

# AS TEORIAS JUSTIFICACIONIS TAS DO DIREITO PENAL

## THE THEORIES WHICH JUSTIFY THE CRIMINAL LAW

Fábio Roque Araújo\*

Professor da UFBA e da Faculdade  
Baiana

### Resumo

As teorias que justificam a existência do poder punitivo do Estado também contribuem, sobretudo, para a delimitação deste fenômeno. Com efeito, apenas o poder punitivo arbitrário e atabaliário dos Estados totalitários, que negam o individuo se arvoram a ilimitados. E não há como, no atual estágio do Direito Penal, construídos sobre bases liberais e humanitárias, reconhecer legitimidade a este arbítrio punitivo.

### Palavras-chave

Direito Penal. Legitimidade.

Teorias.

### Abstract

---

\* Juiz Federal/BA. Mestre e Doutor em Direito Público (UFBA). Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA. Coordenador do curso de Especialização em Ciências Criminais da Universidade Estácio e CERS Cursos Online

*The theories that justify the existence of the punitive power of the state also contribute greatly to the delimitation of this phenomenon. Indeed, only the arbitrary and punitive power of totalitarian states, which deny the individual is flying to unlimited. And there is no way at this stage of criminal law, built on liberal and humanitarian grounds, recognize legitimacy to this punitive will.*

### Keywords

*Criminal law. Legitimacy. Theories.*

## 1. INTRODUÇÃO

As origens do poder punitivo se perdem na noite dos tempos. Muito antes do advento do Direito Penal, tal qual o concebemos atualmente, as comunidades primitivas encontraram meios de reprimir com violência as condutas consideradas desviantes. A pretensão de encontrar os fundamentos que legitimem este poder de punir – cujo exercício legítimo é, atualmente, monopolizado pelo Estado, que permite a atuação do cidadão em casos excepcionais – é, contudo, relativamente recente, remontando a poucos séculos.

A grande questão é que, ao procurar legitimar o poder

punitivo, as teorias que justificam a existência do poder punitivo do Estado também contribuem, sobretudo, para a delimitação deste fenômeno. Com efeito, apenas o poder punitivo arbitrário e atabiliário dos Estados totalitários, que negam o indivíduo se arvoram a ilimitados. E não há como, no atual estágio do Direito Penal, construídos sobre bases liberais e humanitárias, reconhecer legitimidade a este arbítrio punitivo.

Paralelamente às teorias justificacionistas (legitimadoras do Direito Penal), existem outras, que não reconhecem a legitimidade da intervenção punitiva (teorias não-justificacionistas ou abolicionistas). A despeito da relevância de tais teorias, reservamos a abordagem dos seus postulados teóricos a um outro trabalho, adstringindo a abordagem deste ensaio à teorias que reconhecem, em maior ou menor medida, a legitimidade do Direito Penal.

## 2. Considerações iniciais

Até o presente momento, procurou-se analisar a evolução do poder de punir na história da humanidade, mediante um breve esboço histórico, em paralelo à idéia de proporcionalidade. O objetivo da apreciação histórica, como ressaltado oportunamente, não se circunscreveu ao estudo das formas de manifestação do poder de punir, por meio da indicação das penas aplicadas em um passado que não deixou saudades; ao revés, a pretensão precípua da incursão histórica referiu-se à apreciação das formas de legitimação – e não manifestação, ressalte-se uma vez mais – do poder de punir. Em resumo, o que, no decorrer da história, legitimou a intervenção penal na esfera de direitos do indivíduo?

É consabido que a história do Direito Penal guarda íntima relação com a

idéia de violência<sup>1</sup>. De uma forma mais objetiva, podemos afirmar que não existe Direito Penal sem que exista violência. Ao se fazer referida afirmação, devemos ter em mente a prática do crime. Sim, pois, como regra geral, a consecução do crime envolve algum tipo de violência, seja na sua realização, propriamente dita, seja em alguma de suas conseqüências. Desta forma, mesmo crimes que são praticados sem a utilização da violência física podem envolver algum tipo de violência à higidez psíquica da vítima, como ocorre em crimes como a ameaça (art. 147 - CP), por exemplo.

Ademais, não se pode olvidar que até mesmo condutas tipificadas, que não se perfectibilizam mediante o emprego da violência ou grave ameaça, já constituem, em si, uma violência à esfera de direitos da vítima. Assim, se for adotado como paradigma o crime de furto

(Art. 155 - CP), é fácil constatar que a subtração da coisa alheia móvel, em si, já constitui uma violência ao patrimônio da vítima, bem jurídico tutelado, no caso.

Todavia, a despeito dessa constatação, quando se afirma que não há Direito Penal sem que haja violência, deve-se salientar que esta afirmação não se adstringe à violência perpetrada quando da prática criminosa. Ao contrário, deve-se deixar consignado que o Direito Penal guarda estreita relação tanto com a violência praticada pelo crime quanto com a violência praticada pelo Estado, quando da aplicação da pena.

Como consabido, e na linha das teorias mais aceitas acerca do poder, nas sociedades contemporâneas o Estado detém o monopólio da utilização legítima da violência – sem prejuízo das raras exceções em que se legítima a autotutela, como no caso da legítima defesa. É justamente esta legitimidade – ou pretensão de legitimidade – que diferencia a atuação estatal da atuação privada.

---

<sup>1</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.01.

A violência praticada pelo Estado ao aplicar a sanção penal constitui a mais drástica intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão. É com fundamento nesta pretensão de legitimidade que se permite ao Estado tolher a liberdade física de um indivíduo por inúmeros anos, ao passo que a momentânea privação da liberdade por parte de um particular já configura um ilícito penal. De igual sorte, com fundamento nesta pretensão de legitimidade alguns Estados arvoram-se no direito de ceifar vidas, instituindo a pena capital, e, no entanto, a retirada da vida de um indivíduo por um particular culmina no enquadramento de sua conduta no tipo penal por excelência, o homicídio.

O fato é que não se encontrou consenso, até então, quanto à legitimação do poder de punir. A questão remanesce tormentosa, agravada com o advento de inúmeras teorias que não reconhecem esta legitimação, tais como as mais variadas vertentes do abolicionismo

criminal. Sendo certo que nem mesmo a legitimidade do Estado ao aplicar a pena passou incólume às críticas, com muito mais razão, discute-se os limites desta intervenção.

Pelo que até aqui se procurou descrever, a legitimação do poder de punir variou conforme o modelo de sociedade adotado. Assim, ora legitimou-se a intervenção penal com a autoridade divina, delegada aos homens, ora com o poder do Estado, devidamente constituído e representado na figura pessoal do monarca. Outros critérios de legitimação do poder de punir também foram utilizados, como a manutenção do grupo social (no caso das vinganças tribais, por exemplo).

Como cediço, no que tange às teorias relativas à origem do Estado, há uma certa primazia, entre os cientistas políticos, das teses contratualistas. De acordo com esta premissa, os indivíduos celebram um pacto social, abdicando de uma parcela de sua liberdade, em prol da sua segurança,

dando origem, assim, ao Estado. É certo que o contratualismo possui inúmeras vertentes, desde o contratualismo absolutista idealizado por Hobbes até o contratualismo de feição democrática, sustentado por Rousseau e que serviu de base de sustentação à Revolução Francesa<sup>2</sup>. Tais vertentes, porém, possuem alguns pontos de contato, e um deles é, justamente, a possibilidade de se submeter a uma pena aplicada pelo Estado, na medida em que cada indivíduo acede voluntariamente a este poder de punir, conferido por ele, em caso de afronta às regras de conduta iminentes ao pacto social celebrado. Dimensionar a quantidade e qualidade desta intervenção penal é que distingue o contratualismo absolutista do democrático.

Todavia, a tese contratual acerca da origem do Estado não se mostrou

suficiente para apontar a legitimidade deste poder de punir. Certamente a tese contratualista serviu para responder à questão “porque se pune?” (pune-se o indivíduo porque ele, tendo concedido este poder ao Estado, violou regras do pacto social). Não conseguiu a concepção contratualista, contudo, responder à questão “para que se pune?”. Ora, para que se possa afirmar que a intervenção penal detém legitimidade, imperioso registrar as finalidades a serem obtidas com o emprego de tamanha violência, como ocorre no caso da aplicação da sanção penal. Justamente para responder esta indagação relativa à finalidade da pena surgiram as modernas teorias da pena.

### 3. Teorias Absolutas

Há uma certa divergência relacionada à origem etimológica da expressão pena. Afirma-se que a expressão possui origem no termo *poena*, do latim, que significa

---

<sup>2</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16.

sofrimento<sup>3</sup>; há quem sustente que a origem remonta à expressão grega *ponos*, cujo significado é dor<sup>4</sup>; por fim, afirmam alguns que a expressão decorre do sânscrito *punya*, que significa purificação de um mal<sup>5</sup>.

No que tange às teorias da pena, importa trazer à baila a advertência de que estas representam, em verdade, verdadeiras teorias do Direito Penal, com suas peculiaridades e suas visões de mundo, pautadas em distintas concepções políticas e filosóficas<sup>6</sup>. A rigor, referidas teorias congregam um conjunto de princípios e diretrizes que objetivam encontrar a legitimidade do exercício do poder de punir. Não se destinam, portanto, a se imiscuir em discussões

relativas à natureza da pena, senão em temas afetos aos fundamentos de legitimação na aplicação da pena<sup>7</sup>.

As primeiras teorias destinadas a identificar a legitimação da pena são conhecidas como absolutas ou retributivas, porquanto acreditam que a pena constitui um fim em si mesmo. De acordo com estas teorias, deve-se punir o criminoso apenas porque este cometeu o crime (na expressão imortalizada por Sêneca, *punitur quia peccatum est*), sem maiores preocupações com a finalidade. As teorias

---

<sup>3</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.279.

<sup>4</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Ob. cit. p.279.

<sup>5</sup> *Idem*, p.279.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.116-117.

---

<sup>7</sup> Não é outro o entendimento de Enrique Bacigalupo, que, ao discorrer sobre as chamadas teorias da pena destaca que, *in verbis*: “*en verdad, no se trata de teorias, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo em último término. Por tanto, las ‘teorias’ de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el ser de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?*” (BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996, p.12).

absolutas legitimam a pena se esta for justa, pouco importando se ela é útil<sup>8</sup>. A lógica que orienta esta concepção retribucionista é a de que ao mal praticado pelo crime deve-se contrapor o mal oriundo da pena.

A concepção retributiva de se pagar o mal do crime com o mal da pena encontra sua raiz, conforme aponta Luigi Ferrajoli, na tradição hebraica, com fundamento religioso, tendo sido incorporada, posteriormente, na tradição do cristianismo. Ainda de acordo com o jurista italiano, de São Paulo, Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino até Pio XII “tal concepção gira em torno de três idéias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da ‘vingança’ (*ex parte agentis*), da expiação (*ex parte patientis*) e do ‘reequilíbrio’ entre pena e delito.”<sup>9</sup>

Ao apreciar as razões que conduziram à sobrevivência da teses retributivas da sanção penal, Juarez Cirino dos Santos<sup>10</sup> aponta: (i) a psicologia popular, orientada pelo talião, como fundamento antropológico da pena retributiva; (ii) a tradição religiosa judaico-cristã ocidental, que sustenta uma “imagem retributivo-vingativa da justiça divina, que talvez constitua a influência cultural mais poderosa sobre a disposição psíquica *retributiva* da psicologia popular – portanto de origem mais social do que biológica”<sup>11</sup>; (iii) a filosofia idealista ocidental, que possui conotação retributiva; (iv) a fundamentação legal do discurso retributivo, já que encontra previsão expressa no artigo 59 do Código Penal brasileiro, cuja existência

<sup>8</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996, p.12.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica

et. al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.236-237.

<sup>10</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p.462.

<sup>11</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Ob. cit.*, p.462.

influi, sobretudo, na jurisprudência criminal, para qual a pena é a retribuição de um mal.

Dois dos maiores representantes da filosofia idealista alemã são apontados como partidários destas concepções retributivas: Friedrich Hegel e Immanuel Kant. Como regra geral, costuma-se fazer menção apenas a estes dois filósofos como partidários da teoria retribucionista. Conquanto sejam os seus maiores expoentes, não se pode olvidar que muitos outros pensadores acolheram a tese absoluta da pena<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> “É impossível negar que a concepção retributivista da pena tenha sido expressamente teorizada, não apenas por Hegel e Kant, mas, e antes mesmo, por Campanella, Selden, Leibniz e Genovest, bem como, e posteriormente, de maneira ainda mais tenaz, por uma grande série de filósofos, e, principalmente, de juristas. Basta recordarmos, entre os maiores expoentes, Pellegrino Rossi, Antonio Rosmini, Terenzio Mamiani, Enrico Pessina, Tancredi Canônico, Giuseppe Magiore, Giuseppe Betiole Vittorio Mathieu, na Itália, Ludwig, Heinrich Jakob, Julius Friedrich Abegg, Albert Friedrich Berner e

A concepção de Kant sobre a sanção penal é identificada como uma retribuição de cunho moral. De acordo com esta perspectiva, a pena atenderia a uma absoluta necessidade de justiça, oriunda de um imperativo categórico<sup>13</sup>. Para Kant, a punição jamais pode ser aplicada como forma de se alcançar um outro bem, seja em favor do criminoso, seja em favor da sociedade, pois, se assim o fosse, o ser humano deixaria de ser tratado como um fim, para

---

Karl Binding na Alemanha, o juiz vitoriano James Fitzjames Stephen na Inglaterra, e, mais recentemente, a orientação anticorrecional desenvolvida nestes últimos anos nos Estados Unidos sob o título de *Justice Model*, que agrega as orientações liberais de Morris, Hawkins e Fogel àquelas moralistas de Singer e Dershowitz baseadas na idéia de ‘pena merecida’, bem como e por derradeiro, aquelas alarmistas de van Haag e von Hirsch” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.238).

<sup>13</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.84.

ser tratado como um meio para o alcance de fins alheios, ou, mesmo, como objeto de direito a coisas<sup>14</sup>. Em resumo, a pena se basta, carecendo de uma finalidade útil para que possa ser considerada legítima. A existência da pena sacia a necessidade de justiça pelo só fato de ser aplicada àquele que praticou o crime.

A postura de Kant em relação à pena ratifica, de certo modo, os postulados iluministas de limitação ao poder de punir, calcados, sobretudo, no princípio da proporcionalidade<sup>15</sup>. Pode-se fazer esta afirmação, pois o ideal de justiça kantiano reconhece o limite do poder de punir em relação à gravidade do delito cometido. Esta a razão pela qual este pensador apresenta-se como entusiasta da lei do talião, identificando-a como mani-

festação límpida da justiça. Seguindo esta linha de pensamento, Kant assevera que se uma sociedade houvesse de se dissolver, ainda assim, o último dos homicidas deveria ser executado<sup>16</sup>. De acordo com a tese kantiana, a execução legitima-se porque o autor do delito errou, devendo, por isto, por uma questão de justiça, pagar pelo seu erro. Não há qualquer preocupação com a finalidade preventiva ou útil da pena capital que lhe será aplicada, ainda que nem sequer exista mais a sociedade.

Por seu turno, a tese sustentada por Hegel aproxima-se da concepção kantiana, apenas na medida em que também objetiva uma retribuição<sup>17</sup> com a aplicação

---

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. *A Metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru-SP: EDPRO, 2003, p.174-175.

<sup>15</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução: Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p.193.

---

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru-SP: EDPRO, 2003, p.176.

<sup>17</sup> Anote-se, ainda, que a tese segundo a qual a concepção de Hegel está pautada nesta retribuição, em que pese majoritária, não se encontra imune a críticas. Desta forma, Eugênio Pacelli de Oliveira salienta que, *in verbis*: “(...) pode-se afirmar que Hegel, ao contrário do que afirma a

da pena, sem qualquer pretensão preventiva. Diverge, todavia, em seus fundamentos, porquanto a tese de Kant é dotada de um carácter retributivo moral, ao passo que a teoria hegeliana está imbuída de um substancial conteúdo jurídico-retributivo.

Hegel está preocupado com a higidez da ordem jurídica. Para Hegel, o delito constitui a negação do Direito. A pena, como reprimenda ao delito, constitui a sua negação, ou seja, a pena é a negação da negação do Direito<sup>18</sup>. Em

---

grande maioria dos penalistas brasileiros, não é um *retributivista*, ainda que se possa reconhecer nele um partidário de uma teoria *absoluta* da pena, no sentido de que, praticado um delito, deve-se-lhe seguir uma sanção.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.29).

<sup>18</sup> “*La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es la vulneración de la vulneración y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia*” (HEGEL, G. W. F. *Filosofía del derecho*. Tradução:

resumo, legitima-se a existência da pena, pois ela é a afirmação do Direito. Seguindo este raciocínio, para Hegel o Direito é a manifestação da vontade racional<sup>19</sup> e a pena é a reafirmação desta vontade, sobrepujando a vontade irracional, manifestada quando do delito<sup>20</sup>.

De acordo com o filósofo alemão, ao aplicar a pena, o Estado honra o indivíduo, considerando-o um ser racional, apto a receber aquilo que lhe é devido, como parte de seu direito particular<sup>21</sup>. Seguindo esta linha de pensamento, conclui Hegel que os adeptos das teorias preventivas, ao

---

Angélica Mendoza de Montero. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968, p.109).

<sup>19</sup> HEGEL, G. W. F. *Filosofía del derecho*. Tradução: Angélica Mendoza de Montero. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968, p.52.

<sup>20</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.85.

<sup>21</sup> “*Como ser racional, el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular*” (HEGEL, G. W. F. *ob. cit.*, p.87).

sustentar idéias que pretendem fins de intimidação e correção, tratam o indivíduo como um animal perigoso, objetivando torná-lo inofensivo<sup>22</sup>.

Não se pode deixar de anotar certa identidade entre o pensamento de Günter Jakobs e a tese sustentada por Hegel, no que concerne à legitimidade e fins da pena. Isso porque Hegel, como visto, defende a pena como uma forma de reafirmação do Direito, negado pelo delito; Günther Jakobs, por sua vez, apega-se à idéia de afirmação da validade da norma<sup>23</sup>.

Com efeito, Jakobs advoga a idéia da pena servindo como confirmação da configuração da sociedade. O jurista alemão reconhece

que este resultado possui pontos de contato com a tese de que a pena possui a missão preventiva de manter a norma como esquema de orientação, pois aqueles que confiam na norma devem ter sua confiança confirmada<sup>24</sup>. Imperioso destacar, porém, que, ao contrário de Hegel, em momento algum Jakobs sufraga um entendimento retributivo; ao revés, manifesta-se de forma expressa em prol de uma concepção preventiva, sustentando a prevenção geral positiva<sup>25</sup>, repudiando, ainda,

---

<sup>22</sup> “Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección” (HEGEL, G. W. F. *ob. cit.*, p.87).

<sup>23</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p.463.

---

<sup>24</sup> “El resultado alcanzado -la pena como confirmación de la configuración de la sociedad- tiene puntos de estrecho contacto con una teoría reciente de acuerdo con la cual la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza” (JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998, p.32).

<sup>25</sup> “Se habla de prevención general positiva no intimidatoria, sino, como se ha dicho, confirmatoria-, es decir, de una confirmación frente a todos” (JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução: Manuel Cancio Meliá.

as chamadas teorias mistas ou teorias da união<sup>26</sup>.

Não há dúvida de que as teorias da retribuição moral (Kant) e da retribuição jurídica (Hegel) são as teorias absolutas que gozam de maior prestígio na doutrina. Há, porém, outras teorias que podem ser enquadradas nesta classificação. Desta forma, pode-se fazer menção à teoria

da retribuição divina, sustentada por Stahl. De acordo com esta doutrina, o Estado seria a exteriorização terrena de uma ordem divina, e a pena, necessária à demonstração da predominância do Direito, seria o meio pelo qual o Estado vence a vontade que faz nascer o delito e sobrepôs à lei suprema<sup>27</sup>.

Há, por fim, ainda no que tange às teorias absolutas, a teoria da reparação, assentada no pensamento de Köhler, para quem a dor da pena objetiva purificar e expiar a vontade imoral que fez nascer o crime, de molde a destruir a verdadeira fonte do mal. Consoante a doutrina de Soler, estas doutrinas não enxergam o mal do delito no

---

Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998, p.32). Em sentido contrário, sustenta Eugênio Pacelli de Oliveira que, *in verbis*: “Günther Jakobs, geralmente reconhecido na doutrina brasileira como um partidário das finalidades preventivas positivas da pena, é, no ponto, tributário da filosofia de Hegel, conforme ele mesmo confessa. Afirma ele a concreta impossibilidade de demonstração de qualquer eficácia preventiva da pena, contentando-se em justificar a pena como confirmação da identidade normativa da sociedade, no âmbito de um sistema social no qual habitam e coexistem diversas expectativas individuais e coletivas, necessitando, portanto, de estabilização. E essa, a estabilização, seria alcançada pela pena.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli: *ob. cit.*, p.32).

<sup>26</sup> JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p.12-15.

---

<sup>27</sup> Esta a lição de Sebastián Soler, *in verbis*: “Para esta doctrina, el estado no es una creación estrictamente humana, sino la exteriorización terrenal de un orden querido por Dios. La pena aparece como el medio por el cual el estado vence a la voluntad que hizo nacer el delito y que se sobrepuso a la ley suprema. Es una necesidad ineludible para mostrar el predominio del derecho.” (*Derecho penal argentino. Vol II. Buenos Aires: TEA, 1992. p.373*)

fato exteriorizado, mas sim na vontade determinada por motivos imorais. À vista disto, a pena é necessária, para levar, pelo sofrimento, à moralidade, que é a vontade divina<sup>28</sup>.

Em que pese não se poder desconsiderar a imensa variedade de críticas às teorias absolutas da pena, não se pode olvidar que elas possuem, como mérito, a consagração da idéia de medição da pena (a pena como justa retribuição ao mal praticado), o que está intimamente ligado à idéia de proporcionalidade entre o

delito praticado e a sanção penal que lhe é respectiva<sup>29</sup>.

## 4. Teorias Relativas

### 4.1. Considerações iniciais

Não tardou a cair em descrédito a teoria absoluta. Dentre as inúmeras críticas assacadas à teoria de natureza absoluta, em suas mais variadas vertentes, sobressai-se a alegada incompatibilidade de seu fundamento de existência com os Estados contemporâneos. Enquanto os Estados contemporâneos<sup>30</sup> são, marcadamente, fundados em

---

<sup>28</sup> *“Teoría de la reparación.- Dentro de la primera corriente, puede tomarse como ejemplo el pensamiento de Kohler, para quien el dolor que la pena representa hace expiar y purificar la voluntad inmoral que hizo nacer el crimen, de manera que destruye la verdadera fuente del mal. Estas doctrinas no ven el mal del delito en el hecho exterior, sino en la voluntad determinada por motivos inmorales. Por eso, la pena es una necesidad, para llevar por el sufrimiento, a la moralidad, que es voluntad divina (Kitz).”* (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino. Vol II*. Buenos Aires: TEA, 1992. p.373)

---

<sup>29</sup> CORREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002, p.131.

<sup>30</sup> *“Si el Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención,”* (MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2º.ed.Barcelona: Bosch, 1982, p.27).

idéias de instrumentalidade<sup>31</sup>, ou seja, de atendimento a uma finalidade, de busca de um objetivo, as teorias absolutas não pretendem o alcance de qualquer objetivo específico. Como visto, a lógica que preside as teorias absolutas é pautada na observância da pena como um fim em si mesmo. Sob um outro viés, as teorias absolutas centralizam na intervenção penal todo o controle social, o que as tornam incompatíveis com os novos paradigmas do Direito Penal moderno, orientado pela idéia de caráter subsidiário da tutela penal.

As teorias que se opõem às absolutas são chamadas de relativas ou teorias da prevenção, já que identificam na pena uma finalidade, consistente na prevenção de novos crimes. Estas teorias se dividem em teorias da prevenção geral e da prevenção especial; por seu turno, as teorias da prevenção geral se dividem em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

Pode-se fazer menção a outras vertentes das teorias da prevenção. A título exemplificativo, há a vertente contratualista da prevenção, cuja raiz remonta à obra de Rousseau e assenta-se na idéia de que a ordem social é um direito sagrado que serve de base aos demais direitos. Sob esta perspectiva, a pena seria aplicada ao delinquente como uma forma de manutenção deste pacto social, afrontado com a conduta criminosas<sup>32</sup>.

Fala-se, ainda, em prevenção primária, secundária ou terciária. Desta forma, a prevenção primária pauta-se pela atuação na raiz do conflito criminal, objetivando impedi-lo de se manifestar<sup>33</sup>. Como

---

<sup>32</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino. Vol II*. Buenos Aires: TEA, 1992. p.377-378.

<sup>33</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Federais*. Tradução: Luiz Flávio Gomes, Wellbin Morote Garcia, Davi Tangerino. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.365.

---

<sup>31</sup> QUEIROZ, Paulo. *Ob. cit.* p.85.

manifestações da prevenção primária podem ser mencionadas a educação, família, casa, trabalho, e a qualidade de vida. A prevenção secundária, por sua vez, ocorre em um segundo momento, quando o conflito criminal é gerado. Por fim, a prevenção terciária destina-se ao recluso, pretendendo evitar a reincidência<sup>34</sup>.

A prevenção primária não ocorre, portanto, mediante a imposição da pena, pois atua mesmo antes da prática delitiva. Em vista desta peculiaridade, deve-se endossar o coro daqueles que sustentam a tese de que este tipo de prevenção é muito mais eficiente do que a prevenção secundária e terciária, as quais pressupõem a aplicação e execução da pena. Com efeito, sendo certo que a prevenção primária atua, como dito, na fase anterior à prática delitiva, impedindo-a, este tipo de prevenção é muito mais eficiente na tarefa de proteção aos bens

jurídicos tutelados pelo Direito Penal<sup>35</sup>.

#### 4.2. Teoria da prevenção geral negativa

A teoria da prevenção geral negativa pretende, mediante a cominação da pena, em abstrato, e posterior aplicação e execução desta pena, coibir a reiteração dos delitos por parte da comunidade. Diz-se geral porque esta prevenção é destinada a toda a coletividade, e não apenas ao autor do delito. Diz-se negativa porque sua pretensão adstringe-se a coibir a atuação dos outros membros da comunidade na

---

<sup>35</sup> Neste sentido, afirma Érika Mendes de Carvalho, *in verbis*: “É sobretudo através do que se costuma denominar ‘prevenção primária’ – que se materializa através da norma – e não mediante a chamada ‘prevenção secundária’ – que se concretiza com a pena – que o Direito Penal cumpre sua função de proteção dos bens jurídicos através da prevenção.” (CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.343)

---

<sup>34</sup> *Idem*, p.365.

prática criminosa, sem maiores preocupações relativas à propagação de outros valores.

Dentre os adeptos da teoria da prevenção geral negativa, podem ser mencionados Giandomenico Romagnosi<sup>36</sup>, Francesco Maria Pagano<sup>37</sup> e Arthur

Schopenhauer<sup>38</sup>. Contudo, o maior corifeu da teoria foi, sem dúvida, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, considerado fundador da moderna ciência do Direito Penal na Alemanha<sup>39</sup>. De acordo com Feuerbach, a causa dos delitos reside na sensualidade<sup>40</sup>, pois é a busca

---

<sup>36</sup> No que diz respeito à obra do italiano Romagnosi, sua teoria é contemporânea à de Feuerbach. A idéia central de sua tese é a de que se fosse possível ter a certeza moral de que um segundo delito não sobreviria ao primeiro, a sociedade não teria direito a castigá-lo. A principal crítica a esta teoria – denominada teoria da defesa indireta – reside no fato de que alcançar esta certeza moral não é possível. (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino. Vol II*. Buenos Aires: TEA, 1992. p.380).

<sup>37</sup> Sobre a obra de Pagano, afirma Carlo Fiore que: “a exigência de um estudo analítico do princípio e da categoria do direito e do processo penal é evidente na obra de Mario Pagano (1748-1799)”. Tradução livre de: “*L’esigenza di uno studio analitico dei principi e delle categorie del diritto e della procedura penale è evidente anche nell’opera di Mario Pagano (1748-1799)*”. (FIORE, Carlo. *Diritto penale: parte generale. – vol. I*. Torino: UTET, 2000, p.33).

---

<sup>38</sup> Esta a doutrina de Luigi Ferrajoli, que ainda faz alusão às teorias de Carmignani e Carrara, cuja influência na teoria da prevenção geral negativa seria marcante (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.238). Ao se debruçar sobre a teoria da pena da obra de Carrara, Cezar Roberto Bitencourt a identifica com as lições de Hegel, qualificando-a como tese retribucionista (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.88).

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.89.

<sup>40</sup> “*Todas las contravenciones tienen su causa psicológica em la sensualidad, en la*

do prazer que impulsiona o homem à atividade delituosa. A pena deve, então, funcionar como um contra-impulso a este impulso criminoso oriundo da sensualidade humana<sup>41</sup>.

A pena – seja quando da sua previsão em abstrato, seja quando da posterior aplicação e execução – deve servir como uma ameaça aos membros do grupo social. Uma vez prevista em abstrato, o Estado estaria a

dizer aos cidadãos: “é isto que lhe acontecerá, caso venha a delinquir”. Posteriormente, uma vez realizada a conduta delituosa, a aplicação da pena prevista na legislação seria uma forma de o Estado dizer aos demais cidadãos: “caso venha a delinquir, ocorrerá algo similar”. A pena funciona, de acordo com a doutrina de Feuerbach, como uma forma de ameaça do Estado, levada a cabo por meio da lei, dirigida aos cidadãos. Por esta razão, a teoria de Feuerbach é também conhecida como teoria da coação psicológica coletiva.

Naturalmente, esta teoria não passou imune a críticas. Dentre as críticas formuladas à teoria da prevenção geral negativa pode-se apontar, de antemão, o fato de que ela parece partir do pressuposto de que os destinatários da lei penal – isto é, os membros da coletividade – a conhecem. É certo que os ordenamentos jurídicos, em geral, acolhem a máxima de que ninguém se escusa do conhecimento da lei. Esta, sem dúvida, é uma

---

*medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción.”* (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*. Traducción al castellano de la 14.ª edición alemana: Eugênio R. Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. Buenos Aires, Hamurabi S.R.I., 1989, p.60).

<sup>41</sup> “Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho há de seguir, ineludiblemente, um mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.” (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*. Traducción al castellano de la 14.ª edición alemana: Eugênio R. Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. Buenos Aires, Hamurabi S.R.I., 1989, p.60).

opção política tendente a obstar abusos justificados com a alegação de desconhecimento.

A despeito desta constatação, não se pode deixar de salientar que a presunção de conhecimento das leis por parte dos cidadãos constitui uma das maiores – quicá a maior – falácia do ordenamento jurídico. O fato é que a imensa maioria da população – destinatária da lei penal – desconhece seu teor, quando não a sua existência. Mais que isto, a sanha legislferante em matéria penal parece não conhecer limites, sobretudo na nossa realidade, o que torna a legislação penal extravagante um desmedido amontoado de incriminações, por vezes esdrúxulas, tornando impossível o conhecimento irrestrito da lei penal até mesmo pelos operadores do Direito. Alheia a esta realidade, a teoria da prevenção geral negativa sustenta-se na idéia de que a existência da lei, e sua posterior aplicação, poderia funcionar como contra-impulso à pretensão

criminosa dos membros da coletividade.

Além disto, relevante salientar que a teoria em comento não estabelece limites ao poder de punir do Estado. Em momento algum os adeptos desta corrente de pensamento abordam a questão atinente aos limites que deveriam ser obedecidos pelo Estado na cominação de sanções de cunho penal. Esta postura, de busca da coação psicológica coletiva como forma de obstar a prática de novos delitos, sem que, a par disto, estabeleçam-se os limites em que a intervenção punitiva se legitima, pode conduzir à legitimação de um punitivismo autoritário<sup>42</sup>, porquanto exacerbado<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Ao abordar este autoritarismo a que pode convergir a teoria preventiva, ressalta Santiago Mir Puig que: “*La pena se convirtió a veces em un arma del Estado esgrimada contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal. Este es el peligro que encierra um Derecho penal concebido para se reficaz. Como toda arma peligrosa, la pena preventiva ha de someterse a um control riguroso.*” E, conferindo ênfase ao princípio da proporcionalidade como limite ao

poder de punir, conclui que: “*Un tal Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos de proporcionalidad y de culpabilidad*”. (*Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de derecho*. 2º.ed.Barcelona: Bosch, 1982, p.29-30).

<sup>43</sup> “Do mesmo modo que as doutrinas retributivistas, que respondem ‘*quia peccatum*’ ou ‘*quia prohibitum*’ à questão do ‘porque punir?’, trocando-a por aquela do ‘quando punir?’, também as doutrinas da prevenção geral negativa, respondendo *ne peccetur* à mesma pergunta, elidem a questão prejudicial, e totalmente externa, do ‘porque proibir?’. Mas, enquanto as doutrinas retributivistas podem satisfazer-se com as respostas ‘*quia peccatum*’ ou ‘*quia prohibitum*’, vez que confundem direito e moral, associando um desvalor ético-jurídico intrínseco ao *peccatum* e ao *prohibitum*, as doutrinas utilitaristas da prevenção geral deixam o problema simplesmente sem resposta, não sendo capazes, nem mesmo se integradas por uma doutrina acerca dos bens jurídicos protegidos pelas proibições, de pesar e delimitar os custos das punições, heterogêneos em relação a estas” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.259).

### 4.3. Teoria da prevenção geral positiva

Como já mencionado, a teoria da prevenção geral, que se dirige à coletividade, também possui uma vertente positiva. Se para sua perspectiva negativa a teoria da prevenção geral funda-se na idéia de intimidação, para a sua perspectiva positiva, a prevenção geral preocupa-se, conforme salienta Roxin, com a procura da conservação e reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico<sup>44</sup>. Sob esta

<sup>44</sup> “*El aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico.*” (ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p.91). Anote-se, ainda, que, sem descurar desta idéia de que a prevenção geral positiva pretende a confirmação da vigência da norma, destaca Santiago Mir Puig que esta teoria objetiva superar a dicotomia prevenção-retribuição. Em suas palavras: “*Esta concepción pretende superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo estas últimas en necesarias para la propia prevención. Así, la confirmación de la vigencia de la norma*

perspectiva, a pena possuiria a missão de demonstrar a higidez e inviolabilidade do ordenamento jurídico, diante da comunidade jurídica, reforçando, assim, a confiança jurídica do povo. Com isto, há uma ênfase em um significado maior do que apenas o efeito de intimidação, como pretendido pela teoria da prevenção geral negativa<sup>45</sup>.

Ainda na linha de pensamento sustentada por Roxin, a teoria da prevenção geral positiva possui três fins e efeitos distintos, muito embora relacionados. O

---

*requiere, según la nueva doctrina de la prevención general, que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales?” (Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (coord.). *Prevención e teoría de la pena*. Santiago de Chile: Editorial jurídica conesur, 1995, p.49-58).*

<sup>45</sup> “Conforme a ello, la pena tiene la misión de ‘demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo’. Actualmente se le suele atribuir este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio.” (ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p.91).

primeiro é o efeito sócio-pedagógico, de exercício na confiança do Direito, promovido pela justiça penal; como um segundo efeito, há a confiança surgida no cidadão quando percebe o Direito efetivamente aplicado; por fim, como terceiro e último efeito, haveria a pacificação social, que ocorre quando a consciência jurídica geral se tranquiliza em virtude da aplicação da sanção<sup>46</sup>.

Aqueles que se filiam a esta linha de pensamento, no dizer de Jakobs, encaram a existência da pena pública como idônea a caracterizar o delito como tal, e, desta forma, promover a

---

<sup>46</sup> “En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el “ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor” (ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p.91-92).

confirmação da configuração normativa concreta da sociedade<sup>47</sup>.

A teoria da prevenção geral positiva, cujo representante mais expressivo é o próprio Jakobs, encontra suas bases de sustentação na teoria dos sistemas de Niklas Luhman e apóia-se na teoria de funcionalidade do Direito Penal (funcionalismo sistêmico) para o sistema social<sup>48</sup>.

Conforme salienta Alessandro Baratta – para quem, esta teoria também é conhecida como teoria da prevenção-integração, esse novo enfoque utiliza a concepção luhmanniana do Direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das

expectativas<sup>49</sup>. Prossegue Baratta ressaltando que a teoria em apreço centra-se no conceito luhmanniano sobre a confiança institucional, entendida como forma de integração social, que, nos sistemas complexos, substitui os mecanismos complexos de confiança recíproca entre os indivíduos existentes em uma comunidade de organização elementar<sup>50</sup>.

A rigor, é necessário esclarecer, na linha de pensamento de Juarez Cirino dos Santos<sup>51</sup>, que há, ao menos, duas posições principais sobre a prevenção geral positiva. Roxin, por exemplo, assumiria uma

---

<sup>47</sup> “La pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad” (In: *Sobre la teoría de la pena*. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998, p.15).

<sup>48</sup> QUEIROZ, Paulo. *Ob. cit.* p.88..

---

<sup>49</sup> “Este nuevo enfoque utiliza la concepción de Luhmann del derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas (N. Luhmann, 1964, 54 y ss.; 1981, 1983)”. (In: *Integración-Prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*», en Revista Doctrina Penal, año 8, nº 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, pp. 9-26).

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, 468.

postura relativa em relação a esta teoria, encarando-a como uma função em meio a outras funções atribuídas à sanção penal, cuja legitimação consistiria na tutela subsidiária de bens jurídicos<sup>52</sup>. Por seu turno, Jakobs sufragava uma tese que absolutiza a teoria da prevenção geral positiva, concebida como teoria totalizadora da sanção penal<sup>53</sup>.

Dentre as inúmeras críticas formuladas à teoria sustentada por Jakobs, no que concerne à função da pena, merece destaque a que identifica referida linha de pensamento como uma subjugação do homem ao sistema. Destarte, o sistema que deveria funcionar como instrumento para satisfação de interesses do homem passa ao centro das atenções, pois a pretensão primordial seria conferir estabilidade ao sistema, relegando a segundo plano finalidades como a proteção de bens jurídicos ou

a pacificação social, mediante a solução de conflitos. Com isto, legitima-se uma intervenção penal que não está focada no ser humano, como é da tradição inaugurada desde os tempos do movimento iluminista<sup>54</sup>.

Partidário desta crítica, Baratta afirma que o funcionalismo sistêmico conduz à alienação da subjetividade e centralidade do homem em benefício do sistema, tornando o homem objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais<sup>55</sup>. Baratta

---

<sup>54</sup> “*La filosofía política de la Ilustración, gracias a la obra Dei delitti e delle pene (1764), brillantemente aplicada al derecho penal, contempla la justificación y el efecto de la pena únicamente en sus consecuencias útiles para la persona. La pena está al servicio de la finalidad humana*” (NAUCKE Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LUDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Traducción por el Dr. Gustavo Eduardo Aboso y la Prof. Tea Low. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p.19).

<sup>55</sup> In: *Integración-Prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en Revista Doctrina Penal, año 8, nº 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, pp. 9-26.

---

<sup>52</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Ob. cit., p.468.

<sup>53</sup> *Idem*, p.468.

acusa a teoria de Jakobs de ser uma legitimação tecnocrática do funcionamento desigual do sistema punitivo<sup>56</sup>.

Em adendo às críticas já mencionadas, cabe trazer a lume o pensamento de Ferrajoli, para quem a doutrina da prevenção geral positiva, ao reduzir o indivíduo a um subsistema físico-psíquico subordinado funcionalmente às exigências do sistema social geral solidariza-se com “modelos de direito penal máximo e limitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa”<sup>57</sup>.

#### 4.4. Teoria da prevenção especial

As teorias que fundamentam a existência da sanção penal na prevenção especial desenvolveram-se conjuntamente com o pensamento penal da segunda

metade do século XIX e do século XX<sup>58</sup>. Em oposição às teorias da prevenção geral, cujo foco se encontra na coletividade, a teoria da prevenção especial objetiva prevenir a prática de novos crimes por parte do próprio criminoso. Com isto, conclui-se que a pretensão de referida teoria é evitar a reincidência. Para tanto, os adeptos da mencionada corrente de pensamento fundamentam sua teoria nas idéias de neutralização e reeducação do criminoso.

---

<sup>58</sup> Neste sentido, Luigi Ferrajoli, para quem: “Contrariamente às teorias contratualistas e jusnaturalistas da época iluminista, que expressavam o apelo liberal e revolucionário da tutela do indivíduo contra o despotismo do velho Estado absolutista, referidas doutrinas absolutistas refletem as vocações autoritárias do novo e então consolidado Estado liberal e aquelas totalitárias que emergirão da crise deste. Assim, parece-me um erro de perspectiva a opinião de Michel Foucault segundo a qual a transformação em sentido correccional e disciplinar da cultura penalista deveria ser colocada no início da Idade Moderna.” (FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.* P.246).

---

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.256.

Conforme salienta Paulo Queiroz, inúmeras correntes de pensamento filiaram-se à idéia de prevenção especial, tais como o correccionalismo espanhol, de Dorado Monteiro e Concepción Arenal, o positivismo italiano de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, a moderna escola alemã, cujo representante mais significativo foi Franz Von Liszt e, de forma mais recente, o movimento de defesa social, de Filippo Gramatica e a, assim chamada, nova defesa social, de Marc Ancel.

Neste cenário, avulta de importância a obra de Von Liszt<sup>59</sup>, razão pela qual se costuma referir que o Projeto Alternativo ao

Código Penal Alemão, de 1966, representou a materialização dos postulados deste penalista, no que tange à consagração da teoria da prevenção especial<sup>60</sup>.

Esta prevenção especial, de acordo com os seus defensores, dever-se-ia se fazer sentir em dois momentos distintos: primeiro, na aplicação da pena; posteriormente, quando da sua execução. Desta forma, tanto o aplicador da pena quanto aqueles responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena cominada deveriam, constantemente,

<sup>59</sup> “*Dos caracteres principales forman, pues, el concepto de la pena: 1. es una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad o el honor del delincuente; y 2. es al mismo tiempo una reprobación tangible de facto y del autor. En el primer carácter reside el efecto preventivo-especial de la pena; en el segundo, el efecto preventivo-gereral*” (LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Florida: Valletta Ediciones, 2007, p.544.-545).

<sup>60</sup> Neste sentido, assevera Roxin que: “*También el Proyecto Alternativo de Código Penal*” (= PA), publicado en 1966 por penalistas de Alemania Occidental (entre los que se encuentra el autor de este libro) y que ha influido notablemente en la reforma del Derecho penal de la República Federal (sobre esto § 4, nm. 20 ss.), le debe mucho y de forma muy especial a la teoría preventivo-especial, y con ello particularmente a Franz v. Liszt y a las opiniones de la defensa social” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997).

pautar-se por critérios de prevenção especial, isto é, por critérios que conduzissem à idéia de que o apenado não voltaria a delinquir.

Tal como ocorre em relação às teorias da prevenção geral, também aqui, na prevenção especial, costuma-se falar em uma dupla vertente, isto é, positiva e negativa. De acordo com o seu viés negativo, a prevenção especial objetiva neutralizar o criminoso, impedindo-o de praticar crimes durante a execução da pena. Exemplo máxime desta perspectiva é a própria pena privativa de liberdade, cuja lógica de fundamentação encontra-se, dentre outras coisas, na idéia de que, no curso do cumprimento da pena, o indivíduo, alijado de seu meio social, não poderia delinquir.

Saliente-se, desde já, que a principal crítica que recai sobre esta idéia de inocuidade do criminoso reside no fato de que a aplicação da pena não possui o condão de impedir a prática de crimes. Isto porque, mesmo nos limites da

prisão – para adotar como paradigma a pena privativa de liberdade – os crimes continuariam ocorrendo, havendo, apenas, o deslocamento da prática criminosa, de fora para dentro dos muros das penitenciárias.

Em sua vertente positiva, a idéia da prevenção especial fundamenta-se na intenção de promover a reeducação do criminoso, o que se convencionou chamar de ressocialização<sup>61</sup>. A rigor,

---

<sup>61</sup> Há resistência até mesmo à utilização desta expressão, porquanto, no mais das vezes, o criminoso não foi submetido a processos de socialização primária (escola, família, comunidade, etc); como se poderia ressocializar quem não foi socializado? Neste sentido, adverte Jackson C. Azevedo que: “(...) a população carcerária provém, na maior parte, de zonas socialmente marginalizadas, caracterizadas por problemas já na socialização primária da idade pré-escolar.” E prossegue asseverando que: “O cárcere deve ser visto como um *continuum* que compreende família, escola, assistência social, organização cultural do tempo livre, preparação profissional, universidade e instrução de adultos” (AZEVEDO, Jackson C., *Reforma e “contra” reforma*

não há consenso em torno da identidade de significados destas expressões, mas ambas possuem o mesmo centro axiológico, vale dizer, pretendem promover a reabilitação do criminoso, levando-o a desistir das práticas relacionadas a qualquer atividade criminosa.

Sem dúvida, este discurso ressocializador imperou magnânimo no centro dos debates relacionados à legitimação da pena, no decorrer do século XX. Como cediço, a ressocialização é de difícil obtenção prática, sobretudo quando se trata das penas privativas de liberdade, cuja lógica é educar para a liberdade retirando a liberdade. A despeito de sua inobservância prática, referido discurso ressocializador, como dito, dominou os debates relativos às teorias da pena. No caso do Brasil, este discurso fundamentou, por exemplo, a reforma do Código Penal, ocorrida em

1984<sup>62</sup>, e também o posterior incremento do sistema de penas alternativas, oriundo do advento da Lei 9.714/98.

O acentuado descompasso entre o discurso ressocializador e a sua inoperância em concreto conduziu, porém, à derrocada do prestígio da teoria da prevenção especial positiva<sup>63</sup>.

Neste contexto, é paradigmática a publicação da obra de Robert Martinson<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> AZEVEDO, Jackson, C. *ob. cit.*, p.47.

<sup>63</sup> No mesmo sentido, afirmam Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer: “Em todo caso, é evidente que sobre o conceito de ressocialização gravita pesadamente o fato de não poder aportar resultados mensuráveis sobre o efeito ressocializador das penas privativas de liberdade, e os que se aportam demonstram precisamente o fracasso da mesma” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.186).

<sup>64</sup> “As chamadas tendências *re* (reeducadoras, ressocializadoras, reeducativas) por sua vez, que, durante sete décadas do século XX, constituíram o ideal dominante de importantes autores do direito penal, assistiram a uma derrocada

(“*What works? Questions and answers about reform prison*”), em 1974. O trabalho de Martinson estava baseado em um relatório em que foram analisados projetos de reabilitação como instrumento destinado a evitar a reincidência, publicados entre 1945 e 1967<sup>65</sup>. Os resultados deste trabalho apontavam para a constatação de que a idéia de reabilitação fracassara, porquanto os índices de reincidência não alcançaram a diminuição pretendida. À vista disto, conclui o autor que, salvo pequenas e isoladas exceções, os esforços destinados à reabilitação

---

quando os trabalhos de Martinson concluíram que nenhuma das atividades levadas a cabo, com tais propósitos, funcionava. Os projetos, ao final, não apresentavam resultados distintos daqueles que os estabelecimentos tradicionais desenvolviam e que não atendiam a qualquer orientação específica” (MINAHIM, Maria Auxiliadora, prefácio de: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, XXXIV).

<sup>65</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução: Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p.761-762.

informados não alcançaram o pretendido efeito sobre a reincidência<sup>66</sup>.

Desta forma, a falência dos sistemas penitenciários, viga de sustentação do Direito Penal moderno, conduziu, em certa medida, ao ocaso da teoria da prevenção especial, no que concerne ao ideal de ressocialização<sup>67</sup>. Neste contexto, importantes as ponderações formuladas por Paul Wolf, no sentido de que as discussões sobre o sentido da pena já não se consideram tanto como um problema teórico e filosófico-argumentativo, mas se dirige expressamente à práxis do Direito Penal. Mais que isto, afirma referido autor que, por meio desta práxis, é que se

---

<sup>66</sup> “*With few and isolated exceptions, the rehabilitative efforts that have been reported so far have had no appreciable effect on recidivism.*” (MARTINSON, Robert. *What works? Questions and answers about reform prison*. The PublicInterest 35 (Primavera). 1974, p.22-54).

<sup>67</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução: Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p.761.

demonstra a racionalidade, sua realidade e poder, sua capacidade de fundamentação real. Com base nisto, conclui que a efetividade da pena, a respeito da realização do seu objetivo, converter-se-á no critério de fundamentação e justificação da pena<sup>68</sup>.

Demais disso, a utilização desmedida da idéia de prevenção especial, por parte dos regimes autoritários e totalitários, abalou o prestígio de que gozava a doutrina. Desta forma, de regimes ditatoriais ao nazismo, em sua essência

mais refinada, passando pelos regimes do socialismo real, a idéia de recuperação do criminoso sempre se fez presente, em maior ou menor medida<sup>69</sup>. Neste aspecto, o correcionalismo atende aos anseios do poder político hegemônico; conduta desviante é aquela que atenta contra a organização do poder<sup>70</sup> e o correcionalismo

---

<sup>68</sup> “*Esta nueva dimensión consiste en que la discusión sobre las teorías de la pena ya no se considera tanto como un problema teórico y filosófico-argumentativo sino que se dirige expresamente a la praxis del derecho penal. La praxis se convierte así en la prueba de la teoría. A través de la praxis debe ser demostrada la postulada racionalidad de la pena, su verdad, es decir, su realidad y poder, su capacidad de fundamentación real. La efectividad de la pena respecto a la realización del objetivo, se convertirá en el criterio de fundamentación y justificación de la pena*” (WOLF, Paul. *Esplendor e miserias de las teorías preventivas de la pena*. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (coord.). *Prevención e teoría de la pena*. Santiago de Chile: Editorial jurídica conesur, 1995, p.62).

---

<sup>69</sup> “Em perfeita coerência com as culturas autoritárias que as orientam, as doutrinas correcionalistas foram as prediletas de todos os sistemas políticos totalitários, em que justificaram modelos e práticas penais ilimitadamente repressivas, paternalistas, persuasivas, de aculturação coagida e de violenta manipulação da personalidade do condenado. Pensemos a doutrina nazista do ‘tipo normativo do autor’, orientada para uma total subjetivização dos pressupostos da pena identificados com a ‘infidelidade’ ao Estado e com o correlato repúdio de qualquer relevância, mais do que ‘sintomatológica’, da objetividade da conduta. Pensemos, também, aos manicômios criminais soviéticos e às escolas de reeducação da China popular ” (FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.* p.255).

<sup>70</sup> Como exemplo patente disto, pode-se fazer alusão à lei sobre os

“estranhos à comunidade” (*Gemeinschaftsfremde*). Dissertando sobre o tema, Muñoz Conde salienta que: “Com a nova lei sobre ‘*Gemeinschaftsfremde*’, tratava-se, pois, de assegurar em momentos de crise, o controle total, atribuindo à Polícia, e, em definitivo, às SS, um poder omnímodo que podia ser utilizado em qualquer momento contra os inimigos interiores do regime, fossem esses do caráter que fossem, inimigos políticos, sociais ou de raça” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Tradução: Paulo César Busato, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.84-85). Por seu turno, ao discorrer sobre a influência desta concepção nos regimes do socialismo real, afirma Ferrajoli que: “Embora se deva a KARL MARX o ponto de partida de uma doutrina penal liberal bem como as críticas mais radicais à ideologia correccionalista de tipo cristão-burguês, uma doutrina explicitamente antigarantista da prevenção especial foi elaborada, como já vimos, pelo mais ilustres dos juristas marxistas deste século, EVGENIJ PASUKANIS, o qual tornou-se vítima das bases teóricas dos tratamentos terapêuticos e eliminatórios que ele próprio ofertou em alternativa ao formalismo penal burguês sob a forma de medidas de defesa social sujeitas a meras ‘regras técnico-sociais’” (FERRAJOLI, Luigi.

equipara-se a uma formação ideológica consentânea aos valores sustentados pelo regime.

Todavia, as críticas à teoria da prevenção especial, mormente de cariz positiva, não se adstringem à sua inoperância prática. Dentre as

---

*Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.255). Por seu turno, o próprio E. B. PACHUKANIS, mencionado por FERRAJOLI, demonstra esta faceta do Direito Penal soviético, *in verbis*: “A Comissão do Povo para a Justiça da URSS publicou, a partir de 1919, princípios norteadores do Direito Penal nos quais o princípio da culpabilidade como fundamento da pena é repellido e nos quais a própria pena é caracterizada não como a reparação de uma falta mas unicamente como uma medida de defesa. O Código Penal da URSS, de 1922, prescinde igualmente do conceito de culpabilidade. Por fim, ‘os princípios fundamentais da legislação penal da União Soviética’ excluem totalmente a denominação ‘pena’ para substituí-la pela seguinte denominação: ‘medidas judiciário-corretivas de defesa social’”. (PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p.133).

críticas lançadas, destacam-se aquelas que apontam o caráter maniqueísta da doutrina, que qualificaria as pessoas em boas ou más, de acordo com a incidência em algum tipo de prática criminosa. Assim, a idéia de ressocialização seria uma forma perversa de alterar a personalidade daquele que cumpre pena, inculcando-lhe, de forma autoritária, uma formação que lhe tolheria seu direito à autodeterminação.

Exemplo marcante desta postura é a obra de Cesare Lombroso, médico italiano representante da Escola Positiva do Direito Penal, que, contrapondo-se à sua antecessora, a Clássica, não reconhece o livre-arbítrio do indivíduo, na prática de seus atos. A obra de Lombroso, e a influência por ela exercida, foram apreciadas com minúcia por Stephen Jay Gould<sup>71</sup>, para quem as teses do italiano não se resumiram a uma vaga afirmação do caráter hereditário do crime, o que era bastante comum na

época em que viveu. As idéias de Lombroso, ao revés, constituíram uma teoria evolucionista específica, baseada em dados antropométricos.

Para Lombroso, o criminoso é um tipo atávico, do ponto de vista da evolução, que existe entre nós. Nestes indivíduos, são desenvolvidos os germes que jazem em estado letárgico e que remontam a nossos ancestrais. Em decorrência destas características, ou seja, à sua constituição inata, estes indivíduos são levados a se comportar como um macaco ou um selvagem, mas estes comportamentos são tidos como criminosos pela nossa sociedade. Afirmo, ainda, Lombroso que este atavismo que o criminoso nato porta é físico e mental, mas são os sinais físicos – estigmas, para o médico italiano – que nos conduzem ao reconhecimento deste criminoso nato. Conclui o autor italiano que a conduta criminosa também pode surgir nos “homens normais”, mas a anatomia identifica-se com o destino, o que equivale a

---

<sup>71</sup> Cf. *A falsa medida do homem*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

dizer que o criminoso nato não pode fugir dessa mancha hereditária.

A idéia de ressocialização remonta, em certa medida, a este postulado que já se encontra presente em Lombroso, consistente na tentativa de “corrigir” o criminoso. A idéia que fundamenta esta postura, radicada na criminologia de base positivista, refere-se a uma concepção de pessoas boas e más; a ressocialização funcionaria como uma forma de tornar pessoas más em pessoas boas. Assentado nestas premissas, questiona-se Roxin se deve-se permitir ao Estado educar e tratar os cidadãos adultos<sup>72</sup>.

Não se pode deixar de anotar que os valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito estão em íntima relação com as idéias de pluralidade e

respeito à diferença<sup>73</sup>. O Estado deve velar pela prevenção da prática de crimes, na medida em que constituem afronta aos bens jurídicos mais relevante da organização social. Todavia, não se pode permitir ao Estado inculcar nos indivíduos uma determinada formação, de maneira impositiva, sem que se permita o direito a ser diferente.

A rigor, ainda que se possa partir da premissa de que existam pessoas boas e más – o que, de per si, já é bastante questionável – o Estado deve reconhecer a todo cidadão o direito de ser

---

<sup>72</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.88.

---

<sup>73</sup> Ao discorrer sobre os princípios da liberdade e da tolerância, pontua Alice Bianchini que: “Exalta-se, por meio deste princípio, a preocupação com o exercício da máxima liberdade individual não comprometedor da liberdade alheia. Refere-se, portanto, à máxima tolerância em relação a condutas que exprimam o modo de ser, a consciência interna, os atos privados do indivíduo – a peculiar maneira de levar a vida –, que nenhum malefício causam à sociedade” (*Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002, p.31).

mal, conquanto esta maldade não constitua qualquer tipo de lesão a bem jurídico alheio. Para que possamos nos valer de um exemplo bastante simplório, se algum cidadão deseja de forma veemente o mal a alguém não poderá ser responsabilizado pelo Estado, de qualquer forma, se este “desejar o mal” não se materializa em uma conduta externa (*cogitatio poenam nemo patitur*).

Neste passo, a idéia de ressocialização, quando descamba da pretensão de tutela de bens jurídicos para correção de comportamentos, mediante formação e divulgação de valores, incorre no equívoco de ceifar a liberdade individual e a capacidade de autodeterminação do cidadão. Ao Estado, é dado proteger bens jurídicos, mas não se imiscuir na maneira de vida das pessoas, sob pena de consagrar-se um sistema totalitário, em que o indivíduo é subjugado à coletividade, por completo.

As doutrinas pautadas na ressocialização, por vezes, legitimaram a

adoção de políticas de tratamento que, em última instância, negam o indivíduo<sup>74</sup> em suas peculiaridades, consagrando, assim, a, já referida, sociedade da

---

<sup>74</sup> Sobre o tema, afirma Salo de Carvalho: “Criam-se regras universais de boa conduta carcerária, representadas pelos princípios da correção (a recuperação dos condenados é o objetivo da pena); da classificação (os detentos devem ser classificados e isolados conforme a gravidade de seu ato); da modulação das penas (a pena pode ser modificada de acordo com os resultados obtidos); do trabalho como obrigação e direito (a laborterapia é fundamental no processo de transformação e socialização); da educação penitenciária (precaução e atividade conjunta ao trabalho); do controle técnico dos detentos (a instituição deve ser dirigida por pessoal técnico especializado, que possua condições morais para formar indivíduos; e das instituições anexas (redes de instituições conjuntas, como o manicômio). Cada princípio, adequadamente colocado, permite a conformação de tecnologia voltada à modificação dos seres. A prisão esteve, pois, desde as sua origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos.” (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.183).

disciplina, a que alude Michel Foucault.

Referendando esta perspectiva sufragada pelo pensador francês, Ferrajoli salienta que a adoção e propagação da teoria da prevenção especial marca a idéia de substituição do punir mais pelo punir melhor, próprio da orientação disciplinar. Ainda nesta linha de pensamento, afirma o citado autor que as concepções da prevenção especial (positiva e negativa) não se excluem mutuamente. Ao revés, complementam-se em suas mais variadas manifestações, sendo comum nas três orientações da prevenção especial, a saber: (i) doutrinas moralistas de emenda; (ii) doutrinas naturalistas da defesa social; e, por fim, (iii) doutrinas teleológicas da diferenciação da pena<sup>75</sup>. Estas três perspectivas, consoante salienta Ferrajoli, reproduzem modelos autoritários que eliminam a individualidade do cidadão, mediante a

transformação das personalidades desviantes, sob o pálio de um discurso de promoção de melhoria social<sup>76</sup>.

## 5. Teorias unitárias

Digna de destaque, ainda, a menção às teorias unitárias, mistas, ou da união, no que se refere à pena. Referidas teorias possuem a pretensão de unificar alguns aspectos das teorias retributivas e das teorias preventivas. Desta forma, a pena serviria como retribuição ao mal praticado, mas também como neutralização do autor do delito (prevenção especial negativa); correção, ou ressocialização para que ele não volte a delinquir, uma vez expirado o prazo de cumprimento da pena (prevenção especial positiva); intimidação de possíveis criminosos (prevenção geral negativa); e, por fim, manutenção ou reforço da confiança da ordem jurídica (prevenção geral positiva).

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.* p.246.

<sup>76</sup> *Idem*, p.247.

Consoante ressaltado por Juarez Cirino dos Santos, as teorias da união representam a síntese de “(...) uma antiga posição de compromisso entre partidários das teorias da retribuição, como Binding (1841-1920) e defensores das teorias da prevenção, como Liszt (1851-1919), que encerrou a famosa controvérsia entre as Escolas Penais clássica e positiva (...).”<sup>77</sup>

As teorias da união detêm primazia nas legislações ocidentais<sup>78</sup>. Foi

esta a teoria acolhida no Brasil, conforme se depreende da leitura do art. 59, *caput*<sup>79</sup>, do Código Penal, que, ao fazer expressa menção à aplicação da pena, em especial a primeira fase da dosimetria (circunstâncias judiciais), dispõe que o julgador deve se pautar por critérios que sejam necessários e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Além desta inquestionável recepção pela maioria das legislações, as teorias unificadoras possuem grande prestígio, tanto na jurisprudência<sup>80</sup> quanto na

<sup>77</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p.470.

<sup>78</sup> “Assim, por exemplo, o Código Penal alemão adota as *teorias unificadas* da pena criminal, porque o § 46 do *Strafgesetzbuch* define *culpabilidade* como fundamento da pena (retribuição), determinada conforme *os efeitos esperados para a vida futura do autor* na comunidade (prevenção especial), enquanto o § 47 menciona o objetivo de *defesa* da ordem jurídica (prevenção geral) – nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão atribui à pena criminal a função *absoluta* da retribuição da culpabilidade, assim como as funções *relativas* de

prevenção do crime e de ressocialização do delinquente.” (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p.470-471).

<sup>79</sup> “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

<sup>80</sup> Neste diapasão, relevante salientar que a jurisprudência nacional caminha para uma

sedimentação no sentido de que os efeitos de prevenção e retribuição adstringem-se à imposição de pena, não podendo servir de fundamento para a adoção de medidas de cunho cautelar, como as prisões processuais. Neste sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, plasmado em acórdão cuja ementa possui o seguinte teor: “1. AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Júri. Prisão preventiva. Decreto destituído de fundamento legal. Decisão de pronúncia. Incorporação dos fundamentos da preventiva. Contaminação pela nulidade daquela. Precedentes. Quando a sentença de pronúncia se reporta aos fundamentos do decreto de prisão preventiva, fica contaminada por eventual nulidade deste. 2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato. 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado também na necessidade de prevenção de reincidência. Inadmissibilidade. Razão que, não autorizando prisão cautelar, guarda contornos de antecipação de pena. Precedentes. Interpretação do art. 366, caput, do

doutrina penal nacional<sup>81</sup> e estrangeira<sup>82</sup>.

CPP. HC concedido de ofício. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado na necessidade de prevenção de reincidência.” (HC 83891/RS. Segunda Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 31/10/2006).

<sup>81</sup> “As teorias da união estão de acordo com o Princípio da Legalidade. É inegável que a pena é um mal, se assim não fosse, os réus criminais voluntariamente a desejariam. Nesse aspecto, as teorias da união têm razão ao atribuir o caráter de mal à pena. Outro aspecto nas teorias da união possibilita a sua compatibilização com o Princípio da Legalidade: é que a aplicação do mal tem uma finalidade, traduzida sempre em uma preocupação com o ser humano. Portanto, as teorias mistas melhor expressam a finalidade da pena, já que conseguem unir à valorização do homem a característica essencial da sanção penal: a inflicção de um mal” (BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito pena: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.161-162). Em sentido similar, assevera Luis Régis Prado que: “Destarte, impõe reconhecer que a adoção de uma teoria unitária da pena coaduna-se, de modo incontestado, com as exigências de um Estado democrático e social de Direito, na medida em que fornece sólido

Para logo se vê que o mérito das teorias unitárias cinge-se à idéia de fomentar a prevenção à prática de delitos sem perder de vista que a

---

amparo à necessidade de proporcionalidade dos delitos e das penas, barreira infranqueável ao exercício do *jus puniendi*.” (PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. vol. I: parte geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005., p.566).

<sup>82</sup> A força da teoria unitária também se faz presente na jurisprudência estrangeira. Ao discorrer sobre o tema, no que concerne à jurisprudência alemã, afirma Roxin que: “*La toma de posición del BVerfG (E 45, 187, 253 s.) es representativa: ‘El Tribunal Constitucional federal se ha ocupado repetidamente del sentido y fin de la pena estatal sin haber tomado en principio posición sobre las teorías penales defendidas en la doctrina... Se ha señalado como cometido general del Derecho penal el de proteger los valores elementales de la vida en comunidad. Como aspectos de una sanción penal adecuada se señalan la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del sujeto, la expiación y la retribución por el injusto cometido’*”(ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.94)

pena, em si, constitui um mal a ser aplicado ao criminoso. Não é desprezível a variedade de manifestações das teorias unitárias. Cumpre proceder a um destaque especial, todavia, às duas teorias mistas que maior influência exercem no Direito Penal atualmente: a teoria dialética unificadora, sustentada por Roxin e o garantismo defendido por Ferrajoli.

### 5.1. Teoria dialética unificadora

A expressão dialética não recebeu tratamento uniforme na história do pensamento ocidental, tendo, ao revés, sido utilizada em inúmeras acepções. Assim, costuma-se referir que dialética pode ser entendida como (i) método da divisão; (ii) lógica do provável; (iii) lógica, pura e simplesmente; e, por fim, síntese dos opostos<sup>83</sup>. Da forma como

---

<sup>83</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª. Edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedeti.

exposta por Claus Roxin, parece ser o último o sentido da expressão dialética, na medida em que a pretensão do jurista alemão é congregar determinados elementos das teorias da pena, sem que se proceda, para tanto, a um mero somatório temerário das suas respectivas aplicações.

A teoria dialética unificadora repudia a adoção de uma concepção de natureza retributiva da pena, pautando-se, destarte, por critérios de prevenção, tanto a geral quanto a especial<sup>84</sup>. O repúdio à retribuição funda-se no fato de que, para Roxin, é falaciosa a idéia de que a essência da pena se vê na causa retributiva de um mal.

---

5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.315.

<sup>84</sup> “Muitas vezes, porém, por ser partidário de *idéias* (no plural) de prevenção, a teoria de Roxin é de prevenção geral ou prevenção especial, puramente, mas esse equívoco é justificável, por se tratar, justamente, de uma teoria dialética, que reúne, assim, pensamentos diferentes” (FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.74).

A rigor, os institutos jurídicos não possuem essência alguma independente de seus fins; assim, esta essência se alcança a partir dos fins que se pretende alcançar<sup>85</sup>.

Como já ressaltado, a teoria da pena está intimamente relacionada à própria função do Direito Penal. Destarte, falar-se em teoria preventiva da pena equivale a dizer que a função do Direito Penal reside na prevenção de novos delitos. Pois é justamente este um dos pontos de partidas de Roxin, para quem a função do Direito Penal é a tutela subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade, por meio da prevenção geral subsidiária de delitos. Esta deve ser a função do Direito Penal, e, portanto, esta a finalidade da aplicação da pena.

---

<sup>85</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.98-99.

Diz-se prevenção geral, na medida em que se pretende dissuadir as pessoas do cometimento do delito; demais disso, essa prevenção geral é subsidiária, porquanto apenas legitima-se quando as demais modalidades de controle social não logram êxito. Essas formas de controle social podem ser extrajurídicas – como o controle realizado pelas instituições sociais, a exemplo da família, da escola, da igreja, etc – ou jurídicas – valendo-se, no caso, dos demais ramos do Direito. Ademais, a tese de Roxin também se refere à prevenção especial, pois, como já salientado, pretende o penalista alemão que a pena fortaleça a consciência jurídica da comunidade.

Roxin ressalta que o Direito Penal deve estar em relação muito próxima à política criminal (um Direito Penal funcionalizado para fins de política criminal), repudiando a tese de Liszt, se acordo com quem a Política Criminal é a barreira infranqueável do Direito

Penal<sup>86</sup>. À vista disso, conclui-se que a função do Direito Penal está relacionada com a Política Criminal.

Uma das preocupações centrais da obra de Roxin refere-se à criação de limites ao poder de punir do Estado. Neste diapasão, relevante chamar a atenção para o fato de que, muito embora esta pretensão de limitação do poder de punir possa identificá-lo a uma postura minimalista, o autor repudia, com veemência, o abolicionismo penal, ainda que em uma perspectiva futura, salientando que o Direito Penal tem futuro<sup>87</sup>. Fundamentando essa sua constatação, Roxin assevera que a adoção de conciliações, tal como sustentado por

---

<sup>86</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.223-224.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus. *Tem futuro o direito penal?* \_\_\_\_\_. In: *Estudos de direito penal; tradução de Luís Greco* – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.28.

parcela dos adeptos do abolicionismo penal substituiria o Direito Penal por um sistema tão precário quanto o seria um sistema constituído, exclusivamente, por medidas de segurança. Por fim, sequer um sistema de vigilância mais efetivo possuiria o condão de tornar o Direito Penal supérfluo<sup>88</sup>.

Ainda na esteira da pretensão de estabelecer limites ao poder de punir do Estado, Roxin confere ênfase à idéia de culpabilidade, salientando que esta não serviria para legitimar o poder de punir – na medida em que isto consagraria uma concepção retributiva –, mas serviria para aplicação da pena, como limite a ser obedecido pelo Estado nesta aplicação<sup>89</sup>.

A peculiaridade da doutrina roxiniana reside no fato de que há uma segmentação dos momentos em que se observa a pena. Dessa forma, não se pode olvidar que há três momentos de manifestação da sanção criminal, isto é, (i) a sua previsão em abstrato, mediante atividade legislativa; (ii) a sua aplicação e gradação, por meio da atividade do julgador; (iii) o momento da execução penal. Na esteira da teoria dialética unificadora, cada um destes momentos deve estar fundamentado em uma finalidade diversa para a pena.

O legislador, em um primeiro momento – o da previsão em abstrato – isto é, a fase de criminalização da conduta, deve pautar-se por critérios de prevenção geral. No que tange a esta idéia, convém salientar que devem ser levadas em consideração

<sup>88</sup> *Idem*, p.28.

<sup>89</sup> FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.81. Nas palavras do próprio Roxin: “Según la opinión aquí defendida, la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad” (*Derecho penal: parte*

*general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.793).

as restrições imanentes aos princípios da subsidiariedade e da exclusiva proteção dos bens jurídicos<sup>90</sup>.

No que se refere ao segundo momento da existência da pena, isto é, sua aplicação em concreto, deve o julgador pautar-se pela idéia de prevenção geral, observado os limites das garantias, e prevenção especial, observando o limite inerente à idéia de culpabilidade, como anteriormente salientado<sup>91</sup>. Além disso, há uma certa primazia da prevenção geral em relação à especial, haja vista as exigências do Estado Democrático de Direito<sup>92</sup>.

Por fim, em um terceiro momento, a fase

de execução da pena, esta deve estar pautada pela concepção que objetiva evitar a reincidência. Não se pode deixar de destacar, porém, as ressalvas formuladas por Roxin, já referidas, no que tange ao respeito à personalidade e poder de autodeterminação do sujeito.

Deve-se mencionar, ainda, o fato que Roxin pretende uma aproximação da teoria do delito com a teoria da pena, transplantando para os elementos integrantes do crime a idéia de prevenção<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> PIACESI, Débora da Cunha. *Funcionalismo roxiniano e fins da pena*\_\_. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.57

<sup>91</sup> FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *Ob. cit.* p.82.

<sup>92</sup> Neste sentido, PIACESI, Débora da Cunha. *Funcionalismo roxiniano e e fins da pena*\_\_. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.58.

---

<sup>93</sup> Sobre o tema, em crítica à pretensão de alocar a prevenção na estrutura do delito, destaca Érika Mendes de Carvalho, *in verbis*: “Com efeito, a pretensão de incluir no conceito de delito considerações conectadas aos fins da pena apresenta vários inconvenientes. Como bem assevera Gracia Martín, qualquer elaboração teórica e aplicação prática do Direito Penal deve manter um equilíbrio entre as garantias individuais e os interesses sociais mercedores de tutela. São precisamente os direitos fundamentais do indivíduo que figuram como uma barreira infranqueável ao exercício do *ius puniendi* estatal, posto que uma lesão ou perigo de lesão a tais direitos e

Nesta perspectiva, além da tipicidade e da antijuridicidade, a existência do crime pressupõe, para esta doutrina, a responsabilidade,

---

garantias individuais conduz necessariamente a uma intervenção da atividade persecutória penal, indispensável para assegurar o mínimo imprescindível da ordem social. Pois bem, o que se questiona é a aptidão das tendências que buscam elaborar a teoria do delito com lastro nos fins da pena para limitar o exercício do *ius puniendi*, pois seria a própria teoria da pena que decidiria, de modo oportunista, o que deveria ser ou não punido. De fato, uma pena à qual se confira o caráter de *prius* lógico do pressuposto fático não é capaz de encontrar nenhum limite, porque ela é a que se retroalimenta e se autolegitima, ‘de um modo completamente circular’. Uma perspectiva exclusivamente preventiva não oferece um limite à pena e os limites que os partidários dessa perspectiva sugerem como plausíveis não chegam a convencer, pois ou se encontram na própria hipótese fática – na magnitude do injusto, por exemplo –, ou em considerações relacionadas à justificação social da pena, que estariam englobadas pela categoria da punibilidade enquanto elemento do delito.” (CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.344-345).

constituída, por sua vez, da culpabilidade e da prevenção<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> “La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad. La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídicopenal se da sin más con la existencia de culpabilidad.” (Derecho penal: parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.792).

## 5.2. O garantismo penal

Não apenas os abolicionistas se insurgiram contra a seletividade do sistema penal, mas também os minimalistas, que, em síntese, sustentam que a tutela penal há de ser mínima, isto é, adstringir-se a situações excepcionais em caráter subsidiário, referindo-se a casos extremos, em que as demais formas de tutela (jurídica ou extrajurídica) não surtam efeitos. Portanto, em que pese assentir em boa medida com as críticas ao sistema penal, os minimalistas sustentam a manutenção do poder de punir estatal, conquanto a intervenção penal seja mínima, excepcional.

Não se pode deixar de aludir, ainda, ao garantismo penal, que também repudia o abolicionismo, pugnando pela existência de uma tutela penal racional que respeite uma esfera mínima de direitos que não poderão

ser tolhidos ou ameaçados<sup>95</sup>. Por outras palavras, o garantismo penal almeja

---

<sup>95</sup> Procurando explicitar o significado do garantismo, Luigi Ferrajoli ressalta que, *in verbis*: “‘Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um *modelo normativo de direito*: precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ *SG*, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. (...). Em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma *teoria jurídica* da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas (...). Segundo um terceiro ‘significado’, por fim, ‘garantismo’ designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 785-787).”

estabelecer parâmetros de racionalidade à intervenção penal, proscrevendo o arbítrio punitivo, que pode ser identificado seja na criminalização de condutas banais, seja na inobservância de direitos no curso da persecução criminal, judicial ou extrajudicial.

Na linha sustentada pelo garantismo, resplandece a importância dos direitos fundamentais, que passam a ser vistos como parâmetro para o poder de punir do Estado, servindo como sua limitação material. Os direitos fundamentais possuem importância tamanha para o garantismo penal que eles conformam uma esfera sobre a qual sequer a totalidade poderá decidir, a esfera do não-decidível<sup>96</sup>, sob pena de consagração da ditadura da maioria, e não da democracia. Depreende-se, portanto, um acentuado grau de valorização da pessoa humana<sup>97</sup>, sob a

égide da perspectiva garantista, consoante o modelo sustentado por Ferrajoli.

De acordo com Ferrajoli, o Direito Penal e o Direito Processual Penal devem ser encarados como a lei do mais fraco, isto é, como forma de tutelar os mais fracos. Quando da prática do delito, a vítima deve ser considerada a parte mais fraca, razão pela qual deverá o Estado atuar de forma a deflagrar a persecução criminal contra aquele que praticou o crime. Uma vez deflagrada esta persecução criminal, aquele que cometeu o crime – ou melhor, aquele a quem se imputa a prática do crime – passa a ser a parte

---

saber/poder que concebe o homem como descartável, que nega a primazia da pessoa e dos direitos. A perspectiva garantista, portanto, estabelece mecanismos jurídico-políticos de luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo, correspondendo a um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneada, na atualidade, pelos movimentos de ‘Lei e Ordem’ e de ‘(Nova) Defesa Social’ (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p.20-21).

---

<sup>96</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.19.

<sup>97</sup> “É uma teoria de resistência a toda e qualquer estrutura de

mais débil da relação, pois está em confronto com o aparato estatal de persecução, detentor monopolista da legítima utilização da violência. Uma vez encerrado o processo criminal, culminando com a condenação do réu, o processo de execução que se lhe sobrepõe terá como parte mais frágil o condenado.

Muito embora esteja assentado sobre a idéia de legalidade, a isto não se adstringe o garantismo penal, porquanto reputa equivocada a identificação levada a cabo pelo positivismo legalista entre esta idéia de legalidade e a legitimidade do poder punitivo estatal. A doutrina positivista apregoa a negação destes dogmas do positivismo legalista, sustentando que (i) o poder é ontologicamente voltado à violação de direitos; (ii) não há identidade necessária entre legalidade e legitimidade; (iii) os atos do poder público não gozam de presunção de legitimidade, devendo ser submetidos ao crivo de eficazes mecanismos

de controle<sup>98</sup>. Nesta linha de raciocínio, Ferrajoli distingue a mera legalidade, entendida como legitimação jurídica formal e a estrita legalidade, entendida como legitimação jurídica material<sup>99</sup>.

De forma bastante objetiva, pode-se asseverar que, muito embora não tenha cunhado a expressão, Luigi Ferrajoli foi o responsável pela difusão dos ideais garantistas, expostos de forma minuciosa em sua obra

---

<sup>98</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Ob. cit.* p.21

<sup>99</sup> Sobre a legitimidade jurídica material, assevera Ferrajoli que esta “(...) deriva dos vínculos que condicionam a validade das normas vigentes à tutela dos demais direitos fundamentais incorporados também às Constituições: não à garantia da liberdade, que em matéria penal supõe a taxatividade e, portanto, a verificabilidade e refutabilidade empíricas das hipóteses de delito, senão às garantias de outros bens e direitos fundamentais, sejam de liberdade ou sociais, que podem não ter nenhuma vinculação com o princípio da taxatividade” (In: *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.350).

“Direito e razão: teoria do garantismo penal”. Para Ferrajoli, o garantismo pode ser compreendido em três diversos significados<sup>100</sup>. Assim, (i) em um primeiro significado, garantismo representa um modelo normativo de direito atinente, no que concerne ao Direito Penal, à estrita legalidade (e não apenas a mera legalidade, como visto), próprio do Estado de Direito, que, sob a perspectiva epistemológica caracteriza-se como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político caracteriza-se como uma específica técnica de tutela idônea a minimizar a violência ou maximizar a liberdade e, por fim, sob o plano jurídico, o garantismo é compreendido como um sistema de vínculos impostos à atuação punitiva do Estado, como forma de tutela de garantia dos direitos do cidadão; (ii) em um segundo

significado, ainda consoante Ferrajoli, garantismo designa uma teoria jurídica da *validade* e da *efetividade* como categorias distintas, não apenas entre si, mas pela *existência* ou *vigor* das normas; (iii) de acordo com um terceiro significado, garantismo corresponde a uma filosofia política que demanda do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com fundamento nos direitos em relação aos quais a garantia constitui a finalidade<sup>101</sup>.

Para logo se vê que, aqui, interessa-nos a expressão “garantismo” utilizada por Ferrajoli em sua primeira acepção, isto é, uma técnica de tutela que, sem realizar esta tutela de forma deficiente, confira primazia aos direitos de liberdade. Em síntese, um sistema punitivo de feição não-autoritária, pautado em parâmetros de

---

<sup>100</sup> ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *A instrumentalidade constitucional do processo penal: aproximação a uma leitura garantista*. Revista Baiana de Direito, v. 02, p. 37-64, 2008.

---

<sup>101</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 785-787.

racionalidade e civilidade na persecução criminal.

Uma das maiores críticas que se aponta ao garantismo é, também, uma das maiores injustiças que se lhe podem cometer, qual seja, o de dar ensejo à impunidade. A rigor, trata-se do mesmo discurso, reproduzido com certa frequência pelos meios de comunicação de massa, no sentido de identificar a defesa dos direitos humanos com “direito de bandido”. Para longe de legitimar qualquer tipo de impunidade ou de fomentar a prática de delitos, o garantismo almeja estabelecer parâmetros de racionalidade à intervenção penal, proscrevendo o arbítrio punitivo, que pode ser identificado, seja na criminalização de condutas banais, seja na inobservância de direitos no curso da persecução criminal, judicial ou extrajudicial.

Conferir critérios de racionalidade à elaboração e aplicação da lei significa afirmar, justamente, que os operadores da intervenção estatal não podem legitimar sentimentos de

vingança, sob pena de retorno à barbárie, outrora institucionalizada pelo Estado quando do agir punitivo, tampouco consentir com a exclusão pura e simples da reprimenda estatal. Este atuar racional pressupõe um permanecer equidistante do réu e da vítima. Isto porque não se desconhece a crise do paradigma cartesiano, na medida em que, atualmente, sobretudo em vista dos avanços dos estudos atinentes à psicanálise, sabe-se que a razão não está absolutamente dissociada da subjetividade e da emoção. Por isto, esta racionalidade objetivada pelo garantismo não pressupõe um aplicador do Direito insensível ou axiologicamente neutro, o que seria impossível, mas sim, pressupõe a observância de parâmetros objetivos de atuação que expurgue os excessos passionais (seja *pro reo*, seja contra o réu) no atuar punitivo do Estado.

Para tanto, Ferrajoli propõe a adoção de dez princípios axiológicos, que devem ser obedecidos pelo Estado. Para ele, a

incorporação destes princípios fundamentais – cuja origem remonta ao jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII – caracteriza um sistema garantista, muito embora faça ele a ressalva de que a previsão em abstrato destes preceitos não significa, necessariamente, a concreção fática do garantismo.

Os princípios axiológicos que enformam o sistema garantista são<sup>102</sup>: (i) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (*nulla poena sine crimine*); (ii) princípio da legalidade, seja em seu sentido lato, seja em seu sentido estrito (*nullum crimen sine lege*); (iii) princípio da necessidade, também chamado de princípio da economia do Direito Penal (*nulla lex (poenalis) sine necessitate*); (iv) princípio da lesividade ou da ofensividade (*nulla necessitas sine injuria*); (v) princípio da materialidade ou

da exterioridade da ação (*nulla injuria sine actione*); (vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal (*nulla actio sine culpa*); (vii) princípio da jurisdiccionariedade, em sentido lato ou estrito (*nulla culpa sine iudicio*); (viii) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (*nullum iudicium sine accusatione*); (ix) princípio do ônus da prova ou da verificação (*nulla accusatio sine probatione*); (x) princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade (*nulla probatio sine defensione*).

Ainda na linha de pensamento ostentada por Ferrajoli, depreende-se de sua mais célebre obra que, dos princípios enumerados acima, o autor identifica os seis primeiros como princípios relativos ao Direito Penal, ao passo que os quatro últimos seriam princípios garantistas concernentes ao Direito Processual Penal. Percebe-se, da leitura dos princípios apontados por Ferrajoli, que a observância de um processo penal garantista, ao contrário do que afirmam seus críticos, sem conhecê-lo, adstringe-se

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.91.

a um rol mínimo de garantias conferidas aos acusados em geral<sup>103</sup>.

Demais disso, releva notar que alguns dos princípios enumerados acima encontram-se em grau de íntima correlação, razão pela qual pode-se afirmar, em determinadas circunstâncias, que uns não subsistem sem outros. Assim, ante a inexistência, em determinado sistema, do princípio da retributividade, não se fará presente, também, os princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade<sup>104</sup>; como um outro exemplo, sem o princípio da jurisidicção-nariedade, não haverá, naturalmente, os princípios acusatórios e os do ônus da prova e da defesa<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *A instrumentalidade constitucional do processo penal: aproximação a uma leitura garantista*. Revista Baiana de Direito, v. 02, p. 37-64, 2008.

<sup>104</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.95.

<sup>105</sup> *Idem*, p.95.

No que toca mais de perto à limitação e legitimação do poder punitivo do Estado, ao levar adiante suas críticas às teorias abolicionistas (não-justificacionistas), Ferrajoli ressalta que, sob um manto de um discurso progressista, os abolicionistas são os maiores reacionários, na medida em que a abolição do Direito Penal conduziria ao retorno a um estágio em que se legitimava o exercício das vinganças. Nos dizeres do jurista italiano, a função da pena é evitar as reações arbitrárias, públicas e privadas, aos delinquentes<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> “Entiendo decir con ello que la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos; la pena no es amenazada e infligida ne peccetur, también lo es ne punietur; no tutela solamente la persona ofendida por el delito, del mismo modo protege al delincuente de las reacciones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la «pena mínima necesaria» de la cual hablaron los iluministas no es únicamente un medio, es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta contra el delito.” (FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal mínimo*. In: BUSTOS RAMIRES, Juan (coord.). *Prevención e teoria de la*

Assim, uma vez abolido o Direito Penal, estas reações arbitrárias encontrariam campo propício para proliferarem.

O direcionamento da idéia de legitimação do poder punitivo como forma de evitar, até mesmo, reações informais ao delito abre espaço para as críticas formuladas ao garantismo como mais uma manifestação do utilitarismo penal, ainda que sob uma perspectiva reformulada<sup>107</sup>.

---

*pena*. Santiago de Chile: Editorial jurídica conesur, 1995, p.37).

<sup>107</sup> “Nesta perspectiva, os problemas com os quais a perspectiva garantista deve confrontar-se para que possa realizar a necessária autocrítica dizem respeito a duas esferas distintas, porém derivadas da mesma opção política: (1.º) no plano da teoria do Estado e da teoria geral do direito, sua *ambição de universalização como sistema unívoco de compreensão e interpretação do Direito, do Estado e da Justiça*, vício decorrente de sua identificação com o projeto de Modernidade e com as teorias do (pós) positivismo jurídico; e (2.º) na esfera das ciências criminais, a pretensão de revelar novos fundamentos de legitimidade do *ius puniendi* através da reelaboração das

Estas, em resumo, as teses sobre as quais se sustenta o garantismo sufragado por Ferrajoli, que, a rigor, constitui a atualização dos postulados defendidos pelos iluministas, no século XVIII, assentados nas premissas de que se deve proteger o cidadão contra o arbítrio punitivo do Estado. Para tanto, valem-se os iluministas, como visto, em grande medida da idéia de proporcionalidade, que sempre há de orientar a intervenção punitiva, sob pena de se consagrar a observância do tão temido arbítrio estatal.

---

premissas utilitaristas (utilitarismo reformado) face ao apego ao classicismo penal e sua marcada gênese iluminista” (CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.116)