

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE DA PENA CRIMINAL A PARTIR DO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO

CONSIDERATIONS REGARDING THE LEGITIMACY OF THE CRIMINAL PUNISHMENT FROM THE CONCEPT OF RULE OF LAW

João Alfredo Gaertner Junior*

RESUMO

A ideia de Estado de direito está associada a uma longa tradição que se desenvolve paralelamente à história do Ocidente, na qual se busca o estabelecimento de uma relação entre indivíduo, direito e poder político. Contemporaneamente, o conceito de Estado de direito é síntese de um processo histórico-evolutivo e cultural, resultado do diálogo entre diferentes experiências em torno das quais é desenvolvida a ideia da necessidade do estabelecimento de limites ao poder tendencialmente transbordante do ente estatal através do direito, a fim de assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais que assistem aos indivíduos. O objetivo do presente artigo é a inserção do debate acerca da legitimidade da pena criminal nesse contexto. Sabe-se que a pena é instituto sobre o qual repousa uma atmosfera de tensão entre direitos fundamentais. De um lado, a pena pode ser entendida como um remédio através do qual se busca garantir os direitos fundamentais dos membros da coletividade em face do delito; de outro, a pena é uma medida imposta pelos órgãos estatais que atua de modo a restringir o âmbito de liberdade do indivíduo desviante. Assim, pretende-se apresentar elementos idôneos à construção de uma teoria na qual se demonstre a legitimidade da pena criminal de modo harmônico aos postulados do paradigma do Estado de direito.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DE DIREITO; DIREITOS FUNDAMENTAIS; PENA CRIMINAL.

ABSTRACT

The idea of rule of law is associated with a long term tradition that develops parallel to the Occidental history, which is seeking to establish a relationship between individual, law and political power. Currently, the concept of rule of law is the synthesis of a historical-evolutive and cultural process, as a result of dialogues between different experiences around which is developed the idea of the necessity of establishing limits on the power that tendentially overflows the state by law, in order to ensure the respect of fundamental rights and guarantees to individuals who attend. The purpose of this article is the insertion of the debate about the legitimacy of the criminal punishment in this context. It is known that the criminal punishment is an institute on which rests an atmosphere of tension among the fundamental rights. On one hand, the punishment can be understood as a remedy through which it seeks to guarantee the fundamental rights of the members of the collective over the crime, on the other, the punishment is a measure imposed by state bodies that acts to restrict the scope of freedom of the deviant individual. Thus, this article intends to provide suitable evidence for the construction of a theory in which it can be demonstrated the legitimacy of the criminal punishment in a harmonic way to the postulates of the paradigm of the rule of law.

KEY-WORDS: RULE OF LAW; FUNDAMENTAL RIGHTS; CRIMINAL PUNISHMENT.

* Acadêmico do 10º período do curso de graduação em Direito do UNICURITIBA.

1 INTRODUÇÃO

O entendimento contemporâneo acerca do conceito de Estado de direito consubstancia-se em uma síntese de diferentes experiências em torno das quais se desenvolveu a ideia da necessidade do estabelecimento de limites ao poder tendencialmente transbordante do ente estatal em relação aos indivíduos. Tal concepção tem como fundamento a premissa de que deve haver uma vinculação formal e substancial dos poderes públicos à lei, a fim de que os direitos e as garantias fundamentais que assistem aos indivíduos sejam respeitados e assegurados.

Nesse contexto, o debate acerca das teorias que procuram justificar existência da pena criminal, determinando sua função e estabelecendo seus fins, é tema bastante instigante e controverso. Isso porque a pena é instituto sobre o qual repousa uma atmosfera de tensão entre direitos fundamentais. Por um lado, a pena pode ser entendida como um remédio através do qual se busca garantir os direitos fundamentais dos membros da coletividade e afirmar o próprio Estado de direito face ao delito, o qual caracteriza uma violação ao direito; por outro, a pena é uma medida imposta pelos órgãos estatais, mediante o devido processo legal, cuja atuação se dá de modo a restringir o âmbito de liberdade do indivíduo que se conduziu de forma desviante – liberdade esta que também é direito fundamental e, portanto, é objeto de tutela do Estado de direito.

Dessa forma, o presente artigo baseia-se em uma revisão bibliográfica e tem como objetivo apresentar elementos idôneos à construção de uma teoria que justifique a existência da pena de modo harmonioso em relação aos postulados do paradigma do Estado de direito. Para tanto, serão desenvolvidos objetivos específicos, dentre os quais, inicialmente, o apontamento dos elementos essenciais da teoria do Estado de direito, e o estabelecimento da relação de suas premissas conceituais com construção do discurso constitucional nos países ocidentais. Posteriormente, serão analisadas as principais correntes teóricas que procuram justificar e explicar a função e os fins da pena, a fim de assinalar os aspectos que as tornam incompatíveis com os postulados do Estado de direito. Por fim, partindo das reflexões de Luigi Ferrajoli, serão apresentados argumentos que procuram demonstrar a legitimidade da pena de maneira a aproximá-la dos objetivos consubstanciados no modelo de Estado de direito.

2 UMA CONCEPÇÃO DE ESTADO DE DIREITO

A ideia de Estado de direito está associada à busca do estabelecimento de uma relação entre indivíduo, direito e poder político, cujo desenvolvimento se dá paralelamente à história política e intelectual do Ocidente¹. Contemporaneamente, o que se entende a respeito do conceito de Estado de direito e dos elementos que o caracterizam, é resultado de um processo histórico-evolutivo e cultural, elaborado a partir do diálogo entre diferentes experiências vivenciadas por países ocidentais, nas quais os governos, em alguma medida, submetiam-se à observância das leis. Nesse sentido, atualmente o Estado de direito traduz-se em “um paradigma jurídico-político da cultura ocidental e do Estado liberal do Ocidente”².

Pode-se afirmar que o processo de construção do conceito de Estado de direito remonta à Antiguidade, uma vez que se constatam na literatura grega registros acerca da ideia de que o governo não deve atuar de modo arbitrário, mas segundo leis previamente estabelecidas – o que, de modo geral, era entendido como positivo pelo pensamento grego³. Contudo, deve-se destacar, ainda, a relevante contribuição do mundo antigo consubstanciada nas reflexões elaboradas por Platão e Aristóteles acerca da dicotomia entre governo e lei, ao tratarem, embora a partir de perspectivas diversas, da oposição entre regimes de governo⁴.

Séculos mais tarde, após um lento e confuso processo de centralização do poder que teve início no fim do período medieval, o Estado assume a feição de “absoluto”, o que, em uma acepção jurídica pode ser entendido como uma “forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei”⁵.

Como consequência de uma série de eventos como a Revolução Gloriosa (1688-1689) na Inglaterra, a Revolução Americana (1776) nos Estados Unidos e a Revolução Francesa (1789-1799) na França difundiram-se “modelos teórico-sociais que assumem a liberdade e a

¹ COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 98.

² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito**. 1999. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Acesso em: 25 ago. 2011. p. 7.

³ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 32-33.

⁴ COSTA, op. cit., p. 99-100.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 19.

propriedade dos sujeitos como o elemento fundamental da ordem e atribuem ao soberano o ônus de respeitar e tutelar as estruturas fundamentais das mesmas”⁶. Nesse contexto, cabe assinalar o surgimento das doutrinas contratualistas, isto é, teorias de caráter voluntarista em que o fundamento do poder é buscado “no livre acordo dos homens que, num determinado período do desenvolvimento histórico, decidiram a criação do Estado”⁷. Entre os filósofos que elaboraram teorias contratualistas cujas reflexões influenciaram diretamente na construção do conceito de Estado de direito destacam-se John Locke, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau e Emanuel Kant.

Em meados de 1798, a expressão lexical “Estado de direito” é utilizada pela primeira vez por J. W. Placidus, na Alemanha, ao referir-se à obra de Kant⁸. A partir de então, evidencia-se a instituição de modelos de governo baseados na ideia de que o poder político, de alguma forma, deve vincular-se ao respeito às leis em uma série de países ocidentais. Essas diferentes experiências históricas deram origem aos principais modelos teóricos de Estado de direito, tais como o *Rechtsstaat* alemão, o *Rule of Law* inglês, o *Rule of Law* na versão americana e o *État de Droit* francês. O entendimento contemporâneo acerca do conceito de Estado de direito é resultado da conjugação de elementos originários dessas diferentes tradições.

A partir desses elementos, Danilo Zolo sustenta que o modelo individualista de sociedade e o primado ontológico do sujeito individual são pressupostos filosófico-políticos de Estado de direito⁹. O modelo de sociedade individualista representa uma ruptura em relação ao modelo sólido e antigo de sociedade organicista, segundo o qual os interesses do Estado sobrepõem-se aos interesses individuais¹⁰. Já o primado ontológico do sujeito individual e o valor axiológico da sua liberdade e autonomia traduz-se na consolidação da perspectiva do direito natural moderno e desdobra-se, por um lado, no pessimismo potestativo, caracterizado pela ideia de que o poder político é perigoso, tendo como consequência a exigência de “que no Estado estejam presentes aparelhos normativos e órgãos

⁶ COSTA, 2006, p. 112.

⁷ BOBBIO, 2000, p. 29.

⁸ COSTA, op. cit., p. 116.

⁹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 32-34.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 56.

institucionais que desempenhem a função de identificar, contrastar e reprimir o abuso e o arbítrio do poder”¹¹; por outro, no otimismo normativo, ou seja, na noção de que através do direito o indivíduo pode reprimir os excessos e abusos por parte do poder político. Esse aspecto resulta na necessidade de “que os poderes do Estado (antes de tudo o executivo e o judiciário) estejam vinculados ao respeito de regras gerais”, uma vez que “o direito como 'lei' pode obter, por meio da imposição de formas e de procedimentos gerais [...] uma drástica redução da discricionariedade política”¹².

Danilo Zolo explica, ainda, que o Estado de direito orienta-se pelo princípio da difusão e pelo princípio da diferenciação. O princípio da difusão caracteriza-se pela limitação, por meio de vínculos explícitos, dos poderes estatais a fim de que haja uma dilatação no âmbito das liberdades individuais. Por tal razão, referido princípio implica “uma definição jurídica dos poderes públicos e da sua relação com os poderes dos sujeitos individuais, também eles juridicamente definidos”¹³. Nas diferentes experiências do Estado de direito, o princípio da difusão manifesta-se através da unicidade e individualidade do sujeito jurídico, da igualdade jurídica dos sujeitos individuais, da certeza do direito e do reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos¹⁴.

O princípio da diferenciação, por sua vez, traduz-se, sob uma perspectiva externa, na autonomia e independência do sistema político-jurídico em relação a outros subsistemas, tais como o ético-religioso e o econômico, ao passo que, a partir de uma perspectiva interna, pode ser entendido “como critério de delimitação, coordenação e regulamentação jurídica de distintas funções estatais, sumariamente correspondentes à posição de normas (*legis latio*) e à aplicação de normas (*legis executio*)”¹⁵. Tal princípio expressa-se através de modalidades institucionais, tais como a delimitação do âmbito de exercício do poder e de aplicação do direito, a separação entre instituições legislativas e instituições administrativas, o primado do poder legislativo, o princípio da legalidade, a reserva de legislação, a subordinação do poder legislativo ao respeito dos direitos subjetivos constitucionalmente definidos e a autonomia do poder judiciário¹⁶.

¹¹ ZOLO, 2006. p. 35.

¹² Ibid., p. 36.

¹³ Ibid., p. 31.

¹⁴ Ibid., p. 36-43.

¹⁵ Ibid., p. 32.

¹⁶ Ibid., p. 45-47.

Nesse panorama, cabe assinalar que a construção do discurso constitucional acerca das Constituições modernas vincula-se às premissas conceituais do Estado de direito, haja vista o alinhamento de tal conceito à perspectiva da primazia da proteção do indivíduo nas sociedades ocidentais.

Luigi Ferrajoli aponta para dois modelos distintos do Estado de direito: o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito. O Estado legislativo de direito identifica-se com “qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos”¹⁷. Assim, embora o legislador encontre-se vinculado aos aspectos formais prescritos na lei, não há referenciais que orientem sua atividade em termos materiais.

No Estado constitucional de direito, ao contrário, “todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos costumeiramente por normas constitucionais, como a separação dos poderes e os direitos fundamentais”¹⁸. Tal modelo caracteriza-se pela vinculação formal e substancial da atividade legislativa a preceitos constitucionais, uma vez que a Constituição deve ser entendida como uma lei hierarquicamente superior à legislação ordinária.

Há uma tensão de difícil equação entre essas duas formas de compreender do Estado de direito e o papel da legislação e da Constituição. De um lado, projeta-se a legitimidade do Estado na sua função protetora do indivíduo, reservando um espectro de direitos inalienáveis não submetidos à deliberação pública. De outro, afirma-se que a autonomia individual não se impõe sobre o interesse público ou a vontade da maioria. Essa tensão muitas vezes dificulta a compreensão do papel das garantias constitucionais, razão pela qual se deve buscar construir uma concepção de Estado de direito, que promova uma conciliação entre discursos igualmente legitimados na cultura jurídico-político ocidental.

Para Joaquim José Gomes Canotilho os elementos fundamentais do Estado de direito são “a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva [sic], a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos”¹⁹. Para dar eficácia e concretude a esses valores e

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417.

¹⁸ *Ibid.*, p. 417-418.

¹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito**. 1999. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Acesso em: 25 ago. 2011. p. 7.

princípios, ele argumenta que o modelo de organização mais adequado é o Estado constitucional, o qual deve constituir uma associação das fórmulas do Estado de direito e do Estado democrático. Isso porque além da necessidade da legitimação do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico, através da lógica do Estado de direito, é necessário também a legitimação de uma ordem de domínio e do exercício do poder político, concretizada por meio de um Estado democrático²⁰. Em outros termos, pode-se afirmar que

o Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito igual à participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*²¹.

Desta forma, compreende-se que o Estado constitucional deve estruturar-se como uma ordem de domínio legitimada pelos cidadãos, ou seja, um Estado democrático de direito, concebido a partir do princípio da soberania popular e concretizado em conformidade com procedimentos regulados através da legislação²². Isso significa dizer que no Estado constitucional, o poder estatal deve ser organizado e exercido com observância dos princípios democráticos, tanto em termos de articulação do direito quanto do poder. Nesse contexto, conforme bem ensina Joaquim José Gomes Canotilho, “o princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’”²³.

Para Luigi Ferrajoli, o Estado de direito identifica-se com a democracia em um sentido substancial e social, podendo, nessa perspectiva, ser entendido como sinônimo de “garantismo”. Em outros termos, ele argumenta que

²⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 100.

²¹ CANOTILHO, loc. cit.

²² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito**. 1999. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Acesso em: 25 ago. 2011. p. 10.

²³ CANOTILHO, op. cit., p. 98.

em um sentido não formal e político, mas substancial e social de “democracia”, o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto²⁴.

De acordo com essa concepção, no Estado de direito, constitucional e democrático em sentido material, existem matérias sobre as quais não se pode deliberar nem mesmo a partir do consenso da maioria. Da mesma forma, por outro lado, no Estado de direito há questões que devem ser decididas mesmo quando não há iniciativa política por parte da maioria. Tal raciocínio é sintetizado por Luigi Ferrajoli, relacionando-o ao contexto do processo penal:

Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político – do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública – pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso ou vice-versa²⁵.

A democracia, entendida enquanto regime de governo em que a vontade da maioria é inquestionável e absoluta, aproxima-se do que Gustavo Zagrebelsky denomina concepções dogmáticas e acrílicas da democracia. Para ele, tais concepções devem ser rechaçadas, ao passo que a democracia crítica, compreendida como regime marcado pela inquietação e pela autocrítica, sempre aberto a reconhecer os próprios erros e colocar-se em discussão, e por isso, indisposto a aceitar decisões irreversíveis, é por ele defendida²⁶.

Em síntese, pode-se afirmar que a concepção de Estado de direito adotada no presente artigo está intrinsecamente associada a um modelo de Estado democrático, o que pressupõe a

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 797.

²⁵ Ibid., p. 510.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 139-142.

igualdade entre os cidadãos em um sentido material. Isso implica em um modelo de Estado em que os direitos e as garantias fundamentais individuais não se submetem aos interesses da maioria, ao clamor social ou a qualquer outro argumento que tenda a fragilizá-los, mas, ao contrário, são respeitados e assegurados pelos órgãos estatais da forma mais plena possível.

Tendo em vista esse referencial teórico, na última parte do presente artigo serão apresentadas considerações que apontam no sentido da legitimidade da pena criminal, justificando-a de forma conciliadora e harmônica em relação aos postulados do paradigma do Estado de direito, de modo a afastar a ideia equivocada de que tal instituto não seria compatível com tal modelo de Estado, por sua aplicação pelos órgãos estatais constituir violação à liberdade do delinquente. Entretanto, preliminarmente, serão analisados os aspectos mais relevantes das principais correntes teóricas que buscam explicar a função e os fins da pena, assinalando em que medida cada uma delas torna-se inconciliável com o paradigma do Estado de direito.

3 UMA BREVE ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS DA PENA

Dentro da lógica do Estado de direito, parece não restar dúvidas acerca do fato de que a pena desempenha importante função de instrumento por meio do qual o ente estatal busca tutelar valores e direitos fundamentais dos quais são titulares os indivíduos integrantes do corpo social. Em tese, o indivíduo que age de forma desviante em relação às regras estabelecidas por determinada comunidade, torna-se sujeito à aplicação de uma sanção pelos órgãos estatais. Na esfera criminal, mais especificamente, as condutas praticadas de modo a afrontar bens jurídicos tutelados pelo direito penal, caracterizam infrações penais e tornam os seus agentes incurso nas respectivas penas a elas cominadas previamente em dispositivos legais.

Ocorre que na seara criminal, a pena atua diretamente de maneira a restringir de forma gradual a esfera de liberdade do indivíduo desviante, como forma de assegurar direitos e garantias fundamentais que assistem a todos os membros da coletividade. Contudo, a pena revela-se um instrumento que atua exatamente a partir da violação do direito fundamental à liberdade delinquente, o que, em tese, é contrário aos objetivos do Estado de direito. Verifica-se, desde logo, a existência de um aparente conflito entre o instituto da pena e o paradigma do Estado de direito.

Tendo em vista a necessidade da existência de um mecanismo por meio do qual o pacto social violado pela conduta do delinquente seja restabelecido e reafirmado, para alguns estudiosos a ideia de pena é pressuposto inafastável da lógica do Estado de direito. Por outro lado, é inegável que a pena aplicada pelos órgãos estatais representa uma violência em relação à liberdade individual do indivíduo desviante, razão pela qual se afirma que a pena é “uma grave e imprescindível necessidade social”²⁷. Nesse sentido, Douglas Fischer procura justificar a aplicação da sanção penal como forma de controle social necessária à manutenção do Estado de direito, afirmando que a pena deve ter como finalidade

a efetiva realização dos objetivos traçados pelo Estado Democrático e Social de Direito, mediante a observância das garantias insertas na Carta Maior, com a consideração essencial de que não se pode entender que a Constituição imponha ao Estado somente o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas também de sancionar penalmente (de modo eficaz) a sua vulneração²⁸.

No entanto, considerando diferentes momentos históricos e diferentes modelos de Estado, verifica-se que diversas são as razões que podem justificar a pena. Com Cezar Roberto Bitencourt, pode-se afirmar que as concepções acerca de Estado, pena e culpabilidade relacionam-se entre si, ou seja, para “uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade”²⁹.

Pode-se elencar uma série de teorias que procuram justificar a existência da pena, atribuindo-a funções e finalidades.. De acordo com Luigi Ferrajoli³⁰, tais teorias, denominadas justificacionistas, podem ser agrupadas em duas categorias: as teorias retributivistas ou absolutas, e as teorias preventivas ou relativas, também chamadas de utilitaristas.

Enquanto as teorias retributivistas podem ser agrupadas de acordo com o critério do valor moral ou jurídico atribuído à retribuição penal, as teorias preventivas podem ser classificadas como teorias da prevenção geral e da prevenção especial ou individual, na medida em que orientam o fim preventivo aos cidadãos em geral ou à pessoa do delinquente, respectivamente. Ambas as concepções podem ser entendidas, ainda, a partir de uma

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1. Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84.

²⁸ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e Estado social e democrático de direito**: uma teoria à luz da Constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 105.

²⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 83.

³⁰ FERRAJOLI, 2010, p. 236.

perspectiva positiva, quando se busca a correção do delinquente ou a afirmação da ordem jurídica face à comunidade, bem como de uma perspectiva negativa, quando se busca a neutralização do criminoso ou a intimidação dos membros da coletividade. Além disso, embora não constitua objeto de análise do presente trabalho, deve-se registrar também a existência de uma terceira categoria de teorias justificacionistas denominadas mistas ou unificadoras, as quais justificam a pena com base em elementos tanto das teorias retributivistas quanto das teorias preventivas.

3.1 AS TEORIAS RETRIBUTIVISTAS DA PENA

As teorias retributivistas da pena, também denominadas de teorias absolutas, caracterizam-se por concebê-la como mera retribuição ao delinquente em razão da conduta delituosa por ele praticada. De acordo com essas concepções, a pena não é um instrumento utilizado para que se possa alcançar determinado fim, mas, ao contrário, constitui um fim em si mesmo. Ou seja, essas doutrinas “concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico”, constituindo “não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento³¹”.

Para Jorge de Figueiredo Dias, a essência da pena nas teorias retributivistas

reside na *retribuição, expiação, reparação ou compensação* do mal do crime e nesta essência se esgota [...] uma tal essência e natureza é função exclusiva do facto [sic.] que (no passado) se cometeu, é a *justa paga* do mal com que o crime se realizou, é o *justo equivalente* do dano do facto [sic.] e da culpa do agente³².

Essa concepção da pena fundamenta-se nas ideias de caráter religioso de vingança, de expiação e de reequilíbrio entre pena e delito. No século XIX, Kant e Hegel retomaram tais ideias e elaboraram teses laicas acerca da pena como instrumento de retribuição³³.

A tese elaborada por Kant sobre a pena parte da premissa de que o homem deve ser considerado com um fim em si mesmo em todas as suas ações. Isso implica na

³¹ FERRAJOLI, 2010, p. 236.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 67-68.

³³ FERRAJOLI, op. cit., p. 237.

impossibilidade do homem ser utilizado como meio para atingir fins alheios a ele, ou seja, o homem não é suscetível de instrumentalização. Sendo assim, Kant entende que a pena jamais poderá ser aplicada como um meio a buscar a realização de outros fins, devendo ser imposta ao indivíduo desviante tão somente em razão de ter ele incorrido na prática de um delito. Cezar Roberto Bitencourt observa que tal argumentação rechaça todas as teorias que justificam a pena como instrumento de prevenção de delitos:

Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito³⁴.

Percebe-se que, de acordo com a teoria da pena elaborada por Kant, a aplicação da pena atendendo a fins utilitários ou pragmáticos transforma a pessoa a ela submetida em objeto, violando a sua eminente dignidade³⁵. Ademais, pode-se afirmar ainda que “pretender que o direito de castigar o delinqüente encontre sua base em supostas razões de utilidade social não seria eticamente permitido”³⁶.

A teoria da pena elaborada por Hegel³⁷, por sua vez, parte da premissa de que o crime é a negação do direito, ao passo que a pena é a negação do crime. Em outros termos, a pena é

³⁴ BITENCOURT, 2009, p. 89.

³⁵ DIAS, 2001, p. 73.

³⁶ BITENCOURT, loc. cit.

³⁷ Embora a maior parte da doutrina brasileira afirme que a teoria elaborada por Hegel é retributivista, esse entendimento não é unânime. Para Eugênio Pacelli de Oliveira, ainda que se possa reconhecer na elaboração de Hegel “um partidário de uma teoria *absoluta* da pena, no sentido de que, praticado um delito, deve-se lhe seguir uma sanção”, sua dialética, “segundo a qual o crime seria uma negação do direito, e que, assim, a sua negação seria a afirmação do direito, não pode ser interpretada como uma manifestação retributivista, unicamente” (OLIVEIRA, 2004, p. 31). Ao contrário, entende o doutrinador brasileiro que a teoria hegeliana acerca dos fins da pena apresenta objetivos preventivos (especial e geral). Sobre a prevenção geral, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que “Hegel irá concluir que a vontade do criminoso, representada pela coação *não jurídica*, pode e deve ser destruída por outra vontade, que seria a coação *jurídica*, de modo que, no momento dialético da *totalidade*, o crime se visse superado pela afirmação do direito. É então que se manifesta a prevenção especial: a vontade do criminoso, uma vez realizado o crime (a coação *não jurídica*) permaneceria *existente* enquanto não contrariada por outra coação (a jurídica); eis porque a imposição de uma sanção (da pena) revela-se *juridicamente* necessária para a afirmação do Direito. E eis porque, atuando diretamente na vontade do criminoso (que existiria enquanto não afrontada), a pena se justificaria como uma prevenção especial, voltada, primeiramente, para a reabilitação do agente, em face da concepção eticizante do Direito e do Estado que fundamenta a teoria hegeliana” (OLIVEIRA, 2004, p. 32). Em relação ao objetivo da prevenção geral, Eugênio Pacelli de Oliveira explica que “o Estado Democrático de Direito, não só reconhece, mas institui a proteção dos direitos fundamentais, por meio de inúmeras garantias individuais oponíveis contra o Estado e mesmo contra o particular. Nessa medida, a necessidade de afirmação do Direito é, em si mesma, uma necessidade de proteção dos direitos individuais e coletivos passíveis de violação [...] Por que intervém o Estado no âmbito do Direito penal? [...] para a proteção

a negação da negação do direito. Assim, para Hegel a pena justifica-se pela necessidade de restabelecimento da ordem jurídica, negada com o crime praticado pelo delinquente. Dito de outro modo, “a imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada” e deve retribuir ao condenado proporcionalmente ao crime por ele praticado, ou seja, “o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o *quantum* ou intensidade da nova negação que é a pena”³⁸.

Embora a teoria elaborada por Hegel afirme que a pena é determinada pela conduta do delinquente, tal teoria não se confunde com o sistema talional. Isso porque na formulação hegeliana não há fixação de correspondência entre determinadas modalidades de penas e determinados delitos. Hegel apenas demonstra a equivalência entre conduta e pena, pois a concebe como “a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido”³⁹.

Para Jorge de Figueiredo Dias, as teorias retributivistas da pena são inadmissíveis no âmbito de um Estado democrático, pluralista e laico⁴⁰, haja vista resultarem de uma confusão entre direito e moral. Ao contrário, tais teorias são idôneas a justificar modelos não liberais de direito penal máximo, conforme aponta Luigi Ferrajoli:

a confusão é explícita nas concepções da pena enquanto “retribuição ética”, que lhe atribuem diretamente um valor moral correspondente ao desvalor moral ontologicamente associado ao delito. Entretanto, é implícita também nas doutrinas que consideram a pena uma “retribuição jurídica”, as quais, conferindo valor ético, antes mesmo que às penas, à ordem jurídica que as mesmas deveriam reintegrar, equivalem a uma legitimação moral ainda mais apriorística e incondicionada daquelas⁴¹.

No entanto, Jorge de Figueiredo Dias assinala que o mérito das doutrinas retributivistas reside na afirmação do princípio da culpa, segundo o qual “não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa”⁴². Com a elaboração das referidas teorias, o princípio da culpa tornou-se marco orientador da toda a

dos direitos, consubstanciados em bens e/ou valores juridicamente reconhecidos, contra a violência e contra o arbítrio” (OLIVEIRA, 2004, p. 32-33). Daí o caráter preventivo geral da concepção hegeliana da pena.

³⁸ BITENCOURT, 2009, p. 90.

³⁹ Ibid., p. 91.

⁴⁰ DIAS, 2001, p. 71.

⁴¹ FERRAJOLI, 2010, p. 239-240.

⁴² DIAS, op. cit., p. 70.

aplicação da pena, resultando em “um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana”⁴³. Além disso, deve-se considerar que, embora toda pena suponha a existência de culpa, o contrário não é verdadeiro, uma vez que somente a culpa que se manifestar simultaneamente à necessidade de pena deverá ser punida, razão pela qual se pode afirmar que “a culpa é pressuposto e limite, mas não fundamento único da pena”⁴⁴.

3.2 AS TEORIAS PREVENTIVAS DA PENA

As teorias preventivas ou relativas da pena, também denominadas utilitaristas, justificam a pena a partir da necessidade de prevenção das práticas delituosas. De acordo com essa concepção, a sanção penal deve ser imposta como forma de impedir que o indivíduo desviante reincida no delito.

Luigi Ferrajoli explica que as teorias preventivas são “todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos”⁴⁵. Por conceberem a pena como instrumento para a realização de outros fins é que essas concepções são consideradas teorias de fins propriamente ditos⁴⁶.

As teorias preventivas são agrupadas de acordo com a perspectiva pela qual compreendem a pena. Sendo assim, têm-se, de um lado, as teorias que entendem a pena como instrumento de prevenção geral, na medida em que defendem que seu caráter preventivo atua diretamente em relação a todos os membros da coletividade; de outro, as teorias que concebem a pena como instrumento de prevenção especial ou individual, visto que consideram que sua finalidade preventiva atua diretamente em relação ao indivíduo desviante.

3.2.1 As Teorias da Prevenção Geral

⁴³ DIAS, 2001, p. 70.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 71-72.

⁴⁵ FERRAJOLI, 2010, p. 236.

⁴⁶ DIAS, *op. cit.*, p. 72.

As doutrinas da prevenção geral caracterizam-se por conceberem a pena como instrumento destinado a atuar em relação à generalidade dos indivíduos de uma determinada comunidade, como forma de afastá-los das práticas delituosas. De acordo com essa concepção, a pena tem a função de desencorajar os indivíduos da prática de condutas criminosas tanto por meio da ameaça legislativa de sua aplicação, quanto através do exemplo dos condenados ao seu cumprimento. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias observa que

o denominador comum das doutrinas da prevenção geral radica na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a *actuar [sic.] (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes* através da *ameaça* penal estatuída pela lei, da realidade da *aplicação* judicial das penas e da *efectividade [sic.]* da sua execução⁴⁷.

As teorias da prevenção geral são agrupadas ainda segundo compreendem a finalidade preventiva da pena sob uma perspectiva negativa ou positiva. As teorias da prevenção geral negativa concebem a pena como instrumento destinado a intimidar os indivíduos de uma determinada comunidade, afastando-os da prática de condutas delituosas. A intimidação é resultado da ameaça de aplicação da pena estabelecida na legislação penal, bem como do sofrimento que a sua imposição representa aos condenados. Daí falar-se em teorias da prevenção geral negativa ou de intimidação⁴⁸. Por outro lado, as teorias da prevenção geral positiva consideram a pena meio adequado a afirmar à comunidade a vigência e a validade do ordenamento jurídico-penal. Nessa perspectiva, os fins da pena identificam-se com a manutenção e o reforço da confiança dos indivíduos na eficácia da lei penal. Essa concepção é denominada teoria da prevenção geral positiva ou de integração⁴⁹.

Um dos principais defensores da teoria da prevenção geral foi Ludwig Feuerbach, formulador da “teoria da coação psicológica”, segundo a qual “a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos”⁵⁰. Disso decorre que, de acordo com essa concepção, “a finalidade precípua da pena seria a de criar no espírito dos

⁴⁷ DIAS, 2001, p. 74.

⁴⁸ DIAS, loc.cit.

⁴⁹ Ibid., p. 74-75.

⁵⁰ BITENCOURT, 2009, p. 93.

potenciais criminosos um *contra-motivo* suficientemente forte para os afastar da prática do crime”⁵¹.

Considerando que a “teoria da coação psicológica” entende que a ameaça da pena é motivo suficiente para afastar os indivíduos do delito, pode-se dizer que, sob essa perspectiva, o direito penal é o instrumento pelo qual se pode solucionar o problema da criminalidade. Para tanto, é necessário, preliminarmente, a tipificação e a cominação penal, ou seja, “a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá”⁵². Além disso, em um momento posterior, faz-se necessário o cumprimento da ameaça contida na legislação mediante a aplicação da pena cominada.

No entanto, diversas críticas são dirigidas à “teoria da coação psicológica”. Primeiramente, argumenta-se que tal concepção ignora a confiança do delinquente em não ser descoberto, o que implica em admitir que a ameaça da pena por si só não é suficiente para afastá-lo de práticas criminosas⁵³. Esse argumento é reforçado a cada novo crime cometido, demonstrando que, em termos práticos, os efeitos preventivos pretendidos pela teoria não são alcançados. Além disso, considerar a pena como instrumento de intimidação dos membros da comunidade pode levar legisladores e magistrados a estabelecerem e aplicarem penas demasiadamente elevadas, que excedem os limites impostos pela culpabilidade do delinquente, tendo em vista que tal pena, em tese, provocaria maior intimidação⁵⁴. Finalmente, critica-se a “teoria da coação psicológica” em razão da necessidade imprescindível de que todos os destinatários conheçam os termos exatos da lei penal, especialmente a espécie e a quantidade de pena cominada para cada delito, a fim de que se abstenham de praticar condutas delituosas em virtude da ameaça da pena.

Para Luigi Ferrajoli, as doutrinas da intimidação podem, ainda, ser agrupadas em outras duas categorias: por um lado, as teorias nas quais a intimidação é dirigida a todos os membros da comunidade através do exemplo fornecido pela aplicação da pena com a condenação; por outro, as teorias que compreendem a intimidação como efeito da ameaça da pena contida na lei, exercido em relação aos indivíduos em geral.

Contra as doutrinas que buscam a intimidação dos membros da comunidade em geral por meio do exemplo da aplicação da pena, pode-se argumentar com base na elaboração

⁵¹ DIAS, 2001, p. 75.

⁵² BITENCOURT, 2009, p. 93.

⁵³ Ibid., p. 84.

⁵⁴ DIAS, op. cit., p. 77.

kantiana, uma vez que a punição exemplar de um indivíduo com vistas a intimidar todo o corpo social, caracteriza a utilização do homem como meio a realizar fins a ele estranhos, de modo a violar sua eminente dignidade⁵⁵. Além disso, essa concepção da pena é apta a legitimar modelos de direito penal máximo, caracterizados pela incerteza processual, pela inobservância de garantias individuais e por uma sanção penal que se orienta segundo a máxima severidade. Para conseguir a intimidação pretendida pelos defensores dessa concepção, seria até mesmo justificável a punição de inocentes, ou seja, a aplicação da pena desvinculada da culpabilidade ou até mesmo em face da ausência de provas da ocorrência do crime⁵⁶. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli entende que

tal doutrina da pena é virtualmente solidária com modelos substancialistas de direito penal ilimitado e com esquemas de processo que excluem as garantias de defesa, em particular o princípio do *in dubio pro reo*” [...] uma prática penal orientada pela função dissuasiva da imposição e não da ameaça da pena pode efetivar-se em punição discricionária e desigual, segundo as conveniências políticas ou o alarme social, em relação aos quais o condenado é destinado a servir como ‘bode expiatório’⁵⁷.

Por outro lado, as doutrinas da prevenção geral negativa, caracterizam-se por buscar a intimidação de todos os membros da comunidade a partir da ameaça da pena contida na lei, isto é, relacionam “a função dissuasiva do direito penal em relação à generalidade dos associados não imediatamente ao caráter exemplar da imposição da pena, mas sim, e mediamente, à ameaça contida na lei penal que ela representa”⁵⁸. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a sanção penal consubstancia-se

no efeito (desincentivador) estabelecido pela lei penal para dissuadir a sua própria infração, ou, ainda, garantir-lhe a eficácia, não diverso, entretanto, de qualquer outro tipo de efeito jurídico, cuja previsão por parte de uma norma primária possui sempre o objetivo de assegurar a eficácia da norma secundária que disciplina o ato ao qual aquele é imputado⁵⁹.

⁵⁵ FERRAJOLI, 2010, p. 257.

⁵⁶ FERRAJOLI, loc. cit.

⁵⁷ Ibid., p. 258.

⁵⁸ FERRAJOLI, loc. cit.

⁵⁹ FERRAJOLI, loc. cit.

Luigi Ferrajoli entende que o aspecto positivo das doutrinas da prevenção geral negativa reside no fato de serem as únicas a não confundirem o direito com a moral ou a natureza. Isso porque tais teorias têm como escopo a comunidade em geral, e não apenas indivíduo desviante⁶⁰. Além disso, tendo em vista a previsão legal abstrata dos delitos e das penas, a função preventiva geral tem o mérito de focar o delito, protegendo os delinquentes de “tratamentos desiguais e personalizados com fins corretivos de emenda ou de terapia individual ou social ou para fins políticos de repressão exemplar”⁶¹.

No entanto, embora as teorias da prevenção geral através da ameaça legal da pena procurem estabelecer parâmetros legais de modo a assegurar garantias individuais em face dos possíveis abusos do judiciário, tais doutrinas não são idôneas a impedir os possíveis excessos do legislativo na tarefa de prescrever os tipos de penas e suas quantidades. Isso porque, em tese, quanto mais elevada e severa a pena, maior seria a sua eficácia em relação ao objetivo de dissuadir os indivíduos em relação à prática de delitos⁶².

Em relação à vertente positiva das teorias da prevenção geral, cabe destacar a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora e a teoria da prevenção geral positiva limitadora. Welzel e Jakobs são os principais defensores teoria da prevenção geral positiva fundamentadora. De forma sintética, pode-se dizer que Welzel entende que

o Direito Penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A proteção de bens jurídicos constitui somente uma função de prevenção negativa. A mais importante missão do Direito Penal é, no entanto, de natureza ético-social. Ao proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito Penal expressa, da forma mais eloqüente [sic.] de que dispõe o Estado, a vigência de ditos valores, conforme o juízo ético-social do cidadão, e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao Direito⁶³.

No mesmo sentido, Jakobs acredita que as normas jurídicas têm a função de orientar a conduta dos indivíduos nas suas relações sociais, com vistas a estabilizá-las e institucionalizá-las. Assim, quando uma norma é violada, faz-se necessário reafirmar a sua vigência, a fim de manter a confiança da comunidade no ordenamento jurídico, bem como afirmar sua função

⁶⁰ FERRAJOLI, 2010, p. 257.

⁶¹ Ibid., p. 259.

⁶² Ibid. p. 260.

⁶³ BITENCOURT, 2009, p. 100-101.

orientadora. Portanto, “enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar a infração”⁶⁴.

Entretanto, autores como Mir Puig e Baratta apontam para alguns equívocos da teoria de Jakobs. Enquanto Baratta argumenta que a referida teoria não explica por que a estabilização de expectativas deve ocorrer por meio da aplicação da pena, ao invés de outros meios equivalentes e menos graves, conservando e legitimando a tendência à expansão do direito penal diante dos problemas sociais, Mir Puig pondera que tal teoria permite a utilização da pena até mesmo em casos em que a proteção dos bens jurídicos não é necessária⁶⁵.

Por outro lado, a teoria da prevenção geral positiva limitadora sustenta que “a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado”⁶⁶. Essa teoria parte da premissa de que o direito penal é apenas um dos meios de controle social existente, cujo aspecto característico é a sua formalização. Assim, a aplicação da pena deve obedecer a determinados pressupostos e submeter-se a determinadas limitações, isto é, “a pena deve manter-se dentro dos limites do direito penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais”⁶⁷. Dessa forma, segundo Hassemer, um dos seus defensores, por meio da pena torna-se possível ao Estado garantir a juridicidade e formalização do direito penal, eleito o modo social adequado para punir o delito⁶⁸.

Vale registrar, ainda, que Luigi Ferrajoli dirige relevante crítica às doutrinas da prevenção geral ao assinalar que, embora elas estabeleçam limitações garantistas internas à função penal, não são idôneas a assegurar limitações externas no sentido de conter a tendência a um direito penal máximo. Ou seja, deve-se considerar que “o objetivo da eficácia das proibições penais não condiciona, de nenhuma forma, a quantidade e a qualidade das penas. Ao contrário, sugere a máxima crueldade punitiva”⁶⁹.

⁶⁴ BITENCOURT, 2009, p. 101.

⁶⁵ Ibid., p. 102.

⁶⁶ Ibid., p. 103.

⁶⁷ BITENCOURT, loc. cit.

⁶⁸ BITENCOURT, loc. cit.

⁶⁹ FERRAJOLI, 2010, p. 260.

3.2.2 As Teorias da Prevenção Especial ou Individual

As teorias que concebem a pena como instrumento de prevenção especial ou individual também objetivam evitar a prática de delitos. No entanto, ao contrário das teorias da prevenção geral, as teorias da prevenção especial entendem a pena como instrumento de prevenção de delitos que atua direta e exclusivamente em relação ao indivíduo desviante. Para Jorge de Figueiredo Dias, “as doutrinas da prevenção especial ou individual têm por denominador a ideia de que a pena é um instrumento de actuação [sic.] preventiva sobre a pessoa do delincente, com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes”⁷⁰. Por esta razão, fala-se em “prevenção da reincidência”.

Von Liszt, cujas reflexões foram importantes no desenvolvimento dessa teoria, entende que a necessidade de pena é medida em função de critérios preventivos especiais. A pena deve ser aplicada atendendo a uma ideia de ressocialização e reeducação do delincente, de intimidação em relação aos indivíduos que não necessitem ressocializar-se, e de neutralização e inocuização em relação aos considerados incorrigíveis⁷¹. Verifica-se, portanto, que a prevenção especial orienta-se exclusivamente ao indivíduo desviante com vistas a prevenir a reincidência.

No entanto, uma crítica relevante que é dirigida às teorias de prevenção especial diz respeito a situações em que apesar da gravidade do delito cometido, o delincente não necessite intimidação, reeducação ou inocuização. Nesses casos, a consequência seria a impunidade do agente delituoso, visto que não haveria razão suficiente que justificasse a aplicação de pena.

Igualmente relevante é a crítica dirigida por Jorge de Figueiredo Dias à teoria da pena como instrumento de prevenção especial:

é hoje seguramente de recusar uma acepção da prevenção especial no sentido da correcção [sic.] ou emenda *moral* do delincente [...] De recusar será igualmente o paradigma médico ou clínico da prevenção especial, sempre que ele se tome como tratamento *coactivo* [sic.] das inclinações e tendências do delincente [sic.] para o

⁷⁰ DIAS, 2001, p. 78.

⁷¹ BITENCOURT, 2009, p. 96.

crime. Ainda aqui não cabe ao Estado uma tal tarefa, a qual se apresentaria sempre como violadora da liberdade de autodeterminação do delinquente⁷².

Já a crítica que Luigi Ferrajoli dirige às teorias utilitaristas da prevenção especial parte da afirmação de que tais doutrinas, assim como as doutrinas retributivistas, confundem o direito com a moral ou a natureza:

a confusão entre direito e moral ou entre direito e natureza afeta não apenas a concepção do delito, mas, também, aquela da pena, a qual vem compreendida, moralística ou naturalisticamente, como instrumento benéfico de reabilitação do condenado, e, sob este prisma, rotula projetos autoritários de moralização individual ou de ortopedia social conflitantes com o direito da pessoa a permanecer imune às práticas coativas de transformação⁷³.

Ao conceber a pena como instrumento de prevenção destinado a atuar exclusivamente em relação ao delinquente, diferenciando-os em razão das suas características pessoais ao invés de tomar em consideração os delitos praticados, as doutrinas da prevenção especial aproximam-se de concepções de direito penal de autor. Dessa forma, o direito penal torna-se o meio destinado não apenas à prevenção de delitos, mas também apto a “transformar as personalidades desviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização das mesmas mediante técnicas de amputação e de melhoria social”⁷⁴.

4 A LEGITIMIDADE DA PENA A PARTIR DO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO

Após brevemente apresentar os principais aspectos das teorias retributivistas e preventivas da pena, bem como apontar aqueles que as tornam incompatíveis com o modelo de Estado de direito, agora serão apresentadas algumas considerações levantadas por Luigi Ferrajoli que entendemos relevantes na tentativa de elaboração de uma concepção que justifique a existência da pena no âmbito do Estado de direito.

⁷² DIAS, 2001, p. 81.

⁷³ FERRAJOLI, 2010, p. 256.

⁷⁴ Ibid., p. 247.

Ao iniciar a análise acerca da legitimidade da pena no Estado de direito, Luigi Ferrajoli explica que o utilitarismo de origem contratualista e iluminista orienta-se segundo duas premissas distintas: de um lado, a máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes; de outro, o mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada pelos desviantes. Nesse sentido, o jusfilósofo italiano afirma que

a primeira reporta a finalidade (apenas) aos interesses da segurança social, distintos dos daqueles que suportam a pena, e, portanto, torna possível a avaliação entre custos e benefícios. A segunda, ao invés, reporta a finalidade (também) aos interesses dos destinatários da pena, que, sem esta, poderiam sofrer males extrapenais maiores, tornando assim possível a comparação entre estes e os meios penais adotados. É claro que a primeira versão não pode exigir nenhum limite ou garantia na intervenção punitiva, sendo idônea, pois, para fundar, inclusive, modelos de direito penal máximo. A segunda, por seu turno, é uma doutrina sobre os limites do direito penal, consentindo-lhe, pois, a justificação somente se suas intervenções forem limitadas ao mínimo necessário. Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra a repetição de futuros delitos for somente aquela da máxima segurança social, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas, inclusive aquela de morte, bem como os procedimentos mais anti-garantistas, compreendidas a tortura e as medidas policiais mais pervasivas e não liberais⁷⁵.

Percebe-se, portanto, que o utilitarismo penal moderno caracteriza-se por partir de uma interpretação parcial dos postulados do utilitarismo tal como concebido no período iluminista. Isso porque o utilitarismo penal moderno adota como premissa somente a garantia da máxima utilidade possível em relação à maioria composta pelos indivíduos não desviantes. Por esta razão, verifica-se que as teorias preventivas da pena, apresentam um limite em razão do tipo de utilitarismo que adotam, qual seja “a comissuração do objetivo utilitário da pena somente por meio do parâmetro beccariano e benthamiano da ‘máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas’”⁷⁶. Com acerto, fala-se de um “utilitarismo partido ao meio”, uma vez que tal interpretação diz respeito somente à máxima utilidade para maioria⁷⁷. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli sustenta que as doutrinas utilitaristas

sempre conferiram à pena um objetivo único, qual seja a prevenção dos futuros delitos, tutelando, assim, a maioria não desviante, e deixando de lado aquele da prevenção das reações arbitrárias ou excessivas, tutor da minoria desviante e

⁷⁵ FERRAJOLI, 2010, p. 243.

⁷⁶ Ibid., p. 308.

⁷⁷ FERRAJOLI, loc. cit.

daqueles assim considerados, a ponto de justificar a indistinta qualificação das mesmas como doutrinas da “defesa social” em sentido lato⁷⁸.

Analisando os escopos das doutrinas utilitaristas, quais sejam, a emenda ou correição do réu (no caso da prevenção individual positiva), a neutralização do réu ou sua colocação em uma condição na qual não possa causar mal (no caso da prevenção individual negativa), a dissuasão de todos os membros da comunidade em relação ao delito por meio do exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa (no caso da prevenção geral negativa), ou ainda, o reforço da ordem mediante a reafirmação dos valores jurídicos lesados (no caso da prevenção geral positiva), verifica-se que em todos os casos a prevenção é concebida exclusivamente para o cuidado com os delitos futuros. Por esta razão, o moderno utilitarismo penal é considerado “um utilitarismo bipartido, voltado somente para a utilidade da maioria e, conseqüentemente, exposto à tentação da autolegitimação e a desdobramentos autoritários em direção a modelos de direito penal máximo”⁷⁹. Como consequência, a maior parte das doutrinas utilitárias não responde satisfatoriamente “à objeção moral kantiana segundo a qual nenhum homem pode ser tratado como um ‘puro meio’ para fins que não são seus”⁸⁰, haja vista que tais concepções baseiam-se na instrumentalização do homem com o objetivo de alcançar fins alheios a ele.

Dessa forma, para que a sanção penal encontre legitimação no contexto do Estado de direito, é necessário justificá-la recorrendo, também, ao segundo parâmetro utilitário, ou seja, deve-se considerar “além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes”⁸¹. Ao adotar como objetivo da pena apenas a prevenção de delitos, estabelece-se somente o limite mínimo das penas, isto é, o parâmetro abaixo do qual a sanção revela-se imprópria, inadequada e desprovida de justificação. Entretanto, tal concepção é insuficiente para estabelecer o limite máximo das penas⁸². Conforme explica Luigi Ferrajoli, faz-se imperioso, além do objetivo de prevenir delitos, o reconhecimento da necessidade da prevenção da

⁷⁸ FERRAJOLI, 2010, p. 244.

⁷⁹ Ibid., p. 245.

⁸⁰ Ibid., p. 246.

⁸¹ Ibid., p. 308.

⁸² Ibid., p. 308-309.

maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva mas não penal* – que, na ausência da pena, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa [...] o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal [...] a pena não serve apenas para prevenir delitos injustos, mas igualmente injustas punições [...] Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas. Nesta perspectiva a pena ‘mínima necessária’ de que falavam os iluministas [...] não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja, aquele da minimização da reação violenta ao delito. E este objetivo, diferentemente daquele da prevenção dos delitos, é também idóneo a indicar, em razão da sua homogeneidade com o meio, o limite máximo da pena, além do qual não se justifica que esta substitua as penas informais⁸³.

Assim, entende-se que o direito penal deve ter como objetivo tanto a prevenção geral dos delitos quanto a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. Enquanto a prevenção dos delitos estabelece o limite mínimo das penas e reflete o interesse da maioria não desviante, a prevenção geral das penas arbitrárias impõe o limite máximo das penas e representa o interesse do indivíduo que se encontra na situação de suspeito ou acusado da prática de um delito. Embora tais objetivos e interesses sejam aparentemente conflitantes, tanto a prevenção dos delitos quanto a prevenção de penas arbitrárias, apresentam um aspecto comum que se confunde com o objetivo geral do direito penal, qual seja, o “impedimento do exercício das próprias razões”, ou, de modo mais abrangente, “a minimização da violência na sociedade”⁸⁴. Conforme explica Luigi Ferrajoli,

tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: da força do réu, no primeiro caso; da força do ofendido, no segundo. E, em ambos os casos, a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas também na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam⁸⁵.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o direito penal destina-se à proteção do fraco contra o mais forte, ou seja, o direito penal tem como objetivo, no caso do delito, tutelar o ofendido em relação ao delinquente, e no caso da vingança, proteger o réu em relação ao

⁸³ FERRAJOLI, 2010, p. 309.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 310.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 311.

ofendido e aos demais que lhe são solidários⁸⁶. Evidencia-se, assim, que as duas finalidades preventivas do direito penal não são incompatíveis, mas, ao contrário, guardam conexão entre si. Isso porque tanto a prevenção dos delitos quanto a prevenção das penas arbitrárias

legitimam, conjuntamente, a ‘necessidade política’ do direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições⁸⁷.

Cabe assinalar que a legitimidade do direito penal – e conseqüentemente, da pena –, enquanto meio através do qual se objetiva a proteção dos direitos fundamentais, não é meramente formal, ou seja, não se baseia no simples consenso da maioria. Ao contrário, a legitimidade do direito penal deve ser materialmente democrática, ou, ainda, “garantista”, conforme terminologia adotada por Luigi Ferrajoli, no sentido de instrumento destinado à tutela de valores e de direitos fundamentais mesmo contra os interesses da maioria:

esta legitimidade [...] não é ‘democrática’ no sentido que não provém do consenso da maioria. É, sim, ‘garantista’, e reside nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos. ‘Garantismo’, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade⁸⁸.

Dessa forma, pode-se afirmar, ainda, que um sistema penal justifica-se na medida em que a violência representada pelos delitos, vinganças e punições arbitrárias for superior à violência racionalizada e instituída por meio do aparato estatal, consubstanciada na aplicação da pena criminal, com vistas a prevenir delitos futuros e reações não jurídicas a estes. Em outros termos, a pena justifica-se apenas enquanto mal menor, isto é, enquanto menos violenta e menos aflitiva se comparada à violência decorrente das práticas delituosas e das reações arbitrárias que poderiam ocorrer em sua ausência. Em síntese, “o monopólio estatal do poder

⁸⁶ FERRAJOLI, 2010, p. 311.

⁸⁷ Ibid., p. 312.

⁸⁸ FERRAJOLI, loc. cit.

punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da *anarquia punitiva*⁸⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o desenvolvimento dos objetivos específicos propostos na busca de apontar elementos idôneos à construção de uma teoria que legitime e justifique a existência da pena criminal a partir dos postulados do conceito de Estado de direito, nos é possível enunciar algumas considerações que sintetizam os resultados a que chegamos.

A concepção de Estado de direito adotada no presente trabalho desenvolve-se em torno da ideia da necessidade do estabelecimento de limites aos poderes do ente estatal por meio da vinculação formal e substancial destes ao direito, a fim de assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Para realização desse fim, a lógica do Estado de direito encontra-se intrinsecamente associada à ideia de Estado democrático, entendido enquanto modelo que pressupõe a igualdade entre os cidadãos em um sentido material.

Partindo desse aporte teórico, foram assinalados os aspectos que tornam as teorias retributivistas e preventivas da pena inconciliáveis com o paradigma de Estado de direito. As teorias retributivistas da pena são inadmissíveis no âmbito de tal modelo de Estado por resultarem de uma confusão entre direito e moral, o que as torna idôneas a justificar modelos autoritários de direito penal máximo. As teorias preventivas, por sua vez, são inadequadas da ótica do conceito de Estado de direito por se assentarem em uma interpretação parcial do utilitarismo de origem iluminista, tendo como escopo exclusivamente a prevenção dos delitos futuros, ou seja, a máxima utilidade da maioria somente.

Assim, entende-se que a construção de uma teoria que busque legitimar a pena de modo harmônico em relação aos postulados do paradigma do Estado de direito, deve partir da premissa de que o direito penal tem como objetivo geral a minimização da violência na sociedade. Isso implica entender o direito penal como instrumento por meio do qual se objetiva tanto a prevenção geral dos delitos quanto a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A prevenção dos delitos vincula-se ao interesse da maioria não desviante, visando assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos que compõem o corpo social, e estabelece o limite mínimo das penas. Por outro lado, a prevenção das penas arbitrárias

⁸⁹ FERRAJOLI, 2010, p. 312.

representa o interesse do indivíduo que se encontra na situação de suspeito ou acusado da prática de um delito e impõe o limite máximo das penas, caracterizando uma garantia fundamental que o assiste. Compreendido o direito penal simultaneamente sob essas perspectivas, a pena criminal encontra fundamento no conceito de Estado de direito, pois ao adotar como objetivo a minimização da violência na sociedade, ao mesmo tempo busca-se maior efetividade e eficácia aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1. Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito**. 1999. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Acesso em: 25 ago. 2011.
- COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e Estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da Constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.
- KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94.