

Cezar Roberto Bitencourt

Tratado de **Direito Penal**

PARTE GERAL I

19ª edição
revista, ampliada e
atualizada



Editora
Saraiva

TEORIAS SOBRE FUNÇÕES, FINS E JUSTIFICAÇÕES DA PENA

VI

Sumário: 1. Generalidades. 2. Teorias sobre a pena. 3. Teorias absolutas ou retributivas da pena. 3.1. Teoria de Kant. 3.2. Teoria de Hegel. 3.3. Outras teses retribucionistas da pena. 3.4. Considerações críticas. 4. Teorias relativas ou preventivas da pena. 4.1. A prevenção geral. 4.1.1. A prevenção geral negativa. 4.1.2. A prevenção geral positiva. 4.1.3. A prevenção geral positiva fundamentadora. 4.2. A prevenção especial. 5. A teoria mista ou unificadora da pena. 5.1. A teoria unificadora dialética de Roxin. 6. Modernas teorias de justificação da pena. 6.1. A prevenção geral positiva limitadora.

1. Generalidades

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o *modelo socioeconômico* e a *forma de Estado* em que se desenvolve esse sistema sancionador¹.

Convém registrar que a uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade. Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social — algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal² —, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica. Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados, a tal ponto que a uma determinada teoria de Estado corresponde uma teoria da pena, e com base na função e finalidade que seja atribuída a esta, é possível deduzir um específico conceito dogmático de culpabilidade. Assim como evolui a forma de Estado, o Direito Penal também evolui, não só no plano geral, como também em cada um

1. Juan Bustos Ramirez e H. Hormazábal Malarée, *Pena y Estado, Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982, p. 114.

2. Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 40.

dos seus conceitos fundamentais. E como vimos nos capítulos anteriores, esta evolução esteve sempre marcada pelo contexto social, cultural e político de um determinado momento da história, de modo que as modificações na concepção do Estado e do Direito Penal podem ser vistas como a expressão do *espírito do seu tempo*. Da mesma forma, as teorias da pena sofreram, ao longo da história, uma forte influência do contexto político, ideológico e sociocultural nos quais se desenvolveram.

Atualmente podemos afirmar que a concepção do direito penal está intimamente relacionada com os *efeitos que ele deve produzir*, tanto sobre o indivíduo que é objeto da persecução estatal, como sobre a sociedade na qual atua. Além disso, é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade. Muñoz Conde³ acredita que sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias. Coincidindo com Gimbernat Ordeig⁴, entende que a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens. Nesse sentido é possível deduzir que as modernas concepções do direito penal estão vinculadas às ideias de *finalidade e função*, o que explica sua estrita relação com as teorias da pena, meio mais característico de intervenção do Direito Penal. Por isso a importância do estudo das teorias da pena e a consequente reflexão crítica acerca das finalidades e funções que esta deve e pode desempenhar no marco atual das sociedades democráticas. Vale a pena esclarecer que os conceitos de *fim e função* não serão referidos nessa obra como sinônimos. Adotamos aqui a distinção de base sociológica referida tanto por Ferrajoli como por Feijoo Sánchez, segundo a qual o fim ou finalidade da pena está relacionado com os efeitos sociais buscados desde a perspectiva jurídico-normativa de tipo axiológico, enquanto a função da pena está relacionada com a análise descritiva dos efeitos sociais produzidos, inclusive quando estes se distanciam das finalidades previamente postuladas para a pena⁵.

Como veremos ao longo deste capítulo, no decurso histórico do Direito Penal, da pena e do Estado⁶, observam-se notórias rupturas, entre as quais se encontra a transição das concepções retributivas da pena às orientações utilitaristas (pre-

3. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 33 e s.

4. Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática de la culpabilidad?*, p. 115, apud *Estudios de Derecho Penal*, 2. ed., Madrid, Civitas, 1981.

5. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 322; Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007, p. 56-57.

6. Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, *Pena y Estado, Bases críticas de un Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982, p. 114.

ventivas gerais ou especiais), passando por teorias unificadoras, até chegar às concepções mais modernas da prevenção geral positiva⁷. Ao longo desta evolução, a pena deixou de ser explicada e justificada com base em argumentos polarizados, seja pela perspectiva retribucionista, seja pela perspectiva utilitarista, para passar a ser entendida a partir de uma compreensão abrangente das diferentes finalidades e funções que ela deve e pode desempenhar, respectivamente, num Estado democrático de Direito. Para o entendimento adequado do estágio atual do debate acerca dessas questões, é necessário analisar as diversas explicações e justificações teóricas que a doutrina tem dado à pena.

2. Teorias sobre a pena

Interessa-nos destacar, principalmente, alguns aspectos da passagem de uma concepção retributiva da pena a uma formulação preventiva desta. Justifica-se, por isso, um exame das diversas teorias que explicam o sentido, função e finalidade das penas, pelo menos das três vertentes mais importantes: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas. Analisaremos também outras modernas teorias da pena, como as da prevenção geral positiva, em seu duplo aspecto, limitadora e fundamentadora⁸.

É bom esclarecer, desde já, que o *conceito de pena* não se confunde com a teorização acerca da *finalidade da pena* e da *função* que esta desempenha na sociedade. Em realidade, a pergunta sobre *o que é a pena* antecede tanto a indagação sobre *para quem a pena* como a análise descritiva da *função que esta desempenha numa sociedade concreta*⁹. Com efeito, como adverte Mir Puig: “convém antes de mais nada, para evitar graves e frequentes equívocos, distinguir a *função* do *conceito* de pena, como hoje insistem Rodriguez Devesa e Schimidhauser, desde o Direito Penal, e Alf Ross, desde a Teoria Geral do Direito, ainda que com terminologia distinta da que aqui empregamos. Segundo seu ‘conceito’ a pena é um ‘mal’ que se impõe ‘por causa da prática de um delito’: conceitualmente, a pena é um ‘castigo’. Porém, admitir isto não implica, como consequência inevitável, que a *função* — isto é, fim essencial — da pena seja a retribuição”¹⁰. De maneira similar, Feijoo Sánchez afirma que: “Concluir que a pena é necessariamente retributiva não permite adotar, por si só, conclusão alguma sobre como deve ser entendido o sentido da pena estatal”¹¹.

7. Santiago Mir Puig, *Función fundamentadora de la prevención general positiva*, ADPC, 1986, p. 48 e s.

8. Santiago Mir Puig, *Función fundamentadora*, cit., p. 49.

9. Nesse sentido: Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 321-324; Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 44-45.

10. Santiago Mir Puig, *Función fundamentadora*, cit., p. 61.

11. *Retribución y prevención general*, cit., p. 49.

Sucedem que essa diferenciação entre *conceito* e *justificação* da pena nem sempre foi entendida pela doutrina. Com efeito, a confusão que durante muito tempo foi feita acerca dessas duas perspectivas é altamente responsável pelas disputas que ao longo dos últimos dois séculos foram travadas acerca da melhor forma de explicar e justificar a imposição da pena pelo Estado. Certamente não temos o objetivo de reproduzir aqui este debate, mas sim de relatar as suas mais importantes etapas. Dito isso, podemos passar ao exame das teorias absolutas da pena, também chamadas retribucionistas.

3. Teorias absolutas ou retributivas da pena

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria *justificada*, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*¹². Por isso também são conhecidas como teorias retributivas.

Entende-se melhor uma ideia de pena em sentido absoluto quando se analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era-lhe concedido diretamente por Deus¹³. A teoria do Direito divino pertence a um período em que não somente a religião, mas também a teologia e a política confundiam-se entre si, em que “até para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se se pretendesse ter aceitação”¹⁴. Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.

O Estado absolutista é conhecido também como um Estado de transição. É o período necessário de transição entre a sociedade da baixa Idade Média e a sociedade liberal. Ocorre, nesse período, um aumento da burguesia e um considerável acúmulo de capital. Obviamente, diante do efetivo desenvolvimento que essa nova classe social estava experimentando, fazia-se necessária a implementação de meios para proteger o capital, produto da pujança dos novos capitalistas.

12. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 253.

13. Fritz Kerm, *Derechos del rey, derechos del pueblo*, trad. Angel Lopez-Arno, Madrid, 1955, p. 98.

14. John Neville Figgis, *El derecho divino de los reyes*, trad. Edmundo O'Orgmann, México, Fondo de Cultura Económica, 1970, p. 20.

Compreende-se, então, por que o Estado absoluto concentrou ao seu redor, e com uso ilimitado, o poder necessário para o desenvolvimento posterior do capitalismo. Nesse sentido, “a pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista”¹⁵.

Com o surgimento do mercantilismo, o Estado absoluto inicia um processo de decomposição e debilitamento. Isso dá margem a uma revisão da até então estabelecida concepção de Estado, caracterizada pela vinculação existente entre o Estado e o soberano e entre este e Deus. Surge o Estado burguês, tendo como fundo a teoria do *contrato social*. O Estado é uma expressão soberana do povo e, com isso, aparece a divisão de poderes. Com esta concepção liberal de Estado, a pena já não pode continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre Deus e soberano, religião e Estado. A pena passa então a ser concebida como “a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens”¹⁶ (laicização).

O Estado, tendo como objetivo político a teoria do contrato social, reduz sua atividade em matéria jurídico-penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela ideia do consenso social. O indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena.

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena¹⁷, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da “substituição do divino pelo humano” operada nesse momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal¹⁸.

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se “no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias

15. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. 1, p. 96.

16. Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, *Pena y Estado, Bases críticas de un Derecho Penal*, cit., p. 120.

17. Claus Roxin, *Sentido y límites*, p. 12.

18. Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, *Pena y Estado, Bases críticas de un Derecho Penal*, cit., p. 120-1.

morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais, individualistas e idealistas”¹⁹. Em verdade, nesta proposição retribucionista da pena está subentendido um fundo filosófico, sobretudo de ordem ética, que transcende as fronteiras terrenas pretendendo aproximar-se do divino.

Entre os defensores das teses absolutistas ou retribucionistas da pena destacaram-se dois dos mais expressivos pensadores do idealismo alemão: Kant, cujas ideias a respeito do tema que examinamos foram expressadas em sua obra *A metafísica dos costumes*²⁰, e Hegel, cujo ideário jurídico-penal se extrai de seus *Princípios da Filosofia do Direito*²¹. Além de Kant e Hegel, a antiga ética cristã também manteve uma posição semelhante.

3.1. Teoria de Kant

Destacam-se tradicionalmente Kant e Hegel como os principais representantes das teorias absolutas da pena. No entanto, é notória uma particular diferença entre uma e outra formulação: enquanto em Kant a *justificação* da pena é de ordem ética, com base no valor moral da lei penal infringida pelo autor culpável do delito, em Hegel é de ordem jurídica, com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal violada²².

De acordo com as reflexões kantianas, quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania. Nesses termos, é obrigação do soberano castigar “impiedosamente” aquele que transgrediu a lei. Kant entendia a lei como um imperativo categórico, isto é, como aquele mandamento que “representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária”²³.

Os imperativos encontram sua expressão no “dever-ser”, manifestando dessa forma essa relação de uma lei objetiva da razão com uma vontade que, por sua configuração subjetiva, não é determinada forçosamente por tal lei. Os imperativos, sejam categóricos ou hipotéticos, indicam aquilo que resulte bom fazer ou omitir, não obstante se diga “que nem sempre se faz algo só porque represen-

19. Jescheck, *Tratado*, cit., v. 1, p. 96.

20. Immanuel Kant, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, trad. Garcia Morente, 8. ed., Madrid, 1983; *Princípios metafísicos de la doctrina del Derecho*, México, 1978.

21. G. F. Hegel, *Filosofía del Derecho*, Espanha, 1975.

22. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 254.

23. Kant, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, cit., p. 61. Kant afirma que “todos os imperativos mandam, seja hipoteticamente, seja categoricamente. Os hipotéticos são aqueles que ‘representam a necessidade prática de uma ação possível, como meio de conseguir outra coisa que se queira (ou que seja possível que se queira)’”.

ta ser bom fazê-lo". Seguindo o discurso kantiano, é bom "o que determina a vontade por meio de representações da razão e, conseqüentemente, não por causas subjetivas e sim objetivas, isto é, por fundamentos que são válidos para todo ser racional como tal"²⁴.

Uma das formas pelas quais se apresenta o imperativo categórico diz que "não devo obrar nunca mais de modo que possa querer que minha máxima deva converter-se em lei universal"²⁵. Para Rodriguez Paniagua²⁶, esta alegação kantiana se explica da seguinte forma: "essa lei universal ou geral a que se refere o imperativo categórico não é nenhuma lei determinada; nem sequer é uma lei que tenha um conteúdo determinado: é a própria lei na relação universal ou geral, a universalidade ou generalidade dos motivos das ações, é a legalidade sem mais nem menos". Em relação a isso, Kant considera que sua concepção sobre a moralidade é partilhada de modo geral. Mesmo assim, o filósofo idealista alemão opina que não basta a "legalidade das ações"; precisa-se, além do mais, "que o respeito a essa lei geral ou universal de moralidade seja o motivo concreto que impulsiona a vontade". A relação que Kant estabelece entre Direito e moral é palpável. Isso pode ser uma consequência da exigência moral de que o Direito seja acatado, de forma que os deveres jurídicos convertam-se em morais indiretamente; ademais, assim, acontece que "alguns deveres jurídicos se convertem em morais indiretamente porque a moral exige também, por sua vez, essa ação que preceitua o Direito"²⁷.

Segundo Kant, Direito é o conjunto de condições através das quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio de outro, seguindo uma lei universal ou geral. Daí se deduz seu princípio universal de Direito que diz: "é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não é um obstáculo à conformidade da liberdade de arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais"²⁸. Admite, pois, que o Direito deve levar em consideração as ações das pessoas na medida em que estas possam gerar influência recíproca e, além disso, aceitar que junto ao Direito se encontre a possibilidade de coação: "o Direito e a faculdade de obrigar são, pois, a mesma coisa". De certa forma, a concepção kantiana do Direito representa uma decadência ou deficiência em relação à moralidade, o que, de alguma forma, se assemelha à aspiração marxista de eliminação do Direito e do Estado, o que ocorreria "quando a educação do homem e as circunstâncias estivessem preparadas para isso". Essa forma de entender o fenômeno decadente do Direito em relação à moral esclarece-se um pouco se não se esquece que o

24. Kant, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, cit., p. 96.

25. Kant, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, cit., p. 96.

26. José María Rodriguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*, cit., p. 246.

27. *Historia del pensamiento jurídico*, cit., p. 250.

28. Kant, *Principios metafísicos*, cit., p. 32.

Estado, segu
melhor, busc

Essas co
rão introduz
do direito de
pode nunca
benefício do
pela simples
tomado com
das coisas co
coisa suscet
ser usado co
fim em si m
delinquentes
eticamente

Dentro
porque hou
porque "qu
a Terra"³¹.
conhecidís
consentime
tes de uma
do na pris
sofresse a
deixasse d
lação pura

Kant
Depois de
impor con
talionis. S
o fazes a
matas, ma
há nada m
da pena,
(não pelo

29. Konst

30. Kant,
cit., p. 85

31. Kant

32. Kant

Estado, segundo a visão de Kant, educa concretamente para a moralidade, ou melhor, busca essa passagem da teoria do Direito à teoria da virtude²⁹.

Essas considerações gerais sobre as proposições filosóficas de Kant permitem introduzir-nos em sua ideia de Direito Penal, ou, seguindo sua terminologia, de direito de castigar. “A pena jurídica, *poena forensis*, — afirma Kant — não beneficia o culpado ou da sociedade; mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real”. O homem, na tese kantiana, não é uma coisa suscetível de instrumentalização. O homem não é, pois, “algo que possa ser usado como simples meio: deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo”³⁰. Consequentemente, pretender que o Direito de castigar o delinquente encontre sua base em supostas razões de utilidade social não seria eticamente permitido.

Dentro do esquema filosófico kantiano, a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei. Seu objetivo é simplesmente realizar a Justiça porque “quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra”³¹. Essa crença no império da Justiça levou Kant à elaboração do seu conhecidíssimo exemplo: se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice desta violação pura da Justiça.

Kant não ignorou um aspecto importante da pena: sua espécie e medida. Depois de se perguntar pelo grau e espécie de castigo que a justiça pública devia impor como princípio e como regra, a balança de seus juízos inclinou-se pelo *ius talionis*. Seus argumentos eram: “o mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras-te a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas-te ou te matas a ti mesmo”. Dessa forma, Kant afirma que não há nada melhor do que o *ius talionis* para expressar a qualidade e a quantidade da pena, “mas com a condição, bem entendida, de ser apreciada por um tribunal (não pelo julgamento particular)”³².

29. Konstantin Stoyanovitch, *El pensamiento marxista*, cit., especialmente p. 117 e s.

30. Kant, *Principios metafísicos*, cit., p. 167; *Fundamentación metafísica de las costumbres*, cit., p. 85.

31. Kant, *Principios metafísicos*, cit., p. 167.

32. Kant, *Principios metafísicos*, cit., p. 168.

Em síntese, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva — especial ou geral — da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.

3.2. Teoria de Hegel

O pensamento de Hegel tem um ponto de partida distinto ao de Kant, na medida em que busca *não um conceito imutável de pena*, mas, sim, um conceito relacionado com sua teoria de Estado. A tese de Hegel resume-se em sua conhecida frase: “a pena é a negação da negação do Direito”. A fundamentação hegeliana da pena é — ao contrário da kantiana — essencialmente jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. Isso significa, na afirmação de Mir Puig, que, “se a ‘vontade geral’ é negada pela vontade do delinquente, ter-se-á de negar esta negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral”³³. A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado, e de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito, será também o *quantum* ou intensidade da nova negação que é a pena.

Sugere-se que, para se fazer uma análise das proposições de Hegel a respeito da pena, deve-se partir da sua seguinte afirmação: “o que é racional é real e o que é real é racional”. Segundo o pensamento de Hegel, o Direito vem a ser a expressão da vontade racional — *vontade geral* —, uma vez que, sendo uma organização racional, significa uma liberação da necessidade. A racionalidade e a liberdade são, pois, para Hegel, a base do Direito. O delito, entendido como a negação do Direito, é a manifestação de uma vontade irracional — *vontade particular* —, configurando assim essa comum contradição entre duas vontades³⁴.

Manifestada a vontade irracional do delinquente através da prática de uma ação que representa uma lesão do direito, isto é, o delito, este deve ser “aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena, que desse modo, restabelece o direito lesado”³⁵. Na ideia hegeliana de Direito Penal, é evidente a aplicação de seu método dialético, tanto que podemos dizer, neste caso, que a “tese” está representada pela vontade geral, ou, se preferir, pela ordem jurídica; a “antítese” resume-se no delito como a negação do mencionado ordenamento jurídico, e, por último, a “síntese” vem a ser a negação da negação, ou seja, a pena como castigo do delito.

33. Mir Puig, *Derecho Penal*; Parte General, Barcelona, PPU, 1985, p. 36.

34. Bustos Ramirez, *Manual de Derecho Penal*, 3. ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1989, p. 23.

35. Roxin, *Sentido y límites*, cit., p. 12.

Aceitando
delinquente,
se deve aplica
próprio Heg
um prejuízo
da ordem ju
aplicação da
ele será hon
Direito: com
princípios p
mostra um
deve ser tra

Como
to, apesar
xando sua
exclusivan
maneira d
que, na h
modo lite
princípio
obra da
aplicaçã

3.3. O

Kan
teorias a
algumas
ocupare

Car
fim pri
Essa co
na visã
cidadã

36. O
Comp
37. H
38. E
Penal
39. C
v. 1,

Aceitando que a pena venha a restabelecer a ordem jurídica violada pelo delinquente, igualmente se deve aceitar que a pena não é somente um “mal” que se deve aplicar só porque antes houve outro mal, porque seria — como afirma o próprio Hegel — “irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior”³⁶. A imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada. Aliás, na opinião de Hegel, “somente através da aplicação da pena trata-se o delinquente como um ser ‘racional’ e ‘livre’. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu *Direito*: contrariamente ao inadmissível modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça o homem como *quando se mostra um pau a um cachorro*, e o homem, por sua honra e sua liberdade, não deve ser tratado como um cachorro”³⁷.

Como Kant, também Hegel atribui um conteúdo talional à pena. No entanto, apesar de Hegel supor que a ação realizada determina a pena, não o faz fixando sua modalidade, como ocorre no sistema talional, mas apenas demonstra, exclusivamente, sua equivalência. Para Hegel, a pena é a lesão, ou melhor, a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido. Compreende que, na hora de determinar a natureza e medida da pena, seja difícil aplicar de modo literal o princípio da lei de talião, embora isso não elimine a justiça do princípio em relação à necessária identidade valorativa da lesão do Direito, por obra da vontade do delinquente, e da lesão da vontade do delinquente com a aplicação da pena³⁸.

3.3. Outras teses retribucionistas da pena

Kant e Hegel foram os mais expressivos, mas não os únicos defensores das teorias absolutas da pena. Dentro da doutrina internacional podem-se constatar algumas outras opiniões semelhantes. Em caráter meramente enunciativo nos ocuparemos de algumas dessas concepções.

Carrara, em seu conhecido *Programa de Direito Criminal*, escreveu que “o fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade”³⁹. Essa concepção de Carrara aproxima-se muito da defendida por Hegel. O delito, na visão de Carrara, “agrava a sociedade ao violar suas leis e ofende a todos os cidadãos ao diminuir neles o sentimento de segurança...”, de forma que, para

36. Octavio de Toledo y Ubieta, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Madrid, Universidad Complutense, 1981, p. 202-3.

37. Hegel, *Filosofía del Derecho*, cit.

38. Etcheverry, *La controversia filosófica*, p. 48; Bustos Ramirez, *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 23; Ulrich Klug, *Para una crítica*, p. 37.

39. Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, trad. Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1971, v. 1, p. 615.

evitar novas ofensas por parte do delinquente, a pena deve ser aplicada para poder "reparar este dano com o restabelecimento da ordem, que se vê alterada pela desordem do delito"⁴⁰. Tanto Carrara, como outros representantes da escola clássica italiana, insistiram na importância das *teorias retributivas* com o intuito de garantir que a imposição de pena estivesse sempre vinculada à reprovação de culpabilidade ante a prática de um delito, de acordo com a máxima *nulla poena sine crimine*⁴¹.

Binding também considerou a pena como retribuição de um mal por outro mal. Segundo Binding, a questão radica em confirmar a prevalência do poder do Direito, para o qual se requer a redução do culpado pela força. Despreza-se, conseqüentemente, qualquer outro fim da pena, como expressão de força do Estado. Para Mezger a pena é "a irrogação de um mal que se adapta à gravidade do fato cometido contra a ordem jurídica. É, portanto, retribuição e, necessariamente, a privação de bens jurídicos". Segundo Welzel, "a pena aparece presidida pelo postulado da retribuição justa, isto é, que cada um sofra o que os seus atos valem"⁴².

Houve também uma concepção retribucionista na antiga ética cristã. Uma teoria da pena que se fundamenta na retribuição do fato (pecado) cometido, que necessita de castigo para sua expiação, identifica-se melhor com argumentações religiosas do que jurídicas. Como destaca Jescheck⁴³, a antiga ética cristã defendeu uma teoria retributiva da pena, constatável em duas direções distintas: de um lado, a teoria de dois reinos, e, de outro, a teoria da analogia *entis*. A primeira refere-se à ideia de uma ordem universal criada por Deus. A segunda parte da identidade entre o ser divino e o humano. Segundo Jescheck, o conteúdo das mencionadas teorias é o seguinte: "Esta teoria — a dos dois reinos — foi mantida por um setor da teologia protestante e pela antiga teoria católica. O sentido da pena está enraizado para Althaus *nela mesma como manutenção da ordem eterna ante e sobre o delinquente*. E, para Trilhaas, encerrado na ideia de expiação, o sentido da pena, sem considerar os seus fins, orienta-se unicamente em relação ao bem propriamente e a pena, sem efeitos secundários, afeta somente ao delinquente"⁴⁴.

Mais recentemente, o Papa Pio XII, citando a teoria da *analogia entis*, em sua mensagem ao VI Congresso Internacional de Direito Penal, afirmou: "O Juiz Supremo, em seu julgamento final, aplica unicamente o princípio da retribuição. Este há de possuir, então, um valor que não deve ser desconhecido".

40. Carrara, *Programa*, cit., v. 1, p. 616-8.

41. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 255-256.

42. Welzel, *Derecho Penal alemán*, p. 326.

43. H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 97.

44. *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 97.

3.4. *Con...*
O grande
de limites à
pessoa. A m
em si mesm
uma das m
mando part
de tradição
dias de hoj
princípio d
pelo Estado

També
valor da d
princípio d
adequada
aplicação
butivo da
delito e p
lada com
tado, de t
da pena r
minosa p
e política
um conce
ção da m
tação qu
moderna

Em s
reside no
divíduo
tanto, n
com o fi
que não
com a c

45. Feij
46. Feij
47. Fer
general
48. Re
49. Fe

3.4. Considerações críticas

O grande valor da *teoria retribucionista* de Kant consiste no estabelecimento de limites à pena estatal a partir da consideração da liberdade e da dignidade da pessoa. A máxima do pensamento kantiano, segundo a qual o homem é um *fim* em si mesmo e não pode ser utilizado como *meio* para outros *fins*, representa uma das mais importantes contribuições garantistas do *idealismo alemão*, formando parte do patrimônio jurídico da Europa continental e dos países ocidentais dias de hoje, apresentar-se desvinculada da garantia individual expressada pelo *princípio de culpabilidade*, derivado constitucionalmente dos valores assegurados pelo Estado Democrático de Direito⁴⁵.

Também encontramos na *teoria retributiva* de Hegel o reconhecimento do valor da dignidade humana, da liberdade individual e mostras de aplicação do *princípio de culpabilidade*, na medida em que a pena se *justifica* como retribuição adequada ao autor do injusto culpável. Além disso, encontramos vestígios de aplicação da ideia de *proporcionalidade* como critério limitador do caráter retributivo da pena, no sentido de que deve existir uma *equivalência valorativa* entre delito e pena⁴⁶. Para Hegel, no entanto, essa equivalência valorativa está vinculada com os interesses e fins da “vontade geral” personificados na figura do Estado, de tal modo que o fator decisivo para a determinação do tipo e da medida da pena não é gravidade do injusto em si, mas, sim, a perigosidade da ação criminosa para a sociedade, de acordo com suas circunstâncias históricas, culturais e políticas⁴⁷. É por isso que, segundo Feijoo Sánchez, “Hegel mantém somente um conceito absoluto ou universal de pena, enquanto que a concreta configuração da mesma é relativa, de acordo com a estabilidade da sociedade”⁴⁸. Interpretação que o leva a concluir que *a teoria retributiva hegeliana compõe a base das modernas teorias neorretribucionistas, orientadas à prevenção geral positiva*⁴⁹.

Em suma, a principal virtude das teorias absolutas de caráter retribucionista reside no estabelecimento de limites à imposição de pena, como garantia do indivíduo frente ao arbítrio estatal. As *teorias retribucionistas* incorreram, no entanto, num mesmo equívoco teórico, qual seja, confundir a questão relacionada com o *fim geral justificador* da pena (legitimação externa), isto é, *por que castigar*, que não pode ser outro senão um *fim utilitário* de prevenção de crimes no futuro, com a questão relacionada com a *distribuição da pena* (legitimação interna), ou

45. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 94-95.

46. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 123-126.

47. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 105. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 110-113.

48. *Retribución y prevención general*, cit., p. 112.

49. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 112-113.

seja, *quando castigar*, que, olhando para o fato passado, admite uma resposta retributiva, como garantia de que a condição necessária da pena é o cometimento de um crime⁵⁰. Como manifesta Ferrajoli a respeito, ao atribuir à sanção penal o fim de retribuir ou reparar o mal causado pelo delito, as *teorias retribucionistas* deixam sem resposta a questão de *por que está justificado castigar*, e essa falta de *justificação* externa da pena permite, como efeito adverso, a legitimação de sistemas autoritários de direito penal máximo⁵¹.

4. Teorias relativas ou preventivas da pena

Para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua *justificação* deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como *meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos*. Por isso as teorias relativas também são conhecidas como *teorias utilitaristas* ou como teorias preventivas⁵².

A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de *Protágoras* de Platão, afirmou: “nenhuma pessoa responsável é castigada pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”⁵³. Mas é através do pensamento jusnaturalista e contratualista do século XVII que as teorias relativas se desenvolvem. Os ideais liberais que serviram de base para a construção do estado de direito e, com ele, do direito penal moderno, formaram o caldo de cultivo das teorias relativas da pena. Tendência que se consolidou no período do iluminismo, a ponto de converter-se “na base comum de todo o pensamento penal reformador”⁵⁴. Tanto para as teorias absolutas, como para as teorias relativas, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as relativas, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na finalidade, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.

A finalidade preventiva da pena divide-se — a partir de Feuerbach⁵⁵ — em duas direções bem-definidas: prevenção geral e prevenção especial. Essas duas grandes vertentes da prevenção se diferenciam em função dos destinatários da prevenção: o destinatário da prevenção geral é o coletivo social, enquanto o

50. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 255.

51. *Derecho y razón*, cit., p. 256-257.

52. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 258.

53. Winfried Hassemer, *Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 347.

54. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 259.

55. Mir Puig, *Introducción a las bases...*, p. 65.

destinatário da prevenção especial é aquele que delinuiu. Além disso, essas duas vertentes da prevenção são atualmente subdivididas em função da natureza das prestações da pena, que podem ser positivas ou negativas. Assim, adotando a classificação proposta por Ferrajoli, existem basicamente quatro grupos de teorias preventivas: a) as teorias da prevenção geral positiva; b) as teorias da prevenção geral negativa; c) as teorias da prevenção especial positiva; e d) as teorias da prevenção especial negativa⁵⁶.

Para um adequado entendimento das teorias preventivas da pena realizaremos uma exposição vinculada à evolução do pensamento preventivo. Por isso, começaremos com a exposição das teorias preventivas que prevaleceram à época da escola clássica e da escola positiva, indicando como evoluíram com o tempo.

4.1. A prevenção geral

As teorias da prevenção geral têm como fim a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social. Quanto ao modo de alcançar este fim, as teorias da prevenção geral são classificadas atualmente em duas versões: de um lado, a *prevenção geral negativa* ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a *prevenção geral positiva* que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem⁵⁷.

Começaremos com a exposição da *teoria da prevenção geral negativa* ou intimidatória, porque esta corresponde, cronologicamente, à concepção mais antiga da prevenção geral. A exposição da *teoria da prevenção geral positiva* será realizada mais adiante, porque temporalmente corresponde a uma etapa posterior da evolução do pensamento penológico.

4.1.1. A prevenção geral negativa

Entre os defensores da teoria preventiva geral negativa da pena destacam-se Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach⁵⁸. Feuerbach foi o formulador da “teoria da coação psicológica”, uma das primeiras representações

56. *Derecho y razón*, cit., p. 263.

57. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 263; Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 127.

58. Jeremias Bentham, *Teorías de las penas y de las recompensas*, Paris, 1826; Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza Editorial, 1968, p. 78, que em seu tempo já afirmava que “a missão do Direito Penal é prevenir delitos”. A obra de Filangieri, chama-se *Ciencia de la legislación*, com uma tradução espanhola, foi publicada em Madrid em 1822; Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, *Pena y Estado, Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, cit., p. 121; a obra de Feuerbach chama-se *Lehrbuch des peinlichen rechts*, 11ª ed., 1832, citada por Mir Puig em *Introducción a las bases*, cit., p. 65.

jurídico-científicas da prevenção geral. Essa teoria é fundamental para as explicações da função do Direito Penal. Analisemo-la.

A teoria defendida por Feuerbach⁵⁹ sustenta que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada. A elaboração do iniciador da moderna ciência do Direito Penal significou, em seu tempo, a mais inteligente fundamentação do direito punitivo. Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma "coação psicológica" com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Já não se observa somente a parte, muitas vezes cruel, da execução da pena (que nesse caso serve somente para confirmar a ameaça), mas se antepõe à sua execução a cominação penal. Presumia-se, assim, que "o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga"⁶⁰.

Essas ideias prevencionistas desenvolveram-se no período do Iluminismo. São teorias que surgem na transição do Estado absoluto ao Estado liberal. Segundo Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée⁶¹, essas ideias tiveram como consequência 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-se 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, apoia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce uma coerção psicológica ante os motivos contrários ao ditame do Direito.

A prevenção geral fundamenta-se, nesse momento, em duas ideias básicas: a ideia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. Essa teoria valeu-se dessas ideias fundamentais para não cair no terror e no totalitarismo absoluto. Teve, necessariamente, de reconhecer, por um lado, a capacidade racional absolutamente livre do homem — que é uma ficção

59. Winfried Hassemer, *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 380.

60. Angel Torio Lopez, El sustracto antropológico de las teorías penales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (separata), n. 11, Madrid, 1986, p. 675.

61. Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, Pena y Estado, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, cit., p. 122.

como o livre
em seus obje

Para a te
espécie de m
muito bem a
homem, cuja
não leva em
sua confianç
que deveria
ciente para
monstrou o
homem mé
Mesmo assi
tando aí, co
pulsivos oc
prova contr

Para Sa
gência para
penas muit
de do auto

As teo
entra: su
dos quais
também o
geral nega
ocupa do
ção o prob
afirmam
estatal de
sários par

Além
de mencio
frentam.

62. Bustos

63. Roxin

64. Guille

1956, p.

65. Retri

66. Dere

67. Roxi

como o livre-arbítrio —, e, por outro lado, um Estado absolutamente racional em seus objetivos, que também é uma ficção⁶².

Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos. Ante esta postura encaixa-se muito bem a crítica que se tem feito contra o suposto poder atuar racional do homem, cuja demonstração sabemos ser impossível. Por outro lado, essa teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente: sua confiança em não ser descoberto. Disso se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo. A teoria ora em exame não demonstrou os efeitos preventivos gerais proclamados. É possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma, isso não acontece em todos os casos, estando aí, como exemplos, os delinquentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais. Resumindo, “cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”⁶³.

Para Sauer⁶⁴, outra importante censura à prevenção geral surge de sua exigência para legisladores e magistrados de estabelecer e aplicar, respectivamente, penas muito elevadas que chegam, inclusive, a superar a medida da culpabilidade do autor do delito.

As teorias preventivas, como as retributivas, não conseguem sair de outro entrave: sua impossibilidade de demonstrar quais são os comportamentos diante dos quais o Estado tem legitimidade para intimidar, e, assim sendo, não definem também o âmbito do punível. Segundo Feijoo Sánchez, a teoria da prevenção geral negativa apresenta como principal inconveniente o fato de que “somente se ocupa do cumprimento da legalidade mediante coação, sem levar em consideração o problema da legitimidade”⁶⁵. Nessa mesma linha crítica, Ferrajoli⁶⁶ e Roxin⁶⁷ afirmam que a *prevenção geral* não é capaz de outorgar fundamento ao poder estatal de aplicar sanções jurídico-penais, nem pode estabelecer os limites necessários para as consequências que essa atividade traz consigo.

Além disso, ao falarmos da *prevenção geral negativa*, não podemos deixar de mencionar os problemas empíricos ou criminológicos que suas diretrizes enfrentam. Muitas das objeções que se fazem à prevenção geral decorrem da im-

62. Bustos Ramirez, *Estado actual de la teoría...*, p. 158.

63. Roxin, *Sentido y límites*, cit., p. 18.

64. Guillermo Sauer, *Derecho Penal*, trad. Juan del Rosal e José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1956, p. 19.

65. *Retribución y prevención general*, cit., p. 146.

66. *Derecho y razón*, cit., p. 277-278.

67. Roxin, *Sentido y límites*, cit., p. 25.

possibilidade de constatação empírica da função intimidatória da pena. Dentre essas objeções, podem-se destacar as seguintes:

1ª) *Conhecimento da norma jurídica por seu destinatário*

De acordo com o pensamento preventivo-geral os destinatários do Direito Penal devem conhecer as ações tipificadas como delito e as consequências da prática de atos criminosos. O conhecimento desses dois fatores — cominação penal e execução da pena —, seria a explicação da eficácia do processo motivador e do consequente êxito da finalidade de prevenção de delitos através da intimidação. Constata-se, no entanto, que os cidadãos normalmente têm uma concepção vaga e imprecisa do Direito Penal, comportam-se conforme ao Direito, sem ter, na prática, conhecimento da cominação penal e da possibilidade de execução da pena, de modo que este resultado agradável não se deve a nenhum destes fatores, mas sim às regras difusas do convívio social⁶⁸.

2ª) *A motivação do destinatário das normas*

Os destinatários da norma penal devem sentir-se motivados em seus comportamentos, sob pena de o seu conhecimento, simplesmente, ser estéril. Com efeito, “o conhecimento da norma deve incidir sobre o comportamento humano, para poder ser uma solução do problema jurídico-penal”⁶⁹. Mas essa *capacidade de motivação da norma*, no entanto, não fica imune a críticas. Entre outras objeções, demonstrou-se a ideia de um *homo oeconomicus*, que avalia vantagens e desvantagens de sua ação e, conseqüentemente, desiste de cometê-la, porque o sistema jurídico-penal, com a cominação de pena e a possibilidade de executá-la, leva à conclusão (suposição) de que não vale a pena praticá-la. Infelizmente, essa imagem construída do *homo oeconomicus*, que a fórmula da prevenção geral supõe, não corresponde à realidade, pois os autores de delitos dificilmente realizam um cálculo racional acerca das consequências de seus atos criminosos antes de cometê-los.

3ª) *Idoneidade dos meios preventivos*

Admite-se a existência de pessoas que conhecem a norma jurídico-penal e sua execução, sendo também pessoas motiváveis. Fica, no entanto, sem resposta a interrogação sobre se a demonstrada conformidade com o prescrito pelo Direito, isto é, a adequação dos comportamentos com os mandamentos legais é conseqüência da cominação penal e da possibilidade de execução da pena, ou não. Em todo caso, não se duvida que a pena intimida e por isso deve nos preocupar a proporcionalidade das cominações penais duras e seu efeito intimidatório, isto é, não se pode castigar amedrontando, desmedidamente (embora isso ocorra), com autêntico Direito Penal do terror. O fim de intimidação é mesmo criticável pelo fato de possibilitar a imposição de penas excessivas e resultados autoritários,

68. Hassemer, *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 382 e 384.

69. Hassemer, *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 384.

especialmente porque até hoje não foi possível demonstrar a eficácia empírica do endurecimento das penas em prol da função de prevenção geral de delitos. Seu método simples e unitário de motivação através de práticas dissuasórias não é capaz de garantir o necessário equilíbrio entre merecimento e necessidade de pena. E, infelizmente, na atualidade, utiliza-se em demasia a agravação desproporcional de penas em nome de uma discutível prevenção geral.

Apesar das críticas, estamos de acordo com Ferrajoli quando destaca que a finalidade de prevenção geral negativa ao menos é capaz de assegurar o fundamento teórico-racional de três princípios garantistas: a) serve para fundamentar o princípio de legalidade, pois se a função do Direito Penal é prevenir delitos, a melhor forma de alcançar esta meta de maneira racional é indicando expressamente as hipóteses de realização de uma conduta típica; b) serve de base ao princípio de materialidade dos delitos, pois somente é possível prevenir comportamentos exteriores, não estados de ânimo ou intenções subjetivas; c) serve de base ao princípio de culpabilidade e de responsabilidade individual, na medida em que somente os comportamentos conscientes, voluntários e culpáveis são passíveis de prevenção através da ameaça de pena⁷⁰. Todos eles defendidos por Feuerbach, o maior representante da teoria da prevenção geral negativa, cujo legado é inquestionável.

4.1.2. A prevenção geral positiva

A teoria da prevenção geral positiva propõe uma mudança de perspectiva quanto ao alcance dos fins preventivos: estes já não estariam projetados para reeducar aquele que delinuiu, nem estariam dirigidos a intimidar delinquentes potenciais. A finalidade preventiva seria agora alcançada através de uma mensagem dirigida a toda a coletividade social, em prol da “internalização e fortalecimento dos valores plasmados nas normas jurídico-penais na consciência dos cidadãos”⁷¹. A pena passa, então, a assumir uma *finalidade pedagógica* e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico.

A teoria da prevenção geral positiva propugna, basicamente, três efeitos distintos, que podem aparecer inter-relacionados: o efeito de aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; o efeito de reafirmação da confiança no Direito Penal; e o efeito de pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado pelo delito⁷². O desenvolvimento atual dessas ideias deu lugar à subdivisão da teoria da prevenção geral

70. *Derecho y razón*, cit., p. 277-278.

71. Rafael Alcácer Guirao, *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1998, p. 392.

72. Roxin, *Derecho Penal*, cit., p. 91-92.

positiva em duas grandes vertentes: de um lado, a *prevenção geral positiva fundamentadora* e, de outro, a *prevenção geral positiva limitadora*⁷³. Antes, contudo, de iniciarmos a discussão dessas vertentes, analisaremos nesta epígrafe as primeiras versões da *prevenção geral positiva*, de modo a alcançar um adequado entendimento do pensamento preventivo. Ademais, com o objetivo de dar seguimento à evolução do pensamento penológico, deixaremos para analisar a vertente da *prevenção geral positiva limitadora* no final deste capítulo.

As primeiras versões da *teoria da prevenção geral positiva* têm por base uma *concepção comunitarista de Estado*, inspirada no pensamento hegeliano, que pressupõe a existência de uma comunidade ética de valores, ou de uma consciência jurídica comum que deve ser reforçada ante a prática de um delito. *Essa tese foi desenvolvida como reação à teoria da prevenção geral negativa*, enfrentando o argumento de que somente seria possível manter a ordem social e o respeito às normas através de coação⁷⁴. Sob essa perspectiva o delito passa a ser definido como um distanciamento subjetivo da comunidade, o *juízo de culpabilidade* é visto como uma reprovação ética do comportamento que afronta o ordenamento jurídico, e a pena é utilizada para restabelecer a consciência jurídica comum⁷⁵.

Como defensores da nascente *prevenção geral positiva*, influenciados pelo pensamento totalitarista do nacional-socialismo alemão dos anos 30 do século XX, encontramos autores como H. Mayer e Mezger⁷⁶. Esses autores entendiam que a pena destinava-se a produzir efeitos sociopedagógicos sobre a coletividade.

A doutrina especializada também considera Welzel como precursor da *prevenção geral positiva* em função do seu pensamento sobre a função ético-social do Direito Penal, e sua concepção normativa da culpabilidade⁷⁷. Na ótica de Welzel⁷⁸, o Direito Penal cumpre uma *função ético-social* para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A *proteção de bens jurídicos* constituiria somente uma função de prevenção negativa. A mais importante missão do Direito Penal é, no entanto, de natureza ético-social. Ao proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito Penal expressa, da forma mais eloquente de que dispõe o Estado, a vigência de ditos valores, conforme o juízo ético-social do cidadão, e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao Direito. Como ve-

73. Mir Puig, *La función de la pena*, cit., p. 49 e s.

74. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 268-269.

75. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 269.

76. Alcácer Guirao, *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*, cit. p. 393-394; Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 269.

77. Alcácer Guirao, *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*, cit., p. 392-393; Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 270-277.

78. Welzel, *Derecho Penal alemán*, cit., p. 11, 15 e 327.

remos no es
culpabilidad
fidelidade d
esse autor a
consequênci

Kaufma
de Welzel. K
ao Direito P
geral, e a ca
Destaca três
(o que está
ordem jurí
lecimento d
considera q
ao contrári
também co
denominad
uma funcão
que no pen
mente o fin
Sánchez, W
em que sor
bilização d

Estas p
cadas, na r
de compon
sistema de

4.1.3. A p
Com o
sitiva alca
reafirmaçã
ocupar o
dessa pers
partindo d
cessidade

79. Mir Pu
80. Retrib
81. Veja a
general, ci

remos no estudo dessa categoria sistemática do delito, para Welzel o *juízo de culpabilidade* supõe um desvalor ético-social que está relacionado com a *falta de fidelidade do autor do delito com o ordenamento jurídico-penal*. Por isso, para esse autor alemão *a retribuição da culpabilidade por meio da pena tinha como consequência o reforço da fidelidade ao direito por parte dos cidadãos*.

Kaufmann e Hassemer⁷⁹ também se manifestaram a respeito da proposição de Welzel. Kaufmann entendeu que essa função ético-social, atribuída por Welzel ao Direito Penal, deve ser entendida como “um aspecto positivo da prevenção geral, e a caracteriza como *socialização* dirigida a uma atitude fiel ao Direito”. Destaca três elementos importantes da prevenção geral: um de tipo “informativo” (o que está proibido), outro de “manutenção de confiança” (na capacidade da ordem jurídica de permanecer e impor-se), e o terceiro representado pelo fortalecimento de uma “atitude interna de fidelidade ao direito”. Kaufmann não considera que a *retribuição justa* deva substituir a prevenção geral positiva, mas, ao contrário, acredita que aquela é pressuposto desta. Hassemer, por sua vez, também considera o pensamento de Welzel muito próximo ao que poderia ser denominado prevenção geral. Mas, para ele, ao conceito de prevenção é inerente uma função “limitadora” da intervenção penal. Nesses termos, cabe reconhecer que no pensamento de Welzel a prevenção geral positiva não representa propriamente o fim da pena, mas somente um efeito latente desta. Como esclarece Feijoo Sánchez, Welzel sempre defendeu uma *concepção retributiva da pena*, na medida em que somente uma *retribuição justa* pode chegar a influir na formação e estabilização da consciência jurídica coletiva⁸⁰.

Estas primeiras versões da *prevenção geral positiva* foram duramente criticadas, na medida em que *a identificação da finalidade da pena* com a promoção de comportamentos socialmente valiosos, e com a reafirmação da fidelidade ao sistema degenerou na cruel experiência do regime nazista.

4.1.3. A prevenção geral positiva fundamentadora

Com os avanços das pesquisas sociológicas, a teoria da prevenção geral positiva alcança uma dimensão muito mais ampla, de modo que a finalidade de reafirmação da fidelidade e da confiança da comunidade no Direito passa a ocupar o centro da fundamentação de todo o sistema penal⁸¹. A radicalização dessa perspectiva alcança o seu apogeu através do pensamento de Jakobs que, partindo da concepção ético-social formulada inicialmente por Welzel, e da necessidade de integração social através das normas, desenvolve uma perspectiva

79. Mir Puig, *La función de la pena*, cit., p. 52-53.

80. *Retribución y prevención general*, cit., p. 278-279.

81. Veja a este respeito a exaustiva análise de Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 312 e s.

funcional do Direito Penal com base na teoria dos sistemas sociais de Luhmann⁸². Nesses termos, embora coincida com Welzel em buscar na coletividade sua manutenção fiel aos mandamentos do Direito, nega que com isso se queira proteger determinados valores de ações e bens jurídicos. Como consequência, os referentes valorativos que conformam a identidade do sistema resultam excluídos da discussão sobre a pena, de tal forma que a pena deixa de estar integrada no sistema de valores que legitima e limita o exercício do *ius puniendis* estatal.

Ao Direito Penal, segundo Jakobs, corresponde garantir a função orientadora das normas jurídicas. Partindo do conceito de Direito, expressado pelo sociólogo Luhmann, Jakobs entende que as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como uma orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a infração de uma norma — destaca Jakobs —, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora. “A pena serve para destacar com seriedade, e de forma ‘cara’ para o infrator, que a sua conduta não impede a manutenção da norma”⁸³. Assim, enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.

As críticas à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não se fizeram esperar. Dentre seus autores destacamos, entre outros, Mir Puig, Muñoz Conde, Alessandro Baratta e Luzón Peña⁸⁴.

Para Mir Puig, com uma teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, como a defendida por Jakobs, de certa forma, se está permitindo, quando não obrigando, a utilização da pena, mesmo quando a proteção dos bens jurídicos seja desnecessária, baseado na ideia tradicional de prevenção geral ou de prevenção especial⁸⁵. Com efeito, se a função única reconhecida ao Direito Penal fosse a de confirmar a confiança depositada nas normas jurídico-penais, por que razão não seria suficiente uma simples declaração a respeito? Por que é necessária a imposição de um mal como a pena, se o que se busca não é a intimidação, mas evitar possíveis dúvidas sobre a vigência da norma violada?

82. Jakobs, *Derecho Penal*, Parte General — fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 8-14.

83. Jakobs, *Derecho Penal*, cit., p. 14.

84. Mir Puig, *La función de la pena*, cit.; Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, Sevilla, Fundación Universitaria de Jerez, 1985; e Baratta, *Integración-prevención — una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, Buenos Aires, Doctrina Penal, 1985, p. 3 e s.

85. Mir Puig, *La función de la pena*, cit., p. 54.

Baratta
externo da
exame não
da imposiç
cionalment
de Baratta
tendência c
sociais”. A
faz parte d
alternativo
crítica e os

Muñoz
fundament
de que a te
fenômenos
le social, r
nômenos.

Por ou
teoria sist
Direito Pe
ca-se da s
Conde acr
normas ju
segundo o
plexidade
manifestas
Em última
mo, onde
duzindo u

Resur
não const
da pena.
coativa, d
democrát
ius punien
desenvolv

86. Baratta

87. Baratta

88. Muñoz

89. Muñoz

Baratta, criticamente, apresentou objeções sob o ponto de vista interno e externo da teoria. Sob o ponto de vista interno, afirmava Baratta, a teoria em exame não explica por que a estabilização de expectativas deve ocorrer através da imposição de um castigo e não através de outros meios menos graves e funcionalmente equivalentes⁸⁶. Logo, sob a perspectiva extrassistemática, a crítica de Baratta rotulou a tese de Jakobs de “conservadora e legitimadora da atual tendência de expansão e intensificação da resposta penal diante dos problemas sociais”. Acrescentou, ainda, que “fica claro que a teoria da prevenção-integração faz parte de um modelo tecnocrático do saber social, que pode ser considerado alternativo ao modelo crítico, no qual atualmente se inspiram a criminologia crítica e os movimentos por uma reforma radical e alternativa do sistema penal”⁸⁷.

Muñoz Conde⁸⁸, por sua vez, considera a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora imersa na teoria sistêmica do Direito Penal. Sem ignorar o fato de que a teoria sistêmica proporciona um valioso instrumento para o estudo dos fenômenos sociais, entre os quais se inclui o Direito Penal como meio de controle social, referida teoria não é válida para a valoração e crítica dos referidos fenômenos.

Por outro lado, não se pode ignorar que o modelo tecnocrático proposto pela teoria sistêmica culmina com uma concepção preventiva fundamentadora do Direito Penal, na qual, como diz Muñoz Conde⁸⁹, “o centro de gravidade desloca-se da subjetividade do indivíduo para a subjetividade do sistema”. Muñoz Conde acrescenta que “o caráter conflitivo da convivência social e o coativo das normas jurídicas — neste caso, as penas — desaparece em um *entramado* técnico, segundo o qual o desvio social ou o delito são qualificados como simples *complexidade* que deve ser reduzida. A solução do conflito realiza-se onde ele se manifesta, mas não onde se produz, deixando inalteradas suas causas produtoras. Em última análise, a teoria sistêmica conduz a uma espécie de *neorretribucionismo*, onde o Direito Penal justifica-se intrassistematicamente, legitimando e reproduzindo um sistema social que nunca é questionado”.

Resumindo, a teoria da prevenção geral positiva na versão fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado social e democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação dos limites do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.

86. Baratta, *Integración-prevención*, cit., p. 16 e s.

87. Baratta, *Integración-prevención*, cit., p. 21 e s.

88. Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, cit., p. 19 e 29.

89. Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, cit., p. 122.

4.2. A prevenção especial

A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. De acordo com a classificação sugerida por Ferrajoli, as teorias da prevenção especial podem ser formalmente divididas em teorias da prevenção especial positiva, dirigidas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso⁹⁰. Vale ressaltar que essas vertentes da prevenção especial não foram apresentadas de forma contraposta, nem se excluem entre si, podendo concorrer mutuamente para o alcance do fim preventivo, de acordo com a personalidade corrigível ou incorrigível daquele que delinque.

Segundo Feijoo Sánchez, não seria necessário distinguir entre uma prevenção especial positiva e uma prevenção especial negativa, uma vez que em sociedades como a espanhola não se cogitam penas de eliminação ou de neutralização, mas, sobretudo, penas voltadas para a ressocialização, reeducação, reabilitação ou reinserção social do delinquente e seu tratamento⁹¹. Contudo, no nosso entendimento, a classificação sugerida por Ferrajoli é mais adequada à descrição da evolução das teorias da prevenção especial, e muito mais condizente com a realidade da aplicação da pena, especialmente se levarmos em consideração a necessidade de recordar os aspectos negativos do fim de eliminação ou neutralização. Não se pode ignorar que a *justificação* da atrocidade das penas com o fim de intimidação, ou de defesa social, não pertence somente ao passado⁹², pois em diversas partes do mundo ainda se aplicam sanções como a prisão perpétua, a pena de morte, as penas corporais, a lapidação ou o apedrejamento. A neutralização e a eliminação daquele que delinque não foram banidas do direito penal em prol da *ressocialização*, por isso deve-se insistir nessa diferenciação, porque conhecendo *as distintas vertentes da prevenção especial* e seus efeitos, estaremos em condições de estabelecer limites a qualidade e quantidade das penas aplicáveis em um Estado constitucional e Democrático de Direito.

Várias correntes defenderam uma postura preventivo-especial da pena ao longo da história. Na França, por exemplo, pode-se destacar a teoria da Nova Defesa Social, de Marc Ancel; na Alemanha, a prevenção especial é conhecida desde os tempos de Von Liszt; e, na Espanha, foi a Escola correcionalista, de inspiração krausista, a postulante da prevenção especial⁹³. Independentemente do interesse que possa despertar cada uma dessas correntes, foi o pensamento de

90. *Derecho y razón*, cit., p. 264.

91. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 167.

92. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 385-387.

93. Jescheck, *Tratado*, cit., p. 100; Mir Puig, *Introducción a las bases*, cit., p. 68. Para o estudo aprofundado das correntes da prevenção especial confira Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 264-274; Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 167-195.

Von Liszt
sobre um
são encon
Von Liszt
cação da p
te à intim
neutraliza
timidação

O Pro
nhecem E
aos postu
ideais da
prevençã
crise do F
mento inc
siva do c
1848, da
as condiç
ças na cri
trazia rep
lecida. C
te havian
tram, a p

O in
intimidaç
cepção, c
defesa da
antes de
que põe c
sociais: c

94. Mir P

95. Cob
p. 688.

96. O ar

concepçã

Penal, M

to Penal,

Penal, cit

97. Bust

Derecho

Von Liszt que deu origem, na atualidade, a comentários de alguns penalistas sobre um “retorno a Von Liszt”⁹⁴. As linhas mestras do pensamento de Von Liszt são encontradas em seu *Programa de Marburgo*. A necessidade de pena, segundo Von Liszt, mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente à intimidação daqueles que não necessitem *ressocializar-se* e também para neutralizar os incorrigíveis⁹⁵. Essa tese pode ser sintetizada em três palavras: *intimidação, correção e inocuização*.

O Projeto Alternativo ao Código Penal Alemão, de 1966 — segundo reconhecem Eberhard Schmidt e Roxin —, aderiu às teses de Von Liszt. Esta volta aos postulados de Von Liszt significou, como se tem afirmado, a retomada dos ideais da prevenção especial⁹⁶. As ideias de Von Liszt e as novas expressões da prevenção especial são o resultado de diversos fatores diretamente ligados à crise do Estado liberal. O binômio pena-Estado viu-se afetado pelo desenvolvimento industrial e científico, pelo crescimento demográfico, pela migração massiva do campo às grandes cidades e, inclusive, pelo fracasso das revoluções de 1848, dando lugar ao estabelecimento da produção capitalista. São conhecidas as condições de exploração e miséria que viveram homens, mulheres e até crianças na crise da era industrial. A natural inconformidade que a situação descrita trazia representou, sem dúvida, um perigo potencial para a nova ordem estabelecida. Certamente “as aspirações sociais dos *despossuídos* que até então somente haviam se manifestado espontaneamente por motivos de necessidade, encontram, a partir de 1848, um respaldo político-científico”⁹⁷.

O interesse jurídico-penal já não será o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um *dano social*, e o delinquente é um *perigo social* (um anormal) que põe em risco a nova ordem. Essa defesa social referia-se a alguns dos setores sociais: o econômico e o laboral. Trata-se da passagem de um Estado guardião a

94. Mir Puig, *Introducción a las bases*, cit., p. 70.

95. Cobo del Rosal e Vives Antón, *Derecho Penal*, 3. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 688.

96. O artigo de Roxin foi publicado por Luzón Peña sob o título Franz Von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo, in *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, Ed. Reus, 1976, e na versão portuguesa *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Coimbra, Ed. Vega, 1986; De Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, cit., p. 211.

97. Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, *Pena y Estado, Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, cit., p. 124.

um Estado intervencionista, suscitada por uma série de conflitos caracterizados pelas graves diferenças entre possuidores e não possuidores dos meios de produção, pelas novas margens de liberdade, igualdade e disciplina estabelecidas.

Sob essa configuração intervencionista do Estado encontra-se o *idealismo positivista* como base fundamentadora: a ciência (positiva) fundamentava a ordem, a disciplina, a organização. A partir de então, o *controle social* se exerceria tendo como base fundamental os argumentos científicos em voga: há homens “bons”, ou seja, normais e não perigosos, e há homens “maus”, ou perigosos e anormais. Invocava-se, compreensivelmente, a defesa da sociedade contra atos destes homens “anormais” ou perigosos e, em razão de seus antecedentes atentatórios à sociedade, previa-se-lhes medidas *ressocializadoras* ou *inocuidadoras*⁹⁸.

A *prevenção especial* não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar de medidas⁹⁹ e não de penas. A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Como o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende, portanto, é *corrigir, ressocializar* ou *inocuidar*¹⁰⁰.

Assim como acontece com a prevenção geral, também a prevenção especial é alvo de grandes objeções doutrinárias. Com efeito, uma pena fundamentada exclusivamente em critérios preventivo-especiais termina por infringir importantes princípios garantistas, especialmente a necessidade de proporcionalidade entre o delito e a pena, e deriva num Direito Penal de autor difícil de sustentar. Com efeito, os pressupostos sobre os quais se apoiam as medidas de ressocialização são imprecisos, as técnicas de prognóstico são mutáveis e inseguras, sem que até hoje se haja demonstrado a eficácia empírica do fim reeducacional. Além disso, os fins da prevenção especial seriam ineficazes — argumenta-se — diante daquele delinquente que, apesar da gravidade do fato delitivo por ele praticado, não necessita de intimidação, reeducação ou inocuidação, em razão de não haver a menor probabilidade de reincidência, o que, nestes casos, levaria à impunidade do autor¹⁰¹.

Alguns méritos, porém, lhe são reconhecidos. Sob o ponto de vista político-criminal, por exemplo, é possível sustentar a finalidade de prevenção especial, não como um fim em si mesmo, mas, sim, voltada para a ressocialização do de-

98. Bustos Ramirez, *El pensamiento criminológico...*, p. 16-17.

99. Mir Puig, *La función de la pena...*, p. 28.

100. Bustos Ramirez, *Estado actual*, cit., p. 165.

101. Mir Puig, *La función de la pena*, cit., p. 70.

linquente durante a execução da pena, a medidação, com a perspectiva terapêutica de Sánchez, na atualidade, na perspectiva dos ressocializadores da pena perigosos, o estigma social etc.), do qual o delinquente encarcerado não são levados a cabo os meios legítimos de evitar os efeitos da pena, é decisiva para a aplicação do regime de cumprimento, e, portanto, o valor da

5. A teoria n

As teorias m fins da pena. Esta absolutas e relativas, teoria eclética na A No dizer de Mir Puig, a prevenção especial s a pena. As teorias sustentadas “unidimensional de abranger a c Penal, com cons Homem”¹⁰⁴. Esta adotar uma teoria de prevenção estabelece m

Em relação deve “fundamentado. Com esta afirmativas: a prioridade — sem ant

102. *Retribución*

103. Mir Puig, *D*

104. De Toledo

linquente durante o período de cumprimento da pena. Ao mesmo tempo que com a execução da pena se cumprem os objetivos de prevenção geral, isto é, de intimidação, com a pena privativa de liberdade busca-se a chamada *ressocialização* do delinquente. Cumpre esclarecer que essa finalidade hoje já não é vista sob a perspectiva terapêutica. O debate sobre a prevenção especial, destaca Feijoo Sánchez, na atualidade está muito mais preocupado em evitar os *efeitos dessocializadores* da pena privativa de liberdade (v.g., com o contato com criminosos perigosos, o estigma da pena, a perda de oportunidades de trabalho, isolamento social etc.), do que propriamente com a *ressocialização* a qualquer preço do delinquente encarcerado. Dito graficamente, "... os aspectos preventivo-especiais não são levados em consideração por um setor dominante da doutrina como legitimadores da pena, mas sim como delimitadores de sua execução com o fim de evitar os efeitos negativos da pena privativa de liberdade"¹⁰². Essa tendência é decisiva para a diversificação das espécies de pena e para a humanização do regime de cumprimento, em prol da garantia dos direitos fundamentais, especialmente o valor da dignidade humana.

5. A teoria mista ou unificadora da pena

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século XX, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig¹⁰³, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa "unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem"¹⁰⁴. Este é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional desta. Assim, esta orientação estabelece marcante diferença entre *fundamento* e *fim* da pena.

Em relação ao fundamento da pena, sustenta-se que a sanção punitiva não deve "fundamentar-se" em nada que não seja o fato praticado, qual seja, o delito. Com esta afirmação, afasta-se um dos principais equívocos das teorias preventivas: a prioridade outorgada à *justificação externa* da pena — *por que se pune* — sem antes oferecer resposta à questão da sua justificação interna — *quanto*

102. *Retribución y prevención general*, cit., p. 213.

103. Mir Puig, *Derecho Penal*, cit., p. 46.

104. De Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, cit., p. 217.

do se pune. Com efeito, sob o argumento da prevenção geral negativa, a intimidação através da pena, inibindo o resto da comunidade de praticar delitos, não é capaz de explicar por que a prática de um delito por um sujeito culpável é condição necessária da pena. Por sua vez, a teoria da prevenção geral positiva não é capaz de oferecer uma justificação da pena com base em valores que imponham limites tangíveis ao exercício do *ius puniendis* estatal. Tampouco sob o argumento preventivo-especial da pena é possível explicar satisfatoriamente quando é legítimo punir, pois para esta teoria, como já vimos, a pena tem como base não a prática de um fato passado, mas aquilo que o delinquente "pode" vir a realizar se não receber o tratamento a tempo.

Segundo Mir Puig¹⁰⁵, as teorias mistas ou unificadoras atribuem ao Direito Penal uma função de proteção à sociedade e é a partir dessa base que as correntes doutrinárias se diversificam. Mir Puig distingue duas direções: de um lado, a posição conservadora, representada pelo Projeto Oficial do Código Penal Alemão de 1962, caracterizada pelos que acreditam que a proteção da sociedade deve ter como base a *retribuição justa* e, na determinação da pena, os fins preventivos desempenham um papel exclusivamente complementar, sempre dentro da linha retributiva; de outro lado, surge a corrente progressista, materializada no chamado Projeto Alternativo Alemão, de 1966, que inverte os termos da relação: o fundamento da pena é a defesa da sociedade, ou seja, a proteção de bens jurídicos, e a retribuição corresponde à função apenas de estabelecer o limite máximo de exigências de prevenção, impedindo que tais exigências elevem a pena para além do merecido pelo fato praticado. Nesse sentido é possível deduzir que as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado.

As várias versões unificadoras limitaram-se, inicialmente, a essas teorias justapondo o fundamento retributivo com os fins preventivos, especiais e gerais, da pena, reproduzindo, assim, as insuficiências das concepções monistas da pena. Posteriormente, em uma segunda etapa, a atenção da doutrina jurídico-penal fixa-se na procura de outras construções que permitam unificar os fins preventivos gerais e especiais a partir dos diversos estágios da norma (cominação, aplicação e execução). Enfim, essas teorias centralizam o fim do Direito Penal "na ideia de prevenção. A retribuição, em suas bases teóricas, seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas ao mesmo tempo), desempenha um papel apenas limitador (máximo e mínimo) das exigências de prevenção"¹⁰⁶.

105. Mir Puig, *Derecho Penal*, cit., p. 46.

106. Quintero Olivares, *Curso de Derecho Penal*, p. 129. Para o estudo aprofundado das teorias unificadoras confira Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 233-260.

Na opinião
mente três co
"a simples ad
aumenta o ár
apto a qualq
absolutamen
reconhece, n

5.1. A teo

Como a
cadora dialé
valoração de
nos seguinte
bens jurídic
preservação
mediante es
nadas pelo
efeitos deve

Sob ess
de tipo pre
prevenir de
individual e
entendimen
venção gera
condenatór
E deverá fa
Assim, de u
possível est
reeducação
venção esp
De outro la
imposição
cidadãos a
datório, o
namento j
mente, co
adesão a u
pectos da

107. Roxi

108. Dere

109. Dere

Na opinião de Roxin, a intenção de sanar estes defeitos, justapondo simplesmente três concepções distintas, tem forçosamente de fracassar, e a razão é que “a simples adição não só destrói a lógica imanente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em meio de reação apto a qualquer emprego. Os efeitos de cada teoria não se suprimem entre si, absolutamente, mas, ao contrário, se multiplicam”¹⁰⁷. Isso, como o próprio Roxin reconhece, não é aceitável, nem mesmo teoricamente.

5.1. A teoria unificadora dialética de Roxin

Como alternativa aos problemas referidos, Roxin propõe uma *teoria unificadora dialética*, que parte da diferenciação entre o *fim da pena*, que se impõe na valoração de um caso concreto, e o *fim do direito penal*. A questão é colocada nos seguintes termos: “Se o direito penal tem que servir à proteção subsidiária de bens jurídicos e, com isso, ao livre desenvolvimento do indivíduo, assim como à preservação de uma determinada ordem social que parta deste princípio, então, mediante este propósito, somente se determina quais condutas podem ser sancionadas pelo Estado. Sem embargo, com isso não se está de antemão definido que efeitos deveriam surtir a pena para cumprir com a missão do direito penal”¹⁰⁸.

Sob essa perspectiva, Roxin¹⁰⁹ defende que o *fim da pena* somente pode ser de tipo *preventivo*, no sentido de que a pena somente pode perseguir o *fim de prevenir delitos*, pois dessa forma se lograria alcançar a proteção da liberdade individual e do sistema social que justificam as normas penais. Nessa linha de entendimento, manifesta, ademais, que tanto a *prevenção especial*, como a *prevenção geral* devem figurar como *fins da pena*. A pena declarada numa sentença condenatória deverá ser adequada para alcançar ambas as finalidades preventivas. E deverá fazê-lo da melhor forma possível, isto é, equilibrando ditas finalidades. Assim, de um lado, a pena deverá atender ao *fim de ressocialização* quando seja possível estabelecer uma cooperação com o condenado, não sendo admitida uma reeducação ou ressocialização forçada. Aqui Roxin manifesta sua adesão à *prevenção especial positiva* e sua rejeição às medidas de *prevenção especial negativa*. De outro lado, a pena deverá projetar seus efeitos sobre a sociedade, pois com a imposição de penas se demonstra a eficácia das normas penais motivando os cidadãos a não infringi-las. A pena teria, sob essa ótica, mais que um fim intimidatório, o *fim de reforçar a confiança da sociedade* no funcionamento do ordenamento jurídico através do cumprimento das normas, o que produziria, finalmente, como efeito, a pacificação social. Dessa forma, Roxin manifesta sua adesão a uma *compreensão mais moderna da prevenção geral*, combinando aspectos da *prevenção geral negativa* e aspectos da *prevenção geral positiva*.

107. Roxin, *Sentido y límites*, cit., p. 26.

108. *Derecho Penal*, cit., p. 81.

109. *Derecho Penal*, cit., p. 95-98.

Nos casos de conflito entre ambas as finalidades, isto é, nos casos em que estas indicam diferentes quantidades de pena, Roxin defende que *deve prevalecer a finalidade preventivo-especial*, de ressocialização, como *garantia individual indicativa da redução da quantidade de pena*, frente às finalidades *preventivo-gerais* que, normalmente, conduzem a um aumento da pena. Entretanto, matiza que a primazia do *fim preventivo especial* somente pode ser atendida até certo ponto, pois a pena não pode ser reduzida a ponto de tornar a sanção ínfima e inútil para o restabelecimento da confiança da sociedade no ordenamento jurídico. Nas palavras de Roxin, “o limite inferior do marco penal atende à consideração do mínimo preventivo geral”¹¹⁰. E isso porque, na opinião de Roxin, a cominação penal, ou seja, a prescrição de mandamentos e proibições, atende ao fim preventivo-geral para a motivação dos indivíduos.

Além disso, Roxin renuncia à ideia de *retribuição*, seja como fim legitimável da pena, seja como seu fundamento ou essência. Esta postura se mantém com base no argumento de que “as instituições jurídicas [neste caso, a pena] não têm essência alguma independente de seus fins, ao contrário, essa essência se determina mediante o fim que se queira alcançar”¹¹¹. E com esse entendimento Roxin sustenta que “do fato de que o castigo radica numa reprovação social não se deduz que a pena seja essencialmente retribuição, nem tampouco unicamente a produção de um mal, pois da desaprovação de uma conduta pode-se derivar igualmente a consequência de que dita desaprovação tende a evitar sua repetição no sentido da influência ressocializadora”¹¹².

Com essa renúncia a toda retribuição, o *princípio de culpabilidade* passa a ocupar uma função secundária — não fundamentadora — na *teoria unificadora dialética* de Roxin. Isto é, o *princípio de culpabilidade* deixa de estar vinculado à *ideia de retribuição da culpabilidade*, e passa a exercer tão só o papel de *limite máximo da pena aplicada ao caso concreto*, no sentido de que a duração desta não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, mesmo quando os *fins preventivos* o aconselhem. Ou, dito graficamente, “a sensação de justiça à qual corresponde um grande significado para a estabilização da consciência jurídico-penal exige que ninguém pode ser castigado com maior dureza do que merece; e merecida é somente uma pena conforme com a culpabilidade”¹¹³. Em contrapartida, sob a perspectiva dos fins da pena, Roxin defende que não existe impedimento nenhum a que a pena seja fixada, no caso concreto, em limite inferior ao grau de culpabilidade. Dessa forma, *a pena adequada à culpabilidade nunca poderá ser aumentada, mas pode ser reduzida de acordo com fins preventivos*.

110. *Derecho Penal*, cit., p. 97.

111. *Derecho Penal*, cit., p. 99.

112. *Derecho Penal*, cit., p. 99.

113. *Derecho Penal*, cit., p. 100.

O
fins de
culpab
por ex
mas pr

As
no mo
mento
zando
mente
dade p
bilidad

6. M

A
contex
projeçã
e sua j
renova
teorias
mentos

Por
com a
conjun
de teor
epígra
tas qu
intimid
Couso
dução
consid
visão i

114. D

115. C

Penal y

referido

116. A

117. F

Valenci

O próprio Roxin resume a sua teoria nos seguintes termos: “a pena serve aos fins de prevenção especial e geral. Limita-se em sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode ser fixada abaixo deste limite quando seja necessário por exigências preventivo-especiais, e a isso não se oponham as exigências mínimas preventivo-gerais”¹¹⁴.

As consequências alcançadas por Roxin são, em grande medida, adequadas no momento de *individualização judicial da pena*; contudo é criticável o esvaziamento que sua postura produz no conteúdo material da culpabilidade, relativizando a importância desta na determinação da medida da pena. Por que se somente uma pena justa, adequada à culpabilidade, permite cumprir com a finalidade preventivo-geral, o que autoriza deduzir tanto a *necessidade* como a *possibilidade de prevenção* é a culpabilidade enquanto fundamento da pena.

6. Modernas teorias de justificação da pena

A grande repercussão das propostas formuladas por Roxin e Jakobs, num contexto em que determinadas *teorias sociológicas* ganharam uma significativa projeção no âmbito do direito penal, revigorou o debate acerca do conceito de pena e sua justificação. Com efeito, ante a enorme profusão de publicações e propostas renovadoras, somente um trabalho monográfico e específico sobre as *modernas teorias da pena* seria capaz de abordar, com um mínimo de rigor, todos os argumentos com que a *justificação da pena* vem sendo construída na atualidade¹¹⁵.

Por esse motivo, nos limitaremos a expor aquelas propostas que confluem com a perspectiva garantista que consideramos mais acertada. Referimo-nos ao conjunto de propostas que a doutrina convencionou agrupar sob a denominação de *teoria da prevenção geral positiva limitadora*, cujo conteúdo analisaremos na epígrafe seguinte. Com isso, não desprezamos a importância e valor das propostas que partem de uma *nova compreensão da prevenção geral negativa ou de intimidação*, defendidas magistralmente por autores como Silva Sánchez¹¹⁶ e Couso Salas¹¹⁷, que também assumem uma perspectiva garantista dirigida à redução da violência estatal. Entretanto, pelos motivos que serão expostos adiante, consideramos mais adequada à realidade do ordenamento jurídico brasileiro a visão integradora formulada pela *teoria da prevenção geral positiva limitadora*.

114. *Derecho Penal*, cit., p. 103.

115. Como é o caso dos trabalhos exaustivos de Alcácer Guirao, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., e Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., referidos em notas anteriores ao longo deste capítulo.

116. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 386 e s.

117. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 356 e s.

6.1. A prevenção geral positiva limitadora

Em contrapartida à prevenção geral *fundamentadora*, sustenta-se uma prevenção geral positiva *limitadora*¹¹⁸. A defesa dessa orientação baseia-se, fundamentalmente, em que a prevenção geral deve expressar-se com *sentido limitador do poder punitivo* do Estado, isto é, como uma *afirmação razoável do direito* em um Estado constitucional e democrático de Direito.

Extremamente importante para esta orientação teórica é a consideração do Direito Penal como um meio a mais de controle social que, ao contrário dos demais, caracteriza-se pela sua formalização. Precisamente, pela formalização de base democrática do *controle social*, no sentido de que o exercício do poder punitivo por parte do Estado vê-se limitado pelos princípios e garantias reconhecidos democraticamente pela sociedade sobre a qual opera. Isso significa que, apesar de ser denominada uma *teoria preventiva*, de base relativista, com vistas ao futuro, não abandona o *princípio de culpabilidade* como fundamento da imposição de pena pelo fato passado, assumindo, portanto, e sem contradições teóricas, a ideia da *retribuição da culpabilidade* como pressuposto lógico da finalidade preventiva de delitos¹¹⁹.

Nesse sentido a pena, como forma de castigar ou sancionar formalmente, submete-se a determinados pressupostos e limitações, aos quais não se subordinam as demais sanções. A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da *proporcionalidade*, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais. Hassemer¹²⁰ afirma que “através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancioná-lo. Não faz parte do caráter da pena a função de resposta ao desvio (o Direito Penal não é somente uma parte do controle social). A juridicidade dessa resposta (o Direito Penal caracteriza-se por sua formalização) também pertence ao caráter da pena”.

A formalização do Direito Penal tem lugar através da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode — a não ser que se trate de um Estado totalitário — invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta. Esses limites

118. Mir Puig, *La función de la pena*, cit., p. 54. Podem ser considerados seguidores da teoria preventiva geral limitadora: Hassemer, *Los fines de la pena...*, p. 132; do mesmo autor: *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 300; Roxin, *La determinación de la pena...* p. 93 e s.

119. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 516.

120. Hassemer, *Los fines de la pena*, cit., p. 136.

referidos materi
porcionalidade,
prevenção geral
todos estes limi
compreender qu
e democrático d

O que se pr
positiva limitad
jurídico como a
ajustada aos va
responder razo
dade de proteçã
da como subst
esta possa ser
possível oferec
razoável de est

Um claro d
função da pen
estatal perante
da norma. Pro
obrigatoriame
ajuda imposta
ressocializaçã
do fim geral d
lização fica d
não tem nenh
to limitador d
fim preventiv
teoria da prev
para os fins n
damentar a r

A princip
o pressupost
sentido limit
pecial, no to
da ressocializ
de forma co

121. Mir Puig
122. Feijoo S
123. Hassem

referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo “desde que compreenda que deve integrar todos estes limites harmonizando suas eventuais contradições recíprocas: se se compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações”¹²¹.

O que se pretende evidenciar com esses argumentos é que a *prevenção geral positiva limitadora* está em condições de legitimar a existência de um instituto jurídico como a pena, isto é, que uma compreensão da prevenção geral positiva ajustada aos valores e princípios do Estado democrático de direito é capaz de responder razoavelmente à pergunta *por que castigar*¹²². De modo que a finalidade de proteção de bens jurídicos, que legitima as normas penais, vê-se integrada como substrato valorativo da finalidade de prevenção da pena, evitando que esta possa ser desvirtuada, pelo menos no plano teórico. Sob essa perspectiva é possível oferecer não só garantias ao indivíduo, mas, ao mesmo tempo, um grau razoável de estabilidade ao sistema normativo.

Um claro exemplo dessa perspectiva *limitadora* é a proposta de Hassemer. A função da pena, segundo Hassemer¹²³, é a prevenção geral positiva: “a reação estatal perante fatos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. *Proteção efetiva* deve significar atualmente duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinquente, dentro do possível, e a limitação desta ajuda imposta por critérios de *proporcionalidade* e consideração à vítima. A *ressocialização* e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: a prevenção geral positiva. No fim secundário de ressocialização fica destacado que a sociedade corresponsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição de um mal. No conceito limitador da responsabilidade pelo fato, destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos do condenado”. Uma teoria da prevenção geral positiva não só pode apresentar os limites necessários para os fins ressocializadores, como também está em condições de melhor fundamentar a retribuição pelo fato.

A principal finalidade, pois, a que deve dirigir-se a pena, uma vez que se dá o pressuposto da atribuição de culpabilidade, é a prevenção geral positiva no sentido limitador exposto, sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante à ressocialização do delinquente. Entende-se que o conteúdo da ressocialização não será o tradicionalmente concebido, isto é, com a imposição de forma coativa (arbitrária) da *reeducação*, mas sim vinculado a *não dessocia-*

121. Mir Puig, *La función de la pena*, cit., p. 58.

122. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, cit., p. 516.

123. Hassemer, *Los fines de la pena*, cit., p. 137.

lização. A ressocialização do delinquente implica um processo comunicacional e interativo entre indivíduo e sociedade. Não se pode ressocializar o delinquente sem colocar em dúvida, ao mesmo tempo, o conjunto social normativo ao qual se pretende integrá-lo. Caso contrário, estaríamos admitindo, equivocadamente, que a ordem social é perfeita, o que, no mínimo, é discutível¹²⁴.

Quanto aos efeitos da postura assumida na determinação ou individualização judicial da pena, o primeiro aspecto a levar em consideração, como pressuposto lógico da finalidade de prevenção geral positiva limitadora, é a atribuição de culpabilidade ao autor do fato passado. A pena, então, deverá pautar-se de acordo com o desvalor do injusto praticado e as circunstâncias pessoais do autor. Esse ponto de partida implica a aplicação dos princípios de proporcionalidade, igualdade e humanidade¹²⁵.

No momento de conformar o tipo e regime concreto de pena, entra em consideração o *fim de ressocialização* (prevenção especial). Por razões de prevenção especial será possível justificar a diversificação do tipo de pena a ser executada e, inclusive, uma redução da quantidade de pena abaixo dos limites inicialmente fixados pela exigência de proporcionalidade. O contrário, contudo, não será permitido, ou seja, não cabe aumentar a quantidade de pena com base na finalidade de ressocialização, pois o limite máximo da pena está determinado pelo princípio de proporcionalidade e o respeito a outras garantias individuais. A diminuição da pena e/ou sua diversificação *em prol da ressocialização* encontram, contudo, como limite, a necessidade de estabilização do sistema (prevenção geral positiva), de modo que apesar da clara tendência de reduzir a intensidade da intervenção estatal, esta não pode resultar na completa frustração da eficácia preventivo-geral da pena¹²⁶.

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, portanto, necessariamente com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este é o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático de direito e o que possibilitaria entender a prevenção geral positiva limitadora da pena como finalidade legítima desta.

124. Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, cit., p. 96-97.

125. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, cit., p. 412-418.

126. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, cit., p. 469-471.