

TEORIA DOS FINS DA PENA: BREVES REFLEXÕES

Ciências Penais | vol. 0 | p. 143 | Jan / 2004 | DTR\2004\712

Luiz Régis Prado

Área do Direito: Penal

Palavras-chave: Pena - Teorias - Fins da pena - Prevenção - Neo-retribuição

Sumário: 1.Introdução - 2.Teorias da pena - 3.Conclusão

1. Introdução

Tem-se assistido nos últimos tempos ao discurso funcional que procura renormativizar a matéria penal, seja a partir dos fins da pena, seja a partir dos fins do direito penal. Assim, a teoria dos fins da pena está em candente atualidade e importância.

Pretende-se, nos limites deste artigo, tracejar breves e superficiais observações sobre tão controvertido tema. Nada além.

A propósito da contribuição dos fins da pena para o sistema penal de cunho funcionalista, como era esperado pelos partidários dessa corrente, calha dizer que dista muito do almejado.

Com percuciência e razão, é destacado que "querer deduzir os pressupostos e modalidades da responsabilidade jurídico-penal mais ou menos exclusivamente a partir de determinados fins político-criminais preestabelecidos significa mais bem aferrar-se a uma forma de pensamento instrumental que nem sequer permite ver essenciais aspectos socioculturais do direito penal. E isso significa ao mesmo tempo conservar, também na teoria da pena, os esquemas de pensamento dos quais deveria desvencilhar-se, em vista dos novos desenvolvimentos do direito penal".¹

As reconhecidas dificuldades da teoria dos fins da pena, por exemplo, versando sobre sua indemonstrabilidade, duvidosa eficácia e suas antigas contradições, levam a uma pergunta: seria mais factível em termos reais, e cientificamente preferível, construir ou fundamentar um sistema penal unicamente a partir dessa teoria?

Ao responder a essa pergunta, de modo categórico, Stratenwerth verbera que, "ainda quando mencionados os massivos déficits de fundamentação das teorias racional-finais do direito penal, no ponto decisivo da relação meio-fim, ficaria pendente ainda uma dificuldade, apenas menos grave: o conflito entre possíveis fins da pena, que ocupa há séculos a ciência, e que pode ter perdido hoje parte de sua agudeza, mas de nenhum modo pode ter-se tido como resolvido. Ele se manifesta mais bem no sentido de que fins divergentes conduzem em geral a conseqüências diferentes, quando muito compatíveis, por causalidade. Disso, dogmaticamente, pouco alarde pode ser feito".²

É oportuno ainda advertir que as concepções normativas funcionais buscam, em geral, fundamentar e legitimar o direito penal exclusivamente a partir dos fins da pena, o que significa consagrar uma inaceitável postura de caráter unilateral e absolutizador. Aliás, essa idéia é claramente desconfirmada pela essencial e inafastável importância da teoria jurídica do delito e dos princípios penais fundamentais. Não é outro o dizer do bem lançado asserto de que "estabelecer toda a fundamentação do direito penal em torno da justificação dos fins da pena supõe, em primeiro lugar, uma drástica diminuição de seus conteúdos legitimadores e de suas racionalidades ética e teleológica em particular: as decisivas questões sobre os conteúdos de tutela, as estruturas básicas de exigências de responsabilidade ou inclusive o sistema de penas ficam colocadas em um segundo plano diante da omnipresente questão sobre que espécie de efeitos é legítimo obter com a sanção".³

A partir do gizado *ut supra*, à guisa de questionamento prévio, enceta-se a seguir a digressão proposta no sentido de firmar a necessidade de conjugação entre alguns dos vários fins da pena, numa postura moderada, consentânea com determinada base lógico-científica e com os valores culturais (sociais, econômicos, políticos etc.) que lhe servem de referência.

Ao delito seguem peculiares conseqüências jurídicas, como reações jurídicas aplicáveis à prática de um injusto punível. O moderno direito penal acolhe, como conseqüências jurídico-penais do delito, as penas e as medidas de segurança; como conseqüências extrapenais - alheias, portanto, à culpabilidade ou à periculosidade do agente - têm-se os efeitos da condenação, a responsabilidade civil (material ou moral) derivada da prática delitativa e a reparação do dano pelo agente.

A pena é a mais importante das conseqüências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal.⁴

São inúmeras as teorias que buscam justificar seus fins e fundamentos, reunidas de modo didático em três grandes grupos:⁵

2. Teorias da pena

2.1 Teorias absolutas

Fundamentam a existência da pena unicamente no delito praticado (*punitur quia peccatum est*). A pena é retribuição,⁶ ou seja, compensação do mal causado pelo crime.⁷ É decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação).⁸

As concepções absolutas têm origem no idealismo alemão, sobretudo com a *teoria da retribuição ética ou moral* de Kant⁹ - a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência. Manifesta-se dizendo que "a pena judicial (poena forensis), distinta da natural (poena naturalis), pela que o vício pune-se a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para fomentar outro bem, seja para o próprio delinqüente, seja para a sociedade civil, mas deve ser-lhe imposta tão-somente porque delinqüiu; porque o homem nunca pode ser utilizado como meio senão para si mesmo, nem confundido com os objetos de direito real (Sachenrecht); diante disso, protege-se sua personalidade inata, ainda que possa ser condenado a perder a personalidade civil. Antes de se pensar em tirar dessa pena algum proveito para si mesmo ou para seus concidadãos deve ter sido julgado como merecedor de punição. A lei penal é um imperativo categórico e (...)".¹⁰ E com a teoria da retribuição lógico-jurídica de Hegel, a pena é negação do delito e, de conseqüente, afirmação do direito que havia sido negado pelo delito.¹¹ Essa construção é jurídica, portanto, racional. Nas palavras do citado autor: "Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito".¹² E, mais adiante, explica que "a supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor".¹³ A teoria de Hegel tem em comum com a de Kant a idéia essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade. A diferença entre elas repousa no fato de que a teoria hegeliana se aprofunda mais na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal e na renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade. Pode-se dizer que o pensamento de Hegel continua tendo certa influência na atualidade (v.g., Jakobs), mas convém lembrar que a "função repressiva da pena não mais é vista como retribuição pelo fato, mas sim como compensação da culpabilidade (Schuldausgleich), e como expiação (Sühne)".¹⁴

Para os partidários das teorias absolutas da pena, qualquer tentativa de justificá-la por seus fins preventivos (razões utilitárias) - como propunham, por exemplo, os penalistas da ilustração¹⁵ - implica afronta à dignidade humana do delinqüente, já que este seria utilizado como instrumento para a consecução de fins sociais.¹⁶ Isso significa que a pena se justifica em termos jurídicos exclusivamente pela retribuição, sendo livre de toda consideração relativa a seus fins (*pena absoluta ab effectu*).¹⁷ A idéia de retribuição em seu sentido clássico, como aliás é mais conhecida, além de indemonstrável, tem base ética e metafísica, despida de racionalidade.

Na atualidade, a idéia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser *proporcional* ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade.

2.2 Teorias relativas - Prevenção geral (integradora/positiva direta) e prevenção especial

Encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos (*punitur ut ne peccetur*) - concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (poena relata ad effectum). Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.

A *prevenção geral*, tradicionalmente identificada como intimidação - temor infundido aos possíveis delinquentes, capaz de afastá-los da prática delitiva -, é modernamente vislumbrada como exemplaridade (conformidade espontânea à lei) - função pedagógica ou formativa desempenhada pelo direito penal ao editar as leis penais.

De outro modo, a concepção *preventiva geral* da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social.¹⁸ É a denominada prevenção geral intimidatória, que teve clara formulação em Feuerbach (teoria da coação psicológica), segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários. Como doutrina utilitarista, refuta as bases metafísicas da teoria retributiva, e, nesse sentido, representa um avanço.

A doutrina moderna, de linha funcionalista, defende a chamada teoria da *prevenção geral positiva ou integradora*.

São múltiplas as variantes da teoria em questão,¹⁹ mas de um modo geral pode-se afirmar que a prevenção geral positiva considera que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa ("estabilização da consciência do direito"). Conseqüentemente, a pena encontra sua legitimação no incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma.

Em linhas gerais, três são os *efeitos* principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo direito penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida por meio da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica.²⁰

Entretanto, apesar das distintas vertentes doutrinárias existentes sobre a prevenção geral positiva, pode-se concluir que o seu conteúdo não é nada inovador. Como se esclarece, a chamada prevenção geral positiva está diretamente relacionada com a função retributivista da pena justa e adequada à gravidade do delito, cuja aplicação implica a reafirmação do ordenamento jurídico.²¹

Assim, quando determinados autores afirmam que a pena possibilita "a garantia da confiança dos cidadãos na validade da norma"²² e funciona como "um mecanismo contrafático de restabelecimento da vigência da norma e de descrédito de sua vulneração",²³ faz-se referência, na verdade, à função de exemplaridade da pena justa, isto é, da pena retributiva e proporcional à gravidade do delito.²⁴

Em síntese, uma pena justificada pela denominada prevenção geral positiva nada mais é do que a pena retributiva, pois que a aplicação de uma pena à infração delitiva perpetrada conduz à realização de seu efeito preventivo estabilizador, de maneira que "a mudança de etiquetas não afeta em absoluto o conteúdo da pena, que é reafirmação do ordenamento jurídico, ou seja, retribuição justa".²⁵

Parte da doutrina entende oportuno introduzir a prevenção geral positiva como um fim independente da pena, com atribuições limitativas do *ius puniendi* estatal. Os defensores da prevenção geral positiva como fim independente da pena, em geral, não questionam a função limitadora da pena que desempenha o princípio de culpabilidade, mas sim negam a sua função fundamentadora da pena. Ou seja, aceitam que a culpabilidade constitua o limite máximo da medida da pena - efeito limitador da culpabilidade -, atribuindo à prevenção a função de fundamentar e ao mesmo tempo limitar a pena.²⁶ De acordo com essa tendência, não é a culpabilidade individual, mas sim exclusivamente a

necessidade de obter determinados fins com a imposição de uma pena o que justifica a sua aplicação.

A teoria da prevenção geral, seja a intimidatória, seja a positiva ou integradora, tem como presunção absoluta o que se critica na teoria da retribuição, isto é, a impossibilidade de ser empiricamente demonstrada a racionalidade absolutamente livre do homem, no caso da primeira, e a capacidade de motivação pela norma, na segunda. Mas não é só isso. Ambas não conseguem superar o grave óbice da manipulação do homem, e daí a inevitável fricção com o princípio do Estado Democrático de Direito.²⁷

Para a corrente funcionalista sistêmica, a culpabilidade é concebida como mero derivado da idéia de prevenção geral: uma ação culpável seria aquela que se expressa pela falta de fidelidade ao direito, às normas jurídicas que regulam a convivência. É uma forma de prevenção geral, embora seu aparente paralelismo com a retribuição justa (relação de causa e efeito: posto que não hás sido fiel ao direito resultas punido). Essa postura é denominada teoria da prevenção geral positiva *direta* ou absoluta. No primeiro sentido - positiva -, considera que a pena e sua imposição reafirmam o ordenamento, impedindo que este se fracture como consequência do delito; no segundo - direta - sustenta que o delito (e apenas ele) exige a imposição imediata da pena como forma primeira de garantir o ordenamento jurídico.²⁸

Trata-se de um conceito *formalista*, que provém da concepção funcionalista sistêmica, segundo a qual as normas devem ser protegidas como um fim em si mesmo, e que enfatiza a infração da norma como tal, deixando de lado o conteúdo de sua realização. Por conseguinte, considerando-se que tão-somente as necessidades preventivas de estabilização da norma funcionam como parâmetro de seu conteúdo, seria perfeitamente possível manipular o conceito de culpabilidade, que poderia acarretar "o desenvolvimento de uma estrutura quase universal e arbitrariamente adaptável, que também poderia ser utilizada por regimes antijurídicos".²⁹

Para logo, "a função de garantia e de proteção do conceito de culpabilidade como 'carta magna' do infrator da norma perde-se totalmente".³⁰

No entanto, qualquer função *limitativa* da pena se encontra vinculada de modo inequívoco à idéia de pena justa e proporcional à gravidade da culpabilidade do autor. E esse efeito regulador, que desempenha a pena justa, deriva em realidade da idéia de retribuição.

A concepção que pretende desligar tal função limitativa da idéia de retribuição não consegue convencer, por diversos motivos.

Em primeiro lugar, porque não estipula quais seriam os critérios de medição das denominadas necessidades de estabilização da consciência jurídica. Logo, se a chamada prevenção geral positiva ou integradora se dirige a todos, e seu fim precípua reside em reafirmar a vigência da norma violada diante da totalidade do corpo social, sempre que houver uma infração normativa deverá ser aplicada uma pena, independentemente das características do agente.

Isso quer dizer que não se apresenta um critério seguro para a limitação do *quantum* da pena, visto que se pune o agente com base em algo alheio (independente de sua culpabilidade), pois o motivo de prevenção geral positiva é na verdade da sociedade e não do agente.

Esse procedimento - que permite a aplicação de uma pena desvinculada da *culpabilidade* do autor - legitimaria a imposição de penas inclusive aos inimputáveis e aos que tenham agido em erro de proibição, visto que todos teriam desestabilizado a vigência da norma - motivo de prevenção geral positiva.

Noutro dizer: para estabilizar a vigência da norma infringida e reforçar a consciência social normativa, seria legítima inclusive a aplicação de uma pena aos mencionados agentes, independentemente de sua culpabilidade. E isso é assim porque a teoria da prevenção geral positiva, ao separar da idéia de retribuição a necessidade de reafirmação do ordenamento jurídico, acaba por permitir a punição de qualquer comportamento que, por qualquer motivo, se pretenda impor a uma comunidade social, ainda que não tenha suficiente gravidade para ser objeto de pena.³¹

Com respeito à denominada prevenção geral negativa ou prevenção geral de intimidação, convém assinalar que essa também não estabelece quais seriam os critérios capazes de mensurar a

denominada necessidade de intimidação.

Ademais, a teoria da prevenção geral negativa não só prescindiria da culpabilidade do autor, como também poderia provocar um aumento desmedido das penas dos delitos mais graves ou mais freqüentes.

Contra a teoria da pena como prevenção geral - negativa e positiva - argumenta-se que, ao prescindir da culpabilidade³² como fundamento da pena, deve também prescindir de todos os elementos ontológicos nos quais se fundamenta culpabilidade, sob pena de optar por uma renúncia meramente formal e ilusória. De outro passo, uma renúncia efetiva da culpabilidade traz como consequência o fato de que a infração da norma dará lugar forçosamente à aplicação de uma consequência jurídica.

Essa constatação demonstra que as denominadas teorias relativas são, em realidade, absolutas.

Com efeito, quando, sempre que se infringe a norma, aplica-se uma pena, independentemente da culpabilidade do autor, tem-se uma justiça *absoluta*, e não relativa.

Por conseguinte, o direito penal deixa de ser a *ultima ratio* para converter-se em *prima ratio*, dado que a pena seria uma consequência absoluta da transgressão da norma.³³

Nessa linha, assevera-se em bem lançado asserto que "a idéia utilitarista da prevenção, dissociada do princípio de retribuição, converteu-se em um dos principais ingredientes do moderno autoritarismo penal, associando-se às doutrinas correcionais da defesa social e da prevenção especial, e legitimando as tentativas subjetivistas das que (...) se nutrem as atuais tendências do direito penal máximo".³⁴

Em última instância, uma pena fundada exclusivamente na prevenção geral infringe o princípio de dignidade da pessoa humana, uma vez que utiliza o indivíduo como *meio* para a consecução de fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia.³⁵

A *prevenção especial*, a seu turno, consiste na atuação sobre a pessoa do delinqüente, para evitar que volte a delinqüir no futuro. Assim, enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a idéia de prevenção especial refere-se ao delinqüente em si, concretamente considerado. Manifesta-se como advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do delinqüente, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção.

A prevenção especial se apóia basicamente na periculosidade individual, buscando sua eliminação ou diminuição. Portanto, quando se consegue tal objetivo, assegura-se a integridade do ordenamento jurídico com relação a um determinado indivíduo (sujeito/agente do delito). Sua idéia essencial é de que a pena *justa* é a pena necessária.

A pena lastreada apenas na prevenção especial acarreta também uma série de inconvenientes. O primeiro deles é o comprometimento de determinadas garantias jurídico-penais. De fato, se a imposição da pena tem como fundamento exclusivo a periculosidade do agente (ou o perigo de que possa vir a praticar novos delitos), poderia ele ficar submetido indefinidamente ao poder estatal, porque, "se a necessidade da pena depende da comprovação e da persistência da periculosidade do autor, estaria justificada a sentença indeterminada".³⁶

Demais disso, caso a pena se fundamentasse só na necessidade de proteger determinados bens jurídicos diante de indivíduos perigosos e inclinados a lesá-los, então não haveria obstáculo algum à adoção de um direito penal do autor. Assim, em se tratando de delinqüentes perigosos, autores de delitos de pouca gravidade, as considerações preventivo-especiais poderiam corroborar a imposição de penas desproporcionais à gravidade do delito praticado e, portanto, injustas.³⁷

Por outra parte, na hipótese de não se conseguir identificar no sujeito *concreto* a necessidade de correção ou de emenda (ou o perigo de reincidência), não haveria alternativa senão renunciar à aplicação da pena, pois esta careceria de justificativa.

O direito penal, portanto, deixaria de cumprir sua função de proteção de bens jurídicos, dado que uma parte de seus destinatários - talvez a maioria deles - não necessitaria de correção ou de

intimidação.

De conseqüência, como bem se adverte, "a grande maioria dos cidadãos poderia invocar seu direito de praticar, pelo menos uma vez, um fato típico e ilícito, inclusive de modo culpável e ficar, apesar disso, livre de punição".³⁸ Isso, a longo prazo, poderia ter conseqüências desastrosas para o próprio ordenamento jurídico-penal.

Por último, uma pena fundada exclusivamente nas exigências preventivo-especiais poderia afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a necessidade de correção ou de emenda acarretasse a submissão obrigatória (forçada) a um programa de ressocialização.³⁹

Os inconvenientes assinalados e a crise que a prevenção especial experimenta só contribuem para sua refutação como o único fundamento da pena.⁴⁰

2.3 Teorias unitárias ou ecléticas

Predominantes, na atualidade,⁴¹ buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena - mais ou menos acentuada - com os fins de prevenção geral e de prevenção especial.⁴²

O que se observa é que a idéia de retribuição jurídica, reafirmação da ordem jurídica - num sentido moderno e secular da palavra -, não desaparece, inclusive se firma como relevante para a fixação da pena *justa* que tem na culpabilidade seu fundamento e limite. De certa maneira, conjugam-se expiação (compensação da culpabilidade) e retribuição (pelo injusto penal).

Na verdade, o termo técnico apropriado, mais consentâneo para exprimi-la, vem a ser *neo-retribuição* ou neo-retribucionismo, e não propriamente retribuição, já que tem fundamento próprio, diverso da noção clássica, e relativizado.

De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração.⁴³

A pena - espécie do gênero sanção penal - encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos.⁴⁴ Para tanto, é indispensável que seja *justa*, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social. Não se pode admitir a imposição de um único paradigma para a matéria; muito ao contrário, exige-se uma espécie de solução de compromisso teórico.⁴⁵

De certo modo, em sintonia com o texto, alude-se à existência de uma evidente conexão entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral. Retribuição é também prevenção, mas a recíproca não é exatamente a mesma, visto que se pode prevenir sem retribuir, sendo que a finalidade preventiva pode se satisfazer também "pela punição terrorista do inocente". "A garantia do caráter retributivo da pena - em razão da qual ninguém pode ser punido por mais do que fez (e não pelo que é) - serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente (...)".⁴⁶

A aplicação da pena importa reafirmação do ordenamento jurídico e, nesse sentido, é de certo modo retribuição (ou melhor, neo-retribuição).⁴⁷

A proporcionalidade da pena à gravidade do delito praticado, além de exigência de justiça, contribui para os fins de prevenção geral e de prevenção especial. A prevenção geral deve ser compreendida como exemplaridade (prevenção geral positiva) e apenas secundariamente - na hipótese de infrações de escassa relevância ético-social - como intimidação (prevenção geral negativa).

É preciso ressaltar que o fundamento da pena não radica tão-somente nos fins de prevenção geral ou de prevenção especial. A preponderância absoluta das exigências de prevenção geral implicaria constante e substancial ampliação das margens penais dos delitos mais graves ou mais freqüentemente praticados, o que conduziria a penas injustas e desproporcionais.

De outro lado, justificar a pena *exclusivamente* pela prevenção especial comprometeria sobremaneira a missão precípua do direito penal, de proteção de bens jurídicos ⁴⁸fundamentais. E isso porque, se, por um lado, na hipótese de delinquentes ocasionais, dever-se-ia prescindir de qualquer sanção penal - já que não necessitam de um tratamento corretivo -, de outro, na hipótese de delinquentes perigosos, ainda que autores de delitos de menor gravidade, seria obrigatória a imposição de penas desproporcionais.

De conformidade com o princípio democrático, não se pode perder de vista que a pena, entre as demais sanções jurídicas, há de ser a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, aplicada apenas para a garantia de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade.

Para uma teoria unitária, a pena se funda primordialmente no delito praticado e no propósito de evitar que novos delitos sejam cometidos. Tal corrente refuta a pretensão de substituir a culpabilidade por exigências de prevenção geral ou especial, visto que a prevenção não é capaz de corresponder às necessidades de proporcionalidade.

A pena, como inicialmente afirmado, funciona como um princípio *limitativo*. ⁴⁹O delito praticado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade.

Esse fundamento, ainda que de cunho neo-retributivo, entrelaça-se com as exigências de prevenção geral e especial, que, em qualquer caso, encontram-se indissoluvelmente vinculadas àquele conceito enquanto reafirmação do direito positivo, e colaboram para justificar a pena (justa), podendo inclusive, de acordo com o disposto na lei penal, facultar a sua não-aplicação em favor de uma inferior, ou de alternativa a seu cumprimento, que se ajuste melhor aos fins de prevenção. ⁵⁰

A concepção unitária aqui sustentada considera que, embora o delito seja o fundamento inequívoco da pena e esta encontre sua legitimação no injusto culpável realizado, pode-se deixar de aplicá-la ou fazê-lo abaixo da medida do injusto culpável, quando considerações de caráter preventivo assim o recomendem.

Desse modo, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função *restritiva* ou limitadora de imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação, quando não seja considerada necessária do ponto de vista preventivo. ⁵¹

Essa limitação do princípio de reafirmação do ordenamento jurídico evidencia que a pena pode ser inferior à gravidade do delito, desde que sua aplicação justa não seja necessária para a conservação da ordem social.

Em outras palavras, quando os fins de *prevenção* geral ou especial não exijam a aplicação da totalidade da pena merecida, o juiz ou tribunal poderá aplicar uma pena inferior - obedecendo à margem de arbítrio judicial consagrada pelo Código Penal (LGL 1940\2) - ou até deixar de aplicá-la (suspensão condicional). No entanto, é a pena como resposta do ordenamento jurídico que é objeto de suspensão condicional (ou de substituição).

Isso quer sinalizar que "é a pena justa, calculada sobre o desvalor do fato, base para aplicar as reduções em razão da falta de necessidade preventiva, de modo que em absoluto é possível dizer que em tais casos a pena seja estabelecida unicamente com lastro em fins preventivos". ⁵²

A propósito da matéria, o Tribunal Constitucional alemão, numa postura *abarcante*, tem assentado como fins válidos, na aplicação da pena, a repressão, seja como expiação (compensação da culpabilidade), seja como retribuição (pelo ilícito penal); a prevenção especial, no sentido positivo de ressocialização ou no negativo de intimidação para evitar novos delitos; e a prevenção geral positiva como efeito integrador da consciência jurídica popular, ou negativa, como intimidação geral. Entre esses fins, tem enfatizado, como primordial, a adequação da pena à culpabilidade do agente, como, aliás, prevê o <nl>art. 46 do CP (LGL 1940\2) </nl> alemão. ⁵³

3. Conclusão

De conseqüência, pode-se concluir afirmando que a neo-retribuição se apresenta *relativizada* pelos

fins preventivos da pena,⁵⁴ em consonância com sua necessidade para a integridade da ordem social e para a existência do ordenamento jurídico.

De certo modo, a prevenção, orientada à proteção de bens jurídicos, acaba por prevalecer. Seu objetivo é aquele de ordem pragmática-instrumental de contenção da delinquência. Vê-se, assim, que a idéia de prevenção, de cunho prospectivo, volta-se para o futuro, tem como escopo evitar a prática de delitos, daí sua modernidade.⁵⁵

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 amparo à necessidade de proporcionalidade dos delitos e das penas,⁵⁶ barreira infranqueável ao exercício do *ius puniendi*.⁵⁷

Demais disso e nessa perspectiva, cabe assinalar que o próprio texto constitucional (Preâmbulo e arts. 1.º, III, e 5.º, *caput*, da CF (LGL 1988\3)) agasalha a noção do ser humano, como pessoa livre, digna e capaz, portanto, dotada de responsabilidade no âmbito social, opondo-se firmemente a qualquer possibilidade de sua eventual utilização como meio a serviço de finalidades político-criminais.⁵⁸

Em síntese: a justificação da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem *exclusivismos*. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social - ultima ratio legis, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do direito penal. De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa e necessária, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível.

Ainda que necessária para justificar a pena, não é bastante a idéia de prevenção geral para limitá-la no contexto de um direito penal mínimo e garantista.⁵⁹

O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um *único* ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa.⁶⁰

1. STRATENWERTH, G. "¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?". Trad. Marcelo Sancinetti. *Cuadernos de conferencias y artículos* 8/11, Bogotá, 1996.

2. STRATENWERTH, G. "Qué aporta...", cit., p. 26.

3. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 119.

4. Cf. CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, 1974. p. 16.

5. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1977. v. II, p. 26-27; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Trad. José Luís Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 61-69; ROMANO, Mario. *Commentario sistematico del Codice Penal*. Milano: Giuffrè, 1987. v. I, p. 12 et seq.

6. Assinala-se a distinção entre retribuição moral e jurídica. A primeira é uma exigência ética profunda da consciência humana, ao passo que a segunda encontra sua razão de ser no interior do ordenamento jurídico, porque o delito expressa uma contradição do agente à vontade da norma e, por isso, exige uma reparação que afirme a autoridade da lei propiciada pela pena (MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 4. ed. Milano: Cedam, 1992. p. 765-766).

7. Sustentando com vigor a teoria da pena-retribuição, afirma Bettiol que "tão-somente a idéia retributiva, colocada como fundamento da pena, é capaz de satisfazer plenamente todas as exigências que urgem no campo da penalidade. Ela atende à suprema exigência de que o mal praticado deva exigir a infligência de um castigo proporcionado à gravidade do malefício" (*Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: RT, 1977. v. III, p. 121).

Nesse sentido, também: MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1971. v. II, p. 262 et seq.

8. Cf. ROMANO, Mario. Op. cit., p. 12-13.

9. A lei penal constitui um imperativo categórico, uma determinação de justiça, independentemente de toda consideração finalista.

10. KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1999. p. 166-167.

11. V. PANSIER, Frédéric-Jérôme. *La peine et le droit*. Paris: Puf, 1994. p. 11-12.

12. HEGEL. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1976. p. 95 (§ 97).

13. Idem, ibidem, p. 98-99 (§ 101).

14. Cf. DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999. p. 58-59. Nessa linha, tem-se como correto falar em princípio da culpabilidade-expição (*Schuld-Sühne-Prinzip*).

15. Com destaque para: BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Torino: Torinese, 1765.

16. Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. v. I, p. 20-21.

17. Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 61.

18. V. CEREZO MIR, José. Op. cit., v. I, p. 21 et seq.; GRACIA MARTÍN, Luis et al. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal (LGL 1940\2) español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 57 et seq.

19. Sobre as diferentes posturas a respeito da prevenção geral positiva, V. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo . Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 91 et seq.; "Culpabilidad, prevención y responsabilidad en derecho penal". *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 101, 103 et seq. e 180 et seq.; *La evolución de la política criminal el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 35, 59 et seq.; DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. Op. cit., p. 120 et seq.; JAKOBS, Günter. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Joaquim Cuello Contreras et al . Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 9 et seq.; HASSEMER, Winfried. "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social". *Derecho penal y ciencias sociales*. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982. p. 132 et seq.; *Fundamentos de derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 388 et seq.; ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, 1979. p. 142 et seq.; "Principios fundamentales de la determinación de la pena". *Cuadernos de Política Criminal* 17/354. Madrid: Edersa, 1982; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002. p. 88 et seq.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudios sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 3/142 et seq., monográfico, Madrid, 1980; GIL GIL, Alicia. "Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal". *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 10 et seq.; entre outros. Críticos com relação à prevenção penal positiva: HIRSCH, Hans Joachim. "El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal". *Derecho penal: obras completas* . Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000. t. I, p. 158 et seq.; FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 141 et seq.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Prevención general, sociedad y psicoanálisis". *Estudios penales*. Barcelona: PPU, 1991. p. 268 et seq.; TAMARIT SUMALLA, J. M. *La reparación a la víctima en el derecho penal*

(estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales). Barcelona: Fundación Jaime Callís, 1994. p. 179 et seq.; MORSELLI, E. "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: M. da Justicia, 1995. p. 270 et seq.

20. Cf. ROXIN, Claus. "Transformaciones de la teoría de los fines de la pena". *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Libro homenaje al Prof. Claus Roxin. Trad. Gabriel Pérez Barberá. Córdoba: La Lectura-Lerner, 2001. p. 219.

21. Cf. GRACIA MARTÍN, Luis et al. *Las consecuencias...*, cit., p. 58-59.

22. GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el derecho penal*. Madrid: Aranzadi, 2000. p. 380, nota 150.

23. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 199.

24. O próprio Roxin reconhece que "os efeitos de confiança e de pacificação pressupõem uma pena justa, que coincidem com as exigências do princípio de culpabilidade" (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 219).

25. GRACIA MARTÍN, Luis. *Proyecto docente y de investigación en derecho penal*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1990. p. 163.

26. Crítico sobre essa tendência se mostra, por exemplo: HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., p. 156 et seq.

27. Cf. BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997. v. I, p. 48-50.

28. CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español*. Madrid: Dykinson, 2002. p. 95.

29. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., p. 158.

30. Idem, ibidem.

31. Nesse sentido: GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 165.

32. A propósito afirma-se, com razão, que a substituição da culpabilidade pela necessidade da pena, para efeitos preventivos, merece duas importantes ressalvas: a primeira é a incapacidade para oferecer uma determinação conceitual de certas matérias como a inimputabilidade e o erro de proibição, e a segunda vem a ser o risco que oferece para algumas garantias em favor da pessoa humana. Isso não ocorreria na hipótese de a necessidade da pena vir a ser apenas uma exigência adicional à culpabilidade (Cf. CORDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Bosch, 1977. p. 38).

33. Sobre essa crítica, v., por todos: GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 172-173.

34. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1997. p. 369.

35. Assim: CEREZO MIR, José. Op. cit., v. I, p. 27; GIL GIL, Alicia. Op. cit., p. 33; MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 770.

36. GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 174.

37. Assim: CEREZO MIR, José. Op. cit., v. I, p.28-29; GIL GIL, Alicia. Op. cit., p. 33.

38. GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 174.

39. Em outras palavras, a teoria da prevenção especial "não é idônea para justificar o direito penal, porque não pode delimitar seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de delitos sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social forçosa mediante uma pena não contém em si mesma sua legitimação, necessitando de fundamentação jurídica a partir de outras considerações" (ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal". *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Réus, 1976. p. 17).

40. Assinala Roxin, a esse respeito, que uma das principais causas do ceticismo generalizado com relação ao pensamento preventivo-especial radica nas circunstâncias hostis que acompanham a execução de uma pena privativa de liberdade. Daí recomendar que o relativo fracasso das penas privativas de liberdade como meio para a ressocialização não pode figurar como um argumento decisivo contra a própria prevenção especial, isto é, "descartar a prevenção especial não é, portanto, o caminho político-criminalmente correto", antes se deve evitar a pena privativa de liberdade e estimular a introdução de "alternativas à pena de prisão e outras medidas sociais que favoreçam a ressocialização, ou que pelo menos não a comprometam" (ROXIN, Claus. "Transformaciones de la teoría...", cit., p. 216).

41. Na doutrina francesa e na belga essa concepção é largamente predominante. A pena apresenta as funções de repressão e de prevenção, com influência neodefensista (v., por exemplo: CONTE, Ph.; CHAMBON, P. M. *Droit pénal général*. Paris: Armand Colin, 1999. p. 234-235; MERLE, R.; VITU, A. *Traité de droit criminel*. Paris: Cujas, 1997. v. I, p. 824 et seq.; ROBERT, J-H. *Droit pénal général*. Paris: Puf, 2001. p. 32 et seq.; PRADEL, J. *Droit pénal général*. Paris: Cujas, 1995. v. I, p. 607; HENNAU, C.; VERHAEGEN, J. *Droit pénal général*. Bruxelles: Bruylant, 1995. p. 341 et seq.).

42. Nesse sentido, entre outros: MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 54 et seq.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., p. 29, 120 e 133; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 55 et seq. e 103 et seq.; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Trad. Jorge Bofill Benzsch et al. Buenos Aires: Astrea, 1994. v. I, p. 104 et seq.

43. Cf. ROMANO, Mario. Op. cit., p. 15-16.

44. Adotando semelhante posicionamento: CEREZO MIR, José. Op. cit., p. 26; GRACIA MARTÍN, Luis et al. *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 60.

45. Assim: FIANDACA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe. *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*. Napoli: Jovene, 2003. p. 24-25.

46. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 368-369.

47. De certo modo similar, REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. P.G. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 57-58.

48. V. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 20 et seq.

49. Na atualidade, o aspecto neo-retributivo da pena não tem caráter preponderante, mas ainda assim está presente como critério *limitativo* (da prevenção) e não como finalidade. Essa particularidade permanece a "idéia força, a idéia central do direito penal da liberdade" (MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 770).

50. Nesse sentido: CEREZO MIR, José. Op. cit., v. I, p. 27; GIL GIL, Alicia. Op. cit., p. 26.

51. V. CEREZO MIR, José. Op. cit., v. I, p. 26 et seq.; GRACIA MARTÍN, Luis et al. *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 60-61; GIL GIL, Alicia. Op. cit., p. 34; FIANDACA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe. Op. cit., p. 26; entre outros.

52. GIL GIL, Alicia. Op. cit., p. 34.

53. Cf. DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. Op. cit., p. 78.



-
54. GIL GIL, Alicia. Op. cit., p. 34, especialmente nota 94.
55. Assim: FIANDACA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe. Op. cit., p. 27.
56. Cf. CEREZO MIR, José. Op. cit., p. 30.
57. Cf. GRACIA MARTÍN, Luis et al. *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 56.
58. Cf. MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 770.
59. Assim: FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 280.
60. Cf. CUELLO CONTRERAS, J. Op. cit., p. 113.