

4

As Funções da Pena (*)

É corrente na doutrina o entendimento de que a legitimidade do Direito Penal encontra sua razão de ser na necessidade da pena, mesmo que esta necessidade seja *amarga* como constava do preâmbulo do Projeto Alternativo de Código Penal alemão³⁰², constituindo-se esta medida afluiva, nas palavras de Aníbal Bruno, “no mais complexo e tormentoso problema que o Direito Penal pode nos oferecer”³⁰³, chegando este autor a afirmar que “nada revela melhor a crueldade dos homens do que a história das penas, mais do que a dos crimes”³⁰⁴.

Daí porque se afirmar que a história da pena é a história da sua abolição, construindo, inclusive, teorias que sustentam a total abolição da pena de prisão. Para esta corrente de pensamento, a pena privativa de liberdade como forma de punição está desprovida de qualquer legitimidade ou justificação. Anota Ferrajoli que “os pressupostos filosóficos e as perspectivas políticas de tais orientações são os mais diversos e vão desde o mito criado no século XVIII do *bom selvagem* e da ultrapassada e feliz sociedade primitiva sem direito, até configurações anárquicas e marxistas-leninistas do *homem novo* e da perfeita sociedade sem Estado; das doutrinas apologéticas da deviança e da sociedade desregradas e livremente violenta àquelas renovadoras do final da deviança e da sociedade perfeitamente auto-regulamentada e pacificada”³⁰⁵.

Este trabalho, porém, se destina a estudar as teorias legitimantes da

* NOTA: Em dissertação de mestrado apresentada perante a Universidade Cândido Mendes discorreu-se longamente sobre este tema, conforme obra já citada neste trabalho. Volta-se aqui ao assunto, ainda que de forma bem mais sucinta, a fim a que se obedeça a sistemática desse estudo. Para conferir, veja-se: CASTELLAR, J. C. *Lavagem...* p. 50 e seguintes.

³⁰² “(...) impor uma pena não é um acontecimento metafísico, mas uma *amarga necessidade* no seio de uma comunidade de seres imperfeitos tal como são os homens de hoje” (Projeto Alternativo de Código Penal Alemão, 1ª ed., 1966, p. 29, cf. ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 55).

³⁰³ BRUNO, Aníbal: *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 9 (o autor define a pena, no seu sentido propriamente jurídico, como “a reação que uma sociedade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime”. p. 10).

³⁰⁴ BRUNO, Aníbal. *Cit.* (1962)

³⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. Trad. A. P. Zomer, F. H. Choukr, J. Tavares e L. F. Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 201.

pena privativa de liberdade, com a finalidade de sobrepô-las às sanções aplicáveis à criminalidade econômico-financeira, e então verificar, sob esta ótica, se sua imposição estará de acordo com as teorias que a legitimam como forma de punição.

Mesmo que a doutrina de modo geral admita que a pena privativa de liberdade revista-se de sentido que transcenda a racionalidade, grande parte dos autores considera que esta é necessária à vida em sociedade. Maurach e Zipf chegam a comentar que “uma comunidade que renunciar ao poder punitivo se abandonaria a si mesma”³⁰⁶.

Através dos tempos teorias vêm se edificando para legitimar a pena corporal de privação da liberdade como forma de punição, podendo-se resumi-las em três concepções básicas, adiante descritas na dicção de Roxin³⁰⁷:

“Conforme a primeira concepção, que na Alemanha vem tendo uma influência muito grande durante largo tempo, sobretudo através de Kant e Hegel, e que, todavia, hoje conta com partidários de renome, a pena deve retribuir o fato através da imposição de um mal, independentemente de todo efeito social, e com isso servir à Justiça. Se fala aqui de uma ‘teoria da retribuição ou da Justiça’”.

“O segundo ponto de vista considera que a imposição da pena visa apartar o autor de ulteriores delitos. Se denomina ‘teoria da prevenção especial’, cujo desenvolvimento científico na Alemanha se encontra especialmente ligado ao nome de Franz von Liszt, e tem influído consideravelmente no processo alemão durante as primeiras décadas do pós-guerra.

“A terceira teoria assinala à pena a função de motivar a generalidade, quer dizer, a toda a população, a comportar-se legalmente. Designa-se ‘teoria da prevenção geral’, e seu fundador e mais significativo representante na Alemanha foi Anselm von Feuerbach, que há duzentos anos iniciara a moderna ciência alemã do direito penal”.

Ainda segundo este autor, podem-se reunir estas três teorias em dois grandes grupos: teoria absoluta, assim chamada, como se viu, por desvincular a pena de quaisquer efeitos sociais que possa produzir e que encontra seu sentido unicamente na realização da Justiça, não tendo nenhuma outra utilidade prática, seja para a comunidade ou para o infrator; e teorias da prevenção especial da

³⁰⁶ MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, cit. p. 85.

³⁰⁷ ROXIN, Claus. *Transformaciones de la teoría de los fines de la pena*. Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales – estudios en homenaje a Claus Roxin (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Córdoba). Córdoba: Lerner/La Lectura, 2001, p. 212 (tradução livre do espanhol).

prevenção geral, ambas tidas por “relativas”, posto que vinculadas a “fins” que têm o escopo de obter, com a pena, efeitos sociais: seja influenciando sobre o autor ou sobre a sociedade em geral, mas tudo com o objetivo de evitar o práticas criminosas.

No início do Século XIX exerciam predomínio na doutrina as concepções de prevenção geral, juntamente com posições retributivistas. Mir Puig alude que a “luta de escolas” surgida nesse embate doutrinário “se resolveu mediante um compromisso por teorias ecléticas, que combinaram com distintas tonalidades a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial”. Acrescenta o autor que este compromisso supunha a renúncia ao ponto de partida retributivista, isto é, “supunha deixar de considerar a pena como uma *exigência ética de justiça*, pois, certamente, a injustiça não admite componentes derivados da utilidade social”. Assim, o centro de gravidade das funções da pena passa a ser a prevenção, sendo a retribuição um *limite* máximo e/ou mínimo, ou seja, um modelo de direito penal a serviço da prevenção, mesmo que esta esteja limitada pelos conceitos de proporcionalidade e/ou culpabilidade³⁰⁸.

“A formula, sintética como a do Estado Social e Democrático de Direito e coerente com esta, pretende conciliar a necessidade de proteção da sociedade através da prevenção jurídico-penal, por uma parte, e a conveniência de submeter dita intervenção preventiva a certos limites, derivados em parte da consideração do indivíduo e não só da coletividade”.

Vale, contudo, perpassar os fundamentos de cada uma destas teorias, já que seu entendimento auxiliará na demonstração da tese ao final defendida.

4.1

teoria absoluta

Como se disse, o fundamento desta teoria prende-se à ideia de que a pena não tem outra finalidade social que não seja a de punir o autor pelo fato praticado. Argumenta-se, contudo, que, mesmo para apenas punir, deve ser justa e proporcional ao fato cometido, seja no tocante à sua duração ou intensidade.

³⁰⁸ MIR PUIG, Santiago. *Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva*. Prevención y Teoría de la Pena (dir. Juan Bustos RAMIREZ). Santiago: Lexis Nexis, 1995, p. 49 (tradução livre do espanhol).

A pena como forma de compensação encontra registro desde antiguidade, sendo o mais relevante deles o Código de Hamurabi³⁰⁹, em que está cristalizado o *princípio de talião* – cristalizado na sentença *olho por olho, dente por dente* – salientando-se que a aplicação de penas por um órgão autônomo e neutro é vista como um avanço relativamente à vingança privada e às dissensões entre famílias e tribos.

Esta teoria tem seu estofa na obra de dois dos maiores filósofos da cultura europeia, Kant e Hegel. Para este último, a pena se constitui na *negação da negação* ao direito: “o crime, como a vontade que é implicitamente nula, *eo ipso*, contém sua negação em si, e essa negação é manifestada como pena”³¹⁰. No entendimento deste autor, a pena está dotada de caráter restaurador do direito, devendo, porém, a quantidade de castigo corresponder em intensidade ao da ofensa causada. Segundo o pensamento de Kant, o fundamento da pena deve ser exclusivamente o de atuar como retribuição, razão pela qual ele defende a ideia de que se o Estado se dissolvesse, ainda assim teria que preocupar-se em retribuir a culpabilidade de criminosos, pois se não o fizer o povo estaria sendo partícipe daqueles crimes e também sobre ele deveria recair punição³¹¹.

³⁰⁹ Veja-se BUZON, E. *Código de Hamurabi* (tradução). Petrópolis: Editora Vozes, 2ª ed., 1976, p. 87: §§ 196 e 200: “Se um *awilum* destruiu o olho de um (outro) *awlium*: destruirão seu olho; Se um *awilum* arrancou um dente de um *awilum* igual a ele: arrancarão seu dente”.

³¹⁰ Escreveu KANT: “A punição jurídica jamais pode ser administrada apenas como meio de promover um outro Bem. Seja com relação ao próprio Criminoso, seja com relação à Sociedade Civil, mas deve ser imposta em todos os casos apenas porque o indivíduo a quem é infligida cometeu um Crime. Pois um homem jamais deve ser tratado apenas como um meio subserviente para o propósito de outrem, nem deve ser mesclado com as matérias do Direito Real. Sua Personalidade Inata tem o Direito de protegê-lo contra tal tratamento, embora possa ele ser condenado a perder sua Personalidade Civil.. A lei é um *Imperativo Categórico*; e aí daquele que rasteja através dos meandros sinuosos da doutrina da felicidade para descobrir alguma vantagem que possa desobrigá-lo da Justiça da Punição, ou mesmo da devida medida dele, de acordo com a máxima farisaica: ‘É melhor que um homem morra do que todo o povo pereça. Porque, se a Justiça e a Probidade perecem, a vida humana não terá mais valor no mundo’”. In KANT, Immanuel, *Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito* (trad. para o inglês de W. Hastie e para o português de Reinaldo Guarany). Em *Os Grandes Filósofos do Direito*: org. MORRIS, Clarence. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2002, p. 256. II Parte, I Seção.

³¹¹ Segundo HEGEL: “uma questão de grande dificuldade foi introduzida na ideia de retribuição pela categoria da igualdade, embora ainda seja verdade que a justiça de tipos específicos ou montantes de pena é uma questão adicional, subsequente à substância da coisa em si... *O crime, como a vontade que é implicitamente nula, ‘eo ipso’ contém sua negação em si, e essa negação é manifestada como pena.* É esta identidade interna cujo reflexo no mundo externo se apresenta como igualdade” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito* (trad. para o inglês por T. M. Knox e para o português de Reynaldo Guarani). Em *Os Grandes Filósofos do Direito*, org. por MORRIS, Clarence. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2002, p. 309.

Mesmo autores mais modernos, como Welzel e Jescheck, consideram que a retribuição restaura o direito. Para Welzel, a “pena é um mal que se impõe ao autor por um fato culpável”. Segundo este autor, “a pena se justifica como retribuição adequada à medida da culpabilidade”, porque reforça o “juízo ético-social”³¹². A posição de Jescheck não destoa, já que seu pensamento é no sentido de que “a pena privativa de liberdade continua sendo a coluna vertebral do sistema penal, porque é a única *reação* que pode ser tomada em conta para a grave criminalidade e para a criminalidade média não coberta totalmente pela multa, assim como para a reincidência frequente, e porque não cabe prescindir por completo dela como pena subsidiária de privação de liberdade em caso de resultar impossível o pagamento da pena de multa”³¹³.

Vários autores criticam a adoção em caráter definitivo da teoria absoluta da pena, inclusive os dois acima citados. Muito interessantes nessa linha são os argumentos apresentados por Bustos Ramírez, no sentido de que “não parece racional nem tampouco apropriado à dignidade da pessoa humana que a pena *só* consista num mal”, porque esta “lateralidade evidentemente está marcada pela ideia de talião ou vingança, que não resulta adequada para a concepção de um Estado de direito”³¹⁴.

Roxin também critica a teoria absoluta. Segundo ele a pena, “como drástica intervenção estatal que é, requer uma legitimação jurídica que não pode consistir em uma ideia metafísica de compensação retributiva da culpabilidade, senão, unicamente, em sua idoneidade e indispensabilidade para a satisfação dos encargos estatais (no caso concreto um controle da criminalidade que proporcione segurança)”. Numa palavra, “o estado não está autorizado à imposição de uma pena não necessária desde o ponto de vista preventivo”³¹⁵.

³¹² WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, ... cit, p. 326-7.

³¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...* Cit. p. 683.

³¹⁴ RAMÍRES, Juan Bustos. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1994, p. 169.

³¹⁵ ROXIN, Claus. ... cit. (2001-A), p. 213.

4.2

teoria da prevenção geral

Conforme mencionado, esta teoria foi desenvolvida por Anselm Ritter von Feuerbach na virada do século XVIII para o XIX. Para este autor, mais do que uma simples retribuição pelo mal causado pelo delito, a finalidade da pena deve conter um efeito de intimidação capaz de atingir a generalidade dos indivíduos, afastando-os do cometimento de delitos.

Feuerbach concluiu que o Estado deve preocupar-se em impedir psicologicamente todo aquele que tem tendências criminosas a se comportar realmente de acordo com essas inclinações. Eis suas palavras: “Se de todas as formas é necessário que se impeçam as lesões jurídicas, então deverá existir outra coerção junto à física, que se antecipe à consumação da lesão jurídica e que, provindo do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que requeira o prévio conhecimento da lesão. Uma coação desta natureza só pode ser de índole *psicológica*”. Este impulso criminoso, prossegue o autor, “pode ser cancelado à condição de que cada um saiba que ao fato que praticou há de seguir, ineludivelmente, *um mal que será maior* que o desgosto emergente da insatisfação de seu impulso ao fato”³¹⁶.

Ainda em conformidade com a teoria desenvolvida pelo mestre alemão, não basta apenas a cominação da pena para que o seu efeito intimidador se faça sentir, mas é necessário que, concomitantemente, se dê sua efetiva execução, sendo que a “conexão do mal com o delito deve ser feita por uma lei, de forma a não lesar direitos de ninguém, pois a ameaça abstrata opera quando tenham sido lesados direitos e cria a certeza de que a pena se seguirá ao delito”³¹⁷, devendo, ademais, que a pena seja certa e não indefinida.

Resulta que a teoria da pena como forma de prevenção geral de delitos tem por fundamento, por um lado, a ameaça da punição para os que infringirem as condutas proibidas e, por outro, a própria execução da punição, que serviria como demonstração de que, violada uma regra ditada pelo Direito Penal, a sanção

³¹⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal* (trad. de Eugenio Zaffaroni y Irma Hagemeyer). Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1989, p. 60 (tradução livre para o português).

³¹⁷ ZAFFARONI, Raul Eugênio e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual...* cit. p. 268.

correspondente ocorrerá implacavelmente, servindo assim de exemplo aos demais membros do corpo social.

Através dos tempos a teoria da coação psicológica desenvolvida por Feuerbach tem recebido novas abordagens, algumas delas, inclusive, como destacam Hassemer e Conde, derivadas da psicanálise e da economia, todas tratando de encontrar as razões que regem e explicam o comportamento humano³¹⁸.

Em conformidade com as descobertas de Sigmund Freud, em alguma parte da psique humana se forma desde a infância um órgão de controle que vigia as próprias emoções e orienta a conduta do homem conforme as exigências do mundo circundante, a que o pai da psicanálise nomeou de *Superego*, cuja tarefa é a de internalizar as mensagens oriundas do mundo exterior, tais como a autoridade paterna e os mandamentos jurídicos, convertendo-os em determinantes do comportamento. Entre estas mensagens se inclui o castigo. Assim, a pena, tanto quando é aplicada como quando se constitui num mal hipotético com o qual se ameaça para o caso de cometimento de um delito, é uma forma de dirigir o comportamento humano, tanto do delinquente, como o daqueles que, através do castigo do delinquente aprendem a inibir e controlar seus impulsos delitivos.

Coisa semelhante ocorre com as modernas teorias econômicas de coloração liberal, que pretendem explicar o comportamento criminoso e a reação frente ao mesmo como um *rational choice*, isto é, como uma eleição racional entre vários fazeres possíveis em que o sujeito se deixa levar por determinado comportamento porque este agir produz maiores benefícios com o menor custo possível. Neste processo de decisão a pena atuaria como uma forma de direção do comportamento humano, já que através da intimidação e da ameaça do castigo se faz sentir ao sujeito que o delito não é rentável, que a comissão do crime produz mais custos do que benefícios.

As críticas que Hassemer e Conde fazem a estas teorias são, primeiramente, as de que simplificam em demasia “as razões pelas quais os indivíduos delinquem ou descumprem as normas”, falsificando, em consequência, as razões pelas quais se reage punitivamente frente a estas infrações. Além disso,

³¹⁸ HASSEMER, Winfrid e CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pags. 303/304.

apresentam problemas de verificação empírica em seus pressupostos, pois, justamente, “dão por demonstrado que o que há por demonstrar”³¹⁹.

Em virtude dessas duas formas de se abordar a pena como modo de prevenção geral da criminalidade, passou-se a separá-la em dois aspectos: um *negativo* e outro *positivo*.

4.2.1

aspecto negativo

A pena como forma de prevenção geral *negativa* da criminalidade está centrada nas já mencionadas ideias de Feuerbach, isto é, na intimidação pela via da imposição sanções às condutas consideradas proibidas, que atuaria psicologicamente sobre a generalidade das pessoas, desestimulando a prática de crimes pelo medo potencial que elas teriam de sofrer o castigo representado pela pena. Esta faceta da função de prevenção da criminalidade ainda tem larga aplicação no Direito Penal, sendo defendida pelas correntes punitivistas que veem no endurecimento das penas a solução para os conflitos sociais.

A primeira crítica que se formula a este aspecto é a de partir de “uma concepção mecânico-racional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício”³²⁰. O ser humano é muito mais complexo do que esta fórmula conjectura, não sendo de se esperar, por isso, que se comporte mecânica ou racionalmente quando estiver na iminência do cometimento de uma conduta ilícita.

Esta imagem intelectualizada do ser humano desenha um “estereótipo de delinquente previsor, calculador, que não condiz com a realidade por generalizar clichês decisoriais que não são válidos, sequer, para a delinquência econômica convencional, menos ainda para a criminalidade *simbólica* ou *expressiva* (drogas, delitos passionais, contrapondo-se à criminalidade *instrumental* – delitos patrimoniais)”. Para Antonio Garcia-Pablos, “a certeza de benefícios imediatos, seguros, prevalece sobre a eventualidade de algum risco que

³¹⁹ HASSEMER, Winfrid e CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.* p. 304

³²⁰ BATISTA & ZAFFARONI. *Cit.* (2003), p. 117.

o [delinquente] descarta ou contempla como improváveis, por mais graves que sejam”³²¹.

Também no que diz respeito ao caráter “exemplarizante” dessa função da pena se apõem censuras, na medida em que seu caráter dissuasório estaria restrito a “algumas pessoas vulneráveis, e sempre referido aos crimes que elas costumam cometer”, e não para a generalidade dos casos. Afinal, há pessoas que, por causa de características pessoais ou de classe que lhes são próprias não são – ou são menos – vulneráveis ao Direito Penal do que outras. Mas ainda que se considere esse universo de *pessoas vulneráveis*, apenas aquelas que não lograram êxito na empresa delituosa seriam selecionadas, uma vez que a seletividade do sistema só alcançará os que não foram eficientes no seu comportamento delituoso.

Deste modo, o resultado daí advindo, ao contrário do que se espera com a ameaça da pena, será o do aperfeiçoamento de práticas delitivas, tornando-as mais eficientes, de sorte a que o agente escape do controle exercido pelas agências de execução da criminalização secundária. Sob essa ótica, portanto, o “efeito dissuasivo” da pena se dá às avessas.

Demais disso, aqueles tidos por *invulneráveis* ao sistema penal, os que se incluem numa abrangente categoria criminológica – a assim chamada criminalidade *dos poderosos* – não se sentem ameaçados com virtual pena que lhes sobrevenha, seja porque seus lucros com as condutas ilícitas são muito grandes e, literalmente, *valem a pena*, ou porque as práticas decorrem da sua qualidade de membros do poder estatal ou outra posição social de relevo. Segundo Batista e Zaffaroni, “as únicas experiências de efeito dissuasivo do poder punitivo passíveis de verificação são os estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas”, citando como exemplo a já mencionada ditadura militar brasileira e seu Ato Institucional nº. 5, que proibiu o conhecimento de *habeas corpus* em matéria de “segurança nacional”³²².

No que tange ao viés da “exemplaridade”, Cirino dos Santos argumenta que viola o princípio da dignidade humana “porque *acusados reais* são

³²¹ GARCIA-PABLOS, Antonio. *La prevención del delito*. El penalista liberal: Manuel de Rivacoba y Rivacoba – homenaje (coord. Jose Luis Gusmán DALBORA). Buenos Aires: Hamurabi, 2004. p. 617.

³²² BATISTA & ZAFFARONI. *Idem. Ibidem*.

punidos de forma *exemplar* para influenciar a conduta de *acusados potenciais*, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais”³²³, ferindo-se a máxima kantiana de que o homem é um fim em si mesmo e não pode ser utilizado para servir de instrumento para obtenção de êxito em matéria de política criminal.

Por outro lado, a suposição de que a ameaça penal inibiria práticas delituosas, conduz ao raciocínio de que a todo crime deveriam ser impostas penas cada vez mais graves, culminando, ante o esgotamento das demais sanções, com a imposição da mais grave delas – a de morte – (e até a *doação* compulsória de órgãos, em determinadas hipóteses³²⁴), para todo e qualquer delito posto que este jamais deixará de existir. Aliás, como assinalou Freud, citando Frazer³²⁵,

³²³ CIRIINO DOS SANTOS, Juarez. *Dir. Penal*. Cit. p. 465-466.

³²⁴ Conforme anotou Bauman: “A reforma da pena de morte talvez seja o sistema mais drástico, porém não o único, do papel mutável da criminalidade – da alterada mensagem simbólica que ela transmite. O *sangue, não somente o suor, tende a ser tirado da parte encarcerada da ‘classe baixa’*. Em *Dead Men Walking*, a freira Helen Prejean, dirigente da Coalizão Nacional contra a Pena de Morte, descreve o ‘embuste do plasma’ organizado pela Prisão de Angola, no estado de Indiana, em que se coletavam ‘doações’ de sangue, com pagamentos baixando, em março de 1994, dos originais 12 dólares para 4 dólares por doação. Enquanto isso, o Dr. Jack Kevorkian, defensor da linha de frente da eutanásia, faz campanha pela inclusão de ‘doações’ de órgãos compulsórias no processo de execução. Esses poucos fatos anunciam o novo papel atribuído aos pobres na nova versão da ‘classe baixa’, ou da ‘classe além das classes’: ela não é mais o ‘exército de reserva de mão-de-obra’ mas, verdadeiramente, a ‘população redundante’. Para que serve? Para o fornecimento de peças sobressalentes para consertar outros corpos humanos?” (BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. M. Gama, C. M. Gama, revisão L.C. Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 59). Sobre penas que ultrapassam a morte propriamente dita, vale reproduzir a condenação de Tiradentes à *morte natural para sempre*, proferida em 18/04/1792. *Verbis*: “Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baração e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella *morra morte natural para sempre*, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu” (Em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=612>, consulta em 14/01/2012). Ainda sobre o ponto, não será demasia registrar que o Livro V das Ordenações Filipinas, em seu Título VI (“Do crime de Lesa Majestade”, item 11, assim proclamava: “E se o culpado nos ditos casos falecer, antes de ser preso, acusado, ou infamado pola dita maldade, ainda depois de sua morte se póde inquirir contra ele, para que, achando-se verdadeiramente culpado, *seja sua memoria danada*, e seus bens confiscados para a Corôa do Reino” (PIERANGELLI, José Henrique (coord). *Códigos Penais do Brasil – evolução histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 20).

³²⁵ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu e outros trabalhos*. Trad. J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1974, vol. XIII, p. 150.

A lei apenas proíbe os homens de fazer aquilo a que seus instintos os inclinam; o que a própria natureza proíbe e pune, seria supérfluo para a lei proibir e punir. Por conseguinte, podemos sempre com segurança pressupor que os crimes proibidos pela lei são crimes que muitos homens têm uma propensão natural a cometer. Se não existisse tal propensão, não haveria tais crimes e se esses crimes não fossem cometidos, que necessidade haveria de proibi-los? Desse modo, em vez de presumir da proibição legal do incesto que existe uma aversão natural a ele, deveríamos antes pressupor haver um instinto natural em seu favor e que, se a lei o reprime, como reprime outros instintos naturais, assim o faz porque *os homens civilizados chegaram à conclusão de que a satisfação destes instintos naturais é prejudicial aos interesses gerais da sociedade*".

Deste modo, não será por meio da ameaça penal que se obterá um efeito eficiente de prevenção da criminalidade. Não é a gravidade das penas que produzirá este pretendido efeito dissuasório, mas sim a sua pronta aplicação, mediante o regular processo legal, como, aliás, já advertia Beccaria, em 1764³²⁶:

“Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a infalibilidade destas, e, por conseguinte, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve estar acompanhada de uma legislação branda. *A certeza de um castigo, ainda que moderado, causará sempre impressão maior do que temor de um outro mais terrível, mas associado à esperança de impunidade*".

4.2.2

aspecto positivo

Mais do que mero efeito intimidatório, o aspecto positivo da prevenção geral, nas palavras de Roxin, é o de “conservação e reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico”, atuando a pena como forma de reforçar a “fidelidade jurídica do povo” ao sistema penal, advindo daí um efeito de “pacificação” da sociedade³²⁷.

O surgimento da doutrina da prevenção geral “positiva” é recente, iniciando-se seu desenvolvimento no final dos anos 1970 início dos 1980, atribuindo-se a Jakobs sua maior difusão, quando este autor vinculou essa ideia à *teoria dos sistemas*³²⁸. Welzel, contudo, já referia que o conceito de prevenção

³²⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana, *machesi di. Dos delitos e das penas*. Trad. M. Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 78.

³²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal* (1997, reimpressão 2001). Cit. p. 91.

³²⁸ Um *sistema social* é qualquer conjunto interdependente de elementos culturais e estruturais que podem ser considerados uma unidade. As ‘partes’ que constituem o sistema social podem ser

geral deve ser utilizado em dois sentidos diferentes: o sentido estrito, calcado na ideia de intimidação; e, em sentido mais amplo, consistente “na confirmação do Direito como *ordem ética* e só secundariamente na intimidação”. Adverte, porém, que não se deveria utilizar a expressão “prevenção geral para este segundo sentido, de alcance muito mais amplo”, esboçando-se aí o aspecto positivo da prevenção geral³²⁹.

Entende Jakobs que uma decepção havida no âmbito dos contatos sociais afetará a expectativa geral de que as normas vigentes devem ser respeitadas, porque o “mero fato de iniciar um contato social já é um sinal de que não se espera nenhum desenlace indeterminado”. Esta *expectativa normativa* frustrada traduz-se na *negativa de vigência de uma norma*. Assim, a prevenção geral da criminalidade se dá positivamente quando demonstra a validade da norma, estabilizando-a, o que se realiza ao custo da punição daquele que se conduziu contra as expectativas normativas. Eis o exemplo citado pelo autor: “se encarcera o malfeitor para por de manifesto o incorreto de sua conduta”³³⁰.

Conforme se anotou em outra ocasião³³¹, esta suposta necessidade de *estabilização social*, porém, finda por endossar um Direito Penal *simbólico*, que se realiza “com o recurso às ‘leis manifesto’, com as quais a classe política tenta recuperar perante a opinião pública a legitimidade perdida, acolhendo sua demanda por aumento de penalidade”³³².

A propalada necessidade de garantir-se segurança ao funcionamento social através da ameaça das penas, torna o Direito Penal não a *ultima*, mas a *prima ratio* para o enfrentamento desses problemas, e irá assentar-se, nas palavras

quase de qualquer tamanho ou complexidade, pequenas e simples ou uma posição em uma relação social e tão grandes ou complexas como sociedades inteiras ou grupos de sociedades. (...). De modo geral, um *sistema* pode ser definido como um conjunto de elementos ou partes interdependentes que podemos considerar como todo. Neste sentido, podemos pensar em um motor ou no corpo humano como sistemas. Como método geral para compreender uma grande variedade de fenômenos, a *teoria dos sistemas* é o estudo de como eles são organizados, como se adaptam a circunstâncias mutáveis, como os interesses dos subsistemas se encaixam ou colidem com os do todo e assim por diante. Trata-se de um enfoque amplamente usado, aplicado a quase tudo, de avaliar os riscos de acidente numa usina nuclear ao diagnóstico de problemas operacionais em grandes empresas ou departamentos de governos (JONHSON, A, G. *Dicionário de Sociologia*. Cit. p. 208-209).

³²⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Cit. p. 331.

³³⁰ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal*. Cit. p. 9-12.

³³¹ Veja-se, CASTELLAR, J. C. *Lavagem*. Cit. p. 58.

³³² BARATTA, Alessandro. *Defesa dos Direitos Humanos... Op. Cit.* p. 65

de Cirino dos Santos, não no encontro de soluções sociais reais para o problema da criminalidade, mas em “soluções penais simbólicas”, destinadas unicamente a proteger os chamados complexos funcionais, suprimindo do Direito Penal sua função primeira que é a de tutelar bens jurídicos.

4.3

teoria da prevenção especial

Diferentemente da teoria absoluta, que visa unicamente o castigo pelo mal causado, mas também distinta da ideia de prevenção geral pelo temor virtual que sentiria o potencial delinquente do castigo advindo com a prática delituosa, a prevenção especial da criminalidade tem por fim o próprio delinquente, a sua emenda, a sua recuperação e o seu retorno à sociedade cujas regras violou.

No dizer de Roxin, os méritos teóricos e práticos deste aspecto especial da prevenção da criminalidade são evidentes, na medida em que cumpre extraordinariamente bem com os fins do Direito Penal, posto que “enquanto se obriga exclusivamente à proteção do indivíduo e da sociedade, ao mesmo tempo quer ajudar o autor, isto é, não expulsá-lo nem marca-lo senão integrá-lo”, cumprindo, assim, melhor do que qualquer outra doutrina, “com as exigências do princípio do Estado social”³³³.

O porta-voz mais significativo desta teoria é Franz von Liszt que, no final do Século XIX, em sua obra já tornada clássica, anotou produzirem as penas efeitos sobre:

“a) a totalidade dos sujeitos de direito, dominando, por uma parte, as inclinações criminais por meio da força intimidatória, e, assegurando e fortificando, por outra parte, por meio da reprovação repetida e sustentada, o espírito de ordem dos cidadãos (Prevenção Geral); b) assim mesmo atua sobre o lesado, ao qual proporciona, ademais, a satisfação de não deixar impune o ataque antijurídico dirigido contra ele; c) *mas especialmente atua sobre o criminoso mesmo (Prevenção Especial).*”

Segundo o conteúdo e extensão do mal penal, pode variar a completa gravidade do efeito produzido sobre o criminoso pela execução da pena³³⁴:

³³³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Cit. p. 87.

³³⁴ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal* (traduzido para o espanhol por Luis Jiménez de Asúa da 20ª edição alemã). Tomo Segundo. 2ª ed. Madrid: Editorial Reus (S. A.), 1927, p. 5-6.

“i) a missão da pena pode tender, nesse caso, a fazer outra vez do delinquente um membro útil para a sociedade (adaptação artificial). Pode atuar, em primeira linha, fortificando as representações debilitadas que refreiam os maus instintos ou influenciando sobre o caráter do autor para transformá-lo; segundo estes dois aspectos, se pode distinguir a *intimidação* e a *correção* como efeito perseguido pela pena;

“ii) mas a pena pode ter também como missão suprimir, perpétua ou temporalmente, o criminoso que tenha chegado a ser inútil à comunidade, à possibilidade física de cometer novos crimes, separando-o da sociedade. Aqui se trata da *inocuidade* do delinquente”.

Aqui se distingue a função de prevenção especial em positiva e negativa.

4.3.1 aspecto positivo

Concentra-se na ressocialização do autor. Conforme Albretch, “na base, existe um modelo de tratamento, que deve compensar e mudar positivamente os defeitos pessoais e as extensas falhas de socialização, na intervenção especial preventiva da pena criminal. A prevenção especial reencontra-se no *objetivo* da execução do tratamento, mesmo como único objetivo da execução”³³⁵. Deste modo, a ideia central da teoria que fundamenta a função de prevenção especial da criminalidade é a de, nas palavras de Batista e Zaffaroni, “tentar legitimar o poder punitivo atribuindo-lhe uma função *positiva* de melhoramento do próprio infrator”³³⁶.

Ocorre que as ciências sociais já se encarregaram de demonstrar os efeitos da *prisionização* na personalidade do ser humano, bem as consequências deletérias à personalidade que a privação da liberdade, regulada por controles disciplinares que suprimem a individualidade e que implicam naquilo que Goffman chama de “mortificação do eu”³³⁷.

³³⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia – uma fundamentação para o Direito Penal*. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67.

³³⁶ BATISTA & ZAFFARONI. *Direito Penal*. Cit. p. 125.

³³⁷ “O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despedido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. *O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado*”

Sob este prisma, segundo Thompson, a “primeira observação importante decorre da constatação de que a cadeia não é uma miniatura da sociedade livre, mas um sistema peculiar, cuja característica principal, o poder, autoriza qualifica-lo como um *sistema de poder*”³³⁸. Para Ramalho, “assim como a direção da cadeia tem suas regras de funcionamento e as impõe com rigor aos presos, estes também dispõem de um conjunto próprio de regras que têm vigência entre eles e são aplicáveis por uns presos sobre outros, somente. As regras da cadeia, assim como as leis da justiça de um país, têm autoridades reconhecidas como tais às quais é atribuído o poder de aplicá-las, poder que paira acima das partes envolvidas”³³⁹.

Nesse contexto, vivendo num grupo social dotado de regras próprias de funcionamento, o preso *assimila* estas regras e a elas adapta seu comportamento, decorrendo daí o fenômeno da *prisonalização*, assim definido por Donald Clemmer, citado por Thompson: “A *assimilação* consiste num processo lento, gradual, mais ou menos inconsciente, pelo qual a pessoa adquire o bastante da cultura de uma unidade social, na qual foi colocado, a ponto de se tornar característico dela. O termo *prisionização* indica a adoção, em maior ou menor grau do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos – da cultura geral da penitenciária. *Prisionização* é semelhante à assimilação, pois. Todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à *prisionização*, em alguma extensão”³⁴⁰.

Como se vê, estes são, reconhecidamente, fatores que tornam a prisão uma “instituição deteriorante” e altamente criminógena, o que se observa, eloquentemente, pelos altos índices de *reincidência*³⁴¹ verificados entre ex-

(GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva S. A. 1974, p. 24).

³³⁸ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 49 e seguintes.

³³⁹ RAMALHO, José Ricardo. *O Mundo do Crime – a ordem pelo avesso*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 41 e seguintes.

³⁴⁰ THOMPSON, A. *Idem*.

³⁴¹ Segundo Muñoz Conde e Hassemer, “as *cifras de reincidência*, que se dão geralmente em uma porcentagem que varia segundo o tipo de delito e de autor, mas que ao cabo dos cinco anos do encarceramento se dá em mais da metade dos que tenham cumprido uma pena privativa de liberdade, desautorizam, em parte, o conceito de ressocialização, entendido como simples não voltar a delinquir”. Estes autores admitem que muitos outros fatores podem levar à reincidência, mas verificaram que “as cifras são menores nos que foram condenados a uma pena privativa de liberdade inferior a um ou dois anos e obtiveram o benefício da suspensão da mesma, que entre os que tiveram que cumpri-la efetivamente”. Registram, ainda, que “as cifras de reincidência de ex-reclusos não demonstram precisamente as excelências ressocializadores do sistema penitenciário”.

presidiários. Este é, aliás, um fenômeno que sequer “arranha a sensibilidade social”, posto que assimilado de “maneira bastante tranquila”³⁴² pela sociedade. Além disso, “os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade”, haja vista os “motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas observadas em instituições prisionais”³⁴³. Esta constatação é sintetizada de forma pungente pelo médico Dráuzio Varela, que reporta em sua obra *Estação Carandiru* não apenas uma série de fatos reveladores da violência cotidiana numa penitenciária, mas, sobretudo, a morte a tiros pela Polícia Militar de 111 presos amotinados na extinta Casa de Detenção de São Paulo³⁴⁴.

Assim, diante das evidências trazidas pelas ciências sociais, não deve ser utilizado o argumento de que a pena de prisão é um *bem para quem a expia*, nem se pode cogitar que sua legitimidade encontre assento teórico na ressocialização, reeducação, reinserção ou demais ideologias do elenco “re”.

Deveras, ao se pretender reeducar ou ressocializar uma pessoa de maneira a modifica-la, transforma-la em outra diferente da que é, parte-se da ideia de que há um modelo de indivíduo a ser alcançado, cujo perfil seria desenhado pelo Estado, o que se traduz em violenta intromissão na esfera privada. Ainda que se considere que a pena de prisão seria um *bem*, desnecessário que na construção dos tipos de delitos fossem obedecidos os princípios norteadores do direito penal, nomeadamente o legalidade, que obriga o legislador a *definir* com precisão a conduta incriminada. Se a pena é um *bem*, para que tanto esmero na constituição das condutas proibidas que implicam na sua imposição? Tampouco haveria necessidade de garantias processuais, posto que estas se constituiriam em obstáculos à imposição da pena. Enfim, como anotam Batista & Zaffaroni, “com

Advertem, porém, que apesar de todos estes contra-indicativos, “as modernas tendências apostam por um incremento da pena de prisão para os reincidentes, buscando mais sua ‘inocuidade’ ou ‘incapacitação’ que sua ressocialização (MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. *Introdução a la Crimiologia*. Cit. p. 242-243).

³⁴² Veja especialmente THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. Cit. p. 40.

³⁴³ BATISTA & ZAFFARONI. *Direito Penal*. Cit. p. 125.

³⁴⁴ O autor, que trabalhava no presídio como servidor encerra seu relato com estas palavras: “No dia 2 de outubro de 1992, morreram 111 homens no pavilhão Nove, segundo a versão oficial. Os presos afirmam que foram mais de duzentos e cinquenta, contados os que saíram feridos e numa mais retornaram. Nos números oficiais não há referência a feridos. Não houve mortes entre os policiais militares (VARELLA, Drauzio: *Estação Carandiru*. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 295).

esse discurso o estado de direito é substituído por um estado de polícia paternalista clínico ou moral, conforme seja o melhoramento policial-biológico-materialista (positivismo criminológico) ou ético-realista (correcionalista)”³⁴⁵.

“Definitivamente, trata-se de uma intervenção do estado que, caso fosse factível – contrariando todos os dados sociais – consistiria numa imposição de valores na qual ninguém crê, privada de todo momento ético, desde que desconhece a autonomia própria da pessoa”.

4.3.2

aspecto negativo

A pena não é um bem. Como já assinalava von Liszt, “a pena é um mal que sofre o delinquente”³⁴⁶. Sob o aspecto preventivo-especial-negativo, com a prisão, que se constitui no impedimento físico do delinquente, se dá, nas palavras desse autor alemão, sua *inocuição* evitando comportamento criminoso posterior. Nessa ótica, a sanção penal não passa de um mecanismo neutralizador, que, todavia, se abaterá seletivamente, incapacitando preferencialmente “os indivíduos considerados perigosos”, de acordo com os critérios ideológicos da classe dominante. Segundo a perspectiva pragmática do Direito Penal, este “não é mais que um direito instrumental aniquilatório de inimigos sociais”.

Segundo Cirino dos Santos, esta teoria apresenta inúmeras contradições, que se pode assim resumir: a) a privação da liberdade produz maior reincidência e, portanto, maior criminalidade; b) a privação da liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, reduzindo suas chances de futuro comportamento legal, além de formar uma *auto-imagem* de criminoso – portanto habituado à punição; c) a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima *desintegração social* do condenado, com a perda do lugar de trabalho, dos laços familiares e sociais, além do estigma social de ex-presidiário; d) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado e realizam a chamada *self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas; e) prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza desemprego, escolarização precária etc., desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para

³⁴⁵ BATISTA & ZAFFARONI. *Direito Penal*. Cit. p. 127.

³⁴⁶ VON LISZT, Franz. *Derecho Penal*. Tomo III. Cit. p. 199-200.

correção individual por penas privativas de liberdade, cuja execução significa *experiência subcultural de prisionalização*, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções no sistema de controle; f) finalmente, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a *subcultura da prisão*, maior a reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas, conforma demonstra o *labeling approach*³⁴⁷⁻³⁴⁸.

Como se vê, a ideia de que a prisão torna inócuo o delinquente ao menos enquanto está cumprindo a pena, revela-se no mínimo contraditória, pois em realidade contribui enormemente para o incremento da criminalização secundária, selecionando e punindo vulneráveis e tornando-se, assim, fator criminógeno.

4.4

teoria mista ou unificada

Em conformidade com as observações de Zaffaroni, “as ‘teorias mistas’ quase sempre partem das teorias absolutas e tratam de cobrir suas falhas acudindo a teorias relativas. São as mais usualmente difundidas na atualidade e, por um lado, pensam que a retribuição é impraticável em todas as suas

³⁴⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Cit. p. 484-485.

³⁴⁸ *As Teorias do Etiquetamento (labelling approach)* surgiram nos anos 70 e são genuinamente norte-americanas. São dotadas da “modesta pretensão de oferecer uma explicação científica aos processos de criminalização, às carreiras criminais e à chamada desviação secundária, adquirindo, sem embargo, com o modelo teórico explicativo do comportamento criminal. De acordo com esta perspectiva interacionista, não se pode compreender o crime prescindindo da própria reação social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas *etiquetadas* como delitivas. Delito e reação social são expressões interdependentes, recíprocas e inseparáveis. A desviação não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social, processos estes altamente seletivos e discriminatórios. O *labelling approach*, em consequência, supera o paradigma etiológico tradicional, problematizando a própria definição da criminalidade. Esta, se diz, não é um pedaço de ferro, como um objeto físico, senão o resultado de um processo social de interação (definição e seleção): existe somente nos pressupostos normativos e valorativos, sempre circunstanciais, dos membros de uma sociedade. Não lhe interessam as causas da desviação (primária), senão os processos de criminalização e sustenta que é o controle social que cria a criminalidade. Por isso, o interesse da investigação se desloca do desviado e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que lhe definem como desviado, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e o funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo, que outra coisa não é senão vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma de controle.” GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. Cit. p. 385-386. Veja-se ainda: BECKER. Howard Saul. *Outsiders – estudos de sociologia do desvio*. Trad. M. L. X. de A. Borges. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

consequências e, de outro, não se animam a aderir à prevenção especial. Uma de suas manifestações é o lema seguido pela jurisprudência alemã: ‘prevenção geral mediante retribuição justa’³⁴⁹. É, aliás, o que estabelece nosso Código Penal, ao fixar, em seu artigo 59, os parâmetros a serem seguidos pelo juiz no ato de individualização da pena. Determina este dispositivo que a medida da pena deve ser aquela necessária e suficiente “para reprovação (teoria absoluta) e prevenção do crime (teorias da prevenção geral e especial da criminalidade)”.

Assinala Muñoz Conde que estas teorias, também conhecidas por teorias unificadoras, aparecem na história do Direito penal como uma solução de “compromisso na luta de Escolas que dividiu os penalistas em dois grupos irreconciliáveis: os partidários da retribuição e os partidários da prevenção, general ou especial”³⁵⁰.

Entre os autores pátrios, Paulo José da Costa Júnior sustenta que esta teoria unificadora se distingue das tradicionais “ao levar em consideração as diversas fases através das quais se desenvolve o poder punitivo estatal com relação ao indivíduo”. Estas três fases são a ameaça legal, a aplicação jurisdicional e a execução da pena, que “integram um processo dialético unitário, em que a fase sucessiva assume os fundamentos da precedente”³⁵¹.

Nessa ordem de ideias, Roxin adverte que “uma teoria unificadora dialética pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas”, defendendo o penalista alemão que o melhor para o Direito Penal “é a reunião dos princípios do estado social e do liberal”. Por fim, considera este autor que “a ideia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade”, adicionando que “a culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial”³⁵².

³⁴⁹ ZAFFARONI, R. Eugênio e PIERANGELLI, J. Henrique. *Manual...* Cit. p. 120

³⁵⁰ CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho Penal...* Cit. p. 54.

³⁵¹ COSTA JUNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, v. I, p. 128

³⁵² ROXIN, Claus. *Problemas...* cit. 1998, p. 44.

4.5

reparação do dano em Direito Penal (a terceira via)

O conceito de *reparação* em matéria penal deve ser entendido “como qualquer solução que, objetiva ou simbolicamente, restitua a situação ao estado anterior à comissão do fato e satisfaça a vítima, ou seja, a devolução da coisa furtada, uma desculpa pública ou privada, trabalho gratuito, etc.”³⁵³.

Muito embora desde a antiguidade se cogite da reparação do dano como forma de punição ao autor de um delito³⁵⁴, modernamente a questão da reparação do dano atuando como medida sancionatória penal vem se constituindo no que Roxin chama de “terceira via” para o sistema de penas do Direito Penal. Assim entendida, pode a reparação do dano figurar entre as finalidades da pena, haja vista, primordialmente, seu caráter reintegrador e seu efeito ressocializador, destacando este autor que a “reparação do dano é muito útil para a prevenção integradora, ao oferecer uma contribuição considerável à restauração da *paz jurídica*”. Para Roxin, é o princípio da subsidiariedade que dá legitimação político-jurídica à reparação como “terceira via” para o sistema de sanções, posto que “satisfaz os fins da pena e as necessidades da vítima igual ou melhor que uma pena não atenuada”³⁵⁵.

Vários países incorporaram a reparação do dano em seus respectivos ordenamentos jurídico-penais³⁵⁶, seja como pena autônoma ou mesmo como

³⁵³ CESANO, José Daniel. *Reparación y resolución del conflicto penal: su tratamiento en el Código Penal Argentino*. Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales – homenaje a Claus Roxin. Córdoba: La Lectura/Lerner, 2001, p. 510.

³⁵⁴ Veja-se o § 206 do Código de Hamurabi: “Se um awilum agrediu em uma briga um (outro) awilum e lhe infringiu um ferimento: esse awilum deverá jurar: ‘não o agredi deliberadamente’; além disso, *deverá pagar o médico*” (BUZON, E. *Código de Hamurabi* (tradução). Cit. p. 88-89).

³⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Cit. p. 109-110.

³⁵⁶ Vejam-se os seguintes dispositivos penais: ALEMANHA: § 56b. O Tribunal poderá impor obrigações ao condenado que satisfaçam o dano cometido. Neste caso não se poderão impor ao condenado exigências desalentadoras. II. O Tribunal poderá impor: 1. Conforme suas possibilidades, *reparar os danos causados pelo fato*; FRANÇA: art. 132-45. A jurisdição de condenação ou o juiz de aplicação das penas pode impor especialmente ao condenado a observação de uma ou mais de uma das obrigações seguintes: 5. *Reparar no todo ou em parte*, em função de suas faculdades contributivas, *os danos causados pela infração*, mesmo na falta de decisão sobre a ação cível; PORTUGAL: Art. 51º. A suspensão da execução da pena de prisão pode ser subordinada ao cumprimento de deveres impostos ao condenado e destinada a *reparar o mal do crime*, nomeadamente: a) pagar dentro de certo prazo, no todo ou na parte que o tribunal considerar possível, a indenização devida ao lesado, ou garantir o seu pagamento por meio de caução idónea; ITÁLIA: Art. 165. *A suspensão condicional da pena pode ser subordinada ao cumprimento da obrigação de restituição, ao pagamento da soma liquidada a título de ressarcimento do dano o provisoriamente assinada sobre esse montante e à publicação da sentença*

forma de sua atenuação. Também no Brasil a reparação do dano cumpre função penal, havendo inúmeros dispositivos tratando desse tema, tanto na legislação penal quanto na processual penal e até em lei especiais, como se verá adiante.

Para que possa produzir efetivos efeitos preventivos, a reparação do dano deve reunir determinadas características, a fim de que mantenha sua qualidade de pena pública e não ultrapasse os limites do Direito Penal, transbordando para a esfera da responsabilidade civil, quando deve ser perquirida e determinada pelas regras do direito e do processual civil. Por isso mesmo, a reparação do dano deve partir do próprio autor do fato ilícito, representando um esforço sério no sentido de corrigir, de algum modo, o dano causado à vítima, mesmo nos casos (notadamente nos delitos patrimoniais) em que se obtém a recuperação da coisa independentemente da vontade do réu.

Conforme Schneider, “não se trata de pagar certa quantidade de dinheiro e de articular algumas escusas feitas rapidamente”. Para este autor, importa que a reparação se constitua “num processo criativo, uma contribuição pessoal e social que requer um supremo esforço de confissão e de luto psíquico e social por parte do autor do delito e com a qual o autor assume sua responsabilidade pelos delitos ante a vítima e a sociedade. Deste trabalho de confissão e de luto saem o autor, a vítima e a sociedade transformados e maduros”³⁵⁷.

Conquanto se avenge ser a reparação do dano um dever *intuitu personae* do réu, um comportamento *post facto* de contrição, representando sincero desejo de retorno à situação anterior, não se podem excluir reparações realizadas por terceiros, sobretudo em hipóteses de delitos viários ou culposos de modo geral, quando há a interveniência de empresas de seguros ou do proprietário

a título de *reparação do dano*; ESPANHA. Art. 88. Os Juízes ou Tribunais poderão substituir, com prévia audiência das partes, na mesma sentença, ou posteriormente em auto motivado, antes de dar início à execução, as penas de prisão que não excedam de um ano por limitação de fim de semana ou multa, ainda que a Lei não preveja estas penas para o delito que se trate, quando as circunstâncias pessoais do réu, a natureza do fato, sua conduta e, em particular, o esforço para *reparar o dano causado* assim o aconselhem, sempre que não se trate de réus habituais; SUIÇA: Art. 64. O juiz poderá atenuar a pena: (...) daquele houver manifestado por seus atos o arrependimento sincero, notadamente daquele que houver reparado o dano causado pelo quanto se possa pretender dele (tradução livre).

³⁵⁷ SCHNEIDER, Hans Joachim. *Recompensación en lugar de sanción: restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad*. Vitimologia: enfoque interdisciplinar (org. Ester KOSOVSKI). Rio de Janeiro: Reproarte, 1993, p. 219.

do veículo, que não se confunde necessariamente com a figura do condutor. Em situações que tais, há que se levar em conta que o autor do delito celebrou previamente um contrato oneroso capaz de satisfazer (possível) vítima em suas necessidades, significando dizer que, de algum modo, o autor da infração atuou pessoalmente na reparação. Afinal, o que realmente interessa ao ordenamento jurídico, mais do que apenas atribuir um mal a quem o violou, é que os conflitos sociais se componham e a paz jurídica sobrevenha.

No tocante à justificativa político-criminal da reparação do dano, argumenta-se contrariamente à sua incorporação ao sistema de penas porque representaria uma forma de *privatização* dos conflitos sociais, na medida em que se suprimiria do Direito Penal as penas públicas, ainda que apenas certos delitos ou certas penas possam se incluir no âmbito das quais seja possível promover a reparação do dano. Poder-se-ia dizer, nessa linha, que “um direito penal privado, entregue à vontade da pessoa ofendida pelo delito ou à de quem tutele seus interesses não é mais aceitável porque, desta forma, demolir-se-ia o poder público e tornar-se-ia praticamente a convivência social pacífica”³⁵⁸.

Em que pese confundir-se aqui reparação do dano com reação penal, não se pode negar que a simples reparação do dano como sanção penal retira a dignidade penal da conduta incriminada, indicando a desnecessidade de sua persecução pública, recomendando que outro ramo do direito (civil ou administrativo) exerça a proteção do bem jurídico, além de diminuir o valor de prevenção geral da pena, pois o autor sabe que se devolver a coisa ou de outra forma satisfizer o ofendido sairá impune.

Segundo Pablo Galian Palermo, “desde o ponto de vista normativo, a

³⁵⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. I, 2ª. ed. (traduzido da 8ª ed. Italiana por P. J. da C. Junior e A. S. Franco). São Paulo: RT, 1977, p. 106. Este autor adverte, porém, ser comum afirmar-se que, “nas origens, quando a autoridade do Estado ainda não se constituía ou não estava suficientemente reforçada, o direito penal tinha caráter privado e que apenas gradativamente do *delictum privatum* ter-se-ia passado para os *delicta publica*. Estes (parricídio, alta traição) ter-se-iam desvinculado dos primeiros com o gradual robustecimento da autoridade estatal e subtraídos à *vindicta privata* ou à composição, com fundamento na consideração do objeto que viessem a ferir. Mas isto, em nossa opinião, não é verdadeiro porque não se demonstrou que a autoridade familiar à qual, nas origens, era confiada a perseguibilidade e a punibilidade dos crimes, devesse ser considerada como enquadrada num sistema privatístico quando ainda hoje se entende que o pátrio poder tem acentuadas analogias com a soberania estatal. Na verdade, quando o Estado ainda não existia ou a sua organização era rudimentar, o ‘*pater familias*’ não agia como depositário de um poder privado mas como expressão de uma autoridade política e, portanto, pública, sendo a família a primeira forma de organização política” (p. 106-107).

reparação operaria como um ‘prêmio’ ao delinquente que procede voluntariamente a reparar o dano causado ou diminuir os efeitos de sua ação”. Aceitando-se esta técnica *premier* “não deveria ser a retribuição o fim primordial da pena, pois esta ‘amarga necessidade’ de impor um mal pelo mal realizado, não se condiz com o fim de ‘premiar’ uma conduta”³⁵⁹.

Por outro lado, para que se considere a reparação do dano como pena pública, ou seja, como uma sanção do direito penal, necessário que venha dotada das características de intervenção estatal. No entanto, se assim fosse, havendo uma interferência estatal estaria de plano descartada a principal vantagem da reparação do dano, consubstanciada na diminuição da intervenção estatal na solução dos conflitos, pois impediria a formulação de qualquer pacto direto entre o autor de delito e a vítima.

Os fundamentos que vêm em obséquio à reparação do dano – na linha defendida por Roxin – filiam-se à ideia de que a reparação do dano não é uma pena nem uma medida de segurança, mas sim “uma medida penal independente que contém elementos de direito civil e cumpre com os já conhecidos fins da pena”³⁶⁰.

Nesse diapasão, sob o aspecto *preventivo-geral*, a reparação do dano não se assenta sobre o efeito dissuasório (intimidatório) da pena, mas sobre a possibilidade de que, nas palavras de Júlio Maier, “libere, total ou parcialmente, a necessidade da pena, naqueles casos em que a conduta posterior do autor, dirigida a reparar o dano produzido, satisfaz aquele *plus* de afetação da generalidade, que todo delito contém, segundo sua concepção cultural atual”. Para este autor, a solução reparatória atua, também, “como fim de satisfação da consciência jurídica geral, ante a quebra da ordem jurídica, que cumpre a sanção – e que, nesses casos, deve cumprir a reparação – conceito que vem assim complementar os demais efeitos que se espera da *prevenção geral positiva*, como fim da pena e função do Direito Penal: estabilização da ordem jurídica mediante a afirmação dos valores

³⁵⁹ PALERMO, Pablo Galain. ? *La reparación del daño como ‘tercera vía’ punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*. In: *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica – Libro en homenaje a Claus Roxin* (coord. ALONSO, Miguel O. & FERRUSCA, Mercedes P.). México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, tomo I, p. 502 (tradução livre).

³⁶⁰ PALERMO, Pablo Galain. Cit. p. 517.

estabelecidos por ela e a ratificação da confiança em sua vigência prática”³⁶¹.

Desde o ponto de vista *preventivo especial*, ainda na esteira de Maier, “a reparação se valora positivamente como o melhor esforço do autor para superar os perigos do tratamento, pois é limitada por definição, não consiste na internalização de um modelo em sua submissão e nem apresenta as desvantagens de toda privação da liberdade (etiquetamento e deterioração social)”³⁶². Enfim, para que este papel da reparação do dano se cumpra eficazmente a reparação deve ser, tanto quanto possível, realizada sem coação, pois quanto a maior for sua espontaneidade maior será seu valor preventivo especial.

Como se disse alhures, em nossa legislação penal e processual penal há vários dispositivos que preveem a reparação do dano, seja para composição amigável entre as partes³⁶³, como circunstância atenuante³⁶⁴ (mesmo em crimes ambientais³⁶⁵), como causa de extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária³⁶⁶, para fins de suspensão condicional do processo³⁶⁷, havendo,

³⁶¹ MAIER, Julio B. J. *¿Es la reparación la tercera vía del Derecho Penal? El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en Derecho Penal, procesal penal y criminología*. Libro en homenaje a Manuel Rivacoba y Rivacoba. (coord. DALBORA, José Luiz Guzmán). Buenos Aires. Hammurabi, 2003, p. 221.

³⁶² MAIER, Julio. Cit. p. 222.

³⁶³ Veja-se artigo 72 da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995: Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhando por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade de *composição dos danos* e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

³⁶⁴ Veja-se artigo 16, do Código Penal. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, *reparado o dano ou restituída a coisa*, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Veja-se, também: artigo 65, III, *b*. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: ter o agente: procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, *reparado o dano*.

³⁶⁵ Veja-se artigo 14, II, da Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. São circunstâncias que atenuam a pena: arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea *reparação do dano*, ou limitação significativa da degradação ambiental causada.

³⁶⁶ Veja-se artigo 34 da Lei nº. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente *promover o pagamento do tributo ou contribuição social*, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

³⁶⁷ Veja-se artigo 89, § 1º, I, da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta lei, o ministério publico, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: *reparação do dano*, salvo impossibilidade de fazê-lo.

inclusive, norma que autoriza o juiz criminal a fixar na sentença valor para reparação do dano³⁶⁸ ou, ainda, determinando que a fiança paga pelo acusado reverta em favor de indenização da vítima³⁶⁹.

É convidativa a discussão acerca do tema, sobretudo quando se verifica que apenas em algumas hipóteses específicas de crimes patrimoniais é possível que a reparação do dano surta efeitos despenalizadores. Exemplo desse entendimento doutrinário e jurisprudencial são os crimes de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos e de furto de energia elétrica (artigo 155, § 3º, CP), casos em que se considera que a reparação do dano implica em falta de justa causa para a ação penal³⁷⁰. Na mesma linha de pensamento a extinção da

³⁶⁸ Veja-se artigo 387, IV, do Código de Processo Penal. O juiz, ao proferir sentença condenatória: fixará valor mínimo para a *reparação dos danos* causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

³⁶⁹ Veja-se artigo 336 do Código de Processo Penal. O dinheiro ou objeto dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da *indenização do dano*, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

³⁷⁰ Vejam-se, a título exemplificativo, os seguintes arestos: FURTO DE ENERGIA ELETRICA. AUSENCIA DE PREJUIZO. CONCESSIONARIA DE SERVICO PUBLICO. ILICITO ADMINISTRATIVO. ABSOLVICAÇÃO. Furto. Energia elétrica. "Gato" em mini-mercado. Deixar de ganhar não é perder. Absolvição. Se a implantação do "bichano" é feita na rede pública, não há como se reconhecer a concessionária, simploriamente, como "lesada", eis que não sofre esta qualquer prejuízo, diminuição ou desfalque patrimonial. Nos crimes em que se tutela o patrimônio, sob qualquer de suas formas, haverá que se ter um lesado devidamente individualizado, pois inexistente "furto" em que o sujeito passivo seja toda a coletividade, certo que a concessionária de serviços de fornecimento de eletricidade obra com tarifas, que são as despesas ou custos de um serviço, rateados entre todos os consumidores. "Deixar de ganhar não é perder", certo que a concessionária não pode lançar como "prejuízo" o que deixou de receber de quem quer que seja pelo fornecimento da energia elétrica, lançando tais ausências de receitas em sua contabilidade. O "gato" é ilícito administrativo, sem dúvida, devendo a concessionária avaliar, estimar e cobrar o que entender cabível, mas não indigitá-lo como ilícito penal, seletivamente, pois é público e notório que não se aventura em cobrar junto a domicílios em favelas e comunidades carentes. Provimento do apelo para absolver o recorrente com fulcro no art. 386, II do C.P.P. Vencido o Des. Maurílio Passos Braga. (TJRJ. AC - 2007.050.06186. JULGADO EM 31/01/2008. SETIMA CAMARA CRIMINAL - Por maioria. RELATOR: DESEMBARGADOR EDUARDO MAYR).

PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO - ESTELIONATO POR EMISSÃO DE CHEQUE - MODALIDADE FRUSTRAÇÃO DO PAGAMENTO - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - SÚMULA 554 STF - RESSARCIMENTO DA VÍTIMA FEITO POR TERCEIRO - PECULIARIDADE DO CASO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRELIMINAR ACOLHIDA PARA EXTINGUIR A PUNIBILIDADE DO RÉU PELA APLICAÇÃO DA SÚMULA 554 DO STF. 1. Hipótese em que o réu, no final de seu mandato de Prefeito na Cidade de Cordisburgo, emitiu cheque para saldar dívida da administração e, depois, frustrou seu pagamento sob a alegação de que o título havia sido furtado. 2. Com a perda das eleições a vítima foi ressarcida, antes do recebimento da denúncia, pelo novo Prefeito. 3. A Súmula 554 do Supremo TRIBUNAL Federal obsta o prosseguimento da ação penal nos casos de estelionato por meio de cheque sem provisão de fundos ou por frustração do pagamento, em que a vítima é ressarcida antes do recebimento da denúncia. 4. No caso em que o ressarcimento da vítima é feito por aquele que se beneficiou com a aquisição do bem, não há vício no pagamento que possa importar prejuízo ao réu. 5. Preliminar acolhida para declarar a extinção da punibilidade do agente pela incidência da

punibilidade dos crimes de natureza tributária. Ora, se assim é, cabe indagar por que nas hipóteses de furto de automóveis ou em coletivos ou de apropriação indébita de valores por caixas de bancos ou de supermercados não vigora idêntico proceder, já que a gravidade dos delitos é equiparada, desde que se tome como referência a quantidade de pena aplicável em tese.

Vê-se também em nossa legislação a fixação de valor para reparação do dano na sentença condenatória, providência impositiva, desprovida de qualquer iniciativa do condenado, nem adstrita ao pedido formulado na denúncia, implicando em violação às regras do devido processo legal, nomeadamente as do contraditório e da ampla defesa, não cumprindo, dessa forma, qualquer das finalidades da pena.