

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

GABRIELA XAVIER PEREIRA

A IDENTIDADE ENTRE OS FINS DA PENA E OS FINS DO DIREITO PENAL

**CURITIBA
2009**

GABRIELA XAVIER PEREIRA

A IDENTIDADE ENTRE OS FINS DA PENA E OS FINS DO DIREITO PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Priscilla Placha Sá.

CURITIBA
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

Gabriela Xavier Pereira

A IDENTIDADE ENTRE OS FINS DA PENA E OS FINS DO DIREITO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, por, com esforço incondicional,
oferecerem-me todas as condições para que eu siga na busca de meus sonhos e ideais.

Ao meu pai Jarbas, por ser quem é.

À minha mãe Thelma, por tudo que representa para mim.

Ao meu irmão Jarbas, pelo carinho e cuidado de sempre.

E ao meu irmão Raul, pela afinidade entre nossos pensamentos.

AGRADECIMENTOS

A todos os funcionários da Escola, especialmente ao Denis, Paulinho e Tiago, pelas gentilezas e sorrisos cotidianos, bem como à Helena, Solange, Juci e ao senhor Roberto, pela indispensabilidade de seus trabalhos.

A todos os colegas de sala e, em especial, aos colegas de aulas práticas, Fernando Pupo, Fabiana Vasconcelos, Fernanda Köester, Fernanda Castro, Fernando Azevedo, Maria Carolina, Márcia, Mariana Yuri Arai e Mariana Matos, pelas sempre interessantes e divertidas companhias nas manhãs de segundas e quintas-feiras.

A todos os professores e professoras das aulas teóricas e práticas e, notadamente, a Daniel Avelar, Fábio Capela, Fernando Knoerr, Guilherme Teixeira, Melissa Folmann, Luiz Eduardo Trigo Roncaglio e Silvio Brambila, por, através de imensa capacidade técnica e notável clareza de explicações, compartilharem o conhecimento.

**Ao professor Rogério Etzel,
pela oportunidade de colocar em prática os conhecimentos adquiridos na teoria e pelas sempre bem-vindas sugestões e palavras de incentivo.**

**Ao professor Fábio Tokars,
cujas aulas reforçaram meu fascínio pela Administração e despertaram em mim um interesse - até então oculto - pelo Direito Empresarial,
pelas agradáveis reflexões e conversa.**

**Ao André Barbieri e à Daniella Lameira,
companheiros de tardes de estudos e de divertidos almoços e trajetos.**

**Ao Vinícius de Gouveia,
agradável companhia de longas, divertidas e construtivas conversas.**

**À Caroline Chaparro,
parceira de trabalhos e revisões de véspera,
nova e querida amiga.**

**E à minha orientadora, professora Priscilla Placha Sá,
pela gentil orientação deste trabalho e pelas sempre estimulantes observações.**

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 FUNÇÕES E MISSÕES DO DIREITO PENAL.....	09
2.1 CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO ENTRE FUNÇÕES E MISSÕES.....	09
2.2 FUNÇÕES.....	10
2.2.3 MISSÕES	12
2.2.3.1 Proteção de bens jurídicos	12
2.2.3.1.1 Bem jurídico.....	13
2.2.3.1.2 Proteção seletiva de bens jurídicos.....	18
2.2.3.2 Estabilização da norma.....	19
3 FINS DAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO.....	21
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	21
3.2 TEORIAS.....	22
3.2.1 Retribucionistas, retributivas ou absolutas.....	22
3.2.1.1 Teoria da retribuição moral de Kant.....	24
3.2.1.2 Teoria da retribuição jurídica de Hegel.....	25
3.2.1.3 Considerações gerais sobre as teorias retribucionistas.....	26
3.2.2 Relativas, prevencionistas ou preventivas.....	29
3.2.2.1 Prevenção geral negativa.....	30
3.2.2.1.1 Considerações sobre a teoria da prevenção negativa.....	31
3.2.2.2 Prevenção especial ou individual.....	32
3.2.2.2.1 Considerações sobre a teoria da prevenção especial.....	34
3.2.3 Mistas, ecléticas ou unificadoras da pena.....	35
3.2.3.1 Considerações gerais sobre as teorias mistas ou ecléticas.....	36
3.2.4 Propostas atuais.....	37
3.2.4.1 Prevenção geral positiva fundamentadora.....	39
3.2.4.2 Prevenção geral positiva limitadora.....	42

4 A IDENTIDADE ENTRE OS FINS DA PENA E OS FINS DO DIREITO PENAL.....	44
4.1 FINS DO DIREITO PENAL.....	44
4.2 FINS DA PENA.....	45
4.3 A IDENTIDADE ENTRE OS FINS DA PENA E DO DIREITO PENAL.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

RESUMO

O problema de que o presente trabalho trata é verificação da existência ou não da identidade entre os fins da pena e os fins do Direito penal. Para tanto a análise se inicia com os fins do Direito Penal, oportunidade em que é analisada a diferença entre funções e missões desse ramo do Direito e, nessa última, examinam-se as proposições de estabilização da norma e proteção seletiva de bens jurídicos. Posteriormente, examinam-se o que se denomina de funções da pena, contidas em quatro grandes categorias (teorias retribucionistas, teorias relativas, teorias mistas e propostas atuais). Ao final, conclui-se pela adequação e também necessidade de identidade entre os fins do Direito penal e da pena, o que recai, conseqüentemente, exatamente sob a mesma proposta, qual seja, o controle social do intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos.

Palavras-chave: fins do Direito Penal; fins da pena; bem jurídico; controle social.

1 INTRODUÇÃO

O problema de que trata a presente pesquisa é a existência ou não de identidade entre os fins da pena e os fins do Direito penal. A justificativa pela eleição do tema refere-se ao fato de que, além da atualidade de tal discussão, as propostas relativas ao estudo do bem jurídico são sobremaneira relevantes na moderna dogmática jurídico-penal, afinal, dependendo da conclusão a que se chegue, é possível confirmar ou negar a legitimidade do próprio Sistema de imputação.

A importância de tal análise refere-se ao fato de que diversos têm sido os fins atribuídos ao Direito Penal, sendo que as posições de maior destaque no cenário dogmático atual ou sustentam ser esse fim a proteção de bens jurídicos ou a estabilização da norma.

A opção por uma ou outra perspectiva, além de necessária, revela o perfil mais ou menos garantista do jurista e também a maior ou menor adequação a um Estado social e democrático de Direito. Além disso, também antigo é o embate teórico quando se trata da análise de qual o fim da pena. Nesse sentido, embora inúmeras sejam as teorias, grande parte delas trata, em regra, de considerações sobre prevenção do delito e de retribuição de sua prática.

Desse modo, se o Direito Penal existe e é aplicado ao caso concreto com vistas à imposição de uma sanção, questiona-se se é razoável que a aplicação dessa sanção ocorra por motivo diverso que da existência daquele, isto é, é coerente uma postura teórica que sustenta um fim para justificar a existência do Direito penal e outro diferente para fundamentar a aplicação da pena?

2 FUNÇÕES E MISSÕES DO DIREITO PENAL

A despeito de parte de a doutrina empregar indistintamente os termos funções e missões do Direito penal, é preciso reconhecer que não se tratam de palavras sinônimas.

2.1 CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO ENTRE FUNÇÕES E MISSÕES

Enquanto por função¹ entende-se o que o Direito Penal efetivamente realiza, aquilo que objetivamente se produz (quer se queira, quer não), isto é, o plano do “ser”, por missão, ao contrário, compreende-se aquilo a que ele se propõe realizar, “as conseqüências buscadas e desejadas”², ou seja, o plano do “dever ser”.

Embora a coincidência ou mesmo identidade entre funções e missões não se vislumbre em termos práticos na atualidade (se é que um dia isso ocorreu), em termos ideais, o adequado seria que as funções concretamente executadas pelo Direito penal coincidissem, ou ao menos se aproximassem, o máximo possível, das missões por ele propostas. Assim, cumpre ao jurista aproximar, o máximo possível, as funções das missões do Direito penal.

¹ O termo “função” é sociologicamente explicado por Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya como “soma das conseqüências objetivas de uma coisa”. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

² Id.

2.2 FUNÇÕES

As funções que o Direito penal efetivamente tem se prestado a cumprir são em grande medida, no mínimo, desastrosas³. É que hoje se reconhece com bastante clareza que os destinatários da norma penal são, em regra, as classes menos favorecidas em termos econômicos. O que acontece é que essas pessoas, já socialmente excluídas, quando do ingresso no cárcere, acabam definitivamente segregadas do convívio social. Nesse sentido, o sociólogo Bauman⁴ é bastante preciso ao referir que se trata de um processo de biossegregação onde se oculta o “desejo poderoso de remover o lixo humano ao mesmo tempo em que é satisfeito o próprio e pungente desejo de retidão moral” e que, mais do que isso, revela a “passagem do modelo de um ‘Estado social’ de uma comunidade inclusiva para um Estado ‘excludente’, da ‘justiça criminal’, ‘penal’ ou do ‘controle do crime’”.

³ Acerca dos objetivos declarados (ou manifestos) e reais (ou latentes) do Direito Penal, especialmente no cenário brasileiro, inafastável é a crítica formulada por Juarez Cirino dos Santos. Esse autor, com enorme propriedade, destaca que os objetivos reais são aqueles presentes no discurso oficial da teoria da pena, enquanto os reais são “identificados pelo discurso crítica da teoria criminológica da pena”. Mais do que isso, prossegue afirmando que “os objetivos declarados do Direito Penal produzem uma aparência de neutralidade do sistema de justiça criminal promovida pela limitação da pesquisa jurídica ao nível da lei penal, única fonte formal do Direito Penal. Essa aparência de neutralidade do Direito Penal é dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizado no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado, como indicam as teorias conflituais da Sociologia do Direito”. SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 2.ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 06-07.

Além disso, Cirino dos Santos destaca também que “o sistema de justiça criminal, operacionalizado nos limites das matrizes legais do Direito Penal, realiza a função declarada de garantir uma ordem social justa, protegendo bens jurídicos gerais e, assim, promovendo o bem comum. Essa função declarada é legitimada pelo discurso oficial da teoria jurídica do crime, como critério de racionalidade construído com base na lei penal vigente, e pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, fundado nas funções de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral atribuídas à pena criminal”, restando certo que “nessa medida, a proteção seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal, os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social”. Ibid., p. 10-11.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 46.

Esses problemas, em certa medida identificados pela Criminologia crítica,⁵ que, diferentemente da clássica – que se ocupava do estudo do por que do crime –, volta seu estudo e crítica o porquê de determinadas condutas serem consideradas criminosas e outras não.

Na realidade, mais que isso, quiçá se possa dizer que não há grandes divergências quanto às funções objetivamente realizadas, dentre as quais, a estigmatização judicial, o paradigma do *labeling approach*, a manutenção do poder, a manutenção de relações sociais desiguais.⁶

A vista disso, não se pode deixar de reconhecer que o “modelo dogmático defendido por qualquer penalista leva implicada a consequência de sua aplicação e uma alta dose de conhecimento sobre suas origens e consequências”.⁷

Assim, embora não se partilhe aqui de pretensões abolicionistas, é certo que as constatações identificadas anteriormente não podem passar à margem de uma análise crítica de Direito penal.

O objeto do exame do presente trabalho, contudo, reside na identificação e análise das principais propostas acerca de quais seriam as missões do Direito.

⁵ Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos, sustenta que enquanto a Criminologia etiológica tem por objeto o estudo do criminoso e da criminalidade, a Criminologia crítica se caracteriza pela mudança do objeto e também do método de estudo. Assim, o primeiro se desloca para a o processo de criminalização e o segundo para um método adaptado à natureza de objetos sociais. SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. 2.ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 698-699.

Com isso, prossegue o mesmo autor, a concepção de crime como produto de normas (criação do crime) e de poder (aplicação das normas) define a lei e o processo de criminalização como ‘causa’ do crime, rompendo o esquema teórico do positivismo e dirigindo o foco para a relação entre estigmatização criminal e formação de carreiras criminosas. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba/ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 20.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 701.

⁷ BUSATO, Paulo César. **Quem é o inimigo, quem é você?** In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 66, 2007, p. 333.

2.2.3 MISSÕES⁸

Diferentes têm sido as missões atribuídas ao Direito Penal na atualidade. As duas correntes de maior representatividade têm como exponenciais os alemães Claus Roxin⁹ e Günther Jakobs. Esses autores defendem como missão do Direito penal, respectivamente, a proteção seletiva de bens jurídicos e a estabilização da norma, conforme se passa a expor.¹⁰

2.2.3.1 Proteção de bens jurídicos

Diversas foram as tentativas que buscaram elaborar um conceito material de bem jurídico,¹¹ em relação ao qual se pudesse relacionar de algum modo a atuação do Direito penal.

Assim, como a penalização de um determinado comportamento necessita, sempre e em todo o caso, de uma legitimação diferente da mera discricionariedade do

⁸ Acerca do tema missões, merece referência, ainda que breve, também a proposta de Hans Welzel, o qual “sem negar a missão de proteção de bens jurídicos, agrega a missão de proteção dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social. Com Welzel a missão do Direito penal se converte em tema secundário, ‘mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade’”. Tal proposição “centra-se na idéia de que incumbe ao Direito penal influenciar a consciência cidadã para orientá-la, pedagogicamente, à proteção de bens jurídicos essenciais”. Não se pode olvidar, no entanto, que não cabe ao Direito penal punir meras intenções, de modo que seria até mesmo ingênuo conferir uma função pedagógica ao Direito penal já que não se pode utilizar a ameaça de pena para a formação de consciências. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30.

⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 3. ed. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

¹¹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 59.

legislador,¹² cumpre examinar, ainda que em linhas gerais, o conceito de bem jurídico e a evolução histórica daquele.

2.2.3.1.1 Bem jurídico

Se por um lado, é certo que não se poder definir com exatidão em que consiste o bem jurídico, por outro, há algumas precisões possíveis no que se refere a uma delimitação negativa, isto é, o que pode e o que não pode interessar ao âmbito de proteção da norma penal. A elaboração da teoria do bem jurídico intenta, pois, solucionar o problema da identificação do que é efetivamente protegido.¹³

O conceito de bem jurídico aparece na história da dogmática, segundo Bitencourt,¹⁴ somente no início do século XIX, diante da concepção dos Iluministas, que definiam fato punível como lesão de direitos subjetivos. Para os primeiros autores, portanto, cujas idéias já partiam do contrato social, o Direito penal defendia direitos.¹⁵

Feuerbach, por seu turno, sustentou que o Direito Penal protege os ‘direitos subjetivos’ dos particulares, e não a necessidade de cumprimento de um dever para com o Estado.¹⁶ Birnbaum, todavia, rechaçando a tese de que o delito é lesão de um

¹² ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 11.

¹³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 47.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 249.

¹⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 59.

¹⁶ *Ibid.*, p. 43.

Nesse sentido também é a divisão referida por Bernd Schünemann que afirma “Beccaria e Hommel, por meio da expressão ‘dano social’, posteriormente em Feuerbach, que falava em ‘lesão a direito’, e mais tarde em Birnbaum e Liszt, que usavam o termo ‘bem’ ou ‘bem jurídico’ para caracterizar a limitação do direito penal”. SCHÜNEMANN, Bernd. **O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal**.

Direito, sustentou que Direito não é diminuído ou subtraído, mas sim seu objeto.¹⁷ Com tal posição, Birnbaum, entendendo que os bens jurídicos nascem da natureza, situa-os mais além do Direito e do Estado, que não os cria, mas tão-somente garante (deve garantir) a todos e por igual.¹⁸

Posteriormente, sob influência do positivismo, Binding, apresentando a primeira verdadeira depuração do conceito, passa a sustentar que o bem jurídico é um estado valorado pelo legislador.¹⁹

Mais tarde, investigações de corte transcendentalista e político-criminal, comentam Busato e Huapaya,²⁰ levaram Von Liszt a estabelecer que todos os bens jurídicos são interesses vitais (do indivíduo ou da comunidade).

Por essa razão, afirma Bitencourt,²¹ enquanto Binding ocupou-se apenas de modo superficial do bem jurídico, Von Liszt avistou nele um conceito central da estrutura do delito, de modo que como os bens jurídicos estão na vida, o que faz o Direito é oferecer-lhes proteção. Assim, para sua localização ter-se-á que recorrer à Política Criminal, pois o Direito não lhes pode determinar nem fundamentar.

Embora a posição de Liszt fosse marcada por uma tendência limitadora, ao estabelecer que os bens jurídicos se encontrariam mais além do ordenamento jurídico,

In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 53. Tradução por Luís Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 13.

¹⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 53.

¹⁸ Id.

¹⁹ Ibid, p. 44.

²⁰ Ibid., p. 53.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 250.

este não chegou a desenvolver os conceitos de ‘interesses da vida’ ou condição da vida’, com o que não se precisava que interesses mereciam ser protegidos.²²

Ante essas concepções pouco claras, surge o neokantismo colocando em destaque a natureza teleológica do bem jurídico. Nessa perspectiva, Honig, citado por Busato,²³ defende que bem jurídico é o fim reconhecido pelo legislador nos preceitos penais individuais, isto é, o bem jurídico fica reduzido a uma categoria interpretativa. Posteriormente, uma segunda postura, desenvolvida pela Escola de Kiel, reconhece a lesão do dever como conteúdo material do injusto. Tal proposta, no entanto, pondera aquele autor, apaga todo o caráter garantista, já que o que interessa é somente o social, e não o indivíduo.

Finalmente, no pós-guerra, Welzel, compreendendo o bem jurídico como todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões, minimizou a importância daquele, já que, com essa postura, a missão do Direito Penal não consiste na proteção de bens jurídicos, mas na proteção dos valores elementares da consciência.²⁴

Além das mencionadas, houve outras tentativas de conceituação do bem jurídico. No entanto, as tendências dominantes atualmente, afirma Busato,²⁵ orientam-se no sentido de fundamentar o bem jurídico desde a Política Criminal, isto é, relacionando a teoria dos bens jurídicos aos fins do ordenamento jurídico-penal e os fins do Estado. Nessa perspectiva, duas são as orientações.

²² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 44-45.

²³ Ibid., p. 45.

²⁴ Ibid., p. 47.

²⁵ Ibid., p. 48-49.

Uma, é o conceito jurídico-constitucional de bem jurídico, cuja proposta toma a ordem de valores constitucionais como ponto de referência. Referida interpretação, contudo, não proporciona segurança, uma vez que, a norma, embora constitucional, nem sempre pode ser identificada com os interesses primordiais da sociedade, não podendo tampouco, estar ligada com a identificação do bem jurídico.²⁶

A outra é o conceito sociológico do bem jurídico, que, por sua vez, parte da premissa de que os bens vitais ou culturais constituem fontes para serem protegidas pelo Direito. Entre seus defensores está Amelung o qual, segundo Busato,²⁷ sustenta que o bem jurídico está constituído pela ‘danosidade social’. Impende destacar, todavia, “que uma eleição do bem jurídico socialmente essencial não se pode confundir com uma simples adesão irrestrita à expressão normativo-constitucional”²⁸. No mesmo sentido, prossegue o mesmo autor, Jescheck sustenta que os bens jurídicos são interesses vitais da comunidade aos que o Direito Penal outorga sua proteção, pelo que o bem jurídico deve ser entendido como um valor abstrato e juridicamente protegido da ordem social.

Ressalta-se, finalmente, outra aproximação à delimitação do bem jurídico que se refere ao reconhecimento de uma ou duas concepções de bem jurídico, cuja delimitação, longe de ser mero capricho dogmático ou acadêmico, asseveram Busato e Huapaya,²⁹ tem importantes efeitos práticos, já que evidencia um modelo de Estado.

²⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 49.

²⁷ Ibid., p. 60.

²⁸ Ibid., p. 62.

²⁹ Ibid., p. 52.

Assim, enquanto a idéia dualista consiste na admissão de duas classes de bens jurídicos, não necessitando, pois, da elaboração de um conceito comum entre eles,³⁰ o monismo analisa o bem jurídico ou sob a perspectiva da pessoa, do indivíduo, ou do Estado, do coletivo, A perspectiva monista compreende, portanto, uma subdivisão: o monismo coletivo (onde a identificação da existência de um bem jurídico individual somente é possível na medida em que esteja contido em uma da perspectiva de um interesse para a coletividade) e o monismo personalista (no qual um bem jurídico coletivo só é identificado quando serve ao desenvolvimento pessoal do indivíduo – razão pela qual é a que melhor responde aos pressupostos democráticos adequados à proteção do indivíduo).³¹

Essas pretensões e tendências de atribuírem um sentido concreto ao bem jurídico naturalmente revelaram-se divergentes e imprecisas,³² isso porque, enquanto o bem jurídico é inacessível à percepção sensorial, mas verdadeiro valor ideal da ordem social, o objeto material do delito é que sim é concreto.³³ Além disso, assegura Busato,³⁴ pode-se afirmar que certa indefinição do conceito além de inevitável, não coloca em risco a garantia político-criminal de seu reconhecimento.

Por conta disso, parece suficiente definir o bem jurídico como todo valor da vida humana que é protegido pelo Direito.³⁵ Assim, a elaboração dogmática do injusto tomando como fundamento o bem jurídico traz como consequência a despenalização

³⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 56-57.

³¹ Id.

³² Ibid., p. 59.

³³ Enquanto em um homicídio, por exemplo, o bem jurídico é a vida, o objeto material é o corpo sobre o qual recai a ação.

³⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 54-55.

³⁵ Ibid., p. 50.

das condutas fundamentadas na expressão de idéias morais, religiosas, políticas ou ideológicas bem como a revelação mais clara à sociedade das razões pelas quais se penaliza um comportamento e também a possibilidade de se estabelecer hierarquia nas infrações, possibilitando a classificação segundo a espécie e a intensidade da proteção.³⁶ Afinal, a existência de uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos.³⁷

2.2.3.1.2 Proteção seletiva de bens jurídicos

Para Roxin, cuja proposta é fundada na orientação do sistema jurídico-penal em pontos de vista valorativos criminais³⁸ e leva o nome de funcionalismo teleológico, o fim do Direito Penal é a proteção seletiva de bens jurídicos ante a possíveis lesões ou perigos.³⁹

Por conta disso, por sustentar que “submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se”⁴⁰, todo o sistema de imputação deveria considerar tais valores político-criminais do sistema, isto é, tratar-se-ia de uma espécie de contaminação valorativa e propositada.

³⁶ Aliás, Busato, citando Baratta, destaca como conclusão da Criminologia crítica que, no atual momento de crise capitalista, em uma sociedade estruturalmente desigual, a repressão do diverso é uma técnica essencial para a conservação dessa desigualdade. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 47-48.

³⁷ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 27.

³⁸ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. XI.

³⁹ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

⁴⁰ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 20.

Dito de outra forma, a proteção de bens jurídicos não apenas dirige a tarefa político-criminal do Direito penal, mas também a própria sistemática da teoria do injusto, pelo que se pode concluir que a proteção a estes é componente irrenunciável num processo de ponderação da matéria correspondente à proibição.⁴¹

2.2.3.2 Estabilização da norma

Jakobs, por seu turno, ao propor o que se denomina de funcionalismo sistêmico, também estrutura sua proposta partindo da idéia de fins e funções que cumpre o Direito penal,⁴² mas procede de modo completamente divergente do apresentado por Roxin, ao partir do reconhecimento da não fidelidade ao Direito praticada pelo autor do delito⁴³.

É que para Günther Jakobs, a razão principal da elaboração do sistema de imputação é a reafirmação da vigência da norma. É dizer, pretende-se a confirmação do reconhecimento normativo na medida em que se aplica a pena ao autor do delito para demonstrar à sociedade que a embora violada pela conduta do agente, a norma segue válida e vigente.⁴⁴

Assim, observa-se a reformulação, na ótica desse autor, do conceito tradicional de bem jurídico já que “o que protege o direito penal são os mecanismos que permitem manter a identidade de uma sociedade, é dizer, as expectativas fundamentais para sua

⁴¹ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 61.

⁴² LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Günther Jakobs**. In: CALLEGARI, André Luís. et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução por André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 11.

⁴³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32.

⁴⁴ Id.

constituição”,⁴⁵ de modo que o bem jurídico não é uma lesão naturalmente perceptível, mas um conceito normativo, qual seja, a vigência da norma (entendida como esquema simbólico de orientação).⁴⁶

Além disso, Jakobs⁴⁷ chega a afirmar que apresentar o Direito penal como forma de proteção de bens jurídicos é “bastante forçado”, ao concluir que “a teoria do direito penal como proteção da vigência da norma demonstra sua validade especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é uma lesão da vigência da norma, a pena é a sua eliminação”. Isso porque, continua o mesmo autor, “desse ponto de vista, a execução da pena sempre alcançou o fim da pena”, qual seja, a marginalização da negação do Direito.

⁴⁵ LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Günther Jakobs**. In: CALLEGARI, André Luís. et. al. *Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução por André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. **O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?**. In: CALLEGARI, André Luís. et. al. *Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução por Manuel Cancio Meliá. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 50-51.

3 FINS DAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO

Pena, segundo João Mestieri⁴⁸ é a “perda, diminuição ou restrição de bem jurídico imposta pelo Estado ao autor de um ilícito penal para garantia da ordem social”⁴⁹.

No Direito brasileiro, três são as classes de pena: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. A expressão “conseqüências jurídicas do delito” empregada nesse trabalho designa, contudo, a pena privativa de liberdade.⁵⁰

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A evolução histórica das teorias relativas aos fins da pena não ocorreu, como tudo em Direito, de modo estanque e cerrado. Ao contrário, a passagem de uma teoria a outra não encontra um marco definido, com a identificação de momentos de transição claros entre uma e outro. O que se vê, na realidade, é a predominância, em determinado local⁵¹ e tempo histórico, de um ou outro pensamento, afinal, a história não se faz em saltos e abruptas rupturas, mas em progressiva e constante evolução.

⁴⁸ MESTIERI, João. **Manual de Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 258.

⁴⁹ Id.

⁵⁰ Ainda que as penas infringidas atualmente não incluam os suplícios relatados por Foucault, na obra *Vigiar e Punir*, segue vigente a idéia de que o Direito penal é, indubitavelmente, o mais gravoso instrumento de controle social, pelo que, “o fato de estar diante de uma infração que não cobra relevância social a ponto de exigir uma intervenção dura, não significa estar com uma situação de Direito penal que pode transigir com garantias, mas sim estar diante de uma situação que, por muito que a lei diga o contrário, não pode e não deve ser considerada Direito penal; e, nesse caso nada resta a discutir a respeito de flexibilização de garantias”. BUSATO, Paulo César. **Quem é o inimigo, quem é você?** In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 66, 2007, p. 339. Sobre o tema, ver também FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 35 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 09

⁵¹ No Brasil e na Argentina, comentam Zaffaroni e Pierangeli, costumam-se combinar o discurso policial, que é predominantemente moralizante e o discurso penitenciário, que é essencialmente de

3.2 TEORIAS

Além da dualidade de missões referidas anteriormente (proteção seletiva de bens jurídicos e estabilização da norma), há ainda maior número de propostas quando se trata do exame da principal consequência jurídica do delito, a sanção penal.⁵² Para fins de melhor compreensão, tais sanções, nesse trabalho estão agrupadas em quatro grandes grupos: teorias retributivas ou absolutas, teorias relativas ou preventivistas, teorias mistas ou ecléticas e as propostas atuais.⁵³

3.2.1 Retribucionistas, retributivas ou absolutas⁵⁴

Absolutas⁵⁵ são todas as teorias que “vêm o direito penal como um fim em si mesmo, independente de razões utilitárias ou preventivas”.⁵⁶ Conhecidas desde a

tratamento. Essa pretensão de tratamento, contudo, explicam os mesmos autores, especialmente nas chamadas instituições totais (manicômios, prisões, internatos), na América Latina como um todo, revela-se absurda, afinal é “impossível proporcionar um verdadeiro ‘tratamento’ a milhares de pessoas privadas de liberdade e onde se privilegia a segurança mediante organização militarizada”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 71.

⁵² AMBOS, Kai. **Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Trad. de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006 e SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

⁵³ Queiroz, com propriedade, reconhecer que como “toda classificação, as teorias da pena encerram uma redução, uma simplificação, podendo compreender, sob o mesmo título, propostas político-criminais um tanto dispares” e, por sua vez, classifica as teorias em duas principais correntes político-criminais: as teorias legitimadoras (absolutas, relativas e mistas) e as teorias deslegitimadoras (perspectivas abolicionistas e minimalistas radicais). QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84.

⁵⁴ A esses nomes, Roxin acrescenta, ainda, teoria da justiça ou da expiação. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas: Madrid, 2000, p. 81.

⁵⁵ A expressão “absoluta”, explica Roxin, deve-se ao fato de o fim da pena ser independente, desvinculado de seu efeito social (em latim, *absolutes* significa desvinculado). *Ibid.*, p. 82.

⁵⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 85.

antigüidade,⁵⁷ seu momento histórico mais marcante é identificado com o Estado absolutista, cujas características mais notórias, explica Bitencourt,⁵⁸ eram a “identidade entre o soberano e o Estado” e a afirmação metafísica de que o poder do soberano era concedido a esse diretamente por Deus.

Por tal razão, nesse período, até mesmo para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se a pretensão fosse alguma aceitação. A idéia que se tinha, pois, era que a pena consistia em um “castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido”.⁵⁹

Com o início do mercantilismo – que tem como fundo a teoria do contrato social,⁶⁰ inicia-se também um processo de decomposição e debilitamento do Estado absoluto.⁶¹ A pena passa a ser considerada, então, “a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis”,⁶² é dizer, a aplicação da pena decorre da necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida.

Para essas teorias, o fim da pena é, como se observa, a retribuição do mal causado pelo agente, não tendo, portanto, qualquer outro fim, mas apenas um ideal de

⁵⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Civitas: Madrid, 2000, p. 82.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Pelo contrato social, os homens, para viver em sociedade, renunciam a uma parcela de sua liberdade (a menor parte possível essencial ao convívio social) em troca de proteção pelo Estado, pelo que todo e qualquer castigo que exceda os limites dessa cessão, passará a ser injusto e também abusivo. Assim, o agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. O resto é abuso, e não justiça é fato, mas não direito. É dizer, todas as penas que ultrapassam a necessidade de conservar esse vínculo são injustas por sua própria natureza. BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches di. **Dos delitos e das penas**. Tradução por José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 200, p. 72.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.

⁶² Id.

justiça em si mesma, afinal, sua legitimidade decorre apenas do fato de haver sido cometido um delito⁶³.

Tal pretensão de justificar a finalidade da pena pode ser compreendida sob dois diferentes enfoques, desde seus dois maiores expoentes, Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel.⁶⁴

3.2.1.1 Teoria da retribuição moral de Kant

Segundo a proposta retributiva de Kant, cuja fundamentação é de ordem ética e vem expressada na obra *Metafísica dos costumes*,⁶⁵ a pena é um imperativo categórico, uma exigência ética irrenunciável. Por isso, a sanção penal seria um fim si mesma, não lhe correspondendo nada além de tão-somente a realização da justiça.⁶⁶ Aliás, a pena, para Kant, não pode jamais ser aplicada como simples forma de procurar outro bem, afinal, pretender que o “Direito de castigar o delinqüente encontre sua base em supostas razões de utilidade social não seria eticamente permitido”.⁶⁷

⁶³ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 85.

⁶⁴ Além dos expoentes tratados, também Carrara (cuja proposição era a de que o fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade), Binding (considerando a pena como a retribuição de um mal por outro mal), Mezger (para quem a pena é a irrogação de um mal que se adapta à gravidade do dato cometido contra a ordem jurídica) e Welzel (para o qual cada um deve sofrer o que os seus atos valem) partilhavam da função retributiva da pena. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91-92 e BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 181-182.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

⁶⁶ Busato e Montes destacam a equiparação que o próprio Kant realizou no sentido de tal pretensão constituir a ‘Lei de Talião aplicada aos Tribunais’. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 180.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

Para esse autor, o sujeito que não cumpre disposições legais, não é digno do direito de cidadania, constituindo uma obrigação de o soberano castigar aquele que transgrediu a lei.⁶⁸

Com tal postura teórica, Kant acabou por converter “a proporcionalidade não em um postulado da razão, mas em uma exigência absoluta”,⁶⁹ já que considerou o princípio de talião (olho por olho, dente por dente) como o paradigma da verdadeira justiça.⁷⁰

Nega-se à pena, desse modo, toda e qualquer função preventiva,⁷¹ existindo apenas a função retributiva em função de que com a prática do delito a lei foi infringida.

3.2.1.2 Teoria da retribuição jurídica de Hegel

Para Hegel, a pena “é uma exigência da razão, que se explica e se justifica a partir de um processo dialético inerente à idéia e ao conceito mesmo do direito”.⁷² Assim, o fundamento da teoria retributiva da pena, para esse autor, consiste no fato de que como a prática de um delito nega o Direito, a aplicação da pena constitui a negação de tal negativa.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

⁶⁹ E justamente por ser absoluta é que a repressão não se poderia afastar sob qualquer pretexto. Para tanto, Kant ilustra a afirmação com o exemplo de habitantes de uma ilha que resolvem por dissolver a sociedade. Ainda assim, para o autor, antes de isso acontecesse, seria imperioso que se aplicasse as penas cabíveis aos que tivessem praticado delitos. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 180.

⁷⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 86.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

⁷² QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 86.

Com isso, a pena não apenas terá como *quantum* a intensidade da negação realizada pelo agente, mas também se aplica esse mal como forma de “restabelecer a ordem jurídica perturbada”.⁷³ A pena visa, portanto, a retribuir ao delinqüente pelo fato praticado, de modo que a gradação da intensidade da negação ao direito determinará também a da nova negação, que é a pena.⁷⁴

E isso porque o Direito, segundo esse pensamento, é a manifestação da vontade racional (vontade geral), em contraponto da manifestação da vontade irracional (vontade particular),⁷⁵ ou seja, com a prática do delito, o agente nega o Direito. Logo, com a aplicação da pena, o Estado nega tal negativa, o equivale a reafirmar o Direito.

Tal como Kant, também Hegel atribuiu conteúdo talional à pena, mas não chegou, no entanto, a fixar sua modalidade, mas apenas demonstrando sua equivalência.⁷⁶

3.2.1.3 Considerações gerais sobre as teorias retribucionistas

Embora tanto a retribuição moral de Kant como a retribuição jurídica de Hegel constituam teorias retribucionistas da pena, estando ambos totalmente de acordo ao não reconhecer sequer metas preventivas (como intimidação e correção) como fins da pena,⁷⁷ há uma diferença entre tais proposições na medida em que “enquanto Kant

⁷³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 181.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.

⁷⁵ Id.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

⁷⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas: Madrid, 2000, p. 83.

legítima a pena na sua necessidade ética, Hegel encontra seu fundamento na necessidade jurídica”⁷⁸, vale dizer, se para o primeiro o cometimento de um delito ofende a ordem moral absoluta, para a segunda a ofensa recai sobre a ordem jurídica.

Além disso, Roxin⁷⁹ identifica nessas teorias o mérito de sua capacidade de impressão psicológico-social na medida em que “se a pena deve ‘corresponder’ à magnitude da culpabilidade, está proibido em todo caso dar um castigo mediante uma penalização drástica em casos de culpabilidade leve”.

Criticamente, continua o mesmo autor⁸⁰ afirmando que a teoria da retribuição não pode ser sustentada cientificamente hoje já que a finalidade do Direito penal “consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos, então, para o cumprimento dessa obrigação, não está permitido servir-se de uma pena que de forma expressa prescindir de todos os fins sociais”, afinal, “o Estado, como instituição humana, não é capaz de realizar a idéia metafísica de justiça e nem está legitimado para isso”.

Não se pode deixar de reconhecer que alguns méritos foram atribuídos a essas propostas, denominadas de retribucionismo clássico, como afirmam Busato e Montes.⁸¹ O primeiro deles refere-se ao esforço no oferecimento de, considerando o momento histórico em que tais teorias se desenvolveram, “uma compensação de pena em iguais proporções ao mal causado”. E o segundo tem relação com o fato de que essa teoria, fundamentada nas exigências da busca por justiça, constrói as bases de “uma responsabilidade penal tendo como base o livre-arbítrio e a culpabilidade

⁷⁸ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 181.

⁷⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas: Madrid, 2000, p. 84.

⁸⁰ Id.

⁸¹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 181-182.

individual do sujeito, é dizer, o sujeito responde pelo fato na medida de sua culpabilidade”.

A despeito do reconhecimento desses merecimentos, as críticas direcionadas a tais teorias são de ainda maior representatividade. É que a Kant, por exemplo, a crítica refere-se ao fato de que a busca dos Direitos a partir dos deveres morais do indivíduo revela uma posição favorável ao despotismo ilustrado.⁸² Além disso, o emprego da pena como retribuição contraria a proteção seletiva de bens jurídicos.

Finalmente, vale destacar que, em termos político-criminais, igualmente na América Latina, essa pretensão retribucionista deve ser rechaçada na medida em que tal concepção parte do pressuposto de igualdade social entre os sujeitos, o que, evidentemente, não espelha nossa realidade. E, mais do que isso, tais propostas “parecem de todo incompatíveis com o perfil dos Estados contemporâneos”⁸³ que encontram limites e garantias intransponíveis.

⁸² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 183.

⁸³ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 87.

3.2.2 Relativas⁸⁴, prevencionistas ou preventivas⁸⁵

Em oposição às teorias absolutas, as perspectivas denominadas relativas “são marcadamente teorias finalistas, já que vêem a pena não como um fim em si mesmo, mas como meio a serviço de determinados fins”,⁸⁶ ou seja, a pena não objetiva retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir sua prática,⁸⁷ fazer com que o autor desista de futuros delitos.⁸⁸

A origem dessa posição, explica Roxin,⁸⁹ remonta às próprias origens do pensamento penal, tendo Sêneca encontrado a formulação clássica ao referir-se a Platão e ao pensamento de que “nenhum homem sensato castiga porque houve pecado, e sim para que não se peque...”. Essa proposta, contudo, desenvolveu-se ao tempo da ilustração, tendo sido reavivada de maneira bastante influente por Franz Von Liszt.

Tais formulações justificam a pena “não sob o imperativo categórico da justiça absoluta, mas como um meio ou instrumento útil e necessário à prevenção da

⁸⁴ O termo “relativas”, explica Roxin, refere-se ao fim de prevenção de delitos (“relativo” tem origem no latim *referre*, que significa referir-se a). ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas: Madrid, 2000, p. 85.

⁸⁵ Acerca do fim de prevenção, vale destacar as críticas de que, atualmente, “os sistemas penais, em lugar de ‘prevenir’ futuras condutas delitivas, se convertem em condicionantes de ditas condutas, ou seja, de verdadeiras carreiras criminosas”. Além disso, “há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por ‘estereótipos’ que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 72-73.

⁸⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 87.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92.

⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas: Madrid, 2000, p. 85.

⁸⁹ Id.

criminalidade”⁹⁰. A sanção penal, assim, é vista não apenas como um mal, mas como um mal necessário para a manutenção da ordem social.⁹¹

As finalidades de prevenção, nessa teoria, partem de dois aspectos, a prevenção geral e a prevenção especial, adiante analisadas.

3.2.2.1 Prevenção geral negativa

Os fundamentos dogmáticos da concepção que sustenta a pena com forma de prevenção geral negativa foram propostos principalmente por Feuerbach,⁹² mediante a “teoria da coação psicológica”. Tal proposta objetiva “provocar com a pena uma sensação de desagrado na psique coletiva que impeça a comissão de delitos”.⁹³

Busca-se, assim, através de intimidação, um efeito dissuasório que atuaria em dois momentos distintos. Primeiro, antes da prática do delito, com a cominação de uma pena (dirigida a todas as pessoas) e segundo, após o cometimento do crime, através da execução exemplarizada da pena (dirigida ao indivíduo e com influência psicológica sobre os demais).⁹⁴

⁹⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 186.

⁹¹ Id.

⁹² Bitencourt refere também como defensores dessa teoria Bentham, Beccaria, Filangieri e Schopenhauer. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

⁹³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 186.

⁹⁴ Ibid., p. 186-187.

Nesse sentido também Bitencourt esclarece que “na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos”, assim, “assim, a prevenção geral fundamenta-se em duas idéias básicas: a idéia da intimidação, ou da utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93-94.

Em ambos os momentos o fim do Direito penal é a prevenção negativa de futuros delitos,⁹⁵ afinal, para a teoria prevenção geral negativa, o objetivo da norma é “motivar seus destinatários a se absterem da prática de novos delitos”.⁹⁶

3.2.2.1.1 Considerações sobre a teoria da prevenção geral negativa

Como se pode observar, tal postura “tende a suprimir a culpabilidade, com a qual não se definem os limites de duração das penas”,⁹⁷ Mais do que isso, refere Paulo Queiroz,⁹⁸ “tal doutrina tende claramente para um Estado de máxima intervenção, que se valerá da pena sempre que isso lhe parecer politicamente conveniente”. Além disso, de acordo com essa teoria, “haverá tanta pena quanto seja necessário ao propósito intimidatório e não em relação à responsabilidade individual pelo fato realizado”.⁹⁹

Disso desencadeiam-se duas tendências negativas, como apontam Montes e Busato¹⁰⁰: uma relativa ao fato de se recorrer a fatores de intimidação como forma de resposta à sensação crescente de insegurança da população (açodando o efeito simbólico da pena) e outra a evidente constatação de que cada nova ocorrência de delito é a prova flagrante e irrefutável da ineficácia da ameaça da pena, ou seja, como

⁹⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

⁹⁶ Ibid., p. 87.

⁹⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 187.

⁹⁸ Vale a menção, por oportuno, de que Mir Puig, diferentemente, entende que se critica a prevenção geral porque ela conduz a uma prevenção demasiadamente longínqua, mas não se demonstra, ao contrário, que a prevenção geral, dentro de certos limites, não constitua uma possível base de justificação da pena. QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

⁹⁹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 187.

¹⁰⁰ É que como bem destacam Busato e Montes, ao praticar o delito, o autor não conta com a possibilidade de 12 ou 15 anos, por exemplo, mas suas expectativas recaem justamente ao contrário, isto é, na esperança de não ser descoberto. Ibid., p. 188-189.

essa teoria não obteve êxito na demonstração dos efeitos preventivos gerais que proclamou, já que a experiência confirma a afirmação de que a ocorrência de cada novo delito é prova irrefutável de seu fracasso.¹⁰¹

Além disso, Bitencourt¹⁰² anota que as teorias preventivas igualmente não lograram solucionar o desafio da “impossibilidade de demonstrar quais são os comportamentos diante dos quais o Estado tem legitimidade para intimidar e, assim sendo, não definem também o âmbito do punível”.

3.2.2.2 Prevenção especial ou individual

A perspectiva da prevenção geral positiva¹⁰³, por sua vez, pretende “atuar diretamente sobre o indivíduo com a finalidade de reabilitá-lo”,¹⁰⁴ isto é, o fim da pena “é evitar a reincidência por meio da ressocialização do condenado”.¹⁰⁵

A diferença desta proposta em relação à prevenção geral, como o próprio nome sugere, reside na mudança de destinatário, que passa da coletividade para o apenado.¹⁰⁶

Cuida-se, pois, da prevenção da reincidência, isto é, a prevenção especial “não busca a

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

¹⁰² Id.

¹⁰³ Os fundamentos dessa teoria, destacam Montes e Busato, encontram-se na chamada Escola Correccionalista Ibérica, que não chegou a lograr grande êxito porque foi minimizada pelo forte predomínio das teses retribucionistas. Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 190.

¹⁰⁴ Ibid., p. 189.

¹⁰⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 87.

¹⁰⁶ Ibid., p. 92.

intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, mas dirige-se apenas àquele indivíduo que já delinqüiu, para que não volte a fazê-lo.¹⁰⁷

Essa perspectiva, por considerar que o autor do delito é “portador de um desvio social que demanda uma correção”,¹⁰⁸ conclui que a pena seja como castigo seja como intimidação não teriam sentido.¹⁰⁹

Embora diversas tenham sido as correntes de pensamento que partilharam¹¹⁰ desse entendimento, ou ainda o fazem, tal proposta foi consolidada por Von Liszt, ao afirmar que o fim da pena ou das medidas de segurança era “prevenir eficazmente a prática de futuros delitos”.¹¹¹

Nesse intento, tal autor destacou que as três formas de atuação da prevenção especial seriam: intimidação, correção e inocuização. Dessa maneira, caberia a correção do autor corrigível, a intimidação do delinqüente ocasional e a inocuização do irressocializável.¹¹²

Com a pena, portanto, pretende-se a defesa da sociedade com a segregação e exclusão social dos sujeitos apenados, isto é, a proteção de bens jurídicos por meio da

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97.

¹⁰⁸ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 189.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97.

¹¹⁰ Nesse sentido, Paulo Queiroz refere o correcionalismo espanhol (Dorado Montero), o positivismo italiano (Lombroso, Ferri, Garofalo) e mais recentemente o movimento de defesa social (Fillipe Gramatica, Marc Ancel). QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92.

¹¹¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 93.

¹¹² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 191.

incidência da pena sobre a personalidade do delinqüente com a finalidade de evitar futuros delitos.¹¹³

3.2.2.2.1 Considerações sobre a teoria da prevenção especial

Não se desconhece o mérito dessa teoria de evidenciar a importância do tratamento dirigido ao sujeito em observância aos caracteres deste, mas as críticas a esse pensamento são também bastante relevantes e pertinentes.

O mais grave defeito, segundo Roxin, refere-se ao fato de que esta teoria permite, em atenção a suas conseqüências, a retenção do condenado pelo tempo que for necessário até que esteja ressocializado.¹¹⁴

Além disso, como já advertiu Carrara, os propósitos de punir e reeducar são de todo incompatíveis,¹¹⁵ além disso, essas teorias nada dizem “sobre os limites da atuação estatal ou sobre os critérios e razões político-criminais que hão de orientar a intervenção do Estado nesse campo, omitindo-se sobre o conteúdo do poder punitivo”.¹¹⁶ Afinal, a ressocialização, destacam Montes e Busato, evidencia seu fracasso empírico no medida em que, por um lado, é incoerente afirmar que nas condições que a prisão apresente hoje se possa falar em um eficaz tratamento ressocializador e também porque a própria idéia de ressocialização merece ser reexaminada em situações onde, por exemplo, não haja a necessidade de readaptação

¹¹³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 191.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas: Madrid, 2000, p. 88.

¹¹⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 192.

¹¹⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 93.

social de seus autores e também quanto à legitimidade do Estado a que se pretende reconduzir o comportamento do sujeito.¹¹⁷

3.2.3 Mistas, ecléticas ou unificadoras da pena

Além das propostas já examinadas, e em face do evidente fracasso das concepções unilateralmente concebidas, surgem as chamadas teorias mistas, que intentam mediar entre ambas através da “reflexão prática de que a pena, na realidade de sua aplicação, pode desenvolver a totalidade de suas funções em face da pessoa afetada e se mundo circundante”.¹¹⁸

Busca-se, assim, unir justiça e utilidade, afinal, para os defensores da teoria mista, “a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno jurídico”.¹¹⁹

Essas teorias, dominantes no cenário doutrinário atual,¹²⁰ propõem-se a conciliar, como se observa, as exigências retributivas e preventivas, assentando a importância de cada uma em determinados momentos. Por não estarem devidamente delimitados, no entanto, pode-se chegar à aplicação de penas de duração indefinida, sob a alegação de busca do êxito do tratamento, já que a retribuição seria o limite máximo da prevenção.¹²¹

¹¹⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 193.

¹¹⁸ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 94.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

¹²⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 195.

¹²¹ Nessas teorias, vale mencionar, perdem vigência a intimidação e a inocuidade, restando apenas a finalidade de ressocialização. *Ibid.*, p. 194-195.

Essas teorias, destaca Bitencourt,¹²² inicialmente “limitaram-se a justapor os fins preventivos especiais e gerais da pena, reproduzindo, assim, as insuficiências das concepções monistas da pena”. Mais tarde, contudo, prossegue o mesmo autor, “essas teorias centralizam o fim do Direito penal na idéia de prevenção. A retribuição em suas bases teóricas, seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas ao mesmo tempo), desempenha um papel apenas limitador (máximo e mínimo) das exigências da prevenção”.¹²³

3.2.3.1 Considerações gerais sobre as teorias mistas ou ecléticas

A crítica formulada por Roxin acerca dessa pretensão unificadora é bastante precisa ao afirmar que a “intenção de sanar estes defeitos, justapondo simplesmente três concepções distintas, tem forçosamente de fracassar, e a razão é que a simples adição não só destrói a lógica imamente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em meio de reação apto a qualquer emprego”.¹²⁴ E não se pode negar que deixa de assistir razão a esse autor, afinal, dado que as teorias retributivas e preventivas individualmente não demonstravam a efetivação dos fins práticos a que se propunham, do mesmo modo, a simples somatória dessas perspectivas não teria tal condão.

Mais do que isso, as pretensões conciliatórias, por objetivarem agradar a todos, acabaram não o fazendo de modo satisfatório a ninguém. É que por não se tratar de um

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

¹²³ Id.

¹²⁴ Id.

ponto concluído de evolução, ao tentar unir prevenção e retribuição, elas fracassam na pretensão de resolução das antinomias dos fins da pena. Tanto o é que não se pode dizer possível tentar conciliar “postulados eminentemente opostos como a retribuição, de evidente caráter prejudicial ao condenado, e a ressocialização, que o beneficia”.¹²⁵

3.2.4 Propostas atuais

O surgimento de posições então denominadas de unificadoras deve-se ao fracasso experimentado pelas teorias preventivas e à contraposição às freqüentes críticas tecidas contra as teorias absolutas.¹²⁶ É dizer, “com a pretensão de eliminar todas essas antinomias aflora no campo das ciências penais a teoria da prevenção geral positiva”.¹²⁷

Modernamente, propõem-se, por um lado, a abolição do Direito penal e, por outro, a orientação funcionalista deste, seja na vertente de corte radical (linha de Jakobs – prevenção geral positiva fundamentadora) seja na vertente mais moderada (linha de Roxin – prevenção geral positiva limitadora desde os postulados garantistas).¹²⁸

As propostas deslegitimadoras (abolicionismo e minimalismo radical), explica Paulo Queiroz,¹²⁹ apresentam como ponto em comum “o fato de se insurgirem contra a existência mesma do Direito penal”, afirmando, em síntese, como explica Paulo

¹²⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 197.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 198.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100.

¹²⁸ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199.

¹²⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 96.

Queiroz: a) a disparidade entre o discurso e a prática; b) o caráter definitorial do delito, que seria uma realidade construída mediante processos de definição e interação; c) a inidoneidade preventiva ou motivadora da norma, já que em verdade, a norma não se presta a esse fim, vez em que não atua no processo motivacional de formação da vontade de delinquir, e sim quando o delito já ocorreu; d) a excepcionalidade da intervenção penal, dado que ante a existência cifras ocultas; e) a seletividade arbitrária do sistema penal, reprodutor de desigualdades sociais materiais e f) o caráter criminógeno do sistema penal, que ao invés de coibir determinadas condutas, acaba por criar clima propício não apenas para que tais condutas proliferem, mas também para que outras atividades delituosas vicejem.

Acerca das propostas do radical abolicionismo, que evidenciam os efeitos perniciosos do sistema, contudo, há de se reconhecer o “quanto resulta positiva a assunção do monopólio do jus puniendi por parte do Estado”, já que assim, ao ser o único legitimado a tal resposta,¹³⁰ restam neutralizadas, ao menos em tese, a vítima e uma pretensa vingança privada.

A realidade evidencia que pretensão de abolição não prosperou. Ao contrário, tal proposta, bem destacam Montes e Busato,¹³¹ “semeou um mecanismo de solução de conflitos com características próprias do Direito Civil, como a arbitragem e a reparação do dano”, só que com tais medidas o Direito penal acaba estendendo sua competência sobre fatos que eram de sua competência, tendo em vista a *ultima ratio*, própria da adoção de um princípio de intervenção mínima.

¹³⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 200.

¹³¹ Id.

Quanto às propostas funcionalistas, por sua vez, alguns comentários fazem-se necessários, conforme se passa a expor.

3.2.4.1 Prevenção geral positiva fundamentadora¹³²

Para a teoria da prevenção geral positiva, a finalidade da norma é fortalecer os valores ético-sociais veiculados pela norma, estabilizar o sistema social ou semelhante.¹³³

Essa formulação, cujo principal expoente atual é Günther Jakobs, parte da referência do Direito penal para o sistema social, é dizer, a norma, aqui, constitui-se “uma necessidade funcional/sistêmica de estabilização de expectativas sociais por meio da aplicação de penas ante as frustrações que decorrem da violação das normas”.¹³⁴ Nessa concepção, “a finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contrato social”.¹³⁵ Afinal, para Jakobs, os contatos e interações sociais geram as mais diversas expectativas, que devem ser asseguradas como condição de preservação do sistema social.¹³⁶

¹³² Vale destacar que essa teoria tem como representante também Welzel, como afirma Bitencourt, já que para esse “o Direito penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia da vigência real dos valores de ação da atitude jurídica.” Mais que isso, o que essa proposta coincide com a de Jakobs é o fato de “buscar na coletividade sua manutenção fiel aos mandamentos do Direito”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100-101.

¹³³ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 87.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 88.

¹³⁵ JAKOBS, Günther. **O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?**. In: CALLEGARI, André Luís. et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução por Manuel Cancio Meliá. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 12.

¹³⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

A proposta de Jakobs é, pois, que a pena assuma uma função de integração ao sistema, a fim de que esse se mantenha estável.¹³⁷ Nessa perspectiva, como ao Direito penal corresponde garantir a função orientadora das normas jurídicas,¹³⁸ o que se lesiona não são bens jurídicos, mas a própria norma e a conseqüente confiança institucional que os indivíduos nele depositam. Dito de outro modo, aquele que pratica um delito expressa uma concepção diversa do mundo, porque para esse sujeito o ordenamento jurídico não tem vigência, e sim a sua vontade particular. A aplicação da pena vem, assim, como forma de manifestação estatal que essa concepção concreta individual não vale e deve imperar a vontade geral (negação da negação).¹³⁹

Por essa razão, “enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração”.¹⁴⁰

Como se observa, a semelhança entre as teorias de Jakobs e as teorias absolutas é bastante nítida, tendo ele mesmo admitido tal similitude.¹⁴¹

¹³⁷ As bases ideológicas desta postura são identificadas na teoria do sistema social de Nicklas Luhmann (que considera a sociedade como um sistema independente do indivíduo) e também nas idéias preconizadas por Talcott Parsons acerca do dano social. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 200-201.

¹³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 101.

¹³⁹ LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Günther Jakobs**. In: CALLEGARI, André Luís. et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução por André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 101.

¹⁴¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90. Mais do que isso, “os fundamentos de sua concepção se encontram estreitamente vinculados com a filosofia do direito de Hegel e alguns aspectos da teoria dos sistemas”. LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Günther Jakobs**. In: CALLEGARI, André Luís. et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução por André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 12.

Além disso, bem refere Queiroz,¹⁴² não se pode olvidar que “a teoria sistêmica conduz a uma concepção preventiva integradora em que o centro de gravidade da norma jurídica penal passa da subjetividade do indivíduo e o mundo axiológico ao sistema e às expectativas institucionais”.

As críticas a essa postura referem-se, como não poderia deixar de ser, à desatenção ao bem jurídico e também aos limites que devem ser impostos à pena.

É que embora alguns autores tenham visto nesta posição “o ressurgimento de concepções puramente retributivas, porquanto em sua estrutura segue a tradição metodológica kantiana”, o fato é que embora inicie suas propostas a partir dessas teses, além de deixar de adotar os limites que a culpabilidade estabelece, chega, inclusive, a rejeitá-los.¹⁴³

Desse modo, olvida-se que o Direito penal está condicionado por diferentes limites e garantias e o fato de prescindir dessas limitações ao *ius puniendi* conduz não apenas à legitimação, mas ao desenvolvimento de uma Política Criminal carente de legitimação democrática, isto é, “um Direito penal simbólico, a pedido do consumidor”,¹⁴⁴ que tanto pode refletir um Estado democrático como ocultar um totalitário.

Em síntese, destaca Bitencourt,¹⁴⁵ “a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena”. Além disso, ela é criticável também em “sua pretensão de impor ao

¹⁴² QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91.

¹⁴³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 202-203.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 203.

¹⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos”, o que é inconcebível em um Estado social e democrático de Direito. Não bastasse isso, “é igualmente questionável a eliminação dos limites do *ius puniendi*”, seja formal seja materialmente, já que isso conduz à legitimação e até desenvolvimento de uma Política Criminal carente de legitimidade democrática – o que não se pode, evidentemente, admitir.

3.2.4.2 Prevenção geral positiva limitadora

O fundamento principal dessa proposta é que “a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado”.¹⁴⁶ Assim, a pena, “deve manter-se dentro dos limites do Direito penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-penais”.¹⁴⁷

Na proposta de Roxin, contudo, de corte sensivelmente mais garantista, afirmam Busato e Montes¹⁴⁸, “a finalidade da pena é a prevenção geral positiva, porquanto a pena busca a restauração da paz pública e a reafirmação das regras de convivência”, não apenas reconhecendo na pena uma função integradora – que se desenvolve com a prevenção especial – mas também admitindo a culpabilidade como um limite da pena.

Diante disso, três são os fins e efeitos da pena segundo essa perspectiva: a) o de aprendizagem, motivado social e pedagogicamente; b) o exercício da confiança no

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 204.

Direito que tem origem na população pela atividade da justiça penal e c) o efeito de confiança que surge quando cidadão observa o Direito aplicado.¹⁴⁹

¹⁴⁹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 204.

4 A IDENTIDADE ENTRE OS FINS DA PENA E OS FINS DO DIREITO PENAL

4.1 FINS DO DIREITO PENAL

A assunção de um ou outro fim para o Direito penal tem implicações significativamente divergentes, já que partindo de uma ou outra premissa, bastante diferente pode ser o sistema dogmático a ser construído ou adotado¹⁵⁰. Além disso, a opção por uma ou outra proposta, além de necessária ao jurista, revela também o perfil mais ou menos garantista desse.

Atualmente, o desprezo pelo ser humano tem restado evidente em termos jurídico-penais. E isso, além de completamente injustificável, revela-se também incoerente, já que “a proposição de violação de direitos fundamentais rompe com a idéia de formação do próprio Estado, que constitui a entrega de uma parcela da liberdade em troca da proteção mais eficiente” de direito tão fundamentais quanto.¹⁵¹

Nessa esteira de pensamento, é inegável reconhecer que a proteção seletiva dos bens jurídicos acaba por estabilizar a norma, mas isso, entretanto, é uma consequência, um efeito secundário e não a razão de ser da existência do Direito penal.

Além disso, a admissão da estabilização da norma como missão do Direito penal é inadequada também porque assim agindo, a discussão quanto ao conteúdo da norma, resta impossível, cabendo tão-somente a análise de sua vigência ou não. Vale

¹⁵⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 34.

¹⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Quem é o inimigo, quem é você?** In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 66, 2007, p. 349.

dizer, assim resta aniquilada qualquer pretensão de discussão sobre o conteúdo e adequação social da norma – o que acaba por obstar até mesmo a evolução jurídica da sociedade.

Não se deve, contudo, “buscar um adiantamento ‘preventivo’ do controle das convicções internas, nem o sentido de estabelecer um padrão ético”¹⁵² através do controle social penal, mas, ao contrário, o Direito penal deve ser encarado como um sistema de garantias, não apenas da sociedade em face do indivíduo que delinqüe, mas também – e quiçá principalmente – do indivíduo em face do Estado.

A vista disso, outra não pode ser a conclusão senão que a missão que deve cumprir o Direito penal é o controle social do estritamente intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos. E isso porque não se pode perder de vista que o homem e não a norma há de ser o centro de todo o sistema normativo, ou como referiu Protágoras, o homem, e não a lei, há de ser sempre a medida de todas as coisas.

4.2 FINS DA PENA

Inúmeros e diversos sempre foram os fins atribuídos à pena. As propostas retribucionistas visam, com a pena, a simples retribuição do mal causado, sem qualquer outra utilidade ou finalidade, ou seja, a pena devia ser aplicada pela simples prática da infração penal. As preventivas ou relativas, por sua vez, fundamentam a aplicação da pena na idéia de prevenção da ocorrência de delitos, seja uma prevenção geral (dirigida à sociedade como um todo), seja uma prevenção especial (dirigida

¹⁵² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 34.

pontualmente ao sujeito que infringiu a norma). As propostas mistas ou ecléticas, por seu turno, partindo da junção das duas pretensões anteriores, sustentam que a pena, a um só tempo visa a prevenir delitos e retribuir o mal causado. Finalmente, as aqui consideradas como propostas atuais relacionam-se com a idéia da prevenção geral positiva, em duas vertentes, fundamentadora e limitadora.

Como se observa, a consideração sobre quais são os fins da pena, identificam com precisão Busato e Montes,¹⁵³ esteve sempre desfocado. É que se partiu sempre do questionamento de “quais são os fins da pena”, mas as interpretações doutrinárias sobre a indagação não fizeram mais que trasladar a discussão para o campo dos efeitos e/ou impressões que essa provoca. Por conta disso, faz-se necessário dissipar a confusão entre aquilo que a pena provoca como efeitos necessários (funções) e o que significa seu propósito, sua razão de existir (missão).

Todas as idéias mencionadas, quer relacionadas à prevenção ou à retribuição, quer a ambas simultaneamente, entretanto, não passam de impressões que este controle produz.¹⁵⁴ E como o controle social em um Estado social e democrático de Direito se expressa através da intervenção mínima,¹⁵⁵ a referência ao bem jurídico é imprescindível,¹⁵⁶ pelo que sua proteção, sim, é que, com vistas ao controle social do intolerável é constitui fim da pena. Afinal, o fundamento da pena deve consistir, de

¹⁵³ BUSATO, Paulo César. **Por que, afinal, aplicam-se as penas?** In: Andrei Zencker Schmidt. (Org.). *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo. Livro em Homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 518.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 511-524.

¹⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.** Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1975.

¹⁵⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209.

fato, em um propósito e não em efeito, vale dizer, em uma missão e não em uma função.¹⁵⁷

4.3 A IDENTIDADE ENTRE OS FINS DA PENA E DO DIREITO PENAL

A vista de todo o exposto, a fim de se saber realmente as razões por que se pune, é preciso conhecer, primeiro, quem pune, afinal, como explicam Busato e Montes¹⁵⁸, identificadas as pessoas que punem, é possível reconhecer a motivação da punição.

O monopólio do *ius puniendi* pelo Estado é, hoje, inarredável. E o motivo pelo qual a prática de um delito é apontada pelo Estado como intolerável à boa condução do controle social, explica Busato¹⁵⁹, reside justamente no fato de que é o Estado quem leva a efeito a aplicação da pena com um propósito fundamental e absolutamente claro: manutenção da sociedade sob controle. Isso porque, tanto a permissão de uma conduta criminosa, como a punição deste pela vítima (vingança privada) levariam a uma perda inadmissível do controle por parte do Estado.

A vista disso, a pergunta “por que se pune” parece ser adequada e satisfatoriamente respondida pela afirmação “para manutenção do controle social, que é a tarefa precípua do Estado”.¹⁶⁰

Diante disso, outra não pode ser a conclusão de que se a forma de controle social de situações intoleráveis é levada a cabo pelo Direito penal através da proteção

¹⁵⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206.

¹⁵⁸ Id.

¹⁵⁹ Ibid., p. 207.

¹⁶⁰ Id.

seletiva de bens jurídicos, a única consequência coerente é que também a pena missão da pena identifique-se com isso. Assim, também a finalidade da pena é manter o controle social.¹⁶¹ Logo, não há que se falar que o fim da pena seja retribuição, prevenção ou mesmo retribuição e prevenção.

Ao contrário, se o Estado busca controle social também através da pena, um controle social de cunho penal só se justificativa na medida em que esta intervenção reflita verdadeiramente o sentido do controle intolerável.¹⁶² E esse só é admitido quando representa uma intervenção mínima, de *ultima ratio*, no sentido de proteção seletiva de bens jurídicos, de modo fragmentário e subsidiário.

Por conta disso, considerando que a referência ao bem jurídico é indispensável para a legitimidade das consequências jurídicas do delito, cumpre reconhecer que todas as idéias concernentes à retribuição ou prevenção dizem respeito tão-somente às impressões que este controle produz,¹⁶³ não se confundindo, portanto, com os fins da pena. Afinal, em um Estado pretendidamente social e democrático de Direito, a proteção seletiva de bens jurídicos através do controle social do estritamente intolerável é que se constitui como o único e isolado fim que se pode atribuir à pena.

E assim o é porque a pena não ressocializa e sequer convence, ao contrário, apenas estigmatiza e reflete, na verdade, mais a impotência, o fracasso e a ausência de soluções, que a convicção e a energia necessárias para abordar os problemas sociais.¹⁶⁴

¹⁶¹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 208.

¹⁶² Id.

¹⁶³ Ibid., p. 209.

¹⁶⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del Ius Puniendi**. In Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Coord. Juan José González Rus. Córdoba: Universidad de Córdoba – Servicio de Publicaciones, 1996, p. 250-252.

Desse modo, a fim de que o Direito Penal não se converta exclusivamente em um mecanismo de majoração de desigualdades (já tão flagrantes em nossa sociedade) e de promoção de arbitrariedades e injustiças, torna-se imprescindível que tal intervenção seja efetivamente consentâneo com um Direito penal garantista e de mínima intervenção, sob pena de, inclusive, perder sua legitimidade¹⁶⁵ e de constituir-se um Direito penal incompatível com um Estado social e democrático de Direito.

Conclui-se, portanto, haja vista o perfil a que se pretende dar ao Direito penal, ou seja, pretendendo um Direito penal condizente com um Estado social e democrático de Direito, sustentar que o mais adequado fim que compete a ele e a mais razoável finalidade da imposição da sanção penal, cuidam-se exatamente do mesmo, ou seja, tanto a missão do Direito penal é o controle social do intolerável através da proteção de bens jurídicos, como também esta deve ser a missão da pena.

Afinal, “a adoção de um fundamento coincidente para a pena e para o Direito penal não só resulta em uma postura teórica mais coerente, como também oferece outras vantagens, a partir de suas conseqüências”.¹⁶⁶ Essas vantagens referem-se primeiro ao fato de que como o fundamento da pena é o controle social do estritamente intolerável por meio da proteção seletiva de bens jurídicos, “não se aplica pena onde ela não for necessária”¹⁶⁷ ainda que presentes os elementos constitutivos do delito e segundo porque, dessa maneira, resta afastada, de pronto, qualquer pretensão de

¹⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 85.

¹⁶⁶ BUSATO, Paulo César. **Por que, afinal, aplicam-se as penas?** In: Andrei Zencker Schmidt. (Org.). *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo*. Livro em Homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 522.

¹⁶⁷ Aliás, nesse sentido é a orientação de Roxin ao propor a substituição da culpabilidade, como elemento integrante do conceito analítico de delito, pelo critério responsabilidade, que pressuporia sempre dois requisitos: a culpabilidade do autor e a necessidade preventivo-geral ou especial de punição. ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. XII.

aplicação da pena justificada simplesmente pelo afã de estabilização da norma – o que revela um perfil do fundamento da pena absolutamente restritivo, garantista e respeitoso para com os Direitos Humanos.

E isso porque, tal como a sistemática do Direito penal, que muitos consideravam esgotadas em suas possibilidades, revelou-se necessária de ser repensada desde seus fundamentos, na proposta de Roxin,¹⁶⁸ também vale citar Goethe, no que se refere à desconsideração de todas as teorias dos fins pena examinadas, para a admissão da identidade entre os fins da pena e do Direito penal, já que “antigos fundamentos se honram, mas não se pode abdicar do direito de, em algum lugar, começar tudo outra vez”.

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 88.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As idéias desenvolvidas na pesquisa iniciam com a distinção entre funções e missões do Direito penal, correspondendo as primeiras àquilo que o Direito Penal efetivamente realiza, o que objetivamente se produz e as segundas, àquilo a que ele se propõe realizar.

Atualmente, diversas têm sido as missões atribuídas ao Direito Penal. As duas posições de maior destaque referem-se às propostas de Claus Roxin e Günther Jakobs, que afirmam ser a missão do Direito penal, respectivamente, a proteção seletiva de bens jurídicos (pelo que todo o sistema de imputação considera tais fins, sempre de acordo com os valores político-criminais do sistema) e a estabilização da norma (a partir do que a razão principal da elaboração do sistema de imputação é a reafirmação da vigência da norma, ou seja, a confirmação do reconhecimento normativo, a manutenção da vigência e validade dessa).

A adoção de uma ou outra teoria tem implicações significativamente divergentes e relativas a todo o sistema de imputação. Isso porque, partindo de uma ou outra premissa, diversos podem ser os resultados obtidos e a opção por uma ou outra proposta, além de necessária ao jurista, revela também seu perfil mais ou menos garantista.

Além da dualidade de missões referidas, há ainda maior número de propostas quando se trata do exame das consequências jurídicas do delito, a sanção penal. E isso porque há justificativas que sustentam ser o fim da pena a retribuição do mal causado pelo agente, não havendo, portanto, qualquer outro fim além do ideal de justiça em si mesma. Outras perspectivas, denominadas de relativas, partem da idéia de que a pena

constitui-se não apenas como um mal, mas também como um mal necessário à manutenção da ordem social, cuja finalidade de prevenção parte de dois aspectos: a prevenção geral e a prevenção especial, com o intuito de prevenir novo cometimento de delitos, tanto pela sociedade em geral como pelo próprio agente. Além dessas, há também teorias chamadas mistas ou ecléticas, cuja pretensão é a conciliação entre as duas propostas acima referidas.

Como se observa, numerosas e diversas são as propostas quando se trata da identificação dos fins da pena e do Direito Penal. A opção por um ou outro fim, contudo, tanto no que se refere ao Direito penal, como no que se refere à pena é imperiosa.

Mais do que isso, a mera opção não se revela suficiente do mesmo modo que diferentes opções quanto aos fins do Direito penal e da pena não se mostra adequada e satisfatória.

E isso porque, em sendo o controle social do intolerável o fundamento das consequências jurídicas do delito, todas as idéias relacionadas à prevenção e retribuição não passam de impressões que este controle produz, não se confundindo com seus fins. Assim, outra não pode ser a conclusão de que se a forma de controle social de situações intoleráveis é levada a cabo pelo Direito penal através da proteção seletiva de bens jurídicos, a única consequência coerente é que também a missão da pena identifique-se com isso.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. **Direito Penal**: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Trad. de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches di. **Dos delitos e das penas**. Tradução por José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUSATO, Paulo César. **Por que, afinal, aplicam-se as penas?** *In*: Andrei Zencker Schmidt. (Org.). *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo*. Livro em Homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BUSATO, Paulo César. **Quem é o inimigo, quem é você?** *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 66, 2007.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhte. 35 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del Ius Puniendi**. *In* Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Coord. Juan José González Rus. Córdoba: Universidad de Córdoba – Servicio de Publicaciones, 1996.
- JAKOBS, Günther. **O que protege o direito penal**: os bens jurídicos ou a vigência da norma?. *In*: CALLEGARI, André Luís. et. al. *Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução por Manuel Cancio Meliá. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 3. ed. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Günther Jakobs**. *In*:

CALLEGARI, André Luís. et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução por André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MESTIERI, João. **Manual de Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1975.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas: Madrid, 2000.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba/ICPC: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal**. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 53. Tradução por Luís Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.