

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/04/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/31546-o-princ-pio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-as-teorias-dos-fins-da-pena>

Autori: Ricardo Padovini Pleti, Rodrigo Pereira Moreira

O princípio da dignidade da pessoa humana e as teorias dos fins da pena

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS TEORIAS DOS FINS DA PENA

Ricardo Padovini Pleti¹
Rodrigo Pereira Moreira²

Resumo: Existem várias teorias que procuram determinar a finalidade da pena como sanção dentro do direito penal. Dentre estas teorias far-se-á mister citar a teoria da retribuição, teoria da prevenção especial, teoria da prevenção geral e a teoria da união ou eclética. É preciso, contudo, analisar o direito penal sobre uma ótica constitucional, haja vista que aquele deve subordinação a este. O princípio da dignidade da pessoa humana, neste sentido, surge como um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, servindo como um limite para a atuação do direito penal e deve ser analisado conjuntamente com essas teorias da pena.

Palavras-chave: Prevenção Geral; Prevenção Especial; Teoria da Retribuição; Teoria da Responsabilidade; Finalidades da Pena.

Abstract: There are several theories which attempt to determine the purpose of criminal punishment as penalty in criminal law. Among these theories, the retributive theory of punishment, theory of specific deterrence, theory of general deterrence, and the theory of denunciation, in particular, deserve to be mentioned. However, due to the subordination that criminal law owes to a Constitution, it grows necessary to analyse it under the light of the latter one. Within this context, human dignity is consecrated as a fundamental principle in Brazilian legal system, imposing limitations to the scope of application of criminal law and should, therefore, be considered in relation with these theories of punishment.

Keywords: Theory of General Deterrence; Theory of Specific Deterrence; The Retributive Theory of Punishment; Scope of Application.

Zusammenfassung: Es gibt verschiedene Theorien, welche Ziel und Zweck der Strafe als legitime Bestrafung des Strafrechts zu bestimmen versuchen. Innerhalb dieser Theorien sind insbesondere die Absolute Straftheorie, Theorie der Spezialprävention, Theorie der Generalprävention, und Vereinigungstheorie hervorzuheben. Notwendig ist, jedoch, die Betrachtung des Strafrechts angesichts der Verfassung, da jenes sich dieser unterzuordnen hat. Das Prinzip der Menschenwürde erscheint, in diesem Sinne, als eines der grundlegenden Prinzipien des brasilianischen Rechtssystems, in dem es dem Wirkungsbereich des Strafrechts eingrenzt, und sollte daher im Zusammenhang mit diesen Straftheorien analysiert werden.

Schlüsselwörter: Theorie der Spezialprävention; Theorie der Generalprävention; Absolute Straftheorie; Ziel und Zweck der Strafe

¹ Professor da Universidade Federal de Uberlândia. Mestre e doutorando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – direitoricardo@hotmail.com

² Acadêmico da Universidade Federal de Uberlândia – rodrigopm.90@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é fundamento de validade para todas as regras e princípios infraconstitucionais e com o direito penal não poderia ser diferente. Ao erigir o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição objetivou que este princípio seja observado em todas as ocasiões.

A pena, por muitas vezes resultar na restrição da liberdade de alguém, deve conciliar as suas finalidades com a dignidade humana, isso constitui uma análise do próprio direito penal sob a ótica constitucional.

No presente trabalho, serão analisadas as mais importantes teorias das penas, levando em consideração, como seus fundamentos, a pessoa humana, haja vista que esta é o centro do ordenamento jurídico.

Para tanto, num primeiro momento será feito um estudo sobre o princípio da dignidade humana, procurando traçar os seu conceito e conteúdo. A partir deste conceito é que se fará uma contraposição entre o princípio e as teorias das penas, buscando chegar à teoria que mais satisfaz o princípio fundamental dentro de um Estado Democrático de Direito.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade humana foi erigida a princípio fundamental na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), como bem observa Rosenvald (2005, p. 35),

a inserção do princípio da dignidade humana no Título I, como fundamento da República Federativa do Brasil, demonstra a sua precedência - não apenas topográfica, mas interpretativa - sobre todos os demais capítulos constitucionais.

Ainda pode se acrescentar que este princípio incide sobre todo o ordenamento jurídico, demonstrando assim sua superioridade advinda como valor supremo da Constituição Federal. No mesmo sentido Daniel Sarmento (2006, p. 86):

(...) é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como “valor fonte fundamental do Direito”.

A grande dificuldade está na delimitação conceitual da dignidade da pessoa humana, pois este é um conceito bastante polissêmico, amplo e abstrato. Porém faz-se necessária a sua delimitação, haja vista que uma abstração exagerada desse conceito pode prejudicar a eficácia do referido princípio dificultando a sua aplicação nos casos concretos. Assim, “a dignidade humana não pode ser vista como uma mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração.” (FACHIN, 2006, p. 102).

Para Sarlet (2010, p. 51), não há como se desvincilar da necessidade de uma conceituação de dignidade, pois as decisões proferidas em uma jurisdição constitucional deverá sempre ser extraídas consequências jurídicas.

A concepção de dignidade humana remonta-se ao pensamento cristão e à filosofia da antiguidade clássica. Dentro da ideologia cristã, o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, não podendo por esse motivo ser transformado em objeto ou instrumento de outras ações humanas. (MENDONÇA, 2006, p. 8).

Na concepção clássica, a dignidade era tida como um privilégio condizente com a posição social ocupada pela pessoa na sociedade, sendo portanto uma dignidade modulável e quantificável. (SARLET, 2010, p. 32).

Em Roma, principalmente a partir das ideias de Cícero, a dignidade passou a se desvincular à posição social para adquirir um conteúdo moral de acordo com as virtudes do indivíduo. (SARLET, 2010, p. 33)

Um dos maiores precursores sobre o estudo da dignidade humana é o filósofo Immanuel Kant. Este estudioso preconiza que o princípio sobre analise se relaciona com a maneira que é tratado o ser humano. Devido à sua autonomia da vontade encontrada nos seres racionais, a pessoa nunca poderia ser vista simplesmente como meio ou como um objeto, mais sim como um fim em si mesmo, o objetivo. Em suas próprias palavras, Kant (2006, p. 65) ressalta que

(...) no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, comprehende uma dignidade.

Desse modo, o referido autor chega à seguinte conclusão:

(...) todo ser racional - existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. (KANT, 2006, p. 58).

É com base nos estudos de Kant que a doutrina tem fundamentado a maioria dos conceitos sobre dignidade humana. Entretanto esta ideia é bastante individualista, pois privilegia exageradamente o homem como o centro de tudo, excluindo o seu contato com a natureza e com as outras pessoas não encontrando espaço para a solidariedade. Como bem observa Lorenzetti (1998, p. 145):

A idéia do homem como centro do ordenamento, afirmada de forma absoluta, não é um princípio incontestado. O homem não pode ser o único e excludente ponto de referência da lei, já que isso poderia conduzir a um individualismo exacerbado ou a uma desconsideração prejudicial de outros bens.

Esse tipo de concepção dita insular não satisfaz os imperativos de uma dignidade humana fundada em uma nova ótica social que surge principal no segundo pós-guerra, da qual deriva um postulado de intersubjetividade de onde se retira a capacidade do homem de se relacionar com outros, de interagir e reconhecer no outro um semelhante dotado de igual dignidade e que merece respeito.

Dessa maneira, como assevera Azevedo (2004, p. 5)

(...) a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade (...), e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem.³

Diante o exposto, embora não seja pacífica na doutrina jurídica a delimitação atual do princípio da dignidade humana, é possível identificar dentre as várias definições elementos comuns, dos quais podemos citar: “a) a preservação do aspecto orgânico da pessoa (proteção da vida, integridade física, etc.); b) proteção do relacionamento social da pessoa e c) o reconhecimento da necessidade da preservação de condições materiais mínimas para a subsistência.” (GARCIA, 2007, p. 133).

À guisa de ilustração, Azevedo elenca como postulados do princípio da dignidade: em primeiro lugar a intangibilidade da vida humana, desencadeando de forma hierárquica o respeito à integridade psicofísica, o direito às condições materiais mínimas para a sobrevivência, a liberdade e à igualdade.⁴

³ No mesmo sentido: “(...) sob esta nova ótica, a nota característica do ser humano seria o seu reconhecimento do próximo, com a capacidade de dialogar, e sua vocação espiritual.” (GARCIA, 2007, p. 126).

⁴ Nas palavras do autor (AZEVEDO, 2004, p. 22), “(...) a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos

A grande diferença da teoria do referido autor é primeiramente considerar a intangibilidade da vida como aspecto absoluto do princípio e posteriormente hierarquizar os postulados derivados desta intangibilidade.

Sob a ótica do Direito Penal, Greco (2009, p. 59) afirma que “o princípio da dignidade da pessoa humana serve como princípio reitor de muitos outros, tal como ocorre com o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade etc., que nele buscam seu fundamento de validade.”

Não há razões pelas quais se pode chegar a outra conclusão. Se a própria constituição elege como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito penal, principalmente por tratar muitas vezes de restrições aos direito fundamentais dos autores dos delitos, deve ser inteiramente inundado pelos corolários do referido princípio, devendo outros princípios se basearem naquele para obterem o seu fundamento.

2.1 O Conteúdo Normativo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Acepção de Maria Celina Bodin de Moraes

Para melhor analisar a definição jurídica da dignidade humana será decomposta a posição de Maria Celina Bodin de Moraes, que reconhece neste princípio quatro substratos normativos essenciais: a igualdade; a liberdade; a solidariedade social; e a proteção da integridade psicofísica da pessoa.

O direito à igualdade não se contenta somente com a igualdade formal, recorrendo-se também a isonomia material. Este tipo de igualdade implica em tratar os desiguais na medida que estes possam ser elevados à verdadeira posição de isonomia em relação às outras pessoas.

Quanto ao direito da liberdade, este é reconhecido principalmente na esfera da intimidade e da vida privada da pessoa e deve ser balanceado em relação à solidariedade social. Implica na livre vontade e autodeterminação.

A solidariedade social define como prioridade a construção de uma sociedade que propicie uma existência digna a todos, com justiça, liberdade, sem a marginalização de seus membros. Nas palavras da autora, “o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (MORAES, 2009, p. 114).

seguintes preceitos: 1. Respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. Consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3. Respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.”

Não se pode, no entanto, confundir o princípio da solidariedade “(...) como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas, pois se tornou um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um.” (MORAES, 2009, p. 115-116).

Por sua vez, a integridade psíquica e física da pessoa é o pedestal do direito geral da personalidade do qual deriva todos os desdobramentos da realização da pessoa na sociedade, compreendendo também a sua existência digna. Em suma,

(...) quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social. (MORAES, 2006, p. 119).

Ressalte-se ainda que todos os postulados do princípio da dignidade humana apontados pela autora são relativizados, não podendo em nenhum momento serem considerados de forma absoluta ou com preponderâncias antes de analisar o caso concreto.

2.2 O Conceito de Dignidade da Pessoa Humana na Doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet

Dentre os maiores expoentes e pesquisadores do princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil está o Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet. Devido a sua grande importância no cenário nacional, a sua concepção do referido princípio também será analisada.

Nos estudos do referido autor fica evidente a influência de Kant na sua delimitação conceitual de dignidade da pessoa humana. Sarlet reconhece a inerência da dignidade a cada ser humano, independentemente de suas ações serem dignas ou indignas, sendo que este é um dos grandes problemas de se tentar conceituar o princípio, pois trata-se de um aspecto mais geral da existência humana e não de situações específicas como os direitos fundamentais. Para o autor a dignidade é uma

(...) qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito da dignidade, na sua condição jurídico normativa. (SARLET, 2010, p. 49-50).

Continuando nas suas explanações, o autor consagra a relatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, contrapondo-se a um conteúdo que muitas vezes era tido como fixo e universal. (SARLET, 2010, p. 55). Portanto um conceito de dignidade é sempre extraído de um determinado contexto cultural e está em constante construção e reconstrução.

Quanto à relação da dignidade com o Estado, Sarlet (2010, p. 55) aduz que o princípio

(...) assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição díplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade (...).

Sobre essa dupla função do Estado, temos que a dimensão prestacional reclama um Estado que guie suas atitudes sempre buscando a concretização da dignidade, enquanto na dimensão defensiva, o Estado é o responsável pela proteção e assistência da dignidade frente a si próprio e também nas relações particulares.

Seguindo em seu raciocínio, Sarlet defende uma dignidade individualmente teleológica. A Dignidade é um atributo da pessoa humana individualizada, contrapondo-se a uma “dignidade humana” em sentido global⁵, embora devemos reconhecer na dignidade seu aspecto social e intersubjetivo, contemplando a vida em comunidade dos seres humanos. (SARLET, 2010, p. 60-61).

Antes de chegar em seu conceito de dignidade da pessoa humana, Sarlet ressalta que o princípio possui uma contextualização histórico-cultural. Assim não é possível encontrar um conceito que seja universal devido as especificidades de cada cultura. (SARLET, 2010, p. 65). Feito isto, o autor concebe a dignidade da pessoa humana como

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2010, p. 70).

⁵ Devemos esclarecer ao leitor, portanto, que quando for utilizada a expressão “dignidade humana” para nos referirmos ao princípio da dignidade da pessoa humana, essa expressão é utilizada no sentido individual e não global.

Em uma análise da teoria de Sarlet, Rafael Mendonça (2006, p. 27-28) consegue identificar quatro dimensões básicas. Para finalizar o estudo sobre o autor, pode-se resumi-las em:

- 1.^a – *A dimensão ontológica*: a qual informa ser a dignidade uma característica inerente ao ser humano, o que lhe garante ser um sujeito livre e portador de direitos (fundamentais), simplesmente por pertencer a espécie humana, sendo essa a única condição – a pertença a família humana (biologicamente falando);
- 2.^a – *A dimensão pessoal*: informando que cada ser humano é detentor de uma dignidade plena e intocável, não podendo essa ser diminuída em nome da coletividade ou de um bem maior;
- 3.^a – *A dimensão cultural coletiva*: admitindo ser a Dignidade uma categoria axiológica aberta, por conta do contexto multicultural das sociedades democráticas, em constante processo de construção e desenvolvimento, assim admitindo o pluralismo e diversidade de valores em cada sociedade. É relativa porque pretende manter alguns caracteres universais (não citando claramente quais – restando aos direitos fundamentais informar), enquanto em alguns caracteres apresenta diferenças para cada cultura; e
- 4.^a – *A dimensão defensiva e prestacional do Estado*: é limite e tarefa dos Estados constitucionais no sentido de não poderem estes prejudicar a Dignidade (princípio da não-maleficência) e estado obrigados a fomentar o desenvolvimento da dignidade (ou identidade humana) até a plenitude (princípio da beneficência). (Grifos do autor).

Quanto à relativização da dignidade da pessoa humana, o autor admite a possibilidade, entretanto ressalva que dentro desta maior ou menor relativização da dignidade, de acordo com o caso concreto, existe um núcleo essencial de caráter absoluto baseado na doutrina kantiana. Dessa maneira deve-se adotar de forma absoluta o imperativo que nenhuma pessoa pode ser mero objeto para se alcançar determinado fim.

3. AS TEORIAS DOS FINS DA PENA

Grande celeuma dentro do direito penal, volta-se para a resposta de um pequena, mas instigante pergunta: “por que punir?”. Ao longo dos séculos diversas teorias procuraram justificar a punição aplicada pelo Estado. Dentre as teorias que procuram justificar a sanção penal, far-se-á mister citar a teoria da retribuição, teoria da prevenção especial, teoria da prevenção geral e a teoria da união.

A finalidade da pena como integrante da coerção penal,⁶ se imbrica diretamente com as discussões sobre a finalidade do próprio direito penal. Entretanto um dos maiores equívocos cometidos ao se analisar quais seriam os fins da pena é confundir a função da pena com a sua finalidade.

Neste sentido, a função da pena está ligada à análise empírica e sociológica que a pena exerce sobre o condenado ou sobre a sociedade, enquanto a finalidade da pena procura discutir no campo filosófico e normativo o objetivo que a pena deveria cumprir e não o que ela realmente cumpri.

Melhor explicando esta diferença, Ferrajoli (1986, p. 2) indica que:

La pregunta “¿por qué castigar?” puede ser entendida con dos sentidos distintos: a) El de *porqué existe* la pena, o bien porqué se castiga; b) el de *porqué debe existir* la pena, o bien por qué se debe castigar. El en primer sentido el problema del “porqué” de la pena es un problema *científico*, o bien empírico o de hecho, que admite respuestas de carácter historiográfico o sociológico formuladas en forma de proposiciones asertivas, verificables y falsificables pero de cualquier modo susceptibles de ser creídas como *verdaderas o falsas*. En el segundo sentido el problema es, en cambio, uno de naturaleza filosófica – más precisamente de filosofía moral o política – que admite respuestas de carácter ético-político expresadas bajo la forma de proposiciones *normativas* las que sin ser *verdaderas ni falsas*, son aceptables o inaceptables en cuanto axiológicamente válidas o inválidas.

No presente trabalho procurar-se-á identificar as finalidades da pena, abstendo-se de uma análise empírica das mesmas, apenas restringindo-se à discussões nos campos filosóficos e normativos,⁷ buscando nas teorias da pena a sua fundamentação no princípio da dignidade da pessoa ou, pelo menos, como conciliá-las com o referido princípio.

3.1 Teoria da Retribuição

A teoria da retribuição, uma das teorias absolutas, fundamenta a aplicação da pena a partir do delito praticado. “A pena é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime. É decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação).” (PRADO, 2008, p. 489).

⁶ “A coerção penal nada mais é do que um efeito jurídico do delito. Um efeito, mas não o único, pois o delito é uma conduta antijurídica, e, como tal, várias consequências jurídicas se extraem e que nada têm que ver com a coerção penal. Assim, a prática de um delito pode trazer também, como consequência, a obrigatoriedade da reparação do dano, a perda de função pública, a expulsão do estrangeiro, a impossibilidade de postulação de cargo eletivo, sanções profissionais por órgão de ética, etc.” (PIERANGELI, 2003, p. 150).

⁷ Hassemer (2005) não parece atentar-se para a diferença entre a função e a finalidade da pena, sempre buscando um fundamento empírico ou sociológico para refutar as teorias dos fins da pena.

A teoria da retribuição procura o seu fundamento principal em razões éticas, jurídicas e filosóficas. A fundamentação ética, preconizada pelo filósofo Kant, parte do pressuposto do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, o homem não pode ser instrumentalizado. Assim sendo, a pena deve se fundar exclusivamente nela mesma, por isto denominada teoria absoluta.

Como fundamentação jurídica, iniciada por Hegel, a pena é tida como “a negação da negação do direito”. Mir Puig (2007, p. 59-60) explica que no “(...) método dialético hegeliano: a vontade geral (ordem jurídica) é a ‘tese’, a sua negação por meio do delito é a ‘antítese’, e a negação desta negação será a ‘síntese’, que ocorrerá mediante a punição do crime.”

Na fundamentação religiosa a punição é aplicada pura e simplesmente porque se pecou, tendo ofendido Deus, o agente merece a retribuição representada pela pena.

A teoria da retribuição se contrapõe às teorias relativas pelo fato de preocupar-se com a dignidade do delinquente. O autor do delito não é utilizado na busca de um fim social.⁸

Ademais outro ponto positivo nessas teorias é o estabelecimento de limites ao *ius puniendi* estatal, ou seja, somente é possível se punir dentro da proporcionalidade entre delito e pena. A culpabilidade representa assim o limite da pena, não se podendo punir além da gravidade do crime.⁹ Percebe-se, assim, que as teorias absolutas se aproximam da lei de talião. A pena é aplicada como se fosse “olho por olho, dente por dente”. A justiça da pena estaria justamente contida nesta equivalência entre pena e delito.

Entretanto, a teoria da retribuição não está isenta de críticas. Roxin (2007, p. 49) indica que “como o juiz não pronuncia sua decisão em nome de Deus, mas sim em nome do povo, a pena não pode ser imposta por razões metafísicas, mas somente no interesse da função de proteção social do Direito Penal.”¹⁰

⁸ “Entretanto, o que caracteriza as teorias absolutas da pena no interesse fático efetivo (e o que elas objetam com rigor às teorias relativas da pena) é o respeito à dignidade dos delinquentes. Para Kant as teorias preventivas misturam os condenados com o objeto do Direito das coisas: elas o convertem em objeto das estratégias de melhoramento do bem-estar comum. Para Hegel as teorias relativas da pena não respeitam nem a honra e nem a liberdade do autor, senão tratam-no como um cão contra o qual se levanta um pedaço de pau.” (HASSEMER, 2005, p. 372).

⁹ “Detrás das formulações de Kant e Hegel, assim como de seus seguidores no século XIX, encontra-se, em geral, uma filosofia política liberal, que vê na proporcionalidade entre a pena e o delito, requerida pelas teorias absolutas, um ‘limite de garantia’ do cidadão. Não era possível punir além da gravidade do delito cometido, nem sequer por considerações preventivas, porque a dignidade da pessoa humana se opunha a que o indivíduo fosse utilizado como um instrumento de consecução de fins sociais de prevenção a ele transcendentais.” (SANTIAGO, 2007, p. 60).

¹⁰ No mesmo sentido Santiago (2007, p. 62) escreve: “Em um Estado democrático as sentenças não se pronunciam em nome de Deus, mas em nome do povo, e o direito só pode ser justificado como meio de assegurar a existência da sociedade e de seus interesses.”

Por sua vez, Ferrajoli (1986, p. 7) critica as teorias absolutas pelo fato das mesmas confundirem o direito com a moral:

En la base de estas concepciones de la pena existe siempre una confusión entre derecho y moral. Esto se manifiesta en las doctrinas de derivación kantiana de la pena como “retribución ética”, justificada como el valor moral del imperativo violado y del castigo consecuentemente aplicado; también se revela en las doctrinas de ascendencia hegeliana de la pena como “retribución jurídica”, justificada por la necesidad de reintegrar con una violencia opuesta al delito el derecho violado, el cual, a su vez, es concebido como valor moral o “substancia ética.” Pero, asimismo, puede constatarse en las doctrinas correccionales de inspiración católica o positivista que también conciben el delito como enfermedad moral o natural y la pena como “medicina” del alma o “tratamiento” terapéutico.

Ainda é possível ressaltar que embora num primeiro momento as teorias absolutas não violem a concepção de dignidade da pessoa humana apresentada por Kant, esse entendimento se restringe à concepção insular de dignidade. Diante dos novos postulados intersubjetivos apresentados pela nova ética da dignidade, a teoria da retribuição se mostra extremamente individualista e não cumpre o seu papel social.¹¹

Essa teoria não se preocupa com o fim social da pena, pois no interesse da justiça a pena pode ser exigida ainda que não seja necessária. A teoria da retribuição foi predominante na Alemanha até o final da segunda guerra mundial, porém caiu em desuso pela sua total incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito que surge no pós-guerra.

3.2 Teoria da Prevenção Especial

As teorias da prevenção, seja especial ou geral, possuem grande diferencial das teorias da retribuição por visualizar o futuro. “A pena não se justificaria como mero castigo pelo mal, como pura resposta retributiva perante o delito (já cometido, senão como instrumento dirigido à prevenção de futuros crimes.” (SANTIAGO, 2007, p. 63).

A teoria da prevenção especial volta-se para a figura do criminoso, atuando de forma negativa e de forma positiva. Atua negativamente, pois neutraliza a pessoa do criminoso para a prática do novo crime retirando-lhe a liberdade e atua positivamente na sua correção e reeducação.¹²

¹¹ É claro que o papel social, aplicado por si só e isoladamente, também ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, como será demonstrado ao se analisar a teoria da prevenção geral, por isso é que ao final do trabalho deixar-se-á mais claro a importância da unificação das teorias das penas para melhor atender ao princípio em tela.

¹² Em resumo, Gomes (2007, p. 669) descreve: “A prevenção especial incide sobre o autor concreto, isto é, frente a quem já falhou a eficácia preventiva (geral) da pena, a fim de evitar futuros delitos (...).”

Desta forma, segundo Von Liszt, a pena se resume em reabilitação, intimidação e neutralização. “De acordo com esse entendimento, Liszt ensinava um tratamento diverso do criminoso conforme o tipo de agente: a neutralização do delinquente habitual, que não pode ser nem intimidado, nem reabilitado, a intimidação do delinquente simplesmente ocasional e a reabilitação do criminoso passível de recuperação.” (ARTZ; ROXIN; TIEDEMANN, 2007, p. 54).

Como exposto, a pena cumpre uma função preventiva orientada por um objetivo individual, considerando desnecessário qualquer tipo de aplicação da pena que não seja com o intuito de ressocializar ou prevenir a reincidência do agente.

A ressocialização, através da maneira de execução da pena, torna-se um dos pontos centrais de discussão da teoria em tela, ou seja, a prevenção se opera no momento da imposição e principalmente na execução da pena. Parte-se da idéia que a sociedade possui um papel de culpa pela prática do delito e com a execução da pena de forma a ressocializar o indivíduo, a própria sociedade estaria pagando parte da sua culpa. (HASSEMER, 2005, p. 374).

Criticada por muitos, surgem contra a idéia de ressocialização argumentos empíricos e normativos. Por meio de argumentos empíricos alguns teóricos levantam a questão de que o efeito da ressocialização não poderia ser alcançado do ponto de vista sociológico, isso porque, principalmente através da pena privativa de liberdade, não se poderia objetivar que o delinquente se reeduque quando no mundo carcerário não existem condições favoráveis à esta reeducação.

Por isso, advogam alguns defensores da teoria da prevenção especial, a aplicação de penas alternativas às privativas de liberdade. É neste contexto que surgem, v.g., no direito brasileiro a suspensão condicional do processo, o livramento condicional, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e as penas de multa e, ainda mais expressivamente, o perdão judicial.¹³

Isso porque, conforme Hassemer (2005, p. 399-400)

todo meio que minimiza a execução da pena privativa de liberdade, por isso mesmo é bem vindo. A pena privativa de liberdade mesmo que ela seja justificada como *ultima ratio* da intervenção estatal, como o último meio apto a proteção dos bens jurídicos, mesmo que ela seja executada e imposta

¹³ Santiago (2007, p. 69) também ressalta o papel da teoria da prevenção especial no Direito espanhol, escrevendo que: “(...) foi esta a idéia que levou à aparição de uma série de institutos que permitem deixar de impor ou executar total ou parcialmente a pena em delitos de pouca gravidade quando as condições do delinquente assim o permitirem – como a ‘condenação condicional’, o ‘livramento condicional’ e a possibilidade de ‘substituição das penas privativas de liberdade por outras’ previstas pelo atual CP espanhol (...).”

humanamente, com a observância de todas as garantias do Estado de Direito, é uma barbárie.

Entretanto é importante lembrar que essa crítica dirigida à teoria da prevenção especial é fruto da confusão entre a fundamentação das finalidades da pena com a suas funções. Como dito a primeira se restringe ao campo filosófico-normativo enquanto a segundo baseia-se em verificações empíricas. Dessa maneira não é possível levar em consideração a referida crítica para discutir a finalidade da pena preconizada pela teoria prevencionista especial, apenas para discutir a sua função.¹⁴

Dentre as críticas normativistas residem aquelas que alegam a impossibilidade de coerção do delinquente a se ressocializar e também no sentido de que a teoria da prevenção especial não é capaz de estabelecer a quantidade de pena que deve ser aplicada para cada caso.

É imperioso ressaltar que dentro dos postulados do princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se a liberdade. Portanto em um Estado democrático não é possível obrigar um cidadão a se ressocializar, quando assim este não quiser, isso porque a pessoa tem o direito de ser diferente, direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade.¹⁵

Neste diapasão cabe ao Estado, dentro do duplo aspecto (negativo/positivo) preconizado pela dignidade humana, apenas proporcionar as condições necessárias para que o delinquente possa se ressocializar, não podendo por outra razão impor a ressocialização aos condenados.

Ademais, levando mais adiante este raciocínio, é possível afirmar que a prevenção especial não é exercida exclusivamente pela proporcionalização destas condições necessárias à reeducação, mas também com uma maximização dos direitos sociais. Sob a ótica da dignidade da pessoa humana o condenado deve ser visto como um sujeito de direitos sociais, sendo objetivo do próprio Estado integrar o agente (antes deste cometer o delito) ou reintegrá-

¹⁴ Incorrem nesta confusão Hassemer (2005, p. 402), Boschi (2004, p. 115-116) e Coelho (2003, p. 15). O terceiro autor explicita que: “(...) a internação carcerária, total ou parcial, prevista nas penas privativas de liberdade, gera o fenômeno da ‘prisonização’ acarretando no peso a inserção num modo de vida que, longe de ser ressocializador segundo um suposto padrão de normalidade social, é consagrador da vida delinquente. O meio prisional reproduz e multiplica as condutas e hábitos considerados delinquentes.”

¹⁵ Embora elenque argumentos empíricos contrários à prevenção especial, Coelho (2003, p. 15) explica com maestria a proibição de imposição arbitrária da ressocialização: “Assim sendo, a ideia criminológica (clínica) de tratamento ressocializador, de terapia ressocializadora, tem algo de totalitária, violando o direito humano fundamental de ‘ser como se quer ser’, corolário lógico da liberdade. O fato de que o indivíduo tenha cometido uma violação dos direitos de outrem não pode ser bastante para que se lhe imponha um modo de vida social definido arbitrariamente.”

lo (quando já houver cometido o delito) por meio de disponibilização e efetivação dos direitos sociais já garantidos pela Constituição brasileira.¹⁶

Outra crítica normativista dirigida à teoria da prevenção especial relaciona-se com a impossibilidade da mesma estabelecer limites mínimos ou máximos para a aplicação da pena. Do mesmo jeito que a sanção penal pode ser aplicada sem limites quando não for possível recuperar o agente, aqueles criminosos que praticaram delitos ocasionais e que não representam riscos de reincidência não precisariam ser punidos, mesmo quando o crime praticado seja grave.¹⁷ Neste diapasão, Santiago (2007, p. 69) alerta que “a prevenção especial não pode, por si só, justificar o recurso à pena: em alguns casos a pena não será necessária para a prevenção especial, em outros não será possível e, finalmente, em outras ocasiões não será lícita. No entanto seria absurda a impunidade do sujeito.”

3.3 Teoria da Prevenção Geral

Iniciada por Feurbach através da sua teoria da “coação psicológica”, a prevenção geral funda-se na ameaça que o Direito penal exerce sobre os cidadãos objetivando a profilaxia de novos delitos. “Deste modo o homem racional, calculador, fica sob uma coação que não atua fisicamente, como as correntes nas quais se deveria colocá-lo para impedir seguramente o crime, senão psiquicamente, sob a simples observação de que o crime punido não compensa.” (HASSEMER, 2005, p. 403-404).

A teoria da prevenção geral está voltada para a sociedade. Através da punição, cria-se uma esfera intimidativa para que os outros indivíduos não pratiquem crimes.¹⁸ Parte-se da

¹⁶ De modo cogente, Baratta (1985, p. 13) expressa a sua interpretação de reinserção social: “La segunda condición es que el concepto de ‘reinserción social’ sea interpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el estado social de derecho y, en particular, del principio dinámico de igualdad y del principio de la dignidad del hombre. Dichos principios postulan la eliminación de las condiciones que impiden la realización de una efectiva igualdad de oportunidades entre los individuos y de la dignidad de cada uno (constitución italiana, arts. 2 y 3). En este sentido, ‘reinserción’ no significa manipulación del individuo con base en una escala de valores autoritariamente impuesta, sino, sobre todo, reorganización y reintegración social del mismo ambiente en el cual se han producido graves conflictos de, desviación. Mediante una tal reinterpretación del principio de ‘reinserción’, el objeto del tratamiento (penal o pospenitenciario) se transforma en sujeto de derechos sociales.”

¹⁷ No mesmo sentido explica Roxin (2007, p. 10-11): “(...) a abordagem preventivo-especial não pode impedir que alguém seja encarcerado durante anos em razão de um irrelevante quando isso for considerado desejável para a reparação de seus danos de personalidade e para prevenção em relação a outro resvalo na criminalidade. Tal procedimento pode parecer, por vezes, conveniente ao combate à criminalidade. No entanto, não é útil à liberdade dos cidadãos e leva a um policiamento por parte do Estado na condução da vida particular. Em segundo lugar, a concepção preventivo-especial tende, por outro lado, a uma limitação inconveniente da punibilidade. Ocorre que, para ser coerente, ela também deveria deixar impune o assassino quando não existe nenhum perigo de reincidência (...).”

¹⁸ Nos dizeres de Roxin (2007, p. 11) a “prevenção geral é o mesmo que profilaxia em relação à coletividade. De acordo com ela, a pena não tem nem a finalidade de retribuir a culpa, nem a de impedir que o condenado cometa

premissa de que “quanto maior a quantidade de crimes esclarecidos e julgados, mais eficiente será a prevenção da prática de outros crimes.” (ARTZ; ROXIN; TIEDEMANN, 2007, p. 56).

Essa concepção original da prevenção geral, conhecida como negativa, possui uma variante chamada de prevenção geral positiva, desenvolvida principalmente por Jakobs, que visa o restabelecimento da confiança das pessoas nas normas jurídicas e será analisada a seguir.

Fazendo então, uma diferenciação entre a teoria da prevenção especial e a teoria da prevenção geral Luiz Regis Prado (2008, p. 494) explica:

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

Assim como a teoria da prevenção especial, a prevenção geral sofre diversas críticas de índole normativa e empírica. Do ponto de vista normativo, a esta teoria ofende flagrantemente o princípio da dignidade da pessoa humana, ao tratar o ser humano como um instrumento para alcançar os fins sociais de profilaxia da criminalidade.

Como apontado, o princípio da dignidade humana possui um núcleo essencial fundado no imperativo categórico de Kant e que não pode ser relativizado. Aplicar isoladamente a teoria da prevenção geral implica em utilizar o delinquente para salvar a sociedade de outros delinquentes. Dessa maneira o criminoso teria que ser visto como o salvador da sociedade, aquele que evita o surgimento de novos delinquentes. Criminoso sim, porém herói.¹⁹

Outra crítica de caráter normativo é a desproporcionalidade do tempo de aplicação da pena que a essa teoria pode gerar. Isso porque a aplicação da pena é exigida até se conseguir evitar a prática de novos crimes o que pode levar a tempos de pena extremamente

novos crimes. Ela deve, antes, motivar a coletividade para um comportamento de fidelidade jurídica. Isso pode ocorrer de forma negativa pela dissuasão da população em relação à prática de fatos semelhantes por meio da cominação, imposição e execução da pena, ou de forma positiva, formando-se a consciência jurídica do cidadão e determinando-se seu comportamento social, desde o início, por meio de proibição e mandamentos jurídico.”

¹⁹ Ironicamente, Hassemer (2005, p. 404) ressalta que “o autor punível concreto não pode reconhecer mais nenhum sentido na execução da sua pena – a não ser que após a execução se transformasse em um reformador do mundo (weltverbesserer). Ele seria visto como um meio para um fim – e justamente isto os teóricos da pena absoluta reconheciam como o pecado original do Direito Penal. A teoria da prevenção geral ameaça a *dignidade do condenado*. Além disso, como se pode perceber claramente, ela sabe que não contribui em nada para a realização da execução da pena; para ela, justamente como para a teoria da retribuição, o tempo da pena nada mais é que um mal, que um tempo vazio – na verdade um mal necessário para a intimidação dos demais.”

exorbitantes, no entanto inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito em que impera o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁰

Mesmo fazendo a diferenciação entre as finalidades e as funções da pena, cumpre trazer a baila alguns argumentos empíricos contra a teoria da prevenção geral. Primeiramente diz-se que o homem para ser destinatário da prevenção geral, teria que ser um homem calculador, que na hora de praticar o crime colocasse na balança os prós e os contras, decidindo pela desistência da prática do delito.

Como isto não aconteceria, a prevenção geral não tem nenhum êxito ao combater a criminalidade por meio de sanções mais severas. Entretanto sustenta boa parte da doutrina que o efeito desta teoria sustenta-se no número de casos solucionados e de delinquentes presos. Neste sentido, possui maior eficácia a certeza da punibilidade do que a rigidez da pena aplicada ao delito.

Outro ponto contrário à teoria, é o desconhecimento, por parte dos cidadãos, dos efeitos atribuídos à violação do tipo penal. Pierangeli (2003, p. 203-204) sustenta que:

forçoso é, todavia, reconhecer que a teoria da coerção psicológica, bem estruturada por Feurbach muito pouco tem de realidade, pois muito raramente os destinatários da pena conhecem os fatos desencadeadores dos efeitos que se atribui à prevenção geral, e, consequentemente, não se pode reconhecer a formação de um processo motivador que leve o indivíduo a se manter dentro das rígidas formas de controle social, do que o direito penal é apenas uma, sem dúvida a de maior poder de intimidação dentre todas as formas de controle.

Embora se mostrem bastante razoáveis, os argumentos empíricos fazem confusão entre finalidade e função da pena, como já demonstrado.

3.3.1 Teoria Funcionalista ou Sistêmica de Günther Jakobs

Devida à grande projeção que a teoria sistêmica de Jakobs possui dentro do direito penal, os seus fundamentos merecem atenção especial.

Dentro desta teoria, também conhecida como prevenção geral positiva ou integradora, é possível observar três objetivos: a) efeito de aprendizagem, buscando conscientizar o indivíduo que a sua conduta não é aceita pelo Direito Penal; b) efeito de confiança, visando

²⁰ No mesmo sentido são as opiniões de Santiago (2007, p. 65) e Boschi (2004, p. 124-125). O último dizendo que “(...) a prevenção geral positiva não estabelece limites ao poder punitivo, que, desse modo, poderia elevar a quantidade abstrata da sanção até que o fim pretendido pela pena – a manutenção da norma – fosse atingido.”

reforçar a soberania do Estado; e c) pacificação social, que se desenvolve quando um conflito é resolvido pelo Estado.²¹ (PRADO, 2008, p. 491).

Esse objetivos buscam o efeito de firmeza da norma, visando a estabilização da confiança dos cidadãos no Estado e a integração dos mesmos por meio de inculcar-lhes uma atitude de respeito pelo Direito.

Jakobs baseia sua concepção de pena numa aplicação específica da teoria de Luhmann. Esta pressupõe a congruência das relações sociais através da confiança na norma jurídica. Isso porque em uma sociedade complexa e de risco é preciso que haja uma expectativa de comportamento por parte da pessoas, e é justamente o Direito que desempenha o papel de estabilizar os comportamentos a serem esperados.

Neste sentido, Jakobs (1997, p. 9-10) acredita que as pessoas dentro de uma sociedade orientam-se por meio de regularidades, pois não seria possível uma existência pacífica se em cada momento fosse possível esperar de alguém alguma atitude imprevisível. Uma atitude contrária ao padrão estabelecido pela norma gera uma decepção para as outras pessoas, frustrando-lhes suas expectativas de comportamento.

Continuando seu raciocínio, Jakobs (1997, p. 12-13) afirma que o significado da pena não pode ser a reparação das consequências do delito, até porque em muitos delitos tentados ou de preparação, inexiste dano exterior para ser reparado. E ainda ressalta que a violação da norma penalmente relevante é aquela que interfere na vida pacífica social, e não apenas violações individuais. Por isso diz-se que o delito ameaça a vida social, pois infringe a confiança recíproca que as pessoas devem ter no direito.

Dessa maneira, para Jakobs (1997, p. 14) a “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.”²²

²¹ Para Pierangeli (2003, p. 189), “a partir de uma visão sistêmica a reação punitiva terá por função principal o restabelecimento da confiança dos cidadãos no sistema, reparando ou prevenindo os efeitos negativos que a violação da norma penal produz para a estabilidade desse mesmo sistema e a integração social. Daí afirmar Jakobs que a pena não é um retribuição de um mal com um mal, e também não é dissuasão, vale dizer, não é prevenção-castigo e nem prevenção individual, ou pelo menos, não é esta a sua função primária.

A pena é prevenção-integração no sentido de que sua função principal, por exercitar o reconhecimento da norma, é a firmeza dos cidadãos para com o direito. Tem, portanto, por finalidade, restabelecer a confiança nas instituições e consolidar a fidelidade ao ordenamento jurídico, num primeiro momento em relação a terceiros, e num momento posterior, em relação ao próprio agente violador da norma.”

²² Em outras palavras, Baratta (1985, p. 2) diz que “desde una perspectiva sistemática, pues, la reacción punitiva tendrá como función principal la de restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social.”

Entre outras críticas afirma-se que a teoria integradora não seria nem mesmo uma teoria da pena, mas uma teoria do próprio Direito.²³ Quanto a este ponto, Baratta (1985, p. 11) esclarece:

la importancia atribuida a la pena dentro de la teoría sistemica del derecho, parece estar equiparada a la del derecho mismo. Resulta claro que en dicha teoría el derecho es un subsistema indispensable para la estabilización de sistemas sociales complejos. Pero cuando el derecho se pasa a la pena, aparecen dificultades para atribuir a esta última la misma consistencia sistemica que corresponde al primero.

Ademais, à prevenção-integradora, cabem as mesmas críticas feitas à prevenção geral negativa, pois no mesmo sentido relega o ser humano para o segundo plano utilizando-o apenas como um meio para se obter a estabilização social através da confiança na norma. Em especial é preciso ressaltar que a teoria de Jakobs está na contra-mão dos novos ordenamentos jurídicos. Enquanto as constituições elevam a dignidade da pessoa humana, considerando a pessoa individualmente, como fundamento dos Estados Democráticos de Direito, a teoria integradora coloca a sociedade fazendo as vezes deste princípio, contrariando a maioria dos ordenamentos jurídicos democráticos.

3.4 Teoria da União

Por sua vez, a teoria da união, parte do pressuposto de que nenhuma das teorias anteriormente apresentadas consegue satisfazer os fins do Direito Penal se utilizadas individualmente. Assim esta teoria busca a conciliação tanto da teoria retributiva, quanto da teoria da prevenção geral e especial, objetivando suprir as eventuais falhas de cada uma.

Não trata-se unicamente de unir as teorias de forma desordenada e desarrazoada, o que poderia aumentar o poder punitivo estatal aproveitando as brechas totalitárias que cada uma das teorias possuem. A união deve ser sistematizada de forma a privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

A pena deve ser proporcional à culpabilidade do delito praticado e de cumprir a necessidade de se evitar que aconteçam novos delitos, seja através da prevenção geral, seja através da prevenção especial. Deve haver uma justa combinação.

²³ Stratenwerth (apud BOSCHI, 2004, p. 124) afirma que “una de las tareas que tienen que cumplir el derecho penal y la pena también es la de impedir delitos que de otro modo habrían cometido posiblemente o probablemente un autor determinado o terceros indeterminados. Pero, fortalecer la vigencia de normas jurídicas elementales significa mucho más. Por otro lado, hacer eso de ningún modo es solamente asunto de la justicia penal. En esa medida, la teoría de la prevención general positiva ni siquiera aparece ya como una teoría específica de la pena.”

Desse modo, conclui Santos (2008, p.469-470):

(...) as modernas teorias unificadas da pena criminal representam uma combinação das teorias isoladas, realizada com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal. Assim, a pena representaria (a) retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor em finalmente, (c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica etc.

Ainda dentro das teorias da união é possível distinguir, conforme Santiago (2007, p. 71), duas correntes majoritárias. Uma delas atribui à teoria da retribuição o papel de determinar a pena justa, enquanto as finalidades de prevenção geral ou especial são aplicadas de forma complementar.

A segunda corrente confere à retribuição a incumbência de determinar o máximo de pena que pode ser aplicada, impedindo a existência de penas acima do merecido pelo delinquente. Dessa maneira a pena pode ser aplicada em quantidade menor da culpabilidade ou nem mesmo ser aplicada.

A primeira introduz ao Direito Penal o objetivo de promover a justiça e proteger a sociedade, enquanto a segunda apenas confere ao Direito Penal o papel de proteger a sociedade.

Ademais surgem outras teorias ecléticas peculiares, das quais analisaremos a de Claus Roxin, principal expoente do funcionalismo, e de Luigi Ferrajoli, o precursor da teoria do garantismo penal.

3.4.1 Teoria Funcionalista de Claus Roxin

Na esteira da teoria de Roxin podemos identificar três fases de desenvolvimento da pena: a cominação, a de imposição ou aplicação e a de execução da pena.²⁴

Na primeira fase o pergunta a ser respondida não é a de “por que punir?”, mas “o que punir?” mostrando-se insuficientes qualquer uma das teorias dos fins da pena, mesmo

²⁴ “(...) o legislador só deve cominar de sanção determinados fatos, desde que efetivamente lesivos a bens jurídicos, se tal for indispensável para uma vida em comum. A imposição não deve ultrapassar a medida da culpa, e a execução só se legitima quando assentada na idéia da ressocialização.” (BOSCHI, 2004, p. 130-131).

combinadas. Trata-se neste primeiro aspecto da legitimidade que o Estado possui para punir determinadas condutas.

Nesse enfoque, a pena somente se mostra legítima quando instituída para a proteção de bens jurídicos que não podem ser protegidos por outros meios legais, como o cível ou o administrativo.

Para Roxin (2009, p. 18-19) os bens jurídicos são

circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.

Os bens jurídicos são aqueles necessários para a convivência pacífica na sociedade, sendo finalidade do direito penal a cominação de penas somente para garantir esta convivência, prevenindo danos sociais. Ainda, como princípio da subsidiariedade, é necessário que os bens jurídicos não sejam suficientemente garantidos por intermédio de outros institutos legais.²⁵

Num segundo momento Roxin trabalha com a teoria da responsabilidade. Enquanto a teoria do delito diz que o crime é um fato típico, ilícito e culpável, para Roxin o último elemento é acrescido da necessidade de aplicação da pena, formando assim a teoria da responsabilidade. Desse modo a culpabilidade está intrinsecamente ligada às teorias das penas.²⁶

Sobre a imposição da pena, Santiago (2007, p. 75) afirma que “corresponde, em primeiro lugar, a função de servir de complemento à finalidade de prevenção geral própria da cominação legal: a imposição da pena pelo Juiz é a confirmação da seriedade da ameaça abstrata manifestada na lei.”

²⁵ Ainda nas palavras do autor (ROXIN, 2007, p. 32-33): “Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. (...) A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.

²⁶ Nas palavras de Roxin (2002, p. 67), “a terceira das categorias base de nosso sistema – a culpabilidade – é cunhada político-criminalmente pela teoria dos fins da pena. Uma vez verificado que a ação do autor era errônea também do ponto de vista da regulação social de conflitos, falta ainda que o trabalho dogmático responda se um tal comportamento merece pena.”

Entretanto dos últimos escritos de Roxin é possível retirar um outra interpretação desta segunda fase em que o fim perseguido não é somente o da prevenção geral, mas também o da prevenção especial. É o que se desprende de trechos da teoria, onde para Roxin (2007, p. 58),

(...) a medida da pena é limitada, em todo o caso, pela culpa do fato, ou seja, uma concordância quanto à idéia de que ninguém pode ser punido mais severamente, por razões de prevenção especial ou geral, do que o correspondente ao peso de seu fato e de sua culpa pessoal. Assim, nas margens traçadas pela culpa individual, devem ser perseguidas as diversas finalidades da pena, ou seja, sobretudo a compensação da culpa, a ressocialização e a prevenção geral, ainda que com diferentes acentuações.

E ainda na seguinte passagem:

Por um lado, hoje se reconhece que a pena não possa ultrapassar a medida da culpabilidade. Isto se explica com base na função de limitar a pena, desempenhada pelo princípio da culpabilidade, que, enquanto exigência do estado de direito, deve ser aceita de modo irrestrito. Mas como fundamentar que a pena não possa ficar aquém da medida da culpabilidade? Se é inegável que uma grande porcentagem de todos os delitos cometidos cupavelmente tem seus processos simplesmente arquivados, (...) então inexiste argumento racional no sentido de que a aplicação da pena não possa desvincular-se da medida da culpabilidade “para baixo”, nos casos em que assim o demandarem necessidades preventivas especiais, e em que o permitam exigências preventivas gerais. (ROXIN, 2008, p. 88-89).

No terceiro momento, o de execução da pena, a finalidade da pena está ligada à ressocialização do condenado, embora também sirva para confirmar a prevenção geral e a retribuição. É na execução, conforme já exposto, que deve se procurar a reeducação do delinquente, contudo sem obrigá-lo a tanto, apenas disponibilizando os meios necessários para aqueles que desejando possam se ressocializar.²⁷

Numa apreciação crítica, observa-se que a teoria de Roxin é a que mais se aproxima dos postulados de um Estado Democrático de Direito e consequentemente do princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, o que ainda parece ser necessário é valorar a prevenção especial na segunda fase de existência da pena e somente como última opção aplicar a pena somente em razão da prevenção geral.

Isso porque só é possível visualizar uma pena legítima, do ponto de vista da dignidade humana, quando o condenado for considerado um fim em si mesmo. Ante o exposto, a justa

²⁷ No mesmo sentido, Santiago (2007, p. 76) afirma que “a última fase da existência da pena, a de sua ‘execução’, serviria à confirmação dos fins dos momentos anteriores, mas de modo que tenda à ressocialização do delinquente como forma de prevenção especial. Nos casos em que o condenado não necessite propriamente de tratamento terapêutico-social, pelo menos deve-se possibilitar ao mesmo que faça uso de suas próprias aptidões, evitando sua atrofia.”

combinação, como problema apresentado, é a busca na segunda fase da conciliação entre prevenção geral e prevenção especial, haja vista que sem culpabilidade não existe sequer o delito.

Dentro desta combinação o que deve ser ressaltado é a preponderância da prevenção especial sobre a prevenção geral. Somente poder-se-á aplicar uma pena em que os ditames da prevenção especial não existam ou sejam mínimos, se no caso concreto a função social seja tão necessária a ponto de restringir o direito de liberdade preconizado pela dignidade humana, mediante um juízo de proporcionalidade e ponderação.

Deste modo, não se confunde esta possibilidade de aplicação da pena (retribuição e prevenção geral) com o de prevenção geral puro. Isso em razão da conjugação da teoria da retribuição na forma da culpabilidade, limitando a quantidade da pena. Isto não ofende o princípio da dignidade da pessoa humana como um todo, apenas relativiza os seus postulados que não fazem parte do seu núcleo. Em outras palavras, aplicar a pena existindo somente culpabilidade e razões de prevenção geral implica na relativização do postulado da liberdade face ao aspecto intersubjetivo, prevalece a prevenção geral em detrimento da especial, porém sempre havendo culpabilidade.

Registre-se que a prevenção especial, segundo uma visão de acordo com a dignidade humana, não necessariamente deve se dar através da reeducação, mas também da maximização e efetivação dos direitos sociais, antes, durante e depois da prática do delito. Paradigma este proposto pelo aspecto positivo do referido princípio.

3.4.2 Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli

A perspectiva do Direito Penal mínimo defendida do Ferrajoli implica em considerar a pena apenas como o último meio a ser utilizado para proteger o próprio delinquente das vinganças privadas ou sociais que a este poderiam ser impostas.

Para o autor a história da pena sempre foi a história da luta do Estado contra as vinganças informais. Desse modo o Direito Penal é a lei do mais fraco contra o mais forte. Interpretando esta teoria, Boschi (2004, p. 127-128) explica que:

As penas se conectam, então, sobre esta base: legitimam a necessidade política do direito como instrumento de tutela dos direitos fundamentais. O direito penal constituiria, então, a Carta Magna do criminoso (...) por atuar como instrumento de contenção do poder público, limitando o *jus puniendi* e do desejo de vingança do ofendido e dos demais membros da sociedade.

Percebe-se uma dupla função desempenhada pela pena, a conciliação entre a teoria da prevenção geral e a prevenção especial. Embora esta prevenção especial não esteja voltada para a reeducação do condenado, mas apenas para sua proteção.

Objetiva-se com essa dupla prevenção do direito penal a redução e minimização da violência na sociedade, sobretudo as vinganças privadas.²⁸ A prevenção geral previne a violência da prática de novos crimes, enquanto a prevenção especial minimiza a violência da sociedade contra o delinquente. Nas palavras de Ferrajoli (1986, p. 14):

(...) El derecho penal está dirigido a cumplir una doble función preventiva, una como otra negativa, o sea a la prevención de los delitos y a la prevención general de las penas privadas o arbitrarias o desproporcionadas. La primera función indica el límite mínimo, la segunda el límite máximo de las penas. De los dos fines, el segundo, a menudo abandonado, es sin embargo el más importante.

Ainda sobre outro ponto desta teoria, Boschi (2004, p. 128) ressalta que: "Coerente com seu pensamento, Ferrajoli entende que, a serem mantidas, as penas carcerárias deveriam ser limitadas a dez anos. Uma redução deste gênero realçaria a função individualizadora e propiciaria uma sensível atenuação quantitativa e qualitativa das penas privativas de liberdade."

Embora essa teoria da pena seja bem fundamentada, impondo limites máximos e mínimos para a aplicação da pena, sobre o ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana ainda não está inteiramente condizente com os postulados. Isso porque a pena sempre será necessária para atender à prevenção geral, mesmo quando a vingança da sociedade não justifique a aplicação da pena.

Aplicar a pena apenas sobre o ponto de vista de prevenção geral, como já foi afirmado, ofende o núcleo do princípio da dignidade humana.

²⁸ Nos dizeres de Ferrajoli (1986, p. 14), "el fin general del derecho penal, tal como resulta de la doble finalidad preventiva recién ilustrada, consiste entonces en impedir la razón construida, o sea en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón construida el delito. Es razón construida la venganza. En ambos os casos se verifica un conflicto violento resuelto por la fuerza; por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo. Mas la fuerza es en las dos situaciones casi arbitraria e incontrolada; pero no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que por naturaleza es incierta, desproporcionada, no regulada, dirigida a veces contra el inocente."

4. CONCLUSÃO

Baseando-se nas premissas da constitucionalização do direito penal, não se pode negar, como demonstrado, a irradiação dos princípios constitucionais para todos os outros ramos do direito, principalmente quando se fala em dignidade da pessoa humana.

Na teoria da retribuição, o fim objetivado pela pena não condiz com a atual concepção do princípio em voga, haja vista que essa apenas procura retribuir ao delinquente o mal que este causou à sociedade, negando ao criminoso a atenção necessária para que este possa ter as condições necessárias para a realização de sua dignidade. A dupla função da dignidade da pessoa humana (positiva/negativa) resta comprometida caso a pena seja justificada somente com base na teoria retributiva.

Embora esta teoria, idealizada por Kant e Hegel, tenha como objetivo escapar às críticas das teorias relativas, fundamentando a pena apenas com base na retribuição do mal não levando em conta o autor do delito, foi demonstrado que diante dos novos postulados do princípio da dignidade da pessoa humana a teoria fica carente de uma função social.

Nesse mesmo diapasão, a teoria da prevenção geral da pena, principalmente a formulada por Jakobs, também não escapa às críticas. Como bem ressalta Roxin (2008, p. 144):

Esta concepção [teoria da prevenção geral] deve ser rechaçada, uma vez que do conceito de culpabilidade ela conserva unicamente o nome; em verdade, ela a abandonou, fundamentando a imputação subjetiva unicamente nas necessidades de prevenção geral. (...) pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mais unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. Tal instrumentalização viola a dignidade humana não podendo já por este motivo fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada.²⁹

No mesmo sentido, Prado (2008, p. 494) ressalta: “em última instância, uma pena fundada exclusivamente na prevenção geral infringe o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, utiliza o indivíduo como meio para consecução de fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia.” Isso porque o núcleo essencial do princípio da

²⁹ Melhor explicando esta diferença da culpabilidade da teoria finalista e da teoria sistemática, Baratta (1985, p. 4) escreve: “de esa forma, los baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de la culpabilidad, parece desplomarse definitivamente y son sustituidos por elementos de una teoría sistemática, en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un ‘subsistema físico-psíquico’, al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social.”

dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado, consistindo na vedação de utilização do ser humano como mero instrumento, independentemente dos fins buscados.

A teoria da prevenção especial começa a se aproximar do atual panorama da dignidade no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto uma pena não pode ter uma concepção extremamente individualista, negando-se uma possível função social da pena que possa irradiar seus efeitos para a sociedade evitando-se a prática de outros delitos. Roxin (2007, p. 57) afirma que “nenhuma pena pode ter êxito se não cumprir nenhuma função preventivo-geral.”

Ademais ficou patente que em um Estado Democrático de Direito a ressocialização não pode ser obrigatória, apenas facultativa em que o Estado deve promover os instrumentos necessário para a reeducação do indivíduo.

Por fim, a teoria unitária ou eclética de Claus Roxin, ao objetivar tanto a prevenção geral e a prevenção especial, sem perder de vista a justa pena de acordo com o delito praticado (noção trazida pela teoria retributiva), consegue atender aos reclames das dimensões proporcionadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque atende tanto à preservação da dignidade quanto às prestações que devem ser praticadas pelo estado para proporcionar a realização desta dignidade, estabelecendo como limite a culpabilidade do agente não podendo incorrer em excessos, nem em penas que possam ser degradantes, de caráter perpétuo ou de morte, respeitando o direito à vida.

Percebe-se, entretanto, somente a necessidade de se conceder à prevenção especial, nesta teoria, um papel de preponderância evitando-se ao máximo a aplicação da pena fundada na prevenção geral, mesmo quando conjugada com a retribuição, ou seja dentro dos limites da culpabilidade.

Sendo que esta prevenção especial não realiza-se unicamente com proporcionalização dos meios adequados para a reeducação do delinquente, pois ainda engloba a elevação do criminoso como um sujeito de direitos sociais, conforme propõe o princípio da dignidade da pessoa humana.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTZ, Gunther; ROXIN, Claus; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AZEVEDO, Antônio José Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: Estudos e pareces de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: **Revista Doctrina Penal**, ano 8, n. 29. Buenos Aires, 1985. Disponível em: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/integracion_prevencion.pdf. Acesso em 11 de novembro de 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

COELHO, Edihermes Marques. **Manual de direito penal**: parte geral: a dogmática penal numa ótica garantista. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, C. E. Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **El derecho penal mínimo**. In: **Revista Poder y Control**. n. 0. Barcelona, 1986. Disponível em: http://www.edured.ec/web_html/documentos/links/Ciencias_Penales/El_Derecho_Penal_minimo.pdf. Acesso em: 11 de novembro de 2010.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

MENDONÇA, Rafael. **Crítica ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: arriscar o impossível**. 2006. 148 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: https://www6.univali.br/tde/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=317. Acesso em: 20 Nov. 2009.

MORAES, Maria C. B. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. A coerção penal e os fins da pena. In: _____. **Direito criminal**: coleção *jus aeternum*, 5. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Estudos de direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal:** fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.