, então, para que a construção da ciência penal seja alicerçada no realce das liberdades: para oprimir, castigar e aterrorizar não é necessário ciência, nem racionalização, nem justiça. Menos ainda previsibilidade e estabilidade. Para impor limites à tendência do poder público de abusar de seu direito de perseguir as infrações, aí sim são necessários estudo, conhecimento, razoabilidade. E regras.

1.2 Missão imediata do Direito Penal: proteger bens jurídicos, revalidar o ordenamento ou neutralizar o inimigo?

Para cumprir seu dever de contenção dos comportamentos inaceitáveis, bem como para impor limites ao poder de punir do Estado, pode-se dizer que existam *caminhos* diversos. É possível escolher⁸ um caminho de um Direito penal mais potente, capilarizado e abrangente, com maiores proibições, regras mais detalhadas de conduta – e conseqüentemente necessidade de um Estado mais policialesco – ou, ao contrário, decidir por um Direito penal que vise a proteger um núcleo reduzido de bens jurídicos. Nessa segunda visão, o Direito penal somente poderia ser acionado quando houvesse lesão ou grave risco de lesão a um bem jurídico relevante.

A investigação sobre a missão *imediata* do Direito penal tende ao infinito, como toda matéria filosófica. Mas é possível, para fins didáticos (ou pragmáticos),

⁸ A escolha aqui tem um sentido figurado, apenas para fluir a linguagem no corpo do texto, como ocorrerá em outros fragmentos, principalmente neste primeiro capítulo. Evidentemente, não se trata de uma opção individual – de um governante, juiz ou doutrinador –, mas de um processo que se constitui com a combinação de fatores sociopolíticos.

identificar duas grandes linhas de pensamento a respeito: aqueles que encontram no Direito penal a (I) missão de proteger bens jurídicos e os que nele encontram a missão de (II) assegurar o ordenamento, a vigência das normas.⁹ Uma terceira corrente identificará no Direito penal a missão de *anular* as possíveis ações perigosas do inimigo do ordenamento, mas se trata de uma situação excepcional.

I. A visão do *Direito penal mínimo* conduz à ideia de que venha apenas a proteger bens jurídicos penalmente relevantes. Uma primeira orientação de redução do Direito penal encontra-se pelos influenciados pela escola de Frankfurt,¹⁰ a saber, em *Winfried Hassemer*. Para Hassemer, o Direito penal tutela bens jurídicos, primordialmente os individuais. Em sua teoria, “não haveria lugar para tutela dos bens coletivos, ao menos que sejam instrumentais em relação aos interesses individuais”.¹¹

Embora seja tema que se verá mais adiante, quando tratar-se da relação DP/Constituição,¹² já se podem aqui fazer algumas observações acerca do estado atual da teoria do bem jurídico. Sua conceituação é praticamente inexistente e a discussão sobre sua exata função para legitimar uma proibição ocupa grande parte da literatura. De momento, creio relevante a distinção entre bem jurídico e objeto da ação. Ambos não se confundem conceitualmente, pois o objeto da ação é o fim do curso *meramente externo* da ação. O objeto da ação é aquele indicado imediatamente pelo tipo, sem qualquer consideração acerca da importância social daquilo que é tutelado. O bem jurídico protegido pode estar expresso no próprio tipo penal, mas não é obrigatório que isso ocorra.¹³ Daí o engano da técnica legislativa que entenda suficiente indicar, como bem jurídico, um nome na rubrica ou no título do capítulo, pois a mera enunciação não o constrói.¹⁴

Mas é Luigi Ferrajoli atualmente a maior expressão do garantismo¹⁵ penal. O autor demonstra como os homens, em sua história moderna, confrontam-se em caminhos distintos de pensamento quando o Direito penal procura responder à questão, que aqui se levanta, de: “que punir?”. Na origem das concepções ilustradas,

⁹ Outra das dificuldades que aqui se colocam é que, talvez, essas funções do Direito penal sejam encontradas *a posteriori*, ou seja, apenas como modo de *legitimar* algo – a punição e o modo como ela se opera no corpo da sociedade, mediante ação dos governantes –, como um discurso que *encontra* uma razão, mas que não a *construiu*.

¹⁰ A Escola de Frankfurt refere-se a um grupo de pensadores da década de 1920, com tendência marxista, que criaram conceitos como a cultura de massa e algumas das teorias da comunicação. Dentre os principais expoentes dessa escola estão Jürgen Habermas e Erich Fromm.

¹¹ MARINUCCI, G.; DOLCINI, E., *Derecho Penal Mínimo*, p. 155.

¹² Vide 3.4.3.

¹³ Vide Capítulo 6.

¹⁴ Alerta dessa natureza está em ROXIN, C., *El legislador no lo puede todo*, p. 327.

¹⁵ Zaffaroni, para realçar seu posicionamento crítico acerca do Direito penal do inimigo, faz crítica terminológica, afirmando que “Referir-se a um direito penal garantista em um estado de direito é uma grosseira redundância, porque nele não pode haver outro direito penal que não o de garantias, de modo que supõe-se que todo penalista, nesse ponto, é partidário das garantias, ou seja, que é garantista” (tradução livre). ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho Penal*, p. 169.

mostra o autor italiano, no pensamento que vai de Thomasius a Feuerbach y Humbolt, Locke, dentre outros, “o objeto do delito deveria ser necessariamente um direito subjetivo natural da pessoa”, e, até mesmo na escola clássica de Carrara,¹⁶ o objeto do delito teria de ser “um mal sensível que o delito produz ao violar um direito atacado”. Mas, na segunda metade do século XIX, expõe, as teorias anti-garantistas (que chama também de anti-ilustradas), os conceitos de bem jurídico perderam sua função axiológica. Seu significado não apenas se amplia, como também sofre alteração de seu referente empírico, que se desloca dos interesses individuais afetados ao interesse do Estado. Ferrajoli identifica em Hegel o primeiro passo desse direcionamento estatalista da função do Direito penal, que se dilatou conceitualmente até chegar à ideia de que todo delito é, como escreveu Maggiore, na realidade, um delito de lesa-majestade. Ou seja, o Direito penal, quando se afasta das ideias iluministas, passa, *grosso modo*, a proteger o Estado, e não o cidadão.

Para Ferrajoli, um exemplo dessa regressão das ideias iluministas foram os comentários de Manzini¹⁷ ao Código Penal Fascista de 1930, em que se identificaram como objeto do delito de homicídios, lesões, coações, furto e similares não já a vida humana, mas o interesse do Estado na segurança das pessoas físicas, o interesse público na inviolabilidade dos bens patrimoniais etc. A consequência dessas sucessivas orientações autoritárias é que o injusto¹⁸ vá “dilatando-se indefinidamente até compreender as situações mais vagas de perigo abstrato ou presumido”.¹⁹ Após a Segunda Guerra Mundial, segue Ferrajoli, o renascimento de uma cultura democrática recuperou seu caráter garantista em virtude do trabalho de penalistas que restauraram suas referências a situações objetivas de fatos independentes ou prévios às normas jurídicas e, por outro lado, devolveram a relevância crítica e a função axiológica²⁰ ao conceito de bem jurídico. Vale notar que o autor italiano reconhece que uma conceituação de bem jurídico não responde satisfatoriamente à questão de *o que* deve ser punido. Entretanto, muito já lhe serve reconhecer que a lesão a um bem jurídico é condição necessária (ainda que não suficiente) para justificar sua punição, a título de crime.²¹

¹⁶ Vide 2.2.3.

¹⁷ Embora, em seu tratado, noto eu, Manzini mantenha a afirmação didática de ser vedada analogia a qualquer norma penal de conteúdo incriminador. Cf. MANZINI, V., *Trattato*, v. I, p. 257.

¹⁸ Para o leitor que não encontra sentido na palavra *injusto* como substantivo, tenha em conta que ela é definida em 5.2.

¹⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, p. 469.

²⁰ Axialógico é, *grosso modo*, algo relativo a um valor.

²¹ “En realidad no puede alcanzarse una definición exclusiva e exhaustiva de la noción de bien jurídico. Lo que significa que una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente – y además no serviría de nada que nos lo dijera – que una determinada proposición penal es

A teoria garantista de Ferrajoli mantém em grande medida as características positivistas de Kelsen e, mais modernamente, de Bobbio, para valorizar a diferença entre ser e dever-ser (bem como a clássica separação entre direito e moral, a hetero-poiese do Estado de Direito, o modelo de validade e vigência),²² a fim de propor a valorização das garantias constitucionais²³ e o modelo do juiz atuante por meio de um positivismo crítico.²⁴

II. Mas tal posicionamento não é unânime. Para Welzel,²⁵ talvez o autor mais influente do Direito Penal, entretanto, a tarefa primária do sistema penal não é a proteção dos bens jurídicos.²⁶ Sua mais profunda missão é de natureza ético-social positiva: a garantia dos valores ético-sociais.

Isso importa dizer que o Direito penal, na opinião de Welzel, deve expandir-se para além da mera proteção dos bens jurídicos, alcançando a proteção do próprio *ordenamento jurídico*: a norma penal garante a vigência das leis como um todo.

As teorias comunicativas do Direito penal, que concedem um ponto de vista sociológico à normatividade, também contribuem para o afastamento da legitimidade do Direito penal enquanto garantidor único de bens jurídicos.

Ainda que em polos opostos, é o caso das teorias *funcionalistas* de Niklas Luhmann e da teoria dos discursos e dos direitos humanos em Jürgen Habermas. Bernd Müssig explica essa questão, ao defender a tese de que está esgotada a visão do Direito penal apenas como um defensor de bens jurídicos. Sob seu ponto de vista, o problema da legitimação do Direito penal não é uma questão relativa a determinados bens jurídicos,²⁷ mas está diretamente relacionado à configuração da sociedade. Müssig critica os autores que se prendem a afirmar que a legitimidade do Direito penal esteja na proteção do bem jurídico, acusando Hassemer de confundir o bem jurídico com o que seria um processo de criminalização. Seu conceito de bem jurídico tende mais a uma descrição afirmativa da experiência valorativa social, o que se aproximaria de uma petição de princípio. Entendem-se conseqüentemente os sistemas sociais como contextos de comunicação e a sociedade como o conjunto de todas

justa en cuanto protege un determinado bien jurídico. [...] Pero, por otra parte, esto es todo lo que se pide a la categoría del 'bien jurídico', cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito". FERRAJOLI, idem, p. 471.

²² Cf. RUIZ MIGUEL, A., *Validez*, em sua identificação com Kelsen, especialmente p. 215-216.

²³ LORA, P., de, *Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo*, p. 259 a 263, com posicionamento crítico.

²⁴ Cf. GASCÓN ABELLÁN, M., *La Teoría General*, p. 27.

²⁵ Welzel faleceu em 1977 e foi professor em Bonn, Alemanha.

²⁶ Nesse sentido nota Müssig: "El cambio de perspectiva característico de toda la obra de Welzel, desde el 'desvalor del resultado' al 'desvalor de la acción', otorga a la idea de la protección de bienes jurídicos una configuración dentro de su concepción del Derecho Penal que es clara y al mismo tiempo supone una relativización: en el pensamiento de Welzel, la protección de bienes jurídicos como objetivo del Derecho penal se imbrica en la finalidad de conjunto del mantenimiento de los 'valores de acción', perdiendo así su posición sobresaliente en cuanto punto de referencia legitimador primario". MÜSSIG, B., *Desmaterialización del Bien Jurídico*, p. 174.

²⁷ MÜSSIG, B., *Desmaterialización*, p. 171.

as comunicações, em que “a normatividade acaba desvinculada de toda referência valorativa pressuposta axiomáticamente como necessária”. Esse pensamento redonda na negação das teorias clássicas do bem jurídico, embasado na subordinação do social ao individual. O bem jurídico penal, ao não se confundir com o direito fundamental protegido constitucionalmente, dá margem à ideia de legitimação exclusiva daqueles em relação aos valores constitucionais. Nas palavras de Portilla Contreras, explicando o tema, “La base teórica de los mismos no es otra que la teoría funcionalista”,²⁸ na medida em que se adapta, na eleição do bem jurídico, a autonomia da esfera jurídica a um cálculo de custo e benefício social ou ao funcionalismo sistêmico.

O Direito é um conjunto de regras da situação comunicativa, os limites produzidos nos processos de comunicação que determinam a configuração do sistema. A sociedade tem lugar dentro desses limites normativos. E, nesse contexto, a função do Direito penal seria a garantia da vigência dessas mesmas normas – ou, em outras palavras, a garantia do próprio Direito.²⁹ O Direito penal, então, garante o Direito em geral, que tem como função uma segurança de expectativas de conduta, na medida em que as normas são esquemas de orientação para os contatos sociais, um horizonte para que as interações sociais ocorram. A partir desse ponto de vista socializado e difuso, não fica difícil reconhecer que a legitimação do Direito penal afasta-se do liberalismo da proteção de bens jurídicos pessoais ou dos coletivos que sirvam diretamente ao desenvolvimento pessoal do indivíduo, quando lesionados ou gravemente ameaçados.³⁰

A legitimação do Direito penal por meio da proteção de bens jurídicos exclusivamente pessoais é criticada, de um lado, pelos critérios materiais de definição sobre o que seria sujeito e, de outro, porque a complexidade das conexões da sociedade moderna não permitiria a estreita configuração jurídica do indivíduo como sujeito pessoal de direitos. Ambas parecem fundir-se na ideia de que a sociedade complexa dificulta a identificação das aspirações e dos direitos pessoais, o que implica não ser suficiente “determinar as esferas do sujeito através de bens ‘clássicos’”.³¹ O Direito penal atual, e nisso nos aprofundaremos em outro momento, terá de conviver de alguma maneira com a dissolução dos conceitos antigos de valores a serem protegidos. Não que os valores humanos tenham sido de todo

²⁸ “La base teórica de los mismos no es otra que la teoría funcionalista, cuyo pretendido carácter neutral no impide su contribución al desarrollo de un proceso conservador de legitimación que, aplicado al concepto de bien jurídico, significa que el interés jurídico adquiere la condición de bien jurídico penal condicionado su valoración social, puesto que en la teoría sistémica apenas importa la naturaleza del objeto y sí, por contra, la estructura de dependencia existente entre el sistema social y sus subsistemas”. PORTILLA CONTRERAS, G., *La Influencia de las Ciencias sociales*, p. 103.

²⁹ “La determinación de la función social del Derecho penal se vincula inmediatamente a la definición del concepto de normatividad: la pena es una, aunque no necesariamente la única, posibilidad de reacción demostrativa a un acontecimiento que defrauda una expectativa. El derecho penal sirve por lo tanto para la estabilización contrafáctica de expectativas de conducta relevantes para el conjunto de la sociedad: determina y formaliza las condiciones bajo las que el poder público queda habilitado para aplicar una sanción jurídico-penal como reacción necesariamente definida por la sociedad frente a un quebrantamiento de la norma”. MUSSIG, B., *Desmaterialización*, p. 192.

³⁰ Vide 2.3.6.2.

³¹ Idem, p. 205.

alterados, mas as circunstâncias da vida atual forçaram – há que se reconhecer – que emergissem outros valores, novos.

A ideia da impossibilidade de o Direito penal ter como missão, na complexa sociedade pós-moderna,³² a proteção de bens jurídicos individuais ou que, ainda que coletivos, sejam diretamente relacionados ao desenvolvimento da personalidade esbarra, em nossa opinião, menos na indefinição das relações, papéis e aspirações sociais do indivíduo e mais na ideia da garantia de relações livres do risco, típicas de uma sociedade hedonista, que pouco se prepara para as más consequências de seu extremado comodismo: a perda da liberdade no excesso normativo e na própria indefinição das proibições, calcadas em meras expectativas de comportamento que são mais indefinidas que os direitos individuais. Mas isso – tomo a liberdade de assim dizer – são as características dos novos tempos (ou, para parecer menos conservador, dos tempos atuais), contra a qual não cabe combater, senão constatar.

Difícil, portanto, é conter o Direito penal na proteção mínima de direitos fundamentais, como pretendem os garantistas, para que se evite a falta de confiança na *artificial reason* do Direito, que por sua vez leva ao caos normativo observando-se a tutela de direitos fundamentais, ainda que não perfeitos.³³

³² “Una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del Derecho, debida a la elevada ‘complejidad’ de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos generarían – según autores como Luhmann, Teubner y Zolo – una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del Derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales”. FERRAJOLI, L., *El Derecho como Sistema de Garantías*, p. 205.

³³ Portilla Contreras não identifica no distanciamento do bem jurídico penal tradicional, necessariamente, a inflação legislativa. Além do argumento mais comum da necessidade de tutela de direitos sociais, como os econômicos e o meio ambiente, o autor afirma: “Discrepo de Ferrajoli cuando observa una tendencia a la inflación de los derechos identificados con cualquier expectativa merecedora de tutela: medio ambiente, paz, calidad de vida, derechos que jurídicamente no existen en el sentido de que nunca han sido estipulados en una ley positiva. Pero que son simples exigencias de justicia carente de base empírica en el derecho vigente. Pues con esta tesis reduce, por una parte, la existencia del Derecho a su reconocimiento positivo en el marco de una Constitución que es paradigma y expresión de relaciones de poder y por otra, de la aplicación e interpretación de los jueces, corriéndose el peligro de un desmedido uso alternativo del derecho”. Idem, p. 120. Pois o discurso de um Direito penal funcional passa por criticar o excessivo liberalismo do Direito penal mínimo, na medida em que este garantiria direitos que estão acessíveis apenas a uma parcela da população, enquanto, *grosso modo*, os direitos sociais, por sua difusão, aproveitam a todos. Entretanto, parece estar bastante admitida, pelos próprios funcionalistas, a ideia de expansão do Direito penal quando este se volta à defesa das relações sociais e de suas expectativas, e, daí, o fenômeno da inflação legislativa parece-nos inevitável.

Nesse ponto, há de se dar razão a Silva Sánchez, quando observa ser impossível a redução do Direito penal à proteção de bens jurídicos de primeira ordem. O autor lembra que aqueles que pensam no regresso ao Direito penal liberal do século XIX pensam em um Direito penal que nunca existiu, seja porque existiam ali fatores de organização social que já não há, seja porque todo o sistema de garantias liberal funcionava como um contrapeso ao extraordinário rigor das sanções cominadas.³⁴ Consideração dessa natureza, entretanto, leva o autor espanhol a reduzir, de maneira que nos parece pouco justificável, a questão da expansão do Direito penal à expansão da pena privativa de liberdade.³⁵

O problema da expansão do Direito penal não se pode cingir exclusivamente, entretanto, à questão da dicotomia privação de liberdade/restrrição de direitos, mas deve abarcar o de esse instrumento *violento* ser ou não legitimado a interferir em condutas de maior ou menor potencial lesivo à sociedade. No Direito brasileiro, especificamente, o fato de as penas restritivas de direito serem substitutivas às privativas de liberdade (art. 44 do CP), em detalhado rol, já é bastante para que se possa inferir que a legitimidade da intervenção penal e o alargamento ou a constrição do sistema de garantias são decisões a serem tomadas anteriormente à escolha da qualidade da pena a ser aplicada, que depende de diversas fatores – alguns deles subjetivos –, os quais não podem anteceder à política da intervenção penal. Ressalte-se, aliás, que mesmo antes da Lei nº 9.714/98, que aumentou a margem de substituição das penas restritivas de direito, a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, de 1984, já revelava sua preocupação com as alternativas à prisão, para “substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal” (29), sem que isso implicasse qualquer tolerância com restrição de garantias ou tendência a maior incriminação.

A complexidade das relações sociais e a existência de novos riscos (ou a vontade de não mais os tolerar), que importam maior tendência à garantia de algumas expectativas de comportamento na convivência social, fazem com que subsista a tendência do Direito penal em expandir-se. Deve-se, evidentemente, manter sua função de tentar conter a desarrazoada ampliação do Estado, esta que ocorre com o surgimento de normas penais que servem apenas para conceder um discurso, uma retórica de segurança (por sinal suficientemente eficaz). Essas normas formam um Direito penal exclusivamente *simbólico*, que identifica “a especial importância outorgada pelo legislador aos aspectos de comunicação política a curto prazo na aprovação das correspondentes normas [penais]”,³⁶ e marcam um excessivo punitivismo, ou seja, normas que impõem condenações penais que serão aplicadas, com grande rigor e, muito provavelmente, de modo desproporcional.³⁷

Não se pode tolerar um Direito penal com finalidade unicamente preventiva, mas se pode esperar dele, ainda que em parte, a função de garantir algumas

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La Expansión del Derecho Penal*, p. 149.

³⁵ “Sentado esto, también puede procederse a matizar otra cuestión: seguramente, el problema no es tanto la expansión del Derecho penal en general, sino específicamente la expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad. Es esta última la que debe realmente ser contenida”. *Idem*, p. 152.

³⁶ CANCIO MELIÁ, M., *¿Derecho Penal del Enemigo?*, p. 77.

³⁷ “Por lo tanto, el Derecho Penal Simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo”. *Idem*, p. 78.

expectativas de comportamento social e de valorização do ordenamento jurídico. Portanto, a missão imediata do Direito penal é a de preservar bens jurídicos, mas também a de garantir expectativas de comportamento.³⁸

III. Mais recentemente discutido, entretanto, é o posicionamento de Günther Jakobs, que culmina na concepção que ele denominou de Direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*). Com seus diversos argumentos, Jakobs alcança o dever de prevenção geral positiva da pena³⁹ e responde à questão de que o ser humano condenado possa ser *instrumentalizado*, ou seja, servir de meio para um exemplo positivo ou negativo, de ameaça de castigo geral ou de confirmação de vigência da norma.

Diz Jakobs que a prevenção geral positiva respeita a ideia kantiana de que o homem é um fim em si mesmo,⁴⁰ e portanto não pode ser tratado como um objeto do Direito, ao se

³⁸ No item 1.4 há consideração mais pessoalizada sobre o tema.

³⁹ Vide tópico 3.2.1.3.

⁴⁰ Zaffaroni, em contraposição ao Direito penal do inimigo, que diz caminhar no fio da injúria (p. 1077), encontra falha filosófica grave na construção de Jakobs da referida teoria. Diz que Jakobs, em sua construção do Direito penal do inimigo, traça um percurso que seria reducionista ao desenhar uma contraposição entre as teorias de Hobbes, Rousseau e Fichte. Afirma o professor argentino que nenhum historiador da filosofia faz essa contraposição. Se é certo que os três pensadores citados considerariam o criminoso como inimigo, o caminho metodologicamente correto seria encontrar contraponto ao absolutismo hobbesiano em Locke, como representante da teoria liberal. Nas palavras de Zaffaroni, “no es un error filosófico menor la omisión a toda referencia a la línea Locke/ Feuerbach, como si la concepción liberal del estado no hubiese existido, para colocar la polarización ideológica en otra parte” (p. 1079). Entre outras ideias, Zaffaroni encontra as origens remotas do Direito penal do inimigo em Platão, que afirmara que o infrator é inferior por sua incapacidade de alcançar o mundo de ideias puras, devendo ser este eliminado se essa tendência for irreversível. Mais modernamente encontra a tendência em Garofalo e, de modo mais evidente, em Mezger, em sua inspiração em Schmidt, com a ideia de culpabilidade por condução da vida (*Lebensführung*), como uma “*actio libera in causa* existencial” (p. 1086) e pela qualificação de inimigo àquele que não tivesse as mesmas aspirações que o estado nazista (p. 1087), que por seus “extraordinários defeitos de compreensão e caráter” fosse incapaz de cumprir com suas próprias forças as exigências mínimas da comunidade. Conclui Zaffaroni ser impossível aceitar a tese de Jakobs de que se possa construir um Direito penal do inimigo não autoritário. Cf. ZAFFARONI, E. R. *¿Es posible un derecho penal no autoritario?* No mesmo sentido: ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho Penal*, p. 132-133. Pérez del Valle, entretanto, examinando obra de Gracia Martín (Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia) e a crítica que faz este último aos que resistem às tendências *modernizadoras* do Direito penal, entende errônea a contraposição entre Rousseau e Locke no que se refere às tendências do Direito penal, especialmente em relação à propriedade privada. As influências de Rousseau seriam visíveis naqueles que entendem que o dano social da propriedade privada a faz fator criminógeno (p. 151). Uma clássica contraposição, então, identificaria “una oposición radical entre el estado liberal – que se corresponde con el derecho penal liberal – y el estado social moderno – que se correspondería con el derecho penal moderno – se fundaría en una visión antiliberal – o más bien anticapitalista – de Rousseau, cuyos frutos se vieron agostados por el estado liberal burgués” (p. 153). Aponta que “Locke y Rousseau no recorren un camino distinto en su concepción de la sociedad política y del derecho” (p. 159). Mas Rousseau chegou muito mais longe, segundo o autor, quando entendeu o

lhe impor um castigo para que sirva à liberdade e ao bem-estar dos demais. Assenta que é possível infligir dor unicamente na medida em que se venha a equilibrar aquilo que o autor tenha piorado mediante sua ação, já que de fato haveria dado um exemplo de falta de respeito ao ordenamento. Em suas palavras: “então, o comportamento delitivo se considera uma alternativa inaceitável, e assim se produz uma atitude natural de fidelidade ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, se fala de prevenção geral positiva, devendo ser a coletividade a destinatária do processo, sendo confirmada em sua atitude a fidelidade ao ordenamento – por isso prevenção geral – mas – por isso positiva – não mediante intimidação, mas mediante uma aprendizagem da fidelidade ao ordenamento como atitude natural”.⁴¹ A ideia de que a pena representa uma contradição ao significado negativo do fato e que, assim, produz prevenção geral positiva conduz Jakobs a considerar a criminalização não como meio de assegurar bens jurídicos, mas como meio de assegurar a vigência da norma. A proteção de bens jurídicos será realizada pelo Direito penal, porém de modo mediato.⁴²

O autor alemão conduziu ao extremo tal percurso racional, o que o levou a afirmar que o Direito penal conhece dois polos ou tendências de regulamentação, quais sejam, o trato com o cidadão e o trato com o inimigo, este que deve ser o quanto antes interceptado em sua periculosidade, para que ofereça menos riscos sociais.⁴³ O Direito penal do inimigo, por sua vez, leva consigo mais a tendência de proteção ante riscos do que propriamente da garantia do ordenamento jurídico.⁴⁴

Para o professor de Bonn, quem não concede uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não pode esperar ser tratado como pessoa, pois do contrário seria vulnerado o direito à segurança dos demais.⁴⁵ Evidentemente, tal ideia joga por terra tudo o que se construiu para chegar a um Direito penal do

papel da religião como instrumento para o estado lograr infundir sentimento de sociabilidade em seus súditos. Nesse ponto, Rousseau avançaria ao totalitarismo, na medida em que o Estado “no renuncia a una pretensión real de controlar los deseos de los ciudadanos”. Isso leva o autor a afirmar que “La voluntad general de Rousseau, por más que el contractualismo moderno intente evitarlo, en la razón práctica, conduce al totalitarismo. Y si se quiere evitar, evítese a Rousseau”. PÉREZ DEL VALLE, C., *En torno a la modernización*, p. 161. Cf. também JAKOBS, G., *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa*, p. 60.

⁴¹ JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática*, p. 55.

⁴² JAKOBS, G., *idem*, p. 59.

⁴³ Jakobs adverte que não é a sociedade que exclui o inimigo, mas este que se autoexclui, “porque no presta su obligación de hacer, es decir, no se ocupa de que respecto de él pueda presumirse un comportamiento fiel al ordenamiento jurídico”. JAKOBS, G., *¿Derecho penal del Enemigo? Un estudio*, p. 107.

⁴⁴ JAKOBS, G., *¿Derecho penal del Enemigo? Un estudio*, p. 113.

⁴⁵ “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”. JAKOBS, G., *Derecho Penal del Enemigo*, p. 56. “Cuando evidente que el delincuente no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad, el combate de la delincuencia y el combate de aquél son una misma cosa. Entonces ya no es persona, sino una fuente potencial de delincuencia, un enemigo”. JAKOBS, G., *Dogmática de Derecho Penal*, p. 68.

fato. A consequência do Direito penal do inimigo é a *persecução* a determinado grupo de pessoas, o que o identifica como Direito penal do autor.⁴⁶ Não obstante seus desvios, o Direito penal do inimigo rende frutos na dogmática de muitos países, inclusive a brasileira.⁴⁷

Não se pode deixar de notar, entretanto, que incorrem em reducionismo os penalistas que circunscrevem a obra de Jakobs a sua concepção do *Feindstrafrecht*. Excelentes doutrinadores demonstram que o alcance da teoria do professor de Bonn é falacioso, que peca por desconsideração de temas imprescindíveis ao propor a inocuidade do inimigo. Se isso ocorre, está implícito que a preocupação demasiada às conclusões últimas do autor denota que elas nascem de uma boa teoria, que se rompeu, claro, quando tentou chegar a extremos. Considerar o pensamento de Jakobs, na evolução funcionalista e, principalmente, normativista que ele revelou em temas nodais do Direito Penal não significa anuir a suas conclusões últimas, como sugerem alguns autores.⁴⁸

As concepções (porque creio que não se pode hoje falar em uma *teoria* do Direito penal do inimigo) terão todas uma forma racional de, todavia, galgar a um extremo inaceitável.

⁴⁶ Segundo Demetrio Crespo, a legislação de seu país sofre influência dessa regressão ao Direito penal do autor. A afirmação, infelizmente, encontra eco na realidade legislativa brasileira: “Lamentablemente dicha concepción no es solo teórica, sino efectivamente existente en nuestra legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo, tráfico de drogas o inmigración), y en la praxis de la política internacional (la que, de forma cruda, no se pregunta ‘las causas’ de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que sólo quiere combatir ‘los efectos’ incluso mediante ‘guerras preventivas’ o ‘asesinatos selectivos’). Siendo así, no se trata lógicamente de ‘matar al mensajero’, pero tampoco, de mantener una actitud puramente ‘descriptivo-explicativa’ (aparentemente neutral), y todavía menos ‘directa o indirectamente legitimadora’, sobre la base de un débil, y en todo caso cuestionable, fundamento filosófico subyacente”. DEMETRIO CRESPO, E., *Del Derecho penal liberal*, p. 1030. Cancio Meliá, por sua vez, identifica a presença do Direito penal do inimigo também na legislação que determina expulsão de estrangeiros de seu país (art. 89 do CP espanhol) – cf. CANCIO MELIÁ, M., *La Expulsión de Ciudadanos Extranjeros*, p. 211-212.

⁴⁷ Gracia Martín resume em cinco as características típicas do Direito penal do inimigo: (a) criação de tipos que dão lugar a uma antecipação da punibilidade; (b) a desproporcionalidade das penas; (c) utilização de tipos penais abertos no Direito alemão, em leis que Jakobs denomina “de luta ou combate”; (d) restrição às garantias processuais dos imputados; (e) e acrescenta o autor que também se deve notar como, em matéria de execução penal, as leis também apontam tendência de restringir liberdades. “Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o que amplían los requisitos de la libertad condicional”. GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo*, p. 106-112.

⁴⁸ Ao afirmá-lo, eu tampouco deixo de a mim mesmo suscitar a questão de que é natural que toda [essa afirmação está na obra de Penella, ao introduzir um estudo sobre a Falange (p. 13), e coincide com a assertiva de Adorno (p. 54) que, a seu tempo, dizia-se mais preocupado com as organizações de ultradireita infiltradas na democracia que propriamente os sectarismos neonazistas]. Tentarei evitar ao máximo, em Direito penal, cuidar de posicionamentos de esquerda ou de direita, também porque não me vinculo a nenhum deles, porque o totalitarismo a nada conduz: um direito penal que tampouco tome qualquer providência no sentido de reprimir o criminoso e, em casos extremos, afastá-lo do convívio social, dentro do plano democrático, a médio prazo *abre margem* para a aceitação de discursos totalitários excludentes. Isso também tenho claro.

1.2.1 Missão do Direito Penal: ponto de vista pessoal

O Capítulo 2, que cuidará da evolução da dogmática criminal, será suficiente para *ilustrar* o ponto de vista que temos sobre a função do Direito Penal. Acredito que não se possa separar função do *Direito Penal* como ciência da função da lei penal, porque ambos se interpenetram, ou ao menos embaraçam suas raízes. Daí que a função do Direito penal pode ser apreendida de o que comprova a história de sua dogmática: que é necessidade do ser humano *racionalizar* de algum modo a brutalidade e a violência inevitável que o sistema de penas configura. Violência da qual até o momento nenhuma sociedade organizada conseguiu prescindir.

A evolução do Direito penal, como ciência e como conjunto de leis, é portanto cultural. E nela está presente essa tensão, de dois extremos que se querem afastar: o racionalismo e a necessidade de controle. A constante função do Direito penal é a de tentar *equilibrar a tensão que surge entre a cultura historicamente desenvolvida (em especial, os Direitos Humanos, e dentro destes o controle das ganas de poder do próprio Estado) e a necessidade de punição àqueles que enfrentam gravemente as regras sociais de conduta.*

Por isso, Direito penal e sua evolução histórica são indissociáveis.

1.3 A função da pena

Direito Penal não é o mesmo que *pena*. Aquele é uma ciência que tem por objeto a imposição legal da pena e a garantia das liberdades individuais; esta é o instrumento sancionador de que se utiliza o Direito penal. Repetindo: *função do Direito penal e função da pena* são temas diversos.

Quem já conhece as primeiras linhas de Direito penal notou que – até mesmo pela estrutura do Código Penal – duas vertentes de estudo convivem na Parte Geral: primeiramente, estuda-se a *teoria do crime*; depois, a *teoria da pena*. Em tese, portanto, conhecer a *função da pena* seria pertinente apenas a uma segunda fase de estudo, em que se introduzem os tipos de sanção, algo que bem aparece sob a denominação de *consequências jurídicas do delito*. Porém, entendemos que é prejudicial deixar de aproveitar o estudo mais abstrato da missão do Direito penal para conhecer os diversos posicionamentos existentes a respeito do tema: *para que serve a pena?*⁴⁹

⁴⁹ Chaves Camargo bem expressa essa função de integração do sistema sancionatório ao Direito penal, a partir do finalismo, que atribui à pena uma função de manutenção de ordem social. Para o autor nacional, a partir de Weizel, "A pena deixa de ser um instrumento absoluto de atingir-se a paz social, através de um sistema sancionatório repressivo, e passa a integrar todo o sistema de Direito Penal. As teorias da pena refletem os critérios adotados pelo sistema de Direito Penal, conectadas aos demais institutos desta ciência, para a definição do resultado sancionador determinado pelos pressupostos indicativos dos limites deste poder de punir do Estado". CAMARGO, A. L. C., *Sistema de Penas*, p. 38-39.

A resposta à questão é fundamental. Afinal, não se pode passar despercebido por esta problemática: quando o juiz aplica uma pena a alguém, o que ele pretende? Aonde quer chegar com a pena (que efeitos quer produzir)? Deseja castigar o autor de um crime? Recuperá-lo ao convívio social? Atemorizar o resto da sociedade, para que outros não venham a cometer delito semelhante?

As respostas para a questão não são unânimes, mas podem-se identificar grupos de autores que manifestam coincidências de pensamento em *teorias absolutas* e *teorias relativas*.

Vamos a elas.

1.3.1 Teorias absolutas da função da pena

As teorias absolutas são aquelas que identificam a função da pena como uma *retribuição* ao mal causado pelo crime. Na concepção das teorias que justificam a pena de modo absoluto, *não* existe nela uma preocupação política, uma preocupação *para o futuro*. A pena é simplesmente “necessária para o estado social, porque, do contrário, volta-se ao estado de natureza pré-contratual”.⁵⁰

O principal expositor dessa teoria é o filósofo alemão *Immanuel Kant*. Ele entendia que o Estado deveria retribuir, com a pena, um mal causado pelo infrator. A única finalidade da pena, para Kant, seria a compensação do dano causado pelo delito, como na lei de talião. A concepção do filósofo alemão não deixa, portanto, de vincular-se a uma ideia de *proporcionalidade*, ainda que rudimentar, porém fundamentada, dentro do contexto do pensamento do filósofo, em argumentos logicamente sustentáveis.⁵¹

Mas não se pode dizer que a concepção kantiana seja reducionista, ou seja, pouco refletida, simplesmente porque não concede à pena uma função transcendente, que ultrapasse o indivíduo e o mal causado. Na verdade, a concepção kantiana é muito coerente com sua ideia de fundamentação ética da norma: a pena deixa de ser uma retribuição moral e desaparece a preocupação com os efeitos que ela possa causar no condenado ou na sociedade como um todo. Isso, porém, é proposital. Afinal, Kant elaborava o pensamento de que, se a pena tivesse um fim social, político, o condenado seria utilizado como um *instrumento* para a pacificação social. E, se o homem é um fim em si mesmo, ele não pode ser *instrumentalizado* para o bem da coletividade.⁵²

⁵⁰ Assim explica Zaffaroni o pensamento de Kant. ZAFFARONI, E. R., *Manual*, p. 37.

⁵¹ Segundo Chaves Camargo, “as ideias Kantianas exercerem forte influência no Direito Penal, havendo, até hoje, autores que a admitem como uma forma de atribuir à pena um caráter dissuasório, como vingança pelo mal que é o crime praticado e que tem consequências sociais alarmantes”. CAMARGO, L. A. C., *Sistema de penas*, p. 40.

⁵² Zaffaroni faz notar que Kant parte da ideia do contratualismo hobbesiano (antes do contrato social não havia direitos, apenas guerra), para dizer que a pena garante o estado do ser humano como um fim em si próprio. Nesse sentido, afirma o autor argentino que “La teoría kantiana de la pena, lejos de ser una teoría absoluta porque ésta sea un fin en si misma, es la más radical de las

Nesse sentido, a pena como retribuição proporcional ao delito e à culpabilidade aparece bem delineada no pensamento kantiano. O único entrave dessa concepção, em nossa opinião, é o desapego a qualquer função política da pena, a exemplo da ressocialização do condenado. Na prática, ao aplicar a sanção penal, o juiz não pode visar apenas a uma retribuição, nos moldes da lei do talião, mas deve tentar alcançar outros objetivos, a exemplo da reinserção social do apenado e da diminuição da sensação difusa de impunidade.

O retribucionismo puro está também presente no pensamento de Hegel, Carrara e Binding, cada qual a seu modo.⁵³

1.3.2 Teorias relativas da função da pena

Muito embora ainda se possa sustentar que a pena é um castigo, a crença de que o homem pode ser reeducado, ou que a sanção penal venha de algum modo a ser utilizada em proveito da sociedade, semeou as teorias *relativas* ou *de prevenção* sobre o tema.

O sentido da pena é modificado a partir da constatação de que a mera retribuição não é suficiente para conter a criminalidade.⁵⁴ Evidentemente, passa-se de uma concepção meramente ética da pena, como validação formal de um contrato firmado entre os cidadãos, para uma preocupação com aquilo que a pena pode servir à sociedade.

Isso implica afirmar que a função da pena passa a ser um objeto *multidisciplinar* de estudo: há que se conhecer como a pena atua no sujeito, em que medida a evolução intelectual do homem impõe sanções menos cruéis, qual é a força da condenação criminal para dissuadir o crime no seio social etc. O jurista, quando assume então essas teorias relativas, ao mesmo tempo admite que a antropologia, a psicologia e a sociologia podem em grande medida contribuir para a aplicação da pena justa.

Para os adeptos das teorias relativas, a pena projeta-se para um efeito *futuro*, daí dizer-se que se está diante de um conceito utilitarista. Dentro desses conceitos preventivos da sanção penal, destacam-se a prevenção geral (positiva e negativa) e a prevenção especial (positiva e negativa). Há que se compreender cada uma delas.

1.3.2.1.1 Prevenção geral negativa

A prevenção geral é aquela que não visa exercer seu efeito no condenado, mas na sociedade como um todo. Essa prevenção geral é *negativa* quando objetiva

teorías de la defensa social, pues la venganza talional es directamente condición del estado civil, fuera del cual es humano no era respetado como fin en si mismo". ZAFFARONI, E. R., *Manual*, p. 211.

⁵³ Vide CAMARGO, cit., p. 41-45.

⁵⁴ Note-se aqui já o primeiro ponto crítico. Ao preocupar-se na contenção da criminalidade, deixa-se de pensar (ou ao menos de pensar prioritariamente) no indivíduo como *merecedor* da reprimenda.

dissuadir a coletividade do cometimento do crime. Em diferentes palavras, ela serve para que aqueles que têm alguma tendência a delinquir abandonem qualquer estímulo que a tanto lhes falte,⁵⁵ porque estão *atemorizados* com a aplicação da sanção criminal a outro.

A prevenção geral negativa pode-se traduzir portanto pelo efeito de *intimidação* que a aplicação da pena em um indivíduo exerce a todos os demais.⁵⁶ A História do Brasil é repleta de exemplos de aplicação de penas que tinham efeito de desestimular os potenciais criminosos ao cometimento de crimes, a exemplo da utilização do *pelourinho* e da morte na forca, sempre realizada em praça pública, de grande visibilidade.

Atualmente, não há enforcamentos em praça pública, nem chibatadas no pelourinho. Porém, o sentido de prevenção geral negativa opera-se pelos meios contemporâneos: a mídia cuida de mostrar o suplício dos condenados em penitenciárias, a superlotação dos presídios, o raquitismo dos reclusos; em escala mundial, exemplos não faltam: Saddam Hussein é condenado à morte, em sessão restrita às autoridades de seu país. Mas um telefone celular, muito estrategicamente infiltrado no cadafalso, consegue filmar o ex-ditador sucumbindo ao poder do novo e democrático governo do pós-guerra estadunidense. E aí está a morte na forca mais divulgada de todos os tempos. Trata-se, óbvio, de uma técnica-*show* do estado para atemorizar todos aqueles que se atreverem a desafiar as ordens ocidentais de conduta geral negativa, à sua maneira.

À finalidade da pena como prevenção geral negativa podem-se opor duas objeções pertinentes: a primeira delas, de que essa função acentua a tendência de o Direito penal ampliar-se muito, chegando à injustiça, pelo exagero na punição. Como segunda objeção, a ideia de que o efeito de intimidação da pena não é incisivo, principalmente porque os motivos que levam ao delito são complexos. Dessa complexidade advém a consequência de que um único contraestímulo não seria suficiente para dissuadir o criminoso da ideia de delinquir, até porque contará em grande medida com a hipótese de que nenhuma pena lhe será aplicada.⁵⁷

Há de se considerar, também, a razão que existe nas considerações que faz Jakobs acerca da p.g. negativa. Segundo o autor, o principal equívoco dessa teoria é fincar-se em uma

⁵⁵ Veja-se, no Capítulo 2, como Bentham enuncia esse posicionamento, de modo muito calculista.

⁵⁶ REALE JR., no entanto, defende que a prevenção da pena, em seu aspecto negativo, aparece no momento da *cominação legal*: “No momento da cominação legal, como imperativo dirigido a todos os membros da sociedade, fixando-se os âmbitos do proibido e do permitido, a pena exerce uma função intimidativa e assecuratória à sociedade de que aquele valor que pode ser atingido pela ação delituosa está sendo protegido, por via da ameaça e se infligir um mal se esta ação não vier a ser realizada”. REALE JR., M., *Instituições*, v. I, p. 45.

⁵⁷ Nesse sentido, ROCHA: “No entanto, a eficácia intimidatória atribuída à pena é bem menor do que se imagina. Se o contraestímulo da pena pode inibir aqueles indivíduos que vacilam entre o bem e o mal, tal intimidação apresenta-se mínima quanto aos indivíduos voltados à prática habitual do crime. O delinquente habitual comumente trabalha com a hipótese de que seu delito permanecerá ignorado, ou, ao menos, de que não será descoberto como seu autor”. ROCHA, F. A. N. G. da, *Direito Penal*, p. 21.

premissa equivocada: a prevenção geral negativa calcula o benefício que o delinquente poderia obter ao cometer um crime (benefício potencial). Calculado esse benefício, compensa-o com um mal: a pena; entretanto, critica Jakobs, sob tal ótica deixa-se de considerar a *danosidade* do fato delitivo. O problema dessa desproporção, conforme o professor de Bonn, é que a p.g.n. considera apenas o ponto de vista do potencial autor do delito (o quanto a pena psicologicamente lhe intimida), enquanto o resto da sociedade (não potencialmente criminosos) com isso não se importa: a sociedade em geral considera o delito não como algo proveitoso ao seu autor, mas como algo prejudicial a seus membros.⁵⁸ De fato, consideramos a cominação da pena deve observar, de algum modo, a reconstituição do mal causado, ou sua compensação, o que não existe em uma p.g.n. absoluta.

Em um país em que é largamente difundida *impunidade* não se pode ocultar que o efeito de prevenção negativa da pena é diminuto, seja porque a probabilidade da punição é pequena, seja porque as reprimendas a alguns delitos são muito leves. Por conta de falhas nas instituições, com algum exagero pode-se dizer que a pena cominada coage psicologicamente aqueles que não são potenciais criminosos, ao mesmo tempo em que *não* intimida os que de fato estão na iminência de delinquir.

1.3.2.1.2 Prevenção geral positiva

A pena tem uma função de prevenção geral em aspecto também *positivo*. Isso significa afirmar que ela serve, à sociedade (por isso *geral*), como um modo de *afirmação* de um valor (por isso *positivo*).

Dentro da visão funcionalista do direito é que mais se propaga a ideia de pena como *reafirmação* do ordenamento jurídico. *Grosso modo*, importa afirmar que, quando uma sanção penal é imposta, o Estado, com seu poder punitivo, *reafirma* o valor violado pelo delito, e assim reinstitui, no corpo social, a confiança no ordenamento.

Com o sentido preventivo positivo da pena, dá-se a repositividade do valor ofendido por meio do delito, como se dizendo a toda a sociedade que é possível que a aplicação da pena venha a reconstruir a carga ética do ordenamento jurídico quebrantado. Também a prevenção geral positiva pode compensar o caráter fragmentário do Direito penal, porque seu efeito se esparge positivamente para a coletividade, constituindo-se em um verdadeiro exercício de fidelidade ao direito.

Não há que se negar que existe na pena esse sentido preventivo geral, pois, bem ao acordo dos normativistas, há uma expectativa do cumprimento de normas – não só as jurídicas – por todos os componentes da coletividade. Quando essa expectativa é rompida (ou ao menos quando é rompida bruscamente), passa a ser necessário refazê-la (ou refazer a confiança de que essa expectativa daí em diante

⁵⁸ “Tales miembros no consideran primordialmente al delito como un suceso potencialmente provechoso para el autor, sino potencialmente perjudicial para ellos mismos”. JAKOBS, G., *Derecho Penal*, p. 28.

se mantenha), como se o poder público necessitasse a todo momento confirmar que, apesar da existência do delito, o bem protegido pela norma penal ainda é valorizado no contexto social. Evidentemente, o efeito reverso também é verdadeiro: a não aplicação de pena para o delito frustra as expectativas sociais, pois a impunidade transforma-se no momento em que o poder público nega proteção a um bem jurídico, sendo omissivo em sua obrigação de reagir à violação de uma expectativa que recomporia o quadro padrão, de bens jurídicos preservados.

As razões dos defensores da prevenção geral positiva vão desde a própria característica educativa da pena até seu constante aspecto de orientação para os valores vigentes, escapando, mais que qualquer outra concepção, da simples ideia retributiva, de sanção penal como *castigo*.

Mas é impossível desconhecer a contundência do raciocínio que defende que, quando um indivíduo é condenado para servir de exemplo (positivo ou negativo) ao contexto social, transforma-se em *instrumento* do Estado, que o *utiliza* para sua própria finalidade pública. Assim sendo, por útil que seja a pena à coletividade, e por mais que a prevenção geral positiva aponte para um fim construtivo da pena, a crítica kantiana deve ser levada em consideração: quando se condena alguém não por castigo a seu próprio pecado, mas para que a *sociedade* sinta um valor positivo do ordenamento, ou uma intimidação, está-se visando a uma finalidade *utilitarista*.⁵⁹

Para evitar essas críticas, grande parte da doutrina lembra que, se a pena não ultrapassar os limites da culpabilidade,⁶⁰ seu efeito preventivo geral (positivo ou negativo) não pode ser encarado como uma utilização indevida (ou desmerecida) da pessoa do condenado para que fins sociais sejam atingidos.⁶¹ Entretanto, não se deve esconder a propriedade da crítica, ao menos para que sirva de alerta de que um caráter meramente funcional da pena pode representar injusto sacrifício do indivíduo condenado.

⁵⁹ Claro que não há mal no utilitarismo por si mesmo, mas aí está implícito o *sacrifício* de um indivíduo pelo bem comum, sem seu consentimento.

⁶⁰ Ademais, a fluidez do conceito de culpabilidade (vide Capítulo 8) não permitirá que ele, por assim dizer, se responsabilize por refrear toda a injustiça que a pena pode trazer nela mesma.

⁶¹ “Não se objete que o fim intimidativo, de prevenção geral, instrumentaliza o homem, pois é punido para que os outros não delinquam. A punição deve ser imposta para dar exemplo, mas aplicada de forma justa pode ter força intimidativa”. REALE JR., M., *Instituições*, v. I, cit., p. 57.

1.3.2.2 *Prevenção especial*

Fala-se em *prevenção especial* quando a finalidade da pena projeta-se também para o futuro – sem constituir, portanto, a mera retribuição a um mal causado pelo delinquente – concentrando-se entretanto na pessoa do condenado, em lugar de refratar-se a todo o contexto social. Essa prevenção pode ser também negativa ou positiva, conforme sirva, respectivamente, para a reeducação do condenado, ou para sua específica recuperação.

1.3.2.2.1 *Prevenção especial negativa*

A prevenção especial negativa é aquela que encara a função da pena como a *recuperação* ou *reeducação* do condenado. Ela surge no Direito penal clássico, em sua positivista tentativa de escapar à ideia kantiana de retribuição pela própria culpa.⁶²

Acompanhando o cientificismo do fim do século XIX, propõe-se cada vez mais a investigação biológica do ser humano, como ponto de partida de sua tendência à delinquência. E, assim, a pena pode-se transformar em um *remédio* amargo para o delinquente, que o levaria à sua *ressocialização*.

Alguns autores empolgaram-se com a finalidade de recuperação da pena, a exemplo de Dorado Montero, na esteira de que um estudo sociológico e psicológico poderia levar à conclusão de uma pena adequada, que recuperasse o delinquente e o transformasse novamente em apto ao convívio social. Entretanto, como lembra Reale Jr., “o mito da reeducação ou do tratamento já foi em grande parte desfeito pela realidade”.⁶³ Uma visão mais simples dessa reeducação é aquela que enxerga na pena um desestímulo pessoal ao condenado, para que não cometa novos delitos. O medo de novo castigo seria um elemento reeducador, de motivação negativa.

Nada mais falso. O altíssimo índice de reincidência tem demonstrado que o delinquente egresso, que não aprende novos valores, não deseja voltar ao cárcere; porém, sua experiência no sistema prisional faz com que não o tema como outrora; e assim naufraga a pena como estímulo negativo individual.

Trata-se a falência do sistema prisional de um problema complexo.

⁶² A culpa, aqui, tem um sentido lato, diferente da culpa inscrita no tipo penal, do Capítulo 10.

⁶³ REALE JR., M., *Instituições*, v. I, p. 57.

1.3.2.2 Prevenção especial positiva

A crença de que o fim da pena é a construção, e não a destruição – e, menos ainda, a retribuição da teoria absoluta –, leva à ideia da prevenção especial positiva. Nela, a finalidade da pena é a revalorização, no próprio condenado, do bem jurídico que ele violara (ou seja, que ele seja capaz de atribuir valor àquilo que desprezara: seja o bem em si, seja a ordem jurídica como um todo). Não se trata, então, de conduzi-lo novamente ao convívio social apenas, mas de introjetar no condenado um valor específico.⁶⁴

Claro que faz-se difícil crer, dentro de o que representa hoje o elevado índice de reincidência dos egressos de sistemas prisionais, que a pena tenha de fato uma função de desenvolver no condenado qualquer virtude. Ao contrário, ao menos no que concerne às penas privativas de liberdade, nota-se que sua aplicação e cumprimento tendem a levar o apenado a uma maior intimidade com a delinquência, salvo exceções. Estas que, porque exceções, não nos permitem formular uma regra de eficácia para a prevenção especial positiva. Zaffaroni, analisando o tema, concede ao conjunto de ideias de recuperação o curioso nome de *ideologias re*, para referir-se à ressocialização, reindividualização, reincorporação etc., “estas ideologias que se hallan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social, que hoy suele esgrimirse como argumento en su favor la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional”.⁶⁵

Com razão o penalista argentino, porque o efeito ressocializador da pena não existe senão em um discurso, que advém de um plano ideológico distante da realidade. Será sempre contraditório, ao menos pensando em penas privativas de liberdade, que para se acostumar o homem ao convívio social seja necessário retirá-lo da sociedade – e essa afirmação não é só minha. O sofrimento e a revolta que a pena imposta causa não têm o poder educativo, ao contrário: em geral, implicam o isolamento e a segregação do egresso penitenciário,⁶⁶ que sai do presídio muito mais inapto ao normal convívio social do que o era antes de ser penalizado.

Estão portanto corretos os autores que consideram a prevenção especial positiva como um efeito difuso da pena, ou meramente accidental. Não se pode atribuir à p.e.p. o *status* de função principal da pena, sob o risco de entrar-se em choque frontal com a realidade. No momento da aplicação e da execução⁶⁷ da pena, entretanto, deve-se levar em consideração o

⁶⁴ A pena como prevenção tem longo caminho a seguir, não há dúvida. Mas, a partir de Freud, mesmo em teorias psicológicas rudimentares se comparadas às atuais, já era possível prever que, se o indivíduo é de algum modo conduzido ao crime por ser rejeitado socialmente, o recebimento desse castigo somente agravará sua sensação de rejeição. Vide, nesse sentido, as considerações de Jiménez de Asúa, dissertando sobre os “errores de las doctrinas retributivas e intimidantes”, à luz da *individualpsychologie*, in: JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Psicoanálisis Criminal*, p. 274.

⁶⁵ ZAFFARONI, E. R., *Manual*, p. 47.

⁶⁶ Nesse sentido, e adentrando à amplíssima discussão de que o condenado pode ter o direito de não desejar ser ressocializado – o que geralmente ocorre –, Manoel Pedro Pimentel ressalta que “a ressocialização será a meta desejada pelo reformador, segundo os seus conceitos, e não o alvo desejado pelo interno”, e daí que “o preso considerado de bom comportamento na prisão não é, necessariamente, um homem reformado”. PIMENTEL, M. P., *O Drama da Pena*, p. 51.

⁶⁷ “Quando se afirma que a prevenção especial, de base construtiva, tem por objetivo a revalidação dos valores vigentes e, via de consequência, o reconhecimento do conceito semântico do bem jurídico violado, pretende-se estabelecer que na fixação da pena e posterior execução estão ínsitos

presente efeito: é dever do Estado ao menos tentar recuperar o condenado.⁶⁸ Por outro lado, o Poder Executivo, responsável pelo orçamento destinado ao sistema prisional em geral, tem que assumir para si esse papel de prevenção especial positiva, a disponibilizar recursos para que se possa, sem construir-se apenas uma farsa de fachada, proporcionar meios de recuperação para o condenado. Profissionais como pedagogos, psicólogos e psiquiatras podem oferecer, desde que se lhes conceda a devida oportunidade, suporte para a real reinserção social do indivíduo. Mas, assumamos, esse é um discurso, por verdadeiro que seja, para lá de infértil em um livro sobre Direito penal.

É portanto possível fazer com que a pena seja, ainda que parcialmente, modo de reeducação do condenado, em especial as não privativas de liberdade.

1.3.3 Finalidade da pena na lei vigente

Não se pode afirmar que o ordenamento jurídico recuse-se de todo a esclarecer a vontade do legislador acerca da função da pena. O que se pode dizer é que ele pouco se pronuncia acerca da função da pena cominada, ou seja, daquela prevista em lei. Entretanto, o art. 59 do Código Penal, ao cuidar da individualização da pena, assim dispõe:

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

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

os benefícios sociais desse instrumento utilizado para a reprovação”. CAMARGO, L.A.C., *Sistema de penas*, p. 65.

⁶⁸ Roxin, com propriedade, levanta a questão de o Estado não poder forçar o adulto à educação, o que, à primeira vista, traria a consequência da ilegalidade da pena como elemento de reinserção na sociedade. Diz o autor que, não obstante essa vedação à finalidade de “educação forçada” da pena, é possível encontrar no próprio condenado um desejo de que o Estado o ajude à ressocialização, momento em que a p.e.p. passa a ser finalidade justificável da pena. Quanto ao visível fracasso da pena como elemento de aplicação de valores ao preso, comenta Roxin que há que se relevar que o Direito penal ressocializador apenas se inicia. Para ele, “los inevitables extravíos tampoco pueden conducir a un ‘fiasco de la teoría de la pena’, porque la función preventivo general puede fundamentar por sí sola la pena si fuera necesario y no se ve menoscabada por los fracasos preventivos especiales que se puedan producir aquí o allá”. ROXIN, C., *Derecho Penal: PG*, p. 96. Como se dirá, discordamos parcialmente desse posicionamento.

Os critérios de fixação da pena dizem que o juiz deve estabelecer a pena conforme *necessidade e suficiência* (ou seja, a justa medida), para a *reprovação e prevenção* do crime.

- a) **Reprovação:** certo está o legislador, em nossa opinião, em prever a pena como meio de *reprovação* do crime. *Reprovação* é castigo. A sanção penal serve em parte para *castigar*, o que significa dizer que ela *retribui* o mal causado. Nesse sentido, impossível dizer que a lei nacional determine que a finalidade da pena projete-se apenas para o futuro. A finalidade da lei é também o castigo.
- b) **Prevenção:** a lei admite, ao lado da *reprovação*, a finalidade preventiva da pena. Nesse vocábulo englobam-se as prevenções gerais e especiais, positiva e negativa. Esse é um leque por demais aberto da lei para o magistrado, porque, como visto, as várias espécies de prevenções têm essências e objetivos bastante distintos. Ainda assim, o critério preventivo está enunciado no texto legislativo, de maneira que pode ser observado pelo magistrado para a fixação da pena acima do mínimo legal, desde que devidamente fundamentado.

É de se notar que, em nossa opinião, o legislador equivocou-se ao utilizar o mesmo complemento nominal “*do crime*” para a reprovação e a prevenção. Há acerto quanto a primeiro substantivo: o crime é reprovado. No entanto, não se pode falar em *prevenção do crime*, pois este é um *fato* e, no caso da lei, fato pretérito. Correto seria, então, dizer reprovação do crime e prevenção *da criminalidade*.

Fica como sugestão.

1.4 Considerações finais: opinião sobre a prática do Direito penal

Iniciar o estudo do Direito penal deve partir da análise de sua função. Somente se podem compreender os institutos de uma ciência caso se saiba qual é a sua finalidade. No caso específico do Direito penal, parece que muitos o têm como algo tão corriqueiro que dispensa apresentações ou questionamentos. Não deve ser assim: formar um posicionamento – que pode ser revisto, porque nas ciências humanas nada é inalterável – sobre a função do Direito penal e da pena é essencial para quem inicia seu estudo.

Acredito que a legislação penal esteja ligada às políticas momentâneas do Estado, por menos que isso apareça nas teorias penais, mas esse não é o objeto da ciência dogmática. A ciência do Direito penal, mesmo que mediante controvérsias, consegue estabelecer um patamar de legitimidade da intervenção penal, ou seja, limites em que é legítimo ao Estado punir. Tanto em relação a *o que* punir como em relação a *como* punir, a função de toda a doutrina penal é fazer a ciência

independente dos momentos políticos do *poder*, conquanto ligada à história cultural (o que é muito diverso). E, então, se o Poder desejar desobedecer os critérios do Direito penal, ele o continuará fazendo, mas sem a legitimidade científica, que entendo imprescindível para a estabilização do Estado de Direito. Deve-se tomar em conta que, se existe uma *tendência* do ser humano a igualar a sociedade em direitos e obrigações, o Direito penal terá como função identificar o estágio atual desse caminho à igualdade e, até onde for possível, afinar a punição às garantias que surgem.

No que toca às consequências jurídicas do delito, algo da prática me faz afirmar, com certeza, que o que legitima a pena, sob o ponto de vista de quem a aplica, é quase sempre a ideia de *contrato social*. Ou seja, quando o juiz aplica a sanção, com maior ou menor legitimidade, *livra-se* de discutir (ou de descobrir) a função da pena ao acreditar que ela é uma consequência de uma quebra de contrato social. Algo previsto, acordado anteriormente, sobre o qual não cabe discussão: o réu estava avisado da consequência do seu ato a partir do momento em que aceitou viver em sociedade e, presumidamente ou não, conhece suas regras. Isso é contratualismo puro,⁶⁹ ainda que se reflita, com uma linguagem diferenciada, na teoria dos sistemas, que analisaremos a seu tempo. E explica também por que a grande maioria das penas é fixada no *mínimo* legal, não por uma questão humanitária, mas porque, ao jogar a pena em seu patamar mais baixo, o juiz se descarrega de encontrar uma função para a punição, que haveria de ser fundamentada no *plus* aplicado. Até porque não é difícil que algum juiz esteja convencido de que a pena não tem qualquer função, além da finalização de um conflito.

Assim que a teoria busca justificar a função da pena, enquanto a prática, salvo em situações excepcionais, *grosso modo*, vê o delito como uma quebra de contrato social ao que se impõe uma sanção,⁷⁰ para fazer com que a relação estado-cidadão regresse ao equilíbrio. Sanção legítima, claro, quando observados todos os seus requisitos.

⁶⁹ E ainda assim se convalida a ideia de que qualquer *nova* intervenção penal deve partir de um consenso entre os cidadãos, no sentido de que a lei deve convencer acerca da necessidade de eventual criminalização. Essa é a concepção de Hassemer e por outros autores. Cf. ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico*, p. 107 ss.

⁷⁰ Conhecemos a crítica daqueles que veem o iluminismo penal contemporâneo como a ideologia anacrônica daqueles para quem “o Estado é necessariamente mau, opressor, e o Direito penal teria a função de ‘proteger’ o indivíduo dessa opressão”. É assim que Feldens e Streck denominam tais penalistas de “liberal-iluministas”. Cf. FELDENS, L.; STRECK, L. L. *Crime e Constituição*, p. 28. Entretanto, a experiência prática demonstra que – conquanto os dias atuais sempre possam parecer mais aprazíveis e menos cruéis – continua a tendência do Estado em, se não continuamente refreado (e nisso o Poder Judiciário tem ajudado muito), abusar de seu poder, tal qual nos tempos do Leviatã. Trata-se de uma opinião pessoal, que, felizmente ou não, permeia este trabalho: é função também da teoria penal alertar aos homens que compõem o Estado que este – ainda que não pareça para aqueles que o veem desde dentro – tende à hipertrofia, em prejuízo às liberdades.