

O FUNDAMENTO E AS FINALIDADES DA PENA CRIMINAL. A IMPRECISÃO DAS DOUTRINAS ABSOLUTAS E RELATIVAS

THE GROUND AND PURPOSES OF CRIMINAL PUNISHMENT. THE INACCURACY OF THE ABSOLUTE AND RELATIVE DOCTRINES

MARCELO ALMEIDA RUIVO

Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, bolsista da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT – Portugal, 2009-2013) e do *Deutscher Akademischer Austausch Dienst* (DAAD – Alemanha, 2014). Pesquisador junto ao *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (2009, 2011-2012, 2014 e 2016). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Luterana do Brasil (Ulbra) e da Faculdade de Direito do Instituto Porto Alegre (IPA).
marceloaruivo@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo identifica a diferença categorial entre os elementos da teoria da pena, com especial destaque ao fundamento e às finalidades da pena criminal. Analisa as doutrinas absolutas e relativas e as suas respectivas capacidades de oferecer tratamento específico aos problemas do fundamento e das finalidades da pena criminal. Pretende demonstrar a imprecisão da classificação dicotômica que confunde o fundamento da pena com as suas diversas finalidades. A conclusão é que o fundamento da pena só pode ser a retribuição da culpa do autor da ofensa, independentemente de quais sejam as finalidades primordiais de cada espécie de pena.

PALAVRAS-CHAVE: Pena criminal – Fundamento da pena – Finalidade da pena – Doutrina unificada – Retribuição.

ABSTRACT: The article identifies the categorical difference between the elements of the punishment's theory, with particular attention to the ground and the purposes of criminal punishment. It analyzes the absolute and relative doctrines of criminal penalty and their respective capabilities to offer specific treatment to ground and purposes of the punishment. It is intended to demonstrate the inaccuracy of the dichotomous classification that confuses the ground of the punishment with its various purposes. The conclusion is that the ground of penalty can only be the retribution of the author's culpability of the offense, regardless of which are the primary purposes of each kind of penalty.

KEYWORDS: Criminal penalty – Ground of penalty – Purposes of penalty – Mixed theory – Retribution.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. O fundamento da pena criminal (ou as chamadas doutrinas absolutas) – III. As finalidades da pena criminal (ou as chamadas doutrinas relativas) – 1. Prevenção geral negativa (intimidação) – 2. Prevenção geral positiva (confirmação da vigência da norma) – 3. Prevenção especial negativa (neutralização) – 4. Prevenção especial positiva (ressocialização ou reintegração) – IV. A confusão do fundamento com as finalidades da pena nas chamadas doutrinas unificadoras ou sincréticas – V. A função da pena diferente do seu fundamento e das suas finalidades – VI. Conclusão: a necessidade da prévia determinação do fundamento para a indicação das finalidades na teoria quadripartida de legitimação da pena – Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO

A teoria da pena¹ é um campo dogmático e jurídico-filosófico com longa tradição de debates e pouca harmonia teórica e jurisprudencial. A distinção entre as doutrinas absolutas e relativas da pena criminal é amplamente disseminada no direito penal latino-americano² e europeu.³ Todavia essa classificação

1. Este artigo tem na sua base dois outros trabalhos. Aquele que foi elaborado com o título “*The Ground of criminal penalty: beyond the dichotomous purposes classification*” para integrar as contribuições da delegação brasileira oferecida à quarta edição do *International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era* (Pequim – 2012) e o artigo “O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades”, publicado na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* no n. 2, do ano de 2012. Foram feitos alguns aprimoramentos ao texto, a partir das considerações de colegas e do debate ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade de Ferrara em 12.12.2014, quando uma versão, muito próxima da publicada em Portugal, foi apresentada com o título “*Fondamento e scopi della pena*”.
2. Por exemplo no Brasil, BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, 2009, p. 85 e 92, ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2004, p. 117, PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2005, p. 553 e 555, FERRÉ OLIVÉ; NÚÑEZ PAZ; OLIVEIRA; BRITO, *Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2011, p. 192 e 195; na Argentina, RUSCONI, *Derecho penal*, p. 55 e 58, com menor intensidade, ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *Derecho penal*, p. 56-57; na Colômbia, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, p. 254.
3. Por exemplo, em Portugal, FERREIRA, *Direito Penal Português*, Lisboa, 1982, v. 2, p. 299, DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2007, t.1, Cap. 4, § 3.º, p. 44; na Alemanha, JAKOBS, *Strafrecht*, Berlim, 1991, p. 15 e 20, JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlim, 1996, p. 70-71, BAUMANN; WEBER; MITSCH, *Strafrecht*, Bielefeld, 2003, p. 17 e 24, nm. 24, 25 e 50, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 37 e 38, nm. 9 e 11 e aqueles autores referidos em HÖRNLE, *Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion*, In: v. HIRSCH,

dicotômica confunde o fundamento da pena com as suas diversas finalidades e impede a satisfatória orientação da realização judicial do direito. A partir disso, surgiram as chamadas doutrinas unificadoras ou sincréticas, que carecem de avaliação a respeito da correção do seu diagnóstico do problema e da sua proposta de solução, bem como da sua eventual adequação à legislação brasileira.

A teoria da pena criminal abrange distintos elementos dogmáticos nem sempre atentados pela doutrina nas suas particularidades, nomeadamente o fundamento, as finalidades, a forma de punição e a oportunidade da punição. As interrogações sobre a pena podem suscitar, respectivamente, quatro questões: por quê, para quê, como e quando punir. A aplicação de uma pena, a ser efetivamente cumprida pelo condenado, exige o atendimento de todas essas questões, cujo enfrentamento deve ocorrer sequencialmente nessa ordem. Isso é o que se pode chamar de teoria quadripartida da legitimação da pena criminal. Para além das questões jurídicas, ainda existem questões criminológicas como o funcionamento e as consequências de cada espécie de pena para cada tipo de crime e tipo de condenado.

O presente artigo propõe-se a esclarecer o sentido do fundamento, das finalidades e da função da pena, dedicando específico tratamento a cada um deles. Ao fim, buscar-se-á concluir que o fundamento da pena é exclusivamente a justa retribuição da culpa do agente causador da ofensa ao bem jurídico e que a determinação das finalidades da pena refere-se a ideais preventivos. Igualmente pretende-se enfatizar que o diagnóstico da função e das consequências da pena depende do estudo criminológico das especificidades do fenômeno criminal e da espécie de pena em questão.

II. O FUNDAMENTO DA PENA CRIMINAL (OU AS CHAMADAS DOUTRINAS ABSOLUTAS)

A pergunta pelo fundamento de algo é sempre o questionamento acerca do seu sentido, cujo significado não se reduz apenas à utilidade, à serventia diante dos eventuais interesses que lhe cercam. É mais que a identificação da função ou da finalidade de algo, antes consiste numa pergunta que exige a compreensão do ser. Os meios de intervenção jurídica na realidade não chegam a assumir a singeleza de um mero instrumental, dado que os instrumentos são sabidamente elementos nos quais a utilidade tende mesmo a preponderar sobre o reconhecimento do sentido.

Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden, 2011, p. 11-12, nota 4; na Áustria, KIENAPFEL; HÖPFEL; KERT, *Strafrecht*, p. 4-5, nm. 5 e 8; na Suíça, SEELMANN, *Strafrecht*, p. 25.

Ruivo, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal.

A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 121. ano 24. p. 163-190. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

O fundamento da pena criminal é uma tarefa que deve estar ao encargo das chamadas doutrinas absolutas ou retributivas da pena.⁴ Entende-se por absolutas aquelas doutrinas intencionalmente desvinculadas de fins diversos da própria realização do valor que a pena ostenta em si mesma. Por isso se utiliza a expressão latina “*absolutus*” no sentido de “incondicionado” ou “desprendido” de uma externa finalidade. Consiste na punição do crime pelo desvalor social insuportável que representa para a comunidade e, nesse contexto, a pena como retribuição é dos elementos característicos do direito penal clássico, consubstanciado no que, à primeira vista,⁵ poderia aparentar ser a imposição de um “mal justo contra o mal injusto do crime”.⁶

A dignidade histórica de tais concepções encontra consonância e oferece desenvolvimento ao difundido e arraigado sentido comunitário de que a pena tem na sua base – como limite máximo – o princípio de talião, expresso na sentença “olho por olho, dente por dente”. A punição deve guardar proporção com o fato cometido, sem a oportunidade para excessos punitivos ou o cumprimento de outras finalidades diversas da realização da justiça. Esse ideal recebeu aderência em “representações mitológicas” na Idade Antiga, em “racionalizações religiosas” na Idade Média⁷ e, posteriormente, se desligou da teologia na robusta reflexão e transformação no iluminismo e no idealismo alemães na Idade Moderna e Contemporânea.

Já se foi o tempo em que o fundamento retributivo orbitava no entorno de argumentos de matriz religiosa, segundo os quais a finalidade era a expiação da culpa e a purificação da alma do condenado, na forma de uma doutrina da peni-

4. A concepção retributiva da pena não é única e homogênea. Segundo v. Hirsch, são ao menos três as modalidades na atualidade: (1) retribuição ou vingança do crime, (2) imposição de desvantagem para igualar a injusta vantagem obtida por meio do crime e (3), uma terceira de natureza sincrética de confirmação reativa da vigência do ordenamento penal, que será estudada na prevenção geral positiva (Ponto III, Item 2) (v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 44).

5. Em verdade, como se verá mais adiante, nem todos os autores proponentes da retribuição entendem a pena como um mal, por exemplo, sobretudo, COSTA, “sentido da pena”, p. 205-235.

6. Essa é a definição de pena do séc. XVII de Grotius “*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*” (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Libri II, Cap. XX, § I, 1-3, p. 462). Sobre isso, COSTA, “sentido da pena”, p. 217, nota 23 e 218. A reprodução do conceito encontra-se em SANTOS, *Direito penal*, p. 453-454.

7. Assim, DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 5.º, p. 45-46; SANTOS, *Direito penal*, p. 454-455.

tência e das virtudes cristãs.⁸ A concepção dos dias de hoje encontra antecedente incontornável na expressão da filosofia iluminista alemã.⁹ Em Kant, a “pena judicial” (*poena forensis*) “jamais pode ser puro meio para promover o bem para outro”,¹⁰ isso porque “o homem nunca pode ser manipulado como puro meio para as intenções de um outro”, nem mesmo “ser confundido sob os objetos do direito das coisas”.¹¹ O homem deve ser valorado como uma “finalidade em si mesmo”, já que “possui uma dignidade (um absoluto valor intrínseco)”.¹²

Depois, no idealismo de Hegel, identifica-se a defesa da doutrina retributivista, desde a qual a pena é um “direito” do criminoso – compreendido como

8. Embora, esporadicamente, ainda se encontre essa lembrança (v.g. SANTOS, *Direito penal*, p. 453-454), seguramente essa não consiste a “base para legitimação” da pena segundo a doutrina retributiva contemporânea (HÖRNLE, “Gegenwärtige Strafgrundungstheorien”, p. 16). A propósito, veja-se a orientação onto-antropológica intencionalmente laica de Faria Costa (COSTA, “sentido da pena”, *passim* e, especialmente, p. 212, nota 16).

9. Não parece razoável certa tendência a ver univertorialmente “uma ideia de prevenção (geral)” como lídimo epílogo do iluminismo, haja vista que a “ideia matriz de retribuição” está igualmente ligada a esse período. Exemplo disso pode ser constado na obra de Kant, que, por vezes, é qualificada injustificadamente apenas como pertencente ao “*mare magnum* do idealismo alemão” (COSTA, “Beccaria”, p. 13 e COSTA, “sentido da pena”, p. 216). Sobre a riqueza em “tendências contrárias” que, para ser mais rigoroso, justificaria “falar de vários iluminismos do que de um só” e sobre Kant como o “último representante do Iluminismo do século XVIII e, ao mesmo tempo, o primeiro triunfador dele”, MONCADA, *Filosofia do direito*, p. 197 e 265. Enquadrando Kant no idealismo alemão, ROXIN, *Strafrecht*, § 3.º, nm. 4, p. 71; DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4 § 5.º, p. 46; BITENCOURT, *Direito penal*, p. 85 e 92; FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 703 e 715. Mesmo no iluminismo italiano, a crítica à prevenção geral como exemplaridade da pena pode ser lida em Alessandro Manzoni – em sentido diverso ao pensamento do seu avô, Cesare Beccaria –, conforme bem observa Mario Cattaneo (CATTANEO, *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni*, p. 193-196).

10. KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1.º Parte, § 49, p. 453.

11. Idem, *ibidem*. Aproximadamente 30 anos antes do aparecimento da “Metafísica dos costumes” publicada em 1797, encontra-se passagem semelhante na obra *Dos delitos e das penas* de Beccaria de 1766. Beccaria veda a instrumentalização do homem, no sentido de que “não existe liberdade todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser *pessoa* e se torne *coisa*” (BECCARIA, *Dos delitos*, p. 105) (itálico no original), o que mereceu destaque no comentário introdutório de Marinucci à tradução portuguesa (MARINUCCI, “Beccaria”, p. 49-50). Sobre o valor dessa passagem como “chave de leitura transversal” do livro de Beccaria, COSTA, “Beccaria”, p. 9.

12. KANT, *Metaphysik der Sitten*, 2.º Parte, § 11. p. 569.

ser racional –, diretamente relacionada ao exercício e à “existência da sua liberdade”.¹³ O criminoso tem a sua dignidade pessoal negada se “o significado e a medida da sua pena não forem tomadas a partir do seu próprio ato criminoso” ou, ainda, caso venha a ser “considerado como [um] animal lesivo” que deveria se “fazer não lesivo”, com o “fim de intimidação ou melhoramento”.¹⁴

A doutrina da retribuição é seguramente responsável por estabelecer a necessidade imperiosa de proporcionalidade entre os delitos e as penas.¹⁵ Mesmo os defensores de outras vias de fundamentação reconhecem o “mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena”.¹⁶ A razão disso se concentra na proteção da dignidade do homem como ser livre e capaz de reflexão sobre as suas ações, com condições biopísicas de assumir responsabilidades.¹⁷

As várias doutrinas da retribuição têm sofrido críticas – sobretudo no século passado¹⁸ – que podem ser agrupadas nos seguintes cinco pontos. Primeiro, afirmou-se que a doutrina da retribuição não seria propriamente uma doutrina da pena¹⁹ ou, mais específico, não se pretenderia uma doutrina da finalidade da pena, pois considera a pena como “entidade independente de fins”.²⁰ Logo,

13. HEGEL, *Philosophie des Rechts*, § 100, p. 190. Com uma interpretação da obra de Hegel que o afasta do retributivismo, SEELMANN, “Hegels Straftheorie”, p. 687 e 691.

14. HEGEL, *Philosophie des Rechts*, § 100, p. 191. Aliás, consta, no aditamento ao § 99, a crítica à doutrina da pena de v. Feuerbach que ameaçaria tratar o homem não consoante a sua “dignidade e liberdade, mas como um cachorro” contra o qual se “levanta um bastão” (HEGEL, *Philosophie des Rechts*, Zusatz § 99, p. 190).

15. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 833; v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 53; MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 734; FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 701-702.

16. DIAS, *Direito Penal*, § 6, p. 46-47. E mais, sobre a relevância da doutrina da culpa no direito penal contemporâneo e a exigência de culpa para a imposição da pena justa, WÜRTENBERGER, “schuldige Mensch”, p. 38 e, na jurisprudência alemã, BGH, 4. August 1965, v. 20, p. 266.

17. BETTIOL, *Diritto penale*, p. 725; COSTA, “sentido da pena”, p. 209 e 226-227; v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 58.

18. Período no qual, por coincidência, se observa o significativo declínio na frequência dos estudos acerca da pena, assim como a restrição no âmbito da reflexão, tendo a temática sido “entregue à sorte da doutrina e dogmática penais” num “claro divórcio ou alheamento da filosofia política” (COSTA, *Noções fundamentais*, § 14, p. 18 e, antes, COSTA, “sentido da pena”, p. 210).

19. SCHMIDHÄUSER, *Sinn der Strafe*, p. 44-45.

20. DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 8, p. 47.

seria um “jogo de palavras desinteressante saber se a concretização de uma ideia – no caso, a ideia da justiça – não é, também ela, um ‘fim’”.²¹ Diante disso, parece não haver efetivamente uma oposição, caso seja considerado que o propósito da retribuição é apontar o fundamento da pena e que a realização da justiça é o fim último de todo o direito.²² Portanto, no direito penal, tem-se a específica finalidade de realizar a “justiça penal historicamente situada”.²³ Certo é que a chamada doutrina absoluta não é rigorosamente livre de uma finalidade,²⁴ visto que intenciona a realização da justiça penal.²⁵

Segundo, a proposta de compensar um mal com outro não teria adequação ética, nem apresentaria respaldo científico, pois a pena retributiva esgotaria “o seu sentido no mal que faz sofrer ao delinquente”.²⁶ Algo próprio de uma doutrina que acabaria por se lastrear apenas numa “crença” ou “ato de fé”²⁷ com a consequência de se “revelar” “inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime”.²⁸

Entretanto, tais alegações merecem contestação, uma vez que a suposta inadequação ética e carência de cientificidade são apenas aparentes. Se a pena tem efetivamente por fim a realização da justiça – o que não pode ser prescindido

21. Idem, p. 48; GALAIN PALERMO, *La Reparación del Daño*, p. 345, supostamente seguindo a compreensão geral de ROXIN, *Strafrecht*, § 3.º, nm. 8, p. 73.

22. São objetivos fundamentais da “República Federativa do Brasil I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”, assim como é o destino da instituição do “Estado Democrático” brasileiro “assegurar” a “justiça”, entendida no conjunto dos “valores supremos” (art. 3.º, I e Preâmbulo da Constituição Federal brasileira). No mesmo sentido, é o art. 1.º da Constituição da República Portuguesa e igualmente o reconhecimento do valor da justiça – ao menos naquilo que se refere ao ordenamento jurídico internacional – encontra-se no art. 11.º da Constituição Italiana. Sobre o “direito justo” como a expectativa que se tem do direito positivo, NAUCKE; HARZER, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, p. 2, nm. 5 e sobre a qualificação do direito exatamente a partir da característica de que “ele tem o sentido de ser justo”, RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 95.

23. COSTA, *Noções fundamentais*, § 24, p. 20. Em atenção à ideia de justiça material, no essencial, também BERZ, *materialer Rechtsgüterschutz*, p. 36.

24. HÖRNLE, “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien”, p. 28-29.

25. Assim, no iluminismo italiano de Alessandro Manzoni, CATTANEO, *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni*, p. 205-206.

26. DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 10, p. 48-49.

27. ROXIN, *Strafrecht*, § 3, nm. 8, p. 73; SANTOS, *Direito penal*, p. 455. Em sentido próximo, FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 703 e 717.

28. DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 10, p. 48-49.

para a pacificação social – não há outra forma de proceder que não seja tomar como base a dignidade do agente como sujeito responsável pelos seus atos. Assim, ao menos como demonstra a fundamentação onto-antropológica da pena, seria – por rigor lógico – um contrassenso considerar a pena essencial à justiça e, simultaneamente, um mal à sociedade.²⁹

Terceiro, faltaria a cabal demonstração da competência do Estado penalizar, haja vista que nas sociedades liberais, o Estado não deve ter a tarefa de manter a ordem moral e sim cumprir funções como a prevenção de lesões e a proteção de bens necessários para uma vida segura.³⁰ Assim, o retributivismo não se ligaria “direta e imediatamente à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos”.³¹ Sobre isso deve se reafirmar que o direito penal não tem qualquer dependência com uma ordem moral dissociada do próprio ordenamento jurídico. Se o direito penal for efetivamente entendido como a fragmentária e subsidiária técnica de tutela de bens, terá a sua conformação legítima apenas naquele âmbito de intervenção rigorosamente restrito aos limites do “mínimo ético”,³² reconhecível juridicamente por uma determinada comunidade temporalmente situada. E mais, o efeito de prevenção da ofensa de bens jurídicos conecta-se à retribuição penal da culpa exatamente naquilo que lhe é, até certo ponto, inerente.³³ A retribuição da culpa também tem efeitos ou cumpre finalidades preventivas.³⁴

Quarto, não haveria explicação acerca da necessidade da censura, isto é, por qual razão algo com significado de pena deveria ser infligido ao autor da conduta e não apenas uma sanção neutra. Ademais, agregar-se-ia o questionamento em relação à presunção da necessidade absoluta da punição, o que eventualmente acarretaria a exigência universal de pena para todo fato criminoso,³⁵ independente da espécie de crime e do caso em concreto.

29. Mais detalhes, COSTA, “sentido da pena”, p. 209 e 219. No essencial, parece haver perfeito consenso com Cláudia Santos quando afirma que “a pena é, pelo menos em parte, inevitavelmente um mal, ela também tem de ser, por força das finalidades que persegue, inevitavelmente um bem” (SANTOS, A justiça restaurativa, p. 338).

30. ROXIN, *Strafrecht*, § 3, nm. 8, p. 73; RODRIGUES, *medida da pena*, p. 218 e 237; DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 9, p. 48.

31. DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 16, p. 52 e ROXIN, *Strafrecht*, § 3, nm. 8, p. 72-73.

32. JELLINEK, *Bedeutung von Recht*, p. 45. Especificamente, no direito penal, “os bens jurídico-penais que se defendem são o patrimônio mínimo ético social” (COSTA, “sentido da pena”, p. 222, nota 43).

33. v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 55.

34. Para mais detalhes, ver ponto IV.

35. KOTSOGLOU, “Das schweigende Strafrecht”, p. 16-17.

Em reposta, deve ser dito que muito se duvida da realidade de sanções neutras em termos éticos e axiológicos. Agora, se sanções neutras viessem efetivamente a existir não seriam próprias do direito penal, mas típicas de outras áreas do ordenamento jurídico.³⁶ A noção de pena já traz consigo a necessidade de ser desagradável ao condenado.³⁷ Aqui é importante valer-se do refinamento dogmático já adiantado a respeito das quatro questões acerca da pena: por quê, para quê, como e quando punir.

São instâncias diferentes de reflexão que remetem a aspectos diferentes do mesmo instituto. A doutrina da retribuição responde à primeira pergunta,³⁸ na medida em que afirma o dever de punir o agente em razão da culpa pela realização do fato, mas não vai muito além da intenção de realização da justiça penal para indicar exaustivamente quer as finalidades da pena, quer como e quando deverá ocorrer a punição. É por essa razão que a previsão legal e a formulação doutrinal do instituto da dispensa ou isenção de pena não atacam o retributivismo sustentado na culpa como fundamento da pena.

O reconhecimento de que o juízo positivo de culpa nem sempre implica uma pena – como ocorre, por exemplo, nos casos dos arts. 121, § 5.º e 129, § 8.º, do CP³⁹ – não equivale a negar a culpa como fundamento da pena. Apenas se percebe que há hipóteses legais especiais, expressamente previstas, de isenção de pena relacionadas à necessidade da punição, ou seja, circunscrita ao “quando” punir. Não há dúvida que os fatos isentos de pena são típicos, ilícitos e culpáveis. Isto é, são crimes – como expressão de desvalor jurídico – impuníveis. Isso significa persistir no ideal de que toda pena requer a verificação da

36. Sobre os critérios para a criminalização de uma conduta social “merecimento de tutela penal” e “carência ou necessidade de tutela penal”, COSTA, *O perigo*, p. 467 e COSTA, *Noções fundamentais*, p. 182-183. Para uma leitura aproximativa dos conceitos da dogmática penal de merecimento de pena, necessidade de pena e a dignidade de tutela penal à análise da estrutura trifásica da proporcionalidade, RUIVO, *Criminalidade financeira*, p. 43-44.

37. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 6.422, p. 83.

38. Assim, parece se superar os obstáculos apontados em GRECO, “A ilha de Kant”, p. 276-278.

39. “Homicídio simples. Art 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. Homicídio culposo. § 5.º – Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária” e “Lesão corporal. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano. Pena – reclusão, de dois a oito anos. Lesão corporal culposa. § 8.º – Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5.º do art. 121”.

culpa – o que é o seu fundamento (*nulla poena sine culpa*) –,⁴⁰ entretanto há casos nos quais, embora exista culpabilidade, carece de razão para a punibilidade da conduta, conforme dispõe manifestamente a lei.

Não há razão para crer em algo que, por vezes, é confundido na crítica, ou seja, que toda infração penal imporá inapelavelmente o imperativo categórico da punição. Acolher o axioma que impede a instrumentalização do homem, defendido no iluminismo de Beccaria e de Kant, não implica se perpetuar limitado às fronteiras do modelo kantiano como um todo acabado e perfeito.⁴¹

Quinto, alegar-se-ia uma tendência à perda da clareza na explicação ao convocar metáforas imprecisas. O retributivismo tradicional e o neoretributivismo utilizariam a expressão “a pena retribui o ilícito” ou a alegoria do delinquente que “paga com a mesma moeda” ou, ainda, a noção de que a pena poderia revogar o injustificado benefício obtido com o crime.⁴² Essa crítica trata mais da incapacidade das metáforas na elucidação do que exatamente justifica a retribuição do que propriamente da oposição ao ideal e ao fundamento dessa orientação. Portanto, é viável superar tais obscuridades na explicação das razões do retributivismo, por meio de argumentações mais claras, objetivas e aprimoradas.

Ao fim, a retribuição consiste na expressão dos princípios da liberdade e autonomia e, conseqüentemente, responsabilidade e igualdade,⁴³ o que permite assentar o seu fundamento num juízo axiológico ou ético-jurídico concretizado na culpa do agente da conduta ofensiva, desvaliosa e reprovável, ao bem jurídico. É preciso ter consciência que isso se afasta obrigatoriamente de qualquer intenção utilitarista profilática e igualmente de qualquer clamor social por vingança,⁴⁴ porque se prende ao dever de realização de justiça no campo de intervenção do direito penal.

40. Por exemplo, recentemente, com a correta separação entre fundamento e fins das penas, DOTTI, *direito penal*, p. 527.

41. Assim, ainda que sem ressaltar a distinção entre fundamento e finalidades da pena, parece claro na noção de “dever relativo de punir” em GRECO, “A ilha de Kant”, p. 276-277.

42. v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 45.

43. COSTA, *O perigo*, p. 386; COSTA, “sentido da pena”, p. 209. Na Argentina, semelhante em DONNA, *Derecho penal*, p. 320. Historicamente, mesmo os críticos do direito penal liberal já reconheciam que “também o liberalismo pode aceitar a pena retributiva” (DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, p. 8).

44. COSTA, “sentido da pena”, p. 234; MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 734 e 738.

III. AS FINALIDADES DA PENA CRIMINAL (OU AS CHAMADAS DOUTRINAS RELATIVAS)

As finalidades da pena são o que confere referencial para a denominação de doutrinas relativas da pena. São chamadas de doutrinas relativas porque concebem a pena criminal não como um mal legítimo em si mesmo para a justa e proporcional retribuição do desvalor do delito, mas como um instrumento jurídico relacionado ao cumprimento de uma finalidade ou função. Portanto, a pena deve atender ou buscar atender à “finalidade precípua de toda a política-criminal, a prevenção ou profilaxia criminal”,⁴⁵ tendo a sua natureza num “instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal”.⁴⁶ Tal entender encontra, nos seus primórdios, a suposta afirmação de Protágoras – com aval de Platão – que pode ser lida, quase quatro séculos depois, em Sêneca “*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*”.⁴⁷

A noção de pena como prevenção dos crimes ganhou espaço com algumas narrativas iluministas, tanto no viés da prevenção geral, quanto da prevenção especial ou individual. Por exemplo, mais de 1.700 anos depois de Sêneca, o ideal preventivo (especial e geral) incorpora-se ao pensamento iluminista italiano. Beccaria afirma que o “fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem o de anular um delito já cometido”, mas, sim, “impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo”.⁴⁸

45. DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 11, p. 49.

46. *Idem*, § 14, p. 50.

47. A narrativa de Sêneca constrói-se levando em consideração a gravidade dos crimes e a necessidade de julgamento segundo o referencial da razão, o que, em parte, parece colidir ou, ao menos, limitar a primazia da prevenção sobre a justa punição do criminoso (SENECA, “De ira”, Livro 1, § 7.º, p. 158). Tal compreensão arrancaria da inexorável irreversibilidade do tempo passado e a necessidade imperiosa de resignação com a instituição presente da proibição visando o efeito futuro (*revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur*), todavia – ao desconsiderar que a justiça feita no presente toma por base o fato pretérito e projeta consequências para o futuro – polariza a sua atenção em demasia na exemplaridade da punição (SENECA, “De ira”, Livro 1, §§ 7.º e 8.º, p. 158).

48. BECCARIA, *Dos delitos*, p. 84-85. Beccaria seria, para alguns, o primeiro penalista a se dedicar, de modo teórico e global, ao desafio da prevenção dos crimes, o que poderia ser estudado no conjunto do pensamento filosófico denominado, nos dias de

A característica essencial das doutrinas relativas consiste na sua natureza antecipatória ou profilática com particular atenção ao futuro, razão pela qual se aplica a denominação de preventivas tendo em vista a intenção de *praevenire* – de diversos modos – a prática de condutas futuras. Tais orientações recebem divisão em prevenção geral, relativa à comunidade em geral, e especial, relativa ao indivíduo em específico, sendo o primeiro grupo composto pela prevenção geral negativa e pela prevenção geral positiva, já o segundo pela prevenção especial negativa e pela prevenção especial positiva.

1. Prevenção geral negativa (intimidação)

Uma das primeiras teorizações, referida até hoje, com feição preventiva geral negativa é a doutrina da “coação psicológica” (*psychologischen Zwang*) que concebe a “finalidade de ameaça da pena” literalmente como elemento de “intimidação” do eventual autor do delito.⁴⁹ Isto é, a redação legal do ilícito criminal e a associação a ele de uma pena desestimulam – em virtude da ameaça de pena – aqueles interessados em praticar o fato descrito.⁵⁰

Essa orientação tem recebido tradicionais críticas que devem ser mencionadas. Primeiro, a história mostra que o ideal de intimidação não conseguiu impedir a utilização de penas corporais na Idade Média e de longas penas de prisão no período moderno.⁵¹ Não se consegue nem mesmo comprovar a utilidade e determinar o *quantum* necessário de penas aflictivas para obter o fim pretensamente estabelecido.⁵² Segundo, a falta de um critério limitador da intensidade da pena permite descambar no surgimento do Estado aterrorizador do indivíduo, que retira a tranquilidade dos cidadãos e obtém obediência por

hoje, como comunitarismo (KINDHÄUSER, “*prevención criminal de Cesare Beccaria*”, p. 152 e 161).

49. v. FEUERBACH, *Lehrbuch*/1826, § 16, p. 20. Mais adiante, seguida por Schopenhauer quando afirma sobre o fim da pena que “a única finalidade da lei é intimidação do prejuízo aos direitos de outros” (SCHOPENHAUER, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, p. 309). Sobre a concepção de Schopenhauer, GOTTLIEB, *Schopenhauers Einfluß*, p. 58. Na doutrina italiana, em 1894, ALIMENA, *La scuola critica di diritto penale*, p. 30 e 32 e, na brasileira, em 1896, BEVILAQUA, “Criminologia e direito”, p. 15-16.

50. Assim, em abordagem econômica do direito, EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, p. 353-354.

51. SANTOS, *Direito penal*, p. 459; DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 17, p. 53.

52. JAKOBS, *Strafrecht*, 1/30, p. 21-22; DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 17, p. 53; HÖRNLE, “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien”, p. 20.

meio da ameaça penal.⁵³ Terceiro, essa orientação não consegue superar a visão do pragmatismo utilitário do custo-benefício para assumir a finalidade de realização da justiça enquanto tal.⁵⁴ Quarto, ocorre a utilização da sanção penal de modo exemplar para eventuais e futuros delinquentes – mediante a instrumentalização do ser humano para cumprir uma qualquer utilidade jurídica ou social –,⁵⁵ o que é vedado num Estado Democrático de Direito fundado na “dignidade da pessoa humana”.⁵⁶

2. Prevenção geral positiva (confirmação da vigência da norma)

Na segunda metade do século XX, significativamente mais recente, autonomizou-se a proposta da prevenção geral de cariz positivo ou também conhecida como “integração/prevenção”.⁵⁷ O exato sentido da prevenção geral positiva ainda não é unívoco em termos dogmáticos e político-criminais, haja vista que, no mínimo, duas distintas concepções são possíveis identificar. Para uns, a prevenção geral positiva desempenharia apenas mais uma finalidade no conjunto das finalidades da pena.⁵⁸ Consistiria na demonstração da “inviolabilidade do direito” necessária para preservar a “confiança na ordem jurídica” e reforçar a “fidelidade jurídica” do povo.⁵⁹ Ao menos, três efeitos seriam visados: fidelidade ao direito, confiança do cidadão no direito e pacificação.⁶⁰

53. ROXIN, *Strafrecht*, § 3.º, nm. 32 p. 83, seguido por SANTOS, *Direito penal*, p. 459. Caso emblemático encontra-se na história francesa do século XVIII, cuja pretensão de segurança pública por meio de punições exemplares oportunizou a manifestação da “*Déclaration royale du 4 mars 1724*”, na qual constava expresso que “o furto (*le vol*) doméstico será punido com a pena de morte” (LAINGUI; LEBIGRE, *Histoire du droit penal*, p. 117 e 119).

54. Nesse sentido, em Manzoni, CATTANEO, *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni*, p. 206.

55. Ver acima nota 12.

56. A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF).

57. SANTOS, *Direito penal*, p. 460. Isso não quer dizer que – em 1896 – a finalidade de reforço dos valores da norma já não pudesse ser lida na afirmação de Clovis Bevilacqua de que a pena “produzirá no organismo psychico, na consciência da especie, uma saturação dos principios que ella defende” (BEVILAQUA, “Criminologia e direito”, p. 17).

58. ROXIN, *Strafrecht*, § 3.º, n. 41, p. 87. Veja-se que Roxin sustenta uma concepção unificadora das finalidades da pena (ROXIN, *Strafrecht*, § 3.º, n. 60, p. 95).

59. ROXIN, *Strafrecht*, § 3.º, n. 26, p. 80.

60. Idem, n. 27, p. 80-81.

Em consideração a essa orientação, algumas críticas são evidenciáveis. Primeiro, ao que tudo parece indicar, o pretendido com a chamada prevenção geral positiva são efeitos oportunizados pela noção de pena como retribuição do crime. Aliás, esses fins seriam tão mais efetivamente alcançados quanto mais certa fosse a punição, vez que não se duvida que a fidelização ao direito, a confiança do cidadão e, por consequência, a “pacificação social” dependem de uma tal segurança oferecida pela certeza na reprovação. Segundo, o fundamento da pena deixa de ser a reprovação do fato criminoso para, desvinculando-se desse núcleo fundamental, assumir a finalidade de evitação de novas ocorrências delituosas.

Já, em outros, a doutrina prevencionista geral é levada as suas últimas consequências. Isto é, a “afirmação da validade da norma” – diga-se do sentido que ela encerra – é assumida como a finalidade legítima do direito penal, a tal ponto que passa mesmo a ser concebida como o único “bem jurídico-penal”.⁶¹ A prevenção define-se como “demonstração da validade da norma” manifestada por meio da “reação” contra o comportamento do responsável pela violação da norma.⁶² Reação essa tida como necessária para “reafirmar as expectativas normativas” frustradas com a ocorrência do crime.⁶³ O crime significaria, de maneira geral, a “recusa de reconhecimento” da norma pelos membros e, portanto, a pena seria “o restabelecimento da relação de reconhecimento” contida na norma.⁶⁴ O fundamento e a finalidade da pena se confundiriam sintetizados no interesse de “evitar as consequências perigosas do crime para a comunidade”.⁶⁵

Em atenção à radical modalidade de prevenção geral positiva, algumas objeções são seguramente necessárias. Primeiro, é uma compreensão que se afasta da realidade do fato concreto ofensivo ao bem jurídico⁶⁶ para atribuir ao direito penal e, em específico, à pena criminal uma função abstrata e indefinida

61. JAKOBS, *Strafrecht*, n. 5, p. 36-37. Vale notar que, segundo essa orientação, a categoria do bem jurídico nem segue com a mesma compreensão, nem desempenha sua função tradicional reconhecida pela doutrina penal (JAKOBS, *Strafrecht*, n. 3-4, p. 35-36 e n.7-8, p. 37-38); KINDHÄUSER, “Logik des Verbrechensaufbaus”, p. 84.

62. Idem, n. 1-2, p. 5, n.3, p. 6.

63. Idem, n. 6, p. 7.

64. SEELMANN, “Hegels Straftheorie”, p. 690-691; KINDHÄUSER, “Logik des Verbrechensaufbaus”, p. 85-86.

65. SEELMANN, “Hegels Straftheorie”, p. 691.

66. Sobre a centralidade do conceito de crime como ofensa a bem jurídico, D’AVILA, *Ofensividade*, p. 57-79, e com maiores detalhes, D’AVILA, *Omissivos Próprios*, p. 39-62.

de afirmação da validade das normas.⁶⁷ A pretensão fidelizadora do indivíduo e reforçadora da confiança social no direito é ainda mais duvidosa, caso a própria ordem jurídica seja entendida como determinada por diversos – à primeira vista nem sempre coerentes e harmônicos – interesses político-criminais. A capacidade orientadora de condutas de qualquer norma jurídica sujeita-se, em última instância, ao reconhecimento comunitário de uma certa legitimidade ético-axiológica identificada no seu conteúdo.

Segundo, o afastamento do valor tutelado desmaterializa, indefine e amplia o espaço de intervenção jurídica, fazendo o direito penal retornar – o que revela um paradoxo – ao mais empedernido legalismo. A norma torna-se o grande bem a ser protegido, que decerto tem o seu valor afirmado apenas por ser uma expectativa de conduta, cujo ideal se adequaria ao núcleo do positivismo jurídico baseado no valor da segurança jurídica. A finalidade não seria propriamente a reafirmação da vigência geral da norma, instituinte de um âmbito de proteção do bem jurídico variável de acordo com o contexto interpretativo, antes disso seria a afirmação da vigência de um rígido sentido da norma, que se entende contrariado pela conduta. Daí se pode dizer que não é a confirmação abstrata da existência da norma de conduta, mas sempre a intervenção concreta para preservar um sentido específico e tendencialmente invariável dela.

3. *Prevenção especial negativa (neutralização)*

As doutrinas da prevenção especial elegem a execução da pena como tema de reflexão, pois tanto a prevenção especial negativa (neutralização) decorrente da execução da pena, quanto a prevenção especial positiva (ressocialização) são um ideal que eventualmente poderá ser alcançado durante o cumprimento da penalidade. A neutralização ou inocuização do condenado – com o fim de que não cometa novos crimes enquanto estiver a cumprir a pena – é buscada diretamente de duas formas. No mais das vezes, pensa-se na restrição da liberdade total ou parcial, por meio da proibição de frequentar determinados lugares durante certo período.⁶⁸ Igualmente nada impede que se obtenha o mesmo efeito de modo indireto no período em que o condenado presta serviços à comunidade.

Os limites de tal finalidade para alcançar a qualidade de fundamento geral da pena criminal são significativos. Primeiro, considera todo aquele que co-

67. BITENCOURT, *Direito penal*, p. 102-103.

68. Dispõe o art. 47 do CP “Art. 47 – As penas de interdição temporária de direitos são: (...) IV – proibição de frequentar determinados lugares”.

mete um crime como uma constante e efetiva ameaça social, que reivindicaria a intervenção neutralizadora na qualidade de única medida adequada. Na verdade, essa caracterização atende apenas uma parcela dos autores de delitos – v.g. criminosos sexuais –, sendo incapaz de ser estendida legitimamente ao múltiplo universo das variadas espécies de crimes. Segundo, a estratégia de controle da criminalidade por meio da privação da liberdade é amplamente questionável em termos criminológicos em razão da sua patente temporalidade, considerando que produz efeitos somente no período de execução da pena.

4. *Prevenção especial positiva (ressocialização ou reintegração)*

A orientação da prevenção especial positiva está lastreada sobre o ideal de reeducação e reinserção social do condenado na comunidade livre e democrática. Parte do princípio que o crime é um ato de “ignorância” ou mesmo uma “patologia”, obra de um criminoso entendido como alguém apartado da realidade comunitária. Segundo essa orientação, os criminosos – ou ao menos a sua maioria – tendem a ser concebidos como sujeitos perigosos ora pouco desenvolvidos cultural ou eticamente, ora portadores de enfermidades e por isso carecedores de educação ou tratamento.⁶⁹ Essas medidas são justificadas com total ou parcial independência em relação ao juízo de culpa pelo fato, mas levam sempre em consideração às condições pessoais do condenado. Acima de tudo, o direito penal e a pena são entendidos como vocacionados ao exercício curativo e pedagógico. Os antecedentes recentes e inultrapassáveis dessa orientação – embora com fundamentos diversos aos defensores atuais – encontram-se no pensamento do positivismo antropológico italiano⁷⁰ e na “*nouvelle défanse sociale*” francesa,⁷¹ ao proporem capacidades corretivas do condenado por meio da imposição da pena criminal.

Nem sempre destacados pela doutrina são os traços marcantes que esse programa reeducativo ou reintegrativo⁷² têm na legislação internacional⁷³ e in-

69. Em sentido crítico, ALIMENA, *La scuola critica di diritto penale*, p. 17, 19 e 33.

70. ALIMENA, *La scuola critica di diritto penale*, p. 19; RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 833.

71. BETTIOL, *Diritto penale*, p. 740-742, e especialmente, p. 740, nota 47.

72. Independente do exato sentido que seja buscado com a prevenção especial positiva – seja na forma de ressocialização, seja na reintegração, a partir do pensamento de Alessandro Baratta – ver SANTOS, *A justiça restaurativa*, p. 317-318.

73. Há países, diferentemente do Brasil, nos quais o dever do estado de “reeducação” e “reinserção social” do apenado chega mesmo a ter estatuto constitucional, como é o

fraconstitucional brasileira. Por exemplo, no Brasil, manifesta-se nos modelos em que a pena privativa de liberdade é “executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso”⁷⁴ até o condenado atingir a plena capacidade de retornar à vida livre e nas oportunidades de remição da pena “por trabalho ou por estudo”⁷⁵ previstos, respectivamente, nos arts. 112 e 126 da Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210/1984).

Todavia essa compreensão está exposta a consideráveis críticas. Primeiro, a premissa de afastamento social de todos os criminosos da qual parte a prevenção especial positiva não encontra perfeito respaldo na antropologia e na criminologia contemporânea. Não é uma particularidade apenas dos delinquentes dos crimes empresariais viver inserido na sociedade, visto que é a sociedade o espaço onde o criminoso realiza os seus crimes. Assim, a falada socialização seria, em verdade, mais a aderência a certa compreensão ética da vida em comunidade que propriamente a aquisição de interação comunitária em si mesmo.⁷⁶

Segundo, a imprecisão do conteúdo essencial da ressocialização arrisca violar os direitos à “liberdade de consciência e de crença”⁷⁷ e à integridade psíquica do condenado, por meio de uma incorreta compreensão do dever do Estado ressocializar ou, ainda mais gravoso, do apenado deixar-se ressocializar. Não há como afastar completamente a constatação de que o dever imperativo de

caso do art. 25.2 da Constituição Espanhola, cujo texto, conforme indica a doutrina, positiva o acolhimento do correccionalismo – do final do século XIX – sobretudo, de Karl August Röder (RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 832 e nota 45). Anteriormente, no mesmo sentido, é o dever de “tender a reeducação do condenado” contida no art. 27, *comma terzo* da Constituição Italiana. Sobre o correccionalismo de Krause e de seu discípulo Röder na legislação portuguesa, DIAS, “*A reforma do código penal português*”, p. 109-110.

74. “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

75. “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.

76. A dificuldade de seguir o modelo geral ressocializador para o específico caso do delinquente de colarinho-branco mostra que o problema não é propriamente a socialização ou interação social, mas a reativação do “respeito dos valores fundamentais da vida em sociedade” (FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 705-706).

77. Art. 5.º, VI da Constituição Federal do Brasil.

reforma do condenado é uma constante nas doutrinas correcionalistas, mesmo quando não sejam animadas por um espírito paternalista moralizador ou médico curativo estatal. A imposição jurídica de tal reforma íntima desafia o próprio núcleo essencial das repúblicas democráticas e pluralistas, porque a pessoa não teria o direito pleno de autodeterminação e de responsabilização pelas suas condutas.⁷⁸ Isto é, toda vez que viesse a ser condenada, a introjeção de valores de certa compreensão ética comunitária seria compulsória. Conforme essa orientação, a pena não seria um bem por se tratar de um meio que pressupõe uma pessoa capaz e responsável no exercício da sua liberdade, mas, sim, porque corrige e educa – ou, se preferível, socializa – o criminoso. Em síntese, a “ideia de defesa social”, que a prevenção especial positiva encarna, “é colocada em pura antítese com a ideia retributiva”.⁷⁹

Terceiro, há casos nos quais o crime, embora de indubitável gravidade, foi cometido por um agente que não demonstra qualquer propensão a voltar a delinquir, como é o caso dos crimes passionais. Em defesa da prevenção especial positiva tem-se afirmado – ainda que sem erigi-la como a única finalidade⁸⁰ – que, caso entendida como “prevenção da reincidência”, seria um “componente irrenunciável das finalidades da pena”, porque estaria ligada diretamente à função do direito penal de tutelar o bem jurídico.⁸¹

Contudo, deve ser ponderado que se trata de um modelo de justificação altamente preventivo vocacionado ao futuro, com tendência a desconsiderar o fato pretérito, que, aliás, é a razão de existência do processo penal e da aplicação da pena. E, assim, o direito penal abandonaria a finalidade de realizar a justiça penal para assumir a intenção de afastar as pessoas da prática de crimes, dado que a pena não se orientaria pela justa retribuição da culpa.

Apresentadas as cabíveis críticas à doutrina da ressocialização, deve-se confrontar brevemente a diferença entre o questionável ideal de “ressocialização” e a “evitação de nova dessocialização”. Enquanto por ressocialização preten-

78. Nesse sentido, o Tribunal constitucional alemão já decidiu – em 1967 – que “o Estado não tem a tarefa de ‘melhorar’ os seus cidadãos e por isso também não o direito de retirar a sua liberdade apenas para os melhorar” (BVerfGE, 2. Senat, 18.07.1967, v. 22, p. 219-220). Sobre isso HASSEMER, “Verurteilte bessern”, p. 238 e ROXIN, *Strafrecht*, § 3.º, nm. 17 e 39, p. 76 e 86.

79. BETTIOL, *Diritto penale*, p. 741.

80. Hassemer considera a doutrina da prevenção geral positiva a melhor “candidata” para colocar o ideal de ressocialização no seu devido lugar (HASSEMER, “Verurteilte bessern”, p. 238-240).

81. DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 24 e 26, p. 56-57; BITENCOURT, *Direito penal*, p. 98.

de-se um ideal mais próximo ao paternalismo, por evitação de nova dessocialização tem-se a postura concreta que deve assumir o Estado para punir o delinquente sem proporcionar a piora no seu estado físico, psíquico, cultural para além daquilo absolutamente inerente à aplicação da sanção. Mais do que isso, é conveniente que não ultrapasse os limites próprios da pena, a fim de salvaguardar as hipóteses de autônomo desenvolvimento biopsíquico-cultural daqueles que têm esse interesse.⁸²

A partir disso, obtêm-se bases doutrinárias mais sólidas para o esclarecimento do significado próprio do dever da execução penal “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” contido no art. 1.º da LEP.⁸³ O direito do condenado ao digno tratamento – com respeito à sua integridade psíquica e às liberdades de consciência e crença durante a execução da pena – impede a aceitação do programa ressocializador da prevenção especial positiva como razão de existir da pena criminal. Os efeitos da pena na restrição de direitos fundamentais não podem ultrapassar aqueles inerentes à própria natureza da pena.

IV. A CONFUSÃO DO FUNDAMENTO COM AS FINALIDADES DA PENA NAS CHAMADAS DOUTRINAS UNIFICADORAS OU SINCRÉTICAS

As doutrinas unificadoras ou sincréticas foram propostas – por meio de distintas combinações e priorizações de diversas finalidades da pena – com intuito de superar problemas particulares e preencher lacunas explicativas de cada uma das doutrinas de base. As doutrinas unificadoras da “prevenção geral mitigada por meio dos critérios de justiça” têm alcançado novos defensores,⁸⁴ depois de terem recebido quase unânime recusa. Recentemente, v. Hirsch, por meio de uma análise aproximativa da tradição do direito penal do *Common law* com a dogmática alemã, retoma a questão da inexatidão e insuficiência do debate da pena apenas no horizonte dicotômico das doutrinas puramente

82. No sentido de que o Estado deve oferecer os meios necessários à reinserção social do condenado sem obrigar a ressocialização, DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 24. p. 56 e entendendo que esse é o “objetivo tendencial” da pena, FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 701-702.

83. O art. 1.º introduziu novas intenções legais no sentido de que a execução penal deve por “objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado”.

84. SEELMANN, “Hegels Straftheorie”, p. 691. Por exemplo, v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 43-67; HÖRNLE, “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien”, p. 11-30.

absolutas ou puramente relativas.⁸⁵ Considera que a teoria da pena assume “natureza complexa”, de modo que contém um “julgamento moral” (censura) e o “desencorajamento” (prevenção) da realização da conduta criminosa.⁸⁶

Todavia, mesmo as novas compreensões das doutrinas unificadoras seguem sendo alvo de críticas, já que, ao fundo, querem fazer integrar finalidades relativas num corpo teórico que se pretende predominantemente absoluto. Em parte, vale o que corretamente se afirmou sobre a compreensão diacrônica de Eberhard Schmidhäuser⁸⁷ pautar-se numa “visão imediatista do problema pelos destinatários das normas penais”,⁸⁸ que acaba por esquecer o fato da pena ser uma instituição inteira, passível apenas de perspectivação nos seus diversos momentos.

Essencial é lembrar a reflexão de Nietzsche acerca da suposta impossibilidade de determinação rigorosa do exato sentido da punição.⁸⁹ Trata-se da constante e significativa ameaça à justa realização do direito penal nos tribunais, que acaba por espelhar a confusão doutrinal entre os fundamentos e as finalidades da pena ou mesmo a polarização do estudo apenas no que toca as várias e, em boa medida, tendencialmente incontroláveis finalidades da pena. Maior é a dificuldade de entender o fenômeno da punição se o fundamento da pena acaba sobreposto ou igualado às finalidades. Em última linha, a fragmentação do sentido da pena – consoante à realidade do condenado e de cada um daqueles intervenientes –⁹⁰ tem a incontornável consequência de reduzir o problema do fundamento apenas ao problema da consecução de finalidades.

Também o contemporâneo reavivamento das doutrinas unificadoras com desafio de harmonizar a utilidade preventiva ao fundamento axiológico, demonstra, inexoravelmente, a preponderância do fim sobre o fundamento nas

85. v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 55-56. Partindo da mesma questão, com outra perspectiva, para propor a reparação do dano como “equivalente funcional da pena”, GALAIN PALERMO, *reparación del daño*, p. 347-348 e 364.

86. v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 56, nota 31.

87. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 87-104, esp. 102-104.

88. DIAS, *Direito Penal*, Cap. 4, § 35, p. 62.

89. Nietzsche afirma que o conceito de pena não representa um sentido, mas, sim, uma “síntese total de sentidos” que “cristaliza numa forma de unidade, a qual é dificilmente solúvel, difícil para analisar” e “totalmente indefinível”, de modo que é “impossível dizer exatamente porque realmente foi punido” (NIETZSCHE, *Genealogie der Moral*, p. 71, nm. 317).

90. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 87-102.

hipóteses de colisão entre ambos.⁹¹ Certo é que assumir doutrinas sincréticas, que equiparam fundamentos e fins para a solução do problema, incrementa a possibilidade de ampliação da obscuridade e de descontrole no julgamento do cabimento e da necessidade de aplicação da pena criminal.

V. A FUNÇÃO DA PENA DIFERENTE DO SEU FUNDAMENTO E DAS SUAS FINALIDADES

Realizado o estudo do fundamento e das diversas finalidades da pena criminal, bem como das chamadas doutrinas absolutas e relativas que lhe sustentam, é a vez de analisar a propriedade explicativa dessa bipartição classificatória e o funcionamento de algumas penas em espécie. Para isso, se enfrenta alguns âmbitos obscuros, nos quais a confluência de distintos efeitos é perceptível no instituto da pena criminal. A determinação do fundamento da pena – alicerçada no sentido retributivo da culpa do agente – nem limita em termos doutrinários, nem impede em termos fáticos que a pena tenha outras funções ou consequências, por vezes, mesmo essenciais para outras orientações dogmáticas diversas.

Examine-se, por exemplo, o funcionamento da prevenção geral negativa. A proibição de uma determinada conduta com a associação de uma pena criminal é capaz de orientar condutas de todos aqueles que veem na lei específica a ameaça de punição estatal, mesmo em comunidades plurais. Trata-se de algo próprio da intimidação instituída pela previsão da pena, o que – por ser um fenômeno psíquico individual ou coletivo – independe do fundamento identificado para a penalidade, assim como não se sujeita à rigorosa determinação e controle da eventual quantidade exata de pena necessária para a obtenção desse resultado. Em última instância, é uma questão quase insondável que depende da confluência de uma série de fatores objetivos e subjetivos, carecedores de pesquisa empírica.⁹²

Algo semelhante ocorre na eventual consequência de confirmação da vigência da lei penal. A reafirmação normativa resulta da certeza da retribuição na exata proporção devida para a realização da justiça, pois, ao fim, a massiva orientação das condutas dos cidadãos depende do reconhecimento comunitá-

91. Veja-se, exemplarmente, a proposta de v. Hirsch que, em certos casos, numa sociedade pacífica e econômico-socialmente suficientemente desenvolvida, não haveria a necessidade de prevenção o que justificaria a impunibilidade (v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 58).

92. No geral, ressaltando a necessidade do direito penal atender a outras ciências, KOT-SOGLOU, “Das schweigende Strafrecht”, p. 36.

rio da legitimidade e da necessidade da norma penal. Isto é, pressupõe que a postura estatal frente à infração da norma não seja, por um lado, abusivamente seletiva ou injustificadamente condescendente no reconhecimento dos comportamentos puníveis e, por outro, não excessiva e arbitrária na medida da pena aplicada. Muito breve: a confirmação da vigência da norma depende da justa e certa punição.

No âmbito das consequências decorrentes do funcionamento de determinada espécie de pena, é emblemático o caso da pena privativa de liberdade acarretar, como inevitável corolário, a prevenção especial negativa na forma de segregação temporária do condenado. O efeito acontece ainda que não se tenha como intenção a inocuização e mesmo se reconheça significativas dúvidas sobre a bondade sociológica do encarceramento. Trata-se de algo ínsito à própria natureza da pena privativa de liberdade, mesmo que ineficiente no que diz respeito à sustentabilidade da estratégia de controle da criminalidade.

Por fim, é reconhecível que a experiência do processo de condenação e de cumprimento da pena pode oportunizar ao criminoso a reflexão ética e a reforma dos hábitos, de modo a se adequar aos valores do ordenamento jurídico na forma esperada pela prevenção especial positiva. Todavia isso é absolutamente incontrollável por meio dos instrumentos penais, pois decerto depende da vontade do condenado. Fato que é reconhecido também pelos defensores da doutrina da reeducação, quando admitem haver um ponto de “crise” teórica, nos casos em que o crime é “fruto de uma escolha político-ideológica” do indivíduo.⁹³

Portanto, se essas observações são corretas, evidencia-se a inadequação científica de persistir na divisão doutrinária em estreita dicotomia, porque algumas consequências – independentes da razão de punir – são realmente ínsitas a certas modalidades de pena. Aliás, é muito provável que a classificação teórica dicotômica não seja representativa fiel do que a comunidade realmente idealizou e encontrou na pena ao longo da história e que persiste a se deparar na atualidade. Dificilmente a representação da pena goza de pureza conceitual ou explicação unitária na imagem popular e, até mesmo, na prática cotidiana dos tribunais. Esse modelo explicativo resulta inexato e incompleto também por não permitir perceber os matizes das compreensões doutrinárias, pois, não raramente, as orientações aparecem com uma dogmática unificada ou sincrética.⁹⁴

93. FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 706. Contudo, não resta claro porque apenas as razões político-ideológicas são privilegiadas como conteúdo da autonomia moral do autor do fato, deixando a liberdade de crença e de consciência atreladas a motivações de ordem ético-religiosa ou ético-pessoal sem qualquer proteção constitucional.

94. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 737.

VI. CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DA PRÉVIA DETERMINAÇÃO DO FUNDAMENTO PARA A INDICAÇÃO DAS FINALIDADES NA TEORIA QUADRIPARTIDA DE LEGITIMAÇÃO DA PENA

A teoria quadripartida de legitimação da pena criminal estrutura-se em quatro problemas essenciais – fundamento, finalidades, forma de punição e oportunidade de punição –, conforme foi anteriormente apresentado.⁹⁵ Diante disso, o prejuízo compreensivo da visão que confunde, equivale ou suplanta o problema da justificação da punição pela discussão da utilidade dos fins da pena pode ser sintetizado em quatro pontos:

(1) o equívoco jurídico-filosófico, ao supor que o problema dos fins da pena é mais importante em termos de orientação da intervenção penal ou mesmo que é capaz de suprir ou resolver a questão da justificação da pena;

(2) a perda de rigor criminológico e político-criminal, ao encobrir os exatos fundamentos, finalidades, necessidades e legítimos limites da intervenção penal, dado que não há como avaliar realmente se a associação de uma pena à determinada conduta desvaliosa tem na sua base quer um fundamento ou uma finalidade, quer ambos;

(3) a incapacitação categorial da dogmática penal para a específica avaliação da bondade dos interesses político-criminais na penalização e despenalização de condutas ou, mais especificamente, na sugestão da melhor forma de tratamento dos conflitos até mesmo diversa da justiça criminal;

(4) a desorientação da realização judicial do direito, pois a prática dos tribunais perde o referencial do que legitima e delimita a punição ao vislumbrar um conjunto potencialmente indiferenciado de finalidades que se pode associar à pena;

Por fim, ressalta-se que a questão do fundamento – o porquê da pena criminal – só pode encontrar resposta na retribuição da culpa do autor da conduta ofensiva ao bem jurídico.⁹⁶ Tal determinação decorre do respeito à liberdade, à autonomia e à respectiva responsabilidade, em um Estado democrático fundado na igualdade política entre os cidadãos.

Em outro plano, a questão da finalidade – o para que da pena criminal – diz respeito a uma série de fins práticos relacionados à utilidade do instituto.⁹⁷ A

95. Ver Ponto I, penúltimo parágrafo.

96. Ver Ponto I, último parágrafo.

97. Alguns dessas consequências são mesmo inerentes a determinados tipos de pena, ver Ponto V.

utilidade da pena não pode ser idealmente presumida quer pelo jurista, quer pelo filósofo, mas depende da verificação do fenômeno criminal – por meio de estudo criminológico – voltado ao diagnóstico das específicas características do fato, do perfil do seu autor e do tipo de pena. Isto é, diz respeito essencialmente ao crime específico em questão e qual a hipótese de sanção prevista no ordenamento penal.

BIBLIOGRAFIA

- ALIMENA, Bernardino. *La scuola critica di diritto penale: prolusione ad un corso di diritto e procedura penale nell'Università di Napoli*. Napoli: Pierro, 1894. (citado: *La scuola critica di diritto penale*).
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. (citado: *Dos delitos*).
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale, Parte generale*. 11. ed., Padova: Cedam, 1982. (citado: *Diritto penale*).
- BERZ, Ulrich. *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten*. München: Beck, 1986. (citado: *materialer Rechtsgüterschutz*).
- BEVILAQUA, Clovis. Criminologia e direito. In: BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e direito*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896, p. 9-21. (citado: “Criminologia e direito”).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009. (citado: *direito penal*).
- CATTANEO, Mario. *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni: illuminismi e diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1987. (citado: *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni*).
- COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. (citado: *O perigo*).
- _____. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 205-235. (citado: *sentido da pena*).
- _____. *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007. (citado: *Noções fundamentais*).
- _____. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 5-27. (citado: *Beccaria*).
- DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. (citado: *Liberales oder autoritäres Strafrecht*).

- D'AVILA, Fabio. *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. (citado: *Ofensividade*).
- _____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. *Studia Iuridica* n. 85, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 39-62. (citado: *Omissivos Próprios*).
- DIAS, Jorge Figueiredo. A reforma do código penal português: princípios e orientações fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1972, v. XLVIII, p. 107-144. (citado: “A reforma do código penal português”).
- _____. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.1. (citado: *Direito penal*).
- DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. (citado: *Derecho penal*).
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*. 4. ed. com colaboração de Alexandre Knopffholz e Gustavo Britta Scandelari, São Paulo: Ed. RT, 2012. (citado: *direito penal*).
- EIDENMÜLLER, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*. Tübingen: Mohr, 1995. (citado: *Effizienz*).
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. *Direito penal brasileiro: parte geral; princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Ed. RT, 2011. (citado: *Direito penal brasileiro*).
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito penal português: parte geral*. Lisboa: Ed. Verbo, 1982, v. 2. (citado: *Direito penal*).
- v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 9. ed., Giessen: Heyer, 1826. (citado: *Lehrbuch /1826*).
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale, parte generale*. 6. ed., Bologna: Zanichelli, 2010. (citado: *Diritto penale*).
- GALAIN PALERMO, Pablo. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010. (citado: *reparación del daño*).
- GOTTLIEB, Heschel. *Schopenhauers Einfluß auf die Strafrechtswissenschaft*. Berlin: Rothschild, 1917. (citado: *Schopenhauers Einfluß*).
- GRECO, Luis. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena, estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 263-279. (“A ilha de Kant”).
- GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1993. (citado: *De iure belli ac pacis*).

- HASSEMER, Winfried. Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? – Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention. In: PRITTWITZ, Cornelius, *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*. Baden-Baden: Nomos Verlag Gessellschaft, 2002, p. 221-240. (citado: “Verurteilte bessern”).
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Mit Hegels eingetragene Notizen und den mündlichen Zusätzen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986. (citado: *Philosophie des Rechts*).
- v. HIRSCH, Andreas. Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung. In: v. HIRSCH, Andreas, *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 43-67. (citado: Tadel und Prävention).
- HÖRNLE, Tatjana. Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion. In: v. HIRSCH, Andrew, *Strafe – Warum? gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 11-30. (citado: “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien”).
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1991. (citado: *Strafrecht*).
- JELLINEK, Georg. *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2. ed., Berlin: Verlag von O. Häring, 1908. (citado: *Bedeutung von Recht*).
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996. (citado: *Lehrbuch*).
- KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben von Wilhelm Weischedel. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1977, v. 8. (citado: *Metaphysik der Sitten*).
- KIENAPFEL, Diethelm; HÖPFEL, Frank; KERT, Robert. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 14. ed., Wien: Manz, 2012. (citado: *Strafrecht*).
- KINDHÄUSER, Urs. Zur Logik des Verbrechensaufbaus. In: KOCH, Harald (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?* Berlin: Berlin Verlag Spitz, 1997, p. 77-94. (citado: “Logik des Verbrechensaufbaus”).
- _____. Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: Ed. RT, n. 87, 2010, p. 150-163. (citado: “prevención criminal de Cesare Beccaria”).
- _____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed., Baden-baden: Nomos Verlag, 2011. (citado: *Strafrecht*).
- KOTSOGLOU, Kyriakos. Das schweigende Strafrecht. Zur Auflösung des Streits über die ‘richtige’ Straftheorie. In: BOCK, Stefanie; HARRENDORF, Stefan; LADIGES, Manuel. *Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaftstranslate*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015, p. 13-36.

- LAINGUI, André; LEBIGRE, Arlette. *Histoire du droit penal, Le droit pénal*. Paris: Cujas, 1979. (citado: *Histoire du droit penal*).
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. Padova: Cedam, 7. ed., 2011. (citado: *Diritto penale*).
- MARINUCCI, Giorgio. Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 29-53. (citado: Beccaria).
- MONCADA, Luis Cabral de. *Filosofia do direito e do estado, Parte histórica*. 2. ed. de 1955, reimp., v. 1., Coimbra: Coimbra Editora, 2006. (citado: *Filosofia do direito*).
- NAUCKE, Wolfgang; HARZER, Regina. *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 5. ed., 2005. (citado: *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*).
- NIETZSCHE, Friedrich. *Zur Genealogie der Moral, Eine Streitschrift*. Stuttgart: Reclam, 2009. (citado: *Genealogie der Moral*).
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 5. ed., São Paulo: Ed. RT, 2005. (citado: *direito penal brasileiro*).
- RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie, Nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von Erik Wolf*. 6. ed., Stuttgart: Koehler, 1963. (citado: *Rechtsphilosophie*).
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade, os Critérios da Culpa e da Prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. (citado: *medida da pena*).
- RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. *Derecho penal español, Parte especial*. 9. ed., Madrid: Artes Gráficas Carasa, 1983. (citado: *Derecho penal*).
- ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. ed., München: CH.BECK, 2006. v. 1 (citado: *Strafrecht*).
- RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011. (citado: *Criminalidade financeira*).
- RUSCONI, Maximiliano Adolfo. *Derecho penal: parte general*. 2. ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. (citado: *Derecho penal*).
- SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa, um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal, porquê? Para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014. (citado: *A justiça restaurativa*).
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, Parte geral*. Curitiba: Lumen juris, 2006. (citado: *Direito penal*).
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vom Sinn der Strafe*. 2. ed., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971. (citado: *Sinn der Strafe*).
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Die Welt als Wille und Vorstellung, Vollständige Ausgabe nach der dritten, verbesserten und beträchtlich vermehrten Auflage von 1859*. Köln: Anaconda Verlag, 2009. (citado: *Welt als Wille und Vorstellung*).

- SEELMANN, Kurt. Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", *Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung*. München: Verlag C.H.Beck, 1979, caderno 10, n. 19, 1979, p. 687-691. (citado: "Hegels Straftheorie").
- _____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed., Basel: Helbing Lichtenhahn, 2012 (citado: *Strafrecht*).
- SENECA. De ira. *Moral Essays*, Edição bilingue, Trad. John W. Basore, London: William Heinemann, 1938, v.1, p. 106-355. (citado: "De ira").
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal, parte general*. 4. ed., Bogotá: Comlibros, 2009. (citado: *Derecho penal*).
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2006. (citado: *Tractatus logico-philosophicus*).
- WURTENBERGER, Thomas. Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft. In: VOGLER, Theo; HERMANN, Joachim, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 37-51. (citado: "schuldige Mensch").
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2003. (citado: *Derecho penal*).
- _____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 5. ed., São Paulo: Ed. RT, 2004. (citado: *direito penal brasileiro*).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal, de Luís Greco – *RBCCrim* 95/43-84 (DTR\2012\2721);
- As funções não declaradas da "ressocialização" e a tentativa do discurso legitimador, de Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro – *Ciências Penais* 11/235-288 (DTR\2009\877); e
- O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas, de José Roberto F. Xavier – *RBCCrim* 84/271-311 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/545-581 (DTR\2010\325).