

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

**AS FINALIDADES DA PENA COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE E
DE LIMITAÇÃO À IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO EM CONCRETO NO
ESTADO DEMOCRÁTICO**

Ana Maria Aguiar Assunção de Melo

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes

Ribeirão Preto

2013

Ana Maria Aguiar Assunção de Melo

**AS FINALIDADES DA PENA COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE E
DE LIMITAÇÃO À IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO EM CONCRETO NO
ESTADO DEMOCRÁTICO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Departamento de Direito
Público da Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo para obtenção de título de bacharel
em Direito

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco
Pontes

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

NOME: MELO, Ana Maria Aguiar Assunção de.

TÍTULO: As finalidades da pena como critério de legitimidade e de limitação à imposição de sanção em concreto no Estado Democrático

Trabalho de conclusão de curso
apresentada no Departamento de Direito
Público da Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo para obtenção de título de bacharel
em Direito

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

MELO, Ana Maria Aguiar Assunção de. *As finalidades da pena como critério de legitimidade e de limitação à imposição de sanção em concreto no Estado Democrático*. 2013. 65 p. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

A sociedade de risco dos tempo atuais, em que toda e qualquer possibilidade de lesão é quase imediatamente alçada ao campo de proteção do Direito Penal que, especialmente no contexto do Estado Democrático, deveria ser a *ultima ratio*; urge por parâmetros capazes de limitar o recurso à seara penal e a crescente maximização desse ramo jurídico. A limitação buscada nesse trabalho não tem caráter meramente teórico, tendo em vista que no contexto democrático são inadmissíveis elucubrações voltadas a justificar opções políticas e jurídicas ilegítimas. Assim, partindo-se das concepções de um Estado Democrático e todo o seu aparato teórico prévio, no qual se insere a adoção de um sistema penal aberto, ou seja, capaz de sofrer influências da realidade contingente para avaliar e reestruturar suas respostas penais; adota-se o conceito de bem jurídico para dar legitimidade e oferecer limitação à criminalização de condutas. Num segundo momento, a aplicação de pena em concreto também necessita de um critério legitimador e limitador do emprego da violência estatal, o que será feito pela aferição concreta do cumprimento das finalidades preventivas da pena em um sistema penal teleologicamente orientado. Ademais, aponta-se brevemente as problemáticas que impedem a aplicação da concepção desenvolvida no Brasil, tendo em vista a situação concreta das leis e da seriedade dispensada ao tema no país.

Palavras-chave: Direito Penal. Finalidades da pena. Estado Democrático.

ABSTRACT

MELO, Ana Maria Aguiar Assunção de. *The purpose of penalties as a criterion of legitimacy and limitation to the imposition of sanctions in the Democratic State*. 2013. 65 p. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

The risk society of nowadays, in which any and all possibility of lesion is almost immediately raised to the protection field of the Criminal Law that, especially in the context of a Democratic State, should be the ultimate resource; urges for parameters able to limit the use of criminal law and the growing maximization of that juridical branch. The limitation fetched in this work is not merely theoretical, once that in the democratic context are inadmissible any theory geared to justify political and legal choices that are not legit. Thus, departing of conceptions of a Democratic State and your entire theoretical apparatus prior, in which is inserted the adoption of a open criminal system, capable of suffering influences of contingent reality to evaluate and restructure the criminal answers; it was adopted the concept of legal interest to give legitimacy and offer limitation to criminalization of conduits. In a second moment, the application of penalty in concrete also needs a criterion capable of legitimate and limit the State's violence, what will be done for the gauging concrete of compliance with preventative purposes the feather at a penal system teleologically oriented. Moreover, it will be briefly the problematic which hinder the application of conception developed in Brazil, taking into view to factual situation of Law and the seriousness dispensed to the theme in the country.

Key words: Criminal Law. Purpose of penalties. Democratic State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO	15
1.1 NORMA PENAL EM SENTIDO AMPLO	16
1.1.1 Norma primária e bem jurídico-penal	18
1.1.2 Norma secundária e finalidades da pena	21
1.2 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL	24
2 ABERTURA DO SISTEMA PENAL E FINS DA PENA	27
2.1 DIREITO PENAL COMO UM SISTEMA ABERTO	27
2.1.1 Sistema fechado	27
<i>2.1.1.1 Período Clássico</i>	27
<i>2.1.1.2 Positivismo</i>	29
<i>2.1.1.3 Neokantismo</i>	31
<i>2.1.1.4 Finalismo</i>	32
2.1.2 Crítica ao Direito Penal como sistema fechado	33
2.1.3 Sistema aberto	35
<i>2.1.3.1 Funcionalismo</i>	35
2.1.4 Abertura do sistema e finalidades da pena	37
3 TEORIAS DOS FINS DA PENA	39
3.1 TEORIAS DA RETRIBUIÇÃO	39
3.2 TEORIAS DA PREVENÇÃO	41
3.2.1 Prevenção especial	42
3.2.2 Prevenção geral negativa	44
3.2.3 Prevenção geral positiva	46

4 POSICIONAMENTO ADOTADO E PROBLEMAS DE SUA APLICABILIDADE NO BRASIL	49
4.1 POSICIONAMENTO ADOTADO	49
4.1.1 Teoria unificadora de Claus Roxin	52
4.2 APLICABILIDADE NO BRASIL	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

Cumpra evidenciar, antes de todo o restante, que as construções teóricas apresentadas neste trabalho partem da concepção de um Estado democrático, admitindo-se previamente a totalidade de seu conteúdo. Em razão disso, ao se afirmar que o Estado tem, por obrigação, que respeitar os direitos dos cidadãos, e que apenas pode restringir esses direitos quando estritamente necessário e na medida dessa necessidade; prescinde-se de grandes delongas para justificação dessas assertivas¹.

Na contramão desse dever de abstenção que o Estado assume frente ao cidadão no contexto democrático, observa-se uma tendência expansionista do Direito Penal, sobretudo porque, na sociedade de risco dos dias atuais, a qualquer risco de lesão a um bem jurídico é associada uma necessidade de proteção. Disso resulta uma desconcertante contradição, pois a restrição de liberdades imposta pela ciência penal ao cidadão passa a ser vista, muitas vezes, não como a violação de direitos que de fato é, mas como proteção de valores sociais e segurança.

Tendo em vista identificar, então, formas seguras de se conferir a legitimidade e as formas de limitação do *ius puniendi*, essas indagações serão tratadas nos dois momentos da violência penal: na criminalização de condutas e na imposição de penas em concreto.

A meta será inserir na teoria geral do Direito Penal, tanto quanto possível, o cumprimento de finalidades preventivas, gozando de meios para englobar a realidade em que está inserida e os anseios da sociedade que regula; o que só pode ser feito a partir de um sistema penal aberto, em que é possível dar ao tema a importância de fundamento último de legitimidade para a aplicação de penas no Estado Democrático.

¹ Cf. BITENCOURT, César Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.; GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

No Estado Democrático, no qual não se admite violentar um cidadão pela mera vontade da lei, a violência deve ser a todo tempo justificada. Esta exigência, se assim pode ser chamada, resta ainda mais indispensável, uma vez que no âmbito do Direito Penal, pela violência que representa, não se pode admitir teorias vãs, destinadas a justificar disparates legislativos carentes de legitimidade.

Por essa razão, as respostas buscadas não são as tradicionalmente construídas na história do pensamento jurídico-penal. Os questionamentos acerca da legitimidade das violências penais existem desde tempos longínquos; bem como o oferecimento de soluções e justificativas. Por isso, a pergunta feita neste trabalho não é de cunho teórico, é material²; A questão é acerca das funções que o direito penal pode efetivamente desempenhar com a imposição de sanções.

² MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 57.

1 TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO

Hodiernamente, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tal como a maioria dos países do mundo. A difusão da democracia, juntamente com seus princípios, garantias e exigências, não foi um modismo. Em verdade, foi uma resposta à evolução das ciências humanas, dentre elas o Direito, que resultou na valorização do cidadão, que deixou de desempenhar apenas o papel de destinatário das normas na medida em que suas liberdades e garantias tornaram-se limitações ao poder estatal.

Por ser assim, nos dias atuais, toda e qualquer violação aos direitos do cidadão não se apresenta como alternativa viável, a não ser quando absolutamente necessária, o que implica em uma constante necessidade de justificação do exercício dessa violência pelo Estado.

Neste contexto, o Direito Penal, expressão da violência maior que pode ser cometida pelo Estado contra o cidadão e, logicamente, a temática da criminalização de condutas e da aplicação de penas, por serem estas a violência em si, emergem como discussões com especial relevância. As indagações são assaz expressivas nos dias atuais, pois o Direito Penal experimentou diversas fases, nas quais a violência foi praticada sem grandes preocupações ou formalidades, bastando, nos primórdios, a mera reprovação social para que uma conduta fosse considerada crime e para que sobre aquele que a praticasse recaísse uma sanção.

O abandono desses modelos vazios de limitações e justificativas para a criminalização de condutas e imposição de penas foi uma resposta natural à evolução do pensamento jurídico-penal. Conforme os conceitos e noções jurídicas foram melhor sistematizados, conferiu-se sua simultânea sofisticação, de modo que passaram a reconhecer e cada vez mais a buscar fundamentos de validade em saberes externos ao Direito, mas constantes da realidade social na qual se insere o ordenamento.

Em razão disso, se um dia o pensamento positivista permitiu ao legislador uma completa liberdade, pois toda verificação de validade estava contida no próprio ordenamento, bastando que este não contivesse contradições internas para que suas

normas fossem válidas; hoje não se admite a criminalização de uma conduta – e ainda menos a imposição de penas em concreto – por mera liberalidade legislativa. O que se tenta afirmar, em suma, é que, no Estado Democrático em que hoje se vive, o Direito Penal deve funcionar como um “instrumento jurídico democraticamente delimitado”³.

Por isso, é essencial que se identifique os critérios de limitação adotados para barrarem a expansão do Direito Penal, evitando a violência desregrada e injustificada; bem como a idoneidade desses critérios, para que não sirvam a justificar normas ilegítimas.

Outrossim, a falta da construção de uma sistemática penal clara revela-se inadmissível, porquanto o controle social formalizado deve ser exercido de modo uniforme, limitado e previsível por se tratar da *ultima ratio*, limitadora das liberdades dos cidadãos. Dessa maneira, o sistema penal adotado, bem como seu método de solução dos conflitos sociais e das contradições do sistema, deve ser um conhecimento anterior e basilar de qualquer teoria que vá se desenvolver sobre a ciência do Direito Penal⁴.

Em razão disso, antes do início propriamente do estudo sobre as finalidades da pena, cumpre definir de que maneira a pena e, por conseguinte, seus fins, se relacionam com a teoria delito. Diferente não poderia ser, pois a concepção de Direito Penal adotada e a relevância que se garante ao tema das finalidades da pena na estruturação de uma teoria geral do Direito Penal são essenciais e determinantes para o desenvolvimento das conclusões pretendidas.

1.1 NORMA PENAL EM SENTIDO AMPLO

Num primeiro momento, essa busca de fundamentos de validade na realidade social não atingiu diretamente a temática das penas, não por se achar desimportante o tema, mas porque não havia clareza da existência de um estudo das penas apartado (e jamais isolado) do estudo dos delitos.

³ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.47.

⁴ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. Cultura Paulista: São Paulo, 2002. p. 19 e ss.

Para que se possa estudar a tipificação e a imposição de penas separadamente, buscando para cada uma pressupostos de validade e meios de limitação, é preciso ter a clareza de que a norma penal tem sentido amplo, englobando a norma de conduta (primária), direcionada aos cidadãos para proibir condutas, e a norma de sanção (secundária), direcionada aos julgadores para que seja iniciada a persecução penal⁵. A persecução penal é a realização da norma secundária e implica na problematização e avaliação da existência dos pressupostos para a aplicação de pena, e não necessariamente culmina na imposição de pena em concreto.

Tradicionalmente, o cumprimento da norma secundária foi identificado tão somente como a imposição de pena, a qual seria a resposta necessária sempre que violada a norma primária. Esse raciocínio de causa e efeito, contudo, tanto impede um estudo mais aprofundado de cada uma das componentes da norma penal em sentido amplo, como é irreal.

Evidencia-se, nesse sentido, que a previsão de excludentes de punibilidade nem sempre altera a proibição do fato, apenas afasta sua punição⁶. Exemplificativamente, aponta-se que a previsão de perdão judicial em casos de homicídio, tendo em vista as graves consequências do delito para o agente que o tenha praticado, não afeta a proibição do homicídio e de nenhuma maneira nega tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade para a conduta perdoada. Muito em contrário. O perdão judicial é puro exemplo de ponderações realizadas sobre os pressupostos da norma secundária, reconhecendo-se que, inobstante violada a norma primária, inexistente necessidade de pena.

Partindo-se, portanto, da premissa de que norma primária e secundária não se confundem, é imprescindível que cada uma delas goze de legitimidade e de limitações; bem como que esses critérios sejam erigidos sobre as concepções inerentes ao Estado Democrático.

⁵ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. No trabalho, a obra foi citada a partir do documento digital disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 76 e 77.

⁶ MIR PUIG, *op. cit.* p. 45.

1.1.1 Norma primária e bem jurídico-penal

Como já acima explicitado, a norma primária é aquela direcionada aos cidadãos tendo em vista proibir-lhes condutas. É mister se reconhecer, então, que, estando as normas primária e secundária dogmaticamente diferenciadas, não mais se pode afirmar que apenas a imposição de pena em concreto seja o exercício da violência pelo Estado, uma vez que a mera criminalização de uma conduta já é uma violação de liberdade.

O exercício do *ius puniendi*, portanto, não tem início com a persecução penal e fim com a aplicação da sanção. Em verdade, a ingerência penal na vida do cidadão tem início com a eleição, pelo Estado, das condutas as quais irá ameaçar com pena a sociedade em geral.

Em razão disso, para que se possa afirmar a existência do crime é preciso, além dos critérios inseridos no ordenamento, quais sejam, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade; auferir-se a legitimidade da criminalização daquela conduta. Em outras palavras, é preciso fazer um juízo acerca da legitimidade de se ameaçar os cidadãos em geral de que se praticarem aquela conduta deflagrarão a instância penal, podendo sofrer a imposição de uma pena em concreto.

O bem jurídico foi o conceito erigido com o intuito de funcionar como barreira à expansão do Direito Penal, porquanto pretende oferecer o limite da legitimidade da ameaça com pena; e pode ser entendido como todas as “características de pessoas, coisas ou instituições que servem ao livre desenvolvimento do indivíduo em um Estado democrático e social de Direito”⁷.

É, por certo, um importante conceito, amplamente aceito, mas sobre o qual recaem muitas críticas⁸, sendo a principal delas a que afirma que seu excessivo grau de abstração permite a expansão desenfreada do Direito Penal; colocando em xeque a validade dessa figura como legitimadora e limitadora da atividade jurídico-penal. O dito excessivo grau

⁷ KINDHAÜSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima: Ara Editores, 2008. p.52. Tradução livre.

⁸ Não cabe, neste trabalho, tratar das teorias que criticam a noção de bem jurídico. Para um estudo neste sentido, à luz da visão yakobsiana: LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

de abstração do conceito, todavia, é a principal razão pela qual ele sobreviveu às mais drásticas mudanças do pensamento jurídico-penal, ganhando nova fundamentação teórica conforme o desenvolvimento científico do período.

Em uma sociedade em constante evolução, descabe a qualquer ciência social o engessamento de seus conceitos, porquanto logo veria suas afirmações transformadas em inverdades. Qualquer teoria que tente, portanto, fundamentar a criminalização de condutas do ponto de vista democrático, ou seja, respeitando a realidade social dos cidadãos aos quais estão direcionadas as normas, precisa ser capaz de absorver as modificações sociais que indubitavelmente virão e que são constantes quando analisadas sociedades diversas.

Neste sentido, Roxin aponta que se da definição de bem jurídico pudessem derivar conclusões já acabadas, essa conceituação tenderia a ser necessariamente errônea, pois o reduziria a uma “cega dedução conceitual”⁹. Continua o autor esquadrinhando o raciocínio de que o bem jurídico visa proporcionar um critério sobre o qual deverá se desenvolver na matéria jurídica que o legislador e o aplicador do Direito tem que consultar na criação e interpretação de cada preceito concreto.

Cumprido levantar, pela evidência hodierna das duas mais expressivas correntes do pensamento jurídico-penal contemporâneas, que há quem defenda que uma vantagem da concepção da função do Direito Penal como proteção a lesões de deveres normativos, em contraposição à teoria do bem jurídico, é “o fato de deixar evidente que a opção por uma maior ou menor intervenção penal é, no limite, uma decisão política, determinada contingencialmente”¹⁰.

Essa é, certamente, uma virtude do pensamento funcionalista sistêmico, contudo, não é justa a crítica de que o conceito de bem jurídico seja cego neste sentido. Muito em contrário, pois, segundo o raciocínio acima desenvolvido, o bem jurídico, exatamente por ser abstrato, sofrerá modificações constantes e por isso frequente necessidade de legitimação.

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general: fundamentos, la estructura e la teoria del delito*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997. Disponível em: <[http://pt.scribd.com/doc/25774297/Roxin -Claus-Derecho-Penal-Parte-General](http://pt.scribd.com/doc/25774297/Roxin-Claus-Derecho-Penal-Parte-General)>. Acesso em: 30 ago. 2013. p. 58.

¹⁰ LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 174.

Ademais, há de se considerar que se o conceito de bem jurídico não é suficientemente determinado para limitar a tendência expansionista do Direito Penal, é ainda de menor proveito para este escopo retirar da esfera do penalista o dever ou mesmo a possibilidade de criticamente avaliar o conteúdo material das normas penais, como o faz o funcionalismo sistêmico defendido por Günther Jakobs.

O bem jurídico penal, insta se evidenciar, não é diferente do bem jurídico geral, mas por sua importância para que os cidadãos daquela sociedade, em determinado tempo e lugar¹¹, exerçam plenamente sua liberdade e dignidade humana, e pela incapacidade de outros ramos menos gravosos do Direito em oferecerem a proteção de que necessita, legitima-se em deflagrar a *ultima ratio*. Em razão dessa lógica circular, pode-se dizer do bem jurídico penal que é o “objeto ideal concretizável capaz de, ao mesmo tempo, legitimar e ser protegido pela norma jurídico-penal”¹².

Por consequência, alcançar o *status* de bem jurídico penal já se revela em uma limitação à expansão desse ramo jurídico, pois apenas poderá justificar a ameaça com pena que se fará recair sobre todos os cidadãos se for de suma importância (princípio da fragmentariedade) e se o Direito Penal for a única forma de o proteger (princípio da subsidiariedade)¹³.

Em prova disso, pode-se lembrar que, muito antes da descriminalização do adultério, já não se aplicava pena e, muitas vezes, sequer se deflagrava a persecução penal quando averiguada a conduta mencionada. Isso não pretendia (e nem o fez) informar à sociedade brasileira que não se acha importante a lealdade conjugal, e nem que a violação desse valor não mereça tutela jurídica. Apenas se admitiu que tal conduta e as lesões por ela causada dispensavam o recurso à *ultima ratio* por haver outro ramo jurídico – o Direito Civil – capaz de recompor os danos resultantes do evento violador do bem jurídico.

¹¹ Cf. GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 340 ss.

¹² NETTO, *op. cit.* p. 20.

¹³ *Ibidem*, p. 28.

Além disso, cumpre salientar que a ameaça com pena, por ser já uma violência, apenas é admitida no Estado Democrático na medida de sua necessidade. Em razão disso, não se pode ameaçar com pena desmedidamente, pois, ainda que ponderações atinentes à norma secundária impeçam a arbitrária imposição de pena em concreto, essa seria uma violência injustificada.

Dessa forma, a criminalização de uma conduta, a pena que se comina abstratamente à conduta criminalizada e a pena que em concreto se aplicará ao violador da norma primária, todas devem obedecer a critérios de adequação e proporcionalidade, como qualquer outra restrição de direitos praticada pelo Estado Democrático.

1.1.2 Norma secundária e finalidades da pena

A imposição de pena em concreto tem, portanto, seu primeiro pressuposto na violação de uma norma primária. Não uma norma primária qualquer, aponte-se, mas aquela voltada a proteger um bem jurídico penal, de suma importância para a sociedade e que não pode ser protegido por outro ramo do direito, razão pela qual legitima a ameaça com pena em abstrato imposta contra toda a sociedade, seguindo critérios de adequação e proporcionalidade.

Uma vez que a violação da norma primária é reconhecida como pressuposto, e não mais como determinante à aplicação da pena, é lógico o desdobramento de que a imposição de uma pena não será a resposta do Direito Penal sempre que aferida a existência de um delito, pois não parece moderado que o Estado violente o cidadão por mero mandamento do ordenamento.

É necessário, aqui, um segundo juízo valorativo acerca da legitimidade da prática da violência estatal e, acima de tudo, é preciso que se erija novo critério limitador dessa atividade pelo Estado, pois, ainda que muito legítima a criminalização de uma conduta, não parece aceitável, num contexto democrático, que a pena seja imposta somente porque houve uma infração¹⁴, pois esse deve ser apenas um de seus pressupostos.

¹⁴ NETTO, *op. cit.* p. 39.

Não se trata, aponte-se, de delongas teóricas. A sanção individual e concreta é, sem sombra de dúvidas, violência muito maior que a cominação abstrata de pena, razão pela qual não pode essa atividade ser menos limitada e exercida sem meios próprios de aferição de validade.

As finalidades da pena são o critério sobre o qual repousam as ponderações político-criminais atinentes ao cumprimento da norma secundária, que encerram juízos acerca do merecimento e da necessidade do constrangimento individual com a aplicação de pena¹⁵, podendo culminar ou não na imposição de uma sanção em concreto. A importância dessa perspectiva é que ela liberta a pena de seu tradicional fim: a retribuição.

Muito embora no Direito Penal exista a preocupação em se garantir à pena finalidades outras que não a retribuição desde o positivismo jurídico, a verdade é que apenas bem recentemente as metas de prevenção conseguiram sair do plano teórico para de fato influenciarem a formulação das respostas penais. Assim foi porque, no seio de um sistema penal fechado, em que a realização da norma secundária significa a imposição de pena e é sempre resultado de um mandamento normativo, não há espaço para o aproveitamento pelo sistema das aferições político-criminais acerca da efetividade das penas aplicadas para a consecução das finalidades propostas.

Em um sistema aberto, entretanto, em que é possível se utilizar tais conhecimentos para a avaliação e reestruturação das respostas ofertadas, é possível dar ao tema das finalidades da pena o *status* de critério legitimador e limitador da atividade penal, tal qual o bem jurídico, utilizando-se de cada uma dessas figuras em momentos diversos.

Mais uma vez, pode parecer que as finalidades da pena são também um conceito muito aberto, que poderia justificar qualquer arbitrariedade, pois um Estado poderia eleger qualquer fim para direcionar suas penas e todo o seu sistema penal. Ora, cabe mais uma vez a leitura contextualizada com o Estado Democrático, pois um estudo “ahistórico”¹⁶, colocado acima da realidade social e histórica em que se encontra o país, seria de pouco ou nenhum rendimento prático.

¹⁵ NETTO, *op. cit.* p. 95 ss.

¹⁶ MIR PUIG, *op. cit.* p. 79.

No Estado democrático, como será melhor debatido ao longo do trabalho, essas finalidades almejadas formarão uma “prevenção limitada”¹⁷. Primeiramente, porque apenas se protege um bem jurídico se, além de se reprimir as lesões por ele sofridas, prevenirem-se novas lesões; e principalmente porque a retribuição pura e simples é incompatível com os ideais democráticos. Figura, portanto, como uma exigência do Estado Democrático que as penas existam somente se capazes de evitar e prevenir lesões, pois, se forem apenas uma violência sem qualquer propósito, não se justificam.

Dessa maneira, não se procura desvincular a aplicação da pena da ocorrência do crime, mas sim reconhecer que a segunda é apenas um dos pressupostos da primeira, figurando ao seu lado diversos outros fatores, dentre os quais é especialmente relevante a aferição da possibilidade concreta de cumprimento das finalidades preventivas a que as sanções estão direcionadas. Não se trata mais da identificação da violação da norma, o que já foi objeto de apreciação da norma primária; mas da verificação dos pressupostos para que a ameaça pelo descumprimento do dever se concretize, frente à real aferição da lesão ao bem jurídico tutelado¹⁸.

Isso em muito restringe a aplicação de penas, por exemplo, nos crimes de perigo, nos quais entende-se que a mera conduta é suficiente para oferecer risco de lesão ao bem jurídico e para justificar a cominação de pena em abstrato contra toda a população. Há situações, entretanto, em que não há qualquer lesão ou risco de lesão identificáveis no caso concreto.

Exemplificativamente, pode-se mencionar a embriaguez ao volante. Tal figura foi criada para se proteger a vida, a saúde pública e o patrimônio dos cidadãos que, segundo ampla doutrina, correm grande risco quando um motorista conduz embriagado seu automóvel. É possível, porém, imaginarem-se casos em que há completa inexistência de riscos reais a bens quaisquer, como na hipótese de um cidadão dirigir, sob o efeito de álcool, por uma pista de testes de automóveis. Neste caso, seria perfeitamente plausível se afastar a aplicação de pena, pois não há qualquer possibilidade minimamente previsível de se ocorrer uma lesão (as possibilidades completamente improváveis sempre existirão, mas estas não são

¹⁷ MIR PUIG, *op. cit.* p. 81.

¹⁸ NETTO, *op. cit.* p. 96.

objeto do Direito Penal por não se poder identificar nelas a culpabilidade da conduta humana, tornando-se impossível imputá-las a um cidadão).

Retomando, ainda, o exemplo do crime de adultério, e imaginando-se que o que esse tipo pretendia era oferecer tutela à família e ao dever de lealdade entre os cônjuges, é de se questionar se a aplicação de sanção penal poderia oferecer qualquer proteção a estes bens jurídicos. Primeiramente porque já é duvidoso se a lealdade marital deveria ter *status* de bem jurídico penal, vez que, ao que parece, é de interesse totalmente particular; além de ser forçoso reconhecer que a sanção penal não oferece reparo algum à família desconstituída ou ao cônjuge traído, a não ser por ver arrefecido um possível desejo por vingança.

1.2 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Tudo o até agora construído tem por escopo embasar a adoção, neste trabalho, do Direito Penal como um sistema teleologicamente orientado.

A missão que o Direito Penal deve estar voltado a concretizar, no Estado Democrático, é a de oferecer efetiva proteção aos bens jurídicos penais, sendo essa uma limitação à expansão desenfreada de criminalização de condutas. Ainda que se entenda que muitos são os bens jurídicos essenciais à sociedade e que muitos deles apenas podem ser protegidos pelo Direito Penal, há que se fazer a ponderação de se a tutela penal pode, efetivamente, proteger aquele bem, pois, se não o puder, mais uma vez se conferirá uma ameaça injustificada perpetrada contra todos os cidadãos.

Num segundo momento, quando do cumprimento da norma secundária – após violada a norma primária construída sobre os parâmetros sobreditos –, deve-se ainda ser avaliada e problematizada a existência de lesão ou risco de lesão em concreto. Por fim, a pena só poderá ser imposta individualmente se puder efetivamente reparar a lesão ou se prevenir a ocorrência de novas lesões ao bem jurídico penal afrontado pela infração, o que consiste, por sua vez, em altiva limitação à aplicação da sanção em concreto.

Assim, o sistema penal teleologicamente considerado é desvinculado de concepções ontológicas estanques e previamente elaboradas. Outrossim, é orientado à concretização das finalidades do Direito Penal, substituindo a causalidade inerente dos sistemas fechados por regras guiadas por valorações jurídicas¹⁹.

O método funcionalista, como acima consagrado, concebe o Direito como sistema aberto, o qual tem o condão de permitir a crítica do político pelo dogmático²⁰, por realizar a comunicação da teoria do delito com os conhecimentos sociais.

Além de permitir o diálogo, o método proposto ainda é capaz de aproveitar os resultados desses debates para avaliar a realidade social e a concreta proteção dos bens jurídicos penais em consonância com os princípios do Estado Democrático e para limitar o sistema penal e punir de maneira proporcional às lesões causadas pelas condutas que se vislumbra evitar.

Importante salientar que o que se está propondo não é o abandono de toda a sistematização jurídico-penal – arduamente construída – em prol de qualquer juízo valorativo proveniente da realidade social, retirando do Direito seus *status* de ciência e o relegando ao mero “bom senso”. Muito em contrário, afinal, se defender um sistema aberto se confundisse com abandonar o sistema e a interpretação das normas ao arbítrio do interlocutor, mais uma vez se estaria diante de um sistema obscuro e pouco previsível, o que, como já explicitado, não pode ser aceito pelo Estado Democrático.

A abertura mencionada não abandona o conhecimento jurídico construído sobre o debate científico e nem desvincula a aplicação da norma da verificação de validade na dogmática, porém, “o que não se acolhe, como definitivo, são as soluções encontradas, por não serem permanentes, nem eternas”²¹, visto que a realidade social não é, também permanente ou eterna.

¹⁹ CAMARGO, *op. cit.* p. 155.

²⁰ NETTO, *op. cit.* p. 88 e 89.

²¹ CAMARGO, *op. cit.* p. 26.

A adoção de um sistema penal aberto não é vã, pois apenas neste contexto é possível dar às finalidades da pena a importância desejada neste trabalho. Por essa razão, é essencial a análise das diferentes fases do pensamento jurídico-penal e as consequências da aceitação dessas diferentes concepções para a temática dos fins da pena. Tal discussão será travada no capítulo seguinte.

2 ABERTURA DO SISTEMA PENAL E FINS DA PENA

2.1 DIREITO PENAL COMO UM SISTEMA ABERTO

O sistema penal, como concebido pelas correntes contemporâneas do pensamento jurídico-penal, é um sistema aberto. Isso significa que, se outrora foi uma ciência cujas justificativas e fundamentos repousavam em si mesma, senão desvalorizando qualquer conhecimento obtido externamente, ao menos o considerando inidôneo para justificar as respostas alcançadas; hoje as respostas fundamentadas na realidade social em que o direito se insere são não apenas valorizadas, mas almejadas.

Certo é, porém, que a abertura do sistema não foi (ou é) a única maneira de se entender o Direito Penal e de se embasar a teoria geral desse ramo jurídico. Conforme a maneira que cada escola do pensamento jurídico-penal encara o sistema, o tema das finalidades da pena ganha novos contornos, demonstrando-se mais ou menos relevante e capaz de influir de forma prática na aplicação e interpretação das normas.

Imprescindível, portanto, um breve relato das diferentes escolas do pensamento jurídico-penal, evidenciando-se a dinâmica do sistema em cada período, se fechado ou aberto, e as consequências trazidas para a teoria da finalidade da pena.

2.1.1 Sistema fechado

2.1.1.1 Período Clássico

A primeira escola com grande influência para as concepções hodiernas acerca do Direito Penal é a Escola Clássica. Os autores do século XIX, embora não se filiassem conscientemente a um mesmo pensamento penalista, seguiam os mesmos marcos teóricos de construção de suas teorias, quais sejam, o humanismo, o jusnaturalismo e o racionalismo. A formação dessa corrente teórica, por conseguinte, se deu mais por suas divergências com o positivismo do que pelas semelhanças entre os autores clássicos²².

²² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. No trabalho, a obra foi citada a partir do documento digital disponível em

A influência do humanismo embebido dos ideais liberais, sobretudo após a obra de Cesare Beccaria²³, colocou o Direito em função do indivíduo, e não do Estado, de modo que a lei passou a ser vista como proteção contra toda limitação arbitrária da liberdade²⁴. Emergiram, por conseguinte, os pressupostos de previsibilidade e de segurança jurídica na ciência penal, pois tornou-se inadmissível que o Estado pudesse privar, injustificadamente ou por mera liberalidade, um cidadão de seus direitos naturais.

Assim, a grande contribuição dos pensadores clássicos para o Direito Penal contemporâneo foi a de que, com base nos mencionados marcos, pela primeira vez, a dogmática jurídico-penal foi elevada ao *status* de ciência e assumiu o papel essencial de limitadora do poder punitivo do Estado²⁵. A limitação vislumbrada nesse momento consistia na proporcionalidade entre violação e punição, na medida em que a sanção admitida nesse sistema era apenas aquela suficiente para reestabelecer o valor ofendido pela conduta criminosa, pois, se maior fosse, constituiria em uma violação arbitrária da liberdade que é direito natural do homem.

Francisco Carrara, um dos principais autores desse período, retratou com exatidão as concepções jusnaturalistas e liberais nas teorias clássicas ao dispor que apenas se pode imputar um delito a alguém se a conduta voluntariamente realizada (imputabilidade moral) for moralmente reprovável, pois, “se a conduta não for moralmente reprovável, o direito irá se contrapor com uma lei superior, a qual não pode derogar, porquanto não se pode declarar socialmente reprovável a lei ordenada e encorajada pela lei moral e religiosa”²⁶. Além disso, o autor apontava como pressupostos para a existência do delito a danosidade social e legalidade penal.

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 35.

²³ Cesare Beccaria sistematizou as críticas direcionadas ao Antigo Regime sobre as quais foram construídas as teorias responsáveis pelo redimensionamento do papel do Estado em face do cidadão, sendo a sua obra *Dos delitos e das penas*, por isso, um marco no desenvolvimento do pensamento jurídico-penal. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Arts. 1º ao 120*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 79.

²⁵ NETTO, *op.cit.* p. 35 e 36.

²⁶ CARRARA, Francisco. *Programa del curso de derecho criminal: desarrollado en la Universidad de Pisa : parte general, Volume 1*. São José: Tipografia Nacional, 1889. 331 p. v. 1. p. 31. Tradução livre. Disponível em: <<http://archive.org/stream/programadelcurs00carragoog#page/n1/mode/2up>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

No que importa a este trabalho, parece óbvio que, na concepção clássica, o Direito Penal é um sistema fechado e o único fim da aplicação da pena é a retribuição. Se a norma é entendida como a concretização de um valor anunciado pela moral; a conduta delituosa, ao violar o direito, viola o próprio valor; o que dá ensejo à aplicação da pena. Não há juízos de merecimento ou necessidade, mas tão somente de culpabilidade: o mal causado (negação do valor) deve ser penalizado (negação da negação)²⁷.

2.1.1.2 *Positivismo*

Essencialmente, o positivismo jurídico, assente do final do século XIX, partia da premissa de que toda a dogmática jurídica deveria partir ou derivar do direito posto. Para esta corrente de pensamento, os princípios e fundamentos que justificam e permitem a aplicação do Direito e, no âmbito específico do Direito Penal, das penas, são encontrados nas próprias normas, descabendo a consulta a valores ou a qualquer fator externo. É um sistema fechado, portanto, do ponto de vista cognitivo e operacional, em que toda a verificação de validade é indutiva, e no qual a pena é imposta tão somente porque presentes os pressupostos legais.

Cesar Lombroso e Enrico Ferri foram importantes expoentes dessa escola, pois deram grandes passos na busca por conceitos materiais do delito e de seus elementos, desprendendo-se de conceitos meramente dogmáticos e buscando fatores empíricos de aferição do crime, do criminoso, da vítima e das sanções²⁸. De seus estudos resultou a negação do livre-arbítrio tão veementemente defendido pelos clássicos.

Lombroso utilizou-se da experimentação para identificar e descrever a compleição física do criminoso. Em sua concepção, fatores biológicos determinavam a predisposição para cometer crimes. Ferri, em continuidade ao caminho traçado por Lombroso, também negou o livre-arbítrio e inseriu em seus estudos a ideia de ambiente, afirmando que não basta que o indivíduo tenha predisposição a delinquir, é imprescindível que encontre o ambiente adequado para o desenvolvimento dessa predisposição. Daí a máxima mais

²⁷ NETTO, *op.cit.* p. 37 ss.

²⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 146.

conhecida de Ferri, de que cada sociedade tem o delinquente que merece, pois oferece o ambiente para o desenvolvimento de sua personalidade criminosa.

Como consequência da negação do livre-arbítrio e do Direito Natural, conferiu-se, no pensamento positivista, o rechaço do entendimento de que a finalidade da pena descansava tão somente na retribuição, pois, a partir dos conhecimentos de que o crime não é ato de mera vontade e de que é fato social, floresceram as teorias preventivas²⁹. O reconhecimento da necessidade de se concretizar finalidades que não a retributiva, porém, cessou sua eficácia na busca por novas modalidades sancionatórias (medida de segurança) e modos de cumprimento de pena (livramento condicional, progressão de regime), pois o fechamento do sistema impediu a efetivação das finalidades preventivas teorizadas a partir dos estudos de Lombroso e Ferri, relegando-as apenas ao campo teórico.

Prova disso é o pensamento de Franz Von Liszt, um dos mais importantes teóricos do período. O autor expunha posicionamento assaz diferente de outros mais legalistas de seu tempo, pois reconhecia a necessidade de reflexões advindas de outras ciências, como a sociologia e a psicologia. O papel da política-criminal, contudo, fenecia em oferecer uma revisão crítica do ordenamento, não podendo “jamais substituir ou relativizar para a realização de objetivos de natureza política”³⁰. O método indutivo permitia que se concluísse pela imposição da pena tão somente ao se provar a existência do delito.

Assim, figurando a prevenção especial como a finalidade teórica das sanções, perdeu-se o vínculo entre a culpabilidade e a penalização ao mesmo tempo em que, na prática, tendo em vista que o sistema se manteve fechado, pouco se alcançou em modificar a finalidade alcançada com a aplicação de penas pelo Estado. As sanções continuaram a ser aplicadas por mero mandamento da lei, perpetuando a retribuição, sem aferição de merecimento ou necessidade em cada caso concreto; em nome da realização de uma prevenção especial ilimitada que permitia a invasão das esferas jurídicas dos cidadãos uma vez conferida sua responsabilidade social³¹.

²⁹ PRADO, *op. cit.* p. 81 e 82.

³⁰ NETTO, *op. cit.* p. 44.

³¹ CAMARGO, *op. cit.* p. 146.

Esta limitação, já convém expor, foi comum a todas as escolas que entendem o sistema penal como fechado, pois o modelo que exclui a conexão do Direito com a realidade no momento da aplicação da pena invariavelmente perpetua o retribucionismo, pois é incapaz de se adaptar a fim de concretizar quaisquer outras finalidades³².

2.1.1.3 Neokantismo

O neokantismo não significou uma ruptura com a vinculação entre saber jurídico e ordenamento nem com a causalidade característica das ciências daquele tempo³³, de modo que não representou negação ou superação do positivismo. A melhor dizer, os neokantistas enxergaram a necessidade de complementação, adicionando reflexões de cunho valorativo e material ao saber jurídico baseado no ordenamento³⁴, ainda caracterizando, portanto, um sistema fechado.

O objeto da ciência jurídica permaneceu, portanto, sendo o Direito positivo. A valoração, entretanto, caracterizou o abandono da causalidade formulada sobre axiomas meramente dogmáticos em prol de uma dimensão axiológica do Direito, “visto que a premissa da corrente de pensamento é obter a diferenciação de objetos pelo valor que lhe são humanamente atribuídos”³⁵.

Importa saber, neste íterim, que o valor, na concepção neokantiana, é extraído no âmbito da cultura de certa sociedade, resultante de sua história, em determinado tempo. Não se confunde com a noção kantiana de valor absoluto, ideal e imutável. Como resultado, as teorias preventivas ganharam mais destaque, pois em um Direito voltado à concretização dos valores de determinada sociedade, nada mais lógico que as penas impostas se prestem a esta mesma finalidade, e não mais à realização de um ideal abstrato e apriorístico de justiça.

³² Vale a ressalva de que a incapacidade de um sistema em concretizar finalidades políticas através da pena não significa dizer que a imposição de reprimenda penal não concretize finalidade qualquer além da retribuição. O que aqui se afirma, apenas, é que a incapacidade do sistema em avaliar e utilizar os resultados obtidos com a aplicação da pena para constantemente reestruturar ou reafirmar as respostas que oferece figura como uma barreira para a consecução dessas outras finalidades.

³³ CAMARGO, *op. cit.* p. 149.

³⁴ NETTO, *op. cit.* p. 45.

³⁵ *Ibidem*, p. 46.

O neokantismo, muito embora tenha superado algumas limitações positivistas inserindo o valor como critério de interpretação dos tipos penais, abandonando o normativismo extremo e totalmente desvinculado da realidade social³⁶, o fez de forma descontrolada. A consequência disso foi a imprevisibilidade das decisões, pois o valor não encontrava qualquer barreira nas construções dogmáticas, servindo estas apenas para justificar a valoração subjetiva do julgador.

2.1.1.4 Finalismo

Também contrário ao normativismo excessivo que marcou a escola positivista, e se propondo a concretizar a superação dessa corrente de pensamento, meta na qual falhou o neokantismo³⁷; o finalismo afirmava que o direito e a dogmática penal devem obrigatoriamente estar relacionados com a realidade ontológica da sociedade em que se inserem.

A abordagem ontológica-valorativa obriga o direito a reconhecer os conhecimentos de outras ciências e a produzir afirmações consonantes com estes saberes, ou seja, exclui de pronto a concepção positivista de sistema cuja verificação de validade é indutiva e capaz de conter qualquer axioma uma vez que tenha sido inserido no ordenamento. Por outro lado, a obrigatoriedade de que todo o direito esteja vinculado a estruturas lógico-objetivas traz uma limitação absoluta à construção normativa.

Hans Welzel foi um dos pensadores dessa escola, fazendo grandes contribuições para a teoria do Direito Penal. Para o autor, a função desse ramo jurídico deveria ser a reafirmação dos valores em que se sustentam as normas, e não a proteção aos bens jurídicos.

O conceito de culpabilidade, com Welzel, foi acrescido da noção de intencionalidade. A preocupação com o resultado da infração – a lesão sofrida pelo bem jurídico penal – ficou, então, em segundo plano, na medida em que o que viola a norma e nega o valor ontologicamente construído é a ação delituosa.

³⁶ CAMARGO, *op. cit.* p. 148 e 149.

³⁷ PRADO, *op. cit.* p. 94.

Isso não significa que a proteção aos bens jurídicos foi completamente esquecida, entretanto, o desvalor do crime deixou de ser medido apenas pelo resultado, levando em conta a lesão efetivamente sofrida; passando a considerar, sobretudo, o desvalor da própria ação pela intencionalidade na infração do dever jurídico e, conseqüentemente, na negação dos valores sociais³⁸.

Disso se depreende que a finalidade a que se prestava a pena não era apenas retribuir o mal causado pela violação do dever, mas reafirmar para toda a sociedade a obrigatoriedade do valor violado. O fim da pena é, assim, híbrido: “uma espécie de retribuição preventiva”³⁹.

Em que pese as profundas modificações em relação aos pensamentos das escolas pretéritas, a pena, ainda que imposta sobretudo para reafirmar o valor ontologicamente extraído da sociedade; não tem seus resultados utilizados para avaliar e estruturar o sistema. Assim, o sistema penal ainda é fechado em Welzel, “não permitindo a contra-argumentação nem possibilitando a consideração das situações apresentadas pela contracultura”⁴⁰.

2.1.2 Crítica ao Direito Penal como sistema fechado

Conforme já mencionado, é mister explicitar o porquê o Direito Penal concebido como sistema fechado não serve ao intuito deste trabalho.

A primeira crítica a ser feita é a que tange à sua incapacidade de utilizar saberes externos ao próprio ordenamento para justificar ou reconfigurar suas afirmações e, o que muito aqui importa, suas respostas. Disso resulta um certo descaso em relação ao instituto da pena, pois ainda que o ordenamento almeje uma finalidade qualquer, a imposição de sanção nunca deixa de ser mera reação ao crime e instrumento de realização da norma primária.

³⁸ NETTO, *op. cit.* p. 52 e 53.

³⁹ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 40.

Não se busca, aponte-se, desvincular a aplicação da pena da ocorrência do delito, pois esse é seu primeiro e fundamental pressuposto; mas, para os dias atuais, em que a Democracia e seus ideais e garantias são o cerne do sistema, já não é justificável a aplicação da pena tão somente porque existiu uma infração.

Como explicitado, a posição aqui adotada é a de que as teorias dos fins da pena não podem ser, como historicamente o foram, utilizadas para justificar a existência da pena sem serem capazes de influir na forma como as sanções são aplicadas. Em razão disso, o sistema penal fechado padece de uma característica insuperável para fins desse trabalho: a de, partindo de uma realidade permanente construída sobre uma base filosófica⁴¹, não permitir ao cumprimento efetivo das finalidades o lugar de fundamento último da imposição das penas na teoria geral do Direito Penal.

Não bastasse isso, o fechamento do sistema, ao abstrair delito e sanção de referenciais concretos, impondo a adoção de uma realidade prévia e incapaz de sofrer influências da realidade contingente⁴², tende a tratar a justiça como algo metafísico e apriorístico, retornando, invariavelmente, à retribuição. Será ainda melhor debatida a problemática que cerca essa afirmação, mas cabe desde já salientar que, dentro das concepções do Estado Democrático, descabe a realização da pena pela retribuição, pois não se entende ser essa uma finalidade legítima.

O Direito Penal tomado como um sistema fechado invariavelmente apresentará em sua defesa um argumento de segurança jurídica, pois as respostas, por estarem contidas no próprio ordenamento, serão sempre previsíveis. Essa fórmula miraculosa, contudo, para que o exercício do controle social formal seja limitado, claro e previsível, como é exigência no contexto de um Estado Democrático, em que toda violência perpetrada contra um cidadão precisa ser justificada, é tão atraente quanto falaciosa.

⁴¹ NETTO, *op. cit.* p. 15.

⁴² *Ibidem*, p. 37.

Primeiramente, é de admitir que um número limitado de axiomas, ainda que muito inventivo seja o legislador, jamais poderá conter toda a complexidade de uma sociedade e que, ainda que o pudesse, estes se veriam antiquados no instante seguinte à sua afirmação dada à sua incomunicabilidade com as transformações sociais subsequentes⁴³.

Assim, em que pese ser de fato muito previsível o resultado seguindo-se um método lógico-dedutivo, as respostas ofertadas não são capazes de manterem-se atuais e coerentes com o Estado Democrático, ainda que o sejam momentaneamente. O Estado Democrático tem por princípios não apenas a segurança jurídica, mas também a dignidade da humana, a igualdade, a liberdade, a justiça social, entre outros, que tem conteúdo orgânico e, por conseguinte, dinâmico.

As finalidades da pena, ainda que muito evidenciadas em discursos jurídicos, neste contexto em que não capazes de influenciar nos rumos do Direito Penal, não passam de debates teóricos voltados a justificar seja lá o que o legislador elegeu como penalmente punível. Dessa forma, comprovada a incapacidade de um sistema penal fechado em comportar a visão já retrada da finalidade da pena na teoria geral do Direito Penal, insta se evidenciar o porquê o sistema penal aberto o faz.

2.1.3 Sistema aberto

2.1.3.1. Funcionalismo

Em que pese haver diferenças expressivas e essenciais nas diferentes correntes normativistas, sobretudo no que tange à função do Direito Penal e às finalidades da pena⁴⁴, o que decididamente influi nas conclusões e afirmações de cada linha de pensamento, neste momento, serão evidenciadas apenas as principais tendências resultantes da concepção funcionalista. Mais à frente, quando tratadas propriamente das teorias das finalidades da pena, será discutido o porquê da aceitação da vertente teleológica-funcional em detrimento da funcionalista sistêmica.

⁴³ AMARAL, *op. cit.* p. 38 ss.

⁴⁴ PRADO, *op. cit.* p. 97 e 98.

Pois bem. Se os movimentos neokantiano e finalista se preocuparam em negar e superar o positivismo, o funcionalismo tem por característica a renormatização do sistema penal⁴⁵, amarrando os juízos valorativos de volta em bases dogmáticas.

Na visão funcionalista, em uma simples metáfora, a sociedade compõe-se como um organismo, em que os indivíduos, assim como as células, tem uma funções a desempenhar e, associando-se de maneira organizada, formam instituições (família, empresa, universidade, *etc.*). Disso resulta uma expectativa de que cada indivíduo desempenhe o seu papel, em cada uma das posições sociais que preenche – ele pode ser pai, filho, chefe, médico e cidadão simultaneamente, por exemplo –, dada à essencialidade disso para que a sociedade, de forma contínua e harmoniosa, permaneça em funcionamento⁴⁶. O crime, por sua vez, gera uma frustração dessa ordem social, pois ela alcança sua funcionalidade a partir do consenso, e não do conflito⁴⁷.

Ao Direito Penal é dado, portanto, reafirmar e institucionalizar as expectativas sociais que o delito abalou ao por em xeque a credibilidade da norma. A aplicação de pena, em nítido caráter preventivo geral, é voltada a reafirmar os comportamentos esperados e reiterar a obrigatoriedade do Direito⁴⁸, porquanto é inócua a pena que não reestabelece a operacionalidade do sistema social.

A inovação desse modelo, que o irá caracterizar como um sistema aberto, é a percepção de que, tanto quanto um organismo vivo, o Direito tem processos internos para alcançar seus resultados, mas não se encontra isolado da realidade em que se insere. Muito ao contrário, as influências de fatores externos, como as demais ciências e aferições político-criminais do alcance dos resultados almejados, precisam ser internalizadas e processadas segundo o método próprio do Direito.

⁴⁵ PRADO, *op. cit.* p. 101.

⁴⁶ NETTO, *op. cit.* p. 56 ss.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁸ *Ibidem* p. 59.

2.1.4 Abertura do sistema e finalidades da pena

Aponta o jurista René Ariel Dotti que o “Direito Penal se realiza em três momentos: na exegese, na dogmática e na crítica”⁴⁹ e que, embora muitos movimentos teóricos tenham enxergado isso anteriormente, jamais lograram concretizar essa última etapa. Não deixaram de fazê-lo, entretanto, por inexistência de críticas acerca dos resultados do Direito Penal, mas porque esta ciência não mantinha canais de comunicação que a permitisse englobar a aproveitar essas análises. O único meio de se realizar plenamente o Direito Penal, tornando-o compatível com o Estado Democrático contemporâneo e com a sociedade que, nos dias de hoje, sofre modificações em velocidade estrondosa, é através de um sistema aberto que, sem abandonar os recursos dogmáticos inatos da ciência jurídica, recepcione valorações de natureza político-criminais.

O sistema adotado é, portanto, simultaneamente aberto – em nível cognitivo – e fechado – em nível operacional –, pois é a única maneira pela qual se vislumbra praticar o Direito Penal como ciência, através do método dogmático que lhe é característico, sem esvaziar as respostas penais de justiça, voltando-o para a concretização das finalidades da pena, as quais, num sistema teleologicamente orientado, serão as capazes de oferecer efetiva proteção a bens jurídicos penais.

Após aceitas as assertivas até agora professadas, cabe tratar das principais teorias acerca das finalidades da pena e qual delas será, segundo o entendimento retratado, o tão debatido fundamento de legitimidade e meio de limitação do Direito Penal.

⁴⁹ DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba: Editora Lítro-Técnica, 1980. p. 79.

3 TEORIAS DOS FINS DA PENA

3.1 TEORIAS DA RETRIBUIÇÃO

As teorias retributivas, também chamadas absolutas, enxergam na pena a justa retribuição ao mal cometido com a prática do delito, fundada em uma “exigência incondicionada – seja religiosa, ética ou jurídica – de Justiça”⁵⁰. Não há que se inquirir, aqui, acerca de necessidade ou utilidade da pena. Em verdade, esses dois questionamentos, quando não simplesmente negados, são atacados pelos teóricos dessas correntes, como se verá adiante.

Essas teorias, cujo despertar foi fruto do pensamento alemão do final do século XVIII, são direcionadas ao passado, porquanto negam às penas o cumprimento de qualquer finalidade social ou preventiva, tendo por objetivo reestabelecer a ordem de valores negada pela pelo crime ao causar ao agente igual mal ao por ele praticado. É, portanto, medida absoluta de Justiça e resposta natural à culpabilidade⁵¹.

Emmanuel Kant, filósofo alemão, rechaçava por completo a utilização da pena com qualquer fim utilitarista, sendo árduo defensor da retribuição incondicionada, uma vez que não seria lícito utilizar o homem, um “fim em si mesmo”, como meio para a consecução de qualquer finalidade⁵². A liberdade do homem, na concepção desse autor, só pode ser restringida para reestabelecer a ordem jurídica por ele posta em desequilíbrio e na exata medida da ofensa por ele praticada, não se admitindo sua instrumentalização para concretizar fins quaisquer⁵³. Para o autor, a própria violação do ordenamento só justificava a imposição de pena por ser o Direito o meio pelo qual se defende e garante a liberdade dos indivíduos, configurando a sua negação uma afronta à liberdade em si.

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 60.

⁵¹ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. No trabalho, a obra foi citada a partir do documento digital disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 163.

⁵² MIR PUIG, *op. cit.* p. 59.

⁵³ NETTO, *op. cit.* p. 164 e165.

Outro importante teórico que defendeu a teoria retributiva foi Hegel, ao entender que o delito é a negação do Direito, fazendo da pena a negação desta negação. Não admitia a utilização da sanção para a consecução de fins sociais, porém, diferentemente de Kant, Hegel não negou à pena consequências sociais, ou seja, reconhecia que, em que pese não se tratar de uma finalidade, a pena tem a consequência externa de reafirmar a norma e de conduzir comportamentos⁵⁴.

Envolvido pelos ideais liberais, tanto quanto Kant, Hegel fundamentou sua teoria na liberdade e na racionalidade do homem. Segundo a teoria da aquiescência, desenvolvida pelo autor, a pena é um direito do criminoso, pois ele, racional e livremente, aquiesceu com a consequência penal abstratamente prevista ao violar o direito voluntariamente⁵⁵.

As teorias absolutas sofrem duras e justas críticas, pois justificam a imposição de pena pela mera existência do delito, ainda que completamente desnecessária, com base em um ideal de Justiça absoluta e abstratamente concebida que é natural da moral e da religião, as quais não devem se confundir com o Direito. É mandamento absoluto de Justiça, por exemplo, a imposição de pena de morte a quem tenha matado, descabendo a análise de se o indivíduo o fez em legítima defesa.

Em um Estado Democrático de Direito, a sanção assim concebida carece de legitimidade, uma vez que “o Direito só pode ser justificado como meio de assegurar a existência da sociedade e de seus interesses”⁵⁶, com base no que afloraram as teorias preventivas e mistas.

Disso se depreende que a retribuição, ao contrário do que deseja parecer, não é um critério tão nítido de limitação, pois, ao esvaziar as penas de finalidades socialmente úteis e excluir a possibilidade de verificação de suas consequências, permite um desvirtuamento da noção de adequação da sanção⁵⁷. O aduzido é ainda mais evidente no

⁵⁴ NETTO, *op. cit.* p. 166 e 167.

⁵⁵ *Ibidem*, p.167.

⁵⁶ MIR PUIG, *op. cit.* p. 62.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 59 e 60.

contexto de um Estado Democrático como o Brasil, que exclui penas cruéis e de morte, afinal, se o homicida não pode ser apenado com a morte, qual exatamente é o limite de sua punição?

Em que pese as críticas, é importante observar que a retribuição, conforme exposto, traz consigo uma tentativa de estabelecer a necessária proporcionalidade entre o delito e a pena, no intento de configurar um limite ao *ius puniendi* estatal, assegurando os ideais liberais de respeito à liberdade do homem e à dignidade humana ao não permitir que a punição seja maior ou menor que o mal cometido. A propósito, é justamente a falta de um limite ao poder de punir do Estado a falha que os defensores da pena como retribuição apontam nas teorias preventivas.

3.2 TEORIAS DA PREVENÇÃO

Os modelos puramente retribucionistas da pena, em que pese a grande contribuição no que tange à limitação do *ius puniendi*, logo revelaram a necessidade de substituição.

Sua orientação para o passado, em que a aferição da ocorrência do delito impõe a aplicação de pena, condena o Direito Penal a um desconcertante fracasso no cumprimento de sua função de proteção de bens jurídicos penais. Isso pode ser afirmado porque, evidentemente, a imposição de sofrimento ao criminoso é completamente inócua em reparar a lesão sofrida por aquilo que se almejava proteger.

Há de se reconhecer que o Direito Penal não pode, ainda que o queira, proteger os bens jurídicos de todas as lesões a que estão expostos, pois nem todos os perigos decorrem de ações humanas que possam ser influenciadas pelo Direito. A única proteção que o Direito Penal pode verdadeiramente oferecer aos bens jurídicos penais é no tocante às ações humanas voltadas à sua ofensa⁵⁸ e, ainda assim, não consegue, com a imposição da pena, devolver ao bem jurídico seu estado anterior à prática de um delito.

Beccaria, em que pese de modo incipiente, dado o momento histórico e científico de suas proposições, já fazia apontamentos no sentido de que a pena, se

⁵⁸ NETTO, *op. cit.* p. 27 ss.

completamente esvaziada de finalidades preventivas, resta identificada tão somente como uma inútil crueldade⁵⁹ contra os cidadãos. A necessidade de humanização das penas foi uma exigência, vez que ínsita ao Estado de Direito⁶⁰, mas não completamente atingida apenas pela limitação do *ius puniendi* oferecida pelas teorias retributivas.

Por essas razões, a única forma de se concretizar a função de Direito Penal, retirando-o de uma trilha de fadado insucesso, é direcionando suas respostas para o futuro, tendo em vista evitarem-se novas lesões, dada a impossibilidade de reparar as já sofridas, impedindo que o criminoso volte a delinquir e desencorajando os demais cidadãos a agirem da mesma maneira.

Assim, as teorias da prevenção são chamadas de relativas, pois ao contrário da retribuição, que visa realizar um ideal de Justiça absoluta, as necessidades preventivas são relativas às sociedades, seus momentos históricos, circunstâncias concretas, *etc.*

3.2.1 Prevenção especial

A partir da segunda metade do século XIX, as teorias especial-preventivas, ou seja, dirigidas não à sociedade, mas ao indivíduo delincente, ganharam adeptos. Para esses teóricos, a pena opera preventivamente no momento da imposição e execução no caso concreto, frente à necessidade e possibilidade de se corrigir aquele indivíduo criminoso.

Franz Von Liszt, o principal autor cujas ideias auxiliaram consolidar as teorias especial-preventivas, afirmava que as penas deveriam ser determinadas segundo a prevenção especial, na medida de sua necessidade, para se atingir a proteção de bens jurídicos. A dita necessidade era medida pelas características dos delinquentes, classificados como ocasionais, os quais necessitariam de correção; de estado, os quais seriam não

⁵⁹ BECARRIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. p. 43.

⁶⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. Cultura Paulista: São Paulo, 2002. p. 48.

ocasionais, porém, corrigíveis, devendo a pena promover sua ressocialização; e habituais, para os quais a sanção penal deveria atingir a inocuidade, vez que seriam incorrigíveis.⁶¹

O grande problema aqui enfrentado é o de que a prevenção especial parte de problemas gravíssimos não apenas do ponto de vista prático, mas desde seu momento teórico. Primeiramente, não foram delineadas com clareza de que maneira deve ser praticada a dita correção, ressocialização ou inocuidade dos indivíduos criminosos ou a maneira de se classificar os delinquentes como ocasionais, de estado ou habituais.

Além disso, há de se considerar que a ressocialização, parcela mais aproveitável dos escopos de prevenção especial⁶², é de veras problemática sem a concordância e colaboração do indivíduo a ser ressocializado. Outrossim, a rotulação do indivíduo como criminoso desta ou daquela estirpe mais contribui para sua exclusão social que para sua correção para o convívio social.

A prevenção especial, em seu estado puro, pode gerar uma aberração jurídica, pois, desprendendo-se da gravidade do fato e da afronta ao Direito e ao bem jurídico penal, permite determinar grandes penas para fatos ínfimos e pequenas penas para fatos gravíssimos. Veja-se: uma pessoa de personalidade agressiva e caráter questionável – que age imoralmente para obter vantagens, por exemplo –, ao cometer um delito de injúria, poderia sofrer pena enorme, pois sua personalidade poderia ser identificada como tendente ao crime e por isso necessitada de correção. Por outro lado, o indivíduo completamente dócil, que age em total concordância com o Direito e com as demais expectativas sociais, caso venha a matar uma outra pessoa passionalmente, poderia ficar isento de qualquer pena, pois dificilmente, talvez jamais, se repitam as circunstâncias que o levaram a delinquir.

A partir do exposto, é fácil visualizar o porquê de a prevenção especial, ao menos considerada em estado de pureza, logo perdeu seu encantamento. É mister, entretanto, que se considere que “uma configuração da pena que tenda a impedir a reincidência, em especial mediante um adequado tratamento ressocializador ou que ao

⁶¹ MIR PUIG, *op. cit.* p. 67 ss.

⁶² *Ibidem*, p. 70.

menos não favoreça a dessocialização do delinquente”⁶³ deve ser parte de um sistema voltado a evitar a ocorrência de novas lesões.

Assim, é inegável o reconhecimento de que ideais especial-preventivos figuram nas legislações democráticas hodiernas, demonstrando-se em institutos voltados à individualização da pena e à ressocialização, tais como a progressão de regime e o livramento condicional; e em alguns outros que revelam um abrandamento da penalização diante de determinadas circunstâncias, como a suspensão condicional da pena e a transação penal.

3.2.2 Prevenção geral negativa

A prevenção geral, também consolidada em meados do século XIX, não visa prevenir a delinquência advinda de cada criminoso, mas de toda a sociedade. Diferentemente da prevenção especial, o momento em que se confere a prevenção, aqui, é quando da cominação de sanção em abstrato, e não com a imposição da pena em concreto.

Feuerbach foi o principal autor a se ocupar da distinção entre os ideais retributivos e preventivos. Construiu a teoria de que a pena exerce papel de coação psicológica contra todos os cidadãos, servindo a imposição de pena em concreto apenas para confirmar a seriedade da ameaça⁶⁴, desvendando o caráter intimidatório que assume a pena nas concepções de prevenção geral negativa.

Evidencia-se, outrossim, que a prevenção geral negativa e a prevenção especial foram facetas simultâneas dos movimentos teóricos que se desprenderam das teorias retributivas. Isso porque a sociedade só é adequadamente intimidada se, quando violada a norma, esta se valer de meios eficazes para fazer cumprir a ameaça perpetrada e, tanto num como noutro momento, a sanção deve estar voltada à prevenção do delito.

A problemática que permeia a prevenção geral negativa é a de que ela autoriza o exercício do *ius puniendi* de forma um tanto desregrada, porquanto apenas se volta a causar medo aos cidadãos para atender a intenções estatais.

⁶³ MIR PUIG, *op. cit.* p. 70.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 63 e 64.

Claro é que, como até agora esclarecido, as intenções do Estado, se democrático, serão passíveis de limitações materiais em razão do reconhecimento de princípios gerais de Direito e de normas garantidoras das liberdades dos cidadãos; contudo, permanece pouco desejável, do ponto de vista democrático, a perspectiva de se obter o respeito ao Direito não pela imperatividade da norma, mas porque aterrorizados os interlocutores.

Além disso, cabe evidenciar que os escopos estatais, nesse contexto, podem facilmente se distanciar das metas originalmente traçadas, vez que a utilidade da pena cessa com a intimidação, pouco importando a consecução de justiça⁶⁵.

Tanto quanto a adoção de uma concepção puramente especial-preventiva, a prevenção geral autonomamente considerada tende a gerar uma outra monstruosidade: a de impor penas gravíssimas a alguns delitos de pouca gravidade, os quais encontrem pequenas barreiras morais e necessitem, por isso, de grande intimidação; e a cominação de penas leves a delitos graves, os quais via de regra contam com alto cumprimento voluntário da norma, tornando desnecessária a penalização incisiva.

Dessa perspectiva em que um delito deve receber pena tanto mais grave quanto menor o cumprimento voluntário da norma; dado o baixo índice de mães que matam seus filhos recém-nascidos, e o alto nível de descumprimento da norma que tipifica o delito de embriaguez ao volante; este deveria receber pena gravíssima ao passo que ao infanticídio deveria se impor pequena sanção.

Essa possibilidade de absoluto distanciamento entre as expectativas sociais e a vontade do legislador é assaz incompatível com o Estado Democrático⁶⁶. Neste ínterim, inicia-se a busca por mais uma forma de limitação da violência penal e tentativa de manutenção dos valores sociais expressos pela norma⁶⁷, emergindo as teorias da prevenção geral positiva.

⁶⁵ CAMARGO, *op.cit.* p. 50 e 51.

⁶⁶ MIR PUIG, *op. cit.* p. 66.

⁶⁷ CAMARGO, *loc. cit.*

3.2.3 Prevenção geral positiva

A prevenção geral positiva é também voltada a prevenir a delinquência na sociedade e não a proveniente do indivíduo que já delinuiu, de modo que é também com a cominação legal abstrata que a pena opera preventivamente, pois é este o momento no qual a norma se dirige a todos os cidadãos. A novidade em relação à prevenção geral negativa é a de que a prevenção de delitos não é atingida através da intimidação dos cidadãos, mas da reafirmação da obrigatoriedade da norma perante a sociedade.

A finalidade da pena, assim, sofre uma ampliação: ao afirmar a imperatividade do Direito, reitera os valores sociais sobre os quais foram construídas aquelas normas.

Embora do ponto de vista teórico pareça plausível a proposição geral-preventiva, é cediço se reconhecer que essa ideia já era assente no finalismo welzeliano do início do século XIX⁶⁸, o qual, conforme já demonstrado em capítulo anterior, não serve ao escopo aqui almejado. Isso porque a construção normativa sobre estruturas lógico-dedutivas e posterior fechamento do sistema cria, mais uma vez, uma realidade permanente, muito embora ela tenha tido por base o que foi, um dia, a realidade social vigente.

Günther Jakobs, seguindo os passos de Welzel, construiu suas proposições teóricas – possivelmente as mais polêmicas da atualidade – sobre a concepção da prevenção geral positiva, não apenas no que toca a finalidade das penas, mas também como negatória da teoria do bem jurídico. Para este autor, o Direito Penal não tem a missão de proteger bens jurídicos, mas de evitar lesões de deveres, garantindo as expectativas normativas sociais ao, impondo-se pena, afirmar o Direito, o dever de observância a ele e a confiança dos cidadãos em sua eficácia.

As expectativas, ainda segundo Jakobs, corresponderiam tão somente à esperança que cada cidadão tem de ter o outro agindo conforme o Direito, agindo ele próprio em conformidade com o ordenamento por esta mesma razão. Não se trata de expectativas sociais, construídas e inseridas no Direito Penal pela valoração, pois o

⁶⁸ CAMARGO, *op. cit.* p. 51.

funcionalismo sistêmico de Jakobs afirma não ser essa a tarefa do penalista: a este caberia apenas assegurar a eficácia da pena segundo sua finalidade de prevenção geral positiva⁶⁹, identificada tão somente como um “exercício de fidelidade ao direito”⁷⁰.

Em que pese a evolução do pensamento jakobsiano em relação às proposições de Welzel, a imposição de sanção penal em concreto permanece obedecendo a um único fator: a existência do mandamento legal. A pena resta diminuída, neste contexto, a um instrumento para dar eficácia e reafirmar o ordenamento; e é por isso que o normativismo funcionalista sistêmico de Jakobs não coaduna com a visão proposta neste trabalho.

Acaba por ocorrer, em última instância, um fechamento sistemático inverso ao de Welzel: se, para este último, só era dado ao ordenamento proteger aquilo ontologicamente valorado sem, contudo, avaliar as consequências das respostas penais para melhor fazê-las cumprir as finalidades almejadas; para o primeiro há um fechamento quanto à seleção das condutas puníveis, retomando o normativismo extremado segundo o qual cabe ao legislador, segundo critérios quaisquer, inserir tipos no ordenamento, e ao penalista, gozando da possibilidade de aproveitar dos resultados obtidos para reestruturar suas respostas, garantir a máxima eficácia da pena em cumprir os fins a que está direcionada.

Esse raciocínio, se não retornar à sanção como retribuição, passa a aceitar algo muito próximo disso. É exatamente este o desconforto existente em relação à aceitação da prevenção geral pura e simples, por sua grande aproximação, com teorias absolutas da finalidade da pena.

Essa aproximação se dá porque, estando a sanção voltada a dar eficácia à norma e a reiterar a obrigatoriedade do ordenamento, facilmente se atinge um raciocínio circular em que a pena é aplicada por mero mandamento legal e para garantir a vigência deste mesmo mandamento e, também com muita leveza, se abstrai a imposição de sanção concreta da aferição da consecução das finalidades sociais, “buscando-se a conservação das coisas e a *normalização* das mudanças”⁷¹.

⁶⁹ NETTO, *op. cit.* p. 199.

⁷⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 162.

⁷¹ NETTO, *op. cit.* p. 188. (grifo do autor)

Como já bem demonstrado, as teorias acerca das finalidades da pena padecem de gravíssimos problemas quando consideradas de forma extremada. Em razão disso, passaram a surgir teorias mistas, as quais tentaram, pendendo hora para uma corrente, hora para outra, colher o que há de bom em cada uma delas e retirar o que cada qual tem de inaceitável.

4 POSICIONAMENTO ADOTADO E PROBLEMAS DE SUA APLICABILIDADE NO BRASIL

4.1 POSICIONAMENTO ADOTADO

O posicionamento adotado sobre quais são os fins da pena, neste estudo, deve ser condizente com o todo desenvolvido ao longo do trabalho, sob risco de, se não o for, invalidar tudo o até agora defendido.

Partindo-se, então, do contexto do Estado Democrático, o qual vem preenchido por toda uma construção teórica, fruto da história, do desenvolvimento das ciências sociais e dos direitos humanos; é preciso se alcançar meios de limitação e de aferição da legitimidade dos atos estatais tendentes a restringir os direitos dos cidadãos. No âmbito específico do Direito Penal, essas indagações devem ocorrer em dois momentos: quando da criminalização de condutas e quando da aplicação da pena.

O critério limitador e legitimador da criminalização de condutas será o bem jurídico penal, o qual, por sua essencialidade para o exercício das liberdades dos cidadãos e pela incapacidade de ramos menos gravosos do Direito em lhe oferecer proteção; deflagra a última instância jurídica, assim chamada por ter as mais graves consequências para os que eventualmente lhe afrontem as normas.

Em um segundo momento, quando verificada violação da norma direcionada à proteção do bem jurídico penal, há de se erigir novo critério de legitimação e limitação da aplicação de pena em concreto, tendo em vista sua efetiva possibilidade de cumprimento da função do Direito Penal de oferecer proteção aos bens jurídicos. Resta, portanto, a indagação de quais finalidades pode-se incutir no exercício da penalização em concreto sem que se afaste essa atividade dos ideais democráticos e de sua profissão de realizar a função do Direito Penal.

Pois bem. De pronto já se afasta, conforme também o faz Claus Roxin⁷², sem qualquer cerimônia, a retribuição como finalidade da pena, por sua completa inutilidade para o cumprimento da função do Direito Penal. Se, como já anteriormente aceito, essa ramo jurídico deve ser teleologicamente orientado, de modo que apenas o que possa cumprir suas finalidades é uma violência justificável; como legitimar a pena, se sua intenção for tão somente causar sofrimento ao indivíduo?

Não se nega que possa figurar a pena, aos olhos da sociedade, como uma retribuição ao crime. Comumente ouve-se dizer que o criminoso “tem que pagar” ou “tem o que merece”. A pena satisfaz, indubitavelmente, o sentimento humano de vingança, a seu próprio modo. A aceitação de que existe, sim, um caráter retributivo na pena, de nenhuma maneira significa que ele deve figurar entre as finalidades a que essa se propõe. Assim o é porque, no Estado Democrático, a violência como pura expressão de força, desmotivadamente empregada com o único intuito de causar sofrimento, não apenas é ilegítima: é inadmissível.

As finalidades admitidas para a pena serão, portanto, apenas as preventivas, ou seja, aquelas que podem auxiliar na consecução da função do Direito Penal de oferecer proteção efetiva a bens jurídicos penais. As articulações entre os escopos preventivos, geral e especial, contudo, podem ser as mais diversas possíveis.

Já de início, é mister se fazer uma leitura contextualizada da prevenção geral positiva: a afirmação do direito *ipso facto* não instrumentaliza o cidadão, o abandonando às necessidades preventivas, pois o Direito contém todo o substrato teórico e jurídico da Constituição Federal e do Estado Democrático. Assim, tomando-se por verdade que afirmar o Direito não é apenas afirmar o mandamento penal, mas todo o ordenamento, dentro do qual estão contidos o princípio da legalidade, da proporcionalidade, as garantias fundamentais⁷³, *etc.*; a realização da prevenção geral positiva já começa a tomar os contornos identificáveis do que seria uma limitação⁷⁴ à intimidação generalizada praticada pelo Estado.

⁷² CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 57 e 58.

⁷³ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64 e 65.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 157.

No que toca à prevenção especial, ainda que questionável sua funcionalidade para, de fato, atingir a almejada ressocialização, não pode ser ignorada. Ainda que seja impossível em determinados casos se atingir alguma correção do apenado e ainda diante de situações em que seja ilícito⁷⁵ fazê-lo, é de se considerar que a sanção deve oferecer o aparato para que o indivíduo condenado, querendo, se ressocialize.

Permanece, contudo, a problemática de que as teorias preventivas tendem a instrumentalizar o cidadão em prol do cumprimento de objetivos estatais. Acerca disso, Alamiro Velludo Salvador Netto nega a legitimidade da crítica⁷⁶, pois defende que a limitação ao *ius puniendi* pode ser atingida através da inserção de valorações político-criminais nas concepções preventivas⁷⁷, posicionamento este que parece coerente com um Estado Democrático de Direito e com o estudo em desenvolvimento neste trabalho. Há, porém, que melhor se trabalhar essa premissa, sistematizando-se como essas concepções irão adentrar no ordenamento.

Inobstante seja certo que, uma vez adotado um sistema penal teleologicamente orientado, as valorações político-criminais devem figurar como influxos decisivos da formulação das respostas penais, parece temerário deixar ao Estado, ainda que democrático, um exercício de autolimitação sem critério qualquer a que se possa recorrer quando evidenciados os excessos.

⁷⁵ A ilicitude aqui advém da imposição de valores ao cidadão condenado, na medida em que “corrigir” uma pessoa contra a sua vontade se revela em uma violação de sua personalidade. Roxin aponta, por isso, que não deve ser dado ao Estado a faculdade de impor a ressocialização aos delinquentes, mas que, se estes o desejarem, trata-se de um direito serem ressocializados, tornando-se exigível do Estado que ofereça os meios para que isso aconteça. ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general: fundamentos, la estructura e la teoria del delito*. 2ª ed. Madri: Civitas, 1997. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/25774297/Roxin-Claus-Derecho-Penal-Parte-General>>. Acesso em: 30 ago. 2013. p. 95 ss.

⁷⁶ Em sua tese de doutorado, defendida em 2008 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o autor propõe um modelo penal cognitivamente aberto, que permite a construção de uma teoria do delito estruturada sobre as finalidades da pena. Defende que a diminuição do grau de abstração dos conceitos da teoria do delito, por sua conseqüente aproximação com a realidade, os traz conteúdo material, voltado à consecução das finalidades da pena. Conforme “o sistema começa a se interessar pelos reflexos político-criminais de suas decisões, o que já importa em certo grau de abertura cognitiva, as estruturas do delito gradativamente abandonam sua mera formalidade” (NETTO, *op.cit.* p. 71), o que também provoca a busca por soluções diferenciadas, mais harmônicas com a dinâmica social e com os resultados almejados.

⁷⁷ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. No trabalho, a obra foi citada a partir do documento digital disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 170.

Tendo em vista as duas preocupações acima esquadrinhas, acerca de qual a ideal articulação entre as finalidades preventivas da pena e qual o veio limitador da imposição de pena em concreto (uma vez que as problemáticas das limitações à criminalização de condutas e do *quantum* das ameaças com pena já foram bem resolvidas com a adoção da teoria do bem jurídico), de forma que as construções teorizadas se mantenham condizentes com o Estado Democrático e com a realidade social existente, é que se adota, neste trabalho, a teoria unificadora de Claus Roxin.

4.1.1 Teoria unificadora de Claus Roxin

Como já mencionado, Claus Roxin exclui descerimoniosamente as teorias absolutas da finalidade da pena, uma vez que entende que as normas penais e as penas em concreto só estão justificadas quando voltadas à proteção da liberdade individual e da ordem social⁷⁸. Evidencia-se, já de início, que o autor concebe a necessidade de justificação em dois momentos, bem como trabalhado neste estudo: a criminalização pela norma penal (norma primária) e a sanção em concreto (norma secundária).

A pena, para Roxin, não tem uma única finalidade. Em verdade, forma uma estrutura complexa em que, hora uma, hora outra, as finalidades preventivas terão maior ou menor preponderância⁷⁹. São três os momentos em que os juízos político-criminais acerca dos escopos preventivos devem ser realizados: na cominação da pena em abstrato, na imposição da sanção individual e na execução da pena em concreto.

Na primeira fase destacada, os escopos de prevenção geral positiva terão maior preponderância, cabendo indagações acerca da adequação e proporcionalidade de se ameaçar a todos os cidadãos genericamente com a cominação abstrata de pena segundo a efetiva possibilidade de essa ameaça oferecer proteção ao bem jurídico tutelado. A prevenção geral positiva, aqui, terá a função de aprendizagem, reforço da confiança no Direito e pacificação social através da resolução dos conflitos⁸⁰.

⁷⁸ ROXIN, *op. cit.* p. 95.

⁷⁹ NETTO, *op. cit.* p. 193.

⁸⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

Na fase seguinte, a de imposição de sanção individual, as metas preventivas especiais ganham maior destaque, permitindo a avaliação do merecimento e da necessidade de sanção no caso concreto para a proteção do bem jurídico sem, contudo, deixar de se cumprir funções preventivas gerais positivas.

No entendimento aqui construído, a não aplicação de sanção não desacredita o Direito se foi cumprida a norma secundária, a qual ordena seja iniciada a persecução penal quando violada a norma primária. Se em casos específicos for identificada a desnecessidade ou não merecimento de pena, não restará o Direito Penal desacreditado, pois a não aplicação de sanção não foi fruto de sua inércia, mas de ponderações político-criminais atinentes à realização da norma secundária. A ameaça perpetrada genericamente foi cumprida, porém, não resultou em penalização concreta por sua inaptidão em cumprir qualquer das metas preventivas voltadas à função do Direito Penal.

Por fim, na fase de execução da pena, deve haver total direcionamento para o cumprimento das finalidades preventivas especiais, entendidas como tais as que propiciem ao apenado a possibilidade de exercer seu direito à ressocialização, vez que não é dado ao Estado impor coercitivamente os valores sobre os quais a sociedade tem um consenso, uma vez que isso representaria uma violação à personalidade do indivíduo⁸¹.

Disso resta evidenciado que o elemento integrador da teoria unificadora de Roxin são as finalidades preventivas da pena teleologicamente orientadas para a função do Direito Penal de proteção de bem jurídicos penais. No seio do sistema penal aberto, em qualquer fase de construção dogmática, exegese ou aplicação concreta das normas, será pertinente a comunicação com conhecimentos político-criminais que informem o cumprimento ou possibilidade de cumprimento efetivo destes fins.

Óbvio é que, eventualmente, senão constantemente, as finalidades preventivas se chocarão no modelo roxiniano. Assim, aduz o auto que, no embate entre as necessidades de prevenção geral e especial, deve ser dada preferência a estas em detrimento daquelas. Continua Roxin, explicando que esta opção não é sem razão de ser, pois a obediência a escopos preventivos gerais sem qualquer necessidade dos especiais pode levar ao

⁸¹ ROXIN, *op. cit.* p. 65.

desastroso resultado de se dessocializar o indivíduo em prol de se reafirmar o ordenamento perante a sociedade⁸², causando mais mal do que bem do ponto de vista de proteção dos bens jurídicos. O contrário, porém, não acontece, pois a preponderância dos fatores especiais preventivos não irá esvaziar completamente a prevenção geral que se comunica através da pena, mas tão somente “os debilita de forma dificilmente mensurável, pois também uma pena atenuada atua de modo preventivo geral”⁸³. A única limitação ao total cumprimento das necessidades preventivas especiais quando conferido o embate entre os escopos preventivos da sanção será o não esvaziamento das metas de prevenção geral. Isso significa dizer que nenhum dos escopos podem ser aniquilados em função do outro, sendo a prevenção geral minimamente verificável o limite da prevenção especial⁸⁴.

É de se aceitar, assim, que as finalidades preventivas, dentro do Estado Democrático e tendo por base a sistemática até agora evidenciada, não são desregradadas como quando puramente consideradas e servem de limitação uma à outra. Mesmo revestidas de verificações político-criminais constantes, todavia, elas carecem de um critério limitador, o qual impeça o Estado de se afastar de seu dever de abstenção de restrição das liberdades sociais.

Na teoria de Roxin, esse critério é desempenhado pela culpabilidade, a qual, insta evidenciar, não se traduz no conceito do finalismo welzeliano de intencionalidade na violação do dever, uma vez que a intenção é impassível de verificação. Roxin aduz que a culpabilidade é tão somente uma “regra do jogo”, que traça a fronteira dos casos em que o Estado pode intervir penalmente na esfera jurídica dos cidadãos⁸⁵.

A vantagem da adoção da culpabilidade em detrimento de se reconhecer uma finalidade retributiva como limitação dos escopos preventivos é a de que a primeira funciona como uma garantia de limite máximo da sanção concreta sem se traduzir em uma exigência da mesma. A retribuição é uma demanda por sanção, em que pese limitada, pois sem ela estaria esvaziada; enquanto a culpabilidade oferece um limite máximo e jamais

⁸² ROXIN, *op.cit.* p. 96 e 97.

⁸³ *Ibidem*, p. 97.

⁸⁴ NETTO, *op. cit.* p. 194.

⁸⁵ ROXIN, *op.cit.* p. 101.

mínimo para a imposição de pena na medida em que é uma segurança para o indivíduo de que o Estado não o instrumentalizará para cumprir escopos preventivos.

4.2 APLICABILIDADE NO BRASIL

Uma triste característica do Direito Penal brasileiro hodierno é que ele tem andado na contramão dos movimentos de humanização das penas e inovação de medidas alternativas à prisão⁸⁶. Isso não significa dizer que não há esforços em sentido contrário, mas sim que ainda é uma parcela muito pequena deles que consegue vencer as barreiras políticas para se tornarem as bases reitoras do sistema.

O Brasil vive, assim como o resto do mundo, um período de decadência do que um dia foi a pena por excelência. A privação de liberdade, a qual alcançou a categoria de pena principal no final do século XVIII e teve seu apogeu ao final do século XIX – não coincidentemente o período de maior vigor das teorias da prevenção especial pura –, tem sido arduamente combatida não apenas por seus problemas estruturais, mas, sobretudo, em razão da situação fática em que se encontram os estabelecimentos prisionais.

Durante século XIX, os esforços estavam completamente voltados para a consecução das finalidades especial-preventivas da pena, de forma que os estabelecimentos prisionais passaram por grande processo de humanização⁸⁷ tendo em vista oferecerem reais possibilidades de ressocialização. A situação hodierna, porém, é a de um sistema prisional falido, em que aos seres humanos – cidadãos – ali encarcerados é dispensado tratamento pior que o direcionados a animais.

Os presídios são superlotados, sem atenção às necessidades básicas de saneamento, abandonando os detentos a viverem em lugares fétidos, apertados, sem espaço para dormirem, receberem visitas, entre outros fatores que, existentes na vida em sociedade, fariam total sentido em um ambiente de ressocialização. Além disso, o descaso com essas instituições as transformou em um ambiente de corrupção, pela qual os presos são extorquidos para receberem mesmo seus direitos básicos ao mesmo tempo em que lhes permite tomar o

⁸⁶ Reale junior.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225 ss.

controle de situações, recebendo armas, celulares, drogas, que auxiliam seu contato com o crime durante o seu dito período de “ressocialização”. Desse quadro, estranho é que alguém se surpreenda com as ondas de tragédias que marcaram o século XX⁸⁸, dentre as quais o conhecido “Massacre do Carandiru” deixou 111 mortos no Brasil.

A atividade jurídico-penal no país, entretanto, pareceu seguir alheia a ao mencionado. Em que pese a evidência da necessidade de novas propostas, e do fato de existirem tais propostas formuladas por juristas nacionais⁸⁹, deu-se continuidade à construção de um sistema penal sem preocupações com a política-crime, orientada por dogmas e incapaz de orientar os mandamentos legais àquilo que de fato se quer reprov⁹⁰ ou proteger.

Em que pese terem se conferidos avanços advindos de aproveitamento de valorações político-criminais, a prática jurídica está ainda estagnada em algum momento do tecnicismo jurídico.

Nesse sentido, tem-se o posicionamento de quase todos os tribunais nacionais de negarem a chamada progressão por saltos, impedindo que o apenado passe diretamente do regime de cumprimento fechado para o aberto, tendo em vista que isso representaria um óbice ao cumprimento do escopo preventivo especial por pular uma das fases da ressocialização; conquanto inexistam casas de albergado para o cumprimento do regime aberto e os estabelecimentos destinados ao semiaberto são insuficientes para o número de condenados. Nestes casos, o indivíduo tem muitas vezes que cumprir a parcela que cabe ao semiaberto em regime fechado, saindo, após, diretamente para o aberto que é cumprido em total liberdade com exceção de pequenas condições, como a de apresentar-se regularmente em juízo e não frequentar “certos lugares”.

Ou seja: na prática ele sai do regime fechado diretamente para a liberdade, mas em nome de um mandamento legal de ressocialização os juízes negam o direito à progressão. Assim também acontece com muitas outras situações no curso da execução da pena.

⁸⁸ BITENCOURT, *op. cit.* p. 227.

⁸⁹ Cf. JÚNIOR, Miguel Reale. “Caminhos do direito penal brasileiro” in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, número 85, julho-agosto de 2010, p. 41-76.

⁹⁰ CAMARGO, *op. cit.* p. 179.

Vê-se como avanços, por exemplo, a edição da Lei nº 12.403/11, a qual ampliou o rol de medidas cautelares alternativas à prisão-custódia no curso da persecução penal, aproveitando-se dos conhecimentos criminológicos que indicam serem as penas de privação de liberdade de curta duração completamente inúteis para a consecução de qualquer finalidade preventiva. Por outro lado, observa-se o recrudescimento das penas e enrijecimento dos tipos penais para incluírem delitos de perigo.

O primeiro pressuposto do qual partiu o estudo em desenvolvimento foi o de que tal teoria só encontra aparato em um Estado Democrático. Nesse primeiro ponto, o Estado brasileiro é completamente compatível com tudo o quanto teorizado no desenvolver desse trabalho. A Constituição Federal de 1988 não deixa a desejar nas garantias aos cidadãos.

O problema, no Brasil, não é a maturidade do pensamento contemporâneo nacional acerca do tema. Os juristas nacionais estão cientes dos problemas existentes, tem capacidade crítica deles e sugerem alterações. Muitas dessas sugestões, entre duros meandros políticos, conseguem vencer as barreiras, que são muitas, e alterar a legislação vigente, modificando o ordenamento para, cada vez mais, vigorarem alternativas preventivas de finalidade da pena com lastro em conhecimentos político-criminais.

Existe a crítica, mas não o aproveitamento da crítica. A maior barreira para a aplicação do modelo proposto no curso desse estudo é de ordem prática, pois a criminalização de condutas e a aplicação de penas continuam obedecendo unicamente aos mandamentos legais, sem capacidade de aproveitar as valorações político-criminais dos resultados obtidos.

CONCLUSÃO

De tudo o exposto e trabalhado neste estudo, conclui-se que as finalidades da pena não podem ser utilizadas para a justificação de escolhas legislativas e políticas sem poderem efetivamente influir na forma como se pratica o Direito Penal. Essa assertiva é correta porque, no contexto democrático em que hoje se vive, é dever do Estado garantir aos seus cidadãos suas liberdades e abster-se de as restringir, a não ser quando completamente necessário.

Na contramão desse raciocínio, porém, verifica-se a tendência expansionista do Direito Penal que, nos tempos de uma sociedade de risco, apresenta-se como segurança aos direitos sociais e não como a restrição que de fato é às garantias sociais. Por conta dessa inversão, esse ramo jurídico é cada vez mais maximizado para englobar a prevenção a qualquer possibilidade de lesão.

Para que não o faça, contudo, deve-se evidenciar quais são os critérios que irão limitar o exercício da violência estatal e ao mesmo tempo legitimar sua prática pelo Estado Democrático.

Especialmente na seara penal, em que são praticadas as maiores violências possíveis advindas do Estado contra o indivíduo, esses elementos limitadores e legitimadores devem ser evidenciados e completamente esclarecidos; porquanto na democracia a restrição de liberdades deve ser clara, previsível e limitada. Assim, é mister se admitir que a norma penal tem sentido amplo, de forma que dois são os momentos em que devem ser levantadas as indagações propostas: no momento da criminalização da conduta e no momento da imposição da pena em concreto.

O primeiro elemento componente da norma penal em sentido amplo é a norma primária, direcionada aos cidadãos em geral para proibir-lhes condutas, ameaçando a sociedade em geral com a cominação abstrata de uma pena. O segundo elemento é a norma secundária, direcionada ao próprio poder público, contendo o mandamento de que se inicie a persecução penal quando verificada a violação da norma primária.

O bem jurídico penal é a figura utilizada para, simultaneamente, limitar e legitimar a tipificação de condutas. Por ser ele de suma importância para que os cidadãos de certa sociedade, em determinado momento histórico e cultural, exerçam plenamente suas liberdades fundamentais, e pela incapacidade de ramos menos gravosos do Direito em lhe oferecer proteção, o bem jurídico geral alcança o *status* de bem jurídico penal, sendo esta a limitação principal à criminalização desregrada. A legitimidade vem do raciocínio circular segundo o qual, ao mesmo tempo em que a tipificação da conduta só é legítima por proteger um bem jurídico penal; o bem jurídico penal só pode ser protegido pela norma penal.

O cumprimento da norma secundária, por configurar violência definitivamente maior ao determinar a persecução penal e quiçá a imposição de sanção individual, deve gozar de meios próprios de limitação e de verificação de legitimidade. As finalidades que se incute à pena serão esse critério último a garantir legitimidade e a limitar a penalização concreta, entretanto, resta a indagação de quais finalidades é dado ao Estado Democrático buscar com a aplicação de sanções.

Adota-se, então, a teoria unificadora de Claus Roxin, a qual alça as finalidades preventivas da pena ao *status* de elemento integrador de um sistema penal aberto teleologicamente orientado. Nas três fases da violência penal contra o indivíduo, quais sejam, na criminalização da conduta, na cominação de pena individual e na execução da sanção concreta, irão figurar as finalidades preventiva geral positiva (aprendizagem, reforço da confiança no Direito e pacificação social) e preventiva especial (ressocialização), sendo em cada etapa uma ou outra a mais preponderante, sem que nenhuma delas possa ser esvaziada em qualquer hipótese.

Outrossim, em todas as etapas haverá a possibilidade – e o dever para o penalista – de se inserir no sistema aferições político-criminais que informem a concreta necessidade da pena para o cumprimento da função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos penais. Não havendo essa necessidade, esvazia-se a necessidade de prevenção, sem a qual é ilícito impor pena.

Além disso, a teoria unificadora erige como critério limitador da aplicação de penas a culpabilidade, identificada como uma barreira à intervenção penal na

esfera jurídica dos cidadãos e não mais como a intencionalidade na violação do dever preceituada por Welzel. A culpabilidade assim entendida oferece uma grande vantagem em relação à utilização da retribuição como elemento de limitação, pois esta é antes uma exigência de pena enquanto aquela é o limite máximo da penalização.

Por fim, é de se considerar a situação brasileira em que o modelo explicitado não tem, ainda, aplicabilidade. A problemática não é apenas do ponto de vista das normas, mas, sobretudo, da prática jurídico-penal, que continua criando tipos, enrijecendo o sistema e aplicando sanções sem as adequadas e necessárias reflexões político criminais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella.

BITENCOURT, Cézár Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. Cultura Paulista: São Paulo, 2002.

CAMPO, Eduardo Roberto A. Del. *Penas restritivas de direitos: considerações sobre a Lei n. 9.714, de 25-11-1998*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

CARRARA, Francisco. *Programa del curso de derecho criminal: desarrollado en la Universidad de Pisa : parte general, Volume 1*. São José: Tipografia Nacional, 1889. 331 p. Disponível em: <<http://archive.org/stream/programadelcurs00carrgoog#page/n1/mode/2up>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba: Editora Litéro-Técnica, 1980.

GRECO, Luís. "Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch)" in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, número 82, janeiro-fevereiro de 2010, p. 165-185.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Miguel Reale. "Caminhos do direito penal brasileiro" in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, número 85, julho-agosto de 2010, p. 41-76.

KINDHAÜSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima: Ara Editores, 2008.

LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. No trabalho, a obra foi citada a partir do documento digital disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012.

NEUMANN, Ulfid. "Princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena" in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCRIM, ano 16, número 71, março-abril de 2008, p. 205-232. Tradução de Antonio Martins.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Arts. 1º ao 120*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general: fundamentos, la estructura e la teoria del delito*. 2ª ed. Madri: Civitas, 1997. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/25774297/Roxin-Claus-Derecho-Penal-Parte-General>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas da USP. *Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP: documento eletrônico e impresso Parte I (ABNT)*. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Sistema Integrado de Bibliotecas da USP, 2009. 102 p. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/arquivos/biblioteca/diretrizes_normalizacao.pdf> Acesso em: 30 jul. 2013.